

Tomaso Epidendio*

Potere del diritto e potenza del fatto

1. Introduzione: la doppia dicotomia potere/potenza e diritto/fatto

La doppia dicotomia del tema assegnato dagli organizzatori al mio intervento (potere/potenza e diritto/fatto) esprime, con una precisione terminologica densa di significati, una serie di provocazioni intellettuali e pratiche che meritano di essere esplicitate e approfondite. La prima sollecitazione è a chiedersi perché in relazione al diritto si usa il termine “potere”, mentre in relazione al fatto si usa il termine “potenza”.

“Potere” si dice in molti modi e si usa in molte accezioni, ma questo distinguere “potere” e “potenza” sembra orientare verso un intendere il “potere” come capacità di produrre effetti e la “potenza” come una capacità di lavoro che ha, anche in senso fisico, un suo raggio di azione, una propria estensione e una propria possibilità di espansione, qualcosa che, nel suo dinamismo, ha e pone un limite.

La doppia dicotomia sembra dunque porre il problema del rapporto tra l’astratta illimitatezza del produrre effetti, che potrebbe avere il diritto, e una forza espansiva e limitante che gli è esterna: la potenza del fatto, appunto.

Tuttavia, il rapporto che si istituisce tra i due termini è ancora più ricco e più complesso e va partitamente esaminato.

2. I pericoli della pangiuridicizzazione: la violenza del diritto

Il termine “potere” in connessione con il diritto, come capacità di produrre effetti, è anche evocativa dei connotati coattivi del diritto, di quel carattere di “violenza”, la violenza del “potere”, insita nel giuridico, che non dovrebbe mai essere dimenticata.

Ciò è ben espresso dal termine tedesco *Gewalt*, la cui radice indoeuropea *val* rimanda alla capacità di disporre di qualcosa, ma il cui significato comprende nello stesso tempo sia la *potestas*, sia la *violentia*¹.

* tomasoemilio.epidendio@giustizia.it, Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione.

¹ È un’ambiguità ben nota nella letteratura giuridica tedesca. Cfr. A. Hirsch, *Recht auf Gewalt? Spuren philosophischer Gewaltrechtfertigung nach Hobbes*, Fink Verlag, Monaco, 2004.

Esiste, dunque, un carattere intrinsecamente violento del diritto che si annida in quella violenza che fonda e preserva l'ordinamento giuridico.

Dopo anni di riflessioni sul “pensiero debole”², sul “diritto mite”³, spesso nella estasiata affermazione del “diritto di avere diritti”⁴ si finisce per trascurare quel carattere impositivo, sotteso alla produzione di effetti, che l'attrazione di un problema sociale nell'ambito del diritto sempre comporta: ogni affermazione di un diritto come posizione giuridica attiva di un soggetto porta con sé una serie di posizioni giuridiche passive a carico di altri soggetti che sono tenuti a rispettarlo o ad attuarlo e, se non lo fanno, possono essere “costretti” a farlo attraverso la forza espressa dall'istituzione. In realtà, nella mia qualità di magistrato, nelle aule di giustizia non ho mai visto un diritto mite: ho visto, invece, che le decisioni giudiziarie comportano sempre gioia per alcuni e tristezza per altri e che ogni provvedimento, in quanto tale, sottende la possibilità di farlo valere con la forza, seppure forza pubblica⁵.

Basterebbe riprendere le riflessioni di Derrida nel suo “*force de loi*”⁶ per capire la prudenza che andrebbe adoperata nell'attrarre un fenomeno nel mondo del diritto, nel sottoporlo a una disciplina giuridica e, in ultima analisi, nel farlo entrare nelle aule di tribunale.

In questo modo si potrebbe, forse, comprendere meglio come questa “pan-giuridicizzazione” – che ormai è diventata “pan-penalizzazione” – alla quale stiamo tuttora assistendo, questo “eticismo legale” – che smarrisce i confini tra morale, etica e diritto – sia in fondo figlio della sottovalutazione della “violenza”, nel senso ora precisato, del diritto e che, trascurando un aspetto rilevante del giuridico, può rappresentare un rischio per tutti.

