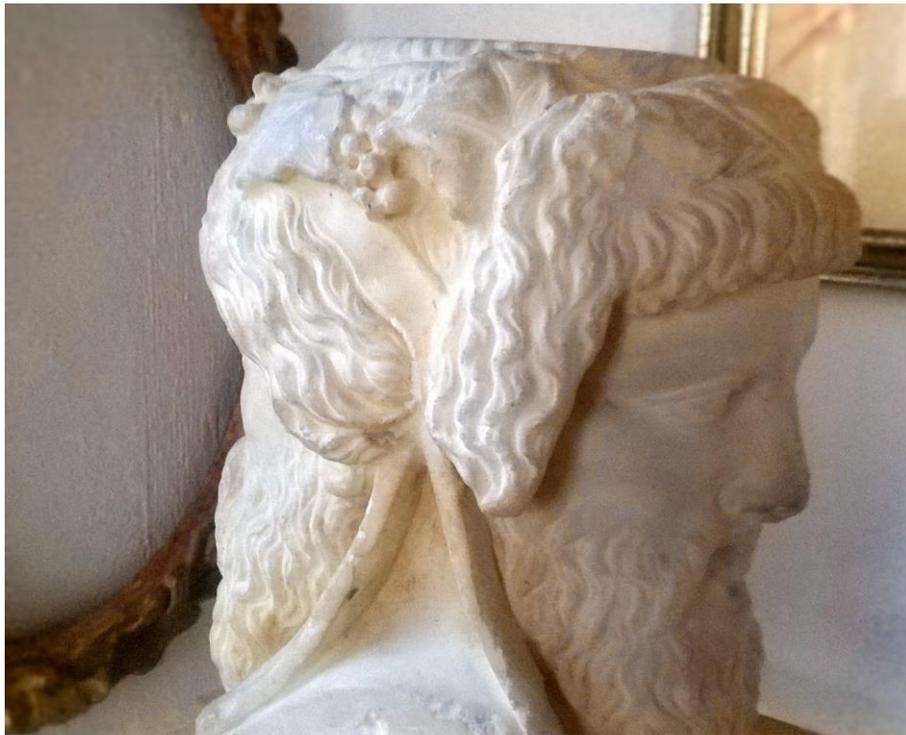




SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2016 ANNO I N.1, 1

Coercizione e interpretazione



2016 ANNO I NUMERO 1,1

di M.A. Quiroz Vitale pp. 1-10, rivisto



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2016 ANNO I N. 1

Coercizione e interpretazione

Abstract

Coercion and interpretation is the theme to which the sages of the first issue of the journal SeD are devoted and is the subject analyzed in this paper, where the Author confront the classic essay by Pierre Bourdieu "The strength of Law" and the namesake book by Frederick Schauer. The matter "interpretation of law" is also the subject of insights from a recent essay by Alessandro Catelani which, like that of Roberto Bin, open new perspectives for research, especially in the socio-legal field.

Key words: Justice, Legitimation, Interpretation of law

Riassunto

Coercizione ed interpretazione è il tema cui i saggi del primo fascicolo della rivista SED sono dedicati ed è l'argomento sviscerato in questo saggio ove l'Autore delinea un parallelo tra il saggio di Pierre Bourdieu "La forza della legge" e l'omonimo libro di Frederick Schauer. L'interpretazione giuridica è pure oggetto di approfondimenti a partire dal recente saggio di Alessandro Catelani che, come quello di Roberto Bin, aprono nuove prospettive di ricerca soprattutto nel campo socio-giuridico.

Parole chiave: giustizia, legittimazione, interpretazione giuridica

Coercizione ed interpretazione

L'occasione per una ampia riflessione sulla coercizione nel diritto è fornita dalla traduzione italiana per i tipi di Mimesis del saggio di Frederick Schauer: "La Forza del diritto" (2016), che riporta l'attenzione degli studiosi sul peso della coercizione nell'efficacia del diritto e, persino, nella definizione stessa del concetto di giuridicità, trent'anni dopo la pubblicazione del seminale saggio di Pierre Bourdieu che reca il medesimo titolo. Altra occasione di dibattito e riflessione è costituito dal libro di Alessandro Catelani "Il diritto come struttura e come forma" (2013) cui è stato dedicato un ciclo di seminari in varie università italiane ed in particolare il seminario di studi tenutosi presso la facoltà di scienze politiche dell'Università di Milano grazie agli auspici del prof. Raffaele Bottino¹ ed il convegno organizzato dalla libera Università di Bolzano dal Prof. Mario Falanga². Si sono moltiplicati in questi anni

¹ Seminario "Problemi del diritto come struttura e come forma" del 28 gennaio 2016 presso l'Università degli studi Milano, Facoltà di Scienze Politiche, economiche e sociali.

