

Prospettivismo testuale e principio di relatività sistemica nella teoria comunicazionale del diritto*

ABSTRACT

Every legal order is a perspective which makes it possible to qualify and evaluate events and human actions. Relativism, nominalism and pluralism in legal theory stand as consequences of the application of the notion of perspective to human knowledge. A communicational theory of law understands concepts as «legal order», «legal system» and «legal framework» as an impressive set of communicational related processes that produce texts.

KEYWORDS

Communication – Text – Relativity – Order - System.

1. CONOSCENZA E PROSPETTIVA

La spiegazione più divertente di ciò che rappresenta il prospettivismo proprio delle scienze l'ho letta qualche tempo fa in un libro di teoria economica. Mi riferisco all'opera di Kenneth E. Boulding intitolata *Analisi Economica*. Dice così:

È un “fatto” che Oliver Cromwell avesse una verruca sul naso. Ma che cosa costituisce questo supposto “fatto”? Per il chimico, è un certo conglomerato di atomi e molecole. Per il fisico, è una massa confusa di elettroni eccitabili la cui reazione non si può predire. Per il biologo, sarebbe una certa improprietà nel comportamento delle cellule. Per lo psicologo, può essere la chiave per interpretare il carattere di Cromwell e anche un fatto di rilevanza eccezionale. Lo storico può poi considerarla come un dettaglio insignificante o come un importante fattore causale, a seconda che difenda l'interpretazione economica o psicologica della storia. Per l'economista, la verruca può avere un'importanza minima, a meno che Cromwell fosse disposto a pagare una buona somma di denaro per la sua rimozione. Cos'è dunque il “fatto” rispetto alla verruca? Può essere uno qualunque o tutti i fatti che sono stati esposti qui, a seconda del particolare tipo di interpretazione in cui sia collocato¹.

* Traduzione dallo spagnolo di Maximina Serrano, rivista da Daniele Ruggiu e Guido Gorgoni.

1. Boulding, 1941.

Questo aneddoto mi suggerisce due commenti. Il primo è che Boulding, come la maggioranza degli economisti, almeno nell'epoca in cui scrive², si dimentica del diritto e della scienza dei giuristi. Nel caso non li avesse dimenticati, è probabile che avrebbero suggerito una cosa simile: la verruca di Cromwell è una parte, sebbene non sostanziale, del suo corpo – cioè dei cosiddetti beni della «personalità» – ed è suscettibile di rimozione, per questo sarebbe corretto ricorrere ai servizi di un chirurgo. Da ciò si dimostra che la prospettiva economica alla quale si riferisce Boulding è difficilmente comprensibile se non si comprende prima il suo legame con la dimensione giuridica. Il secondo commento ci porta al punto che vorrei sottolineare in questo saggio: il prospettivismo delle diverse interpretazioni di uno stesso fatto. Sebbene la citazione di Boulding si riferisca a quello che può essere denominato prospettivismo scientifico, giacché esamina i numerosi significati che ha uno stesso fatto dall'angolo delle diverse scienze, non c'è dubbio che le prospettive dalle quali consideriamo la realtà non possono essere ridotte soltanto alle prospettive scientifiche, ma riguardano tutte le forme di conoscenza.

Quello di «prospettivismo» è un concetto che il grande filosofo Ortega y Gasset diffuse in Spagna. Si tratta di un concetto che riguarda la conoscenza in tutte le sue possibili manifestazioni, avendo applicazioni molteplici delle quali abbiamo esperienza nella vita quotidiana. Ogni percezione di ciò che ci circonda ha luogo a partire da un determinato prisma o prospettiva. Questo è una specie di vincolo invisibile che si stabilisce tra chi vede e quanto viene visto, tra chi capisce e quello che capisce, tra il soggetto conoscente e l'oggetto conosciuto. L'essere umano è incapace di vedere o comprendere simultaneamente la realtà totale. O, meglio in altre parole, l'essere umano è privo di una prospettiva che gli permetta ottenere una conoscenza simultaneamente completa. La percezione sensoriale è, per propria natura, unilaterale: ogni qualvolta guardiamo, guardiamo sempre da un determinato lato, da un luogo concreto, da una certa situazione, a partire da determinate coordinate. La conoscenza umana è prospettica. Noi conosciamo prospetticamente, un po' come il pittore che dipinge la sua opera di scorcio, sempre da una certa prospettiva.

Ortega y Gasset, in una celebre opera al termine di un ciclo di conferenze intitolata *El hombre y la gente* (*L'uomo e la gente*), spiegò quest'idea del prospettivismo con notevole plasticità teatrale. Alludendo alla scena nella quale Eva mostra ad Adamo una mela, riferendosi alla diversa prospettiva dei due progenitori dell'umanità, si suppone che con una mela nella sua mano, sia venuta ad

2. Al contrario, negli ultimi decenni gli economisti hanno dedicato una speciale attenzione agli aspetti istituzionali e organizzativi dell'economia. Si considerino come prova di questa tendenza: Eggertsson (1990), trad. sp. 1995; Coase, 1988. Si vedano pure le numerose opere dedicate all'analisi economica del diritto.

affermare pubblicamente qualcosa del tipo: «La mela che voi vedete non è la stessa mela che vedo io, e tuttavia si tratta della stessa mela»³.

Lo psichiatra Luis Martín-Santos, nel suo romanzo *Tiempo de silencio* dedica un paragrafo a ridicolizzare la messa in scena di Ortega⁴. Era un'epoca nella quale la sinistra si rifaceva – in verità in modo alquanto discutibile – alle dottrine del nostro grande filosofo. È probabile che Ortega abbia esagerato un po' nella teatralizzazione del prospettivismo, ma non c'è dubbio che nessuno dei presenti verrebbe ad ignorare quanto di vero tale rappresentazione intendeva trasmettere, e cioè che la conoscenza umana non fornisce mai una percezione sensoriale o intellettuale di tutta la realtà. La conoscenza è, per natura, limitata e prospettica. Accediamo alla realtà da una determinata prospettiva. Così succede paradigmaticamente nelle scienze empiriche, le quali sono costruite a partire da prospettive pure che si chiamano metodi. Ogni metodo non è altro che uno strumento accordato per avvicinarsi alla conoscenza di una materia.

Il gesto di Ortega va oltre: focalizza l'attenzione sull'idea che insieme alla mela che vede il pubblico e l'«altra» mela che vede egli stesso, c'è la mela in se stessa. Ortega ci vuole dire: la mela esiste, è qualcosa di oggettivo, non dipende da voi e nemmeno da me, né voi né io possiamo vederla nella sua interezza, dobbiamo adattarci a vedere una delle sue facce, e considerare l'altra come «con-presente». Qualcosa di simile succede con il nostro satellite. Possiamo vedere soltanto uno dei suoi volti, l'altro è sconosciuto per noi perché è nascosto, sebbene nessuno dubiti della sua esistenza.

Questi insegnamenti sono molto importanti e non sempre sono assimilati fino in fondo. Da una parte, presuppongono l'accettazione dell'esistenza di una realtà oggettiva. Dall'altra però implicano che noi esseri umani non possiamo conoscerla nella sua interezza e, per così dire, in un colpo solo. Dobbiamo ammettere che la nostra conoscenza è sempre limitata perché è prospettica. Conosciamo solamente in prospettiva. La prospettiva è il nostro limite e allo stesso tempo la nostra unica possibilità di conoscenza. Ogni scienza e, allo stesso modo, ogni teoria implicano l'adozione di una prospettiva su una materia determinata che si trasforma così in oggetto.

