



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

IL DIRITTO NEL PRISMA DELLA COMPLESSITÀ E DEL PLURALISMO. INTORNO ALL'ULTIMO LAVORO DI BALDASSARE PASTORE



2024 ANNO IX NUMERO 18 – DOSSIER INTERPRETAZIONE

Di Valeria Marzocco – DOI 10.54103/2531-6710/27787



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

IL DIRITTO NEL PRISMA DELLA COMPLESSITÀ E DEL PLURALISMO. INTORNO ALL'ULTIMO LAVORO DI BALDASSARE PASTORE

Valeria Marzocco

THE LAW IN THE PRISM OF COMPLEXITY AND PLURALISM. ABOUT THE LATEST WORK OF BALDASSARE PASTORE.

Riassunto

Alla luce della complessità e del pluralismo che caratterizzano l'esperienza giuridica contemporanea, il principio della certezza si ritrova ridiscusso nel segno della crisi della fattispecie e della costruzione interpretativa del rapporto tra caso e regola. Assumendo l'ermeneutica del diritto come teoria generale, la semantica della complessità e del pluralismo dimostra come sia possibile rinvenire nell'attività del giurista una risorsa per riflettere sull'opera di positivizzazione del diritto e sui canoni di controllabilità della decisione giuridica. A delinearsi è un punto di vista interno ed esterno dei due significati, il quale consente di riflettere sul pluralismo e sulla complessità delle ragioni sociali e giuridiche che legittimano e problematizzano la posizione della regola in via interpretativa e argomentativa.

Parole chiave

Produzione del diritto, Certezza, complessità; pluralismo; interpretazione;

Abstract

Given the complexity and pluralism that mark contemporary legal experience, the principle of certainty is reconsidered in the context of the crisis of the legal case and the construction of the relationship between case and rule. On the basis of hermeneutics as a general legal theory, the semantics of complexity and pluralism shows how it is possible to find in the activity of the jurist a resource for reflecting on both the work of positivation and the canons controlling legal decision-making. The result is an internal and external view of the two meanings, that allows us to think pluralism and complexity of the social and legal reasons that legitimise and problematise the rule's position in interpretation and argumentation.

Keywords

Law Production, Certainty, Complexity, Pluralism, Interpretation

Autore: Valeria Marzocco, Professoressa Ordinaria di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Napoli Federico II (valeria.marzocco@unina.it).

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco.

Articolo ricevuto il 4.11.24 approvato il 17.12.24.

1. Premessa. Eclissi della forma e teoria del diritto

Dinanzi al panorama offerto dal diritto contemporaneo, alcuni dei principali assi teorici e metodologici che avevano segnato premesse e orientamenti portanti del Novecento parrebbero calarsi inermi all'interno di un'esperienza della giuridicità consegnata a una cornice scomposta nei suoi presupposti, aporetica, problematica. Si tratta di uno scenario sul quale cala la diagnosi di una "crisi" invero già in più occasioni affiorata alla coscienza dei giuristi (Caiani 2021 [1955]), **in special modo** nel corso del Novecento (Capograssi 1950, Carnelutti 1953, Cesarini Sforza 1954) oggi, come in passato, occasione di un bilancio consapevole, analiticamente rivolto a ricostruirne i fattori di sistema e teoricamente disponibile a valutarne le ricadute.

In termini generali, si è al cospetto del declino fenomenologico e culturale di una determinata impronta conferita alla cultura giuridica dal positivismo, con "la messa in discussione delle forme [...] in cui si è preteso di ingabbiare il diritto" (Grossi 2012: 15). A volerne assumere seriamente le conseguenze però, e aldilà della critica che, più che al positivismo come dottrina, può muoversi al positivismo come ideologia, esso trattiene in sé un insieme di questioni destinate a restare irrisolte, se non affrontate con adeguatezza teorica.

L'*eclissi della forma* impone di confrontarsi con criticità indubbie. Probabilmente, essa è però anche stimolo e, in qualche modo, risorsa. Difficile non cogliere come in questo scenario stia iscritta la necessità di recuperare la dimensione storica del fenomeno giuridico, e altrettanto indubbio è che, proprio per questo, ciò conduca a valutare la ristrettezza di alcune delle polarizzazioni che hanno segnato la storia del pensiero giuridico moderno, tra validità ed effettività del diritto, posizione e interpretazione, legislazione e giurisprudenza. A delinearsi, è, così, un compito della teoria del diritto, la quale è certamente chiamata ad affrontare le sfide della contemporaneità oltre i rigidi steccati delle appartenenze di scuola, ma anche a saldare il proprio metodo e i propri orizzonti a una premessa fondamentale, che assuma la storicità del fenomeno giuridico senza rinunciare a uno specifico approccio al diritto positivo, rendendosi disponibile, in altri termini, a tenerne per ferma la centralità, anche e soprattutto dopo aver riconosciuto i limiti dell'ideologia legalistica.