² Ci riferiamo al Convegno "Il diritto come forma e come struttura, nel pensiero di Alessandro Catelani. Problemi sulla struttura e sulla forma del diritto e la nuova legge sugli appalti pubblici" tenutosi il 4 maggio 2016 presso la Facoltà di scienze della Formazione della LIUB sede di Bressanone.

numerosi contributi dedicati rispettivamente ai temi della “forza del diritto”³ e della “crisi sociale e politica” nell’epoca della globalizzazione⁴. Appare quindi essenziale rafforzare le possibilità di dialogo tra i giuristi positivi impegnati nella riflessione teorica sui diritti – diritti umani, fondamentali, soggettivi – i teorici del diritto ed i sociologi che si interrogano sui problemi di giustizia, validità ed efficacia dei diritti stessi.

1. La forza della legge e la legge della forza

L’argomento che il titolo del volume di Schauer preannuncia non è certo nuovo o incontrovertito e si colloca in un preciso contesto culturale: il libro è stato concepito come un intervento nel dibattito della giurisprudenza analitica e rivolge il suo preciso intento polemico nei confronti di H. L. A. Hart e della sua scuola cui viene, sostanzialmente, imputato di avere posto in secondo piano il problema della forza e della coercizione.

Rispetto a questo intento polemico le reazioni positive non sono ovviamente mancate. Sono certamente solidali con una concezione del diritto ricondotto alla coercizione ampi settori della teoria giuridica dal normativismo, al realismo scandinavo sino al nichilismo giuridico e naturalmente alla corrente di filosofia analitica main stream. Già Hans Kelsen rappresentava il diritto come una tecnica specifica dell’organizzazione sociale che, per garantire l’ordine e la pace, si risolve funzionalmente nell’organizzazione dell’apparato coattivo (Bobbio 1977), come traspare con tutta evidenza nelle pagine de *La dottrina pura del diritto* dedicate al tema sensibile del rapporto tra validità ed efficacia, ridotta a relazione tra diritto e potere: “la soluzione qui prospettata è soltanto la formulazione scientificamente esatta della antica verità: il diritto non può esistere senza forza, però non si identifica con la forza. Secondo la teoria qui esposta esso è un ordinamento (o una organizzazione) della forza” (Kelsen 1966: 243). Non stupisce, tuttavia, che anche una visione realista del diritto conduca, sostanzialmente, a configurare nello stesso modo il rapporto tra forza e diritto, che è riduttivamente ricondotto all’organizzazione della forza/violenza: “Non appena ci si rende conto che il diritto non è altro che un insieme di fatti sociali, l’intera distinzione svanisce nell’aria. Il diritto include la forza, o meglio, in ogni Stato esiste un’organizzazione poderosa della forza che lavora secondo regole che sono chiamate diritto. Per mezzo di tale organizzazione altre forme di forza vengono tenute a freno. La forza organizzata appare in una luce molto diversa da quella illegale: essa è sostenuta dall’opinione pubblica e circondata da un tradizionale senso di rispetto” (Olivecrona 1967: 108). Non stupisce questa convergenza se si osserva, come ha fatto Pierre Bourdieu nel classico saggio del 1986 *La force du droit* [Éléments pour une sociologie du champ juridique], che le due opposte tendenze dominanti nella cultura giuridica occidentale – quella del formalismo che afferma l’autonomia assoluta della forma giuridica in confronto al mondo sociale, e quella dello strumentalismo che concepisce il diritto come il riflesso o uno strumento al servizio dei ceti dominanti – falliscono entrambe nel considerare il diritto un universo sociale relativamente indipendente rispetto alle domande esterne: “à l’intérieur duquel se produit et s’exerce l’autorité juridique, forme par excellence de la violence symbolique

³ Seminario internazionale intitolato “*Frederick Schauer the differentiation of law*” del 3 ottobre 2014 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Milano.

⁴ Seminario intitolato “*E’ tornata la crisi*” del 14 aprile 2016 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Milano.

légitime dont le monopole appartient à l'Etat et qui peut s'assortir de l'exercice de la force physique.” (Bourdieu 1986: 3).

