

Le incertezze del diritto. Riflessioni sulla metodologia socio-giuridica a partire da Reza Banakar

Legal uncertainties. Reflections on socio-legal methodology starting from Reza Banakar

MARGHERITA D'ANDREA¹

All that is solid melts into air

Karl Marx

Sommario

L'articolo esplora nella prima parte le linee di confine tra la sociologia del diritto e la scienza giuridica e l'uso degli strumenti della ricerca bottom up e top down, partendo dalla metodologia di Reza Banakar. Tra i temi che lo studioso ha sollevato nella seconda parte si approfondisce quello della difficile dialettica tra certezza e incertezza del diritto, che nella tarda modernità globalizzata sembra assumere contorni più porosi. Da qui, si ragionerà sulle forme di incertezza del diritto, guardando al caso paradigmatico della progressiva precarizzazione della condizione giuridica delle persone straniere, dei loro status e diritti.

Parole chiave: Sociologia del diritto; ricerca bottom up; certezza del diritto; diritto positivo; cittadini stranieri

Abstract

This article first examines the boundaries between sociology of law and legal studies, addressing the use of bottom-up and top-down research methods through the lens of Reza Banakar's methodology. In the second part, it delves into the complex dialectic between legal certainty and uncertainty, which appears increasingly porous in the context of globalised modernity. Building on this, the article investigates various forms of legal uncertainty,

¹ CNR-ISMed, Istituto di Studi sul Mediterraneo; Dipartimento di scienze formative, psicologiche e della comunicazione, Università degli Studi di Napoli Suor Orsola Benincasa. margherita.dandrea@ismed.cnr.it.

with a particular focus on the progressive precarization of the legal status and rights of foreign nationals.

Keywords: Sociology of law; bottom up research; legal certainty; positive law; foreign nationals

1. You remember the Law, don't you?

Nel film del 1993 *Philadelphia* Denzel Washington è il difensore in giudizio di un avvocato omosessuale affetto da aids, licenziato da un importante studio legale per motivi discriminatori. In una scena iconica Washington è al bar, e i colleghi alludono al fatto che sia egli stesso un omosessuale; lui reagisce non solo respingendo l'“accusa”, ma rincara sostenendo che questo tipo di persone gli danno addirittura la nausea (*they make me sick!*). Ciò nonostante, ha deciso di assumere il caso perché è stata violata una legge: *You remember the Law, don't you?*

Una tale rappresentazione machista suona fortunatamente invecchiata, in trent'anni di rivendicazioni per i diritti civili. Perché appare invecchiata? Simili trasformazioni del senso comune, percepibili anche attraverso la cultura pop, si formano prioritariamente nel seno della società e successivamente, quando mature, sono raccolte dal diritto e positivizzate? O al contrario è il diritto ad avere una funzione proattiva nei mutamenti sociali, orientando il dover essere e contribuendo così alla realizzazione di un progetto socio-politico?

O ancora, ci si può domandare: il diritto è tecnica, un sistema perfettamente chiuso entro i bordi di una logica meramente interna, oppure è in primo luogo un fenomeno, “a specific sphere of social action and an institutionally-based form of socio-cultural practice” (Banakar 2015, p. 54)?

I contrasti teorici sui rapporti tra diritto e società e sull'autonomia del primo sono ovviamente tutt'altro che sintetizzabili attraverso una suggestione cinematografica. Possiamo però partire da un assunto: proprio perché non ci sono soluzioni nette e definitive, si tratta piuttosto di interrogare questa tensione inesauribile, una tensione che riguarda molto da vicino la sociologia del diritto, che si occupa delle precondizioni sociali della legge e del sistema giudiziario, “dei problemi dell'attuazione delle norme e tra questi, in primo luogo, di quelli dell'efficacia delle norme e dell'impatto delle stesse nella società” (Treves 2002, p. 236).

Le difficoltà del discorso si misurano anche con il fatto che le linee di confine disciplinari sono esplorate attraverso cassette degli attrezzi che permeano due mondi che “anche quando utilizzano lo stesso nome, in questo caso ‘diritto’, parlano di cose distinte” (Luhmann 2012, p. 6). Si tratta cioè

di diverse metodologie per diversi usi del concetto di diritto: la sociologia del diritto è una prospettiva che consente di allargare il punto di vista tecnico-giuridico all'osservazione delle norme in azione attraverso metodologie tipicamente sociologiche, mentre la scienza giuridica, leggendo il diritto come un dispositivo di *ordinamento* della realtà dentro fattispecie astratte, si dota di strumenti interpretativi che escludono approcci bottom up, ritenendoli irrilevanti perché fuori dal sistema giuridico.

Reza Banakar ha tracciato diversi percorsi di riflessione su quello che chiama il “design” della ricerca socio-giuridica e sullo statuto autonomo della disciplina, focalizzando particolarmente l'attenzione sul ruolo della sociologia del diritto nella “tarda modernità” globalizzata e digitalizzata (2013)². Basandomi sui suoi studi, nella prima parte dell'articolo mi propongo esplorare alcuni nodi di quella che l'autore definisce “crisi di identità” della sociologia del diritto, a partire dal noto articolo del 1998 dal titolo provocatorio: *The Identity crisis of a “Stepchild”*. Si tratta di considerazioni lungimiranti, riviste in parte dallo stesso Banakar e che restano attuali nei dibattiti della letteratura scientifica di settore, soprattutto in Nord Europa³. All'interno del più ampio quadro delle differenze tra l'approccio del giurista positivo e quello del sociologo del diritto, nel paragrafo successivo evidenzio quindi come quella crisi di identità (o meglio un suo elemento) derivasse inizialmente, per Banakar, dal fatto che il sociologo del diritto si trova come incastrato tra il carattere empirico della sociologia generale e quello interpretativo della scienza giuridica. Inoltre, nella prospettiva dello studioso iraniano, mentre la sociologia è multi-paradigmatica, alla continua ricerca di visioni e concetti che definiscano o ridefiniscano modelli di società, il sistema giuridico (ben radicato nella razionalità moderna) resta mono-paradigmatico, fondato sulla legge valida da cui sola deriva la legittimità del potere, ovvero il monopolio legittimo della sua forza. In questa polarità, secondo lui la sociologia del diritto non è riuscita a costruire una propria coerenza teorica, cioè delle basi comuni tra gli approcci interni alla disciplina, e quindi non è stata in grado di produrre “paradigmi fondamentali” (Banakar 1998, p. 5)⁴.

2 Di origine iraniana, come sociologo del diritto Reza Banakar ha fornito un contributo determinante, in primo luogo, nell'ambito della ricerca scandinava. Si è formato all'Università di Lund, dove è tornato nel 2013 assumendo la Cattedra in *Legal Sociology*, dopo un periodo di circa quindici anni tra Oxford e Westminster, alla *School of Law*. Ha lavorato in Svezia sino alla sua scomparsa, nell'agosto del 2020.

3 Su tutti, si veda Hidén, Cottarell, Nelken, Schultz 2023.

4 Come notano Ole Hammerslev e Mikael Rask Madsen, Banakar era anche ben consapevole del fatto che la ricerca è sempre *posizionata*, direbbe Bourdieu, in campi scientifici plasmati da gerarchie di potere e opportunità di finanziamento: “Reza reflected on the significance of these material constraints, arguing that until sociology of law managed to build its own strong theories and methodologies, it would be difficult for it to gain a more powerful and respectable position in the broader academic field” (Hammerslev, Madsen 2023, p. 347).

Nella parte centrale del saggio guardo più da vicino al tema degli strumenti metodologici, facendo particolare riferimento a uno degli ultimi scritti di Banakar. Se la ricerca top down è caratteristica di una scienza, quella giuridica, dal portato interpretativo e non empirico, le tecniche bottom up consentono di approcciarsi a un obiettivo che nella visione dello studioso riveste un particolare interesse, per la sociologia del diritto: mettere a fuoco la normatività del giuridico dal punto di vista dell'esperienza dei soggetti. Si tratta in questa prospettiva di perseguire un raffronto tra norme diverse, che possono stare in relazione dialogica, conflittuale, o possono semplicemente ignorarsi all'interno di un medesimo contesto (si pensi ai casi di cittadini stranieri residenti in uno Stato europeo che adottano in famiglia regole sociali o religiose provenienti solo dalla propria cultura d'origine). La moltiplicazione di queste relazioni tra norme diverse, un tratto che attiene alla tarda modernità globalizzata, suggerisce per Banakar di andare oltre la razionalità moderna del diritto positivo di matrice occidentale.