Di una tale prospettiva, il recupero del diritto nella sua natura di attività ed esperienza che vive "nelle modalità dell'attuazione interpretativa" (Pastore 2024: 3) mostra il principale punto in questione. È il processo di positivizzazione, il vero tema su cui il diritto contemporaneo insiste, in virtù della pluralità dei soggetti che cooperano alla sua produzione, della complessità che segna il suo darsi, e del circuito stesso che si produce tra *caso* e *regola*.

Su tutti questi aspetti, molte e profonde sono le sollecitazioni che possono derivarsi dalla dottrina ermeneutico-giuridica, la quale, per la funzione storica esercitata sulla cultura giuridica del Novecento, ha senz'altro avuto il merito di introdurre categorie e strumenti di analisi concettuale – sia sufficiente riferirsi al rapporto tra regole e principi – che hanno contribuito a porre in primo piano il tema dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica,

sollevandoli dal "ruolo ancillare" (Canale e Velluzzi 2020: 7) in cui erano state costrette nella cornice egemonica di una concezione della giuridicità schiacciata sulla legalità e, dunque, sul momento della positivizzazione discendente dalla volontà del decisore politico.

Esaurita la sua funzione storica, e del tutto assorbiti gli assunti nella cornice di una dottrina che muove e si misura con il costituzionalismo, nell'ermeneutica giuridica vi è però anche e soprattutto una chiara ed esplicita teoria generale del diritto (Omaggio 2020). Ed è in quanto tale che essa esibisce la sua ancora immutata centralità, aprendo spazi di intelligenza e altrettanti elementi di riflessione critica.

Affermando una tesi definitoria sul diritto come "pratica sociale" (Viola e Zaccaria 2004, Pastore 2014), gli uni concedono di coltivare un'analisi della complessità e del pluralismo dell'esperienza giuridica che non è solo evenienza sistemica esteriore, ma risorsa interna e vitale dell'attività dei giuristi; ancorandosi su presupposti di fiducia e affidamento circa la funzione ordinante della ragione giuridica che, dinanzi alla complessità della sua esperienza, si saldano sulla concezione di una comunità degli interpreti capace di produrre o riprodurre una unità di senso, l'ermeneutica giuridica si misura anche con una dimensione sociale, oltre che giuridica, del pluralismo.

2. I due volti di Giano. La complessità come dato e come "dispositivo euristico"

"Restituire dignità all'area del sapere pratico", significa "sottrarre l'ambito della prassi al decisionismo cui l'aveva condannato la pretesa razionalistica della modernità" (Pastore 2024: 11): pensare, in altri termini, che l'esercizio dell'attività decisoria non sia l'espressione dell'arbitrio proprio di una dimensione emotivistica e irrazionale della forza, ma la forma di una scelta deliberativa sorretta *da ragioni* e controllabile, per questo, in sede argomentativa, *secondo ragione*.

In quest'orizzonte, delineato e discusso nelle sue specifiche articolazioni, si concentra nel più recente volume di Baldassare Pastore una concezione della certezza del diritto e una tesi che salda posizione, interpretazione e argomentazione, in un circuito tenuto vivo dall'implicita politicità dell'attività del giurista interprete. Alla luce della declinazione di un'ermeneutica giuridica che nel testo si ritrova attinta come e anzitutto quale teoria generale, occorre non solo alzare il velo sulla distinzione tra soggetto e oggetto (Gadamer 1996 [1960]), ma sottrarre al fine il processo della produzione al momento meramente volontaristico, incidendo di necessità sui rapporti tra diritto e potere e, per questo, riallocando nell'interpretazione la messa in forma deliberativa, tanto del caso quanto della regola.

