

FRANCESCA CAROCCIA

Quel che resta del sistema. Riflessioni su sistemi, modelli e interpretazione del diritto*

ENGLISH TITLE

The Remains of the System. Some Thoughts about Systems, Models and Legal Interpretation

ABSTRACT

The juridical system is an artificial organization of elements, following a certain idea. It is conceived to settle conflicts, in order to identify the solution that is most consistent with that original idea. On a juridical perspective, the logical coherence of the system is perceived as necessary to guarantee non-arbitrary decisions. This work aims at verifying this thesis, through a diachronic analysis of certain historical models of juridical systems, taking into account the systemic approach.

KEYWORDS

System – Systems Theory – Interpretation – Sources of Law – Legal Certainty.

1. IL SISTEMA COME MODELLO FUNZIONALE ALLA SOLUZIONE DI CONFLITTI

Muoviamo da un assunto.

Il sistema non è essenza delle cose, ma organizzazione artificiale di elementi secondo un certo disegno ideale¹. Esso è preordinato alla composizione di conflitti, in modo che la soluzione di questi sia il più possibile coerente con quel disegno iniziale: nella prospettiva del giurista, «il valore del sistema giuridico [...] sta proprio nella sua pretesa capacità produttiva di massime giuridiche che guidano l'applicazione del diritto, le cui decisioni concrete assumono la forma di deduzioni logico-sistematiche»².

* Questo scritto costituisce una rielaborazione di una ricerca sul concetto di sistema, i cui risultati sono stati pubblicati sulla rivista "The Italian Law Journal", 2016, 1, 65 ss. Ho tentato qui, in particolare, di tener conto e, ove possibile, di rispondere alle osservazioni e ai suggerimenti che sono stati mossi a quel primo lavoro. Ringrazio, in particolare, i professori P. Femia, G. Teubner e P. Guibentif, per le occasioni di riflessione che mi hanno offerto.

1. S. Jensen, 1983, 9; I. Prigogine, I. Stengers, 1981, 1023.

2. F. Modugno, 1993, 3.

Ogni decisione giuridica (del giudice, dell'amministrazione, del parlamento) è dunque la soluzione di un contrasto tra pretese differenti, ove la coerenza logica del sistema diventa garanzia necessaria della non arbitrarietà della decisione stessa³.

Il rapporto tra diritto e sistema nasce ufficialmente come risposta alla necessità di ordinare il materiale giuridico: al fine di garantirne la conoscibilità, al fine di garantirne un fondamento logico⁴. Un diritto sistematicamente organizzato è un diritto che può essere conosciuto e coerentemente applicato. Di più: è un diritto che espunge la scelta politica, che viene collocata al di fuori (prima) di esso⁵.

Ma se la consapevolezza della funzione ordinante del sistema è da tempo presente nella coscienza del giurista, è solo a partire dai primissimi anni dell'Ottocento che la realizzazione di questa aspirazione all'ordine si intreccia con la presa di coscienza, sebbene per certi versi ancora vaga, della dimensione interpretativa del diritto⁶. E, specialmente a certe latitudini, con la necessità di negare o comunque di controllare tale dimensione: l'interprete non può più essere lasciato solo con la norma, pena il rischio dell'arbitrio.

Il sistema non si limita a soddisfare la conoscibilità del diritto, garantendo la complessiva coerenza delle norme, ma si spinge fino a definire l'assetto delle fonti all'interno di un dato ordinamento: la costruzione del sistema diventa il fondamento di un certo modo di intendere l'interpretazione del diritto, cioè il diritto. Il sistema entra così nello spazio politico-istituzionale, di cui propone una certa rappresentazione⁷.

È bene, a questo punto, chiarire il postulato iniziale, secondo il quale sistema giuridico è uno strumento di risoluzione di conflitti, funzionale ad un certo disegno. Qui, il rischio di essere fraintesi è particolarmente alto: e diremo subito, allora, che naturalmente non si intende proporre l'immagine della sostituzione – dall'alto (da un potere più o meno occulto, più o meno legittimo) – di un modello ad un altro, di una ideologia all'altra. È però vero che «il sistema giuridico nel suo insieme e nel lungo periodo rispecchi con notevole esattezza il modo con cui il potere si distribuisce nella società»⁸: in questo senso, il sistema giuridico è effettivamente il prodotto, o appunto lo specchio, di una determinata concezione degli equilibri di potere, cioè di una determinata ideologia. Ed è anche vero, a nostro avviso, che ogni regola giuridica (ogni norma) è la soluzione di un conflitto, nel quale la pretesa, o l'interesse, della maggioranza, o del più forte, inevitabilmente prevale, ma nel quale pure

3. L'idea del diritto come strumento di soluzione di conflitti è più diffusa negli ambienti di *common law*: G. Tarello, 1978, 10.

4. Per tutti, M. G. Losano, 2002.

5. D. Grimm, 1971, 268.

6. G. Tarello, 1971, 9.

7. *Ibid.*

8. G. Tarello, 1978, 16.

(almeno in linea di massima) l'azione della minoranza lascia la sua traccia⁹. Non si tratta dunque di ricercare l'«ideologia implicita nelle norme in quanto ideologia delle forze sociali vittoriose»¹⁰, ma piuttosto di rendere leggibili, per quanto possibile, gli equilibri di potere raggiunti, rispetto a ciascuna scelta.

Per verificare questa tesi, si procederà ad una rapida analisi di alcuni modelli di sistema storicamente proposti e politicamente (e/o ideologicamente) giustificati, chiarendone, di volta in volta, il rapporto con l'interpretazione, intesa come momento che lega la creazione del diritto alla sua applicazione. È bene però precisare che l'indagine verrà limitata al livello della rappresentazione teorica dei sistemi/modelli presi in considerazione¹¹: va da sé che le dinamiche di potere reali e le corrispondenti gerarchie delle fonti del diritto quasi mai coincidono con tali rappresentazioni.

2. FORME DI CONCRETIZZAZIONE DEL MODELLO TEORICO: GLI ESPERIMENTI FRANCESE E TEDESCO

Assumeremo, ai nostri fini, la codificazione francese come il momento in cui il diritto ha iniziato ad essere considerato come sistema autonomo ed il Code Napoléon del 1804 come il primo esperimento di concretizzazione di un modello sistematico astratto¹². Qui, l'intreccio tra interpretazione e sistema si legge già nell'articolo 4 del *code civil*, che postula la completezza e l'autosufficienza dell'ordinamento: il giudice non può rifiutarsi di pronunciare la sentenza, «sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi» (né può, per contro, «prononcer par voie de disposition générale et réglementaire»: art. 5)¹³.

Ove, dunque, la legge non fornisca immediatamente la soluzione del caso, l'interprete non può arrendersi. Il sistema diventa lo strumento attraverso il quale l'ordinamento sopravvive a se stesso, si fa appunto autosufficiente, rendendo sempre possibile una decisione. Il modello astratto qui prevede una volontà politica forte, che garantisca una organizzazione della società secondo nuovi schemi, funzionali a nuovi valori: il diritto, il codice, il *sistema* del codice sono lo strumento di attuazione di tale modello.

9. L. M. Friedman, 1978, 498.

10. G. Tarello, 1978, 16.

11. Secondo il percorso proposto da M. G. Losano, 2002.

12. Cfr. A.-J. Arnaud, 1973, 191 ss.

13. Il rapporto tra giudici e legislatore che caratterizza quel modello è ben descritto nei lavori preparatori del *code civil*. Nel presentare la bozza del titolo preliminare, Portalis ammette che l'idea di un codice perfetto nella sua completezza non è che un'illusione: «c'est une sage prévoyance de penser qu'on ne peut tout prévoir [...]. Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières de la droiture et du bon sens». Nondimeno, la soluzione è ormai data, chiari essendo i limiti del potere giudiziario: «une loi est un acte de souveraineté, une décision n'est qu'un acte de juridiction ou de magistrature». P.A. Fenet, 1836, VI, 358-61.