Ora, in che misura questo *andare oltre* è possibile oppure auspicabile? Un modo per esplorarlo è mettere a fuoco un tema centrale per il diritto moderno: la certezza. Al nodo del rapporto tra certezza e incertezza del diritto, cruciale e inscindibile per Banakar anche rispetto alle questioni di metodo, è allora dedicato il quarto paragrafo. Si tratta di una questione chiaramente troppo ampia per essere esaurita in così poche pagine. Piuttosto, provo a riflettere su questa dialettica introducendo un'ipotesi di ricerca che riguarda l'emersione di una nuova forma di incertezza, che lo sguardo sul diritto della sociologia può forse vedere con particolare profondità d'analisi.

In prima battuta, parlare della certezza come di un tema centrale della razionalità giuridica moderna equivale a dire che nella visione del giurista positivo questa è un principio che dà senso all'intero sistema, mentre l'incertezza è la patologia, "il dato negativo di partenza, il problema da risolvere; così come il disordine è il male a cui porre rimedio" (Bin 2023, p. 253). Dal punto di vista di Banakar, questo rapporto assume però un tratto centrale nella tarda modernità, divenendone anzi l'incertezza per certi aspetti cifra, a causa dell'accelerazione dei mutamenti sociali, tendenzialmente più veloci delle loro traduzioni regolative. L'incertezza non sarebbe quindi solo caos incomprensibile, ma un elemento per certi versi proprio della società globalizzata, in cui è mutata, in parte, l'origine e la tipologia delle norme: dal locale al transnazionale, dall'hard law alla soft law. Lo scopo del sociologo del diritto è allora proprio cogliere questo nuovo senso di disordine (Banakar 2010)⁵.

Tale discorso ci interessa per un duplice motivo. Da un lato, perché riguarda la relazione tra diritto positivo e sociologia del diritto; dall'altro,

⁵ D'altra parte, aggiunge, certezza e incertezza non sono antinomiche, ma "two sides of the same coin insofar as the experience of one presupposes at least the awareness of the other as a pending possibility"; Banakar 2015, p. 12.

perché permette di cogliere elementi che attengono alla evoluzione del diritto. L'incertezza, infatti, può essere una lente di osservazione di processi trasformativi che impattano sulla dimensione attuale del giuridico. Si pensi per fare un esempio al tema del deficit esecutivo dell'Unione europea e della c.d. agencification, che pone anche la questione di leggerne empiricamente funzionamento ed elementi problematici (Chiti 2011).

Dall'altro, credo che dell'incertezza si possa cogliere un aspetto ulteriore, che riguarda non solo il suo oggetto, il diritto, ma anche gli status di particolari soggetti, i cittadini stranieri, in una dinamica in cui la dialettica certo/ incerto, ordine/ disordine si esprime, almeno negli ultimi anni, come instabilità non (solo) delle strutture giuridiche, ma delle situazioni in diritto di determinate categorie di persone.

2. La legge come paradigma, tra diritto positivo e approcci sociologico-giuridici

Il diritto può essere letto essenzialmente in due modi, privilegiando cioè la sua natura tecnica oppure sociale. Il giurista positivo che, nell'immagine tradizionale, si è formato nel solco della razionalità moderna e considera lo Stato come soggetto da cui origina la produzione del diritto, vede quest'ultimo come

una struttura normativa capace di regolamentare se stessa prima ancora di regolamentare la società. Il presupposto logico, apparentemente indiscutibile, è che solo un insieme di norme ordinato in modo coerente al suo interno può riuscire a ordinare in modo coerente un qualunque oggetto posto al suo esterno (Febbrajo 2009, p. 31).

Banakar descrive bene questa postura e le ragioni che la sorreggono, connesse al ruolo *professionale* che ne segna il metodo:

For legal studies, the question is: how can the law work more effectively and uniformly as a normative system which guides individual behaviour and the conduct of private and public institutions, organisations and associations? Legal scholars, especially those who work within mainstream legal studies and conduct what is called doctrinal research, treat the law as “a sealed system which can be studied through methods which are unique to the ‘science of law’” and believe that “legal developments can be interpreted, critiqued and validated by reference to the internal logic of this sealed system” (Banakar 2019, p. 2).

I giuristi di diritto positivo si occupano quindi di porre in ordine i casi concreti, inserendoli all'interno di un complesso di regole e principi normativi che ne strutturano la ratio:

Both doctrinal studies and legal philosophy involve describing the law, although in the case of the former, descriptions of the law are recursive and self-referential, i.e. on law's terms alone and not in relation to extra-legal societal forces and processes (ibidem).

Il sociologo del diritto, invece, interroga il giuridico nella sua dimensione fenomenologica e sociale. Prima di una differenza teorica, si tratta di un differente atteggiamento: la sociologia guarda all'oggetto del diritto indagando la sfera dei comportamenti dei consociati (la dimensione dell'efficacia), oppure lo stesso mondo dei giudici e giuristi di diritto positivo i quali, dall'interno, compiono l'atto ermeneutico con lo scopo preciso di risolvere i conflitti, posizionandosi in un quadro definito di "regole del gioco". Da tale punto di vista, come nota Carlo Pennisi, il giurista positivo non è che non veda la rilevanza sociale e culturale del diritto, ma sa anche che

non sempre è saggio occuparsi di ciò che resta fuori da questa collimazione, almeno professionalmente. Troppi slogan, troppe metafore, riempiono i discorsi del giurista che si allontana dalla responsabilità di *dire* il diritto. Dal *munus* della sua professione non lo hanno sollevato potenti filosofie, non lo solleveranno strumentali sociologismi neppure mascherati da moderne dottrine ad esempio neuro-fisiologiche, cognitive o comunicazionali. Dalla necessità di questa collimazione i sociologi sono liberi, orgogliosamente *dilettanti*. Se consapevoli di non poter dire il diritto, proprio in quanto non chiamati istituzionalmente a decisioni giuridicamente qualificate, divengono recettori di una domanda che solo loro riescono a sentire, e solo alcuni ad ascoltare (Pennisi 2018, p. 7).

Questa impronta culturale del diritto pone quindi il sociologo nella condizione di osservare l'oggetto (il diritto) dal punto di vista del rapporto costruito dai soggetti che quell'oggetto usano, secondo i valori che sono, di volta in volta, perseguiti; si tratta di un rapporto classicamente tradotto in termini di efficacia, nella misura in cui esprime il fatto che una norma giuridica, che impone un certo comportamento, sia obbedita più spesso di quanto non venga disobbedita (Hart 2002). Secondo una diversa prospettiva, più propriamente sociologica, significa capire se sono prodotti gli effetti voluti da chi pone o usa una norma (Ferrari 2004), oppure di mettere in luce se e in che modo essa raggiunga il proprio scopo (Gorecki 1970).

Queste differenti impostazioni ovviamente non implicano che le due discipline, la scienza giuridica e la sociologia del diritto, siano internamente monolitiche. In *The Identity Crisis of a "Stepchild"*, Banakar evidenzia che il

problema per quest'ultima è semmai che la fisiologica diversità di approcci e di visioni sul significato, il ruolo e le conseguenze delle norme giuridiche dal punto di vista sociale non ha prodotto (a differenza della sociologia generale o mainstream) un numero di “fundamental paradigms, which can guide further research and theorising within the field in a systematic fashion” (Banakar 1998, p. 4). In altre parole, il comun denominatore della legge come fatto sociale non si è rivelato capace di gettare basi solide ed equilibrate all'interno della disciplina, sulle quali sviluppare diverse prospettive (o sub-paradigmi)⁶. Perché? Per lo studioso un punto centrale è che il tema delle differenze tra diritto positivo e scienze sociali, quando interno alla sociologia del diritto, assume i toni di un conflitto tra, da una parte, un modello incardinato (o, per lui, confinato) nel legame con un *modus operandi* dei giuristi di professione e una razionalità che riduce la complessità della vita sociale nelle strutture giuridiche; e, dall'altra, un modello che punta generalmente ad ampliare quella complessità, rischiando tuttavia di guardare alle conseguenze sociali del diritto ma non ai fattori extra-legali che sono parte anche del funzionamento di quelle strutture⁷. Per Banakar, che cerca, in questa fase del suo lavoro, coerenza teorica e autonomia della disciplina

Sociology of law is given the difficult (if not impossible) tasks of uniting two fundamentally different images of society: a legal image shaped by formal practice and a sociological image formed through intellectual scientific curiosity. The result is the creation of a socio-legal field of research characterized by a constant tension caused by the two different images of society (Banakar 1998, p. 11).