Se, appare evidente, all'interno di un tale perimetro, si sperimenta l'insufficienza di un approccio teorico-generale che non torni a riconvocarsi sui fondamenti, tra questi, vi è certamente il nodo, forse colpevolmente in passato lasciato alle cure delle sole dottrine antiformalistiche, della *politicità* di un'attività del giurista interprete che si sperimenta al cuore della produzione del diritto. Disancorata dalla mera dimensione della *voluntas*, la posizione del diritto su cui l'ermeneutica giuridica invita a riflettere è, a ben guardare, quella restituita dalla complessità del pluralismo del diritto contemporaneo, con l'insieme delle criticità che esso pone al giurista. Sul piano della certezza, per le ricadute che l'una e l'altro pongono in termini descrittivi, e su quello della politicità dell'attività di un giurista interprete che, nella crisi della fattispecie, della certezza prova a riarticolare la "pretesa a dominare l'imprevedibile", e si fa "calcolo del probabile" (Irti 2014: 36).

Il binomio complessità/disordine è tutto fuorché un dato descrittivo, d'altra parte. Esso entra al cuore della definizione stessa del principio della certezza, la quale si è misurata di certo in diverse declinazioni nella storia del pensiero, pur ancorandosi nella gran parte dei casi, esplicitamente o implicitamente, sull'aspirazione alla prevedibilità. Nel perimetro di questo nesso, un diritto complesso non è solo un diritto imprevedibile, è anche un diritto marcatamente affidato ai giudici e agli interpreti. Inidoneo ad assicurare la sua funzione di stabilizzazione dei rapporti, per l'indebolirsi della funzione di dominio e controllo del caso affidato alla legge e al primato della fattispecie (Severino 1978); tendenzialmente arbitrario, sul fronte dell'equilibrio tra posizione e interpretazione,

per il primato di un diritto giurisprudenziale che pare rivendicarsi da ciò, quale *creazione* della regola che si sperimenta e si produce nell'assenza di un sicuro riferimento a un ordine sistematico.

Ponendo al centro questo scenario, e misurandosi con i principali problemi in cui più marcata ne è la ricaduta, l'errore sarebbe però restare dentro i suoi confini, che sono, per l'appunto quelli di una semantica della complessità che ne assuma il mero dato senza coglierne il tratto che internamente al diritto come attività essa rivela. Per altro verso, occuparsi della complessità dell'esperienza giuridica contemporanea senza considerare i tratti del pluralismo che la attraversano sarebbe operazione parziale e poco feconda, proprio alla luce di un'impresa di posizione del diritto che è, in sé e stutturalmente, co-prodotta dai soggetti che vi partecipano e innervata dalla selezione controllata semanticamente e razionalmente dei significati da far prevalere (Velluzzi 2002).

Sta in ciò lo specifico approccio alla complessità e al pluralismo di cui Pastore discute, offrendo un contributo che sottrae l'una e l'altro alla banalizzazione del dato, indagando rappresentazioni e significati che essi assumono internamente all'attività del giurista.

Addentrandosi nei segmenti che descrittivamente delineano lo scenario del diritto per come esso si offre all'osservatore – un osservatore necessariamente "coinvolto nella pratica che intende descrivere" (Pastore 2024: 6) –, a delinearsi sono i tratti di un "paesaggio giuridico policentrico, plurale, frammentato, disordinato, caotico, nel quale coesistono diverse fonti di regolazione e insiemi normativi molteplici" (Pastore 2024: 19), al cospetto del quale "la perdita di stabilità della regolamentazione giuridica", "la non univocità delle qualificazioni" rappresentano la ricaduta di dati di contesto indubbi – "il proliferare" delle fonti della regolazione, "l'incremento" dei soggetti della regolazione, formali e informali – (Pastore 2024: 21), e al tempo stesso la risorsa ideale per riflettere teoricamente sui luoghi della produzione del diritto.

In una cornice in cui è l'esigenza dell'ordinabilità a soppiantare qualsivoglia rappresentazione dell'ordine come dato consegnato al giurista, la definizione del perimetro semantico della complessità e del pluralismo costituisce così lo snodo centrale della riflessione, in un "andirivieni dello sguardo" che si sposta, in tutti i temi affrontati, dal caso alla regola, dall'ordine al disordine, da ciò che è esterno a ciò che è interno alla dimensione della giuridicità.

Sul piano dell'analisi semantica della complessità, come sull'altrettanto decisivo profilo delle rappresentazioni teoriche della "odissea intellettuale" (Pastore 2024: 25) che ha accompagnato modelli e dottrine del pluralismo, a comporsi è un discorso che offre di essi, in più di un'occasione, significati reciprocamente interconnessi, in special modo se, dal livello descrittivo, si passi a vagliare la portata che euristicamente penetra all'interno dell'attività interpretativa e argomentativa, permeandone l'ineliminabile e strutturale contributo che essa esercita all'impresa di posizione della regola.