Il giudice, all'interno di questo modello, non crea norme per la semplice ragione che non le può creare. Egli applica in modo formalmente neutrale la volontà politica tradotta in comando del legislatore, all'interno di un universo che non contempla il vuoto: la pienezza dell'ordinamento (cioè la completezza del sistema, l'assenza di lacune) gli impedisce di sovrapporsi al potere politico nell'attività di produzione delle norme¹⁴. Proprio per tale ragione, lo stesso procedimento analogico sarà storicamente strutturato come procedimento volto a riempire gli spazi residui, nel duplice presupposto che manchi una norma direttamente ricollegabile al caso da giudicare e, al contempo, che sia sempre possibile individuare, *all'interno del sistema*, norme o principi suscettibili di essere estesi fino ad adattarsi – fino a coprire – al caso di specie¹⁵.

Non c'è coincidenza necessaria, qui, tra sistema e interpretazione: i due termini si pongono su piani paralleli, dei quali l'uno (il sistema) è presupposto dell'altra (l'interpretazione), ma quest'ultima non è affatto necessaria per l'esistenza del primo. L'interpretazione, infatti, è un momento solo eventuale (necessario solo quando la disposizione non risulti chiara); e, ove anche ad essa si debba far ricorso, all'interprete è data comunque la possibilità di decidere senza tradire il modello secondo cui l'ordinamento è stato strutturato: attraverso le connessioni che legano le regole tra loro, o ampliando l'orizzonte semantico di una determinata parola. Lo stesso riferimento al caso concreto, nell'approccio esegetico, serve solo a confermare la verità del sistema¹⁶.

Il sistema garantisce la riuscita dell'operazione: garantisce che le norme siano coerentemente connesse tra loro e che sia comunque possibile individuare il principio (prima di tutto) logico, la ragione ultima che quelle norme lega in un insieme. Il sistema garantisce, in altri termini, che sia sempre possibile trovare al suo interno la soluzione del caso concreto: cioè impedisce all'interprete (al giudice) di abitare spazi vuoti, o di uscire dal sistema stesso, di romperne l'omogeneità attraverso decisioni discrezionali, col rischio di tradire l'originario progetto politico.

Il modello sistematico tedesco conferma e perfeziona tale costruzione, ma se ne discosta per alcuni aspetti decisivi.

Comune all'approccio francese e a quello tedesco è il modo di concepire l'interpretazione del testo giuridico come attività esplicativa, non creativa della realtà giuridica. E la soluzione del caso concreto è sempre da ricercare all'interno del sistema, concepito come un corpo autosufficiente (la famosa

14. Indicativa di tale atteggiamento è, ad esempio, la posizione assunta da S. Romano, 1925, 173 ss.

15. Per tutti, N. Bobbio, 1957, 602.

16. G. Tarello, 1971, 11 s.

«unità organica»), completo e indipendente, costruito, secondo i canoni della filosofia classica idealista tedesca, attraverso un processo deduttivo, partendo da un principio primo e procedendo logicamente.

Diversa, tuttavia, è l'idea di sistema giuridico che si pone a fondamento dei due approcci. Se per i sostenitori della scuola esegetica il sistema si identifica con il codice e il codice coincide con la stessa idea di diritto, la Scuola storica tedesca rompe gli argini del testo codificato, costruendo il sistema come una realtà più ampia e più complessa, tale da conferire coerenza logica alla «“reale” disciplina di tutti i rapporti giuridici»¹⁷.

Spetta al giurista il compito di svelare le connessioni che, legando in un insieme coerente concetti astratti e interdipendenti, testimoniano l'intrinseca unità degli elementi giuridici: l'interpretazione, da strumento solo eventuale, si fa momento necessario non solo per la conoscenza della legge, ma per la costruzione (quindi per l'esistenza) del sistema stesso.

Il diritto diventa una scienza che produce: il giurista crea perché conosce la struttura interna del diritto. E tuttavia, è proprio il prodotto di questa attività di creazione a segnare il confine entro il quale l'interprete è obbligato a restare. Tanto che, se il secolo XIX si apre con la comparsa sulla scena del sistema del *code civil*, esso si chiude con la costruzione del sistema del BGB. Una costruzione elegante, raffinatissima, ma creata dai giuristi *per i* giuristi, cioè destinata a rendere il diritto un sapere tecnico, non accessibile se non a coloro (pochi) che ne posseggono gli strumenti. Il sistema, da modello finalizzato alla conoscibilità delle fonti del diritto e alla controllabilità dell'applicazione del diritto, si fa strumento di una scienza per iniziati, modello conoscibile e soprattutto controllabile solo dagli stessi sacerdoti che il sistema hanno creato.

È di tutta evidenza la portata ideologica dell'operazione. Dire che l'interpretazione «si compie *mediante l'impiego* dei concetti elaborati dalla scienza [...] significava screditare come *antiscientifico* ogni studio dei fenomeni giuridici non elaborato all'interno [del ceto dei giuristi]»¹⁸; sancire il primato della dottrina e il ruolo ancillare della giurisprudenza; affermare l'irrilevanza degli scopi della conoscenza della legge e del ruolo sociale di chi la conosce, escludendo la possibilità di un controllo diffuso¹⁹.

È già in questa fase che, a mio avviso, andrebbe situata la frattura definitiva tra sistema giuridico e sistema sociale o, se si preferisce, tra *Sollen* e *Sein*. La sistematica tedesca isola il diritto: per dialogare con il dover essere, l'essere è costretto all'interno di schemi artificiali. La realtà, in quanto tale, non ha significato giuridico: i concreti rapporti sociali possono essere valutati e

17. Ivi, 10.

18. Ivi, 13.

19. Ivi, 12.

qualificati solo se ricondotti entro tali schemi²⁰. L'interpretazione serve a ricostruire le connessioni che legano gli schemi tra loro, cioè a ricostruire il pensiero del legislatore a partire dalla legge, secondo un procedimento rigoroso che riproduce, con la propria coerenza logica, la coerenza logica del sistema²¹. Non è un caso che, nel costruire per la prima volta il procedimento interpretativo come applicazione unitaria e secondo una esatta sequenza di criteri predeterminati, Savigny critichi apertamente il criterio dell'interpretazione secondo la *ratio*, o i *motivi* della legge, precludendo così all'interprete ogni possibile spazio valutativo, ogni considerazione di una realtà altra rispetto a quella giuridica²². E se, con Savigny, almeno l'elemento storico (inteso comunque nel senso più possibile oggettivo, e fortemente condizionato dall'insegnamento hegeliano dell'intima razionalità del reale) assume ancora un ruolo nel processo interpretativo, la Pandettistica successiva finisce col segnare definitivamente «il distacco tra teoria e pratica giuridica»²³. Il diritto, e segnatamente il diritto privato, diventa un prodotto logico, assiologicamente neutrale, che ignora ogni collegamento con elementi esterni al sistema e resta isolato dalla vita sociale.

Eppure, sistema e interpretazione non sono ancora reciprocamente necessari. Il sistema serve a conferire una dimensione scientifica al procedimento interpretativo, consentendo di verificarne il risultato secondo principi logici (quindi a controllare sia il legislatore che lo stesso interprete). Ma l'assenza di legge è ora uno scenario possibile, la lacuna una ipotesi astrattamente configurabile, seppur concretamente sempre risolvibile alla luce dell'unità e della completezza del sistema. Il sistema evita che l'assenza si trasformi in vuoto, perché la mancanza della legge in realtà non è tale, ma è sempre colmabile attraverso il ricorso ad una serie di strumenti già predisposti, ultimo dei quali è l'analogia (*legis* o *iuris*, qui poco importa)²⁴, concepita come procedimento distinto dall'interpretazione²⁵.