6 Citando William M. Evan, Banakar individua almeno cinque diverse prospettive: “the first of these is based on a so-called ‘role analysis’ and focuses on behaviour of legal functionaries. The second perspective is that of ‘organizational analysis’, which emphasises the behaviour of the courts, the administrative and the enforcement agencies. The third perspective is called ‘normative analysis’ and concerns the examination of legal norms as they are related to the social and moral values’ of diverse groups in society. The fourth perspective is based on a systems theoretical approach, and has received its original inspiration from Talcott Parsons. This is why Evan names it ‘institutional analysis’. This perspective illuminates the tasks (such as conflict resolution) that the law must perform in order to harmonize social relations. Finally, the fifth perspective is called ‘methodological analysis’, and refers to the occasional attempts by certain lawyers to apply sociological techniques for collecting data in support of legal analysis” (Banakar 1998, p. 6).

7 “The ‘juristic’ approach (which has times been labelled ‘sociological jurisprudence’, ‘legal sociology’ or ‘socio-legal studies’ in order to distinguish it from mainstream sociological studies of law) is based on the lawyer’s ‘internal’ view of law and legal institutions. The paradigm is not committed to developing social theory or to conducting systematic examination of social life” (Banakar 1998, p. 6).

Per superare questo stato di cose, la sociologia del diritto dovrebbe coniugare le prospettive interna ed esterna, che sono autonome ma anche porose e non monolitiche:

the question is whether sociology is able to climb out of its own skin and get inside the law to understand and explain the law's "truth", namely, the motives and meanings of legal phenomena from within (Banakar 2000, p. 274)⁸.

Quello che si può evidenziare qui è che Banakar assume un punto di vista sociologico⁹. Tale punto di vista si può leggere, mi pare, soprattutto nel considerare l'operazione di riduzione della complessità sociale in strutture giuridiche precodificate come un nodo da sciogliere per "liberare" la sociologia del diritto dai confini impermeabili della scienza giuridica. Invece, quello che una prospettiva giuridica riesce a cogliere è che attraverso quella stessa riduzione il diritto fonda i presupposti di validità della sfera del decidere e anche di garanzia di tutela rispetto ai valori che potenzialmente intacca (si pensi al valore della libertà personale e al ruolo cruciale della dogmatica del fatto nella decisione giudiziaria, in ambito penale). In questo quadro, la sociologia del diritto mette a fuoco gli orientamenti culturali che (*pre*) *fondano* una decisione giuridica, incidendo, anche, sulla tutela effettiva di quei valori. Infatti,

la rilevanza sociologica dell'attributo giuridico di una prescrizione, di un ruolo, di una decisione, rimane sempre relativa sia al contesto empirico generale in cui essa costituisce una (pre)selezione di significati in cui l'attore iscrive la propria condotta (la struttura giuridico-politica), sia condizionata, nelle proprie conseguenze empiriche, dal modo in cui l'attore prende posizione nei suoi confronti (non succede niente, gli altri si aspettano quel comportamento, ne ho delle conseguenze negative, costose o ingiuste) (De Felice 2022, p. 153-154).

8 A questo appello, per così dire, all'unità paradigmatica, Mathiesen oppone l'utilità di una certa "paradigmatic homelessness", in prospettiva di una più ampia libertà accademica. Hydén, invece, nel citare lo stesso Mathiesen sottolinea che l'obiettivo della sociologia del diritto non può essere quello di sostituire i paradigmi scientifici con nuovi paradigmi strettamente socio-giuridici. Al contrario, auspica la creazione di un sistema tematico o un oggetto d'indagine comune, individuato nella scienza delle norme; Hydén 2023. Come detto, anche Banakar avrebbe rivisto la sua posizione. Nota ad esempio Pierre Guibentif che in *Normativity in Legal Sociology* del 2015 lo studioso evidenzia il ruolo cruciale di "gatekeeper" della sociologia del diritto verso le due discipline affini della scienza giuridica e della sociologia generale; Guibentif 2023, p. 219.

9 Lo dichiara lui stesso in un'intervista del 2018. Avrebbe riletto e ampliato questo punto di vista soprattutto negli anni trascorsi alla *School of Law* dell'Università di Westminster. L'intervista, con Håkan Hydén, è reperibile qui: https://www.youtube.com/watch?v=i1W6n-7o01k&ab_channel=SociologyofLaw.

In tal senso, la sociologia del diritto può scoprire la “dimensione plurima” della norma *dentro* il diritto positivo, andando però oltre il problema professionale del decidere¹⁰. Quest’ultimo può afferire a un fatto che necessita dell’intervento del diritto. Dal punto di vista sociologico si tratterebbe invece di capire, anche metodologicamente, come indagare tale dimensione “prefondativa” della decisione¹¹.

3. Materiali concettuali per una post-metodologia

Quella che ho chiamato dimensione plurima delle norme assume, sotto un diverso aspetto, particolare importanza nella tarda modernità, in ragione dei processi di globalizzazione e della inclusione nel diritto di nuovi soggetti che rimodellano i paesaggi politici, determinando uno stato di progressiva incertezza (Banakar 2015). Nell’epoca contemporanea, nota Gunter Teubner che il “collasso delle gerarchie giuridiche” si manifesta in una privatizzazione di spazi di sovranità che riducono il campo dei poteri pubblici, attraverso una fitta rete di forze transnazionali (2005). Nella prospettiva di Banakar, l’incertezza normativa e culturale dovuta a tali trasformazioni non è un accidente, ma una condizione intrinseca delle società che deriva dal carattere globalizzato e dai processi di digitalizzazione (2011).

La contemporaneità è attraversata da vari esempi in cui la dialettica tra certezza e incertezza, potrei dire, si dilata. Pensiamo al rapporto tra il diritto e la pluralità delle comunità migranti, nuovi “cittadini sostanziali” che indipendentemente da uno status formale di appartenenza alle comunità dei paesi ospitanti rivendicano il loro *esserci*, contribuendo a (ri)configurare la cittadinanza come spazio di conflitto (Mezzadra 2005) ed evidenziando “l’inadeguatezza dei vecchi concetti di cittadinanza e sovranità” (de Lucas, Añon 2013, p. 217). Oppure pensiamo ai processi di destrutturazione della famiglia tradizionale e al superamento del cosiddetto orientamento binario,

10 Come può essere ad esempio quello di un giudice. Il concetto polisemico di decisione richiederebbe un altro spazio di approfondimento. In prospettiva definitoria, mi limito ad evidenziare che la decisione: “è adottata da un soggetto o perché dotato di una apposita competenza (la polizia locale che eleva una sanzione per divieto di sosta) o perché si tratta di un decisore istituzionale (il parlamento), o di un soggetto che ricopre un determinato *ruolo* all’interno di una organizzazione (l’amministratore delegato di una azienda)”; Raiteri 2022, p. 116.

11 Per Luhmann, ad esempio, si dovrebbe passare da un tipo di astrazione qualitativo-categoriale ad una sistemico-funzionale. A proposito dei diritti fondamentali come istituzioni egli scrive: “Mentre la dogmatica si circonda di pochi e vaghi concetti-guida, come quelli di libertà e uguaglianza, e trova la sua coerenza nel percepire tutti i singoli diritti fondamentali come varianti di questi temi centrali, l’analisi sociologica, da noi proposta, prende le mosse dalla caratteristica strutturale più importante del nostro ordine sociale: la differenziazione”; Luhmann 2002, p. 275.

intesa quella ontologica indefinibilità del corpo da cui deriva anche la difficoltà del rapporto tra questo, il riconoscimento giuridico e l'azione sociale (Simone 2023). O ancora, infine, pensiamo al primato delle leggi soft e flessibili del global market, con una progressiva dilatazione dei modelli economici su quelli politici (Scamardella 2013)¹². Tutti questi diversi processi accadono con una velocità sconosciuta nella modernità. La parziale liquefazione delle strutture della società industriale, l'intensificarsi degli scambi economici mondiali, dei network imprenditoriali oltre lo spazio dello Stato hanno inoltre provocato cambiamenti ideologici e sociali non solo rapidi, ma anche radicali, mettendo in dubbio la fattibilità delle politiche di welfare e ridefinendo quindi anche su questo piano il rapporto tra legge, Stato e società. Come dimostra Sergio Marotta, tale processo incominciato negli anni Settanta del Novecento di smantellamento del welfare e progressiva espansione dell'economia di mercato genera oggi dislivelli esponenziali di ricchezza a livello globale, alimentando diseguaglianze e nuove crisi nel quadro di un vero e proprio cedimento delle ragioni del diritto su quelle dell'economia (Marotta 2022)¹³.