Su complessità e pluralismo, Pastore trattiene profondamente e opportunamente la sua analisi, mostrando che diversi siano però i gradi di maturazione della discussione che ne ha riguardato i significati. Se è evidente, e in qualche modo ampiamente esplorato, il campo semantico del pluralismo, di cui occorre cogliere le molte e non necessariamente assimilabili concezioni giuridiche, ma anche e soprattutto la declinazione normativa, capace di sovrapporre e contrapporre ragioni per agire, nella forza prescrittiva che deriva da dimensioni di senso che sono altrettanto decisive visioni del mondo, la complessità è invece e sovente abbandonata a un significato di ordine descrittivo, che impropriamente la affida ad una fenomenologia dell'esistente che nulla ha a che fare con le radici in cui essa trova origine.

Confrontarsi con il tratto di complessità esibito dal diritto contemporaneo implica, d'altra parte, rendersi consapevoli che il suo significato derivi e ricada sulla dimensione giuridica a muovere anzitutto dal suo essere attributo o qualità del sistema, più ancora che di un oggetto.

In questi termini, occorre muovere da un significato – i sistemi complessi sono quelli in cui "gli elementi che li compongono entrano in gioco ogni volta in maniera diversa, a seconda delle condizioni connesse al rapporto sistema ambiente, propongono 'sorprese', emersioni di nuove dinamiche che richiedono nuovi stili cognitivi e nuovi

modelli" –, che indica un canone di conoscibilità dinamico e mutevole: la complessità "dà modo di dar conto di un insieme, darne conto come unità, considerando gli elementi, le loro relazioni, le dinamiche non lineari, multiple, dalle interazioni non prevedibili" (Pastore 2024: 20).

Cosa si intende affermare, alla luce di ciò, quando si osserva la complessità del diritto contemporaneo? È del tutto evidente, in fondo, che si tratti di una *denotazione*, ovvero di una definizione lessicale che trattiene in sé un giudizio di valore o, più correttamente, esplicita il coinvolgimento del soggetto partecipante: essa non descrive un dato o lo descrive in funzione di una valutazione che si esercita tenendo in premessa un certo insieme di canoni di cui il diritto dovrebbe essere dotato per essere definito diritto.

Accade così che, laddove ci si ritrovi a costatare il carattere "proteiforme, stratificato" derivante dalla pluralità, dalla sovrapposizione e contraddittorietà delle fonti, ci si dispone, per ciò stesso, ad assumere un piano valutativo, che è quello della "perdita di stabilità della regolamentazione giuridica", della "non univocità delle qualificazioni giuridiche", della "crisi della certezza" (Pastore 2024: 21)

In effetti, il nesso che concettualmente avvince complessità e (in)certezza del diritto ha strettamente a che fare con la semantica della complessità per come essa si proietta sul sistema giuridico dal suo originario perimetro di emersione, come concetto e come "dispositivo euristico" (Pastore 2024: 22).

Complessità è termine che origina nel campo delle scienze biologiche e fisiche, e non vi è dubbio che molte e assai rilevanti siano state le forme di mutazione del suo significato nel campo della scienza giuridica, le quali hanno fatto perno su due principali cardini: la qualità che essa esprime di un insieme/sistema, e la valutazione del tipo di equilibrio che tale qualità orienta lo studioso a ricercare di esso, nel binomio pluralità/unità.

Appartiene a quest'ambito semantico e concettuale, questo sì, connotativo, dei sistemi, nei quali, proprio in virtù delle interazioni variabili tra gli elementi e delle loro dinamiche, ogni enunciato di certezza non può che porsi come risultante non preconizzabile in termini di prevedibilità, ma di probabilità.

È una semantica della complessità che attinge, nella sua analisi, a un significato che la riguarda come qualità di sistema, ed è già tutta interna a quel sistema che è il sistema giuridico.