Il sistema è insieme presupposto e frutto dell'interpretazione; ma al sistema l'interpretazione non basta.

20. Cfr. F. Viola, 1974, 26.

21. F. C. v. Savigny, 1886 (ed. or. 1840-1849), I, § 33, 220-4.

22. *Ibid.*

23. Cfr. F. Viola, 1974, 25.

24. A prescindere da espressi riferimenti normativi, l'operazione analogica sarebbe da ritenersi sempre *giuridicamente lecita*, oltre che *logicamente possibile*, «per il solo fatto [...] che senza di essa l'ordinamento giuridico non potrebbe né essere posto in essere né conservarsi»: N. Bobbio, 1957, in part. 603.

25. Distinzione che viene posta ancor oggi alla base della differenza tra integrazione ed interpretazione propriamente detta, che, al contrario dell'analogia, ha per oggetto *sempre* la legge, *mai* la sua mancanza: ancora *ivi*, 602. Più di recente, G. Alpa, 1998.

3. DAL MITO DEL LEGISLATORE AL MITO DEL GIUDICE: IL SISTEMA, LO SPAZIO, IL TEMPO

Il secolo XIX consegna al giurista del Novecento un modello, declinato in due possibili varianti (quella legislativa, francese, e quella dottrinarica, tedesca), nessuna delle quali adatta a dialogare utilmente con una realtà profondamente mutata.

Il sistema ottocentesco è un sistema intrinsecamente atemporale: la dimensione cronologica non gli appartiene. Esso è fatto di norme, o di istituti, destinati a durare in eterno: la definizione della proprietà privata, il concetto di negozio giuridico non hanno nulla di contingente.

Per contro, il sistema ottocentesco è un sistema fortemente connotato da un punto di vista spaziale. Esso è necessariamente un sistema statale, legato alla dimensione territoriale dello Stato: il territorio dello Stato è il limite materiale di vigenza delle norme, cioè il limite di efficacia del sistema che quelle norme organizza. Diritto e sistema coincidono pienamente. In questo senso, il sistema è *escludente*, perché l'essere di un sistema giuridico in un dato spazio esclude l'esistenza sia di norme extrasistemiche sia di un altro sistema giuridico nel medesimo spazio (non a caso l'Ottocento è il secolo che vede la nascita del diritto comparato come scienza: le norme possono essere comparate perché appartengono a sistemi diversi, a mondi diversi. È la fine del diritto comune).

Il modello ideologico di riferimento è quello del liberalismo borghese. Il sistema ottocentesco è funzionale a quella visione del mondo, e risolve il conflitto in una logica di garanzia della parità iniziale dei contendenti: è sufficiente che ai giocatori sia formalmente assicurata l'uguaglianza delle condizioni di partenza.

Già agli inizi del secolo breve, questi tre elementi devono essere messi in discussione. Eppure il Novecento giuridico non rinuncia al sistema: lo perfeziona, proponendone la raffinatissima versione kelseniana²⁶, o lo trasfigura, piuttosto, lo trasforma, ne cambia la funzione e conseguentemente il significato simbolico (*rectius* ideologico).

Conosciamo l'impulso che diede Jhering a questa trasformazione.

Nelle rappresentazioni ottocentesche, il diritto è una realtà preconstituita, che esiste indipendentemente dall'attività dell'interprete: l'interpretazione ha valore epistemologico, non ontologico. Allo stesso tempo, e conseguentemen-

26. Non concentreremo l'analisi, in questa sede, sul modello kelseniano, di cui diremo solo che perfeziona tutti i canoni classici del modello sistematico ottocentesco. Kelsen costruisce un sistema che fonda la validità del diritto sul diritto stesso, cioè un sistema tipicamente chiuso, a cui non interessa la realtà fattuale se non come dato da sussumere in una regola giuridica. La frattura fra *Sein* e *Sollen* non può essere più definitiva.

te, sia nella rappresentazione francese che in quella tedesca il sistema è un sistema “esterno”: non espressione dell’intima realtà giuridica, ma costruzione teorica che a questa viene imposta (sebbene debba qui essere ricordata l’avversione degli illuministi francesi nei confronti di un approccio legato esclusivamente alla logica applicata al reale, in favore di una diversa concezione di sistema, come prodotto della conoscenza dei legami che tengono insieme le cose, in analogia con le scienze naturali, e come espressione delle influenze reciproche che articolano il rapporto tra realtà e diritto²⁷).

Con Jhering, il sistema da “esterno” si fa “interno”²⁸: non più mera sequenza logico-deduttiva a partire da principi razionali, bensì costruzione che riflette la struttura interna della materia giuridica e ne consente l’evoluzione. È Jhering a distinguere la struttura del diritto dalla sua funzione, e a evidenziare come sia quest’ultima a condizionare la prima: l’affermazione di una necessaria analisi teleologica è uno dei principali debiti che il giurista moderno ha nei confronti dell’autore tedesco²⁹.

E conosciamo quanta parte ebbero autori come Gény, Saleilles, Duguit, nella (ri)scoperta della dimensione *latu sensu* sociale del diritto. La vita oltre la forma, si potrebbe dire: agli inizi del Novecento, il giurista ha ormai la piena consapevolezza della finitezza del suo mondo, ma aspira ancora all’immortalità. Gli viene in soccorso la giurisprudenza, che appare come l’elemento di conciliazione tra la necessaria rigidità dei principi, e l’altrettanto necessario adattamento delle regole alle esigenze sociali³⁰. Il giudice come il δαίμων socratico, in grado di mettere in comunicazione il mondo metafisico del sistema giuridico con il mondo tutto terreno dei fatti della vita³¹.

Il sistema (ordinato, logico, coerente ed autosufficiente) tiene. Solo, esso è ora il risultato, non il *prius* dell’interpretazione: il che ne cambia irreversibilmente l’essenza. Da un «sistema per conoscere», si dice, si passa ad un «sistema per fare», o, se si preferisce, il «sistema per descrivere il diritto» diviene «sistema per applicare il diritto»³².

È il contesto a richiederlo. Di fronte ai cambiamenti (politici, economici, sociali) sempre più frequenti e sempre più rapidi, il diritto deve organizzarsi e ripensare se stesso, per fornire risposte adeguate. La scienza giuridica serve ormai a dare ai giudici strumenti per risolvere problemi concreti in casi concreti, più che a rendere conoscibili o logicamente coerenti le leggi. Fino

27. F. Modugno, 1993, 3.

28. L’evoluzione è evidente nel passaggio dalla prima alla seconda fase della sua produzione scientifica: cfr. R. v. Jhering, 1852-1865, nonché 1877.

29. M. G. Losano, 2002, 217.

30. A.-J. Arnaud, 1981.

31. Cfr. L. Duguit, 1912, 6-9.

32. M. G. Losano, 2002, che qui riprende la distinzione, proposta da N. Luhmann, 1974, tra «sistemi di concetti» e «sistemi di azioni».

alla legittimazione dell'abbandono della regola nella sua formulazione testuale.

Il sistema resta, ma è trasformato in funzione della nuova ideologia. È la giurisprudenza la chiave di volta di questo modello nuovo: il mito dell'onnipotenza del legislatore esce da questa vicenda irrimediabilmente ridimensionato. Se la realtà cambia, anche il diritto deve cambiare: e lo fa principalmente per opera dei giudici, per mezzo dell'interpretazione³³. Conseguentemente, mentre il modello tradizionale prevede una contrapposizione rigidamente antitetica tra momento politico e momento interpretativo, tra produzione del diritto (*legis latio*) e applicazione del diritto (*legis executio*), con l'attribuzione al solo legislatore della funzione di produzione³⁴, tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento «l'interpretazione del diritto è condotta sullo stesso terreno valutativo sul quale si è mosso il legislatore: è valutazione degli interessi in gioco conforme ai giudizi di valore contenuti nella legge e quindi del legislatore storico e, nell'ipotesi di lacuna, sviluppo assiologico di tali giudizi»³⁵. La soluzione dei conflitti non è un *a priori* affidato al legislatore e tradotto nella legge, ma diventa una operazione da compiersi caso per caso, sulla base dei dati che concretamente l'interprete ha a disposizione.

