

La trasparenza della cultura giuridica

di Carlo Pennisi*

1. Introduzione

Con un titolo che sembra rendere tangibile l'idea di vaghezza, questo contributo intende partire dal tipo di percezione che di solito suscita il tentativo di descrivere di cosa si stia oggi occupando la sociologia del diritto. Indicare lo sforzo empirico e teorico che sta compiendo questa disciplina, ponendo a zero le aspettative nei confronti di una presentazione necessariamente veloce (e molto parziale) soltanto di alcuni suoi temi focali, serve però a far fruttare al massimo quel poco o quel tanto che si riuscirà ad indicare.

L'apparente infelicità del titolo risiede, intanto, nella possibile inutilità di indicare qualcosa con l'evanescente locuzione di cultura giuridica. Come se il termine *cultura* non fosse sufficientemente sfuggente, aggettivarlo con l'attributo *giuridico* sembra consegnare, qualsiasi cosa si potrà dire, appunto, ad un destino di irrimediabile vaghezza. Del termine trasparenza si dirà tra poco.

Con la locuzione cultura giuridica si è tuttavia voluto indicare una specifica forma di istituzionalizzazione di un *medium* del sistema dell'azione che, a differenza di altri dispone, più probabilmente, della forza ed è in grado di imporre dei costi. Sulle componenti che essa designa moltissima è stata la ricerca (Nelken, 1997; Nelken e Feest, 2001), sebbene solo alcuni autori ne propongono una considerazione autonoma, come strumento analitico per concettualizzare fenomeni giuridici con riferimento alla teoria dell'azione (Nelken, 1988; Cotterrell, 1988; Munger, 1993).

Più che discutere l'utilità di tale considerazione analitica, quanto segue intende segnalare che il carattere specifico a cui si fa riferimento, la sua particolare «trasparenza», dipende dal modo in cui è avvenuta, e avviene continuamente, questa istituzionalizzazione.

* Università di Catania.

2. Sulle alternative originarie

Non si generalizza troppo sostenendo che l'origine della sociologia ottocentesca si sviluppa intorno, e attraverso, la categorizzazione giuridica dei rapporti sociali. Negli intenti dei padri fondatori, essa avrebbe dovuto fornire quella conoscenza sui rapporti sociali che il sapere giuridico non era più in grado di assicurare. Avrebbe dovuto costituire una rappresentazione dei fenomeni sociali che sapesse sfuggire alle astrattezze sia del riduzionismo economico che del pericoloso ideologismo col quale veniva disegnato l'esercizio del potere. Per dirla con formule che hanno avuto una loro fortuna, una conoscenza che sfuggisse sia al determinismo positivista che al soggettivismo statalista e normativista.

Le potenzialità tecnologiche del diritto alle quali, dall'illuminismo in poi, si erano affidate le «magnifiche sorti e progressive», mostrano la corda già quando si configurano la questione industriale e la questione sociale. Gli orizzonti di guerra che aprono il ventesimo secolo, a loro volta, denunciano, nelle fughe nazionaliste, l'incapacità di rappresentarsi i rapporti sociali al di fuori di una logica politico-economica territorialmente determinata (Silbey e Sarat, 1989; Munger, 1993).

Possiamo pensare a ciascuno dei padri fondatori, non troveremo differenze nella constatazione della impraticabilità del sapere giuridico come chiave di lettura di ciò che accadeva loro intorno. Non è un caso che poi Parsons troverà nella sociologia del diritto il «nocciolo» della sociologia weberiana¹.

Eppure, proprio in questa fase iniziale, il modo in cui gran parte di quegli autori hanno considerato questo obiettivo di autonomia dalla riflessione giuridica è ancora largamente, e inevitabilmente, intriso del categorizzare giuridico.

L'uso di certi termini è caratteristico, a partire da quelli di *comunità*, *status* e *società*. Come è caratteristica la preoccupazione comune di affidare ad una specifica e diversa metodologizzazione di questi usi il superamento del loro carattere giuridico. Più caratteristico di tutti, e forse molto meno colto dalla letteratura, va ritenuto un termine che, proprio per il gioco di specchi che crea tra categorizzare giuridico e conoscenza sociologica, è centrale per accrescere o diminuire la vaghezza del concetto di cultura giuridica. Si tratta del termine *istituzione*.