Il contributo di Schauer, quindi, ri-porta all'attenzione del mondo accademico, e non solo, un aspetto del funzionamento dell'apparato giuridico – l'uso della forza bruta e la violenza simbolica – che spesso viene pretermesso. Non è tutto. L'obiettivo della ricerca coltivato dal filosofo del diritto statunitense, nell'ambito del suo saggio, si è allargato alle dimensioni sociologiche, psicologiche, politiche ed economiche della forza del diritto; dimensioni che, per ammissione dell'Autore, vanno ben oltre l'aspetto concettuale e filosofico originario, aprendo alle dimensioni empiriche del pervasivo carattere coercitivo del sistema giuridico. Così facendo, tuttavia, l'opera di Schauer si è aperta e si espone ad un ventaglio di critiche non più solo interne alla filosofia analitica ma anche esterne cioè provenienti proprio dalle scienze sociologiche, empiriche, politologiche, economiche e filosofiche lontane da preoccupazioni analitiche.

2. Le forze nel campo giuridico: il contributo di Pierre Bourdieu

Un approccio autenticamente sociologico giuridico orientato alla comprensione della complessità del fenomeno normativo contemporaneo, non credo possa prescindere dalla considerazione del diritto come campo sociale semiautonomo, come sostenuto – fra gli altri – da Pierre Bourdieu. L'originalità delle osservazioni del sociologo francese stanno proprio in questo punto: non è posto in discussione che all'interno del campo giuridico si produca e si eserciti l'autorità giuridica che, per un verso, è la forma sublimata della “violenza simbolica legittima” e che, per altro verso, prevede anche l'applicazione della forza bruta, pur sotto la responsabilità monopolistica dello Stato; tuttavia la peculiarità del funzionamento del campo giuridico è tale per cui, in esso, la logica giuridica è doppiamente determinata; da una parte, dai rapporti di forza specifici espressi dalla struttura che orienta le lotte ed i conflitti di competenza di cui è “il luogo” e, dall'altra parte, dalla logica interna delle opere giuridiche che delimitano ad ogni momento lo “spazio dei possibili” e, attraverso questo, l'universo delle soluzioni propriamente giuridiche: l'interpretazione. Ciò che sembra a prima vista costituire la forza del diritto: imporre coercitivamente ai suoi destinatari corsi di azione o di inazione diversi da quelli che avrebbero altrimenti scelto, è frutto quindi, da questo punto di vista, di una doppia dipendenza del fenomeno normativo. Rileggere l'illuminato saggio di Bourdieu, trent'anni dopo, a partire dal nuovo sforzo analitico di Schauer mi pare molto fruttuoso. Secondo il sociologo, il campo giuridico, proprio per la sua importanza nella riproduzione sociale, ha una minore autonomia degli altri campi - ad esempio quello artistico, letterario oppure quelli scientifici delle scienze dure – non tanto perché segua una “logica” od una “semantica” diversa ma perché – come insegnavano già Parsons e la scuola funzionalista – contribuisce anche al mantenimento dell'ordine simbolico e, in tal modo, al mantenimento dell'ordine sociale stesso. Le dinamiche sociali dei campi esterni, pertanto, si riflettono direttamente in quello giuridico, e i conflitti interni, dentro il campo, sono tendenzialmente decisi dalle forze esterne. Per Bourdieu, ad esempio, la divisione del lavoro giuridico e la specializzazione delle branche del diritto e la gerarchia delle specializzazioni professionali, rilettono – ad esempio – le variazioni dei rapporti di forza nel campo sociale⁵. Sorge allora il dubbio che la forza

⁵ “Les luttes internes, entre les privatistes et les publicistes notamment, doivent leur ambiguïté au fait que c'est en tant que gardiens du droit de propriété et du respect de la liberté des conventions que les premiers se font les défenseurs de l'autonomie du droit et des juristes contre toutes les intrusions du