La teoria comunicazionale del diritto, come qualsiasi altra concezione, è anch'essa prospettica. Essa considera la sua materia – il fenomeno giuridico – da una prospettiva determinata: quella della comunicazione umana.

2. IL PROSPETTIVISMO TESTUALE

Finora mi sono riferito soltanto a quello che può denominarsi prospettivismo epistemologico o, con una portata più generale, conoscitivo, che sarebbe quello

3. Ortega y Gasset, 1983, 117.

4. Martín-Santos, 1961, 133.

che caratterizza la nostra mente e la conoscenza che abbiamo delle cose. Adesso mi riferirò ad un altro tipo di prospettivismo: quello proprio di determinate costruzioni culturali. Così, ad esempio, una religione implica un certo modo di capire la realtà, perché presuppone una prospettiva dalla quale si forniscono risposte a molti problemi, come il senso della vita, il posto dell'uomo nel mondo, e anche l'origine di questo. Qualcosa di simile si può dire delle ideologie. Ogni ideologia è un modo di organizzare mentalmente il mondo che ci circonda, soprattutto il mondo sociale e politico, e in questa maniera poterlo comprendere meglio. Non percepiscono alla stessa maniera un'identica realtà economica un imprenditore di mentalità liberale e un sindacalista di ideologia socialdemocratica. Comunque, le lingue sono costruzioni prospettiche che non servono a dare senso al mondo e alla vita, ma servono invece a nominare i loro diversi componenti. Non solo, succede che ogni lingua adoperi termini diversi per riferirsi alle cose. È anche vero che questi termini sono caricati di elementi simbolici, i quali sono usati dai parlanti in maniera inconsapevole, ma non per questa ragione risultano meno rilevanti.

Di conseguenza, anche i testi hanno loro una propria prospettiva. La chiameremo prospettiva testuale. Per spiegare cos'è la prospettiva testuale mi sia permesso soffermarmi un momento sul mio hobby: il romanzo. Ogni romanziere, quando scrive un romanzo, sa che una componente essenziale di esso è il narratore. È molto diverso scrivere un romanzo con un narratore onnisciente, rispetto al quale non esiste alcun segreto giacché è capace di approfondire anche i più reconditi pensieri e desideri dei suoi personaggi, con un narratore che conosce soltanto determinati aspetti, ad esempio azioni e condotte meramente esterne. In maniera simile, se il narratore comincia il suo romanzo adoperando la prima persona (ad es., se il romanzo comincia così: «Quella mattina splendeva un sole abbagliante. Toby, quando mi vide, venne veloce verso di me, abbaiando e pieno di gioia»), non c'è dubbio che il romanzo ci fornirà una visione delle cose differente da quella che ci fornirebbe un narratore amico del protagonista, e la visione sarà ancora molto più diversa se il narratore è il suo nemico.

Il narratore contempla di scorcio la realtà narrata, come il pittore la sua realtà. Lo stesso accade con altri tipi di testi, come per esempio i testi storici. Lo storico deve essere cosciente che, ricercando la verità di quanto accaduto nei tempi passati, non potrà staccarsi della sua «pre-comprensione»⁵, la quale

5. Il concetto di «pre-comprensione» (*Vorverständnis*) è uno dei concetti che hanno ricevuto maggiore attenzione da parte della filosofia ermeneutica. Si veda, quale più rappresentativa, l'opera di Gadamer, 1990, 272-3. Gadamer si riferisce alle «precedenti opinioni con cui leggiamo i testi e che costituiscono nostra "pre-comprensione"». Il concetto di «pre-comprensione» è strettamente vincolato a quello di «pre-giudizio» (*Vorurteil*), cioè al «giudizio previo» con il quale, che lo si voglia o no, guardiamo le cose. Per Gadamer bisogna operare una riabilitazione del concetto di «pre-giudizio» giacché costituisce le «condizioni del comprendere» (ivi, 281 ss.).

costituisce una specie di torre di vedetta dalla quale contempla l'evoluzione della società oggetto della sua ricerca.

Come è naturale, i giuristi non possono eludere questa regola generale della conoscenza umana. Se noi agiamo come avvocati difensori del nostro cliente sappiamo che la nostra prospettiva non può essere la medesima che quella del pubblico ministero. Se noi partecipiamo ad una negoziazione molto difficile «facendo la faccia cattiva» siamo ben coscienti che agiamo in rappresentanza di una determinata impresa che ha interessi molto concreti e perciò dobbiamo mettere a fuoco le cose da un angolo ben determinato⁶. Il giudice, da parte sua, ha il dovere di fare giustizia, e questo implica che deve situarsi nella prospettiva dell'ordinamento giuridico del quale egli è un organo, e con questa finalità è necessario prima assimilare i caratteri di detta prospettiva in modo profondo e coerente.

È qui che appunto voglio soffermarmi un attimo per approfondire l'idea che ogni ordinamento giuridico costituisce una prospettiva testuale dalla quale si considera e si valuta l'intero mondo giuridico. Questa tesi, che possiamo denominare «prospettivista», va unita ad altre due tesi che non sono meno importanti nel quadro della teoria comunicazionale del diritto: la tesi nominalista e la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici (o, come poi dirò, degli ambiti giuridici). Per comprendere bene la tesi prospettivista è bene chiarire prima le due tesi qui appena menzionate, e che non sono altro che due facce della stessa medaglia.

3. LA TESI NOMINALISTA

È molto usuale che i libri di diritto, di filosofia o teoria del diritto, e anche delle discipline dogmatiche, incomincino la loro esposizione con una definizione del diritto più o meno fondata. Di solito questi libri forniscono una breve formula attraverso la quale si cerca di definire *il* concetto *di* diritto, inteso quale universale giuridico. Non nego che sia legittimo e anche utile situare il lettore in una certa cornice concettuale mediante una nozione introduttiva, per quanto approssimativa, affinché si capisca meglio la spiegazione posteriore della materia giuridica. Ciò che pare destinato all'insuccesso è il tentativo di fornire una definizione del concetto universale di diritto, per la semplice ragione che, come affermava Federico de Castro y Bravo, su questa questione si sono versati fiumi d'inchiostro ma non si è giunti ad un risultato che soddisfi tutti⁷.

6. Ogni strategia implica di fatto l'adozione di una prospettiva. Interessante a questo proposito è il libro di Schelling, 1980. Malgrado quest'opera si focalizzi sui conflitti propri delle relazioni internazionali, contiene aspetti che sono rilevanti per una teoria generale della strategia e della negoziazione (*Bargaining*) in situazioni di tensione o conflitto.

7. De Castro y Bravo, 1968, 13. La citazione completa è la seguente: «La questione cosa sia il

Questa posizione, che può essere qualificata come scettica, può trovarsi anche in una delle opere di filosofia più rilevanti della storia, cioè nella *Critica della ragione pura*, di Immanuel Kant, quando afferma con notevole ironia: «i giuristi cercano ancora una definizione del concetto di diritto»⁸. A sua volta Herbert Hart scrisse un libro che è diventato celebre, intitolato appunto *Il concetto di diritto*, senza poter trovare una definizione di detto concetto; neppure l'autore pare abbia avuto l'intenzione di fornirne una⁹.