Nell'unità di senso che va componendosi tra complessità e pluralismo, per altro verso, ulteriori e diverse sono le sollecitazioni, e occorre non disperderle. Vi è, *verso l'alto*, il piano più immediatamente connesso alla teoria delle fonti, nella concorrenza e sovrapposizione formale propria degli ordinamenti multilivello – il tema della comparazione, dell'ingresso del diritto straniero nel ragionamento del giudice, ma anche del suo uso argomentativo –, e *verso il basso*, il proliferare di forme di regolazione prodotte dal potere esecutivo: un'analitica del nesso complessità/pluralismo che non rigetta la forma, pur svuotandola della sua ambizione a disporre per il futuro. E c'è, accanto a ciò, non meno rilevante, l'incedere di modi della giuridicità non normativa e del tutto esterna a canoni formali, la cui prescrittività appare contraddistinta da tratti di opacità – è il caso tanto di alcune ipotesi di *soft law*, ma è anche quello del *nudge* (Galletti e Vida 2018: 227 ss.) –, che orientano le condotte come espressioni di una formalità debole o addirittura del tutto disancorata dai criteri di una doverosità espressa linguisticamente nella norma come enunciato: un'analitica del nesso complessità/pluralismo che dilata il piano della co-produzione del diritto, ponendo in questione la sua controllabilità.

Attingendo a un'immagine classica e assai efficace, un Giano bifronte, che demarca un insieme di questioni che non riguardano il diritto complesso o plurale, ma l'unità di senso che il sistema giuridico contemporaneo esibisce in sé, attraversando dall'interno ciascuno dei due piani.

3. Certezza, prevedibilità, controllo

In tutti e in ciascuno dei segmenti in cui il dato della complessità e del pluralismo dell'esperienza giuridica contemporanea è isolato e problematizzato, vi è una questione definitoria che ne segna non solo la semantica, o, meglio, l'aggregato dei significati che in essi è possibile rinvenire ma, ancor più, l'impostazione di un discorso teorico-generale che riguarda la certezza del diritto.

Attinto dalla prima unità di senso, il problema del diritto contemporaneo si definisce nel tramonto di un'ideologia legalistica che, nella sua versione debole e assai più durevole rispetto al suo prodursi storico, si è ancorata sull'autosufficienza ordinante della fattispecie e oscillando tra *calcolabilità* e *prevedibilità* (Irti 2015). Declinato in ciò che concede di indagare sotto il profilo di un diritto che è impresa di posizione plurale e complessa, esso pone in primo piano la certezza come *controllo ex post* dell'attività dell'interprete.

L'interpretazione, restituita come attuazione del diritto, tanto in astratto quanto in concreto, è, d'altra parte, attività *decisoria*, che seleziona "un significato determinato nell'ambito dei significati identificati (o identificabili) dei testi normativi" (Pastore 2024: 62). E dinanzi al dato stesso della complessità, il teorico, ma anche il giudice, non è mai osservatore esterno, sia allora che identifica il contenuto di senso espresso da un testo normativo o logicamente implicito a esso, che quando sussume una fattispecie concreta, il fatto, nel campo di applicazione della norma individuata. Convocando un tema caro alla prospettiva giuridico-ermeneutica, si tratta di cogliere il circuito parallelo e reciprocamente interconnesso che si istituisce tra individuazione della norma e qualificazione del fatto, perché la "preparazione delle premesse normative e fattuali" (Pastore 2024: 61) rende liminari interpretazione in astratto e in concreto.

Più profondamente, in questione è l'invito a rendersi avveduti circa l'irriducibile spazio di libertà concesso all'interprete sull'una e sull'altra delle attività, nella selezione dei possibili significati privilegiati nel testo e nella messa in forma *sub specie iuris* del fatto colto dall'interprete nei suoi elementi di rilevanza: "di fronte al caso, al fine di qualificare un comportamento o una situazione, entra in gioco non tutto l'insieme delle disposizioni giuridiche, ma un solo suo segmento, costituito da un enunciato, ma più frequentemente da più enunciati collegati tra loro. All'interprete spetta di ritagliare, all'interno del discorso delle fonti, questo segmento, al quale è attribuito un significato non in sé, ma in relazione al caso singolo da qualificare" (Pastore 2024: 61).

Se la base enunciativa è così un "micro-sistema" non dato in premessa, "il prodotto di segmenti, incastri, combinazioni, ricomposizioni, compiuti degli interpreti" (Pastore 2024: 63), la sua costruzione è *selezione* ed è *decisione* innervata di politicità, in cui "principi, regole, istituti, ma anche apprezzamenti di valore, costruzioni concettuali, ragionamenti" (Pastore 2024: 2) non solo entrano, ma preparano in chiave giustificativa la decisione sottoposta nella sua accettabilità dinanzi alla comunità dei giuristi, ma al cospetto dello stesso discorso pubblico.