Questi mutamenti sociali sono significativi anche da un punto di vista metodologico. Nei primi anni Duemila, John Law auspicava per le scienze sociali che si arrivasse a un *After method*, una sorta di post-metodologia, si potrebbe dire, per contesti sociali dinamici, mutevoli, precari:

I want to argue that while standard methods are often extremely good at what they do, they are badly adapted to the study of the ephemeral, the indefinite and the irregular. As I have just suggested, this implies that the problem is not so much the standard research methods themselves, but the normativities that are attached to them in discourses about method (Law 2004, p. 4).

Secondo Law se diamo per presupposto che la realtà sia effimera, indefinita, irregolare, allora dobbiamo considerare che anche i metodi hanno

12 Ci sono molti altri esempi possibili. Non a caso, nota Ferrari, Teubner nel descrivere il panorama del diritto contemporaneo ha usato l'espressione "Global Bukowina". Tuttavia, "si tratta di un pluralismo giuridico ben diverso da quello, pur variegato, descritto da Ehrlich. Non si tratta infatti solo di sistemi semi-autonomi inclusi in un più vasto sistema giuridico, o di sistemi giuridici distinti che si contrappongono, o di prestiti settoriali dell'uno all'altro, o di 'diritto vivente', che lo stato accoglie o respinge, ma dell'inserimento di ogni soggetto in una complessa rete di regole, ora imposte d'autorità ora liberamente scelte"; Ferrari 2012, p. 275-276.

13 In questo senso: "Only if ideologies, which intend to consider inequality as a social fact that cannot be eliminated, like a physiological fruit of social action, are not supported, will it be possible to restore meaning and function to law and, consequently, to the activity of jurists"; Marotta, 2022, p. 18.

bisogno di reinventarsi per affrontare il disordine: “That is the challenge. Nothing less will do” (ivi, p. 1)¹⁴.

Questo disordine riguarda dunque anche l’ambito del diritto, perché le relazioni istituzionali e strutturali che sostengono e mediano le misure giuridiche e politiche mutano più velocemente di quanto non occorra per consolidare norme e valori (Banakar 2011). Come può allora il diritto uscire da quest’impasse, affrontando le nuove sfide della società? Per Banakar ci sono diversi livelli di analisi. In primo luogo, occorre prendere coscienza del fatto che se i confini fisici e culturali classici dello spazio geopolitico moderno sono attraversati da nuove relazioni e ibridazioni, allora anche il campo d’analisi della sociologia del diritto deve guardare oltre l’Europa e il Nord America, senza rimanere invischiata dentro ai bordi del suo background originario. Infatti, questa matrice intellettuale secondo lui rischia di non riuscire, da sola, a interrogare la società contemporanea, sullo sfondo di processi ampi come la trasformazione dello Stato, la crescente ibridazione culturale, la diversificazione sociale, l’aumento dell’incertezza. Va riconosciuta, al contrario, la compresenza in Europa di sistemi giuridici non occidentali, molti dei quali sono profondamente consapevoli della propria composizione pluralistica (Banakar 2011). Inoltre, l’espansione del multiculturalismo impone di prestare attenzione alle diverse pratiche religiose nelle società dell’Europa occidentale, alcune delle quali considerate illegittime dal diritto positivo. In tal senso, come nota William Twining: “law and legality should be perceived and conceptualized comparatively to account for the interactions between different legal traditions and cultures” (Twining 2000, p. 255, citato in Banakar 2011). In questa prospettiva il sociologo del diritto, per affrontare efficacemente le sfide della società globalizzata, ha bisogno di uno spazio di analisi in cui riconoscere l’orientamento dato dalle proprie origini epistemologiche sulle pratiche che osserva, senza reificare il diritto e la legalità occidentali, ma rimanendo aperto alle diverse culture e tradizioni giuridiche e ai cambiamenti che interessano la modernità e le sue strutture.

Anche qui, il ragionamento di Banakar sembra assumere un approccio tendenzialmente sociologico, ponendosi dal punto di vista dell’esperienza dei soggetti, di quale sia la loro percezione della giustizia e quali le norme che orientano le loro relazioni. Con questo si spiega del resto anche la perplessità che Banakar nutre verso la “gap theory”, una prospettiva utile secondo lui a una socio-legal research *policy oriented*, legata storicamente al Welfare State, ma che non ha generato alcuna rottura rispetto a una idea del diritto “in books” ancora incardinata nella razionalità moderna occidentale. Dal mio punto di vista è vero che, come lui scrive, il gap non è necessariamente causato dalla debolezza della norma, ma può anche essere il risultato del modo

14 Nella prospettiva di Banakar: “This messiness forces us to reconsider our initial assumptions about existing stable regularities and to rethink how behaviour is formed and changed in highly fluid social contexts” (Banakar 2019, p. 13).

in cui il sistema giuridico costruisce o ricostruisce le relazioni sociali al suo interno¹⁵; il campo del diritto dell'immigrazione è in tal senso emblematico, come si vedrà. Tuttavia, proprio il tema del rapporto tra diritto e nuove sfide sociali ci permette di osservare che così come la razionalità moderna è posta in crisi nella globalizzazione da nuovi confini della normatività, allo stesso modo anche l'immagine sedimentata del giurista positivo occidentale, che crede ciecamente nella validità della legge e vede nello Stato la fonte unica del diritto, può risultare superata.

3.1. Top down e bottom up: orientarsi nella complessità

Un secondo livello di analisi che Banakar propone per affrontare le sfide poste alla sociologia del diritto sta nel riconoscere che, per una comprensione profonda della dimensione del giuridico, c'è necessità dell'integrazione tra conoscenze legali e sociologiche.

Sociological accounts of how law works as an institution can provide legal practice with insight into law's social processes, while methods of the social sciences can help jurisprudence to examine if its concepts and frameworks are grounded in the reality of law or need to be modified or disregarded (Banakar 2009, p. 70).

Chi frequenta il diritto nelle aule di tribunale, nelle questure o nelle prefetture, sa bene come il sistema giuridico viva radicato in diversificate relazioni e prassi e anche “on a tacit know-how about the social relationships and processes which produce and reproduce legal institutions” (ibidem), in grado di generare effetti concreti sui destinatari.

Si è accennato che dal punto di vista degli strumenti, la ricerca sociologico-giuridica combina il metodo tipicamente top down del diritto con quello bottom up, più usato nelle scienze sociali. In *On socio legal design*, pubblicato in creative commons con l'Università di Lund nel 2019, Banakar propone una disamina specifica di questi due approcci interagenti. L'approccio top down parte dalle norme e dall'interpretazione giuridica legata a un caso studio, per poi ricostruire la sua collocazione all'interno del sistema di riferimento. L'uso del concetto di diritto parte quindi dal sistema giuridico.

15 “For example, we need to consider that the gap is not necessarily caused by the weakness of the law, but might be an outcome of the way the legal system understands and reconstructs social relations internally. Perhaps we need to ask how the law as a system of discourse recreates images of social relationships which it tries to regulate [...]. In short, studies of the gap can and will continue within sociology of law, but those who design them should remember that they need to transcend the standard socio-legal explanations for its existence by seeking new and imaginative theoretical insights. Otherwise, they will be reproducing the wheel”; Banakar 2019, p. 16.

La ricerca bottom up, invece, indirizza verso la comprensione di come i consociati percepiscono l'esperienza del diritto, di come utilizzano questa comprensione per conformare le loro relazioni sociali e le attività collettive, di quali norme riconoscono nella realtà delle loro organizzazioni. L'autore definisce questi strumenti in un senso ideale o idealtipico:

Ideal types are “exaggerated or one-sided descriptions that emphasise particular aspects of what is obviously a richer and more complicated reality, but whose very unreality aids us in disentangling the different elements that existing practices and institutions invariably contain” (Kronman, citato in Banakar 2019, p. 4).

Il sociologo del diritto può quindi scegliere se procedere dal diritto e dal sistema legale, esaminandone l'impatto sulle condizioni sociali e valutando il successo o il fallimento regolatorio della legge nel modificare i modelli di comportamento (top down); oppure focalizzarsi sul processo creativo che accompagna la definizione di regole condivise all'interno di un certo ecosistema sociale, più o meno indipendentemente dall'interazione con le norme formali e le istituzioni (bottom up). La scelta può consistere in un caso studio significativo, in cui i nodi sono gli elementi di un discorso potenzialmente più ampio. Sul caso studio si innesta un approfondimento delle norme di settore, dei conflitti o dell'impatto sui soggetti. Il caso studio identifica quindi l'oggetto dello studio stesso o uno tra essi¹⁶.

