

CIVILE - Giurisprudenza dei concetti di Giovanni Orrù

(Anno di pubblicazione: 1993)

Bibliografia: K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892; K. F. W. von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, 1865; R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, I. Teil, I. Abt. 1854, III. Teil, I. Abt. 1865; Id., *Der Kampf ums Recht*, 1872, trad. it., *La lotta per il diritto*, Bari, 1960; Id., *Der Zweck im Recht*, Bd. I 1877, Bd. II 1884, trad. it., *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972; Id., *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884, trad. it., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954; Jhering-Gerber, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, I. annata, Jena 1857; G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, 1892; P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1878; A. Merkel, *Über das Verhältnis der Rechtsphilosophie zur 'positiven' Rechtswissenschaft*, 1874; Id., *Elemente der allgemeinen Rechtslehre*, 1889; G. F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, 1828, II, Erlangen, 1837; Id., *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1841, 4. ediz. di Rudorff 1854, 9. ediz. 1881; F. C. von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1815-1831; trad. it., *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, Torino, 1854-1857; Id., *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, 1840; Bd. II 1849, ristampa Darmstadt 1956, trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 1862, Bd. II, 1865/66, Bd. III, 1870, ristampa Aalen, 1963; trad. it., *Manuale delle Pandette*, Torino, 1930; Id., *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1884, in *Windscheids gesammelte Reden und Abhandlungen* (Hrsg. P. Oertmann), Leipzig, 1904. Per le idee esposte nella voce, cfr., più ampiamente, nella letteratura più recente: N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961; P. Cappellini, *Systema iuris. Genesi del sistema e nascita della 'scienza' delle pandette*, I, Milano, 1984; W. Fikentscher, *Methoden des Rechts*, III, Tübingen, 1976; P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München und Berlin, 19583, trad. it., *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1960, trad. it., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966; L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; Id., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981; G. Marini, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966; R. Stintzing-E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, ristampa Aalen, 1957; A. B. Schwarz, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte», Röm. Abt., 1921, 578 ss.; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, trad. it., *Storia del diritto privato moderno*, II, Milano, 1980; E. Wolf, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. ediz. Tübingen, 1963; W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/M. 1958, trad. it., *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974.

Sommario: 1. Storico. Scuola storica del diritto. Giurisprudenza sistematica e concettuale. - 2. Sistematico. Teoria della costruzione dogmatica. Reazione al concettualismo e al formalismo della giurisprudenza dei concetti. - 3. Conclusione.

1. Storico. Scuola storica del diritto. Giurisprudenza sistematica e concettuale.

Con giurisprudenza dei concetti (GC) s'intende qui il metodo sviluppato dalla pandettistica tedesca del XIX secolo, consistente nella trattazione sistematica del diritto positivo e nella padronanza logica dello stesso. La GC si è sviluppata sulla base dell'estrapolazione di un aspetto o, se si vuole, di un'anima della Scuola storica, cioè l'anima sistematica. Già Savigny, nella *Metodologia*, postula una «connessione interna» degli istituti giuridici e, nel *Sistema del diritto romano attuale*, pone l'essenza del metodo sistematico nel «riconoscimento e nell'esposizione dell'intimo legame o dell'affinità, per cui i singoli concetti e le singole regole sono connesse in una grande unità» (1). L'esigenza dell'unità logica è, dunque, presente nel rappresentante più insigne della Scuola storica del diritto, e non è facile spiegare convincentemente come essa conviva, appunto, con l'esigenza storica. L'idea di creare un sistema razionale completo, capace di includere e ordinare mediante formulazioni generali tutti i singoli fatti umani, sul tipo della meccanica classica, deriva alla Scuola storica dal mos geometricus di Christian Wolff, e dei suoi allievi Darjes e Nettelblatt (2).

L'aspirazione a fare della conoscenza del diritto una «scienza» che avesse lo stesso tipo e grado di rigore e di sistematicità della scienza della natura, si è manifestata, ancor prima, nei giusnaturalisti e nei giusrazionalisti del Seicento, anzi fin dai tempi della giurisprudenza «cultura» (3). La mediazione tra sistematica giusnaturalistica e sistematica «storica» è compiuta da Georg Arnold Heise con il suo *Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandectenvorlesungen* del 1807. Tuttavia, è solo con Puchta, allievo di Savigny, che avviene la più compiuta realizzazione dell'idea di 'sistematica' come forma disponendi della materia giuridica. E lui che, «con assoluta chiarezza», riesce a mettere la scienza giuridica del suo tempo «sulla strada del sistema logico nel senso di una 'piramide concettuale' e ne decide con ciò l'evoluzione verso la giurisprudenza formale dei concetti» (4). Con il suo *Corso di istituzioni* Puchta converte l'eredità giusrazionalista della giurisprudenza concettuale in un principio metodologico, e il suo trattato di *Pandekten* ha avuto «effetti più duraturi e più rapidi dello stesso 'Sistema' di Savigny, che anzi ne ha subito palesemente l'influsso» (5).

