



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

IL DIRITTO COME PRATICA SOCIALE. TRA COMUNITA' DEGLI INTERPRETI E CONSENSO DEMOCRATICO



2024 ANNO IX NUMERO 18 – DOSSIER INTERPRETAZIONE

Di Giovanni Messina – DOI 10.54103/2531-6710/27790



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

Il diritto come pratica sociale. Tra comunità degli interpreti e consenso democratico

Giovanni Messina

*LAW AS A SOCIAL PRACTICE. BETWEEN COMMUNITY OF INTERPRETERS AND DEMOCRATIC CONSENSUS**

Riassunto

L'ultimo approdo della riflessione gius-filosofica di Baldassare Pastore è una densa analisi del paesaggio contemporaneo che ne restituisce la trama eterogenea, proteiforme, attraversata da sussulti di cambiamento e innovazione ancora forti. Sebbene la scienza del diritto sia segnata da più di tre decenni ormai da una sorta di vertigine del mutamento; da una tonalità crepuscolare, rispetto a schemi consolidati e di apertura a innovazioni concettuali. La riflessione di Pastore delinea un quadro chiaro dei processi presenti, proponendo una concezione del diritto e dell'attività dei giuristi come pratica collettiva e ragion (giuridica) pratica, perché rivolta all'agire sociale, molto convincente per la propria capacità di contenere i molteplici elementi (anche in dialettica tra loro) della fenomenologia del diritto. Allo stesso tempo costituisce occasione per evidenziare alcuni profili rispetto ai quali la teoria giuridica sembra esser stata distratta, se non addirittura reticente.

Parole chiave: Interpretazione, pratica sociale, comunità degli interpreti, complessità, sovranità, globalizzazione.

Abstract

The latest achievement of Baldassare Pastore's legal-philosophical reflection is a dense analysis of the contemporary landscape which reflects its heterogeneous, protean texture, crossed by still strong jolts of change and innovation. Although the science of law has been marked by a sort of vertigo of change for more than three decades now; from a twilight tone, compared to consolidated patterns and openness to conceptual innovations. Pastore's reflection outlines a clear picture of the present processes, proposing a conception of law and the activity of jurists as collective practice and practical (juridical) reason, because it is aimed at social action, very convincing for its ability to contain the multiple elements (even in dialectic with each other) of the phenomenology of law. At the same time, it constitutes an opportunity to highlight some profiles with respect to which legal theory seems to have been distracted, if not downright reticent.

Key Words: Interpretation, social practice, community of interpreters, complexity, sovereignty, globalization.

Autore: Giovanni Messina, Ricercatore a tempo determinato, Università degli studi di Napoli Federico II.

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco.

Articolo ricevuto il 1.12.24 approvato il 17.12.24.

1. Teoria del diritto e tonalità ‘crepuscolare’

È sufficiente riprendere la letteratura di un quindicennio fa per imbattersi nella considerazione che il tema della crisi della scienza giuridica risultava già un oggetto di riflessione ‘stantio’, scontato; quasi un ritornello ripetitivo¹. Avendo fatto la sua comparsa con insistenza all’inizio del secolo scorso e avendolo complessivamente attraversato, con periodi di maggiore acutezza e altri di minore intensità ma, ripetiamo, non uscendo mai del tutto dall’orizzonte della riflessione teorica sull’esperienza giuridica e i suoi nessi con i processi sociali.

E tuttavia non si può neppure negare che negli ultimi anni il tema della crisi, nelle sue varie declinazioni, si sia fatto più insistente e abbia assunto toni decisamente più marcati, ultimativi in alcune manifestazioni, quasi apocalittici (Vogliotti 2008: 3).

Il tema dell’eclissi della teoria giuridica, dell’obsolescenza delle categorie giuridiche o, addirittura, della ‘fine’ del diritto è però stato affrontato, di volta in volta, in riferimento a questioni differenti o, quantomeno, a partire da diversi fenomeni sociali².