Nella prospettiva di Banakar possiamo poi distinguere tre tipi ideali di ricerca giuridica: normativa, descrittiva ed esplicativa. La ricerca normativa si occupa del *dover essere*, utilizzando standard valutativi di tipo valoriale¹⁷ o in alternativa indagando ciò che dovrebbe compiersi in una data situazione. La ricerca normativa è condotta tipicamente con approccio top down, partendo da norme o decisioni giurisprudenziali. La ricerca descrittiva, invece, raccoglie e presenta fatti rilevanti per il diritto, sia lavorando con approccio top down, sia bottom up, in un campo di indagine che può ricomprendere fenomeni sociali o aspetti procedurali. La ricerca giuridica esplicativa, infine, si concentra sull'esplorazione delle relazioni causali tra i fattori chiave di un problema o tenta una comprensione più profonda dei meccanismi

16 “The aim of legal knowledge then is ‘doing things’ with law, and sociological knowledge is engaged in connecting law to wider social processes. Banakar proposed considering these two approaches, rather than as contrasts, but as valid descriptions of how the law manifests itself at different levels of social reality that are not mutually exclusive and that share the problem of social order and conformity, albeit conceptualised in different ways”; Pennisi 2023, p. 281.

17 “It uses evaluative standards to establish if a development, an event or a conduct is good or bad”; Banakar 2019, p. 7.

alla base degli sviluppi sociali¹⁸; un metodo che mi pare affine in particolare a quello della “procedural justice”. Nel campo degli studi sulle polizie, ad esempio, la procedural justice affronta il tema di come garantire l'ordine sociale nelle democrazie senza far leva sulla paura del potere, suggerendo che una maniera alternativa all'approccio punitivo è trattare le persone “in modo corretto e con rispetto”. Così infatti queste “percepiscono la legge e le autorità come più legittime e più degne di essere seguite” (Cornelli 2015, p. 236). Ricerche di tale tipo creano un passaggio circolare “dall'alto verso il basso”, relativo al come le norme influenzano il comportamento dei destinatari e “dal basso verso l'alto”, relativo alle opinioni dei soggetti sulla legittimità e moralità delle stesse (Murphy, Tayler, Curtis 2009). È una impostazione che sembra ricordare, per alcuni limitati aspetti, anche quella hartiana, la quale mette in luce l'importanza della diffusione di un punto di vista interno tra i consociati¹⁹.

Non è possibile approfondire ora gli strumenti attraverso i quali si potrebbe valorizzare un simile passaggio circolare, per cui mi limito a suggerire

18 “Descriptive research often starts by asking *what* or *how* things are – it collects and presents relevant “facts” either working top-down or bottom-up – thus describing social phenomena, events and processes. Explanatory research, on the other hand, begins by asking *why* things are as they are, thus exploring *causal* relationships between the key factors of a research problem or seeking a deeper understanding of the underlying mechanisms of social developments”; *ivi* p. 8.

19 Herbert Hart distingue il punto di vista interno da quello esterno. Il secondo è quello di un osservatore dell'ordinamento giuridico, che lo giudica guardando al comportamento dei consociati, funzionari e operatori del diritto. L'osservanza o meno delle norme appare in questo caso come un fatto, la cui rilevazione è fenomenologica. Come ha scritto Alfonso Catania: “muovendo da uno sguardo sociologico, infatti, Hart considera la società dal punto di osservazione esterno di chi notando una serie di atteggiamenti e di comportamenti conformi, avanza l'ipotesi di una pressione sociale sui consociati tale che il modello di quei comportamenti non sia solitamente subito repressivamente imposto, ma assunto come proprio, interiorizzato. L'osservatore così ipotizza l'esistenza di un punto di vista interno che è il punto di vista di chi si conforma alle norme facendone il proprio modello di comportamento ed eventualmente – questo è l'aspetto innovativo del modello, aspetto che peraltro si tiene con quello dell'interiorizzazione – usa le norme per raggiungere i propri scopi, manifestandosi come soggetto attivo del diritto” (2013, p. 118). Il punto di vista interno, nell'originale interpretazione hartiana, guarda al livello di condivisione, *rectius* interiorizzazione, delle norme da parte dei consociati, allo scopo di postulare come architrave dell'ordinamento una norma secondaria di riconoscimento, accettata e usata per l'individuazione delle norme primarie che impongono obblighi. Questa critica, per molti versi ancora interna al modello positivista kelseniano, pone il corollario di individuare nella diffusione del punto di vista interno uno dei parametri che segnano la qualità democratica di una società: più la conformazione alle regole e la loro efficacia non sarà frutto di una coercizione esterna, ovvero della sua minaccia, ma di una condivisione e riconoscimento da parte dei consociati, allora maggiore sarà lo stato di salute della società. Una visione che, da buon positivista, Hart non idealizza, consapevole che la necessità di un punto di vista interno e della relativa norma di riconoscimento riguarderebbe, in un caso limite, anche soltanto i funzionari e operatori degli apparati dello Stato che quelle norme impongono e controllano.

che un'ipotesi è constatare che la spinta alla valorizzazione di un ruolo non meramente passivo dei consociati ha diverse declinazioni, come mostra l'esempio dei beni comuni. Qui, sono gli stessi destinatari delle norme che ne implementano la definizione, nel quadro di processi di normazione partecipata che in taluni casi sono riconosciuti dall'ordinamento, anche grazie ad un approccio definito di "legal hacking" (Micciarelli 2022).

In definitiva, per Banakar gli strumenti della ricerca sociologico-giuridica sono plurali, prendendo in prestito ora quelli tradizionali della sociologia, qualitativi e quantitativi, ora quelli interpretativi del diritto, ma anche quelli della psicologia e della teoria politica. Qui si vede il suo cambio di passo rispetto agli studi di fine anni Novanta. La sociologia del diritto è una disciplina (o una "non disciplina", parafrasando Cottarell 2006) eterodossa, dalla vocazione interdisciplinare, in cui l'intrinseca relatività dei concetti applicati alle rapide innovazioni sociali della società globale contemporanea si incontra con la pluralità dei criteri.

4. L'incertezza nella tarda modernità, tra diritto e diritti dei non cittadini

Nel volume *Normativity and Legal Sociology*, Banakar traccia il legame tra metodologia e piano concettuale:

"Methodology" captures the interaction between theoretical assumptions and methods (or techniques) of research. Expressed differently, methods of inquiry are always founded on certain epistemological assumptions about social reality. [...] By reflecting on socio-legal methodology we can tease out some of the conflicting epistemological assumptions and social-theoretical suppositions about the study of law, which are otherwise taken for granted (Banakar 2015, p. 5)²⁰.

Nella sua prospettiva, dunque, riflettere sulla metodologia consente di ragionare su assunti dati per acclarati nei dibattiti accademici più consolidati, relativizzandoli sul piano storico. Questa postura aperta e antidogmatica è necessaria per produrre una visione empiricamente valida e teoricamente solida delle forme del diritto ancorate alle rapide trasformazioni sociali della globalizzazione.

20 Sulla relazione tra i vari metodi di ricerca impiegati nei socio-legal studies e le differenti tradizioni teoriche della sociologia cfr. anche Banakar, Travers 2005. Le posizioni epistemologiche del positivismo, interpretativismo e realismo critico non solo determinano come le ricerche sono condotte e concettualizzate, ma anche come i dati ottenuti sono usati e interpretati.

Possiamo applicare questo ragionamento al tema della certezza del diritto. Questa è un principio cardine del diritto moderno, finalizzando in buona parte le ricerche all'analisi e alla sistematizzazione di meccanismi che valorizzano sicurezza e stabilità nelle relazioni sociali. Per Banakar, gli studi sulla validità del diritto promuovono soprattutto l'idea che seguire una certa procedura produca certezza. Il concetto stesso di razionalità moderna ha questo valore (Banakar 2015). Paolo Grossi sottolinea che ciò che siamo soliti chiamare certezza del diritto

è una “verità” che ci proviene dal seno profondo della modernità giuridica, una verità a cui parecchie generazioni di giuristi – dagli adepti settecenteschi del credo illuministico ai sacerdoti otto/novecenteschi del culto della legge – hanno convintamente creduto, tanto da proporla come una acme di civiltà giuridica, ineguagliabile e pertanto insopprimibile (Grossi 2014, p. 1).