«Le singole massime giuridiche, che formano il diritto di un popolo» - leggiamo nel suo *Corso di istituzioni* - «sono reciprocamente collegate mediante un nesso organico, che si spiega in primo luogo per la loro provenienza dallo spirito del popolo, dato che l'unità di questa fonte si comunica a ciò che è derivato da esso» (6). Ora, un tale «nesso organico», però, che in Savigny risulta dalla visione complessiva della natura pratica dei rapporti giuridici e dei loro archetipi e media continuamente tra le categorie logiche e la concretezza dell'esperienza giuridica, viene a trasformarsi decisamente in un «nesso logico».

L'elaborazione scientifica del diritto, partita dallo studio e dalla ricostruzione del diritto romano, si allontana in modo progressivo dall'iniziale posizione propriamente «storica» in direzione di una sempre più accentuata astrazione e concettualizzazione, accogliendo istanze proprie del giusnaturalismo formalistico. L'abbandono in pratica dei rapporti giuridici «organici» e degli «istituti» permette adesso a Puchta la «costruzione» (altro termine tipico nella scuola) della sua «piramide concettuale», formata secondo le regole della logica formale e considerata la forma più alta e completa per attingere la conoscenza scientifica. Per possedere la conoscenza «sistemica» da lui auspicata, il giurista dev'essere in grado di ricostruire la «genealogia dei concetti», seguendo in senso ascendente e discendente la provenienza di ciascuno di essi attraverso tutto il processo logico che ha avuto parte alla sua formazione; deve per esempio rendersi conto dell'origine di ciascun diritto soggettivo risalendo verso l'alto la «scala concettuale» fino al concetto kantiano di diritto in assoluto, per poter poi ridiscendere da questo concetto supremo e arrivare di nuovo ai singoli diritti soggettivi. Ciò non resta semplice teoria: la «costruzione» è fonte di nuovo diritto, il quale, essendo portato alla luce dall'attività scientifica dei giuristi, è chiamato *Juristenrecht* (7). Per Puchta, è la pura razionalità del diritto come categoria logica a rendere la scienza giuridica capace di produzione giuridica, mentre in Savigny, pur distinguendo nell'attività dei giuristi il momento «storico» da quello «sistemico», è l'unità «organica» del diritto spontaneo che rende possibile l'opera di elaborazione formale, produttiva di diritto.

Alla GC si ricollega anche il giovane Jhering, il quale, non soltanto «approva la giurisprudenza dei concetti e la costruzione formale di Puchta, ma la spinge fino all'estremo» (8). Nell'opera *Lo spirito del diritto romano* si afferma, infatti, che il compito principale della giurisprudenza consiste nell'«analisi» e nella «sintesi» dei concetti giuridici in modo che sia possibile ordinarli nella costruzione del sistema.

Una volta costruito, il sistema risulta autosufficiente, in quanto ha in se stesso la capacità di «crescere dall'interno»; e infatti, per mezzo della combinazione e del collegamento dei diversi elementi logici, la scienza giuridica è in grado di creare nuovi concetti e proposizioni giuridiche: «i concetti sono fecondi, si accoppiano e ne generano dei nuovi» (9). Il sistema diventa così fonte inesauribile di materiale giuridico nuovo. In questo lavoro di «scomposizione» e «ricomposizione», di «analisi» e successiva «sintesi», l'attività del giurista assomiglia a quella del chimico: la costruzione giuridica fa sì che dalla materia giuridica grezza «evaporino» i concetti giuridici.

Un tal modo di operare della scienza giuridica è definito da Jhering «metodo storico naturalistico». Esso, avvalendosi di tecniche di ricerca elaborate e raffinate attraverso i secoli, valide quindi per lo studio di qualsiasi ordinamento giuridico, è fonte per il giurista di «grandi gioie intellettuali» e risparmia alla scienza giuridica «l'umile sorte di dover ricavare i propri motivi ispiratori dalla prassi» e di dover «zoppicare qua e là dietro ad essa» (10).