Neppure dovrebbe essere dimenticato che attrarre un fenomeno nel mondo del diritto, significa anche assoggettarlo a una “procedura” di accertamento e di verifica, che ha proprie peculiari regole, diverse da quelle che utilizzerebbe uno scienziato o uno storico⁷: significa attrarre il fenomeno in una procedura che obbedisce ad un sistema di limitazioni probatorie e di regole di giudizio che seguono una logica diversa rispetto a quelle che governano le scienze sociali, la politica o l'etica. Le forme del processo, quali oggi consolidate nel nostro sistema, curano infatti essenzialmente la terzietà per offrire decisioni imparziali, ma per farlo soffrono limitazioni del materiale conoscibile e impongono regole del giudicare a ciò conformate.

2 Cfr. G. Vattimo, P.A. Rovatti (a cura di), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, Milano, 2009.

3 Cfr. ora la nuova edizione di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 2024.

4 Cfr. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2015.

5 Come non ricordare le osservazioni di Benjamin sulla violenza che pone il diritto e sulla violenza che conserva il diritto. Cfr. W. Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, in *Gesammelte Schriften*, Suhrkamp, Francoforte sul Meno, 1991, pp. 179-203.

6 J. Derrida, *Force de loi. Le “fondement mystique de l'autorité”*, Editions galiléé, Paris, 1994.

7 Come nota Irti il giurista è sì storico, ma orientato dall'interesse classificatorio e dunque volto a cogliere soltanto i dati di fatto riconducibili a uno schema normativo. Cfr. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 23.

Eppure, nonostante tutte queste differenze, quanto spesso si utilizzano – nell’opinione pubblica ma non solo – decisioni giuridiche per esprimere valutazioni politiche, etiche o morali.

Il “potere del diritto” ci dovrebbe dunque mettere in guardia da queste aspirazioni pan-giuridiciste e da queste generalizzazioni, ma lo spirito del tempo sembra andare in senso contrario.

3. L’aspirazione del diritto a “calcolare il futuro”

D’altro canto, non si deve neppure tralasciare che il diritto, nella sua essenza produttiva di effetti futuri, esprime anche l’aspirazione a poter contare su ciò che avverrà: in qualche misura il giuridico vorrebbe “calcolare” il futuro (nella sua dimensione statica) e “prevedere” (nella sua dimensione dinamica) quale sarà la valutazione dei comportamenti.

Come scrive Max Weber “ogni decisione giuridica concreta è l’applicazione di un principio giuridico astratto a una fattispecie concreta”⁸. Detto in altri termini, l’evento è già descritto in contorni tipici e generali dentro la norma (fattispecie astratta) e l’evento particolare che si verifica qui e ora (la fattispecie concreta) è solo un caso (altri direbbe un’“occorrenza”) della classe di eventi già descritti in precedenza dalla norma giuridica in vista della produzione futura di determinati effetti.

Se – come dice Ortega y Gasset⁹ – la vita è insicurezza – *recte* “preoccupazione” – allora l’uomo ha bisogno di una dimensione in cui la vita sia prevedibile ed il diritto sembra offrire appunto uno spazio in cui soddisfare questo bisogno di calcolare il futuro, salvo poi puntualmente deludere le aspettative, come anche negli ultimi tempi è facile verificare: calcolare il futuro tramite il diritto sembra infatti un’illusione.

Si tratta di quella che potremmo chiamare l’“illusione della fattispecie”, per la quale tutta l’opera del diritto si riduce alla sussunzione del fatto nella descrizione normativa offerta dal legislatore.

Si tratta insomma della cd. “crisi della fattispecie” che può essere riguardata sotto due aspetti: quello della “crisi fondazionale della logica sussuntiva”; quello della “crisi dei presupposti di calcolabilità delle fattispecie”.