L'apologia di una volontà legislativa costante, generale, dunque certa ed in sé etica, quell'assillo per la legalità o “legalismo compattissimo dimentico anche di quelle leggi fasciste del '38 [...] di indole razzistica” (ivi, p. 2), si ritrova in parte nella modernità costituzionale. Qui, l'obiettivo di certezza, come prevedibilità del risultato, passa *in primis* attraverso la costruzione formale di una soglia netta tra volontà politica e norma giuridica e quindi dalla chiusura del sistema delle fonti, come un principio che può essere sì violato, ma mai negato (Bin 2023). In questo quadro il diritto moderno è dunque certo. Tuttavia, come nota Domenico Tosini, su di esso è sempre possibile decidere (2009). Tale possibilità è quindi anche una dichiarazione di *incertezza*, nel senso della caratteristica rivedibilità ad esempio della decisione giudiziaria. È allora certo, si può dire, non l'esito, ma le “regole del gioco”. La logica si coglie d'altra parte guardando alla storia dell'evoluzione del diritto positivo, alla preoccupazione di porre un argine all'arbitrio sovrano e ai personalismi dell'ancien regime, riconoscendo il soggetto giuridico astratto quale titolare di diritti, alcuni dei quali fondamentali, cioè norme massimamente vincolanti tali da garantire stabilità (Luhmann 2002). L'ambivalenza e il nodo problematico stanno allora piuttosto nel rischio di mantenere intatta una dimensione mitica del concetto di certezza, impedendo o minimizzando gli studi critici che mettono a fuoco l'ambiguità del rapporto tra norma, soggetti e potere.

Si tratta come è chiaro di una questione complessa e trasversale, che deriva forse anche da quella postura sul diritto connessa al ruolo, cioè alla funzione di decisione di cui soprattutto i giuristi pratici sentono la responsabilità. D'altra parte, paradossalmente sono proprio i giuristi pratici ad essere potenzialmente più consapevoli di quelle prassi, micro poteri e relazioni che nelle aule dei tribunali o negli uffici delle questure orientano l'esperienza del diritto talvolta più di quanto non facciano le norme giuridiche. Come

lo stesso Kelsen in fondo ammetteva, queste sono interpretate dai giudici o implementate dagli apparati burocratici, il che comporta un margine di creatività e anche di potenziale abuso, non sempre rimediabile tal quale attraverso i ricorsi giudiziari²¹. Allora forse se nell'ambito di quello che Grossi chiama costituzionalismo pos-moderno, intendiamo il diritto non più solo come insieme di comandi, ma come "prescrizioni giuste" radicate nella dimensione storica, lo studio del giuridico necessita di approdi empirici, essenziali per disvelare i processi culturali che agiscono sull'uso (o l'abuso) delle norme. Infatti, "the mode of thought known as legal reasoning is not necessarily purely legal in constitution" (Banakar 1998, p. 13). Questo per Banakar rivela una tra le caratteristiche che ritiene più importanti del sistema giuridico: il diritto importa alle sue condizioni, nel dominio del ragionamento giuridico, diverse idee extragiuridiche, che vengono poi trasformate in codici e applicate per riprodurre la realtà nel diritto. Ciò che non muta nel ragionamento giuridico è l'atto del circoscrivere e definire le questioni in termini normativi; si pensi per esempio alla inclusione ed esclusione di certe circostanze nel rapporto di causa-effetto. La sociologia del diritto indaga in questo senso le ragioni (extragiuridiche) di questo processo di inclusione ed esclusione.

Ho accennato al fatto che nella prospettiva di Banakar se ci lasciamo alle spalle le condizioni sociali stabili e durature della modernità, plasmate dalle relazioni industriali, e ci spostiamo verso la tarda modernità, caratterizzata dalle implicazioni socioculturali della globalizzazione e della diffusione delle tecnologie digitali, ci accorgiamo di come il cambiamento costante diventi paradossalmente "the only empirical consistent property of society" (Banakar 2015, p. 3). Questo è il punto cruciale che sfida l'indagine socio-giuridica. Trattando della crescente incertezza in relazione alle conseguenze sociali e culturali della globalizzazione e delle forze transnazionali, che ridisegnano gli spazi politici e giuridici, Banakar ipotizza che due eventi in particolare convergano nel realizzarla. A livello micro, gli attori sociali tendono a voler destrutturare le istituzioni tradizionali, riflettendo sulle implicazioni giuridiche e sui limiti loro imposti da queste ultime. A livello macro, l'incertezza aumenta perché i processi decisionali e la normatività si sono spostati dal locale al transnazionale e quindi sono più difficili da controllare (Hydén 2023, p. 15). Tuttavia, il tema dell'incertezza, aggiunge Banakar, resta sovente escluso dagli scopi delle indagini ed analisi accademiche. Il suo tentativo è quindi dimostrare come le forme del diritto, della cultura e della religione interagiscano quali parte di un discorso pubblico collegato alla dimensione ideologica e agli obiettivi politici di un certo tem-

21 Si pensi all'ampio tema delle prassi illegittime dell'autorità di polizia nei confronti dei richiedenti protezione internazionale. Ragiono più ampiamente su questi aspetti, sul tema dell'incertezza degli status e sulla costruzione di uno spazio che nel rapporto tra autorità e persone straniere è forse definibile "infralegale" in D'Andrea, in corso di pubblicazione.

po storico. Così, anche la qualità attribuita di razionalità è tale solo all'interno di un modello definito (il positivismo giuridico), per il quale è irrazionale ciò che è altro da sé; fuori dai parametri che costituiscono il setting nel quale si realizza quel discorso - cioè nell'immagine del diritto come insieme di frammenti normativi, fattuali, sociali, culturali, morali, regolatori, simbolici - c'è contraddizione. Tuttavia nessun pensiero, aggiunge, neanche quello che si crede logico, è escluso dalla contraddizione, perché pensieri e azioni contengono insieme elementi razionali ed irrazionali, rivelando, come nel processo a Josef K., la natura straordinaria dell'ordinario (Banakar, 2015). Lo stesso Kafka vive personalmente di «double thoughts» (ivi, p. 111), nella doppia veste di giurista che maneggia le norme (da dottore in giurisprudenza) e narratore in lotta con le tendenze riduzionistiche del diritto, la sua artificiosità, i limiti concettuali, la negazione della soggettività e infine il terrore dell'arbitrio.

In effetti, il diritto non si staglia sulla materia informe di un corpo sociale che aspetta di essere modellato da un legislatore mitico. Come nota Vittorio Frosini

L'equivoco, per cui l'ordinamento viene considerato come il portatore e il garante dell'ordine complessivo nella vita comunitaria è derivato dal considerare l'ordinamento come operante il rispecchiamento e l'identificazione dell'ordine delle norme giuridiche sull'ordine dei fatti sociali (Frosini 1979, p. 18-19).

Tali riflessioni, contenute in un breve saggio dal titolo *Ordine e disordine nel diritto*, mi sembra risuonino tanto più profondamente nella tarda modernità, soprattutto aggiungendo che il disordine

non può essere definito soltanto come assenza o mancanza di un ordine, ovvero come la sua negazione, il suo rovescio; esso può risultare anche da una ridondanza di ordine, che si verifica quando vi sono più ordini accumulati nello stesso insieme di dati (ivi, p. 20)²².

Una delle caratteristiche della tarda modernità è infatti la moltiplicazione di ordini. Si pensi all'ampio tema della governance multi-livello, ma anche alla coesistenza di ordini normativi diversi nello spazio delle città, in cui risiedono comunità multietniche e multiculturali; proprio qui la forma moderna dell'appartenenza giuridica, ovvero la cittadinanza, mostra le sue crepe davanti a queste nuove soggettività che rivendicano *presenza*, in una situazione di precarietà giuridica (ed esistenziale) dettata dalla continua ri-

22 Come Grossi rispetto all'incertezza, anche Frosini caratterizza in modo non negativo il disordine nel diritto: "Oggi è necessario accogliere una definizione positiva del disordine, in quanto esso si presenta come la permanente possibilità di nuovi ordini, la loro matrice" (Frosini 1979, p. 20).

vedibilità e revocabilità dei titoli di soggiorno, dalla inadeguatezza dello *ius sanguinis*²³, fino alle ipotesi di revoca della cittadinanza italiana con l'introduzione del c.d. decreto sicurezza, n. 113 del 2018 (Viola, 2021). In tale quadro, il nodo della dialettica tra certo/incerto, ordine/disordine ha a che fare con una molteplicità di attori diseguali (in quanto non cittadini) che scontano nella tarda modernità una progressiva precarizzazione della loro già instabile condizione giuridica; si pensi ancora alle difficoltà a districarsi tra le continue riforme (e i suoi effetti) che hanno interessato il permesso di soggiorno per protezione speciale, in pochi anni²⁴. Lo sguardo del sociologo del diritto può cogliere questo tipo di “incertezza dei soggetti”, osservando sul campo il rapporto tra autorità e consociati e trattando la questione dell'efficacia dei diritti; infine, può contribuire a visibilizzare squilibri e disuguaglianze²⁵.