La complessità del fenomeno giuridico è tale che esso non può essere ridotto ad una mera formula, a quella che è propriamente una definizione, dove si renda conto di tutti gli elementi necessari e sufficienti di ciò che è definito. Ci sono realtà che sfuggono alla possibilità di essere definite in formule più o meno sintetiche. Con il diritto succede esattamente lo stesso che accade ad esempio per l'arte, la cultura, la società o qualunque altra «grande parola». L'ontologismo filosofico è ostinato e desidera scoprire l'«essenza» delle cose per definirle una volta per tutte, ma non sempre questa operazione demiurgica sarà possibile.

Dinanzi all'impossibilità pratica di questo compito, la teoria comunicazionale, conseguente con il suo scetticismo in tema di definizioni delle grandi parole, adotta una posizione pragmatica e si interroga non su cosa sia il diritto ma sulle cose che chiamiamo diritto. Si tratta quindi non di definire il diritto ma di «mostrarlo».

Credo che in questo aspetto non ci sia alcuna differenza tra l'uso del linguaggio ordinario (cioè del linguaggio proprio della gente in generale) e l'uso del linguaggio dei giuristi (cioè dei professionisti del diritto nel suo senso più ampio, che include tanto i giuristi teorici quanto i pratici). Appartengono al diritto realtà così diverse come la costituzione e le leggi, le applicazioni

diritto? si dice abbia fatto versare fiumi d'inchiostro e, malgrado questo, ancora si aspetta una risposta che soddisfi tutti». Tuttavia De Castro fornisce la sua propria definizione, per quanto limitata al «diritto positivo»: «la regolamentazione organizzatrice di una comunità, legittimata grazie alla sua armonia con il diritto naturale» (De Castro y Bravo, 1955, 32). Definizione, a mio parere, chiaramente incompleta giacché rinvia al diritto naturale, che a sua volta si preciserebbe con un'altra definizione.

8. Kant (1787), 1977, 625. Tuttavia Kant contribuisce anche ad ingrandire il patrimonio delle definizioni del diritto. La sua definizione si trova in Kant (1797), 1977: «Il diritto è perciò l'insieme di condizioni sotto le quali è possibile conciliare l'arbitrio di ognuno con l'arbitrio degli altri, secondo una legge generale di libertà». Si pensi che questa definizione si adatta soltanto ad un tipo determinato di società: quella in cui dominano i valori liberali, e per questa ragione non può essere considerata una definizione universale del diritto.

9. Hart dichiara espressamente che il compito del suo libro «non è fornire una definizione del diritto», ma «far progredire la teoria del diritto attraverso un'analisi migliore della struttura caratteristica di un sistema giuridico statale e anche una comprensione più proficua delle somiglianze e delle differenze tra il diritto, la coercizione e la morale, considerati come tipi di fenomeno sociale» (Hart, 1994, 17).

giudiziali e di polizia, i contratti e i testamenti, le prigioni e le multe per il traffico, i matrimoni, i divorzi e le adozioni, i contratti collettivi di lavoro e gli scioperi, i trattati internazionali e le guerre...

Come tenere in ordine questo caos di fenomeni, i quali hanno tutti a che fare con il diritto, non come qualcosa di meramente esterno ma come con qualcosa che fa parte del diritto? Questo è giustamente il compito della teoria del diritto in generale, e della teoria comunicazionale del diritto in particolare.

Per la teoria comunicazionale del diritto non esiste *il* diritto in sé ma gli ambiti giuridici, al plurale: l'ambito giuridico brasiliano, quello spagnolo, quello colombiano, quello cinese, ecc.; e oltre a questi ambiti giuridici nazionali, ce ne sono altri come l'ambito giuridico internazionale, quello comunitario (dell'Unione Europea), quello canonico della Chiesa Cattolica, ecc.

Infatti «Diritto» è una parola, un *nomen* che designa una realtà plurale e multiforme. Quando diciamo «*il* diritto» ci serviamo di una formula linguistica semplificatrice che svolge la funzione di sintetizzare in un unico termine un insieme variegato di fenomeni. *Il* diritto come tale non ha un'esistenza reale ma è un nome che ci serve per riferirci alla pluralità di ambiti giuridici che sono esistiti nel passato, esistono oggi e presumibilmente esisteranno anche in futuro. In altri termini le realtà che hanno esistenza sono gli «ambiti giuridici», concetto che ha un rapporto stretto con quello di ordinamento giuridico e il cui significato più elementare sarà oggetto di spiegazione alla fine di questo lavoro.

Il senso della tesi nominalista è sostanzialmente questo: non è possibile, per la teoria comunicazionale, fornire una definizione essenzialista o ontologista del diritto, e questo la distingue chiaramente dalla teoria del diritto propria sia del giusnaturalismo che del positivismo giuridico¹⁰. Poiché ambedue le teorie pongono prioritariamente il problema di cosa sia *il* diritto, ma rispondono alla domanda in maniera diversa. Per la prima la «cosa» diritto è un'idea, (si chiami giustizia, diritto naturale, diritto giusto o qualsiasi altra espressione). Per la seconda il diritto è una realtà «posta» nell'esistenza sociale degli uomini (sia questa realtà «posta» le leggi, le norme, gli atteggiamenti o i fatti sociali). Malgrado le divergenze rispetto alla risposta, il giusnaturalismo e il positivismo giuridico hanno in comune la questione dell'*essenza* o dell'*essere del* diritto.

Se si vuole formulare la tesi nominalista in modo più attenuato o sottile può affermarsi che il diritto esiste nelle sue realtà plurali, gli ambiti giuridici. In ogni modo, la rinuncia a fornire una vera definizione – e non una mera nozione approssimativa – del diritto è pienamente giustificata o, in ogni caso, comprensibile.

10. Per la critica dell'ontologismo giuridico e la giustificazione di un nuovo programma di ricerca che superi gli schemi intellettuali della teoria del diritto naturale e del positivismo giuridico, cfr. Robles Morchón, 2003.

Troviamo qui un elemento di paragone con il dualismo tra linguaggio e lingua. Il linguaggio non ha un'esistenza propria, è un mero nome per designare l'insieme delle lingue che sono esistite, esistono ed esisteranno. È possibile ampliare la cornice di applicazione del termine «linguaggio» ed estenderlo non solo alle lingue, ma pure a qualunque sistema di segni (ad esempio, il morse, o il braille)¹¹. In questo modo, la parola «linguaggio» si riferisce a tutti gli insiemi di segni (specialmente alle lingue) che servono agli uomini per comunicare tra loro.

C'è anche una somiglianza con il caso dei giochi. *Il* gioco come tale non ha in verità un'esistenza propria, autonoma, ma è un *nomen* che designa di tutti i giochi esistenti. Quando diciamo «*il* gioco» non ci riferiamo ad un gioco concreto ma a tutti in generale: è un modo di semplificare la complessità attraverso le possibilità che ha la nostra capacità di nominare le cose.

Evidentemente, se parliamo *del* diritto, *del* linguaggio e *del* gioco, ciò è dovuto al fatto che tutti gli ambiti giuridici, tutte le lingue e tutti i giochi, rispettivamente, hanno tra loro qualcosa in comune. Non c'è dubbio che lo spagnolo e il cinese sono lingue molto differenti, ma qualcosa devono avere in comune dal momento che uno spagnolo può imparare il cinese e un cinese può imparare lo spagnolo. Questa struttura profonda di ogni modalità concreta del linguaggio assomiglia alla struttura profonda dei giochi e anche a quella degli ambiti giuridici. Il lavoro della teoria del diritto è scoprire e analizzare quest'ultima.

