



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2024 ANNO IX N.18.

LA TEORIA ERMENEUTICA DEL DIRITTO E LE SFIDE DELLA COMPLESSITÀ



2024 ANNO IX NUMERO 18 – DOSSIER INTERPRETAZIONE

Di Baldassare Pastore – DOI 10.54103/2531-6710/27786



LA TEORIA ERMENEUTICA DEL DIRITTO E LE SFIDE DELLA COMPLESSITÀ

Baldassare Pastore

THE HERMENEUTIC THEORY OF LAW AND THE CHALLENGES OF COMPLEXITY .

Riassunto

L'articolo, in cui l'autore risponde ai commenti e alle considerazioni di Giovanni Messina, Valeria Marzocco e Aldo Schiavello sul suo libro Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica, intende evidenziare il contributo che la teoria ermeneutica può fornire ad una adeguata comprensione della complessità del diritto contemporaneo. La positivizzazione giuridica si fa costantemente a partire da materiali vari e attraverso l'articolazione di fonti di origine e autoritatività differenziate, in un contesto destrutturato, frammentato, fluido, reticolare. In questo scenario, il pluralismo rappresenta un aspetto essenziale della complessità. L'attività interpretativa gioca un ruolo fondamentale all'interno dei processi di produzione giuridica, che dipendono sempre più dalla presenza di molteplici soggetti.

Parole chiave: *Complessità del diritto, Ermeneutica giuridica, Positivizzazione giuridica, Interpretazione, Pluralismo.*

Abstract

This essay, in which the author responds to commentaries and considerations, made by Giovanni Messina, Valeria Marzocco e Aldo Schiavello, on his book Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica, intends to highlight the contribution that hermeneutic theory can provide to an adequate understanding of the complexity of contemporary law. Legal positivization works through the articulation of sources of several origins and authoritativeness, in an unstructured, fragmentary, fluid context with a network frame. In this scenario, pluralism represents an essential aspect of complexity. Interpretative

activity plays a fundamental role within legal production processes, which increasingly depend on the presence of multiple subjects.

Keywords:

Complexity of Law, Legal Hermeneutics, Legal Positization, Interpretation, Pluralism.

Autore: Baldassare Pastore, Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Ferrara (baldassare.pastoreo@unife.it).

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco.

Articolo ricevuto il 01.11.24 approvato il 17.12.24.

1. Contro le semplificazioni

Ringrazio Giovanni Messina per aver promosso e raccolto gli interventi sul mio libro *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica* (Pastore 2024). Sono grato agli amici e colleghi per l'attenzione che hanno voluto dedicare ad una riflessione portata avanti da molti anni e legata ad un percorso di ricerca che ho inteso caratterizzarsi come contributo alla costruzione di una teoria ermeneutica del diritto.

Le questioni sollevate negli interventi sono molte e toccano una serie di temi decisivi riguardanti la prospettiva da me assunta. Ciò rende difficile il mio compito di replicare. Ma, prendendo sul serio l'idea di dialogo, ritengo sia importante riconoscere che, in quanto filosofi del diritto, abbiamo problemi in comune a cui cerchiamo di dare risposte impegnandoci nell'ascolto degli altri.

In quel che segue, non potendo ovviamente rispondere a tutti i commenti formulati da Giovanni Messina, Valeria Marzocco e Aldo Schiavello, con i quali ho avuto modo di discutere nel seminario organizzato presso il Dipartimento di Scienze politiche dell'Università "Federico II" di Napoli il 18 ottobre 2024, mi concentrerò su alcuni punti per me particolarmente significativi.

Il mio libro, che prosegue l'indagine proposta in *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea* (Pastore 2014), nasce dalla convinzione secondo la quale semplificare ciò che è complesso equivale a fornire una descrizione falsificata e dunque non idonea a dar conto del mondo giuridico con le profonde trasformazioni che lo attraversano.

I mutamenti che hanno segnato, in questi decenni, il paesaggio giuridico sono stati profondi e hanno sconvolto il cardine sul quale si reggeva. È entrato in crisi il monismo legislativo e ciò ha prodotto la messa in discussione della raffigurazione formalistica del diritto, inteso come insieme predefinito, compiuto, di regole valide. La crisi del *legalismo* è ricaduta sulla configurazione del sistema, centrato sull'unitarietà e

verticalità gerarchica della produzione giuridica e costruito sulle linee semplici e regolari di un insieme normativo fondato sulla legge, essenziale criterio di orientamento nella varietà delle fonti.