Aprire alla dimensione sociale del diritto significava però restituire al diritto la sua storicità: farne una disciplina in grado di evolversi ed adattarsi è l'unico mezzo per garantirne la sopravvivenza³⁶. Il sistema resta collocato in uno spazio: le istanze solidaristiche non negano la dimensione essenzialmente statale del diritto³⁷. Ma il sistema ora è anche in un tempo. Attraverso l'interpretazione del giudice, il diritto si confronta con la storia.

Interpretazione e sistema non *sono* la stessa cosa, ma l'interpretazione è *necessaria* al sistema per sopravvivere.

4. CERTEZZA O GIUSTIZIA. L'ETERNO DILEMMA

Il Novecento giuridico è un Giano bifronte, un essere a due facce che costringe il giurista all'impossibile scelta tra la «coscienza d'una insopprimibile vocazione del diritto [...] a strutturarsi in discorso logico» e «l'immagine [...] d'una realtà mobilissima», indissolubilmente legata al fluire della vita³⁸.

33. Il che non implica un giudizio di valore relativo ai due modelli sin qui descritti: cfr. N. Bobbio, 2011, 77-9.

34. Per tutti, B. Windscheid, 1904, in part. § 14 ss.

35. F. Modugno, 1993, 9, con particolare riferimento all'opera di H. Stoll, 1931, 71 ss. e di Ph. Heck, 1929, 473 ss.

36. R. Saleilles, 1904, I, 127.

37. Cfr. P. Femia, 2012, § 5.

38. P. Grossi, 1973, I.

Nel dibattito teorico che accompagna le vicende sin qui descritte, lo scontro ideologico è tutto sulla questione delle fonti di produzione del diritto: si tratta di risolvere il «problema politico della competenza alla creazione delle norme e, in definitiva, del problema della giurisprudenza (preminenza del *valore della certezza* e riserva al legislatore della determinazione della giustizia, da un lato; preminenza del *valore della giustizia* del caso concreto o equità rispetto alla giustizia del legislatore, dall'altro)»³⁹.

Ma la storia umilia il diritto e lo priva di ogni alternativa, dimostrando che la ricerca dell'interesse sotteso alla legge può tramutarsi in attuazione cieca e incontrollata della volontà del potere e, contemporaneamente, che la legge stessa può essere ridotta a cieca e incontrollata manifestazione di potere: l'eredità ultima dei totalitarismi è la caduta dell'illusione che le leggi, o i giudici, possano qualcosa.

La via d'uscita è la consapevolezza della centralità della questione interpretativa: il problema si sposta dalla legge in sé al modo in cui la legge viene interpretata (e applicata)⁴⁰. Di fronte alla perdita di ogni certezza, la soluzione giuridica non è certa, né vera: essa si limita a risultare ragionevole, alla luce della argomentazioni proposte. L'attività interpretativa non è più un'operazione logica, ma semantica⁴¹.

Il passaggio successivo è la costruzione di un modello complesso, in grado di conciliare l'approccio dogmatico con quello problematico. Si tratta ora di formulare «ipotesi di soluzione razionalmente fondate», per poi verificarne, con gli strumenti offerti dalla dogmatica, «la congruenza con la misura del sistema costituito»⁴². Sistema e problema convivono, essendo l'uno volto a controllare il materiale giuridico «al di là della sua immediata datità» e a renderlo «praticamente utilizzabile»⁴³, l'altro teso a evitare «forme di irrigidimento concettuale del sistema oltre i limiti al di là dei quali la struttura del nuovo caso è in realtà così modificata da legittimare l'istanza (topica) di una comprensione nuova e diversa della legge»⁴⁴.

Riemerge per questa via il tema antico del controllo dell'attività dell'interprete, e segnatamente del giudice. Le tragiche esperienze vissute hanno fornito la consapevolezza dei limiti del modello positivistico-sistematico, dimostrando che la coerenza logica della decisione resa deduttivamente non fornisce sufficienti garanzie. La soluzione, nuova, è la verifica delle *premesse* sulle quali l'interprete fonda la propria scelta⁴⁵. Il momento della *verifica* della coerenza

39. F. Modugno, 1993, 13.

40. G. Tarello, 1971, 5.

41. Cfr. almeno H. G. Gadamer, 1960; Ch. Perelman, 1965, 1970; Th. Viehweg, 1953.

42. L. Mengoni, 1976, 33.

43. N. Luhmann, 1978 (ed. or. 1974), 45.

44. L. Mengoni, 1976, 38.

45. F. Modugno, 1993, 9.

logica del ragionamento che fonda la soluzione e il momento della *valutazione* delle premesse su cui si fonda il ragionamento sono ormai riconosciuti come parimenti necessari.

Resta da stabilire quali siano, ove debbano essere rintracciati i criteri sulla base dei quali effettuare l'operazione di valutazione⁴⁶. La soluzione, che li rinviene non solo nella legge stessa, ma anche nel contesto extralegislativo, legittima l'apertura definitiva del sistema alla società, cioè la trasformazione del diritto da sistema autonomo e isolato a sistema costitutivo, insieme ad altri sistemi, della società. È la nascita, secondo la celebre definizione, del diritto come sottosistema del Sistema sociale.

5. UN SISTEMA, NESSUN SISTEMA, CENTOMILA SISTEMI

La fine del Novecento segna la caduta di ogni illusione.

Il diritto perde la sua immortalità: non è più insieme di istituti universali, ma prodotto contingente di un certo equilibrio di poteri, fragile e soggetto a mutamenti anche improvvisi come tutti gli equilibri umani.

Il diritto perde la propria territorialità: non ha più necessariamente una dimensione spaziale definita, o predefinita. Esso permane come insieme più o meno organizzato di regole, ma queste regole non hanno più un dove e sono prodotte a diversi livelli da diversi soggetti. Il quando si sostituisce al dove: il tempo del diritto si materializza e tende a sostituire lo spazio. È il capovolgimento delle coordinate tradizionali: abbiamo immaginato un diritto senza tempo per controllare uno spazio, abbiamo prodotto un diritto inesorabilmente legato ad un tempo (quindi a una fine) ma privo di spazio, o più esattamente disperso nello spazio.

Il diritto perde, infine, la propria razionalità. L'interpretazione giuridica necessita di un atto di fede. Per interpretare, per poter imporre al giudice di non arrendersi di fronte all'oscurità o alla lacuna, occorre che il legislatore sia riconosciuto come essere *ragionevole*⁴⁷. Ma la fede nella razionalità del legislatore, almeno a partire dalla seconda metà del Novecento, perde decisamente forza, di fronte alla moltiplicazione di regole spesso in contraddizione le une con le altre.

Come può il sistema sopravvivere a questo?

Paradossalmente, trasformandosi e insieme restando uguale a se stesso.

Per il giurista pratico, il sistema resta fondamentalmente un insieme organizzato di disposizioni e istituti logicamente coerente, dotato di razionalità, legato ad un territorio che ne definisce il limite di validità (sistemi di *civil law*,

46. Il tema è ovviamente sterminato. Sia consentito, qui, almeno il rinvio all'opera di J. Esser, in part. 1956.

47. Cfr. N. Bobbio, 1957, 603.

sistemi di *common law*) e fondato su un'idea, se non di perennità, almeno di stabilità del diritto (poi che la stabilità è condizione essenziale per la prevedibilità, quindi per la certezza)⁴⁸. Ma il sistema così inteso, s'è avvertito, non coincide più con il diritto *tout court*: occorre tener conto anche di tutte le regole di natura giuridica ma prodotte *all'esterno* di un sistema dato (le sentenze straniere per le quali si pone il problema dell'efficacia, le clausole-standard in uso nel mercato globalizzato). Se il diritto si fa specchio della complessità e dell'inevitabile contraddittorietà del reale, al giurista non resta che prenderne atto e tentare di ricondurre tale complessità al sistema: diritto e sistema tornano ad essere separati, ma il primo per sopravvivere – per avere un senso – deve continuare a tendere all'altro, all'infinito⁴⁹.