La costruzione, applicata esclusivamente al diritto positivo, deve mirare non solo all'«unità sistemica», ma anche a una architettura semplice e chiara, anziché sgraziata e macchinosa. Jhering parla a questo proposito di una vera e propria «legge estetica» della costruzione.

Tutto ciò è indicativo di una certa mentalità, della mentalità del giurista teorico ottocentesco che costruisce un bel sistema preoccupandosi più della logica e dell'estetica che dei valori etico-giuridici o politico-giuridici delle sue costruzioni e conclusioni.

Nel secondo periodo della sua attività scientifica si fa sentire, tuttavia, in Jhering una tendenza critica nei confronti della GC, che matura via via fino al ripudio totale del metodo logico-sistemico. Egli deplora, adesso, il «culto del logico», che tende a fare della giurisprudenza una «matematica del diritto», in grado di «ascendere al cielo dei concetti», e volge la sua attenzione a una giurisprudenza pragmatica, guidata dal criterio realistico e teleologico nella ricerca della massima di decisione.

All'ulteriore affermazione del metodo logico-sistemico in Germania, dà un contributo decisivo tutta una schiera di giuristi appartenenti a diversi indirizzi, ma tutti accomunati dall'idea di fare del diritto una scienza formale del diritto positivo: Bernhard Windscheid (1817-1892), Adolf Merkel (1836-1896), August Thon (1839-1912), Ernst Rudolf Bierling (1841-1919), Karl Bergbohm (1849-1927), Ernst Zitelmann (1852-1923), in campo civilistico, e Otto Mayer (1846-1924), Paul Laband (1838-1918), Karl Friedrich Wilhelm von Gerber (1823-1891), in campo pubblicistico. L'opera di questi giuristi porta ad un gran raffinamento della scienza giuridica tedesca e influisce decisamente sull'impostazione generale del codice civile tedesco (BGB). Il BGB è, infatti, sul piano culturale un prodotto della scienza giuridica logico-formale pandettistica; l'ordine della materia segue, in massima parte, il sistema generale costruito dal pandettista per antonomasia Windscheid, tanto è vero che si dice che il BGB non è altro che le «Pandette del Windscheid colate in paragrafi di legge».

Anche la «parte generale» (*allgemeiner Teil*) del BGB, rivolta a porre in ordine logico i concetti e le proposizioni appunto generali, è il risultato del lavoro sistematico-concettuale svolto dall'indirizzo positivista-formalista. In essa vengono illustrate le figure del soggetto, del rapporto giuridico, dell'atto giuridico, del negozio giuridico, della fattispecie, ecc. Fiorisce così quella che anche in campo giuridico è chiamata *dogmatica*, perché consistente, come la teologia dogmatica, nell'elaborazione e nello sviluppo deduttivo di testi o insegnamenti dotati di autorità, così da formulare i «dogmi», appunto, non soggetti a critica. Nel clima del positivismo, che vuole sostituita alla filosofia la scienza, la «dogmatica giuridica» o - a un livello ancor più generale - la «teoria generale del diritto», si pone come la sola, vera e legittima (perché positiva) filosofia del diritto. Con energia viene ora sostenuto dal più deciso avversario del giusnaturalismo, Karl Bergbohm, che non c'è filosofia scientifica se non del diritto positivo, e che perciò filosofia del diritto e teoria generale di esso coincidono.

2. Sistemico. Teoria della costruzione dogmatica. Reazione al concettualismo e al formalismo della giurisprudenza dei concetti.

La concezione del diritto che fa da supporto alla metodologia della GC è quella del positivismo giuridico: ogni ordinamento giuridico costituisce un sistema (di istituti, concetti, regole, principi) chiuso e completo.