Se la crisi dello Stato moderno affrontata da Santi Romano nella sua celebre prolusione muoveva dalle scosse telluriche che nelle architetture istituzionali degli Stati ottocenteschi e liberal-borghesi aveva portato l’irrompere delle classi popolari, in seguito all’affermarsi sulla scena pubblica delle formazioni partitiche socialiste e dell’estensione della titolarità del diritto di voto (Romano 1910), la similare tonalità assunta da alcune riflessioni negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, con l’evocazione della “catastrofe”, era legata invece alla amara e anche confusa o ambigua, per certi versi, riflessione che una parte della scienza giuridica e della filosofia politico-morale faceva pensando a quanto era accaduto negli anni immediatamente precedenti. A quanto era accaduto alla cultura giuridica, in Germania e in Italia, nell’adattarsi ai dettami ideologici dei regimi autoritari, senza opporre una effettiva resistenza, per

*Questo articolo sviluppa le osservazioni esposte nel seminario del 18 ottobre 2024; per cui, oltre a basarsi sul volume di Baldassare Pastore, fa tesoro delle analisi presentate dagli altri partecipanti, rielaborate e precisate nei contributi qui pubblicati.

¹ Basta rileggere gli articoli contenuti nel libro *Fine del diritto?* (Rossi 2009) e il volume curato da Massimo Vogliotti, *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare* (Vogliotti 2008)

² Si confronti su questi profili Andronico (2012).

esempio a partire dalla incompatibilità tra alcuni dei profili valoriali di essi (ideologia razziale e radicale abbandono dei principi liberali) e i valori di riferimento della tradizione giuridica europea³.

D'altro canto la vasta riflessione sulla messa sotto pressione (e insufficiente funzionalità) delle strutture politico-giuridiche negli anni Settanta del Novecento fu provocata dall'inizio della iperproduzione legislativa e alla messa in discussione di quell'equilibrio sociale che sembrava essere stato agevolato dal buon funzionamento delle istituzioni giuridiche e dall'insieme dei concetti filosofico-politici che la teoria del diritto aveva elaborato in continuità con gli ultimi due secoli. Tra l'altro, in questo caso, l'inadeguatezza dei sistemi giuridici e del corrispondente arsenale concettuale a disposizione del ceto dei giuristi-funzionari venne fatta risalire in buona sostanza alla crescente complessità delle società che riversavano sui sistemi normativi istanze e finalità esorbitanti dalle potenzialità ordinanti della struttura del complesso istituzionale; così come si erano sviluppate nei decenni successivi alla fine della guerra⁴. Perciò anche negli anni Settanta e Ottanta del Novecento sarebbe stata un'ondata di complessità a far venir meno l'efficacia regolatrice degli edifici giuridico-istituzionali. Complessità identificata prioritariamente nella cresciuta e incrementale conflittualità sociale che superava le capacità ordinanti dei sistemi normativi.

Una complessità ben differente quindi da quella che è posta in relazione alle difficoltà della cultura giuridica contemporanea, in cui a mutare profondamente lo scenario giuridico contribuisce certamente anche la maggiore eterogeneità delle relazioni sociali e delle istanze provenienti da esse (alle quali potremmo riferirci come crescente pluralismo sociale) ma principalmente è una complicazione del paesaggio politico-giuridico in sé. Certo, provocata da dinamiche sociali (il diritto è un fenomeno sociale) ma differenti dalla conflittualità (che pure per certi versi non si è ridotta) e relative a processi di riorganizzazione delle relazioni economiche e politiche confluiti inevitabilmente nel mondo della giuridicità attraverso una moltiplicazione dei luoghi della decisione e un intrecciarsi di essi.

Di questa complessità ci occuperemo, seguendo le tracce dell'itinerario intellettuale di Baldassare Pastore, che con il volume *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica* (Milano 2024: Wolters Kluwer) conduce a confrontarsi con i temi centrali della riflessione giuridica attuale e rappresenta per chi scrive l'opportunità per avanzare una ipotesi sul dibattito degli ultimi decenni; invero segnato (e sostanzialmente provocato) dalla sociologia(/teoria) della globalizzazione. Circostanza questa che, ci pare, viene spesso sottovalutata nell'analizzare i cambiamenti avutisi nella sfera del diritto. Nel senso che nel valutare la portata degli elementi innovativi prodottisi nel campo giuridico (dal proliferare delle fonti alla cosiddetta nuova *lex mercatoria*) si è evidenziato poco il nesso di tali mutamenti con fattori economici e politici che non hanno i tratti dell'irreversibilità ma che sono processi determinati da specifici eventi (decisioni politiche, assetti economici, norme giuridiche) suscettibili, come quasi tutti i fatti umani, di essere rimossi o modificati⁵.