Partiamo da quest’ultima.

Lo stesso Weber riconosceva che la calcolabilità del diritto è garantita solo da fattispecie generali e astratte di norme stabili. Tuttavia, generalità e astrattezza delle fattispecie e stabilità delle norme non sono caratteristiche intrinseche, ma emergenze storiche e, quindi, dipendenti dalla contingenza della loro concreta adozione nel legiferare storico.

Oggi assistiamo a tecniche legislative sempre meno rispettose della generalità e astrattezza. In realtà assistiamo a formulazioni sempre più analitiche che, nell’impos-

8 M. Weber, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974, p. 278.

9 J. Ortega y Gasset, *Meditazioni sulla felicità*, SugarCo, Milano, 1996.

sibile sforzo di regolare tutto il possibile, si risolvono spesso in formulazioni oscure, enunciati ambigui che, talvolta, devono la loro approvazione – parlamentare, della legge, o governativa, dei decreti – proprio a quella loro ambiguità, che ha consentito il convergere compromissorio del consenso politico su un testo con tali caratteristiche.

Soprattutto il diritto è diventato sempre meno stabile: si verifica un vorticoso susseguirsi nel tempo di disposizioni sullo stesso oggetto, che spesso si embricano in un vortice di novellazioni tali da esaurire la nomenclatura della numerazione degli articoli che, dopo i cardinali arabi (1, 2, 3, etc.) e gli ordinali romani (*bis*, *ter*, *quater*), richiedono il fantasioso ricorso ai *bis.1* e così via.

Insomma, il diritto legislativo è, nella concretezza dell'attualità, sempre meno generale e astratto e sempre meno stabile; dunque, non risponde più ai criteri di calcolabilità della fattispecie che esprimevano questa tensione a dominare il futuro, ovvero a garantire quella che una volta si chiamava "certezza del diritto".

Quest'ultima è però minata anche da quella che ho chiamato la crisi fondazionale della logica sussuntiva.

Ormai da tempo – dopo la cd "rivoluzione ermeneutica" del diritto – si è riconosciuta la fallacia della riduzione operativa del diritto alla sola sussunzione e si è denunciato il mito del giudice "*bouche de la loi*", senza però rendersi conto dell'urgenza di trovare una nuova sistemazione e un nuovo inquadramento, che continuassero ad assicurare equilibri istituzionali tradizionali andati perduti, cioè quel minimo di prevedibilità delle decisioni che costituisce, in fondo, una delle ragioni d'essere del diritto.

Come è stato efficacemente e lucidamente osservato da Mario Barcellona¹⁰, una mutazione del diritto – e del ruolo che in esso svolge la giurisprudenza, anche nei sistemi a cd. diritto legislativo scritto – è intervenuta ad opera di un particolare modo di intendere l'interpretazione, teorizzato dalla cd. "ermeneutica giuridica", che così sintetizza: l'interpretazione di una disposizione, non dandosi un'accessibilità al senso autentico di un testo normativo che possa prescindere dalla soggettività di chi lo interpreta, costituisce sempre l'esito di un circolo ermeneutico, dove la comunicazione tra testo e interprete è permessa solo dalla "familiarità" dell'orizzonte dell'uno con quello dell'altro e, poiché l'orizzonte di un testo è in fondo la giusta soluzione di un caso della vita, l'interpretazione avviene sempre nel segno della "giustizia", di tal che non c'è alcuna "verità" del testo al di fuori della decisione che in suo nome viene pronunciata.

Al di là del giusto rilievo (sempre di Barcellona) che tutto ciò si basa su un radicale fraintendimento non solo di Heidegger, ma anche della stessa ermeneutica filosofica di Gadamer, non può mancarsi di rilevare che la cd. "ermeneutica giuridica" – così intesa – ha assunto storicamente un ruolo egemone nella concretezza della vita giudiziaria ed è qui che entra in gioco l'altro corno della doppia dicotomia: "la potenza del fatto".