Il campo dell'immigrazione è allora un esempio che si potrebbe dire emblematico della relazione porosa (e problematica) tra certezza e incertezza. Infatti, l'ambito giuridico in questo settore è caratterizzato negli ultimi anni da una crescente instabilità, non solo per via della ipertrofia legislativa (soprattutto nella materia del diritto d'asilo), ma anche dal punto di vista degli effetti generati da un'interpretazione delle norme molto rigorosa in senso restrittivo, da parte delle autorità amministrative e di polizia²⁶. Tale condizione dà origine talvolta a vere e proprie prassi illegittime e “spazi ambigui” di legalità individuabili ad esempio nel solco delle carenze organizzative, del personale, delle risorse economiche. Una situazione sempre mutevole, che alimenta forme di irregolarità involontaria in persone anche vulnerabili, che avrebbero diritto al riconoscimento di una tutela giuridica²⁷.

23 La letteratura sulla cittadinanza è ampia e trasversale. Cfr. tra altri, Benhabib 2004; Mezzadra 2005; Azzariti 2011; Ferrajoli 2015.

24 La protezione internazionale è stato oggetto di quattro principali riforme a partire dal 2017 (decreto legge n. 13/2017, che ha peraltro modificato il processo di primo grado e abrogato il secondo grado di giudizio). L'ultimo decreto legge, n. 20/2023, ha modificato nuovamente la disciplina del permesso di soggiorno per protezione speciale, dopo l'abrogazione della protezione umanitaria nel 2018 (c.d. decreto legge Salvini, n. 113/2018) e la sua parziale reintroduzione nel decreto legge n. 130/2020.

25 Quest'ultimo è uno sguardo “situato” “all'interno di uno spazio sociale che è socialmente costruito e dunque “politico”, in quanto storicamente dato e irriducibilmente altro da quello “naturale””; De Nardis, Petrillo, Simone 2023, p.11.

26 Questo aspetto pone anche in luce l'importanza del tema dell'accountability delle forze di polizia; cfr. Campesi 2024.

27 Del resto, “l'area degli effetti del diritto è quasi sempre più ampia di quella dell'efficacia, e coincide col più vasto concetto sociologico di *impatto* del diritto, che indica l'insieme dei comportamenti e degli eventi che possono essere messi in relazione diretta o indiretta con la normativa di cui si tratta” (Mantovan 2022, p. 87).

5. Conclusioni

L'ampio e inesauribile dibattito sulla relazione tra trasformazioni sociali ed evoluzione del diritto, sul rapporto tra tecnica e agire sociale e tra scienza giuridica e sociologia del diritto sono stati la premessa essenziale per cogliere alcuni nodi interni a quest'ultima disciplina, a partire dagli studi di Reza Banakar. Il discorso sulla dialettica tra certezza e incertezza del diritto ha direzionato quindi lo sguardo verso le dinamiche e le sfide della contemporaneità, in cui mi pare si sviluppino nuove e problematiche forme di incertezza, come quelli che attengono agli status delle persone straniere.

Nella prospettiva di Banakar, le conseguenze socio-culturali della globalizzazione erodono i confini tradizionali delle norme e dei sistemi giuridici, ibridando le culture giuridiche e creando nuove condizioni di regolamentazione (2011); la matrice intellettuale del positivismo giuridico in Europa e Nord America diviene quindi uno strumento solo parziale di comprensione di una società alla prese con la post-industrializzazione, sullo sfondo di processi complessi come la trasformazione dello Stato, la crescente ibridazione con culture non occidentali, la diversificazione sociale e l'aumento dell'incertezza.

Dal punto di vista metodologico lo studioso, pur ragionando sia sull'approccio top down della ricerca, sia sull'interazione tra questo e l'approccio bottom up, appare prediligere il secondo, guardando soprattutto all'esperienza fattuale del diritto da parte dei consociati. L'approccio bottom up, tipicamente sociologico, implica peraltro per il ricercatore lo sviluppo di conoscenze e competenze specifiche, nonché metodologie idonee anche a prevedere nodi meno "visibili", come ad esempio i meccanismi socio-psicologici e di potere che si creano tra intervistatore e intervistato (Phatshwane 2024). Questi ed altri elementi possono sfuggire al sociologo del diritto che proviene da una formazione giuridica, generando difficoltà o al limite una vera e propria "methodological anxiety syndrome" (Halliday, Schmidt 2009, p. 2).

Per altro verso, il sociologo del diritto con formazione giuridica sa bene quanto l'analisi delle norme e dei documenti autoritativi, circolari amministrative, prassi, e altre fonti sub-legislative mostrino aspetti tutt'altro che neutrali e che proprio queste ultime sono "un oggetto di studio strategico: rilevante almeno quanto opaco e ambiguo" (Gargiulo 2023, p. 229). Inoltre, nei luoghi dove la relazione tra autorità e consociati è più diretta, come nei tribunali o nelle questure, si è visto che il diritto si esprime anche attraverso relazioni, micro poteri e prassi. Qui, sia l'indagine top down che bottom up possono rivelarsi particolarmente utili. D'altra parte, lo stesso Banakar evidenzia che

What happens to legal rules, whether they are adopted, enforced, alternatively modified or marginalised, depends to a great extent on the institutional settings in which they are used. Institutions consist not only of rules but also of values, standards, dispositions etc., which are created spontaneously once people join together over time collaboratively (Banakar 2015, p. 162).

Questi aspetti sono emersi forse con più puntualità guardando al rapporto tra incertezza del diritto e diritti dei non cittadini. Il tema dell'incertezza del diritto, elemento costitutivo per Banakar della tarda modernità, è stato cioè collocato in una diversa dimensione, intendendola come "incertezza dei soggetti". Si è ragionato allora sul valore della certezza e il suo rapporto dialettico con l'incertezza, allo scopo di osservare come il diritto agisca oggi in modo peculiare su particolari categorie di soggetti, mostrando quali effetti si producono sulle loro posizioni giuridiche già caratterizzate da una intrinseca temporalità (si pensi agli oneri, spesso difficili da assolvere, connessi ai rinnovi biennali di molti permessi di soggiorno, fondati essenzialmente sul mantenimento nel tempo di una certa posizione reddituale). L'incertezza intesa come rivedibilità delle decisioni giuridiche attraverso procedure esse sì certe, che come visto attiene al diritto positivo, diviene piuttosto, in rapporto alla condizione dei cittadini stranieri, una instabilità continua. Si è quindi individuata una causa di progressiva precarizzazione degli status nelle più recenti e ravvicinate riforme normative, in maggior parte restrittive dei diritti. Così, è chiaro che l'incertezza assume un portato del tutto negativo, nel senso di negazione di diritti prescritti da norme fondamentali (come il diritto d'asilo) e costruzione di strutture di esclusione/ inclusione, in condizione di inferiorità giuridica e quindi maggiore ricattabilità delle persone straniere²⁸. Dunque, se è vero, come dice Banakar, che il cambiamento costante è paradossalmente l'unica empirica consistente proprietà della società tardo-moderna, occorre forse guardare con più attenzione ai tessuti sociali entro i quali si rivela; questi tessuti infatti non sono uguali e la loro diversità caratterizza profondamente anche la cifra, la dilatazione e il peso di questo cambiamento. L'incertezza sui diritti di soggetti già diseguali (in quanto non cittadini), cioè la progressiva instabilità degli status e delle norme giuridiche, rischia di intaccare, in ultima analisi, le radici dell'uguaglianza e con essa le promesse delle Costituzioni e dei diritti fondamentali.

