

## SOFT LAW E TOPOGRAFICA GIURIDICA

### Abstract:

#### IT.

Oggetto di queste righe, seppur imperfettamente e senza pretesa di completezza, vuole essere uno sprone a considerare il *soft-law* uno **strumento** di slancio e vigore al "fenomeno giuridico", un catalizzatore sociale, pur tuttavia non prescindendo dalla riflessione circa le norme sulle fonti (o norme secondarie, secondo una parte della Dottrina, o norme sulla produzione), ma rendendo l'ordinamento giuridico più concreto ed effettivo, al fine di recuperare il controllo e dominare le dinamiche socio-economiche contemporanee. A tal fine, è necessario, inquadrare questo **sub-fenomeno/i** cercandovi di attribuire almeno un significato; infatti è proprio dall'osservazione di quei fenomeni che si possono considerare come amorfi ed anodini, che riappare la necessità di delimitare i confini del proprio oggetto di studio, sempre se si vuole considerare il Diritto referente di approccio scientifico: delimitare quindi i termini per riappropriarsi del *proprium*.

#### EN.

This brief essay would want to point out the soft-law as an useful device to study in deep the legal phenomenon by problematizing it into our current socio-economical reality. Then, it aims to consider this expression of special legal normativity in order to reevaluate the role of interpreters in qualifying sources of Law.

**Keywords:** *Soft-law; Interpretazione; Ermeneutica; Fonti del Diritto;*

*Codice Citazionale: Chicago Manual of Style, v.B. (ed.2010)*

### *Elementi per un approccio*

E' sovente affermata sin dai primissimi studi accademici, che una qualità "essenziale" e non "funzionale" di un ordinamento giuridico, stia nella sua completezza e coerenza, tanto da rendere tali caratteristiche quasi fuse in endiadi, sintesi verbale rappresentativa dei problemi dell'analogia e delle antinomie. Se allora ci si pone con lo sguardo ad una descrizione del diritto positivo "...che voglia essere adeguata e completa...[si] dovrà...non solo perlustrare le forme principali in cui il diritto positivo si articola, ma anche aiutare a leggere dentro le manifestazioni esteriori della pratica giuridica"<sup>1</sup>: tra queste, il *soft-law*<sup>2</sup>, emerge nell'odierno contesto regolatorio multi-livello con sempre più percepibile vigore.

Trattasi di un'elaborazione **spiccatamente dottrinarica**, originariamente riferita all'ambito internazionale ma diffusasi anche a contesti ordinatori più ristretti, atta ad esprimere " *rules of*

<sup>1</sup> Cfr. Viola F. e Zaccaria G. *Diritto e Interpretazione*. Roma-Bari: Laterza. 2012, 5.

<sup>2</sup> L'espressione si deve a Lord MacNair A. "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements" in *British Yearbook of International Law*, 1930. mentre R.J. Dupuy ne rinvigori l' impianto teorico in particolare nel dibattito della Hague Academy del 1973 su "The protection of the environment and international law", poi pubblicata a Leida nel 1975 e nella relazione presentata ai "Colloque de Toulouse" del 1975 con titolo *Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la soft law*, pubblicata nel medesimo anno dalla Société Française de Droit International con *L'élaboration du droit international public*.

conduct which in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effects”<sup>3</sup> orientata ad una differente nozione del diritto oggettivo, inteso come insieme complesso di **disposizioni** e di **regole morbide**, ossia non dotate (queste ultime) delle caratteristiche tipiche<sup>4</sup> delle norme giuridiche individuate dalla tradizionale e consolidata dottrina pubblicistica.

Tale diritto tenderebbe a caratterizzarsi come il risultato di **un processo informale di normazione** “in grado di recepire il contributo dei vari soggetti che popolano la scena globale e le molteplici forme di presenza giuridica che manifestano, rispondendo dinamicamente agli sviluppi che incessantemente si producono”<sup>5</sup> nei rapporti politico-economici interni e transnazionali<sup>6</sup>.