Della lunga storia di un termine che racchiude un percorso risalente almeno al diritto tardo romano elaborato dai canonisti, per quello che qui interessa², è sufficiente quanto avviene tra l'istituzionalismo di Hauriou, culmine della tradizione ottocentesca sul concetto, e la versione romaniana che poi confluisce nella nostra giuspubblicistica.

1. Parsons (1979: 86 e *passim*), per tacere del ruolo che, come è noto, egli attribuisce alla riflessione durkheimiana, ad es. *ibid.*, pp. 9-ss.

2. Si fa risalire agli studi sul medioevo di von Gierke il tentativo di ottenere una definizione di diritto che rispondesse all'esigenza, comune a diversissime correnti giuridico-filosofiche tedesche e francesi, di superare quella che viene considerata una insostenibile contrapposizione tra il contrattualismo individualistico (ed il correlativo normativismo statalistico) e l'oggettivismo sociologico, tra soggettivismo statutale e determinismo positivista. Si richiedeva un modo di concepire il diritto che riuscisse a contrapporsi ai codici ed al diritto posto dallo Stato. Così, avvalendosi del concetto romano-medioevale di istituzione, si cercò una leva ed un riferimento in qualcosa che potesse essere presentato per la propria storia e per la propria identità come contrapposto allo Stato, cfr. Pennisi, 1998, pp. 2-14.

Come Frosini e Modugno hanno ricordato, la prima versione della proposta Hauriou (l'«idea guida» con la sottesa «forza organizzata») intendeva presentare l'istituzione come un concetto sociologico. Riuscì ad ottenere credito solo dopo (per usare la sua espressione) avere «condito in salsa giuridica» il termine istituzione (cfr. Frosini, 1963 e 1995; Modugno, 1973).

Nel far questo, Hauriou fa riferimento a Durkheim, attraverso Duguit. Il quale nell'accogliere il concetto durkheimiano di *solidarietà* nel suo *Traité de Droit Constitutionnel* (3^a ed. 1927, I, p. 81) aveva rifiutato il «mito» (*lett.*) della *coscienza collettiva*, mostrando evidentemente di sottovalutare l'inscindibilità dei due termini. Ma soprattutto mostrando di non cogliere il fatto che, separati, cessano di essere ciò che Durkheim intendeva per l'uno e per l'altro. Con la comprensibile e finale conseguenza che l'obiezione di Hauriou a Durkheim consiste sostanzialmente nel non aver riconosciuto il *carattere creativo del sociale*, senza rendersi conto, inoltre, che Durkheim, da parte sua, aveva assunto il termine istituzione nell'accezione giuridica corrente del tempo.

Cosa c'è in questo gioco di specchi? In modi diversi, la «coscienza comune organica», la *Gemeinschaft* di Tönnies, e con le debite differenze la durkheimiana *coscienza collettiva*, la *régle du droit* di Duguit, la «idea guida» e la sottesa «forza organizzata», pensate da Hauriou, il *diritto vivente* di Ehrlich, esprimono tutte un obiettivo comune, sebbene diversamente interpretato. Si tratta della ricerca di un riferimento a qualcosa che possa essere presentato, per la propria storia e per la propria identità, come contrapposto allo Stato, una «ulteriorità», organizzata ed olisticamente qualificata; qualcosa di opponibile, come «autentico» ed «essenziale», allo Stato, ai rapporti sociali individuati dal diritto positivo, alla percezione della società espressa da quella parte della cultura giuridica erede dell'illuminismo e giuspositivamente orientata.

È qui che, nonostante tutti i tentativi delle correnti sociologiche della teoria del diritto, si apre una marcata divaricazione teoretica che fa vedere appunto gli specchi e non solo l'immagine che essi riflettono. Dal punto di vista del sapere giuridico, con il concetto tradizionale di istituzione, diritto ed organizzazione (quale nucleo definitorio della società) possono essere concepiti in modo «riunificabile». In questo senso, la reazione antinormativistica che anima il tentativo di definire il diritto «oltre» le norme giuridiche, sembra risolversi giuridicamente in un rinvio al «fatto», alla effettività dell'ordinamento e dell'organizzazione sociale. L'*ordine dell'ordinamento* è presentato come esito dell'azione della istituzione (Luhmann, 2005, pp. 5-28). Il «dover essere» delle norme giuridiche è ricondotto ad un «fatto» (le diverse qualificazioni del nucleo organizzativo) che è *normativo* senza essere *giuridico*, perché è condizione di esistenza tanto della società che del diritto; un fatto la cui «descrizione» è compito della dottrina e della teoria generale e la cui «verità» è assicurata dalla «scientificità» di queste pratiche³.