Su questo secondo corno della dicotomia è opportuno ora soffermarsi brevemente.

10 M. Barcellona, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi, Modena, 2022, p. 11.

4. Le due potenze del fatto

La “potenza del fatto” – contrapposta al “potere del diritto” – può evocare due idee: da un lato, sembra esprimere un limite al diritto, come potere di disciplinare solo “fatti possibili”; dall’altro, e più sottilmente, sembra richiamare quelle situazioni in cui è il fatto stesso (con la sua potenza) a reclamare il diritto, un suo bisogno di trovare attuazione nel diritto. Ad esempio, le sofferenze insopportabili di un malato terminale sembrano, per la “potenza” del fatto in cui consistono e che esercitano sull’essere umano che lo legge, reclamare una loro disciplina.

Si tratta di quelle situazioni (eccezionali?) in cui il fatto esprime una sorta di immedesimazione del criterio con l’oggetto del giudizio. Anzi, in queste situazioni, il fatto non sembra neppure più implicare un “giudizio” – inteso come *ius dicere* – ma una decisione (da *de-caedere*), un taglio tra le alternative che si impongono come scelta, dopo l’immediato confronto tra il giudice e il fatto medesimo: un confronto che – come ha notato Irti¹¹ – ha il sapore e l’intensità di una prova esistenziale, con tutto il coinvolgimento emotivo e sentimentale che ciò comporta.

Paradigmatico in questo senso è stato il caso della sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale sull’aiuto al suicidio che, per gli aspetti che qui rilevano¹², ha portato alla ricostruzione *ex novo* di una fattispecie di non punibilità, ricalcata essenzialmente sulla selezione di elementi rilevanti del fatto, arricchita di una proceduralità prevista dalla legge per altri casi. Questa iscrizione del giudizio nel fatto – cioè, in alcuni elementi del fatto che, ad avviso dell’interprete, reclamavano di per se stessi una certa disciplina (nel senso della non punibilità) pur in assenza di una previsione legislativa – ha poi ancor più caratterizzato la giurisprudenza comune, che è seguita sul tema, e che ha ampliato i casi di non punibilità sulla base della selezione di altri elementi rilevanti dei fatti successivamente posti a giudizio.

Ecco allora che, in queste situazioni, il diritto perde tutto il suo consolatorio potere di calcolare il futuro, perché in qualche modo è sempre iscritto nella particolarità e nella concretezza irripetibile e singolare del fatto che accade, dal quale il singolo interprete astrae alcuni elementi, nei quali vede intrinsecamente iscritto un giudizio di approvazione o disapprovazione.

Ma anche nella quotidianità giuridica, dall’urto tra il potere della legge e la potenza del fatto, nasce (sempre e in ogni situazione) il “caso giuridico”, in virtù della legge che lo descrive in anticipo e lo valuta, approvandolo o disapprovandolo. Voglio dire che il magistrato non giudica mai e soltanto su fattispecie, ma su “casi giuridici”.

Il “caso”, diviene prima “esempio applicativo” della legge, ma poi finisce per esprimere la “domanda” che il fatto pone al diritto: il caso, dunque, non è mai dato, precedente, preconstituito, ma si “costruisce” attraverso la formulazione di una “domanda” al diritto, una domanda che viene formulata dopo aver letto (o

11 N. Irti, *op. cit.*, p. 51.

12 Per una più ampia disamina degli effetti di sistema correlati a questa sentenza sia consentito rinviare al mio, “La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019. Apocalypsis cum figuris”, in *Giudice Donna*, 2019, 2/3.

interpretato) il fatto sempre attraverso il diritto¹³. In altre parole, le fattispecie astratte sono solo le lenti attraverso le quali l'interprete considera il fatto e ne seleziona gli elementi rilevanti, ma le stesse fattispecie astratte sono selezionate sulla base di una lettura dello stesso fatto.