scoperta ubiquamente nel fenomeno giuridico da Schauer non sia propriamente la forza del diritto ma una forza che si manifesta nel campo giuridico rimanendo esterna alla sua logica ed alla sua funzione. In effetti il livello di complessità cui ci spinge questo percorso è notevole: “S’il est de la vocation même de la sociologie de rappeler que, selon le mot de Montesquieu, on ne transforme pas la société par décret, il reste que la conscience des conditions sociales de l’efficacité des actes juridiques ne doit pas conduire à ignorer ou à nier ce qui fait l’efficacité propre de la règle, du règlement et de la loi : la juste réaction contre le juridisme, qui conduit à restituer leur place, dans l’explication des pratiques, aux dispositions constitutives de l’habitus, n’implique nullement que l’on mette entre parenthèses l’effet propre de la règle explicitement énoncée, surtout lorsque, comme la règle juridique, elle est associée à des sanctions” (Bourdieu 1986: 13-14). Ma l’efficacia specifica di una regola esplicitamente enunciata ed accompagnata da sanzioni è quello che deriva dal lavoro di “formulazione e formalizzazione”, di “neutralizzazione” e “sistematizzazione”, che è attuato, nella teoria sociale di Bourdieu, da tutti i professionisti del lavoro simbolico che producono “secondo le leggi del proprio universo”. L’analisi dell’autore francese, secondo una linea di tendenza pacifica nella sociologia giuridica ma oggi, come vedremo in seguito, percorsa anche dai filosofi, riconduce il diritto al prodotto dell’attività delle professioni legali:

- la dottrina opera per dare forma e codificare i principi e le regole; elaborando così un corpo sistematico di norme, fondato su principi razionali e destinato a ricevere un’applicazione universale anziché limitarsi a descrivere le pratiche esistenti o le condizioni di attuazione delle regole già dichiarate conformi.

- professori di diritto e teorici elaborano una sintassi caratterizzata da costruzioni passive e impersonali che segnano l’impersonalità del discorso normativo e che si pone come un prodotto universale, imparziale e oggettivo, rafforzando un effetto di neutralizzazione e di universalizzazione.

- la magistratura opera la neutralizzazione delle sfide trasformando lo scontro diretto degli interessati in un dialogo tra mediatori. Come terzi indifferenti alla sfida diretta (che non vuol dire disinteressati) e preparati ad affrontare la “realità” del presente riferendosi a vetusti testi ed della giurisprudenza costante. Gli agenti specializzati introducono, con una azione non sempre intenzionale e consapevole, una distanza neutralizzante che, almeno nel caso dei magistrati, costituisce un tipo di imperativo di funzione e che è iscritto profondamente nel loro habitus sociale.

- avvocati e consulenti con il loro appello alla giurisprudenza consolidata contribuiscono alla formalizzazione e alla sistematizzazione che ha l’effetto di astrarre le norme della contingenza di una situazione particolare rendendo una decisione esemplare (come nel caso di una sentenza della Corte di Cassazione) un modello per le sentenze future. Questa forma al tempo stesso autorizza e favorisce la logica del precedente sulla quale il pensiero giuridico e l’azione giuridica sono fondati e, sociologicamente, lega il presente (da decidere) col passato (già deciso).

A prescindere dalla esaustività di questa analisi, vorrei sottolineare che per Bourdieu l’efficacia propriamente giuridica lungi dall’identificarsi con l’organizzazione o l’ordinamento della forza, al contrario si definisce “par opposition à l’inapplication pure et simple ou à l’application fondée sur la contrainte pure”. L’affermazione è centrale

politique et des groupes de pression économiques et sociaux, et en particulier contre le développement du droit administratif, contre les réformes pénales et contre toutes les innovations en matière sociale, commerciale ou dans la législation du travail.” (Bourdieu 1986: 18)