Il diritto positivo va letto oltre i confini della legge e ciò significa riconoscere che diversi soggetti, distribuiti nei diversi ambiti funzionali in cui si struttura l'esperienza giuridica, sono chiamati a cooperare nella produzione del diritto, che, così, si struttura come un insieme articolato, formato da varie componenti: un'impresa collettiva plurale, in continua elaborazione e in costante adattamento. Il diritto si configura come un processo dinamico di azioni e decisioni, suscettibili, a loro volta, di ulteriori specificazioni e concretizzazioni. Si è in presenza di una moltitudine di fonti regolative e di una molteplicità di attori che, a vari livelli, producono regole, le quali, peraltro, assumono diverse consistenze prescrittive. Lo scenario giuridico assume un carattere multicentrico, ipertrofico, frammentato. La sua struttura copre i diversi ambiti della società in modo sempre più pervasivo e tende a diventare molto estesa, ramificata. Al diritto si chiede di governare la molteplicità dei rapporti e delle relazioni di vita, le diversificate situazioni riguardanti gli interessi, le identità, i valori. All'esplosione del molteplice, che peraltro determina una frammentazione del soggetto di diritto, la cui unicità e astrattezza ha costituito un postulato cardine del diritto moderno, corrisponde la complessità del quadro normativo, dovuta all'aumento dei centri di produzione giuridica, alla moltiplicazione delle fonti, ai mutamenti nella configurazione delle materie regolate.

Si va configurando, così, un paesaggio giuridico poroso, pluralistico, dotato di una inerente *polinormatività*, caratterizzato da coesistenze, interferenze, condizionamenti reciproci tra settori e livelli normativi di diversa origine. La compresenza di, e il confronto tra, plessi normativi, nel *continuum* tra diritto "infra-nazionale" e diritto "ultra-nazionale", mette in moto meccanismi in forza dei quali l'interprete si trova ad applicare la regola tratta da una o l'altra fonte, considerata maggiormente idonea a soddisfare le esigenze avanzate dai casi. Gli interpreti, di fronte ad una pluralità, spesso disordinata, di fonti, devono previamente individuare il "dato" cui riferire il lavoro di attribuzione dei significati e qui il momento della scelta è rilevante. Dall'individuazione delle fonti, a seguito della loro selezione, deve ricavarsi, attraverso l'interpretazione, la regola da applicare al caso concreto. Al tipico compito di trarre la norma dalla fonte si affianca quello del reperimento della fonte stessa, che va costruita. L'uso delle fonti, pertanto, rinvia alla loro ricerca, che diventa una questione di interpretazione e di applicazione del diritto. A monte delle norme vi sono svariati materiali giuridici, eterogenei e dotati di diversa forza vincolante, che formano un insieme normativo in potenza da attualizzare. La complessità è il risultato della compresenza di più plessi normativi in interazione. Non più espressione di un fluire normativo uniforme che parte da un unico centro di autorità, ma risultato di varie interrelazioni, frutto, in costante divenire, della prassi di una pluralità di soggetti. In questo quadro, la configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un ordinamento "aperto" alle attività di reperimento del diritto.

2. Metodologia, diritto multicentrico, legalità

La tesi ermeneutica del diritto come pratica sociale mette in evidenza il contributo costruttivo che l'interprete apporta alla formazione del diritto, ponendo attenzione alle condizioni di possibilità e di riuscita della prestazione interpretativa. Il diritto positivo *si fa* nelle interpretazioni che consentono ai testi di rivivere nelle varie e sempre nuove situazioni concrete, entro vincoli contestuali di natura linguistica, istituzionale, ordinamentale. L'interpretazione è un elemento interno del diritto, che, attraverso essa, si rinnova, si adegua, si ricostruisce permanentemente, e nel quale confluiscono nuovi orientamenti e sedimentazioni consolidate. Non c'è diritto senza giuristi chiamati a connettere sapienza tecnica e capacità inventiva e a collegare il passato al presente e al futuro.

In questa prospettiva, come Giovanni Messina mette opportunamente in luce, il problema del metodo è inaggrabile. E condivido con lui la finalità del controllo critico sui processi di positivizzazione che l'istanza metodologica consente di assicurare (Ciaramelli 2021: 6-7).

Il metodo giuridico fa parte dell'esperienza quotidiana dei giuristi, sia nell'esercizio della conoscenza e della ricerca del diritto, sia nell'impegno nei processi di concretizzazione. In tal modo la metodologia, finalizzata a sottoporre a verificabilità il lavoro dell'interprete, diventa una componente decisiva dell'ordinamento giuridico (Ciaramelli 2021: 48). E, nello Stato costituzionale, è chiamata a mettere criticamente in rapporto i contenuti normativi con i principi e i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti.

La questione riguarda la controllabilità delle decisioni che esprime una irrinunciabile esigenza di giustizia ed è volta ad evitare che il campo della pratica giuridica sia lasciato al decisionismo. Sottoporre a controllo, infatti, significa far riferimento a vincoli, di forma e di sostanza, e a ragioni giustificative, atti ad impedire che una decisione, risultato dell'esercizio di un potere normativo, sia presa sulla base di sé stessa, sia cioè auto-fondata e dunque infondata.