Nel diritto la tesi nominalista ci conduce direttamente all'idea della pluralità degli ordinamenti giuridici e, conseguentemente, della pluralità dei sistemi e degli ambiti giuridici. Infatti, se «diritto» è un nome che serve a designare l'insieme degli ordinamenti giuridici (quindi, anche degli ambiti e dei sistemi giuridici) stiamo presupponendo allora la tesi pluralista.

4. LA PLURALITÀ DEGLI ORDINAMENTI GIURIDICI

Non si pensi che la tesi pluralista sia stata sempre maggioritaria nella filosofia giuridica. In realtà tanto nella dottrina del diritto naturale come in quella del positivismo giuridico si possono trovare difensori della posizione contraria: quella del monismo giuridico.

Le dottrine del diritto naturale sono generalmente monistiche, giacché considerano il mondo giuridico come un cosmo organizzato in accordo con leggi di tipo diverso ma concatenate tra loro secondo uno schema coerente. Per le dottrine del diritto naturale il diritto è una realtà unitaria, sebbene complessa, che si manifesta in due momenti fondamentali differenti ma ontologicamente uniti. Il primo di questi momenti corrisponde a quello che si è denomi-

11. Wittgenstein, 1989, 27.

nato, fin dai tempi degli stoici, diritto o legge naturale. Il secondo corrisponde a quello che usualmente è denominato diritto positivo. Il fenomeno giuridico si spiega in queste due dimensioni, ma non perciò costituiscono due realtà contrapposte o contrarie, piuttosto l'una è conseguenza dell'altra.

Possiamo immaginare l'idea propria della dottrina giusnaturalista come una grande costruzione simile ad una cattedrale, la cui volta sarebbe formata dalle norme del diritto naturale, cioè dai principi fondamentali di carattere etico-politico, al cui riparo e come prolungamento di detti principi si troverebbe il diritto positivo degli stati, il quale sarebbe simile alle colonne del duomo che uniscono la volta al pavimento. Queste colonne, ancorché siano diverse tra loro e anche diverse dalla volta, fanno parte di una realtà unitaria, di un insieme ordinato. La visione del diritto naturale è unitaria e risponde a una concezione armoniosa dell'universo e anche della realtà umana.

Questa visione armoniosa e unitaria non è tuttavia patrimonio esclusivo della teoria del diritto naturale, essa è anche propria di alcune tendenze caratteristiche del positivismo giuridico. Così, la Scuola di Vienna, nella sua versione kelseniana, difende la concezione monista e unitaria del diritto, con la sfumatura – di non poco conto – che la «volta» della costruzione è costituita adesso non dal diritto naturale ma dal diritto internazionale.

Per essere più rigorosi, è corretto dire che Kelsen sostenne che, da un punto di vista logico, sono possibili due modalità di costruzione unitaria: quella statalista e quella internazionalista. Ciò che non è possibile, anche da una prospettiva logica, è sostenere una posizione dualista o pluralista.

Il monismo – afferma quest'autore – può essere statalista quando si considera il mondo giuridico dalla prospettiva del proprio ordinamento giuridico statale. Il diritto, considerato nel suo insieme come una totalità, sarebbe questo stesso ordinamento e tutti gli altri ordinamenti che il primo riconosce come validi. Rimane inteso che il fondamento della validità di questi ultimi si troverebbe giustamente nell'ordinamento statale originario. Questa maniera di comprendere il diritto è caratteristica, secondo Kelsen, di posizioni politiche imperialiste. Da un punto di vista politico può essere criticabile, ma dal punto di vista della costruzione giuridica è logicamente impeccabile. L'alternativa a questa visione statalista di una costruzione coerente è quella internazionalista, per la quale l'ordinamento giuridico originario è il diritto internazionale, dal quale derivano la loro validità gli altri ordinamenti giuridici, tra i quali troviamo gli ordinamenti statali. Questa posizione è così logica come la posizione statalista ma, a differenza di quest'ultima, è – dal punto di vista ideologico – propria delle concezioni politiche pacifiste. In ambedue le concezioni si difende l'esistenza di un unico diritto, cioè di un unico ordinamento giuridico, organizzato dalla prospettiva sia del diritto statale sia del diritto internazionale. Il fondamento epistemologico della concezione monista, in una qualsiasi di queste due manifestazioni possibili, è il postulato fondamentale del positivi-

smo: l'unità della scienza. Se c'è una scienza giuridica questa deve avere un oggetto e un metodo. Il metodo non può essere altro che il metodo giuridico o normativo. L'oggetto è il diritto; e ciò equivale ad affermare che l'oggetto è l'ordine giuridico¹².

La teoria comunicazionale del diritto propugna la tesi pluralista¹³. Nel mondo non esiste un unico ordinamento giuridico, bensì molteplici ordinamenti giuridici. La teoria comunicazionale si lega in questa maniera alle concezioni formulate all'inizio del secolo xx da Triepel¹⁴ e Anzilotti¹⁵, ma soprattutto a quella di Santi Romano¹⁶, giacché mentre i due primi autori si concentrano soltanto sulla dualità tra diritto statale e diritto internazionale, Romano invece fa della pluralità degli ordinamenti il nocciolo del suo interesse filosofico.

Il punto debole della teoria di Romano è la moltiplicazione eccessiva del numero degli ordinamenti giuridici esistenti, fino al punto di assegnare l'esistenza di un ordinamento giuridico ad ogni gruppo sociale, anche a quei gruppi che fanno del reato la loro attività più significativa (come è il caso della mafia e delle organizzazioni che le assomigliano).

Determinare quali siano gli ordinamenti giuridici è un problema la cui soluzione è puramente convenzionale: ogni autore può denominare «ordinamento giuridico» quello che più lo soddisfa, sempre che, naturalmente, sia in grado di fondare la sua posizione. Secondo me questo problema non ha una soluzione univoca e nient'affatto assoluta. La via per trovare una soluzione può essere – prendendo in considerazione uno dei postulati fondamentali della teoria comunicazionale del diritto – esaminare il linguaggio dei giuristi. Allora alla domanda: quali sono gli ordinamenti giuridici in un certo momento storico?, si risponderà attraverso la risposta ad un'altra domanda: che cosa indicano i giuristi come «ordinamento giuridico»?

Mi sembra inconfutabile questo fatto: la generalità dei giuristi denominano «ordinamento giuridico» il diritto degli stati, il diritto internazionale, il diritto dell'Unione Europea e di altre organizzazioni similari, il diritto della Chiesa Cattolica e di altre confessioni religiose, ecc., ma non adoperano questo termine per le norme interne delle organizzazioni criminali e nemmeno lo riducono al mero diritto dello stato¹⁷.

12. Kelsen (1920), 1981.

13. Robles Morchón, 2007.

14. Triepel (1899), 1958.

15. Anzilotti, 1905.

16. Romano (1918), trad. sp. 1963.

17. Può vedersi la mia critica alle tesi di Romano (e anche a quelle di Eugen Ehrlich, assimilabile a quella di Romano, sebbene non attribuisca carattere giuridico alle organizzazioni criminali) in Robles Morchón, 2007.

5. IL PRINCIPIO DI RELATIVITÀ NEL DIRITTO

La tesi pluralista è intimamente legata al principio di relatività nel diritto, secondo il quale ogni ordinamento giuridico costituisce una prospettiva dalla quale si considera e si valuta il mondo giuridico.