3. Il tentativo di superare la distinzione tra diritto e società, da parte dei giuristi, fuoco del processo di autonomizzazione della «scienza giuridica», almeno a partire da von Savigny, ha comportato innanzi tutto un modo di impostare il problema che «pone» quella distinzione prima ancora di provare a risolverla: il «problema» della *socialità* del diritto è infatti un problema tradizionalmente giuridico ed il concetto di istituzione uno degli strumenti giuridici per risolverlo. Almeno da Weber e, in forma compiuta,

Dal punto di vista che Max Weber stabilisce per la conoscenza sociologica, l'impossibilità di sostenere il carattere ontologicamente «ordinato» dei rapporti sociali conduce ad osservare che tale «riunificazione» avviene, in realtà, tra il diritto (ossia un criterio di identificazione: l'ordinamento) da un lato, e qualcosa (ossia un altro criterio di identificazione: l'organizzazione) che viene chiamato società e che è ulteriore rispetto ai rapporti sociali.

È qui che lo specchio si svela. Posto che *ordinamento* e *società* altro non sono che «presupposti» (magari qualificati «realisticamente», ma mai empiricamente enunciabili proprio nella loro «totalità»), il rinvio ad un *quid* ulteriore si traduce in un vincolo posto sui significati giuridici alle elaborazioni della dottrina, della scienza del diritto, alle sue categorie ed ai suoi concetti⁴.

Deve essere allora riconosciuto che il modo in cui si è cercato, con i concetti di *istituzione* ed *ordinamento*, di individuare un principio *ordinatore* comune ad entrambi ha condotto ad una strategia definitoria del diritto che proietta sulle relazioni sociali una esigenza «sistemica» ed «olistica». Si tratta di un orientamento «naturalmente» olistico proprio perché è «soltanto» strumento di una operazione di identificazione, di attribuzione e definizione di «senso» e di «valore». Un orientamento giustificato rispetto alla costruzione del sapere giuridico, come uno dei modi in cui i giuristi definiscono ciò che, dal loro punto di vista, il diritto non intende essere, uno dei modi per individuare l'«ambiente» del diritto, la «società», il «fatto». Tale olistico, in altre parole, può non avere nulla a che fare con il cosiddetto olistico metodologico. Ma tale proiezione, riferita ai rapporti sociali e sviluppata dalla conoscenza sociologica, ha aperto invece la strada alle grandi teorizzazioni di tipo funzionalista.

3. Sociologie del diritto

Forse si deve al passaggio che si consuma in questo periodo, con questo gioco di specchi, il fatto che tra i sociologi ed i giuristi è stato molto più conosciuto il volume di dottrina giuridica realista di Ehrlich, che quello effettivamente *costitutivo* della sociologia del diritto, ossia la fulminante recensione di Weber alla seconda edizione del libro di Stammler.

Da questo momento, i processi di istituzionalizzazione del diritto vengono concepiti in riferimento alle norme sociali ed ai problemi integrativi del sistema sociale, forti anche della lettura che la tradizione del *Common law* ha esercitato, attraverso Parsons, nella comprensione sociologica del sistema giuridico.

da Parsons in poi, i sociologi hanno trovato nei processi di generalizzazione e di istituzionalizzazione delle aspettative gli strumenti per concettualizzare in modo unitario norme ed agire, mantenendo, come nell'istituzionalismo giuridico contemporaneo, la distinzione tra norme e fatti sul piano del linguaggio e della teoria piuttosto che su quello della improbabile specificità di «fatti» particolari.