Segnalo, a questo proposito, l'apporto della teoria ermeneutica, che ha posto attenzione all'attività svolta dall'interprete, prendendo in considerazione le due polarità entro cui si esplica la formazione giudiziale del diritto: da un lato, la libertà, in una certa misura ineliminabile, del soggetto interpretante; dall'altro, l'esigenza di razionalità del suo operato, con riferimento alla accettabilità della decisione in un contesto unitario di senso che contribuisce a controllare l'esercizio interpretativo. Assume rilevanza qui il riferimento alla comunità interpretativa, che lega tra loro i membri di una tradizione giuridica, i quali, risultando situati in un tessuto di pratiche collettive sedimentato nel linguaggio e nella cultura, e aventi in comune un medesimo sapere che rinvia ad un insieme di competenze operative, accettano e condividono

un sostrato di atteggiamenti, convenzioni, orientamenti, opinioni professionali (pur in presenza di disaccordi e conflitti). La comunità dell'interpretazione giuridica rappresenta un criterio regolativo in base al quale controllare le scelte e le soluzioni sul versante della consistenza e della tenuta delle argomentazioni fornite.

Un altro tema su cui si sofferma Messina, avanzando dubbi sulla rappresentazione del diritto odierno come insieme multicentrico caratterizzato da intrecci dei livelli normativi che vanno oltre lo Stato, in uno spazio sovranazionale, internazionale, transnazionale, riguarda la centralità che l'autorità degli Stati continua ad avere ai fini dell'accettazione di tali intrecci, per il riconoscimento della rilevanza interna e della obbligatorietà dei plessi giuridici extranazionali. L'idea di fondo è che il fenomeno giuridico non può essere compreso senza rinviare alla decisione politica, sicché il concetto di sovranità mantiene la sua utilità euristica.

Non intendo negare questi aspetti. La sovranità si configura, nella storia del pensiero politico e giuridico, come potere originario e unitario da cui discende l'esclusività dell'ordinamento. Mi preme evidenziare, però, che non è possibile non tener conto che tale ordinamento non è più, e da tempo, di esclusiva provenienza statale. Va preso atto della presenza di centri di produzione normativa non previsti ed estranei all'ordinamento nazionale e tuttavia efficaci e suscettibili di condizionare il comportamento di soggetti pubblici e privati. Abbiamo a che fare con un diritto estraneo alla *ratio* della sovranità e sostanzialmente indifferente nei confronti dei confini statali. I diritti statali si aprono inevitabilmente ad un diritto di formazione ultranazionale che incide direttamente nei singoli ambienti nazionali (Pastore, Viola, Zaccaria 2017: 282).

In primo luogo, guardando all'Europa, l'irrompere del diritto UE infrange il monopolio statale della produzione giuridica e produce effetti sul diritto dei Paesi membri dell'Unione, fornendo regolamentazioni che, in vaste aree e sempre più, sostituiscono la legislazione nazionale o la vincolano a fini imposti. Laddove il diritto dell'Unione europea, entrando nel diritto statale, diventa direttamente applicabile, esso prevale sulle fonti interne, derogandole. Il controllo sulla retta interpretazione e applicazione delle norme europee, attribuito alla Corte di giustizia, ha ricadute rilevanti sul diritto interno, che, da un lato, deve essere interpretato in conformità al diritto UE, dall'altro è sottoposto al controllo diretto di tale Corte, chiamata a verificare la compatibilità delle norme interne alla stregua del diritto europeo, con il vincolo del giudice nazionale a disapplicare il diritto interno ritenuto dalla Corte incompatibile con quello europeo. Siamo di fronte a molteplici livelli di legalità (ordinaria, costituzionale, euro-comunitaria) riconsiderata attraverso il prisma della problematica relativa al ruolo degli interpreti, a garanzia e controllo delle attività e degli esiti decisionali.

Inoltre, a livello transnazionale, si è in presenza di un diritto prodotto spesso privatamente e privo di radicamenti territoriali. Ne sono esempi peculiari la nuova *lex mercatoria* e la *lex informatica*. Emerge un quadro che vede la presenza di molteplici fonti regolatorie operanti in un contesto "globale", le cui

ricadute, però, interessano gli specifici ambiti “locali” (Pastore, Viola, Zaccaria 2017: 282-283).