Si tratta di una declinazione della certezza come *controllo ex post* di un'attività interpretativa e argomentativa che *seleziona e decide*, ed essa non concede solo di tornare sulla questione del rapporto tra validità ed effettività del diritto per come era stato in fondo già studiato dalle dottrine giusrealistiche, troppo spesso consegnate ad una lettura superficialmente irrazionalistica del proprio contributo alla teoria del giudizio giuridico (Marzocco 2018). Calata nella prospettiva ermeneutica, il controllo argomentativo delle scelte dell'interprete è qualcosa di più e di assai più rilevante: è una dottrina del potere politico, che passa attraverso la pluralità dei poteri in cui la decisione si produce e il suo controllo si esercita, un modello di *Rule of Law* o, se si vuole, di "governo della legge".

Anche su questo specifico punto, che tocca un tema invero troppo vasto per farsi affrontare compiutamente in queste pagine, quello delle concezioni della certezza giuridica, il volume di Pastore è gravido di sollecitazioni.

Più o meno esplicitamente, tra le molte definizioni che se sono offerte, nella storia del pensiero giuridico il paradigma della prevedibilità si è da sempre accompagnato alla certezza giuridica, pur oscillando tra tesi che ne allocavano il prodursi nel primato della legislazione o nella giurisprudenza. Altrettanto indubitabile è che, soprattutto nelle dottrine di *common law* che si sono misurate con questo tema, proprio l'accento sul giudizio giuridico abbia condotto ora a tenere fermo il nesso tra certezza e prevedibilità (Holmes Jr. 1897), ora a revocarlo in dubbio (Frank 1930).

Dal lato della fattispecie, difficile è non constatare che si tratti di un'impostazione che, nel suo complesso, si ritrova rideterminata e in qualche modo superata dalla crisi della struttura formalistica e verticistica del sistema giuridico. Altrettanto lo è valutare che, tramontata la prevedibilità in favore della probabilità che è propria di un sistema giuridico complesso (e del processo stesso, potrebbe dirsi, che struttura il giudizio giuridico come giudizio umano), ciò non implichi arrendersi all'abisso dell'irrazionalità e dell'arbitrio del soggetto giudicante.

Nella polarizzazione tra certezza, come generale osservanza di un insieme di regole provviste d'applicazione ragionevolmente determinabile, e (in)certezza, come prodotto imprevedibile dell'oscuro processo del determinarsi del giudizio giuridico, è proprio l'ermeneutica giuridica ad aprire un varco, segnalando il carattere parziale e sicuramente insufficiente della cornice in cui questa dinamica oppositiva si è a lungo alimentata. E lo fa proprio perché supera il dualismo teorico su cui esso si era andato fondando (Bobbio, 1951), quello tra *Sollen* e *Sein* (Gianformaggio 1986).

Se resta valido ciò che Bobbio affermava della certezza come "elemento intrinseco del diritto" – "il diritto o è certo o non è neppure diritto" – (Bobbio 1951: 150), è evidente che, dentro il circuito che si istituisce tra interpretazione, argomentazione e controllo, non è né a monte (la fattispecie normativa) né a valle (la regola individuale), ma *dentro* il processo creativo in cui consiste l'attività del giudizio giuridico, strutturato come selezione di ragioni riconoscibili come tali, e controllabili in quanto tali, che la certezza si fa definire.

4. Governo delle ragioni e società complessa

Il diritto positivo è tessitura argomentativa di poteri, i quali si esercitano nell'orizzonte dei criteri della legittimità formale, della giustificazione e dell'accettabilità pubblica delle ragioni, facendo perno sul consenso di una determinata comunità linguistica e di valori. Il diritto, detto altrimenti, è discorso intersoggettivo.

Tenendo per sé questa premessa, nel volume di Pastore, l'insieme dei temi e delle questioni poste dalla complessità e dalla dimensione pluralistica del diritto contemporaneo guida e orienta a cogliere così due diversi livelli di analisi, in cui il dato descrittivo dell'esperienza giuridica contemporanea si fa occasione per riflettere sulla capacità ordinante della ragione giuridica, in un discorso che finisce con il rappresentare filosoficamente e metodologicamente un approccio specifico, non solo e non tanto alla mera dottrina dell'interpretazione e dell'argomentazione, quanto alla teoria del diritto nel suo complesso.

Si tratta del pregio più rilevante di un lavoro che si pone del solco di una riflessione saldamente ancorata a una tradizione di pensiero, quella dell'ermeneutica giuridica, la quale sopravvive al dato storico che ne aveva favorito l'affermazione e ne testimonia ancora la fecondità.