Tutti i testi – abbiamo già sostenuto – implicano una determinata prospettiva, così succede anche con quel particolare testo che è l'ordinamento giuridico. Diversamente da un romanzo, che costituisce un testo narrativo, un ordinamento giuridico è un testo di tipo decisionale-istituzionale-regolatore. La sua funzione immanente risiede nell'organizzare una società determinata così come nel dirigere, dalle sue spalle, le azioni degli individui. Ogni ordinamento è una totalità testuale composta da testi parziali. Questi acquistano un significato pieno soltanto in rapporto con la totalità e, d'altra parte, non è possibile comprendere detta totalità senza fare un riferimento costante ai testi concreti che la formano. Una caratteristica di tutti gli ordinamenti è che non regolano soltanto aspetti, per così dire, sociali, essenzialmente le azioni umane, ma la loro funzione pragmatica comprende anche altri aspetti, come la regolazione dei propri componenti e la regolazione delle proprie relazioni con altri ordinamenti giuridici. Fermiamoci qui un momento per analizzare alcune idee.

Prima idea: ogni ordinamento giuridico costituisce una prospettiva testuale dalla quale è possibile qualificare e giudicare (o valutare) tutto il mondo giuridico.

Quando noi diciamo «*tutto* il mondo giuridico» vogliamo intendere esattamente questo: non soltanto il mondo giuridico «rispetto all'aspetto interno» dell'ordinamento in questione. Si suggerisce così che un ordinamento giuridico è una prospettiva che ci serve per «vedere» e «qualificare» qualsiasi realtà potenzialmente giuridica, e anche per «valutarla» o «giudicarla». Che cosa è realtà giuridica e che cosa non lo è, dipenderà dall'ordinamento concreto dal quale la si consideri. Può affermarsi che realizzare questa separazione tra «giuridico» e «non-giuridico» è il primo atto di qualificazione, l'atto sostanziale e previo a qualsiasi altro, che è possibile realizzare dalla prospettiva di un ordinamento giuridico determinato.

Con un esempio possiamo chiarire questo apparente gioco di parole. Supponiamo che un individuo uccida un altro individuo in territorio spagnolo. Questo atto è successo nell'ambito territoriale interno dell'ordinamento spagnolo. Indipendentemente dalla nazionalità di ambedue le persone (dell'aggressore e della vittima), l'ordinamento considera detto atto come qualificabile e giudicabile da parte delle autorità spagnole, giacché applica direttamente il principio di territorialità in materia penale. Ma supponiamo che un cittadino della Nuova Zelanda uccida un altro cittadino dello stesso paese. Allora l'ordinamento spagnolo deciderà che non è competente per giudicare detto atto.

Potrà qualificarlo come un «presunto» reato di omicidio (per esempio, nell'ipotesi che l'omicida sia fuggito dal suo paese e risieda in territorio spagnolo, e la Nuova Zelanda chieda l'estradizione, dichiarando di seguito che il supposto delitto non sia oggetto della sua giurisdizione e, di conseguenza, si astenga dal prendere una decisione).

Possiamo vedere quindi come lo stesso tipo di atto sia, in un caso, oggetto di qualificazione e giudizio, nel secondo caso invece produca un'astensione che in definitiva equivale a lasciare che l'atto sia qualificato e valutato da parte di un altro ordinamento giuridico, nell'esempio citato, dall'ordinamento giuridico della Nuova Zelanda. Qual è la ragione di questo? La risposta è semplice: perché l'ordinamento giuridico stabilisce in questo modo. L'ordinamento ha deciso che si occuperà di determinati casi ma non di altri. Quest'ultima decisione equivale a lasciare il giudizio di questi atti alla competenza di altre autorità. Non è che l'atto del secondo esempio (cioè quando il reato è commesso nella Nuova Zelanda) sia indifferente all'ordinamento spagnolo, ma per ragioni diverse ha deciso di cedere la sua competenza ad un altro ordinamento, in questo caso quello neozelandese. Ma l'ordinamento spagnolo non cederà la sua competenza se una delle persone implicate nel reato è un cittadino spagnolo. In questo terzo caso, benché il reato sia commesso dall'altra parte del mondo, l'ordinamento spagnolo può dichiararsi competente per qualificare e giudicare detto atto, e quindi sarà necessario vedere in quale maniera si risolva il «conflitto» con le autorità della Nuova Zelanda, le quali probabilmente si considereranno competenti per sanzionare il colpevole, indipendentemente dalla sua nazionalità.

Con questo esempio semplice cerco di trasmettere un'idea apparentemente complessa ma che in verità non lo è: ogni ordinamento giuridico organizza la realtà e la valuta attraverso l'applicazione della sua propria testualità, cioè delle sue norme, e lo fa rispetto a tutti gli elementi (autorità, competenze, procedimenti, atti, ecc.) che considera giuridicamente rilevanti. Questo è il significato della tesi secondo la quale l'ordinamento giuridico costituisce una prospettiva dalla quale è possibile qualificare e giudicare tutti gli elementi giuridicamente rilevanti. Già la determinazione di quello che, per un ordinamento giuridico, è *giuridicamente rilevante* implica una qualificazione, che a sua volta è la conseguenza di una decisione. Quando il legislatore intende qualificare giuridicamente come rilevanti tali o tali altri atti, presuppone implicitamente come irrilevanti (per il diritto) tutti gli altri.

Seconda idea: ogni ordinamento giuridico si autoregola e genera i suoi propri elementi. Sotto quest'aspetto può affermarsi che ogni ordinamento giuridico è una prospettiva che si costruisce da sé. Ogni ordinamento è una prospettiva *auto-poietica*. Il termine «*auto-poiesis*» entrò in voga grazie al sociologo tedesco Niklas Luhmann, ma per i giuristi è considerato un concetto ormai consolidato.

Il carattere prospettico dell'ordinamento non presuppone soltanto di vedere la realtà di scorcio, attraverso il testo ordinamentale. Significa anche che l'ordinamento vede se stesso e decide di svilupparsi come prospettiva a colpi di decisione, in una determinata maniera e non in un'altra. Già la decisione costituente, quando produce la costituzione, stabilisce le basi fondamentali di detta prospettiva, che sarà necessario completare costruttivamente, un passo dopo l'altro, nei diversi livelli della produzione testuale. Se mi si permette di utilizzare un linguaggio antropomorfo, direi che ogni ordinamento giuridico vede se stesso in un determinato modo, e questa caratteristica implica un *prospettivismo interno*.

Terza idea: insieme a questa prospettiva *ad intra*, l'ordinamento giuridico implica anche necessariamente – come è stato già indicato – una prospettiva *ad extra* (*prospettivismo esterno*).