4. Tale dipendenza assume a sua volta un forte carattere *persuasivo* non solo per le specifiche caratteristiche organizzative delle diverse culture giuridiche, ma anche per la consuetudine di presentare le proprie scelte definitorie e le proprie qualificazioni come risultato di «conoscenze» piuttosto che di «valutazioni». Così, si può dire che da Santi Romano in poi il diritto non può più essere concepito, neanche giuridicamente, come «prodotto» della società ma, per un tipo diffuso di giurista, è la società - sicché la sua conoscenza è conoscenza della società.

Si è sottovalutato invece che, con quella identificazione, si realizzava, ancora una volta, la possibilità della riflessione giuridica di disporre di una rappresentazione propria della società. L'antinormativismo originato dalla metodologizzazione di von Savigny rende disponibile al diritto un modo di parlare della società che si manifesta in quel formalismo che Tarello ha indicato nell'idea di istituzione consegnata alla giuspubblicistica italiana da Santi Romano.

La ricerca di identificazione del diritto con la società, conseguente ad una precedente distinzione posta surrettiziamente con un intento antistatalista, si traduce in un formalismo antinormativista che proietta sulla rappresentazione della società il tessuto nomologico col quale il giurista costruisce il diritto, consentendogli la piena padronanza nella determinazione di ciò che *può* considerare diritto e ciò che invece *deve* considerare fatto, società.

La sociologia ha inteso questa chiusura o in chiave culturale, a seconda delle accezioni in cui ha accolto il termine di *ideologia*. Si è dedicata alla demistificazione ideologica e alla decostruzione delle *fictiones* giuridiche, ha cercato di ricondurre il diritto al consenso discorsivo, ha cercato le strade per una riappropriazione del diritto da parte degli attori sociali, ne ha cercato affinità con gli atteggiamenti degli attori. Ha lungamente contrapposto alle rappresentazioni giuridiche le rappresentazioni costruite con propri e sofisticati metodi. Tutta la attuale letteratura sul *legal transplan*, a partire da Watson (Watson, 1984), è percorsa da questa preoccupazione della adeguatezza del diritto ai contesti culturali. Una preoccupazione per la quale si ripropongono modelli diffusionisti, adattivi, di trapianto, ecc. del mutamento sociale (Twinings, 2005).

La domanda è: potevano capirsi? Avrebbero potuto quelle conoscenze migliorare il diritto, i suoi processi, le sue decisioni, le sue percezioni? La sua efficacia? Un funzionalista di stretta osservanza direbbe no. La chiusura che si realizza con l'applicazione della distinzione giuridico/non giuridico alla distinzione diritto/non diritto (meglio *recht/unrecht*) rende insensata ogni intercomunicazione (Lauder, 1999; Teubner, 1996 e 2005b). Certo, una distinzione costruita con una negazione regge poco. Qui il funzionalista resta relativamente muto.

In effetti, il «non giuridico», il «non diritto», di volta in volta, significano irrilevanza, fatto, oppure torto, illecito, colpa. Quindi certamente essi non individuano qualcosa «oltre» il diritto, una denotazione svincolata dalle rilevanze stabilite da una semantica giuridica, ma appunto concetti, categorie e rappresentazioni rese possibili dalla argomentazione giuridica. Ma l'argomentazione giuridica si dipana su piani sempre più astratti e sofisticati con la logica dell'uguale/diverso proprio quando si alimenta di una pratica giurisprudenziale che, non potendo non decidere su singoli casi, sostiene la chiusura del diritto proprio nella determinazione culturale, sociale e materiale dell'illecito, del torto, della colpa.

Così il funzionalista ha ragione solo se ha torto. Ossia ha ragione solo se l'autonomia che egli attribuisce al diritto viene concepita come una variabile storicamente e culturalmente determinata che, a sua volta, costruisce dipendenze del diritto e dell'agire dalle scelte e da condizionamenti più o meno espliciti, piuttosto che un destino evolutivo i cui contenuti possano risolversi

nelle sue dimensioni strutturali (Teubner, 2004 e 2005a).

Come gran parte dei sociologi, anche il funzionalista reagisce alla «ortogonalità» del rapporto tra argomentazione e giurisdizione perdendo la possibilità di comprendere che nella variabilità storica del contenuto del «non» risiede lo specifico valore che il giuridico (la sua terzietà, quanto è sottratto e nascosto alla politica ed al potere, appunto la sua ortogonalità rispetto ai conflitti) riveste in quel dato sistema sociale.