Si instaura perciò una circolarità – *recte* una “ricorsività” – dal fatto al diritto e dal diritto al fatto, in cui non esiste un inizio e un termine, se non in senso convenzionale (esattamente come nella geometria di un cerchio). In questo si esprime il carattere intimamente “complesso” del diritto, che non ne consente una “calcolabilità” in senso proprio, nel senso di una procedura algoritmica di tipo computazionale che consenta di stabilire in anticipo quali effetti giuridici saranno collegati a un determinato fatto.

Tuttavia, “incalcolabilità” – cioè, esatta determinazione *ex ante* di un unico risultato valido in base a un calcolo che tutti sono in grado di ripetere o verificare – non significa totale “imprevedibilità”; non significa, cioè, che ogni risultato interpretativo sia ammissibile e riconducibile solo al sostanziale arbitrio dell'interprete, *id est* alle sue personali convinzioni assiologiche.

Questo è il più grande errore della volgarizzazione/semplificazione della teoria ermeneutica applicata al diritto: avvalorare l'idea che l'interprete abbia una singolare libertà ermeneutica di far affiorare le proprie personali convinzioni nella lettura di un testo.

Eppure, è facile rilevare che, alla riconosciuta impossibilità ricostruttiva di una *intentio auctoris* (il mito della volontà del legislatore), non segue necessariamente la conclusione che per il diritto moderno l'unica strada possibile sia la *intentio lectoris* (la volontà del giudice): è pur sempre riconoscibile una *intentio operis* nella quale, pur restando molteplici (e potenzialmente infiniti) i significati attribuibili a un testo di legge, non tutti sono ammissibili e il contesto aiuta a selezionarne un ristretto numero di possibili.

Significativo è, del resto, il fatto che uno dei più importanti studiosi e divulgatori in Italia delle teorie dell'“opera aperta” e della “semiosi illimitata” – Umberto Eco – già nel 1990 sentiva il bisogno di scrivere un'opera intitolata “I limiti dell'interpretazione”, nella quale, con la semplicità dei grandi che non temono l'accusa di banalità, metteva alla berlina le derive decostruttive dell'ermeneutica e scriveva: “c'è nel Codice Rocco un comma che s'intitola ‘Turbata libertà degli incanti’ e posso leggere questo titolo come un incipit poetico, fra rondismo ed ermetismo, sui fremiti di un'adolescenza delusa. Ciò non toglie che le convenzioni linguistiche mi dicano che in quel testo ‘incanti’ vuol dire aste e l'articolo si riferisce alla turbativa d'asta. Ecco la differenza tra uso e interpretazione”¹⁴.

Non si cerchino dunque alibi in pretesi e male intesi approdi della linguistica o della filosofia per bollare come antiquato ogni tentativo di recuperare significato al principio di sottoposizione del giudice alla legge, che non solo resta ancora scritto

13 J. Hruschka, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 41 ss.

14 U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, IV ed., Bompiani, Torino, 2004, p. 127.

nella nostra Costituzione all'art. 101, ma ha un preciso e fondamentale spazio di operatività e rappresenta un perno fondamentale su cui si regge il difficile equilibrio tra i poteri e sul quale si fonda – è bene non dimenticarlo – la stessa autonomia e indipendenza della magistratura.

Vecchi e inadeguati risultano invece gli approcci decostruzionistici¹⁵ e rivendicativi di una massima libertà del giudice nel trovare nel fatto il senso della sua giustizia, una formula che evoca spaventosamente da vicino i fantasmi del cd. “diritto libero” – utilizzato in epoca nazista per giustificare le più discutibili operazioni giuridiche – ma che, ricontestualizzato in una dimensione teorica di “uso alternativo del diritto”, che esalta la funzione sociale del giudice verso i più deboli, anche in chiave di tutela dei loro diritti costituzionalmente garantiti, non solleva in genere particolari preoccupazioni e incontra invece il maggioritario plauso della dottrina¹⁶.