28 Non a caso, Mezzadra e Nielsen parlano di «inclusione differenziale» (2014, p. 204).

Bibliografia

- Azzariti, G., (2011), La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone, *Diritto Pubblico*, 2, pp. 425-450.
- Banakar, R., (1998), The Identity Crisis of a “Stepchild”. Reflections on the Paradigmatic Deficiencies of Sociology of Law, *Retferd, Nordisk juridisk tidsskrift*, 21, 2, pp. 3-21.
- Id., (2000), Reflections on The Methodological Issues of the Sociology of Law, *Journal of Law and Society*, 27, 2, pp. 273-295.
- Id., (2009), Law Through Sociology’s Looking Glass: Conflict and Competition in Sociological Studies of Law, in *The New Isa Handbook in Contemporary International Sociology: Conflict, Competition, and Cooperation*, Denis, A., Kalekin-Fishman, D., eds., New, York, Sage, pp. 58-73.
- Id., (2010), *Rights in context: law and justice in late modern society*, Burlington, Vt, Ashgate Pub. Co.
- Id., (2011), The Sociology of Law: From Industrialisation to Globalisation, *Sociopedia. Isa, U. of Westminster School of Law Research Paper*, 11, 3.
- Id., (2015), *Normativity in Legal Sociology. Methodological Reflections on Law and Regulation in Late Modernity*, Switzerland, Springer.
- Id., (2019), *On socio-legal design*, Lund, Lund University, 2019.
- Banakar, R., Travers, M., (2005), Introduction to Theory and Method in Socio-Legal Research, in Banakar, R., Travers, M., eds., *Theory and Method in Social-Legal Research*, Oxford, Hart.
- Benhabib, S., (2004), *The Right of Others. Aliens, Residents, Citizens*, Connecticut, Yale U. Press.
- Bin, R., (2023), Certezza del diritto e legalità costituzionale. *Specula Iuris*, 2(2), pp. 253–260.
- Campesi., G., (2024), *Che cos’è la polizia? Una introduzione critica*, Bologna, DeriveApprodi.
- Catania, A., (2010), *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Id., (2013), *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell’età globale*, Bari, Laterza.
- Chiti, E., (2011), Oltre il dibattito attuale: appunti per un’agenda di ricerca sul processo di *agencification* nell’Unione Europea, in Salvatore V., a cura di, *Le Agenzie dell’Unione Europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia, Jean Monnet Centre of Pavia, pp. 213-224.
- Cornelli, R., (2015), Procedural Justice e campo emotivo: uno studio sulla fiducia dei giovani nelle forze dell’ordine in base ai dati italiani della ISRD3, *Rassegna Italiana di Criminologia*, IX, 3, pp. 234-243.
- Cottarell, R., (2006), *Law, Culture and Society. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Burlington, Vt, Ashgate Pub. Co.

- D'Andrea, M., (in corso di pubblicazione), Lo spazio infralegale nelle politiche migratorie, tra prassi delle autorità ed incertezza dei diritti, in Scamardella, F., Casalbordino e F., Fierro, M., a cura di, *Immagini/ Margini: narrazioni contemporanee della città. Ai confini tra formale e informale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- De Felice, D., (2022), Cultura giuridica, in Altopiedi R., De Felice D. e Ferraris, V., a cura di, *Comprendere la sociologia del diritto. Concetti e temi*, Roma, Carocci Editore, pp. 151-182.
- de Lucas, J., Añòn, M.J., (2013), Controllo sociale vs. emancipazione: la proposta della cittadinanza, *Ragion Pratica*, 40, 1, pp. 215-240.
- De Nardis, F., Petrillo, A. e Simone, A., (2023), Per una sociologia di posizione, in De Nardis, F., Petrillo, A., Simone, A., a cura di, *Sociologia di posizione. Prospettive teoriche e metodologiche*, Milano, Maltemi Editore, pp. 213-228.
- Febbrajo, A., (2009), *Sociologia del diritto: concetti e problemi*, Bologna, il Mulino, 2009.
- Ferrajoli, L., (2015), *Iuria Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Ferrari, V., (2004), *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Bari, Roma, Laterza.
- Id., (2012), Sul futuro della sociologia del diritto, *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1, 2, pp. 267-284.
- Frosini, V., (1979), *Ordine e disordine nel diritto*, Napoli, Guida Editori.
- Gargiulo, E., (2023), Mettere in discussione le istituzioni: un approccio posizionato all'analisi dei documenti, in De Nardis, F., Petrillo, A. e Simone, A., a cura di, *Sociologia di posizione. Prospettive teoriche e metodologiche*, Milano, Maltemi Editore, pp.
- Gorecki, J., (1970), *Divorce in Poland. A contribution to the sociology of law*, Paris, The Hague.
- Grossi, P., (2014), Sulla odierna "incertezza" del diritto, *Giustizia Civile Riv. Trim.*, 4, pp. 1-20.
- Halliday, S., Schmidt, P., (2009), *Conducting Law and Society Research: Reflections on Methods and Practices*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Hammerslev, O., (2020), In memoriam: Reza Banakar (1959, 2020), *RCSL*, International Sociological Association Research Committee on Sociology of Law, 2, pp. 7-9.
- Hammerslev, O., Madsen, M.R., (2023), Reza Banakar and the Quest for a Sociology of Law, in Hidén H., Cottarell, R. and Schultz U., eds., *Combining the Legal and the Social in Sociology of Law. An Homage to Reza Banakar*, Oxford, Hart, pp. 345-354.
- Hart, H.L.A., (2002), *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi.

- Hydén, H., (2018), Intervista a Reza Banakar, Professor of Sociology of Law at Lund University, [On line] consultabile all'indirizzo: https://www.youtube.com/watch?v=i1W6n7o01k&t=2s&ab_channel=SociologyofLaw (data di accesso: 12 maggio 2024).
- Id., (2023), Introduction, in Hidén H., Cottarell, R. and Schultz U., eds., *Combining the Legal and the Social in Sociology of Law. An Homage to Reza Banakar*, Oxford, Hart, pp. 3-21.
- Huizinga, J., (2002), *Homo iudens*, Torino, Einaudi.
- Law, J., (2004), *After method: mess in social science research*, London-New York, Routledge.
- Luhmann, N., (2002), *I diritti fondamentali come istituzione*, Bari, Dedalo edizioni.
- Id., (2012), *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli Editore.
- Mantovan, F., (2022), Dalla *law in books* alla *law in action*: i processi di implementazione delle norme, in Altopiedi R., De Felice D. e Ferraris, V., a cura di, *Comprendere la sociologia del diritto. Concetti e temi*, Roma, Carocci Editore, pp. 83-114.
- Marotta, S., (2022), Law and justice in the society of economic inequality, *Oñati Socio-Legal Series forthcoming: Legal culture and empirical research*, pp. 1-22.
- Mezzadra, S., (2005), *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Traficantes de sueños.
- Mezzadra, S., Neilson, B., (2014), *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*, Bologna, il Mulino.
- Micciarelli, G., (2022), Hacking the legal. The commons between the governance paradigm and inspirations drawn from the “living history” of collective land use, in Savini, F., Ferreira, A. and von Schönfeld KC., eds., *Post-Growth Planning. Cities Beyond the Market Economy*, New York London, Routledge, pp. 112-125.
- Murphy, K., Tayler, T., R., Curtis A., (2009), Nurturing regulatory compliance: is procedural justice effective when people question the legitimacy of the law?, *Regulation and governance*, 3, pp. 1-26.
- Pennisi, C., (2018), L'istituzionalizzazione dell'amministrare: il ruolo della cultura giuridica nell'analisi sociologica delle decisioni pubbliche, in Pennisi, C., Prina, F., Quiroz Vitale, M., A. e Raiteri M., a cura di, *Amministrazione, cultura giuridica e ricerca empirica* (a cura di), Santarcangelo di Romagna, Maggioli, pp. 3-17.
- Id., (2023), Flexible Structures: Using the Legal Culture Concept to Study the Law of Society, in Hidén H., Cottarell, R. and Schultz U., eds., *Combining the Legal and the Social in Sociology of Law. An Homage to Reza Banakar*, Oxford, Hart, pp. 277-291.
- Phatshwane, K., (2024), The art of talks and conversations in Indigenous research: decolonising interview methods, in Cox, L., Szolucha, A., Arribas

- Lozano, A. and Chattopadhyay, S., eds. *Handbook of Research Methods and Applications for Social Movements*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, pp. 214-242.
- Raiteri, M., (2018), La discrezionalità trasversale dell'azione amministrativa nelle pratiche e nelle politiche, in Pennisi, C., Prina, F., Quiroz Vitale, M., A. e Raiteri M., a cura di, *Amministrazione, cultura giuridica e ricerca empirica*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, pp. 19-31.
- Id., (2022), Decisione giuridica e legittimazione, in Altopiedi R., De Felice D. e Ferraris, V., a cura di, *Comprendere la sociologia del diritto. Concetti e temi*, Roma, Carocci Editore, pp. 115-150.
- Scamardella, F., (2013), *Teorie giuridiche della governance. Le ragioni e i limiti di una nuova narrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Simone, A., (2023), Posizionamenti femministi. Politica, diritto e società, in De Nardis, F., Petrillo, A. e Simone, A., a cura di, *Sociologia di posizione. Prospettive teoriche e metodologiche*, Milano, Maltemi Editore, pp. 99-116.
- Teubner, G., (2005), *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle Costituzioni Civili*, Roma, Armando Editore.
- Tosini, D., (2009), Niklas Luhmann: Il diritto nella teoria dei sistemi sociali, in Campesi, G., Populizio, I., Riva, N., (a cura di), *Diritto e teoria sociale: introduzione al pensiero socio-giuridico contemporaneo*. Roma: Carocci, 2009. p. 6-35.
- Treves, R., (2002), *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi.
- Viola, L., (2021), La revoca della cittadinanza dopo il decreto sicurezza, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, pp. 86-123.