Invero, quando ci troviamo di fronte a dinamiche economico-finanziarie operanti nel mondo globalizzato, assistiamo a processi di privatizzazione, volti al soddisfacimento di interessi che mostrano il volto arrogante dei poteri che li fanno valere e di cui sono portatori. Ma, proprio in tali contesti, l’esigenza di arginare e canalizzare il potere, che rappresenta una finalità del diritto, va perseguita. Risulta essenziale l’impegno della cultura giuridica per una riconfigurazione del principio di legalità, da intendere proprio come “primato del diritto”, volto a regolare tali poteri e disciplinarne l’esercizio tramite la predisposizione di istituzioni, regole, limiti, vincoli.

Gli Stati non sono entità sul viale del tramonto. Partecipano alla creazione delle organizzazioni sovranazionali e transnazionali. Risultano, però, condizionati da norme e istituzioni che essi stessi hanno contribuito a produrre, alle quali sono sottoposti. Tuttavia, la volontà degli Stati mostra l’“opaco nucleo decisionistico della politica” (Habermas 1996: 165) in costante tensione con il diritto. Gli Stati tornano a parlare il linguaggio della sovranità, che però non è solo “scudo”, ma anche “chiave” per partecipare a organizzazioni internazionali (Martinico 2023: 23). Il sovranismo ne è la fase suprema, caratterizzata dall’enfasi contro la dipendenza da vincoli costituzionali, sovranazionali, internazionali. Nella guerra la politica mostra la sua manifestazione estrema. Il ricorso alle armi è rivendicato come prerogativa irrinunciabile della sovranità statale. Non può non evidenziarsi, a questo proposito, la difficoltà, quando non l’incapacità, del diritto internazionale di regolare e limitare l’uso della forza nei rapporti tra gli Stati. Si tratta di un *vulnus* della legalità. Dobbiamo rassegnarci all’impotenza del diritto di fronte alla guerra? La vicenda della sovranità è variegata ed è ben lungi dall’essere conclusa. Va ribadito, tuttavia, che la sovranità designa, per molti versi, un vuoto di diritto, che, almeno minimamente, riguarda i criteri di condotta che inducono gli esseri umani, nella loro pluralità e diversità, ad una convivenza ordinata e pacifica. Non può non essere presa in considerazione, allora, l’esigenza che accomuna diritto e politica, pur nelle specifiche e differenti modalità di funzionamento: la salvaguardia delle condizioni generali dell’interazione sociale,

3. Incertezza, *rule of law*, pluralismo

Nel suo denso intervento Valeria Marzocco pone sul tappeto alcune questioni invero cruciali. Un tema che percorre l’intero scritto è quello della certezza, la quale, nell’orizzonte di un diritto sempre più complesso, subisce lo scotimento di un vero e proprio terremoto teorico e pratico. L’incertezza diventa un contrassegno del diritto odierno (Zaccaria 2022: 63). La crisi della concezione tradizionale (legalistica) della certezza, basata sulla chiarezza della formulazione degli enunciati normativi, sulla determinatezza della individuazione delle fonti e dei loro rapporti, sulla prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti

e fatti, a seguito della loro precisa qualificazione, ridisegna le coordinate del concetto. Si tratta di condizioni ormai (sempre più) difficilmente realizzabili. L'incertezza domina la scena di fronte ad un diritto confuso, caotico, disordinato, instabile, mutevole, nel quale l'incidenza degli interpreti e la loro attività decisoria aumentano.

La certezza è sicuramente un valore, ma è un valore relativo, sia perché ha un carattere graduale (vi può essere più o meno certezza), sia perché non può essere considerata l'unico valore rilevante per il diritto, dovendo essere temperata con la giustizia del caso concreto, nella ricerca della soluzione più adatta alle circostanze particolari. Si tratta, allora, di ridurre l'incertezza più che garantire la certezza. Si tratta di gestire l'incertezza, riconoscendo che l'esigenza di certezza non può separata dai contesti specifici in cui va fatta valere (Zaccaria 2022: 63-65). La centralità dei processi interpretativo-applicativi, vieppiù in presenza di un incremento dei collegamenti e degli intrecci fra gli elementi che compongono il quadro giuridico e con l'ampiezza delle loro interdipendenze, richiede di declinare la certezza come controllabilità delle decisioni (Gianformaggio 1988: 277-278), che, a sua volta, rinvia alla loro giustificabilità,

A tal riguardo, Marzocco coglie un punto, davvero interessante, che collega la teoria ermeneutica del diritto alla dottrina del *rule of law*. Questo modello si contrappone a qualunque sistema di governo basato sull'esercizio di poteri arbitrari. La contrapposizione tra diritto e arbitrio va associata a istituzioni, tra le quali assume rilevanza quella giudiziaria (Waldron 2016: 367-374). Ma qui – e Marzocco ben lo evidenzia – si ha a che fare con il nodo della *politicalità* dell'attività dei giuristi interpreti, che si colloca al centro della produzione del diritto. La questione sollecita alcune riflessioni.