L'idea di sistema significa riduzione ad unità di una molteplicità che viene riconosciuta nella sua coerenza logica. A questo tipo di unità conduce la logica formale. Il sistema concettuale rassomiglia pressapoco a una piramide. Il concetto più elevato, ossia il vertice della piramide, è sospeso in alto sulla base, ma proprio per ciò permette - se ci immaginiamo la piramide come se fosse trasparente - la più completa visione d'insieme. Alla larghezza della piramide corrisponde l'intensione (cioè il numero di tratti caratterizzanti), all'altezza corrisponde l'estensione (cioè il campo di applicazione) di un concetto. Esse sono inversamente proporzionali. L'ideale del sistema logico è raggiunto, se alla cima della piramide si trova un concetto generalissimo, al quale è possibile ricondurre tutti i restanti concetti, come altrettante specie e sottospecie. Un esempio di costruzione sistematica con concetti gerarchizzati secondo un ordine di generalità crescente potrebbe essere il seguente: compravendita, contratto, negozio giuridico, atto giuridico, fatto giuridico. La costruzione consiste, appunto, nel far rientrare un concetto in un altro concetto più ampio come species in un genus. Fin qui, niente di particolarmente preoccupante. L'aspetto di illiceità logica e di grave rischio assiologico inizia col passo ulteriore, allorché cioè si vuole produrre nuovo diritto attribuendo al genus alcuni elementi della disciplina prevista dalla legge per la species ⁽¹¹⁾. Ora, non è tanto sull'iter formativo dei concetti dogmatici, quanto proprio sul loro inserimento nelle proposizioni legali al posto di concetti più ristretti, che si appuntano le critiche più forti dei rappresentanti della *Freirechtsbewegung* [# Diritto libero (scuola del)] e della *Interessenjurisprudenz* (# Giurisprudenza degli interessi). La giurisprudenza classica, fanno notare, non dà di sé altra giustificazione che l'argomento erroneo consistente nel concludere, dall'appartenenza di un concetto a un genus, l'appartenenza a quel genus dei predicati del concetto. Se si pensa alla pluralità di genera in cui un qualsiasi concetto può essere fatto rientrare, ci si rende conto dell'arbitrarietà di un simile procedimento ⁽¹²⁾. Heck, il più autorevole esponente dell'avversaria *Interessenjurisprudenz*, considera il cosiddetto *Inversionsverfahren* come il «peccato contro lo Spirito santo» della GC. Esso riesce ad ottenere integrazioni della legge solo «apparenti», per il fatto che se i concetti del sistema vengono creati, attraverso il procedimento induttivo, sulla base delle norme già esistenti, non è possibile ricavare, tramite il procedimento deduttivo, ulteriori conclusioni. Nella fase deduttiva, che è perfettamente logica, gli elementi di arbitrio, inevitabilmente inerenti alla fase induttiva, vengono trasmessi quasi ciecamente. Si fa insomma notare che il metodo della GC è «troppo logico» nel dedurre, e troppo poco logico nell'indurre. Viene così smantellato il postulato fondamentale della costruzione dogmatica, il quale, asserendo di poter rappresentare, sinteticamente ma completamente, il contenuto di norme o gruppi di norme positive, si ritiene capace di fornire al giurista concetti-quadro, e conseguentemente principi-quadro, così ampi da colmare ogni lacuna legale e da includere ogni possibile fatto umano giuridicamente rilevante. Una volta condotto a termine il lavoro scientifico sui concetti, si ritiene possibile e sufficiente, per qualsiasi caso reale, la sua sussunzione logica sotto un principio generale o una categoria logica. In tal modo la funzione dell'interprete si riduce ad essere quella dell'« automa della sussunzione»; ma l'apparente riduzione della razionalità del giudizio ad un modello formale e meccanico, l'apparente indifferenza dei concetti sistematici, secondo il modello dei sistemi assiomatici, nasconde le scelte politico-giuridiche compiute estendendo le valutazioni legali al di là delle ipotesi previste dalla legge. Si fa risaltare tutta la «perniciosa» (Fuchs) della «giurisprudenza costruttiva» la quale, sia che si identifichi con lo stesso libero metodo sistematico, sia che pretenda poggiare su di esso per andar oltre, si risolve in scelte costruttive del giurista: inconsapevoli (e perciò acritiche e casuali) o non confessate («criptosociologiche» nella terminologia di Fuchs) ⁽¹³⁾. La logicità della GC è quindi solo asserita, e gli inconvenienti che da essa derivano si intuiscono facilmente. Anzitutto, il logicismo giuridico, in quanto non procede, nel disciplinare i casi lasciati insoluti dalla legge, mediante responsabili valutazioni integrative, non dà nessuna garanzia, neppure soggettiva, di portare a risultati giusti; in secondo luogo, oltre che danneggiare la controllabilità e il valore dei risultati, ritarda il processo della questione metodologica, portando le parti ad accusare il giudice o di dottrinarismo, quando le vere ragioni sfuggono, o di parzialità ed ipocrisia, quando esse vengono intuite. Occorre, invece, sottolineare i «giusliberisti», rendere esplicite le scelte valutative del giudice e non sottrarle alla verifica della pubblica discussione. Quando la legge tace o è equivoca il giudice deve scegliere motivando con le genuine ragioni che lo hanno ispirato, e non con una logica più asettica, ma fittizia, fondata su un apparato concettuale che ha solo l'apparenza del rigore e dell'obiettività.