Il prospettivismo esterno implica, oltre ad altri aspetti, che ogni ordinamento giuridico regoli i rapporti con gli altri ordinamenti giuridici che esistono nel mondo. Questa è una verità generale applicabile a tutti gli ordinamenti giuridici. A seconda di come consideri se stesso, cioè in base alla sua prospettiva interna, l'ordinamento farà più attenzione sui suoi rapporti esterni (i rapporti inter-ordinamentali) in una o in un'altra maniera. Se per esempio in uno stato in base alla prospettiva interna il suo diritto non è un prodotto esclusivo delle decisioni delle proprie autorità, e dipende essenzialmente dal diritto internazionale, è evidente che la costruzione dei suoi rapporti con altri ordinamenti giuridici sarà molto differente da quella di uno stato che abbia una concezione più autosufficiente. Può quindi sostenersi che la prospettiva esterna e la prospettiva interna di un ordinamento giuridico mostrano necessariamente una grande coerenza tra loro. Dal punto di vista della teoria del diritto l'unica cosa che può essere affermata a questo proposito è che la costruzione di ambedue le prospettive dipenda esclusivamente da ogni ordinamento giuridico. Allo stesso modo come il romanziere decide la prospettiva del narratore di una determinata opera, ogni ordinamento, attraverso le sue decisioni (tanto nel caso della decisione extrasistemica o costituente, quanto delle decisioni intrasistemiche o costituite), decide il senso della propria prospettiva, tanto nell'aspetto interno come nell'aspetto esterno. Questo basta per intravedere che la convivenza tra i diversi ordinamenti giuridici è lontana dall'essere pienamente pacifica giacché dipende dalla prospettiva propria di ognuno degli ordinamenti considerati e perché dette prospettive sono molto differenti tra loro. Tutto ciò si spiega chiaramente se si prende in considerazione il fatto che gli stati vivono quasi sempre in tensione quando non in dichiarato conflitto.

Quarta idea: ogni ordinamento implica una prospettiva interna e una prospettiva esterna, tuttavia spesso non dichiara questa circostanza. È il sistema invece che rende esplicito ciò che è implicito nell'ordinamento. Per questa

ragione può affermarsi che *la prospettiva sistemica è la prospettiva esplicita* (interna ed esterna).

Qual è il ruolo della dogmatica giuridica di fronte al problema del prospettivismo interno ed esterno che caratterizza ogni ordinamento giuridico? La dogmatica giuridica ha lo scopo di costruire il sistema giuridico rispecchiando al meglio delle sue possibilità i contenuti di significato del testo ordinamentale. Il testo sistemico è il risultato di questo lavoro. Come totalità testuale, il sistema presuppone anche una prospettiva esterna e una interna. Ambedue non possono essere altro che quelle dell'ordinamento giuridico che il sistema rispecchia e, anche, serve. Questo è il problema (che possiamo anche denominare il problema della *costruzione sistemica* della prospettiva ordinamentale), perciò la dogmatica deve agire come sempre fa, essendo fedele all'idiosincrasia propria dell'ordinamento, costruirà la prospettiva sistemica con gli elementi che l'ordinamento le fornisce e con quelli che non le vengono forniti, ma che gli risultano impliciti.

Un chiaro esempio di questa costruzione sistemica si ha nell'articolazione tra il diritto dell'Unione Europea e il diritto degli Stati membri. Su questo punto i trattati fondamentali facevano un silenzio assoluto. Fu il lavoro congiunto della dottrina comunitaria e della giurisprudenza della Corte di Giustizia – cioè della «dottrina comune» o «dottrina dominante» – che permise di dare coerenza al rapporto tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti statali, rendendo esplicito ciò che era implicito. In questo caso possiamo affermare che la prospettiva sistemica rappresenta la prospettiva esplicita, la prospettiva ordinamentale (della UE) invece è una prospettiva implicita giacché non è chiara nei suoi testi giuridici di base (i trattati fondamentali).

Quinta idea: stando a quanto detto precedentemente, la soluzione di una questione giuridica, qualunque essa sia, ha senso solo dalla prospettiva di un determinato ordinamento (sistema) giuridico.

Sto alludendo ovviamente alle questioni giuridiche propriamente dette, non alle questioni teorico-giuridiche, che hanno a che fare con il diritto meramente possibile, designazione quest'ultima che serve come riferimento terminologico per gli ordinamenti giuridici che sono esistiti, che esistono e che esisteranno. Ebbene, bisogna distinguere nettamente tra una questione teorico-giuridica (ad esempio, che tipo di struttura ha una norma procedimentale?, o che relazione esiste tra ordinamento e sistema?) e una questione meramente giuridica (come, ad es., che può fare Caio se Tizio non gli paga l'affitto?, o quali diritti mi corrispondono come usufruttuario di un numero di azioni di una società anonima?). Le prime sono questioni che concernono tutti gli ordinamenti. Le seconde invece soltanto acquistano una risposta alla luce di un ordinamento giuridico determinato, da una prospettiva concreta. Le questioni meramente giuridiche non hanno una risposta astratta o generale, cioè valide

per ogni ordinamento, ma sono *relative* rispetto a un ordinamento determinato. Diremmo, per esempio: «secondo l'ordinamento giuridico spagnolo, se Tizio non paga l'affitto a Caio, la legge delle locazioni urbane prevede una certa cosa», o «secondo la legge spagnola che regola le società per azioni, i diritti dell'usufruttuario di azioni sono questi o questi altri».

Una volta d'accordo su queste idee la prima questione di carattere meramente giuridico che viene innanzi sarà questa: quale è l'ordinamento giuridico che si deve applicare? In altre parole: quale è la prospettiva ordinamentale/sistemica per risolvere il problema concreto? Succede nella pratica del diritto che questa verità venga ignorata dagli operatori giuridici malgrado sia così evidente.

Alla luce di quanto ho detto precedentemente mi pare che sia chiara la tesi secondo cui ogni ordinamento giuridico rappresenta una prospettiva nel mondo del diritto, e ciò equivale ad affermare il *principio di relatività* di ogni realtà giuridica.

Ogni questione pratica di natura giuridica avrà diverse risposte dipendentemente dall'ordinamento dal quale si consideri la suddetta questione. Una cosa simile succede con i concetti giuridici. Insieme ai concetti formali – denominati anche universali –, propri della teoria del diritto (come il concetto di decisione giuridica, di istituzione giuridica, di norma giuridica, di procedura giuridica, di atto giuridico, di sanzione giuridica, e simili, dei quali si occupa quella parte della teoria comunicazionale del diritto che chiamiamo «teoria formale del diritto»), ci sono i concetti giuridici propri di un ordinamento giuridico determinato, come il concetto di lavoratore o il concetto di funzionario. In questo caso si tratta di concetti che non possono essere qualificati come «universali», perché per la loro appartenenza – in principio esclusiva – ad un ordinamento giuridico determinato sono concetti propri di questo ordinamento e non di altri. A dire il vero ordinamenti prossimi culturalmente tra loro, e a maggior ragione quelli appartenenti alla stessa «famiglia» (come ad. es. quegli ordinamenti che fanno parte di ciò che di solito denominiamo «diritto europeo continentale»), a causa della prossimità delle tradizioni culturali da cui derivano, e perciò anche di quelle giuridiche, impiegano spesso concetti molto simili. Bisogna però considerare questi concetti – al fine di evitare equivoci – come concetti strettamente connessi ad ordinamenti concreti. Il diritto comparato è una disciplina il cui compito è indagare i tratti comuni che esistono tra i diversi sistemi giuridici così come le differenze che tra loro si determinano. È una disciplina che presuppone la sistemazione dogmatica dei testi di ogni ordinamento – cioè il compito tradizionale della scienza dei giuristi – che compara e anche presuppone quella funzione, connessa al primo di mettere in contatto i diversi sistemi. Questo ci porta a studiare tre concetti che abbiamo utilizzato fin qui in questo saggio: i concetti di ordinamento, sistema e ambito.

6. ORDINAMENTO GIURIDICO, SISTEMA GIURIDICO, AMBITO GIURIDICO

La complessità del diritto non può essere ridotta a quella propria degli ordinamenti giuridici. Aumenta notevolmente se si considerano anche il sistema e l'ambito giuridico. Di seguito tenterò di spiegare con la massima brevità questi concetti ed anche la relazione esistente tra loro.