Forte delle proprie rappresentazioni sui fenomeni sociali, sui rapporti sociali, sull'«esterno» del diritto, la sociologia rare volte ha problematizzato le autorappresentazioni giuridiche del diritto come base per la costruzione delle proprie rappresentazioni del rapporto tra agire sociale e norme giuridiche, come punto di partenza implicito della propria definizione di norma giuridica e diritto. Per lungo tempo le scienze sociali hanno assunto come proprie le autorappresentazioni giuridiche del diritto, riservandosi la descrizione e la spiegazione di quanto accadeva fuori dal *quel* diritto, nei rapporti sociali, nella «società».

Queste autorappresentazioni, sebbene oggi mostrino agli stessi giuristi i loro limiti sul piano dottrinale e sul piano tecnico-professionale, continuano a produrre conoscenze che orientano prassi decisionali quotidiane (Luzzati, 2005). Ciò che è più importante è che la ricerca di nuove rappresentazioni giuridiche del diritto si sta realizzando attraverso una descrizione della realtà sociale e dei rapporti sociali che il giurista stesso produce attingendo alla propria pratica quotidiana e ad una pubblicistica di successo di apparente atecnica accessibilità.

Sociologi e giuristi affrontano oggi il mutamento di senso di quelle tendenze che all'inizio del novecento sembravano rendere comprensibile ciò che si osservava. Il destino indicato dalla weberiana «gabbia d'acciaio», l'espansione della dimensione burocratico-razionale della vita sociale, ha moltiplicato, anziché ridurre, la necessità di decisione da parte dell'attore comune; lo smarrimento dinanzi a tale ampliarsi e la vanificazione della possibilità di riconoscere dinanzi ad essa «decisioni» da prendere, è direttamente proporzionale alla quantità di «informazioni» e di «prese di posizione» che in astratto si dovrebbero assumere su un ventaglio continuamente variabile di temi specialistici⁵.

Analogamente, il rapporto tra lo sviluppo dei caratteri formali del diritto e la moltiplicazioni delle attese «irrazionali» (in senso weberiano) di cui il sistema giuridico sarebbe stato sommerso ha avuto un andamento sorprendente. Lo sviluppo della formalizzazione giuridica si è trasformato in una altissima riflessività delle sue modalità operative. Riflessività che non solo ha reso sostenibile la moltiplicazione delle attese irrazionali di cui era oggetto, ma ha dato loro «cittadinanza» e titolo per esistere come espressione di «autonomie» e «diritti».

E cosa dire del «rattrappimento» del diritto penale preconizzato da Durkheim, in una fase in cui si registra la sua trasformazione da strumento di controllo del potere di punire a strumento di più generali ed estensive politiche

5. Il carattere espressivo di molta attività tradizionalmente intesa come «partecipazione» non può essere compreso come strumentalità politica o demagogica, ma indica una difficoltà culturale nella elaborazione dei nessi tra informazione e decisione e nella traduzione istituzionale di quelli privilegiati.

criminali?

Queste trasformazioni del contenuto di senso di tendenze che l'origine della sociologia aveva ben visto, indicano, per quel che qui si intende mostrare, che è radicalmente cambiato il rapporto tra conoscenza e politica, tra conoscenze e politiche. Ma la profondità di questo cambiamento si coglie solo se si comprende che esso si realizza ed ha al centro proprio il diritto e le sue categorie, perché essi hanno offerto alle politiche gli strumenti per costruirsi la propria rappresentazione della realtà, quella base di conoscenze che occorre loro per assumersi (o difendersi da) la responsabilità di decidere.