La norma legale, affermano i «giusliberisti», non è mai formulata in termini perfettamente definiti nel senso della logica formale, e quindi non fornisce un'unica soluzione necessaria, ma un ampio settore di soluzioni possibili, tra le quali il giudice dovrà scegliere quella che egli ritiene migliore o più giusta. La legge vale per ciò che è riuscita compiutamente e chiaramente a dire, non oltre. Dal punto preciso in cui comincia il dubbio, il giurista è, in fatto e in diritto, libero; e di questa libertà deve non soltanto rendersi conscio, ma anche far uso in piena luce, affinché alle sue decisioni vada l'autorità che ad esse spetta, e sia salva la parola autenticamente pronunciata nel testo legislativo. In deliberata opposizione al costruzionismo sistematico e al purismo della GC, la metodologia giuridica propugnata dal «giusliberismo» tende ad evidenziare la parte precisa di nonneutralità, di non rigorosa logicità, di non positività ineliminabile dalla scienza giuridica e a far amministrare questa parte nel più razionale o ragionevole possibile dei modi.

Svincolando il diritto dalla realtà e dalla vita, la *Begriffsjurisprudenz*, secondo la denuncia appassionata e circostanziata dei «giusliberisti», finisce per produrre una giurisprudenza artificiosa, e come tale incomprensibile ai laici. La sua inguaribile «inesperienza di mondo» e la sua «stravaganza dottrinarica» allontanano il diritto dal popolo cui è destinato: conseguenza paradossale, questa, dal momento che il movimento scientifico intendeva opporsi alla astrattezza del giusnaturalismo. Sono così garantite l'unità e la coerenza del sistema, oltre che alcune esigenze formali della giustizia e della certezza del diritto: valori non trascurabili, e che certo collocano la GC molto al di sopra di ogni banale empirismo, intuizionismo, soggettivismo; valori destinati ad essere maggiormente apprezzati, per contrasto, nei periodi di crisi e strumentalizzazione del diritto da parte del potere politico, come sotto il Terzo Reich e le sedicenti

dittature del proletariato, o in quelli di ideologizzazione e politicizzazione selvaggia della giustizia da parte dei singoli giudici e operatori giuridici. Alcune acquisizioni della GC, debitamente trasposte, devono rimanere in ogni tipo di giurisdizione critica. Ma non perdendo il contatto né con i principi di valutazione consapevolmente fondati, né col dinamismo sociale esterno, con la dimensione diacronica del diritto. Sul piano soggettivo il logicismo della GC lusinga, almeno nei teorici, una tentazione di fuga dalla vita, dalla realtà, dal dolorante mondo degli interessi e della storia, per rifugiarsi nel fantastico mondo delle idee, dei filosofemi e delle costruzioni belle. A questa *Weltfremdheit*, che danneggia gli utenti del diritto e lede in modo specifico l'umanità del giurista, il «giusliberismo» contrappone la *Volkstümlichkeit*, la comunione con la vita, con la cultura e gli interessi della società ⁽¹⁴⁾.

Oggi si sottolinea da più parti il fatto che il formalismo della GC ha rappresentato «una scelta fatale» per il futuro delle relazioni tra scienza giuridica e realtà sociale ⁽¹⁵⁾. Dall'esasperazione degli elementi logicisti e formalisti dovevano scaturire, come necessaria reazione, molti movimenti che, trascurando gli aspetti di validità formale e coerenza sistematica interna del diritto, si concentravano essenzialmente sulla sua rispondenza all'evoluzione della realtà sociale: i vari «giusliberismi», il realismo giuridico, la giurisprudenza sociologica, il socialismo giuridico, ecc.

In un periodo storico così denso di conflitti ideologici e sociali non si potevano, infatti, accettare tesi di neutralità della giurisprudenza, sia per motivi logico-metodologici, sia anche perché questa presunta neutralità si traduceva in realtà in un conservatorismo, nell'acritico sostegno allo Stato di diritto così come lo avevano concepito le teorie del XVIII e XIX secolo. Una scienza giuridica formalistica e neutrale poteva «offrire una comoda fuga di fronte alle decisioni politiche del tempo» ⁽¹⁶⁾. Un diritto interessato unicamente all'affermazione di una giustizia formale, che intendeva la norma come regola neutrale di un gioco nel quale le parti rivestono posizioni simmetriche, che vedeva nell'autonomia dei privati il principio supremo del diritto civile, sanciva in realtà ingiustizie sostanziali, diveniva «sempre più strumento della società capitalista organizzata nello Stato di diritto ad egemonia borghese» ⁽¹⁷⁾.