Talché differenti istanze definitive si sono contese il suo riconoscimento: da un contenitore che racchiude in sé una tipologia peculiare (anche se non omogenea quanto ad origine e natura) di **atti**, e dunque di vere e proprie **fonti**<sup>7</sup>, seppur assolutamente caratteristiche di diritto a nient’altro che una **tecnica normativa**, e quindi una modalità di produzione di disposizioni, fluida e flessibile di gran lunga più efficace della disciplina per principi. Per altra dottrina invece, il *soft law* comprenderebbe in sé tanto una tipologia di atti, quanto una tecnica di regolazione, ovvero ancora “espressione di una particolare tipologia di norme giuridiche”<sup>8</sup>, per arrivare infine ad una mera dichiarazione di **meta-giuridicità**<sup>9</sup>.

Essere immagine però di uno strumento di regolazione posto **al di fuori** dal paradigmatico e tradizionale sistema delle fonti<sup>10</sup> (*hard law*), viepiù dotato di una forza condizionante (se non

---

<sup>3</sup> Ossia, Snyder F. “Soft law and Institutional Practice in the European Community” in S. Martin. *The Construction of Europe: Essays in honour of Emile Noël*, 198, Dordrecht, 1994. *A fortiori* Wellens K.C. e Borchardt G.M. “Soft law in European Community”, in *European Law Review*, 14 (1989): 267. Per un parziale elenco di forme di soft-law si v. Boschetti B. “Soft law e normatività: un’analisi comparata” in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2 (2016): 32 (in particolare la nota 2), ove rileva la nuova *Lex Mercatoria* e il Diritto Europeo dei Contratti.

<sup>4</sup> Poiché la vincolatività e coercibilità sono connotati tipici del diritto, invece nel *soft-law* l’ottemperanza si presenterebbe come volontaria fondandosi sulla persuasione, che tuttavia, gli organi dell’applicazione trasformerebbero, in norme definite.

<sup>5</sup> Pastore, B. “Soft law”, gradi di normatività, teoria delle fonti”, in *Lavoro e Diritto* 1 (2003): 6.

<sup>6</sup> “si può parlare di nuove forme di intelligenza giuridica, prodotte al contempo da vari soggetti pubblici e privati...[quale] risultato di rapporti dialettici ... che accompagnano la vita dei mercati...un variegato repertorio di strumenti giuridici, che piuttosto che seguire i classici percorsi della legalità, asseconda e promuove dinamiche giuridiche compatibili con il raggio d’azione delle relazioni economiche. Questa giuridicità camaleontica...con relativa strutturazione... dal carattere spiccatamente adattativo e teleologico è chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato” Ferrarese M.R. *Le istituzioni della globalizzazione*. Bologna:Il Mulino,2000,12,59,92.

<sup>7</sup> Un *tertium genus* di produzione del diritto, identificato nel *soft law*, il cui criterio di qualificazione starebbe nella efficacia giuridica pratica v. per tutti Wellens, and Borchardt, *Soft Law*, 267-321. Se si considera il *soft law* come *alter ego* in una sorta di *contradictio in terminis* sostenuta da Lachs J., “The Threshold in Law-Making”, in *Volkerrecht als Rechtsordnung*, in *Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mossler*, 493-500, Berlin, 1983.

<sup>8</sup> “atti non normativi di valore sub-legale” Pastore, *Soft Law*, 9.

<sup>9</sup> Thürer D. “Soft law eine neue Form von Volkrecht”, in *Revue de Droit Suisse* (1985): 432.

<sup>10</sup> Ossia la possibilità che tali indicazioni siano trasformate in *hard-law* attraverso decisioni giudiziali, amministrative o legislative.

sostanzialmente<sup>11</sup> precettiva *sui generis*), a cui segue una diffusione trasversale dall'originario contesto fondativo<sup>12</sup> così come un'evoluzione nella sua funzione<sup>13</sup>, induce l'emersione di un problema da cui non può seguire un interrogativo circa un suo supposto carattere di **giuridicità**<sup>14</sup>.