La giurisdizione, pur estranea al circuito della decisione politica, nel quadro degli equilibri basati sul principio della divisione dei poteri, e in presenza di più centri di imputazione di responsabilità che concorrono alla conformazione dell'ordinamento, è una componente cruciale nell'elaborazione e nella produzione giuridica. È protagonista di interventi estesi e incisivi, connessi all'espansione delle aree coperte dalla sua azione. Si trova inserita in una realtà caratterizzata da rilevanti mutamenti sociali, economici, politici, culturali; partecipa delle dinamiche proprie di una società pluralistica, che segnano profondamente l'ordinamento; le sono affidati compiti di tutela giuridica, di rielaborazione di istituti, di supplenza del potere legislativo e/o di attuazione di direttive legislative spesso generiche e poco chiare, con il relativo ampliarsi del suo potere di carattere integrativo. Da questo punto di vista, va ribadito che la crescita del potere giudiziario, in quanto potere diffuso e orizzontale, è un aspetto tipico delle società contemporanee ed è comune a tutte le democrazie liberali.

Nel giudizio giurisdizionale, invero, emerge l'ineliminabile tratto soggettivo della decisione. Questa dimensione, tuttavia, non può condurre ad assumere un orientamento volontaristico che raffigura la stessa decisione come evento i cui motivi restano celati nella soggettività inconoscibile e incomunicabile del decisore stesso. Ogni atto decisionale, invece, se non vuole essere espressione del porsi assoluto di un

soggetto svincolato da ogni esigenza giustificativa, va definito, pur riguardando l'esplicarsi creativo della volontà, in relazione a canoni di razionalità e di giustizia. Pertanto, l'aspetto giustificativo contribuisce a liberare la decisione giuridica dal sospetto di essere arbitraria.

L'interpretazione non può non tener conto della discrezionalità legata alla determinazione della regola in riferimento al caso. Il rischio che la decisione del giudice si traduca in scelta totalmente soggettiva è una possibilità quotidianamente presente nella prassi giudiziale. Cercare di stabilire il confine tra decisione discrezionale e decisione arbitraria diventa, dunque, di importanza fondamentale, vagliando il percorso e i risultati interpretativi. E, con riguardo alla specificità dell'attività giurisdizionale, rileva l'esigenza di fedeltà al diritto che, a sua volta, rinvia all'idea di coerenza come unità di senso del discorso giuridico, come consonanza e congruenza, come concatenamento contenutistico e adattabilità della decisione giudiziale al *corpus* normativo, come aderenza delle norme di formazione giurisprudenziale ai principi costitutivi della struttura generale della pratica giuridica.

Guardando poi agli Stati costituzionali di diritto il collegamento, sottolineato da Marzocco, tra teoria ermeneutica del diritto e *rule of law* risulta particolarmente perspicuo. La costituzionalizzazione dell'ordinamento è un processo in cui i giudici, e, in generale, il ceto dei giuristi, sono parte attiva. Si realizza, così, un aumento del peso del diritto sapienziale rispetto al diritto legislativo. Negli Stati costituzionali svanisce l'idea di un sistema già dato, preesistente rispetto al momento interpretativo. Subentra la visione di un insieme "in movimento", soggetto a continue evoluzioni, complicato peraltro dalla presenza di fonti non solo formali ma anche informali, che impedisce una loro precisa articolazione gerarchica e relativizza il principio di tipicità delle forme.

L'interpretazione, in questo quadro, gioca un ruolo centrale producendo una costante ricostruzione di senso, controllata da riferimenti testuali e contestuali, variamente strutturati, che definiscono l'ambito delle decisioni interpretative considerate ammissibili. In tal modo la costituzione, che svolge una indefettibile funzione di orientamento delle dinamiche interpretative e produttive di diritto, si iscrive nel circuito deliberativo-decisionale, che vede protagonisti, in un contesto di pluralismo istituzionale, gli organi legislativi, quelli amministrativi, i giudici comuni e quelli costituzionali, e si colloca strutturalmente all'interno del variegato ciclo della positività giuridica. La convergenza tra teoria ermeneutica e *rule of law*, da questo punto di vista, riguarda l'attenzione prestata, entro i processi di positivizzazione, all'idea-chiave che le decisioni giuridiche devono essere giustificate alla luce dei principi ordinamentali e vanno controllate.