Per il teorico del diritto (per il sociologo del diritto), il sistema si fa meccanismo che processa il dato sociale, sistema di comunicazione che traduce in linguaggio giuridico altri linguaggi, le istanze e gli interessi che provengono dagli infiniti altri sottosistemi del Sistema. Il sistema elabora strategie per ridurre la complessità ambientale e torna a coincidere interamente con il diritto. Il sistema è un sistema giuridico, o più correttamente il diritto, nella sua totalità, si fa sistema, in un orizzonte teorico che si spinge in certi casi a postulare la natura sistematica del diritto, ponendo la teoria del sistema quale requisito per la stessa definizione della norma giuridica⁵⁰. Si apre così la strada della descrizione, della comprensione e del controllo dei processi che consentono la comunicazione tra sistemi diversi, cioè la traduzione in linguaggio giuridico di logiche extrasistemiche (extragiuridiche). Il che impone una riflessione sulle possibilità di evitare che tali logiche altre si impongano al sistema del diritto, diventino fonti del diritto stesso. Emerge in controluce, ancora una volta, il tema del controllo della produzione delle norme.

La domanda, a questo punto, è se, nel diritto, la visione sistemica sia veramente qualcosa di intrinsecamente nuovo rispetto alla visione sistematica⁵¹. Nel fornire la risposta, lo stesso Luhmann distingue tre fasi⁵²: nella prima, la nozione classica di sistema è rappresentata attraverso una contrapposizione tra le parti e il tutto, ove il tutto rappresenta qualcosa di più delle semplici parti. Ma non si riesce a spiegare il motivo per cui il tutto risulti qualcosa in più delle singole parti: per tale ragione, si rende storicamente necessario un primo «mutamento di paradigma», attraverso il quale al binomio parti/tutto viene sostituito il binomio sistema/ambiente. Il sistema viene cioè influenzato

48. Cfr. J. Carbonnier, 1978, 346. Con particolare riferimento alla qualificabilità in termini di sistema degli ordinamenti di *common law*, oltre a R. David, 1964; T. Parsons, 1970, 868.

49. P. Femia, 2013, 92 s.

50. Cfr., ad esempio, J. Raz, 1970.

51. La domanda è posta in questi termini da M. G. Losano, 2002, III, 223, nonché 315 ss.

52. N. Luhmann, 1987.

dall'ambiente: esso, da chiuso, si fa aperto. Il nuovo paradigma – giova sottolinearlo – non nega il primo, ma si affianca ad esso, rappresentandone una evoluzione. Nella terza fase, il sistema da aperto diviene autoreferenziale: un ulteriore mutamento di paradigma, che consente di concepire il sistema come organismo che si modifica da se stesso attraverso il binomio identità/differenza (da cui, l'interrogativo sulla possibilità di conciliare l'apertura del sistema all'ambiente con la sua chiusura autoreferenziale)⁵³.

Non c'è rottura, dunque, tra visione sistematica e visione sistemica; percorso evolutivo, piuttosto.

Ma è proprio nel corso di questo itinerario che la prospettiva del giurista e quella del sociologo si separano, chiamate a riflettere piani diversi: quello della validità, il giurista; quello dell'efficacia, il sociologo. Per il sociologo, il sistema giuridico *esiste*, è la realtà giuridica, non una sua semplice rappresentazione, non un modello (che invece, lo si rammenti, è la premessa da cui noi siamo partiti). Non è un tutto contrapposto alle singole parti, bensì un tutto che si rapporta a un altro tutto più esteso (sistema/ambiente)⁵⁴.

È a questo punto che Luhmann introduce una ulteriore, fondamentale distinzione, tra dogmatica e teoria giuridica⁵⁵: ove la prima si occupa del livello dell'obbligatorietà, mentre la seconda del livello della non-obbligatorietà.

Il punto di svolta sarebbe rappresentato dalla "scoperta", ad opera di Jhering, del concetto di interesse. Il giurista è vincolato dall'interesse: nel senso che egli deve presupporre che ad ogni norma sia sotteso un interesse che è già stato selezionato dal legislatore. A questo livello, il giurista non può che limitarsi a prenderne atto e il suo apporto consiste nel conferire eventualmente un ordine al materiale normativo (dogmatica), così costruendo il sistema giuridico. Al livello della teoria generale, invece, il giurista è autorizzato a procedere per astrazioni, così costruendo un sistema scientifico. Ma, in entrambi i casi, non siamo di fronte al fenomeno che il sociologo deve analizzare: sarebbe «sbagliato considerare già questi strumenti classificatori come se fossero il sistema del diritto»⁵⁶.

Dogmatica giuridica e teoria giuridica non sono cancellate, ma restano confinate secondo la loro logica particolare, che non coincide con la logica sistemica. Il che, del resto, non appare poi così distante da quanto affermava già Kelsen, tracciando il confine tra fatto e diritto, tra essere e dover essere: «il sociologo osserva il diritto dal di fuori; il giurista lo osserva dall'interno»⁵⁷.

53. Ivi, 356-7, ove la risposta è che il sistema del diritto è aperto dal punto di vista epistemologico e chiuso dal punto di vista normativo.

54. Cfr. M. G. Losano, 2002, III, 346.

55. N. Luhmann, 1974.

56. Ivi, 67.

57. H. Kelsen, 1966, 13 ss.

Posta la distinzione, sorge, inevitabilmente, una seconda domanda. In quale misura la visione sistemica è utile al modello sistematico?

L'atteggiamento scettico, qui, sembra prevalere⁵⁸. Ma è perfino scontato osservare come, al contrario, i due modelli si completino reciprocamente⁵⁹. La teoria sistemica non risponde (forse) alle domande pratiche con le quali il giurista deve confrontarsi quotidianamente, ma ha il pregio di offrirgli orizzonte più ampio e capacità predittiva. La teoria sistemica costringe il sistema giuridico a una riflessione sulle conseguenze delle decisioni giuridiche, cioè a una riflessione sulla sua stessa funzione⁶⁰.

C'è dell'altro.

Se la condizione apparentemente ineliminabile della nostra esistenza di giuristi è la riproduzione all'infinito della tragica scelta tra certezza del diritto e giustizia del caso concreto, la teoria dei sistemi, in una delle sue ultime e più raffinate versioni, sembra offrire un *tertium*, indicare una via d'uscita. Essa si propone di superare il livello della mera analisi descrittiva, nel tentativo di individuare criticamente quei processi sociali che abbiano un potenziale di trasformazione dell'ordine sociale attuale, in vista della costruzione di un «ordine giusto». In tale prospettiva, la critica dei valori (come rifiuto del modello tradizionale di risoluzione dei conflitti e garanzia di «spazi di autonomia sociale differenziati») e la critica dello Stato (come rilevazione dei rischi specifici che derivano non più solo dalla politica, ma da altri sistemi sociali) diventano centrali nella dimensione giuridica⁶¹.