Nell'unità di senso che si compone tra complessità e pluralismo, la teoria generale del diritto di matrice ermeneutica, saldando posizione, interpretazione e controllo si mostra anche e però qualcosa d'altro: una dottrina particolarmente idonea a rappresentare e ad affermare i canoni della *Rule of Law* degli stati costituzionali di diritto contemporanei.

Ciò che emerge fenomenologicamente – la crisi del primato orientativo affidato alla fattispecie – è, in altri termini, disponibile strutturalmente a farsi cogliere dall'ermeneutica come teoria generale tiene in sé implicito, la retrocessione del momento della decisione politica, l'acclararsi della sua non autosufficienza, con una diversa configurazione del problema del potere, che si pluralizza, e nel pluralizzarsi è garanzia di ordine e di certezza.

È a questo livello che il tema della complessità affiora come scenario descrittivo e come dispositivo euristico, il quale orienta a rinvenire modi e forme di una positivizzazione del diritto che si produce al di fuori della

centralizzazione verticistica del potere, trovando nel momento interpretativo (nella dialettica tra testo e interprete, ma anche della complessa costruzione della base enunciativa nel giudizio giuridico) e in quello giustificativo (il tema delle ragioni e della loro accettabilità) le sue condizioni di possibilità.

Se, come si è provato a mostrare, dentro questo perimetro, si consuma l'erosione del diaframma tra posizione e interpretazione, e per questo, si conferisce un tasso di ineliminabile politicità alla selezione del significato che sottrarre il tema del potere a quello della decisione come prodotto espressione del potere politico, altrettanto indubbie sono le questioni che restano in campo problematicamente.

Mentre, senz'altro, questo tipo di prospettiva recupera la funzione ordinante della ragione giuridica rispetto alla complessità in termini descrittivi, essa, per altro verso, si sorregge, assumendo la complessità come strumento euristico del diritto come attività, su un presupposto assai chiaro, rintracciabile all'altezza di una concezione della razionalità giuridica come ragion pratica, in cui il controllo argomentativo delle ragioni fa leva su di una condivisione di orizzonti e di senso dei partecipanti. Se la positivizzazione è attività pratica, opera di costruzione governata, contenuta e orientata da ragioni, si pone così una premessa rispetto alla quale, complessità e pluralismo in senso descrittivo tornano in primo piano, in tutta la loro problematicità, lì dove il pluralismo è pluralismo sociale e normativo, che frammenta le ragioni e, se non rende più perseguibile un orizzonte di senso, certamente lo fa progetto assai difficile.

Si tratta, detto altrimenti, di assumere del pluralismo (o dei pluralismi, come opportunamente Pastore sottolinea), una declinazione non più e solo sistematicamente interna all'esperienza giuridica, come problema di teoria delle fonti e nell'irrompere di manifestazioni della giuridicità informali o addirittura di matrice comportamentistica (Sunstein e Thaler 2009 [2008]), ma criticamente rivolta a guardare le criticità che, esternamente al sistema giuridico, attraversano i sistemi sociali come ordinamenti normativi dotati di prescrittività che conferisce ragioni per agire, portando all'interno del diritto il conflitto tra maggioranza e minoranze.

Il carattere polisemico del termine pluralismo, la sua "odissea intellettuale", non è dunque solo avvertimento delle famiglie di dottrine che hanno inteso affermare modelli di pluralismo giuridico, ma anche e in special modo dialettica tra sistemi giuridici e sistemi sociali e culturali altri, che tali sono non necessariamente in virtù di fattori culturali, ma per la presenza e incidenza intersezionale delle diseguaglianze che attraversano le società contemporanee.

Del tutto evidentemente, vi è, ancora, la prova alla quale complessità e pluralismo sottopongono la teoria dell'interpretazione e dell'argomentazione, ma più in generale, la teoria del diritto. E si tratta di un ulteriore ordine di questioni che si annunciano e ritrovano questa volta, in fondo, il loro punto di affioramento proprio nella complessità guardata dall'interno dell'attività e del giudizio giuridico.

Acclarato che questa non riguardi solo ciò che il giurista osserva, ma il modo in cui il giurista ragiona e interpreta, e che questo giudizio non sia prodotto di un'attività conoscitiva, ma *deliberativa* e *manipolativa*, sebbene governata e controllata da ragioni, dal pluralismo giuridico e normativo originano alcune domande che occorre formulare perché niente affatto marginali.