Il diritto odierno, nella sua configurazione costituzionale, non può non misurarsi con le modalità di funzionamento delle società pluralistiche. Il pluralismo normativo potenzia i problemi che gli ordinamenti sono chiamate ad affrontare, dovendo fare i conti con la compresenza di differenti tipi di normatività, presenti nella società, che strutturano le condotte degli individui e che sono applicabili a identiche

situazioni. Tale pluralismo va considerato come coesistenza di mondi normativi che gli individui abitano e delle diverse ragioni per agire da loro assunte. Marzocco correttamente sottolinea che da questa realtà emergono alcune domande per nulla marginali. Dal mio punto di vista, una delle più rilevanti riguarda il modo in cui le decisioni vincolanti per i consociati risultino legittime in un contesto dove il rinvio ad un codice di valori condiviso non appare più in grado di esaurire la richiesta di legittimazione di tali decisioni.

Si tratta di costruire una base pubblica di giustificazione che tutti gli individui, che si muovono all'interno di universi culturali, religiosi, morali contrastanti e persino incompatibili, possano fare propria senza abbandonare i loro interessi, valori, identità, definendo le condizioni di un'equa cooperazione sociale, nelle modalità dell'accettazione (invero basata su motivazioni diverse) di alcuni principi comuni, nonché dei vincoli relativi alle argomentazioni e alle pretese in conflitto che possono essere ammesse nello spazio pubblico (Rawls 1994: 123-129). È, questa, una sfida che sollecita a riflettere sui modelli e sulle concezioni del diritto idonei a gestire le tensioni che agitano la società, amministrando e governando il disaccordo (Pastore, Viola, Zaccaria 2017: 46, 52, 56, 316-317). La teoria ermeneutica può dare un contributo in questa direzione, nell'ottica della presa d'atto che la praticabilità del diritto dipende dall'interpretazione, nel suo configurarsi come attività intermediatrice nei confronti del contesto sociale e delle rappresentazioni in esso operanti, nei confronti dei materiali giuridici ai quali va ascrivito un significato in relazione ai casi, nei confronti dei vari soggetti che interpretano interagendo in situazioni conflittuali, per ricondurre le differenze a reciproca coordinazione.

Al diritto si chiede di rendere possibile l'interazione tra estranei, mantenendo aperti i canali della comunicazione sociale, nell'ottica del riconoscimento, dell'eguale considerazione e rispetto, della non-discriminazione, al fine di costruire un terreno di confronto legato a quell'esigenza di equilibrio e ragionevolezza, essenziale per una convivenza plurale e inclusiva, che mi pare essere l'unica prospettiva non catastrofica del nostro tempo.

4. Convergenze e qualche divergenza

Le consonanze con quanto scrive Aldo Schiavello, con l'accuratezza che lo contraddistingue, sono molte, pur nelle differenze delle nostre prospettive teoriche (quella ermeneutica, la mia, e quella analitica, la sua). Differenze, peraltro, che nel tempo si sono notevolmente affievolite.

Una convergenza riguarda sicuramente il riconoscimento della crisi del monismo legislativo che ha prodotto la messa in discussione della raffigurazione oggettualistica del diritto. Così come siamo in sintonia nel riconoscere che reintegrare l'osservatore nelle descrizioni rappresenta una componente indiscutibile della complessità del diritto.

Il sapere giuridico è interno al diritto, contribuendo a costruirlo e conformarlo. Partecipa altresì nel determinare l'azione da compiere. In questo senso, la teoria del diritto non può non tener conto del coinvolgimento del soggetto. Le scelte e le decisioni degli individui non possono essere comprese compiutamente senza mettersi dal loro punto di vista (Viola, Zaccaria 2016: 33, 46), senza assumere il punto di vista interno.

Concordo con Schiavello che il punto di vista interno, pratico, ha una dimensione plurale. È quello proprio di coloro (i cittadini, in primo luogo) che assumono e usano le regole giuridiche come ragioni per agire, per decidere come comportarsi nei confronti degli altri, per deliberare e per realizzare i loro scopi. È anche quello di chi prende parte ad una discussione argomentativa, entro coordinate istituzionali, su ciò che, in un sistema giuridico, è obbligatorio, vietato, permesso. Qui, al centro della prospettiva del partecipante, sta il giudice. Gli altri partecipanti si riferiscono alla questione di come un giudice dovrebbe decidere correttamente (Alexy 2022: 46). Anche la teoria giuridica, così come la scienza giuridica, partecipa alla comprensione del diritto e, in parte, contribuisce a formarlo. La prospettiva del teorico non può che essere inevitabilmente compromessa con la pratica giuridica. Il suo sguardo è coinvolto nella pratica che intende descrivere.

Il diritto è un prodotto storico, un universo simbolico (Ferrajoli 2007: 37-38; Pastore, Viola, Zaccaria 2017: 32). Come individui, come cittadini, come giuristi siamo dentro questo universo, che è pensato, teorizzato, modellato, progettato, prodotto, interpretato, modificato da tutti coloro che vi partecipano, a vario titolo e in diversa misura.