Si prospetta allora per il Giurista, non un semplice compito di descrizione di un fenomeno, bensì una ricostruzione dell'essere del Diritto al di fuori delle sue mitologie<sup>15</sup> neo-positivistiche: dunque, si può considerare il *soft-law* come una manifestazione affatto peculiare **della** dinamica giuridica che tuttavia si inserisce nel processo giuridico, integrandolo e perfezionandolo, ossia costruendolo; oppure come una autonoma e genetica attualizzazione di una "res" (nella forma di un giudizio esistenziale prima che predicativo), dotata quindi di ontologica<sup>16</sup> soggettività ed individualità, che opera **nella** dinamica giuridica, pur non confondendosi.

Indipendentemente dalla scelta, v'è però un fatto, che non è semplicemente la negazione di qualcos'altro, come se la "sua essenza si dovesse ridurre ad un vuoto ed univoco modo di essere"<sup>17</sup>: esso invece apparirebbe come una realtà giuridicamente **esistente** anche se non ancora giuridicamente **rilevante**<sup>18</sup>, in grado di incidere su una rappresentazione della teoria delle fonti che sia comunque sensibile al contesto ordinatorio stante il *continuum* di relazioni tra materiali giuridici e la valenza che assumono nel processo di positivizzazione del diritto.

---

<sup>11</sup> Grazie al loro valore meramente esortativo, d'indirizzo o programmatico, si perviene ad una sua capacità di guidare il comportamento. V. per tutti, Raz J. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

<sup>12</sup> È confermato infatti il suo contributo di essere un "agente" non secondario nell'edificazione di un diritto uniforme a livello transazionale.

<sup>13</sup> Originariamente come normativa di cooperazione interstatale (es. "non binding agreements") *soft obligations* e *soft control mechanisms*, spesso affidati all'applicazione concorde delle parti, nonché provviste di vere e proprie sanzioni, anche queste definite *soft* (es. le Linee Guida della Banca Mondiale ed il relativo *Inspection panel*). In ambito comunitario, invece si vedano le "Christmas Communications", del lontano 1962, ed ancor più la risoluzione del Consiglio Europeo del 5 dicembre 1978, atti *ante litteram* di *droit mou*. Attualmente gli artt. 4 e 288§1 TFUE. In ambito nazionale, si menzionano le Autorità Amministrative Indipendenti, ossia figure istituzionali che partecipano come co-autori alla produzione normativa (*co-regulation*), mediante una modalità di *drafting* legislativo caratterizzato da una "...regolazione flessibile, in cui le norme sono meno dettagliate, più aperte e ricche di clausole solo generali... la loro applicazione è affidata a funzionari di appositi organismi...professionalmente addestrati a tenere in conto le caratteristiche dei destinatari della regolazione...dimostrando...capacità di ascolto e di considerazione delle peculiarità." Greco N. "Consistenza, articolazione ed ambiguità della 'regolazione'", in *Studi parlamentari e di politica costituzionale* 145-146, (2004): 15. Quello che è importante rimarcare è che il *soft law* nazionale, è costituito da un insieme di strumenti, rivolti a regolare materie nei quali esiste già una disciplina *hard* (quindi un intervento *soft post legem*), ovvero da un'espressa delega della fonte di diritto tradizionale, riconoscendo quindi *ex post* una normatività intrinseca ed *ex ante* una giuridicità compiuta (la vera e propria *co-regolazione*).

<sup>14</sup> *Rectius* un suo essere giuridicamente rilevante senza però produrre effetti giuridici. Dal quesito su tale connotazione si dovrebbe passare a quello sui tratti distintivi di questa: sub-giuridicità (ossia derivata, giuridicità insita, giuridicità diffusa).

<sup>15</sup> "...il mito nel suo significato essenziale di trasposizione di piani, di processo cioè che costringe una *realtà* a compiere un vistoso salto di piani trasformandosi in una *metarealtà* ...[che come] entità metastorica...si assottiglia, diventa oggetto di credenza più che di conoscenza" Grossi P. *Mitologie Giuridiche della Modernità*. Milano: Giuffrè. 2001, 45-46.