Abbiamo detto che ogni ordinamento giuridico costituisce una totalità testuale composta da un insieme di testi parziali: la costituzione, le leggi, i regolamenti, le sentenze dei giudici, ecc. Tutti questi testi sono il risultato di processi comunicazionali di decisione di diverso tipo. Così la costituzione è preceduta dal processo costituente, la legge è preceduta dal processo legislativo, la sentenza è preceduta dal processo giudiziale, ecc. Indipendentemente dalle rispettive proprietà, tutti questi processi si caratterizzano per il fatto di essere processi di comunicazione tra gli attori che vi partecipano: partiti politici e altri gruppi sociali nel primo caso, gruppi delle camere parlamentari nel secondo, avvocati, tributaristi e giudici nel terzo. Tutti questi processi di comunicazione si caratterizzano perché servono alla creazione di nuovi testi normativi il cui insieme, come già detto, modella tutto il testo che è l'ordinamento. Questo è un tutto testuale dinamico: si genera ogni giorno a suon di decisioni. Di questa totalità testuale che è ogni ordinamento giuridico è possibile fare un'analisi statica (ovvero sincronica) e dinamica (ovvero diacronica).

Senza dubbio tutti i testi menzionati (costituzione, leggi, sentenze, così come altri ancora), che presuppongano la creazione testuale normativa, formano, considerati nel loro insieme, la totalità testuale che è l'ordinamento giuridico. La costituzione, quindi, è ordinamento giuridico, e lo stesso accade con le leggi, le sentenze, i regolamenti, i contratti collettivi di lavoro ed anche i contratti civili e commerciali (giacché, come impone il Codice Civile spagnolo¹⁸, i contratti hanno forza di legge tra le parti contraenti, cioè sono legge per tutte le parti del contratto)¹⁹.

La realtà testuale dell'ordinamento giuridico è di conseguenza la realtà comunicazionale primaria. Questo significa che, senza l'ordinamento giuridico, non è possibile concepire alcunché con un senso giuridico. L'ordinamento è il necessario punto di partenza di ogni analisi nel campo del diritto. Ma affermare che il diritto si esaurisca nell'ordinamento o nella pluralità degli ordinamenti equivarrebbe smorzare la vera portata «del giuridico».

Ogni ordinamento giuridico, per quanto primitivo e semplice possa essere, implica l'esistenza di un ambito giuridico, cioè di uno «spazio virtuale» (che

18. Art. 1091 del Codice Civile spagnolo: «Le obbligazioni che nascono dai contratti hanno forza di legge tra le parti contraenti e devono essere dalle stesse adempiute».

19. Questa enumerazione è soltanto esemplificativa e non ha pretese di esaustività.

può identificarsi con uno spazio geografico, o meno; la cosa più frequente è che lo spazio geografico costituisca un elemento necessario per determinare lo «spazio virtuale», sebbene quasi mai sia l'unico criterio).

Tutti questi processi di comunicazione e tutte quelle azioni che hanno luogo in relazione con l'ordinamento giuridico, ma che non possono essere qualificati come testi ordinamentali, fanno parte di quello «spazio virtuale» che è l'ambito, ma non costituisce l'ordinamento giuridico. Alcuni esempi: i dibattiti che si producono in un processo costituente, i dibattiti parlamentari, le controversie tra le parti di un processo, i pareri peritali, le analisi realizzate dai giuristi sui temi più disparati, gli scritti degli avvocati relativi ai processi come le domande, le risposte alle domande, ecc., i documenti dei giudizi che non sono sentenze, le negoziazioni tra i rappresentanti di due imprese allo scopo di raggiungere un accordo, i dialoghi tra parti per concordare le clausole di un contratto, ecc. Tutti questi atti comunicativi tra diversi attori fanno parte dell'ambito. Ne fanno parte anche quegli atti che non sono genuinamente comunicativi ma hanno carattere giuridico, come possono essere l'occupazione di una cosa di nessuno (*res nullius*) o la commissione di un reato. Ovviamente non si può affermare che occupare una *res nullius* o commettere un delitto facciano parte dell'ordinamento, ma è possibile affermare che *appartengono* ad un ambito giuridico determinato. In termini comunicazionali, tanto gli atti comunicativi con senso giuridico come gli atti e omissioni che non sono qualificabili come genuinamente comunicativi ma che hanno anche un significato giuridico, acquistano questo significato perché sono «letti» dalla prospettiva testuale di un ordinamento giuridico determinato, e, conseguentemente, può affermarsi che appartengono all'ambito giuridico proprio di quell'ordinamento.

Ogni ordinamento implica un ambito giuridico, che è il suo proprio «spazio virtuale», dentro il quale hanno luogo tutti i processi comunicativi – anche azioni di tutt'altro genere – che hanno a che fare con l'ordinamento in questione. Questa distinzione tra ordinamento e ambito è applicabile tanto al diritto primitivo come al diritto delle società più sviluppate. Non è possibile pensare ad un ordinamento giuridico senza considerare pure il suo ambito proprio come una conseguenza naturale della sua esistenza. Se c'è un ordinamento giuridico, c'è pure necessariamente un ambito giuridico. Questo costituisce un'espressione necessaria e consustanziale dell'ordinamento nel suo rapporto con il mondo umano (sociale) che gli circonda e si concretizza in tutti quegli atti e processi comunicativi che hanno luogo in relazione all'ordinamento giuridico. Perciò il principio di relatività del giuridico si applica anche al rapporto esistente tra ordinamento e ambito. Non esiste un ambito giuridico universale, sebbene in futuro potrebbe esistere: è possibile che accada, infatti, nel caso si arrivi a consolidare nel mondo un unico ordinamento giuridico.

Le cose sono diverse nel caso del sistema giuridico. Prodotto del lavoro dei giuristi teorici, e più concretamente dei giuristi dogmatici o «scienziati del

diritto» – denominati in passato *jurisprudentes* –, il sistema giuridico si precisa grazie ad un elevato livello culturale. Non tutte le società che sono esistite nella storia hanno conosciuto lo sviluppo di sistemi giuridici, per quanto tutte abbiano avuto il loro proprio ordinamento e il loro proprio ambito giuridico. Il sistema presuppone l'esistenza di un ceto di professionisti, i giuristi, che lavorano non soltanto per applicare il diritto ai casi, ma che aspirano anche alla sua conoscenza scientifica. Quest'ultimo aspetto implica lo sviluppo del diritto nella sua totalità testuale al fine di rispecchiare la testualità dell'ordinamento e simultaneamente completarlo e perfezionarlo. Un sistema giuridico costituisce in definitiva *la versione migliore* di un ordinamento giuridico.

L'ordinamento giuridico è formato dai testi costituzionali, dai testi legislativi come ad esempio i codici e dalle cd. leggi speciali, dai testi dei contratti collettivi di lavoro, dai testi delle sentenze giudiziali, ecc. Al contrario, il sistema giuridico è composto dai testi dottrinali, cioè soprattutto da trattati e manuali delle diverse branche del diritto (diritto costituzionale, diritto civile e commerciale, diritto amministrativo, diritto penale, diritto del lavoro, diritto processuale, ecc.), cioè dai testi che organizzano, concettualizzano, depurano e completano i testi che compongono il testo dell'ordinamento giuridico.