Il punto che sta affrontando la sociologia del diritto è che a questi strumenti non si accede con un richiamo tradizionale all'epistemologia, alla teoria della conoscenza scientifica ed al metodo empirico (anche se per molto tempo, come si è accennato, la loro costruzione ha cercato nel carattere «scientifico» la propria legittimazione). La categorizzazione giuridica, le attività «istruttorie» di qualsiasi pratica procedimentale (giurisdizionale o amministrativa), si svolgono ormai con una autonomia profondamente radicata (nella tecnica di formalizzazione e nella routine quotidiana). Essa rappresenta una condizione di possibilità empirica e una condizione di validità formale della decisione finale, provvedimento o sentenza che sia. Queste si compiono con un decisivo carattere riflessivo e proceduralizzato, sono frutto di storie decisionali istituzionalizzate attraverso ruoli e norme che realizzano processi di apprendimento e di ridefinizione delle condizioni di azione di ciascuno di coloro che sono coinvolti. Non si capisce nulla se non si coglie la profonda analogia e la profonda eterogeneità di questa autonomia dalla autonomia della conoscenza scientifica.

Dunque lo sforzo è quello del confronto tra due analoghe ed eterogenee riflessività, tra due «chiusure» che possono comunicare solo attraverso il riconoscimento della propria eterogeneità, solo riconoscendo come nella propria vicenda le volte in cui il tentativo giuridico di raccontare i rapporti sociali ha condotto ad una «statalizzazione» delle dimensioni normative della vita sociale e delle sue istituzioni e, per converso, il tentativo sociologico di prescindere dalla autonomia del diritto ha condotto ad analisi del potere, delle politiche e, più in generale, dei rapporti sociali, nelle quali il diritto era del tutto scomparso.

L'impegno è dunque per una ricerca empirica che sappia sfuggire ad una visione «calligrafica» della metodologia, in modo che possa esplicitare il nuovo ruolo che la conoscenza scientifica è chiamata a giocare rispetto alla decisione pubblica che si realizza attraverso il diritto: una responsabilità che deriva dal fatto che la eterogeneità dei criteri di rilevanza e di significazione che le informazioni e i dati acquistano per i diversi interlocutori pubblici costituisce un problema solo dal proprio punto di vista, mentre da parte del decisore rimane abbastanza irrilevante.

Da sempre il rigore concettuale e formale costituisce lo strumento per garantire la comunicazione tra tali eterogeneità, ma oggi esso richiede un grado di riflessività adeguato al fatto che la contingenza delle conoscenze sociologiche non è riconducibile più soltanto alla dimensione temporale indicata da Weber, ma sfida ormai la pratica sociologica sul piano materiale, dei contenuti tematici e dei problemi, e sul piano sociale dei differenti criteri di significazione. Riflessività del rigore significa dunque ancora metodo, ma significa so-

prattutto responsabilità ed istituzionalizzazione della responsabilità disciplinare ed accademica.

4. Della trasparenza

Da questi punti di vista, il concetto di cultura giuridica acquista un rilievo non trascurabile quando inteso a designare i processi ed i prodotti della significazione giuridica e le loro conseguenze⁶. Solo se le norme sono considerate componenti culturali dell'azione è possibile ottenere di questa e di quelle una definizione empiricamente produttiva e non esposta alla dipendenza dalla loro caratterizzazione giuridica. Per far questo, occorre non muovere dal presupposto che la «doverosità» sia una caratteristica intrinseca di queste componenti dell'azione, ma piuttosto una qualificazione dei comportamenti, delle relazioni e delle aspettative, che esse *contribuiscono* a definire. Tale orientamento favorisce un atteggiamento «laico» nei confronti di qualsiasi tipo di norma ed aiuta a cogliere nella necessità della reiterazione (per identità ed azione) un nucleo strutturale di qualsiasi «obbligatorietà», una necessità inscindibilmente cognitiva e normativa. Un nucleo che si tratta poi di «valutare» scegliendo tra le ragioni che lo fanno preferire ad altri obblighi.

Il fatto che talune regole siano qualificate attraverso un riferimento al diritto è, per la nostra tradizione culturale, un risultato storicamente definito dalla istituzionalizzazione del *jusdicere*⁷. La progressiva tecnicizzazione e formalizzazione dei criteri attraverso i quali possono essere fatte valere esigenze regolative esterne a ciò che chiamiamo «diritto» ha caratterizzato in modo specifico la peculiare dipendenza linguistica del nostro diritto. L'istituzionalizzarsi della cultura giuridica, come un tipo di prestazione specifica ed esclusiva, può essere considerato