58. M. G. Losano, 2002, III, 339.

59. Cfr. P. Guibentif, 2010.

60. Mentre la dogmatica giuridica è orientata all'input, cioè al passato, alla decisione giuridica come è (positivismo giuridico), la sociologia è orientata all'output, cioè alle possibili conseguenze che la decisione giuridica potrebbe produrre: questa differenza segna, per Luhmann, 1974, 59, la storia del diritto recente. Lo schema dell'immissione/emissione è piuttosto frequente nella lettura dei rapporti tra diritto e sistema sociale: si veda ad esempio L. M. Friedman, 1975. M. G. Losano, 2002, III, 320, usa l'immagine del diritto come «una "scatola nera" di cui si studia quanto essa riceve dall'ambiente sociale e quanto essa gli trasmette, ma il cui contenuto è ignoto o volutamente ignorato». Ma il rischio sta proprio nel non interrogarsi su quanto accade all'interno di quella scatola nera: la descrizione del sistema come processo di risposta alla domanda di complessità è ammissibile, purché si avverta che non si tratta di un processo neutro (cioè si eviti l'equivoco del discorso giuridico come discorso tecnico). Il che è tanto più essenziale, quanto più si rammenti che il sistema luhmanniano è un sistema ontologico (non epistemologico): un sistema nel quale le scelte sono in grado di modificare la realtà, ma, al contempo, un sistema nel quale la personalità del decisore come fattore che contribuisce alla decisione è neutralizzata e la razionalità giuridica (lecito/illecito) non coincide, per definizione, con la razionalità etica (giusto/ingiusto). Non a caso, l'accusa principale che verrà mossa alla teoria sistemica sarà proprio che in essa tutto viene trasformato in una questione tecnica, e quindi sottratto alla discussione pubblica: in questo direzione, ad esempio, si muovono i rilievi critici avanzati da J. Habermas, 1971, in part. 145.

61. A. Fischer-Lescano, 2010, 645 ss.; nonché lo stesso Teubner, 2006, 9 ss., in part. 17.

E si afferma che i diritti «non esistono prima in qualche luogo esterno, dal quale il politico dovrà trasferirli nel diritto (mediante un processo costituente extragiuridico), o interno, nel quale il giurista dovrà andare a cercarli (costruendo le sue belle argomentazioni, ponderazioni e bilanciamenti). I diritti non sono quindi fuori (rivendicare) né dentro (argomentare); essi sono *insorgenze infrasistemiche*, punti di rottura del sistema che il sistema stesso non contiene né può governare *ex ante*»⁶².

La giustizia, in tal modo, è collocata *all'interno* del sistema del diritto, così come *nel* diritto viene collocato il momento politico, che correttamente da alcuni non è rappresentato come un sistema in sé, ma come «evento interno di ciascun sistema», in grado di attivare «una serie di ridefinizioni categoriali che mutano il sistema dall'interno», sì da evitare il rischio di rimanere semplice possibilità⁶³.

Questo continuo processo di ridefinizione delle categorie consentirebbe, peraltro, non solo di «contrastare l'agire distruttivo dei poteri ma (di) impedire anche che i dominanti godano del privilegio di usare categorie che offrono una costruzione della realtà *ex ante* orientata a giustificare il loro dominio»⁶⁴. Non un modello che si sostituisca ad un altro modello, ma un sistema che apra alla differenza, prendendone atto e assorbendola.

6. QUALCHE RIFLESSIONE CONCLUSIVA

Si può, a questo punto, provare a trarre qualche conclusione.

L'equivalenza tra diritto e interpretazione, o almeno la necessità di tener conto della dimensione interpretativa del diritto, mi pare che non possa essere revocata in dubbio. Se si accetta tale premessa, il sistema, sia inteso come pensiero sistematico che come pensiero sistemico, diventa elemento imprescindibile nello scenario del giurista. Se anche non si condivida l'idea di una natura intrinsecamente sistematica del diritto (e io direi che, al contrario, il diritto in sé non sembra avere questa proprietà), resta il fatto che l'interpretazione del diritto non può che essere (anche) sistematica. Il sistema è essenziale all'interpretazione del diritto, dunque al diritto; e al contempo l'interpretazione diventa essenziale per il sistema, mutando la sua stessa identità e assumendo quale momento centrale proprio l'operazione analogica, che da mero riempitivo di possibili lacune diventa espressione e strumento di coesione⁶⁵.

62. P. Femia, 2012, § 9, nell'ambito di una riflessione sul concetto di autosovversione proposto da G. Teubner, 2008, xxix, 1, 9 ss.

63. Ancora P. Femia, 2012, § 2; nonché 2013, 102. In Teubner, invece, la politica costituisce ancora un sistema a sé: A. Fischer-Lescano, G. Teubner, 2012.

64. Sempre P. Femia, 2012, § 11.

65. Così N. Lipari, 2012, 36 ss., in part. 39, ove si rinvia a L. Caiani, 1958, 349 ss. Viene negata, conseguentemente, ogni utilità alla distinzione tra interpretazione e integrazione.

Il sistema non è scomparso, ma ha riprodotto se stesso, moltiplicando le proprie funzioni.

Esso resta l'unico strumento che il giurista conosce per frenare il moto incessante della storia (e del diritto, che della storia è parte). Il sistema serve ancora a ridurre la complessità del reale, a dare ordine e forma coerente al caos, ma insieme, nella diversa e nuova sua accezione, tiene conto ed entra in comunicazione con tale complessità, traducendo in linguaggio giuridico le istanze sociali. In definitiva, il sistema serve ora al diritto per dialogare con la realtà. Di più. La teoria sistemica regala al giurista pratico la suggestione di un sistema che si fa in grado di rispondere alla domanda di giustizia, trasformando se stesso e così ridefinendo incessantemente, e dall'interno, gli «equilibri di valori», cioè i codici binari alla base delle operazioni sistemiche. Al giurista è proposto un sistema che non sia esso stesso garanzia di razionalità (che non sia esso stesso fonte del diritto), ma che si apra alla differenza: «l'ordine è una funzione, non una sostanza del diritto»⁶⁶.

E tuttavia, oltre che necessario, è anche e ancora sufficiente l'approccio per sistemi di fronte al processo, pure descritto nelle pagine precedenti, del progressivo scollamento tra diritto e immagine paradigmatica del diritto?

Il vero limite del diritto è che esso deve sempre concretizzarsi in norme, cioè risolvere i conflitti che si producono e definire concretamente ciò che è giusto, ciò che è valido, ciò che è lecito: il conflitto è la condizione strutturale e ineliminabile delle società pluraliste⁶⁷.

Torniamo, allora, alla nostra ipotesi di partenza: il sistema, per il giurista, non è (non può essere) struttura della realtà, ma modello per la risoluzione dei conflitti. Se questo è vero, si deve ammettere che il modello attuale lascia sostanzialmente scoperte una serie di situazioni, nelle quali la composizione dei diversi interessi o delle diverse pretese non sempre risulta possibile (si pensi, ad esempio, alle vicende, recenti, relative al riconoscimento della legittimità delle pratiche di maternità surrogata). La teoria dei sistemi, in definitiva, lascia il giurista pratico solo con le sue vecchie categorie, nel disperato tentativo di dare risposte urgenti a problemi nuovi⁶⁸. E mentre il paradigma tradizionale gli regalava l'illusione di poter governare la complessità, eventualmente costruendo modelli diversi per ideologie diverse (nel senso dianzi chiarito), il paradigma moderno (sarei tentata di dire postmoderno) gli accompagna un'angosciosa consapevolezza: che «il vero male è tuttavia nella finzione dell'Unità [...]; non c'è il Decisore, ma una rete di soggetti incardinati in mille punti dei sistemi sociali, ciascuno dei quali lavora dall'interno per corrompere i sistemi stessi. La dittatura dell'era globale sarà sempre una dittatura diffusa e

66. P. Femia, 2009, 192.

67. Cfr. J. G. Belley, 1977.

68. G. Teubner, 1987.

costituzionale. La dittatura è quindi una perversione della complessità, non un'epifania dell'ordine violento che precede e domina l'ordine giuridico»⁶⁹.

La teoria dei sistemi intrappola il giurista in uno scenario in cui l'assenza apparente di sistema è un nuovo modello di sistema, del quale appare nebulosa l'ideologia ispiratrice. Siamo coscienti, però, che l'individuazione di tale ideologia è condizione imprescindibile di trasparenza nel processo di selezione delle situazioni da tutelare.