Tuttavia Schiavello ci invita a prendere atto che la prospettiva del partecipante non è esaustiva. Serve anche uno sguardo “dall'esterno” che ci mostri come l'influenza del diritto sul nostro comportamento operi “dietro le nostre spalle”. Dobbiamo imparare, dunque, dalla “scuola del sospetto”, per riprendere l'espressione di Paul Ricoeur, riconoscendo che dietro ai fenomeni culturali, alle norme, alle idee morali si nascondono meccanismi di altra natura (interessi economici, desideri, pulsioni istintive). Certamente, al fine di una comprensione piena, “intera” dei modi in cui il diritto incide sui comportamenti umani si ha bisogno dell'apporto delle scienze sociali, compresa la psicologia cognitiva. La strada è lunga e la ricerca non ha mai fine. Il dialogo tra scienza giuridica e le altre scienze umane va sicuramente coltivato. Il diritto, comunque, ha un suo ambito peculiare, il suo presupposto è l'esistenza di una società come società di persone che comprendono le azioni come manifestazioni di intenzioni e scelte (Hart 1981: 208-209).

L'impresa giuridica è volta a stabilire quale azione deve essere compiuta e sotto quali condizioni. Di fronte alla complessità del mondo in cui viviamo, riconosciuto il nesso tra pluralismo giuridico e pluralismo sociale, il diritto è chiamato a cercare un ordine possibile per la convivenza tra soggetti (individuali e collettivi) con orientamenti e punti di vista diversi, in realtà frastagliate, frammentate, segnate da una incessante circolazione di significati. La cacofonia a cui accenna Schiavello, pertanto, è già

nelle cose. Entro questa temperie si misura l'impegno ordinante dei giuristi per garantire uno spazio giuridico polifonico. Se il pluralismo non è, di per sé, ordinato, è ordinabile. Appartiene infatti al diritto, e alla cultura giuridica, quell'attitudine volta a sottrarre le vicende umane all'instabilità e all'insicurezza. Qui la responsabilità dei giuristi aumenta.

La complessità del diritto odierno si caratterizza per gli incroci e le sovrapposizioni di strati di legalità. È il risultato di varie interrelazioni, frutto, in costante divenire, della prassi di una pluralità di soggetti (legislatori, giudici, giuristi, funzionari pubblici, privati cittadini). Tutto ciò potenzia l'interpretazione e ne conferma la crucialità entro la pratica giuridica, che può essere vista come un tessuto risultante da fili intrecciati da più mani.

La conformazione reticolare del diritto contemporaneo consente una lettura del *rule of law* adeguata al nuovo scenario, coerente peraltro con la sua tradizione. Il *rule of law* va inteso come insieme di prescrizioni sul modo di intendere e usare le regole giuridiche, come criterio di identificazione della pratica giuridica, come condizione relativa ai modi in cui, nella ricerca di un equilibrio tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, in un rapporto tra istituzioni caratterizzato da interdipendenze, impegni reciproci, responsabilità condivise (Postema 2016: 92, 97, 102-103), le norme sono individuate, applicate, fatte valere.

La cultura giuridica si pone come momento centrale nella configurazione e conformazione dell'edificio del diritto. Si tratta del complesso delle idee, degli atteggiamenti, dei giudizi di valore, delle credenze, delle convinzioni riguardanti il diritto inteso come corpus di istituti, principi, regole, concetti, tecniche interpretative, modelli argomentativi, stili decisionali, forme di ragionamento, modalità di produzione, che identificano una struttura ordinamentale, la rendono operativa e ne influenzano il funzionamento, i cambiamenti e lo sviluppo. Le trasformazioni del diritto contemporaneo, peraltro, incidono sulla cultura giuridica e producono cambiamenti nel modo di considerare il lavoro del giurista. Schiavello, a tal riguardo, richiama le due immagini tipico-ideali della funzione del giurista alle quali fa riferimento Bobbio: il giurista custode e depositario di un corpo di regole già date; il giurista creatore egli stesso di regole che trasformano, integrano, innovano il sistema giuridico (Bobbio 2007: 35). Sicuramente, l'odierno diritto complesso potenzia il ruolo creativo del giurista. Potenzia un ruolo, che comunque, per molti versi – e sono d'accordo con Schiavello – appartiene anche del giurista “custode”, che non è mai stato un mero conservatore e trasmettitore di regole date. La ricerca di un diritto da fare, pertanto, è una componente fondamentale dell'attività dei giuristi, poiché continuità e mutamento contribuiscono insieme a mantenere l'edificio giuridico. Basti pensare alle diverse tecniche utilizzate per adeguare il contenuto degli istituti giuridici tradizionali; all'evoluzione, differenziazione, ampliamento dell'armamentario giuridico esistente; alla nascita di nuovi istituti e nuovi concetti (Pascuzzi 2013: 28, 30, 34, 177-178). Si tratta (così come si è trattato) dell'esercizio di una creatività funzionale alla soluzione dei sempre nuovi problemi che di volta in volta sono emersi (ed emergono) nella realtà sociale.