<sup>16</sup> Nel "...significato vuoto e non compromettente, nel senso che esso si riferisce ad ogni domandare ed indagare diretti all'essere come tale..." Heidegger M. *Ontologia – Ermeneutica della Effettività*. Napoli: Guida. 1998, 11.

<sup>17</sup> Tasso, T. G. *Oltre il Diritto – Alla ricerca della giuridicità del fatto*. Padova: Cedam 2012, 193.

<sup>18</sup> "Il *soft-law* prescrive qualcosa: raccomanda un fine, un atteggiamento da assumere. È ritenuto capace di generare in qualche modo regole giuridiche. Le fonti presentano gradi diversi di oggettivazione, ma si pongono, tutte, come risorse ufficiali da cui trarre le regole dei casi, [ossia]... le ragioni che sostengono le soluzioni giuridiche" Pastore, *Soft law*, 3.

Non solo: essa ne permetterebbe una innovativa raffigurazione di tipo “**atomico**” laddove agli strumenti di *soft-law* potrebbe attribuirsi il ruolo di elettroni dispersi in un ambiente nebulare con differenti livelli di attrazione al nucleo (*hard-law*)<sup>19</sup>.

### **Elementi per un approccio critico**

Da quanto emerso, il *soft-law* apre al problema del **riconoscimento** della giuridicità intrinseca di un enunciato performativo non necessariamente condizionale<sup>20</sup>, al di fuori delle disposizioni di principio; propone il dilemma **validità/effettività**<sup>21</sup> per il suo darsi nella società; esprime una vincolatività coerente<sup>22</sup> e multi-direzionale<sup>23</sup>, quindi flessibile; abilita ad una riflessione sulle fonti e sulla sua ideologia, inducendo a conferire rilevanza anche ai crittotipi ordinamentali e al *regulatory process*<sup>24</sup>.

**Problematizzare** tale fenomeno può allora esprimersi attraverso un archetipo ermeneutico<sup>25</sup> e pragmaticamente orientato, dotato di una prospettazione che superi o semplicemente si alleghi all’attuale constatazione di una teoria mista dell’interpretazione giuridica, fatta di una sapiente combinazione tra formalismo/cognitivismo e scetticismo nell’attribuzione di significato alle disposizioni giuridiche, trasformandole in norme, ove il manto dell’autorità non copre tali enunciati privandoli del **dubbio deontico** delle loro proposizioni.

Tale problematizzazione consente poi, di aprire una riflessione sui rapporti tra **fonti** del diritto (nonchè il loro ordinamento) ed **interpretazione** intesa come **giustificazione dell’obbligatorietà attraverso l’attribuzione di senso**<sup>26</sup>: in una concezione **nomo-dinamica**

Eliminato: quell'

<sup>19</sup> Una personale evoluzione adattativa dall’impostazione reticolare espressa in Ost F. e M. van de Kerchove. “De la pyramide au reseau? Vers un nouveau mode de production du droit?” in *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 44, (2000):1.

<sup>20</sup> In cui inoltre non sono immediatamente percepibili la parte referenziale (frastico) e il segno di funzione (neustico). Cfr Hare R.M. *The Language of Morals*, Oxford University Press. Oxford: Clarendon Press. 1952.

<sup>21</sup> “... il principio di effettività non giuridicizza ciecamente qualunque situazione; al contrario indaga al fine di accertare se una situazione, per essere fornita di determinati requisiti, sia riconoscibile come situazione ordinata in diritto... Il diritto rinuncia a dettare le condizioni alle quali il fatto deve obbedire per essere riconosciuto giuridicamente. Ma ciò non esclude che delle condizioni ci siano: non ci sono più condizioni imposte, *ante rem*, dal diritto, ma ci sono, *in re*, *in rebus*, le condizioni senza le quali il fatto, per se stesso, non vale, non ha forza, non è: queste condizioni sono le condizioni dell’effettività.” Piovani P. “Effettività (principio di).” In *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, 1965.