nel ragionamento che stiamo illustrando e costituisce, a mio avviso, il punto di partenza per ogni analisi non parziale o riduzionista del problema dell'efficacia o dell'impatto della legge. La forza del diritto si oppone concettualmente tanto alla "mera disapplicazione", quanto "all'efficacia fondata sulla coercizione pura". Non basta quindi dire che il diritto ci fa fare quello che non vorremmo; e che se, invece, lo facciamo (disapplicando la norma) deve intervenire l'apparato coercitivo dello Stato (o dell'organizzazione politica del potere qualunque forma si voglia dare); non basta perché anche la coercizione pura si pone agli antipodi della forza del diritto. Ha ragione Bourdieu a sostenere che proprio perché la realtà non si modifica per decreto – come già scriveva Montesquieu – la forza della Legge si può manifestare solo qualora la norma giuridica abbia un riconoscimento sociale e trovi un accordo, anche se soltanto tacito o parziale, perché corrisponde, almeno in apparenza, a bisogni e interessi reali. Solo in questo caso, verrebbe da dire, la Legge ha una "sua" forza che non riposa esclusivamente sulla coercizione e dispiega una funzione autonoma che non si limita a una legittimazione simbolica del Potere. La posizione espressa da Schauer è ovviamente molto diversa: "nel nostro mondo - in alcune parti più che in altre - le persone generalmente fanno ciò che esse vogliono fare o ciò che esse pensano che sia giusto fare, a meno che non vi sia una forza esterna che le faccia agire in modo diverso. Il lato coercitivo del diritto emerge, dunque, come una conseguenza della non completa - e bisognerà accertare in che misura non completa - disponibilità delle persone soggette al diritto a osservare il diritto soltanto perché è il diritto" (Schauer 2016: 5). Ma questa visione – pur condivisa da molti autorevoli filosofi del diritto – si espone, fra le altre, alle classiche critiche di Naucke⁶, il quale pone in evidenza l'intrinseca contraddittorietà della corrente giuspositivista e di quella analitica che si richiama a Kelsen, nella misura in cui da un lato insiste sul relativismo del contenuto della Legge e, contemporaneamente, fonda un dovere assoluto di obbedienza alle leggi: in base alla considerazione che "Rechtskraft ist Rechtskraft". Rimane insoluta la domanda: "perché mai una legge dal contenuto relativo, se non arbitrario, dovrebbe avere la forza di obbligare in termini assoluti"? Questa è la questione cui cerca di rispondere Schauer, con il suo brillante saggio, suggerendo che, in ultima istanza, il perché dell'obbedienza risiede nella coercizione; da questo punto di vista, gli fa eco nell'introduzione alla traduzione italiana Riccardo Guastini che, precisato opportunamente che le definizioni hanno ad oggetto i concetti, non le cose da essi denotate, si pone la domanda retorica: "Alla luce della pervasività della sanzione in tutti gli ordinamenti giuridici conosciuti, è sensato costruire una definizione di 'diritto' che non includa la sanzione (la forza) nel definiens?"⁷ (2016: VIII). Tuttavia, suggeriscono i critici, offrendo una simile "definizione" associata alla relatività del contenuto del diritto (pure assente nella definizione proposta), le difficoltà non diminuiscono anzi aumentano perché il diritto e la legge – contrariamente all'analisi sin qui svolta – avrebbero una forza "che si fonda su se stessa", cioè in realtà, quindi, il fenomeno giuridico lungi dal porsi come "organizzazione dell'uso legittimo della forza" ad altro non si ridurrebbe che ad una legittimazione dell'uso spregiudicato del potere e della forza, infondata ed ingiustificabile. Come scrisse Mario A. Cattaneo: "Il positivismo giuridico, dunque, giunge a esprimere l'assolutezza della forza, a fondare il diritto sulla forza: la forza come base del potere, della politica intesa come lotta per il potere: in definitiva l'assolutezza del nulla" (Cattaneo 2005: 43). Alle medesime conclusioni, non a caso, giungono alcuni

⁶ Ci riferiamo al saggio di Naucke (1998) espressamente dedicato al diritto penale citato da Cattaneo (2005)

⁷ La risposta prudente è la seguente: "La forza è non un 'carattere essenziale' del diritto ma, banalmente, un concetto imprescindibile in qualunque ragionevole definizione di 'diritto'. Probabilmente, una definizione di 'diritto' che non includesse la forza nel *definiens* renderebbe indistinguibile il diritto da altri ordinamenti normativi della condotta, come la morale (la morale sociale e, ancor più, la morale critica)" (Guastini 2016: IV) .