6. La letteratura dell'ultimo ventennio ha reso evidente in che senso con «cultura» si indicano le condizioni di significazione dell'azione, ciò che permette di distinguere tra gli eventi quanto è fenomeno naturale, comportamento, e quanto è agire sociale, scelta, decisione. La spiegazione e la possibilità empirica dell'agire sociale si realizzano attraverso il concetto (ed i referenti) di cultura perché esso indica (a meno, anche qui, di indebite reificazioni) non solo osservazioni ed accadimenti puntuali ma principalmente anche la caratteristica reiteratività delle condizioni dell'azione, il loro continuo processo di riproduzione. La dimensione processuale a cui il concetto di cultura è legato, anche quando, oltre alla attività di significazione, è riferito a prodotti particolari, è imprescindibile per qualsiasi definizione si ritenga di scegliere, sia che si parli di agire sociale sia che si tratti di componenti culturali, istituzioni o norme. In questo senso la cultura è condizione di conoscibilità dell'agire (per l'interprete) e sua condizione di riconoscibilità ed identificazione (per l'attore). Ed è sotto questa luce che la reiteratività delle condizioni della significazione e dell'azione «esprime» regole. Ciò che rende una regola criterio di identificazione di una azione (da parte del soggetto) e di sua riconoscibilità e interpretazione (da parte dell'interprete) è il carattere reiterativo (nel senso peirciano di «abito») di qualsiasi attribuzione di senso. Un carattere che, sebbene diversamente regolato, accomuna il linguaggio dell'attore e quello dell'interprete (cfr. Pennisi, 1998, pp. 78-106).

7. In altri termini, come altrove si è sostenuto, dal piano deontico al piano normativo si realizza un passaggio specificamente storico e culturale, ossia sociologico. Il primo è un piano costruito logicamente (in senso stretto), il secondo è un piano costruito (o ricostruito dall'interprete) in riferimento ad una strategia di elaborazione delle attese che definiscono orizzonti di azione. La qualificazione normativa di un enunciato non è sufficiente a predicare il suo carattere giuridico. Si tratta di un passaggio non solo genericamente sociale e culturale, ma questa volta specificamente istituzionale (cfr. Pennisi, 2002).

come un processo da leggere in termini storici, sistemici o come occorre. Ma si tratta di un processo nel quale non possiamo non registrare l'istituzionalizzazione di un monopolio nella determinazione di ciò che *deve* valere, rispetto ad un dato corso di azione, come «il diritto» e con quali conseguenze.

Se, pertanto, tra deontico e normativo si realizza un passaggio qualificabile solo culturalmente (semanticamente), e tra normativo e giuridico il passaggio è concettualmente istituzionale, allora il disegno di ricerca al quale affidiamo il controllo delle nostre ipotesi non solo non può considerare dato ed esterno (invece che oggetto di specifiche ulteriori formulazioni ipotetico-congetturali) il contenuto di senso delle norme giuridiche rispetto a un contesto d'azione, ma non può neppure fare a meno di fare oggetto di analisi il fatto che proprio la dipendenza linguistica del diritto costituisce lo strumento dell'autonomia del giuridico dalla politica, dalla religione e dal mercato, esprimendo così, insieme, un valore ed un requisito di funzionalità dei sistemi sociali contemporanei.

Si capisce a questo punto il carattere della *trasparenza* col quale si è voluto indicare la cultura giuridica ed il modo in cui essa interpreta la dipendenza linguistica del diritto. Si tratta di un uso dell'aggettivo più proprio di quello corrente (che fa riferimento alla «casa di vetro», all'assenza di nascondimento e quindi alla possibilità del controllo). In effetti, trasparente si dice propriamente di qualcosa che fa passare la luce. Qualcosa che dunque scompare tra chi guarda e ciò che viene visto (e l'uso comune rinvia a questo effetto della trasparenza più che alla trasparenza).