<sup>22</sup> Quando contrapposta alla conformità, ossia espressione di potere adattativo. Cfr. Boschetti, *Soft law*, 36.

<sup>23</sup> *Ibidem*, 34.

<sup>24</sup> “...molti tentativi qualificatori della *soft-law* falliscano perché guardano ad essa solo dal limitato angolo visuale del farsi del diritto e non ...del suo porsi nella realtà come fatto regolante e canone effettivo del comportamento.” *Ibidem*, 37.

<sup>25</sup> “...non come un metodo per interpretare un testo o, più in generale, come un insieme di dottrine, quanto piuttosto come uno stile di interrogazione filosofica, come un ‘modo per accostarsi ad un problema’ [mediante] forme di ibridazione con apparati concettuali ripresi dal neo-giusnaturalismo, dalla teoria del discorso, dal post-strutturalismo, dal neocostituzionalismo, dalle dottrine della democrazia deliberativa” Canale D. “La precomprensione dell’interprete è arbitraria?” in *Etica e Politica* 1,(2006): 1-2.

<sup>26</sup> “...imprimendole il carattere categoriale di ‘norma’...” Cotta S. *Giustificazione ed obbligatorietà delle norme*. Milano:Giuffrè. 1981, 27.

dell'ordinamento infatti, sarebbe possibile ravvisare una polisemia del concetto di "fonte" tra cui si appalesano connotati "procedimentali"<sup>27</sup> e "sostanziali"<sup>28</sup> che, in forza di una comparazione **assiologicamente** competitiva<sup>29</sup>, contribuiscono ad una costruzione<sup>30</sup> coerente del sistema.

Processo quest'ultimo, condotto dagli interpreti nella fondata coscienza della nozione heideggeriana di "**gettatezza dell'essere-nel-mondo**"<sup>31</sup> tale da porsi essa stessa come parte di una più ampia "ideologia delle fonti"<sup>32</sup>, condivisa dalla comunità interpretante<sup>33</sup>, e matrice per la determinazione dei criteri normativi<sup>34</sup> nella identificazione di giuridicità di un testo<sup>35</sup>, ossia nell'interpretazione finalizzata all'individuazione/riconoscimento<sup>36</sup> della disposizione (attribuzione del significato "modale"), per poi condursi alla sua allocazione<sup>37</sup> sistematica in ottica applicativa (attribuzione del significato "oggetto").

Questo indurrebbe quindi a considerare il *soft-law* come un fenomeno connotato da profili molto più problematici di quanto appare ad uno sguardo semplicemente instaurato su una pratica dogmatica tradizionale, ma pur sempre percepibile come un novello ***ius honorarium della post-modernità***<sup>38</sup>. Esso richiama con forza ad una rivoluzione kuhniana nella scienza giuridica, imponendovi un nuovo mutamento di paradigma: concetti come effettività<sup>39</sup> (anche filosofica<sup>40</sup>),

---

<sup>27</sup> Inteso come "...attività che può produrre testi o documenti giuridici" Pino G. *Interpretazione e "Crisi" delle Fonti*, Macerata: Mucchi, 2014, 13.

<sup>28</sup> Ossia, "...tutti i fattori che influiscono sul processo di attribuzione di significato da parte degli interpreti ai documenti giuridici" Ibidem, 14.

<sup>29</sup> Intesa quale risultato di una scelta di valore in ordine alla sua applicabilità normativa: da puntualizzare come questa "...può essere riferita ai soli casi in cui viene istituito un rapporto di preferenza tra due (o più) norme, in base ad un criterio giuridico positivo o sapienziale, *senza che ciò determini necessariamente l'invalidità, annullamento o abrogazione della norma meno importante.*" Ibidem, 32.

<sup>30</sup> Tale costruzione esprime *in toto* la rappresentazione del criterio di competenza, funzionale proprio ad un'immagine "policentrica, pluralistica, 'a rete', dell'ordinamento giuridico". Ibidem, 35.