Insomma, la cd. “ermeneutica giuridica” non ci condanna necessariamente a un “postdiritto”¹⁷ in cui, come in una notte hegeliana, tutte le vacche finiscono per essere nere.

Al contrario, ci chiama a una nuova e più approfondita riflessione sul significato della soggezione del giudice alla legge, quale può essere inteso nell'attualità.

Proprio su questo tema mi sembra che abbiano finito per contrapporsi storicamente due modelli di giudice che, in conclusione di questo intervento, vale la pena di esaminare brevemente più da vicino.

5. Conclusione: “giudice classico” e “giudice romantico”

Analizzando in modo più ampio il ruolo del giudice nella modernità – con precipui riferimenti a una realtà come quella statunitense, dalla quale molto ci divide – Mary Ann Glendon¹⁸ ha usato una metafora che è però efficace anche nel nostro contesto, riferendosi alla contrapposizione che sta storicamente avvenendo tra due modelli di giudice: il “giudice classico” e il “giudice romantico”.

Il giudice “classico” è quello che crede, ancora e ostinatamente, nel valore della “logica della fattispecie”, come la cornice in grado di garantire quel fragile equilibrio tra il potere del diritto e la potenza del fatto. Egli, dunque, ancora nell'oggi,

15 Sul decostruzionismo cfr. J. Derrida, *De la grammatologie*, Minuit, Paris, 1967. Per una introduzione al tema cfr. M. Ferraris, *La svolta testuale. Il decostruzionismo in Derrida, Lyotard, gli “Yale Critics”*, Unicopli, Milano, 1984. Sulla declinazione giuridica del decostruzionismo è nota la polemica tra Dworkin e Fish (S. Fish, *Is there a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, Harvard, 1980); sul tema in Italia v. almeno il fondamentale G. Zaccaria, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 227-246.

16 Cfr. ad es. M. Vogliotti, “Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, p. 131. Per la parabola storica decritta dalla magistratura sotto questo aspetto, sia consentito rinviare al mio, “La grande decostruzione della magistratura”, in *Giustizia Insieme*, 24 maggio 2022 e ai riferimenti *ivi* contenuti.

17 Cfr. ad es. G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022.

18 Cfr. M.A. Glendon, *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. Carrozza e M. Cartabia, Rubbettino, Milano, 2007.

aspira ad essere sobrio e impersonale nel massimo rispetto della democratica sovranità popolare, sostenuto dalla convinzione che – pur tra mille delusioni e molti limiti – i migliori assetti delle relazioni sociali possono essere garantiti solo dalla legge, che ha l'importante funzione di limitare la “violenza” del diritto. Egli concepisce il suo ruolo soprattutto in termini di un “servizio”.

In termini weberiani egli si muove sotto la stella dell'etica della “responsabilità” mentre, in termini costituzionali nazionali, è il giudice particolarmente attento al principio di sottoposizione alla legge ex art. 101 Cost., principio che rappresenta per lui il fondamento della sua imparzialità e autonomia ex art. 104 Cost. e della uguaglianza tra tutti i giudici che si distinguono solo per diversità di funzioni (art. 107 Cost.).

Il giudice “romantico”, invece, è quello che pensa per “valori” e si promuove, autolegittimandosi, ad essere autore primario dei relativi “bilanciamenti”. Egli è volontaristico, elitario (nella convinzione di essere investito, grazie alla sua cultura e preparazione, di una più alta funzione) e – trascinato dalla sua passione per la “giustizia” – tende ad espandere il suo ruolo, spesso riempiendo quegli spazi lasciati scoperti da una politica debole. Egli concepisce il suo ruolo in termini di un “potere” da esercitare per la promozione della “giustizia”.