Quale proprietà fisica di corpi (microscopicamente) fluidi come il vetro, che qualcosa sia trasparente significa che permette di vedere al di là di essa (il liquido dentro la bottiglia), e questa qualità si accresce al crescere della lucidità della sua superficie. Qualcosa tanto più è lucida tanto più risulta trasparente. Tuttavia, ed è qui il senso della fortissima ambivalenza del termine e della opportunità di riferirlo alle pratiche istituzionalizzate come cultura giuridica, quanto più essa è lucida tanto maggiore è anche l'angolo dal quale questa superficie chiude alla vista l'oggetto che si guarda attraverso essa e diventa riflettente. Come chi guardasse la riflessività del sapere giuridico prescindendo dal ristrettissimo angolo di formalizzazione e di tecnicità, attraverso il quale, soltanto, è possibile osservarne l'autonomia del proprio riferimento alla vita sociale, vedrebbe soltanto quanto la propria teoria ha stabilito che il diritto sia (potere, ideologia, valore, tecnica, rapporto, procedura), ma non vedrebbe *come* il diritto può essere insieme tutte queste cose (e molto altro). Perderebbe così l'unico elemento che può suggerire un senso per (e delle ipotesi di ricerca su) la specificità *giuridica* di quel particolare tipo di norme cui si crede di riferire l'agire che si studia: il *tipo* di riflessività che esse hanno saputo istituzionalizzare. Come il vetro lucido della bottiglia, il diritto si è trasformato in uno specchio per chi guarda.

Riferimenti bibliografici

R. Cotterrell, 1988, «Why must legal ideas be interpreted sociologically», *Journal of Law and Society*, XXV, 2, pp.171-92.

- V. Frosini, 1963, voce *Istituzione*, in *Nov. Digesto It.*, IX.
- V. Frosini, 1995, «Morfologia delle istituzioni. Diritto Politica e Società», *Sociologia del diritto*, XII, 2, pp. 137-42.
- K.H. Ladeur, 1999, «The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships», *EUI Working Paper LAW*, 99/3.
- K.H. Ladeur (ed.), 2004, *Public Governance in the Age of Globalization*, Burlington, Ashgate.
- N. Luhmann, 1995, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, Giuffrè.
- N. Luhmann, 2005, *Organizzazione e Decisione*, Milano, B. Mondadori.
- C. Luzzati, 2005, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, il Mulino.
- F. Modugno, 1973, voce *Istituzione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII.
- F. Munger, 1993, «Sociology of law for a postliberal society», *Loyola of Los Angeles Law Review*, 27, pp. 89-125.
- D. Nelken, 1988, «Blinding insights the limits of a reflexive sociology of law», *Journal of Law and Society*, XXV, 3, pp. 407-26.
- D. Nelken (ed.), 1997, *Comparing Legal Culture*, Aldershot, Dartmouth.
- D. Nelken, J. Feest (eds.), 2001, *Adapting Legal Culture*, Oxford, Portland Oregon, Hart.
- E. Ostrom, 2005, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton-Oxford, Princeton University Press.
- T. Parsons, 1979, *Teoria sociologica e società moderna*, Milano, Etas.
- J. Paterson, G. Teubner, 1998, «Changing Maps: Empirical Legal Autopoiesis», *Social & Legal Studies*, 4, pp. 451-86.
- C. Pennisi, 1998, *Istituzione e cultura giuridica. I procedimenti come strumenti di comunicazione*, Torino, Giappichelli.
- C. Pennisi, 2002, «Il luogo dell'azione in un mondo di fatti», *Sociologia del diritto*, 3, pp. 45-59.
- K.F. Rohl, S. Machura (eds.), 1997, *Procedural Justice*, Dartmouth, Aldershot.
- S. Silbey, A. Sarat, 1989, *Reconstituting the Sociology of Law*, in J.F. Gubrium e D. Silverman, 1989, *The Politics of Field Research: Sociology beyond Enlightenment*, London-Newbury Park (Ca.), Sage.
- G. Teubner, 1996, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè.
- G. Teubner, 2004, «Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory», *Storrs Lectures 2003/04*, Yale Law School.
- G. Teubner, 2005a, *Le molteplici alienazioni del diritto: sul plusvalore sociale del dodicesimo cammello*, in A. Rufino e G. Teubner, 2005, *Il diritto possibile, funzioni e prospettive del medium giuridico*, Milano, Guerini.
- G. Teubner, 2005b, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando.
- A. Watson, 1984, *Il trapianto di norme giuridiche*, Napoli, ESI.

Pervenuto in redazione nel