sostenitori del nichilismo giuridico come Natalino Irti che significativamente afferma: “la definizione del nichilismo è insieme definizione del positivismo giuridico per il quale le norme sono emanate, modificate e derogate dalla volontà. Il potere degli uomini le fa uscire dal niente o ve le ricaccia per sempre. Poiché non si dà criterio immutabile, che decida il loro essere o non essere, le norme sono, o non sono, secondo le scelte della volontà. La posizione conferisce l’essere. Soltanto un principio più alto del divenire, sovrastante la casualità del volere, sarebbe in grado di sottrarre le norme a codesta oscillazione tra l’essere e il nulla. Ma gli uomini si sono liberati dal dominio dei diritti ultra-terreni, e perciò soggiacciono al dominio di un casuale fluttuare. La norma, che viene dal niente e torna al niente, che è, e poteva non essere, esprime il grado più alto di mutabilità e provvisorietà” (2004: 96). Non del tutto coerente con questa deriva di senso, è la posizione del maggiore sostenitore del nichilismo giuridico tra i filosofi del diritto italiani, cioè Morris L. Ghezzi, che nella postfazione al saggio di Schauer, non si accontenta della risposta giusrealista o nichilista (cui pure ammicca) e, con una “mossa del cavallo”, apre ad una visione del diritto come estetica: “il diritto non parla più la lingua del dover essere, ma quella del mi piace, ossia esce dall’ambito dell’etica per entrare in quello dell’estetica”(2016: 163-164), aprendo ad un universo parallelo dell’essere che non è più il kelseniano “dover essere” ma il “mi piace” perché soddisfa il mio desiderio del bello⁸. A chi scrive questa appare una elegante mossa per uscire da un cul-de-sac teoretico, pur consci che da millenni l’ideale della $\kappa \alpha \lambda \omicron \kappa \alpha \gamma \alpha \theta \acute{\iota} \alpha$ non esclude affatto la dimensione morale; ritengo piuttosto che il “nichilismo giuridico” non rappresenti affatto una conseguenza inevitabile della modernizzazione del diritto a patto che si attinga alla fonte di senso per l’agire, originata dalla responsabilità morale, sociale e giuridica che risiede nella ricerca della giustizia⁹.

3. Il problema della interpretazione e la crisi del diritto

L’interpretazione è la funzione essenziale che, insegnavano i funzionalisti americani, deve assolvere il sistema giuridico. Questo tema è, peraltro, profondamente intrecciato con quello della forza della Legge. Anche in questo campo il seminale saggio di Bourdieu (1986) fornisce spunti di stretta attualità. Rimettersi al diritto per risolvere il conflitto, accettandone le regole del gioco, è accettare tacitamente di adottare un modo di espressione e di discussione rinunciando sia alla violenza fisica sia alle forme di violenza simbolica più rozze come l’ingiuria. Ma questo passaggio non avviene in forme ingenuo o naturalistiche, si tratta di un processo culturale molto complesso – simbolizzato, non a caso, dal mito ancestrale della costituzione dell’Aeropago (Mittica 2006) – che i sociologi del diritto hanno interpretato tradizionalmente come la necessità di costruzione giuridica dell’oggetto: i fatti giuridici sono il risultato della costruzione giuridica e non il contrario (Pennisi 1990).

Il sociologo francese riprendeva l’antica formula “Da mihi factum, dabo tibi jus” che utilizzavano gli antichi Romani al fine di ponere causam, per significare che tutti gli elementi del “caso” – il factum – devono essere reinterpretati e convertiti per costituire “l’oggetto della controversa come causa”, cioè come problema giuridico significativo nel

⁸ Questo tema epistemologico, di notevole complessità, che qui non è possibile approfondire, è affrontato con profondità nel saggio in corso di pubblicazione del medesimo Autore intitolato: “Il diritto come estetica: epistemologia della conoscenza e della volontà: il nichilismo/nihilismo del dubbio”.

⁹ “Proprio l’insieme, coordinato o meno, degli sforzi di fare giustizia o di esigere giustizia da parte degli attori sociali, ciascuno nei propri ruoli e attraverso i corsi d’azione che può agire, può essere un *input* fecondo, verso la cultura giuridica che tutti gli operatori giuridici, ed *in primis* gli avvocati, possono e debbono veicolare” (Quiroz Vitale 2012: 158)

campo giuridico. Illusoria quindi la contrapposizione tra interpretazione del fatto e interpretazione del diritto. Bourdieu, a partire proprio da questa analisi, preconizzava che l'autonomizzazione del campo giuridico si sarebbe realizzata attraverso il confronto dei testi e delle procedure con quelle realtà sociali che testi e procedure debbono esprimere e regolare perché: "l'incremento della differenziazione e della competizione nel campo giuridico, associato all'incremento dell'influenza dei gruppi dominati, aiuta a favorire il ritorno alle realtà sociali". Non è quindi la chiusura sistemica o "la richiusura del corpo su sé stesso esclusivamente devoto alla lettura dei testi sacri" a garantire l'autonomia del diritto rispetto agli altri campi sociali, ma proprio il contrario: l'apertura alla realtà sociale. Vedremo come queste previsioni si siano avverate.