All'interno della pratica giuridica il tema della giustificazione delle decisioni è di cruciale importanza. In sede di interpretazione, vi è l'esigenza di distinguere la "buona" interpretazione da quella "cattiva" e ciò implica che si faccia affidamento a criteri consolidati e tendenzialmente stabili entro una determinata cultura giuridica, accreditati e condivisi. Si tratta di vincoli su quello che può essere considerato un risultato corretto, che è indipendente dalle opzioni meramente soggettive, senza per questo oscurare l'insopprimibile ambito di libertà dell'interprete.,

La correttezza o meno degli esiti interpretativi (la "buona" interpretazione), nell'ambito del discorso giuridico, dipende da argomenti *interni* alla pratica. Le interpretazioni sono (possono essere) corrette solo in virtù di una giustificazione che attinge ad un complesso di criteri, concetti, valori, principi che si sostengono a vicenda e si convalidano reciprocamente. Sono (possono essere) corrette se le ragioni per accettare una tesi interpretativa sono migliori delle ragioni per accettare qualsiasi tesi interpretativa opposta (Dworkin 2013: 179-180). Il diritto, però, vive tramite una complessa attività di tessitura di ragioni e poteri.

Quello autoritativo rappresenta un elemento strutturale proprio del diritto. Esso attiene ai modi di esercizio dei poteri normativi e ai suoi contenuti. A tali poteri è richiesta la conformità ai criteri che giustificano le decisioni giuridiche. Le ragioni, d'altra parte, per farsi valere, devono tradursi in decisioni, prodotte da organi a cui l'ordinamento attribuisce una specifica competenza.

Il diritto è il luogo dell'incontro e dello scontro di una ampia varietà di soggetti, di interessi e di interpretazioni, ed è una pratica sociale che richiede la presenza dell'autorità, proprio per risolvere i conflitti prodotti dall'interazione. La sua pretesa, infatti, è quella di avere autorità nella regolamentazione della vita sociale. La coazione, dunque, è presente in modo pervasivo nella pratica giuridica. Non può essere negato, infatti, che una caratteristica del diritto è quella di essere imposto con la forza. Ma il diritto usa la forza per contrastare la forza, al fine di assicurare un ordine sociale stabile e governare quei fatti sociali che sono manifestazioni di esercizio del potere degli esseri umani su altri esseri umani, fonte inesauribile di arbitrio, nell'ottica della coordinazione delle azioni e della garanzia della sicurezza e della simmetria nei rapporti tra le persone

Riferimenti bibliografici

Alexy R. (2022), *Concetto e validità del diritto* (1992-2020) (Roma: Carocci).

Bobbio N. (2007), *Dalla struttura alla funzione* (1977) (Roma-Bari: Laterza).

Ciaramelli F. (2021), *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo* (Torino: Giappichelli).

Dworkin R. (2013), *Giustizia per i ricchi* (2011) (Milano: Feltrinelli).

Ferrajoli L. (2007), *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto* (Roma-Bari: Laterza).

Gianformaggio L. (1988), “Certeza del diritto”, *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civ., II (Torino: Utet), 274-278.

Habermas J. (1996), *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992) (Milano: Guerini e Associati).

Hart H.L.A. (1981), *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto* (1968) (Milano: Edizioni di Comunità).

Martinico G. (2023), “Sovranismo giuridico e Unione Europea: una introduzione”, in G. Martinoco, L. Pierdominici (a cura di), *Miserie del sovranismo giuridico. Il valore aggiunto del costituzionalismo europeo* (Roma: Castelvechi).

Pascuzzi G. (2013), *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica* (Bologna: Zanichelli).

Pastore B. (2014), *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea* (Padova: Cedam).

Pastore B. (2024), *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica* (Milano: Wolters Kluwer).

Pastore B., Viola F., Zaccaria G. (2017), *Le ragioni del diritto* (Bologna: Il Mulino).

Postema G.J. (2016), “Il dominio del diritto. Responsabilità reciproca”, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità* (Bologna: Il Mulino), 89-108.

Rawls J. (1994), *Liberalismo politico* (1993) (Milano: Edizioni di Comunità).

Viola F. e Zaccaria G. (2016), *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* (1999) (Roma-Bari: Laterza).

Waldron J. (2016), “*The rule of law* e l'importanza della procedura”, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità* (Bologna: Il Mulino), 357-392.

Zaccaria G. (2022), *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie* (Bologna: Il Mulino).