Sul primo fronte, vi è l'affiorare di dimensioni della giuridicità non formali, come quella del *soft law* o dello stesso *nudge*, sul secondo vi è quello delle dimensioni del pluralismo normativo, quello che fa leva su ragioni per agire che attingono non prevedibilmente, e ogni volta rappresentandosi diversamente, a diversi sistemi prescrittivi. Sfere di normatività che si definiscono nel perimetro di un "minority legal order" (Malick 2012, Pastore 2024: 43), contrapponendo *società* e *comunità* e spostando l'accento sull'*agency* del soggetto e sul suo libero posizionarsi ora nell'una ora nell'altra (Facchi 2001).

Se, così, dal punto di vista del pluralismo giuridico, delle fonti formali e informali, come di quelle che orientano le condotte senza prescrivere, occorre chiedersi, sul piano dell'interpretazione in astratto, quanto sia possibile

estendere la base enunciativa, deve forse anche valutarsi se, sotto l'egida del pluralismo normativo, l'accoglimento di ragioni attinte da sistemi normativi altri possa intervenire a radicalizzare il tasso di creatività che si insedia in ogni giudizio giuridico, specie se quel giudizio è quello del giudice: se ovvero il loro ingresso nel ragionamento, detto altrimenti, possa compromettere la tenuta della ragione giuridica, estendendo la politicità di un'attività giudiziaria che assume su di sé la composizione dell'ordine sociale.

Una prospettiva che, ancora una volta, riconvoca sul potere, questa volta consentendo di riflettere sul se sia rinunciabile o meno la funzione democraticamente esercitata dalle rappresentanze politiche nella selezione dei fini e nella ricerca dell'equilibrio delle ragioni.

5. Riferimenti bibliografici

- Bobbio, N. (1951), 'La certezza del diritto è un mito?', 3, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 146-151;
- Caiani L. (2021), *La filosofia dei giuristi italiani* (1955) (Roma: RomaTre Press);
- Canale D. e Velluzzi V. (2020), 'Introduzione', 2, *Ars Interpretandi* 7-11;
- Capograssi, G. (1950), 'Il diritto dopo la catastrofe', in *Scritti in onore di F. Carnelutti* (Padova: Cedam) 1-31;
- Carnelutti, F. (1953), *La crisi del diritto* (Cedam: Padova);
- Cesarini Sforza, W. (1954), *La crisi della legge* (Milano: Giuffrè);
- Facchi, A. (2001), *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione* (Roma-Bari: Laterza);
- Frank, J. (2012), *Law and the Modern Mind* (1930) (New Brunswick-London: Transaction Publishers)
- Gadamer, H.G. (1996), *Verità e metodo* (1960) (Milano: Bompiani);
- Galletti, M. e Vida, S. (2018), *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario* (Firenze: IF Press);
- Gianformaggio, L. (1986), 'Certezza del diritto', in Ead., *Studi sulla giustificazione giuridica* (Torino: Giappichelli) 157-169;
- Grossi, P. (2012), *Introduzione al Novecento giuridico* (Roma-Bari: Laterza);
- Holmes Jr. O. (1997), *The Path of the Law* (1897), 110, 5, *Harvard Law Review* 991-1009
- Irti, N. (2014), 'La crisi della fattispecie', 1, *Rivista di diritto processuale* 36-44;
- Irti, N. (2015), 'Un diritto incalcolabile', 1, *Rivista di diritto civile* 11-22;
- Malick, M. (2012), *Minority Legal Orders in the UK. Minorities, Pluralism and the Law* (London: The British Academy);
- Marzocco, V. (2018), *Nella mente del giudice. Il contributo di Jerome Frank al realismo giuridico americano* (Torino: Giappichelli);
- Omaggio, V. (2020), 'Ermeneutica giuridica e filosofia pratica', 2, *Ars Interpretandi* 27-44;
- Pastore, B. (2014), *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea* (Padova: Cedam);
- Pastore, B. (2024), *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica* (Padova: Wolters Kluwer);

Severino, E. (1978), *Legge e caso* (Milano: Giuffrè);

Sunstein C.R. e Thaler R.H. (2009), *Nudge. La spinta gentile* (2008) (Milano: Feltrinelli);

Velluzzi, V. (2002), *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale* (Torino: Giappichelli);

Viola, F. e Zaccaria, G. (2016), *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* (2004) (Roma-Bari: Laterza).