È possibile una soluzione diversa? Chi evidenzia la forza costituente della società civile suggerisce di prendere definitivamente atto della difficoltà di tale processo di individuazione, considerandola una premessa «per fondare un diverso agire normativo, per introdurre nel sistema nuovi discorsi di invalidazione [...] o di convalidazione [...]», sì che alla dialettica dei poteri globali dovrebbe contrapporsi, quale soggetto antagonista, «una moltitudine formata, consapevole della transnazionalità dei diritti fondamentali»⁷⁰. Alle gerarchie tradizionali si sostituisce una dialettica centro-periferia, che semplicemente sembra scavalcare, o comunque relativizzare, il problema dello Stato: si discorre espressamente di diritti «pre-sociali», «pre-giuridici» e «pre-politici», che si trasformano in «diritti tecnici» non in seguito ad una «libera decisione» del legislatore democratico, quanto piuttosto [per] l'effetto sia di processi che si auto conservano all'esterno della società sia di conflitti che si sviluppano all'interno della società»⁷¹. La produzione del diritto è così sottratta all'alternativa monopolio privato/monopolio pubblico della normazione, ma comunque sottoposta «al controllo e al dibattito pubblico», attraverso lo «sviluppo di controlli reciproci tra la sfera spontanea e quella organizzata», che ne soddisferebbero le condizioni di trasparenza e democraticità⁷². Proposta affascinante, ma che si presta ad almeno tre obiezioni: sottintende anch'essa una scelta politica (cioè l'individuazione della ideologia che conduce alla positivizzazione di certi diritti e non di altri); presuppone l'accettazione dell'idea della scissione tra istituzioni sociali e uomini⁷³; risulta ammissibile solo a patto di porsi

69. P. Femia, 2012, § 11.

70. P. Femia, 2013, 38, 65, ove si riprende la proposta del costituzionalismo sociale avanzata da G. Teubner. In argomento, tra i tanti: D. Sciulli, 1992; C. Thornhill, 2010, 315 ss.; G. Teubner, 2005, 2011, 2012 (in cui però non è presente il II capitolo dell'edizione originale in lingua tedesca), 1997, 763-87. In Italia, oltre agli studi compiuti da P. Femia, qui solo parzialmente citati, e alle ricerche di R. Prandini, si veda L. Zampino, 2012; nonché, per un approccio critico, N. Irti, 2011, 2016, 3 ss.

71. G. Teubner, 2006, 21-2.

72. G. Teubner, 2005.

73. G. Teubner, 2006, 18 ss., in part. 19. L'analisi coglie nel segno, laddove spiega come alcuni sistemi espellano l'uomo, rendendo necessaria la rivendicazione dei diritti umani, intesi in senso stretto, come risposta al problema dell'integrità fisica e psichica. E tuttavia essa si fa sottilmente pericolosa, nella misura in cui quella separatezza che ne è alla base rischia di condurre alla deresponsabilizzazione degli individui. Restituire al diritto la sua propria dimensione giuridica

in un'ottica di *rivendicazione*, non di *esercizio* dei diritti⁷⁴. E la rivendicazione non può, a nostro avviso, costituire la condizione strutturale (fisiologica) del sistema.

Non abbiamo, però, risposte alternative, se non che si debba continuare nella ricerca.

7. LA MORALE DELLA FAVOLA

Dal punto di vista del giurista, il discorso sul sistema è essenzialmente un discorso sul problema delle fonti, cioè un discorso sulla costruzione di possibili modelli che consentano di governare lo scontro, o se si preferisce l'aspirazione ad un equilibrio politico tra i diversi poteri costitutivi della realtà giuridica⁷⁵.

Nella ricerca del punto di equilibrio tra certezza del diritto e giustizia del caso concreto, e di un modello che possa definire, cioè tradurre in atto, l'idea di giustizia, il giurista storicamente si affida al sistema, compiendo scelte politiche via via diverse. Si tratta, a quel punto, solo di inventare mezzi per garantire la tenuta di quella scelta, di quel modello, di quel sistema, espungendo come antisistemici (anticostituzionali?) gli elementi di disturbo, i possibili momenti di rottura.

E tuttavia, le proposte sin qui avanzate si rivelano oggi insufficienti: non perché il livello di complessità sia tale da ostacolare o addirittura impedire la costruzione di un nuovo modello (ché la storia offre un numero sufficiente di esempi di complessità, alla quale pure i giuristi sono stati in grado di offrire una risposta). Piuttosto, proprio perché non è ancora chiara la soluzione politica al problema della definizione delle fonti del diritto, cioè, in definitiva, la soluzione politica al problema eterno della legittimazione del potere⁷⁶.

La difficoltà attuale nella costruzione *giuridica* di un sistema del diritto è tutta nella difficoltà di definire gli equilibri di potere, cioè nella difficoltà di

significa responsabilizzarlo, perché è solo nell'ambiente giuridico che si distingue ciò che è diritto da ciò che diritto non è.

74. Ivi, 36; concetto ribadito in G. Teubner, 2013.

75. Qui sarebbe necessario aprire una parentesi sul pluralismo delle fonti, su cosa possa essere qualificato come regola giuridica: sui confini tra diritto e fenomeno sociale. In definitiva, tutto dipende dal criterio ultimo di validità (di appartenenza al sistema) che si decide di assumere: il rispetto di una norma più o meno fondamentale (la Grundnorm kelseniana); un insieme di criteri normativi (i criteri di appartenenza di cui parlava N. Bobbio, 1968, 35 ss.); il comportamento di certi organi (il criterio dottrinale proposto da J. Raz, 1977, 266). Si potrebbe continuare, ma sarebbe un'impresa forse inutile, certo impossibile: valga allora, a conclusione, un semplice invito a riprendere gli studi di E. Ehrlich, 1902; nonché, più in generale, E. Ehrlich, 1913 (peraltro non esenti da numerose critiche).

76. Là dove si ricordi che «La politica non è un sistema, ma un evento interno di ciascun sistema (diritto, economia, cultura, salute ecc.)»: P. Femia, 2012, § 2, ma si veda anche *supra*, PAR. 5.

definire i processi (non solo le procedure) per rispondere alla domanda di giustizia, o più a monte per definire l'idea stessa di giustizia⁷⁷.

«Un po' come Diderot, noi ci troviamo oggi di fronte a un mondo concreto e proliferante, ma conosciamo ormai il peso della responsabilità politica che accompagna le nostre invenzioni; abbiamo potuto misurare non soltanto la fecondità con la quale il mondo può risponderci, ma anche il terribile potere che deteniamo d'imporgli l'ordine sistematico che inventiamo per lui»⁷⁸.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALPA Guido, 1998, «Il ricorso all'analogia nella giurisprudenza. Esempi, tecniche, stili». *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*: 45-67.
- ARNAUD André-Jean, 1973, *Essai d'analyse structurale du code civil français: la règle du jeu dans la paix bourgeoise*. LGDJ, Paris (trad. it. *Il codice civile nella pace borghese. Saggio di analisi strutturale del codice civile francese*. ESI, Napoli 2005).
- ID., 1981, *Critique de la raison juridique*. 1, *Où va la sociologie du droit?*. LGDJ, Paris.
- BELLEY Jean-Guy, 1977, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, thèse Paris II.
- BOBBIO Norberto, 1957, «Analogia». In *Novissimo digesto italiano*, I, 601-7. UTET, Torino.
- ID., 1968, «Ancora sulle norme primarie e secondarie». *Rivista di filosofia*, LIX: 35-53.
- ID., 2011, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Laterza, Roma-Bari (1 ed. Ed. Comunità, Milano 1965).
- CAIANI Luigi, 1958, «Analogia». In *Enciclopedia del diritto*, I, 349-78. Giuffrè, Milano.
- CARBONNIER Jean, 1978, *Sociologie juridique*. PUF, Paris.
- DAVID René, 1964, *Les grands systèmes de droit contemporains*. Dalloz, Paris.
- DUGUIT Léon, 1912, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*. Librairie F. Alcan, Paris.
- EHRlich Eugen, 1902, *Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen*, I, *Das ius civile, ius publicum, ius privatum*. Heymanns, Berlin.
- ID., 1913, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Duncker & Humblot, Berlin.
- ESSER Josef, 1956, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- FEMIA Pasquale, 2009, «Voltare le spalle al destino: sistema aperto o aperture sistematiche? Nota di lettura». In W. Canaris, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*. ESI, Napoli.
- ID., 2012, «Il giorno prima. Comune, insorgenza dei diritti, sovversione infrasistemica». In AA.VV., *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, 124-66. Ombre Corte, Verona.
- ID., 2013, «Benito Cereno in Bucovina». In A. Febbrajo, F. Gambino (a cura di), *Il diritto frammentato*, 23-116. Giuffrè, Milano.