3. Conclusione.

In questi ultimi decenni alla concezione positivista stretta o legalista-logicista della GC è stata contrapposta la concezione critica e realistica dell'insufficiente fecondità dei processi meramente logici, e del ruolo fondamentale svolto, viceversa, dai criteri extralegali nel processo di rinvenimento della massima di decisione. La «giurisprudenza dei valori», la «topica ermeneutica», la «dialettica aristotelica», l'«ermeneutica giuridica», l'«argomentazione giuridicamente ragionevole», la «logica della scelta», la «ricerca del miglior possibile diritto», ecc., hanno ampiamente documentato la parte di valutatività, di non rigorosa logicità che è ineliminabile nella fase di applicazione della norma, segnando i punti precisi in cui le valutazioni extralegali si innestano sull'attività di ricognizione del significato (dei significati) della legge. Secondo tali concezioni, l'attività del giudice consiste, che egli lo sappia o no, nella scelta di una tra le molte soluzioni possibili offerte dal testo legale. L'applicazione del diritto non è, quindi, il risultato di una deduzione logica a partire da una norma legale data, ma è il risultato di un'argomentazione dialettica in cui prevale la «logica del ragionevole», argomentazione concernente non solo la legge, ma anche la valutazione extralegale della giustizia-opportunità comparativa dei suoi significati e delle eventuali soluzioni integrative. Lo specifico dell'«argomentazione ragionevole» consiste nel «contessere» più argomenti di vario tipo; sebbene non rigorosamente cogente, essa può avere umanamente più forza, più spessore persuasivo di una dimostrazione deduttiva, dato che questa è cogente solo all'interno di un sistema formale i cui fondamenti assiomatici - quando non evidenti o appunto ragionevoli - saranno di solito semplicemente convenzionali ⁽¹⁸⁾. Concludendo: una volta accertati i valori e le insufficienze della GC, si tratta di integrare i primi in una metodologia prescrittiva della giurisprudenza critica, che non può essere sviluppata in questa sede. Certamente la motivazione dovrà essere esplicita, trasparente, accurata nella previsione delle possibili conseguenze sociali, generalizzabili in futuro a tutti i casi simili, il più possibile coerente, oltre che con la legge, con il diritto giurisprudenziale, complementariamente topico-problematica e sistematica. In nessun caso potrà fare a meno di considerazioni propriamente valutative, ultimamente ispirate a un modello antropologico di «sviluppo della persona» e a una diceologia generale e speciale (# Diritto naturale). Il passaggio necessario è quello da una scienza giuridica sedicente formale e neutrale a una scienza giuridica consapevolmente filosofica e sociologica, attenta alle esigenze formali imprescindibili che la GC ha pur saputo, a suo modo, mettere in particolare luce e meritoriamente soddisfare.

(1) Savigny, *Sistema*, I, cit. 20 s.

(2) Schwarz, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, cit. 578.

(3) Fassò, *Storia*, III, cit. 220.

(4) Larenz, *Storia del metodo*, cit. 21.

(5) Wieacker, *Storia*, II, cit. 80.

(6) Puchta, *Cursus der Institutionen*, I, cit. 35.

(7) Puchta, *ibidem*, 22.

(8) Larenz, *Storia del metodo*, cit. 28.

- (9) Jhering, *Geist des römischen Rechts*, I, cit. 40: «Die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und erzeugen neue».
- (10) Jherings-Jahrbücher, I, cit. 18 s.
- (11) Cfr., Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, cit. 104.
- (12) Cfr., H. U. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, 25 e E. Ehrlich, *Die juristische Logik*, in «AcP» 115, (1917), 394.
- (13) Si veda l'indicativo titolo *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* di Ernst Fuchs, apparso nel 1907.
- (14) Lombardi, *Saggio*, cit. 328 ss.
- (15) Wieacker, *Storia*, II, cit. 82.
- (16) Wilhelm, *Metodologia giuridica*, cit. 135.
- (17) Wieacker, *Storia*, I, cit. 19.
- (18) Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, cit. 373.