Nel diritto moderno il nucleo comunicazionale fondamentale è costituito dalla dualità ordinamento/sistema. Tra queste due forme si stabilisce un rapporto complesso di comunicazione che può essere sintetizzato nel fatto che, da una parte, il sistema completa e perfeziona l'ordinamento e, d'altra parte, l'ordinamento incorpora in fasi successive le intuizioni e le correzioni elaborate dal sistema. Si tratta dunque di una relazione di comunicazione che può essere descritta simbolicamente come una «spirale ermeneutica» che progredisce dinamicamente in parallelo all'ordinamento. Ebbene, di questi due elementi il punto di partenza assolutamente necessario è quello dell'ordinamento. Senza ordinamento non c'è un sistema. È possibile invece – e la storia lo ha dimostrato – che senza sistema può esistere un ordinamento: tale è il caso dei diritti primitivi. Questo è vero se parliamo in termini universali e generali. Ma non lo è se ci riferiamo al diritto moderno, cioè al diritto proprio delle società con un rilevante livello di civiltà. In questo tipo di società non si può pensare ad un ordinamento giuridico che non implichi un sistema dottrinale sofisticato; tanto più sofisticato quanto maggiore sia il suo grado di civiltà.

L'idea di sistema implica una certa semplificazione della realtà. Se possiamo trovare l'ordinamento in determinati testi, e l'identificazione di questi testi non costituisce un problema importante, la situazione potrà essere differente in base al sistema. La ragione di questo può essere rinvenuta nel fatto che gli autori mantengono di solito opinioni diverse nella dogmatica giuridica: ciò che per gli uni è in un modo per altri è in un altro. Nella scienza dei giuristi le opinioni sono divergenti (certamente non soltanto nella scienza giuridica, succede lo stesso in tutte le scienze sociali). Questo è un fatto evidente che,

come tale, non richiede una particolare dimostrazione. Basta dare un'occhiata ai diversi trattati nelle varie materie giuridiche per rendersene conto. Abbiamo allora diritto di parlare, ad esempio, di *un* sistema giuridico spagnolo che rispecchia l'ordinamento giuridico vigente oggi? C'è senza dubbio una certa semplificazione della realtà. Questa semplificazione consiste nell'affermare l'idea di *un* sistema malgrado esistano divergenze dottrinali tra gli autori. Ebbene non tutte le opinioni hanno lo stesso *peso*. Alcune opinioni hanno un influsso maggiore delle altre rispetto allo sviluppo della giurisprudenza dei tribunali. Grazie a questa circostanza di fronte ad un problema concreto di interpretazione possiamo vedere se i giuristi abbiano un'opinione unanime o magari se abbiano un'opinione solo dominante, o se invece non ci sia sul punto interpretativo in questione un'opinione abbastanza consolidata che meriti di esser presa in considerazione. L'idea di *un* sistema ha quindi qualcosa di fittizio²⁰ e costituisce una approssimazione pragmatica alla realtà perché serve a spiegarci il funzionamento dei meccanismi comunicazionali nel diritto. È vero che tutte le scienze utilizzano delle finzioni costruttive per capire la complessità del reale. Il carattere fittizio dell'idea di *un* sistema non impedisce che sia riconosciuta la sua assoluta necessità e la sua evidente presenza nel funzionamento del diritto moderno. Infatti, sempre che si ragioni giuridicamente, il punto di partenza è che l'idea di sistema, che rispecchi l'ordinamento e che sia un prodotto del lavoro dogmatico, ha una autentica esistenza.

7. CONCLUSIONE

Conseguentemente alla spiegazione sin qui fornita dobbiamo affermare, per concludere, che il principio di relatività proprio dell'ordinamento giuridico, si applica indistintamente al sistema e all'ambito giuridico. Questa verità deriva in modo naturale dai rapporti esistenti tra i tre concetti. Il sistema può essere concepito soltanto nella sua relazione con l'ordinamento giuridico che rispecchia e contribuisce a perfezionare. Il sistema è l'emanazione dottrinale dell'ordinamento. Nel diritto moderno il testo sistemico rappresenta la prospettiva giuridica per antonomasia. Questa prospettiva è certamente propria dell'ordinamento, ma perfezionata, nel senso che riassume tutti gli aspetti del diritto vigente e non soltanto gli elementi espressamente formulati dai testi giuridici ordinamentali. Ogni qualvolta si voglia conoscere la soluzione di un problema giuridico ricorriamo al sistema perché qui troveremo la prospettiva dell'ordinamento spiegata in modo esplicito e con maggiore portata e informazione. Per questa ragione è più corretto parlare di *relatività sistemica* invece di relatività ordinamentale.

In relazione alla dualità comunicazionale ordinamento/sistema si producono tutti i processi comunicativi e tutte le azioni a carattere giuridico che hanno

20. Sulle finzioni nel diritto cfr. Vaihinger, 1922.

luogo dentro un certo ambito. Detti processi e azioni sono relativi alla dualità tra ordinamento e sistema, giacché sono intelligibili solo se li si considera (se li si «legge», se li si interpreta, se li si comprende) da questa prospettiva, che, in definitiva, è la prospettiva sistemica.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANZILOTTI Dionisio, 1964, *Corso di diritto internazionale* (1913). Cedam, Padova.
- BOULDING Kenneth E., 1941, *Economic Analysis*. Harper & Brothers, New York (trad. sp. *Análisis Económico*, Editorial Revista de Occidente, Madrid 1963⁸).
- COASE Ronald Harry, 1988, *The Firm, The Market and the Law*. The University of Chicago Press, Chicago and London.
- DE CASTRO Y BRAVO Federico, 1955, *Derecho Civil de España. Parte General I*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- ID., 1968, *Compendio de Derecho Civil*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- EGGERTSSON Thrainn, 1990, *Economic Behaviors and Institutions: Principles of Neoinstitutional Economics*. Cambridge University Press, Cambridge (trad. sp. *El comportamiento económico y las instituciones*, Alianza Editorial, Madrid 1995).
- GADAMER Hans-Georg, 1990⁶, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (1960). J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- HART Herbert L. A., 1994², *The Concept of Law* (1961). Oxford University Press, Oxford.
- KANT Immanuel, 1977³, *Kritik der reinen Vernunft* (1787), *Werkausgabe*, vol. IV. Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, Frankfurt am Main.
- ID., 1977³, *Metaphysik der Sitten* (1797), *Werkausgabe*, vol. VIII. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- KELSEN Hans, 1981, *Das Problem der Souveränität und die Theorie der Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (1920). Scienza Verlag, Aalen.
- MARTÍN-SANTOS Luis, 1961, *Tiempo de silencio*. Editorial Seix Barral, Barcelona.
- ORTEGA Y GASSET José, 1983, *El hombre y la gente*. In Id., *Obras Completas*, vol. 7. Alianza Editorial, Madrid.
- ROBLES MORCHÓN Gregorio, 2003⁶, *Introducción a la Teoría del Diritto* (1988). Debate, Barcelona.
- ID., 2007, *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de Teoría comunicacional del Derecho*. Editorial Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- ROMANO Santi, 1967, *L'ordinamento giuridico* (1918). Sansoni, Firenze.
- SCHELLING Thomas C, 1980², *The Strategy of Conflict* (1960). Harvard University, Cambridge (MA) and London.
- TRIEPEL Heinrich, 1899, *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig (trad. it. *Diritto internazionale e diritto interno*. Utet, Torino 1913).
- VAIHINGER Hans, 1922, *Die Philosophie des Als-Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschen auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Felix Meiner, Hamburg.
- WITTGENSTEIN Ludwig, 1989², *Philosophische Grammatik*, vol. 4. Suhrkamp Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main.