In campo gius-filosofico la tematica della interpretazione ha trovato in Italia una "sistematizzazione" grazie all'opera di Claudio Luzzati che, con il saggio "Del giurista interprete", tenta a suo modo di superare alcune aporie del gius-positivismo¹⁰, facendosi portavoce della scuola milanese e post scarpelliana di filosofia del diritto. Secondo Luzzati, abbandonata la pretesa di penetrare i meandri della "mente del Legislatore" o il significato oggettivo delle disposizioni in base agli strumenti della logica formale, l'interpretazione altro non sarebbe che "un insieme di tecniche sociali" che il ceto dei giuristi utilizza per risolvere conflitti "nel modo migliore alla luce degli standard di giudizio accettati. Le conoscenze ed i controlli, anche obiettivi, sono perciò finalizzati all'assunzione di decisioni condivisibili per la collettività" (Luzzati 2016: 380). Sembra dunque che – pur con le difficoltà del caso e senza rinunciare ad una rappresentazione "corale" del lavoro che occulta i conflitti tra i giuristi e gli squilibri di potere esterni al campo giuridico – anche i teorici del diritto si incammino verso la meta individuata da Bourdieu sei lustri prima. L'abbandono della devozione semantica dei "testi sacri" per un "ritorno alle realtà sociali".

Su questa strada si sono spinti più celermente i giuristi positivi. Le critiche più forti giungono dai giuspubblicisti che – come spiegherebbe Bourdieu – hanno meno da perdere dall'abbandono della sistematica dei codici e della gerarchia delle fonti; come non ricordare le analisi di Roberto Bin che considera il verificarsi, nel campo giuridico, di un fenomeno che rievoca il principio di indeterminazione di Heisenberg: "Non solo perché misurando con grande accuratezza il processo di interpretazione-applicazione del diritto si perde di vista il rapporto tra la regola prodotta da tal processo con la teoria delle fonti, ma anche perché è evidente che (come avviene nella fisica delle microparticelle) il fatto stesso di osservare quel processo lo modifica, cambia il dato osservato: tutta una serie di fenomeni «fattuali» (cioè formalmente estranei al dato legislativo), di cui l'interprete tiene conto nella sua attività finisce con essere ascritta alle fonti, ossia ai dati di cui deve tener conto" (Bin 2009: 55). Anche il libro di Catelani è, da questo punto di vista, rappresentativo della esigenza dei giuristi di operare una simile apertura di fronte allo smarrimento di alcuni punti di riferimento essenziali: il venir meno della "gerarchia delle fonti", l'impossibilità di rappresentare l'ordinamento "a gradi" in termini kelseniani, la difficoltà di pensare il processo interpretativo in

¹⁰ L'operazione culturale, tutta interna alla corrente analitica, è quella contrapporre il neo-costituzionalismo ad un approccio pragmatico-argomentativo. Il neo-costituzionalismo – sempre più influente nella giurisprudenza italiana e vincente nella normazione europea – a sua volta si connette con una precisa visione etica: pluralista e particolarista (Barberis 2005: 18) e si caratterizza per alcuni postulati antipositivisti: la connessione tra diritto e morale; la contrapposizione tra principi e regole e la prevalenza sul sillogismo del giudizio ponderazione/bilanciamento da parte delle Corti supreme in applicazione dei principi costituzionali (Messina 2011: 391-392). Luzzati propugna una diversa teoria interpretativa che vorrebbe contrapporsi al neo-costituzionalismo, e appare come una teoria post-positivista minimalista che si fonda su tre postulati: 1) l'intersoggettività dei significati; 2) un ideale regolativo per la intellegibilità delle fonti del diritto 3) una politica della legalità come "impegno" sostanzialmente deontologico, in luogo dei tre cardini del positivismo classico: prevalenza del diritto statale di fonte legislativa; razionalizzazione sistematica delle fonti; neutralità dell'interprete (Luzzati 2016: 376).