<sup>31</sup> Lit. "*Geworfenheit in-der-Welt-sein*".

<sup>32</sup> Sono compresi tanto "criteri per l'individuazione delle fonti rilevanti, ma anche metodologie interpretative" Pino, *Interpretazione*, nota 25. In particolare, alla composizione di tale approccio ideologico, che guida l'operato dell'interprete (inserito nella comunità degli interpreti), perviene una sorta di propensione al conformismo ravvisabile nella psicologia dei gruppi ovvero un livellamento delle posizioni singolari spiccatamente pragmatico.

<sup>33</sup> "E noi giuristi non siamo innanzi a questo mondo, ma dentro questo mondo; e non possiamo trattarlo e manipolarlo con il metodo di ieri...Il metodo può solo nascere dall'intima vicinanza all'oggetto, dal renderlo interno alla nostra stessa temporalità...- tale per cui- l'oggetto ...determina il metodo della sua propria indagine...Lasciarsi vivere dalla contingenza...Soltanto da questa coscienza può sorgere il metodo dei nostri studi" Irti N. *Nichilismo Giuridico*. Roma-Bari: Laterza, 2005, 12-14.

<sup>34</sup> Qui "normativo" viene inteso nel senso di "contesto di giustificazione". Cfr. Pino, *Interpretazione*, 20.

<sup>35</sup> Talché la definizione di fonte si avrebbe nel "...documento che gli interpreti ed in particolare gli organi dell'applicazione sono giustificati nel considerare normativo, cioè idoneo ad esprimere norme a seguito di attività interpretativa" Ibidem.

<sup>36</sup> "Per riconoscere una disposizione *qua* disposizione, e, in generale, un enunciato *qua* enunciato, è necessario comunque esperire una previa, talvolta inconsapevole, attività interpretativa" Comanducci P. *Assaggi di metaetica*. Torino: Giappichelli, 1992, 39.

<sup>37</sup> Ossia alla qualificazione del tenore precettivo.

<sup>38</sup> "strumento di regolazione dei rapporti interstatali sussidiario, e in certa misura alternativo, agli strumenti vincolanti" Boschetti, *Soft law*, 33.

<sup>39</sup> "L'effettività... viene in rilievo...come risposta riconoscimentale dei consociati che partendo dai vari elementi (infrastatali, statali, sovranazionali, internazionali) costruiscono ermeneuticamente un ordine giuridico..." Pastore, *supra* nota 5, 14. Nonché il rapporto legalità (validità), legittimità ed efficacia che "rinvia alla pratica riconoscimentale ed al consenso dei soggetti coinvolti". Ibidem, 7.

integrazione, multi-focalità e decentramento, dialogano in un contesto di teoria delle fonti<sup>41</sup> che voglia sempre più aprirsi ad una prospettiva globale pur rispettando le singole autonomie normative istituzionalizzate, ora però non più indipendenti, nonché una **declinazione graduale** della stessa normatività capace di rendere più “impegnativa la pretesa fenomenologica di portare alla luce quella riserva di senso che si nasconde nella positività del diritto”<sup>42</sup> attraverso l’attività interpretativa.

Da tutto ciò, il *soft law* aspira ad una tipizzazione dalle sue occorrenze<sup>43</sup> rivelando una specifica forma normativa<sup>44</sup>, pur nascendo nell’a-tipicità; **mira alla diffusione della consapevolezza<sup>45</sup> da parte degli interpreti di comprendere<sup>46</sup> l’ordinamento positivo declinato nella sua infrastruttura giuridica come sistema intrinsecamente complesso dotato di un’auto-poiesi non strettamente autoreferenziale bensì legata al riconoscimento razionale (giustificabilità<sup>47</sup>) della giuridicità del fatto<sup>48</sup>** e pertanto adattabile alle dinamiche sociali; stabilisce una rinnovata vigořia nello studio degli atti linguistici<sup>49</sup> contribuendo così ad una filosofia dei fenomeni istituzionali e dell’ontologia sociale.