77. N. Bobbio, 2011.

78. I. Prigogine, I. Stengers, 1981, 1021.

- FENET Pierre-Antoine, 1836, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, vi. Videcoq, Paris.
- FISCHER-LESCANO Andreas, 2010, «La théorie des systèmes comme théorie critique». *Droit et Société*, 76, 3: 645-65.
- FISCHER-LESCANO Andreas, AMSTUTZ Marc (Hrsg.), 2014, *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer Normativen Theorie*. Transcript Verlag, Bielefeld.
- FISCHER-LESCANO Andreas, TEUBNER Gunther, 2012, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Suhrkamp Verlag, Berlin.
- FRIEDMAN Lawrence M., 1975, *The Legal System. A Social Science Perspective*. Russel Sage Foundation, New York (trad. it. *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*. il Mulino, Bologna 1978).
- GADAMER Hans-Georg, 1960, *Wahrheit und Methode*. Mohr, Tübingen (trad. it. *Verità e metodo*. Bompiani, Milano 2001).
- GRIMM Dieter, 1971, «Recensione» a C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 171: 266-9.
- GROSSI Paolo, 1973, «Pagina introduttiva». *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2: 1-4.
- GUIBENTIF Pierre, 2010, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*. LGDJ, Paris.
- HABERMAS Jürgen, 1971, «Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann». In J. Habermas, N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, 142-290. Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- HECK Philipp, 1929, *Grundriß des Schuldrechts*. Mohr, Tübingen.
- IRTI Natalino, 2011, *Diritto senza verità*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2016, «Tramonto della sovranità e diffusione del potere». In A. Febbrajo, F. Gambino (a cura di), *Il diritto frammentato*, 3-22. Giuffrè, Milano.
- V. JHERING Rudolf, 1852-1865, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Breitkopf und Härtel, Leipzig (trad. it. *Lo spirito del diritto romano*. Pirotta, Milano 1855).
- ID., 1877-1883, *Der Zweck im Recht*. Breitkopf und Härtel, Leipzig (trad. it. *Lo scopo nel diritto*. Einaudi, Torino 1972).
- JENSEN Stefan, 1983, *Systemtheorie*. Kohlhammer, Stuttgart.
- KELSEN Hans, 1933, *Reine Rechtslehre*. F. Deuticke, Wien (trad. it. *La dottrina pura del diritto*. Einaudi, Torino 1966).
- LIPARI Nicolò, 2012, «Morte e trasfigurazione dell'analogia». In *Liber amicorum per Dieter Henrich*, vol. 1, *Parte generale e persone*, 36-50. Giappichelli, Torino.
- LOSANO Mario G., 2002, *Sistema e struttura nel diritto*, 3 vol. Giuffrè, Milano.
- LUHMANN Niklas, 1974, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart (trad. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. il Mulino, Bologna 1978).
- ID., 1987, *Rechtssoziologie*. Westdeutscher Verlag, Opladen (3° ed.).
- MENGONI Luigi, 1976, «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico». *Jus*: 3-40, ora in Id., *Diritto e valori*, 11-48. il Mulino, Bologna 1985.
- MODUGNO Franco, 1993, «Sistema giuridico». In *Enc. giur.* Treccani, XXIX, Roma.

- PARSONS Talcott, 1970, «On Building Social System Theory: A Personal History». *Daedalus*, 99, 4: 826-81.
- PERELMAN Chaïm, 1965, «Le raisonnement juridique». *Les Etudes philosophiques*, 2: 133-41.
- ID., 1970, *Etudes de logique juridique*, IV: *Le raisonnement juridique et la logique déontique*. Bruylant, Bruxelles.
- PRIGOGINE Ilya, STENGERS Isabelle, 1981, «Sistema». In *Enciclopedia*, XII. Einaudi, Torino.
- RAZ Joseph, 1970, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*. Oxford University Press, London (trad. it. *Il concetto di sistema giuridico*. il Mulino, Bologna 1977).
- ROMANO Santi, 1925, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza della Regia Università di Modena, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Giuffrè, Milano 1969.
- SALEILLES Raymond, 1904, «Le code civil et la méthode historique». In *Livre du Centenaire du code civil*. Société des études législatives, Paris.
- v. SAVIGNY Friedrich Carl (1840-49), *System des heutigen römischen Rechts*. Veit, Berlin (trad. it. *Sistema del diritto romano attuale*. UTET, Torino 1886).
- SCIULLI David, 1992, *Theory of Societal Constitutionalism*. Cambridge University Press, Cambridge.
- STOLL Heinrich, 1931, «Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz». *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin und Arthur Benno Schmidt*, 60-117. Mohr, Tübingen.
- TARELLO Giovanni, 1971, «Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica». *Riv. trim. dir. proc. civ.*, XXV, 1: 1-18.
- ID., 1978, *Introduzione a L. M. Friedman, Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*. il Mulino, Bologna.
- TEUBNER Gunther, 1987, *Juridification of Social Spheres*. W. De Gruyter, Berlin.
- ID., 1997, «The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy». *Law and Society*, XXXI: 763-87 (trad. it. «I molteplici corpi del re: l'autodecostruzione della gerarchia del diritto». In ID., *Diritto policontestuale. Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, 71-112. La Città del Sole, Napoli 1999).
- ID., 2005, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*. Armando, Roma.
- ID., 2006, «La matrice anonima. Quando «privati» attori transnazionali violano i diritti dell'uomo». *Riv. critica del diritto privato*: 9-37.
- ID. 2008, «Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenformel des Rechts?». *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, xxix, 1: 9-36.
- ID., 2011, «Societal Constitutionalism without Politics? A Rejoinder». *Social & Legal Studies*, 20: 248-52.
- ID., 2012, *Nuovi conflitti costituzionali*. Mondadori, Milano.
- ID., 2013, «Ordinamenti frammentati e costituzioni sociali. La nuova questione costituzionale». In A. Febbrajo, F. Gambino (a cura di), *Il diritto frammentato*, 375-96. Giuffrè, Milano.
- THORNHILL Chris, 2010, «Niklas Luhmann and the Sociology of the Constitution». *Journal of Classical Sociology*, 10: 315-37.

- VIEHWEG Theodor, 1953, *Topik und Jurisprudenz*. Beck, München (trad. it. *Topica e giurisprudenza*. Giuffrè, Milano 1962).
- VIOLA Francesco, 1974, «R. von Jhering e la conoscenza del diritto». In F. Viola, V. Villa, M. Urso, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, 23-50. CELUP, Palermo.
- WINDSCHEID Bernhard, 1904, «Die Aufgabe der Rechtswissenschaft – Leipziger Rektoratsrede vom 31 Oktober 1884». In *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 100-16. Leipzig.
- ZAMPINO Ludovica, 2012, *Gunther Teubner e il costituzionalismo sociale. Diritto, globalizzazione, sistemi*. Giappichelli, Torino.