In termini weberiani si muove sotto la stella dell'etica dei “principi” mentre, in termini costituzionali nazionali, egli si erge a paladino dei “diritti fondamentali”, selezionando quelli che ritiene di privilegiare (spesso appoggiandosi anche a Carte e giurisprudenze sovranazionali).

Entrambi i modelli, naturalmente, funzionano da schemi descrittivi astratti, dove i singoli giudici esibiscono spesso caratteri dell'uno e dell'altro modello.

Inutile dire, però, che negli ultimi tempi il giudice “romantico” sembra avere nella magistratura un particolare *appeal*, nella sempre più diffusa convinzione del valore del detto paolino secondo cui “la lettera uccide”.

Eppure, mi sento di aggiungere, l'irrazionalismo sentimentale e volontaristico, quando si accompagna alla “forza” del diritto, può “uccidere” ancor di più della lettera: e spero per tutti che l'avversione nutrita per il rigore del formalismo giuridico non ci precipiti negli abissi di un “nuovo” diritto libero.

Per ora, in forza di quel principio di omeostasi che governa tutti i sistemi – non solo quelli fisici, ma anche quelli istituzionali – stiamo “solo” assistendo ad una reazione della politica a quelli che sono stati interpretati come “sconfinamenti” della magistratura, in una sorta di lotta tra “poteri” in cui l'unica perdente certa è l'idea della giustizia come servizio.

Di fronte a queste sfide epocali c'è da chiedersi quale sia la posizione che la “dottrina” intende occupare.

A questo proposito mi pare ancor oggi efficace un'osservazione di Schmitt, contenuta in un suo scritto del 1912 (*Gesetz und Urteil*), secondo cui la “teoria del diritto” ha due vie davanti a sé: può limitarsi a servire la prassi giuridica e seguirla fedelmente, oppure può andare per la sua strada, lasciando che sia la prassi ad appropriarsi in seguito dei risultati che essa ha conseguito.

Negli ultimi tempi ho avuto spesso l'impressione che sia stata scelta la prima strada, ma spero invece che presto venga imboccata la seconda, perché credo che solo quest'ultima possa offrire davvero *theoria*, vale a dire “visione”.

Bibliografia

- Hirsch, A., *Recht auf Gewalt? Spuren philosophischer Gewaltrechtfertigung nach Hobbes*, Fink Verlag, 2004.
- Vattimo, G., Rovatti, P.A. (a cura di), *Il pensiero debole*, Feltrinelli, 2009.
- Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 2024.
- Rodotà, S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2015.
- Benjamin, W., *Zur Kritik der Gewalt*, in *Gesammelte Schriften*, Suhrkamp, 1991.
- Derrida, J., *Force de loi. Le "fondement mystique de l'autorité"*, Editions galiléé, 1994.
- Irti, N., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016.
- Weber, M., *Economia e società*, Edizioni di Comunità, 1974.
- Ortega y Gasset, J., *Meditazioni sulla felicità*, SugarCo, Milano, 1996.
- Barcellona, M., *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi, 2022.
- Epidendio, T., "La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019. *Apocalypsis cum figuris*", in *Giudice Donna*, 2019, 2/3.
- Hruschka, J., *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Il Mulino, 2009.
- Eco, U., *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, 2004.
- Derrida, J., *De la grammatologie*, Minuit, 1967.
- Ferraris, M., *La svolta testuale. Il decostruzionismo in Derrida, Lyotard, gli "Yale Critics"* Unicopli, 1984.
- Fish, S., *Is there a Text in This Class? The Authority of Interpretative Communities*, Harvard University Press, 1980.
- Zaccaria, G., *Questioni di interpretazione*, Cedam, 1996.
- Vogliotti, M., "Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015.
- Epidendio, T., "La grande decostruzione della magistratura", in *Giustizia Insieme*, 24 maggio 2022.
- Zaccaria, G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, 2022.
- Glendon, M.A., *Tradizioni in subbuglio*, Rubbettino, 2007.