termini di mero sillogismo. Secondo Catelani la natura formale del diritto non esclude, ma anzi presuppone, che la norma giuridica sia una realtà strettamente inerente alle istanze che promanano dal corpo sociale; ciò non avviene per una scelta dell'interprete che riflette la sua sensibilità individuale, o perché si debba sempre accogliere supinamente il dato sociale qualunque esso sia, ma perché è proprio della funzione del diritto adeguare i suoi precetti alle necessità sociali di “un ordinato vivere civile” nel rispetto dei valori propri della persona umana, che il sistema normativo ha lo scopo di tutelare. Per Catelani il fatto che la norma sia destinata alla società condiziona l'attività interpretativa dovendo prevalere quelle interpretazioni che paiono più consonanti con le esigenze sociali. Il ruolo dell'interprete è quindi descritto, da un giurista positivo, con riferimenti nettamente sociali: l'interprete – facendo uso di norme pre-giuridiche – deve adattare la realtà astratta alla situazione concreta del dato sociale e del suo più intrinseco significato. Alle stesse conclusioni è giunta l'analisi sociologica che ha evidenziato come “in effetti le norme giuridiche non operano mai da sole. Esse sono inevitabilmente influenzate da miriadi di norme sociali alla cui azione di fiancheggiamento, di distorsione o di ostacolo nei confronti delle norme giuridiche occorre tenere conto” (Febbrajo 2015: 106).

Il dibattito aperto da questi contributi provenienti dai giuristi positivi verso il ripensamento della teoria delle fonti e dell'interpretazione è senza dubbio foriero di utili frutti. Le reazioni ad un simile fascio di suggestioni sono molte e differenziate, come gli interventi al Convegno di Bressanone testimoniano. Sotto il profilo socio-giuridico possiamo ipotizzare che il significato delle proposizioni giuridiche – attraverso i rituali dell'interpretazione – siano un risultato di decisioni (cioè di scelte e selezioni) di coloro che esercitano le professioni legali, rilevabili e studiabili scientificamente mediante l'osservazione del comportamento degli attori sociali. La comprensione del fatto sembra quindi prendere il sopravvento sulle procedure e sull'esegesi del testo o sulla ricerca del significato “corretto” della norma. “Da mihi factum, dabo tibi jus”.

4. Bibliografia

- Barberis, M. (2005), I conflitti tra diritti tra monismo e pluralismo etico. In Comanducci, Paolo & Riccardo Guastini (eds.). *Analisi e diritto 2005. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli.
- Bin R. (2009), “Ordine delle norme e disordine dei concetti (e vice versa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto”, in Pugiotto A. e Veronesi P., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene: Napoli.
- Bobbio N. (1977), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Comunità: Milano.
- Bourdieu P. (1986), *La force du droit [Éléments pour une sociologie du champ juridique]*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*. Vol. 64, pp. 3-19 doi : 10.3406/arss.1986.2332.
- Cattaneo Mario A. (2005), *Diritto e Forza. Un delicato rapporto*, CEDAM: Padova.
- Catelani A. (2013), *Il diritto come struttura e come forma*, Rubettino: Soveria Mannelli.
- Febbrajo A. (2016), “Come regolare il futuro della società. L'eterna sfida del diritto” in Corbisiero F. Ruspini E. (a cura di), *Sociologia del futuro. Studiare la società del ventunesimo secolo*, CEDAM: Padova.
- Ghezzi M.L. (2016), *Poteri diritto e Società civile, Postfazione*, in Schauer F., *La Forza del diritto*, trad. it. Nicoletta Ladavac, Mimesis, Milano: Udine.

Ghezzi M.L. (2016), *Il diritto come estetica: epistemologia della conoscenza e della volontà: il nichilismo/nihilismo del dubbio*, Mimesis, Milano: Udine.

Guastini R. (2016), *Diritto senza forza?*, Introduzione, in Schauer F., *La Forza del diritto*, trad. it. Nicoletta Ladavac, Mimesis, Milano: Udine.

Kelsen H. (1966), *La dottrina pura de diritto*, trad. it. Mario G. Losano, Einaudi: Torino.

Messina, G. (2011) "Il neocostituzionalismo" in *Democrazia e Diritto*, 1-2, pp. 384-425.

Mittica M. P. (2006), *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Giuffrè: Milano.

Naucke W, (1998), *Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts* in "Festschrift für E.A. Wolff. zum 70. Geburtstag am 1.10.1998".

Pennisi c. (1990), *La costruzione sociologica del fenomeno giuridico*, Giuffrè: Milano.

Quiroz Vitale M. A. "La giustizia ai tempi del nichilismo giuridico" in P. Dalla Vigna (ed.) *Etiche ed Estetiche, Itinerari Filosofici* n. 13, Milano-Udine: Mimesis.

Schauer F. (2016), *La Forza del diritto*, trad. it. Nicoletta Ladavac, Mimesis: Mimesis.