---

<sup>40</sup> “...l’esserci, a partire dal quale e per il quale la filosofia ‘è’.” Heidegger, *Ontologia*, 11.

<sup>41</sup> Connaturata ad una dialettica “*hard-soft*” intesa come reciproco collegamento, pur con le necessarie differenze in termini di attrazione/repulsione. Ecco dunque come una prospettazione “atomica” potrebbe dirsi più adatta a modello descrittivo.

<sup>42</sup> Nocerino R. “Complessità e Diritto: brevi riflessioni su Niklas Luhmann e Bruno Romano” in *I-Lex, Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale* 11 (2010): 537.

<sup>43</sup> “...attraverso il tipo di un atto giuridico, da un lato, vengono determinate le regole che si applicano a ciascuna concreta occorrenza di quel tipo di atto; dall’altro lato, vengono stabiliti gli effetti che ciascuna concreta occorrenza di quell’atto produce. In alcuni casi, infine, l’atto giuridico ha, nella corrispondenza ad un tipo, la propria condizione di possibilità.” Passerini Glazel L. *La forza normativa del tipo*. Macerata: Quodlibet. 2005, II.

<sup>44</sup> “La fonte legislativa risulta contaminata da nuove forme giuridiche, che si lasciano alle spalle valenze strettamente precettive.” Pastore, *Soft law*, 10.

<sup>45</sup> Cioè l’essere all’interno della “situazione ermeneutica” (*hermeneutische Situation*) che determina la sua precomprensione (*Sinnerwartung*) e la sua storicità (*Überlieferungsgeschehen*) “...entrando nel circolo nel modo corretto” Heidegger M. *Essere e Tempo*. Tradotto da Paolo Chiodi. Milano: Longanesi. 1976, 153. Come sottolinea Canale pertanto, questo è funzionale all’ “...esigenza di ancorare la precomprensione dell’interprete giudiziale alla – utilizzabilità (*Zuhandenheit*) della - “cosa stessa” disciplinata dal testo, in modo da garantire la legittimità della prima e la consistenza ontologica della seconda” Canale, *Precomprensione*, 24. *A fortiori* “sforzo di cogliere ‘la cosa stessa’” (*die Sache selbst*) Larenz K. *Storia del metodo nella scienza giuridica*. Tradotto da Sergio Ventura. Milano: Giuffrè, 1966, 202.

<sup>46</sup> “Comprendere significa innanzitutto comprendersi sulla cosa (*sich in der Sache verstehen*)...” Gadamer H.G. *Verità e metodo*. Tradotto da Gianni Vattimo. Milano: Bompiani, 1990, 344. “Il fine di ogni comprensione è l’intendersi sulla cosa (*Einverständnis in der Sache*). L’ermeneutica ha quindi sempre il compito di istituire questo accordo (*Einverständnis*), quando esso manchi o sia messo in pericolo” Ibidem, 342.

<sup>47</sup> “Quando dunque, si dice che qualcosa deve essere nel suo senso specifico ed autentico, si formula sì un imperativo, ma si dice di più, ossia si aggiunge che esso è giustificabile, che ha una ragione, ed un perché su cui si è pronti a confrontarsi. Così il mondo dei veri imperativi è un mondo diverso da quello dell’autentico dover essere, è il mondo della contrapposizione immediata delle volontà e della forza fisica. Solo quando entra nella dimensione della giustificazione, l’imperativo prende il senso del dover essere autentico e si eleva al livello della discussione razionale” Carcaterra G. *Dal Giurista al Filosofo-Livelli e Modelli della giustificazione*. Torino: Giappichelli. 2007, 5.

<sup>48</sup> Capace di una rinnovata filosofia della forma, “...idonea a superare il formalismo giuridico s-formativo delle relazioni intersoggettive”. Nocerino, *Complessità*, 538.

<sup>49</sup> *Rectius*, delle loro componenti illocutoria e perlocutoria.