³ Celebri le prese di posizione di importanti esponenti della cultura giuridica europea come Gustav Radbruch (in *Filosofia del diritto* Milano Giuffrè, 2021; edizione originale 1944).

⁴ La letteratura su tali problematiche, risalente nel tempo e più recente, è copiosa. Per esempio Barcellona P., 1980, Teubner, Barcellona M., Luhmann, Habermas....

⁵ Un volume che affronta molto bene le varie facce dei cambiamenti nella sfera giuridica, provocati dai processi di integrazione economica etichettati come "globalizzazione", è Estévez Araujo (edición de) *El derecho ya no es lo que era*, (Madrid: Trotta 2021).

2. Sulla fenomenologia giuridica contemporanea e l'atteggiamento dei giuristi

L'ultimo lavoro di Pastore, uno dei più autorevoli esponenti della filosofia giuridica italiana, consente di entrare in contatto con le questioni teoriche principali che la scienza del diritto ha dovuto affrontare in questi anni e ci guida a riconoscere che le trasformazioni che la fenomenologia sociale ha imposto alla teoria giuridica sono più correttamente delle acquisizioni; poiché per buona parte ciò che è accaduto in questi ultimi decenni alla teoria del diritto è aver corretto alcuni schematismi e riduzionismi, che avevano determinato almeno per qualche secolo una visione della giuridicità semplificata e rigida; astratta e poco avvertita della porosità del diritto alla fatticità sociale (Pastore 2024: 19 ss 59 ss. Pastore 2014: 87 ss). Sebbene, per altro verso, il non derivare da istanze extramondane sia proprio un presupposto del diritto moderno, che perciò dovrebbe essere pensato costantemente come costruito storico-sociale (Ciaramelli 2010).

Mentre i precedenti periodi nel corso dello scorso secolo di difficoltà della cultura giuridica, come detto, sono stati legati a eventi specifici e hanno stimolato la riflessione sui mutamenti che nel campo del diritto sarebbero dovuti avvenire per adeguarsi alle nuove sfide, la discussione contemporanea ha assunto via via una configurazione che probabilmente non è errato definire di natura ben più radicale, perché attiene al complesso teorico (filosofico) sul quale si è fondata l'esperienza politica degli ultimi quattro-cinque secoli. L'eclissi e il declino di cui si parla da qualche decennio pertengono non certo al diritto in sé, cioè alla sua presenza nei sistemi sociali, ma agli elementi caratterizzanti la cosiddetta Modernità giuridica, intendendo per essa un'epoca della storia politica (e filosofica) che sarebbe travolta nei suoi fondamenti strutturali, aprendo a una grande transizione epocale⁶.

A nostro avviso per valutare la fondatezza di questa tesi, invero non da tutti sostenuta apertamente ma particolarmente presente sottotraccia nella complessiva riflessione dottrinale, si dovrebbe ragionare su quali siano state le caratteristiche davvero essenziali della Modernità giuridica e verificare se esse, al di là dei profili secondari, stiano venendo meno oppure no. Tale parametro, che permetterebbe di affermare la persistenza o il superamento dell'epoca della politica moderna, ci pare che dovrebbe esser individuato nella individuazione e verifica della logica di fondo che contrassegna l'Epoca⁷. Per dirla in altro modo: ciò che caratterizza un'epoca della Storia umana consiste nella prestazione essenziale che quella specifica configurazione filosofico-politica ha svolto, rispetto a determinati problemi sociali (ed esistenziali) ai quali un complesso di elementi teorico pratici ha dato risposta (Galli: 1988). La tesi qui avanzata è che la prestazione fondamentale dell'ordine sociale moderno continua a esser perseguita dai dispositivi giuridico-politici che ne hanno composto il meccanismo ordinante⁸. Sebbene molti elementi dell'edificio giuridico-istituzionale moderno e della sua correlata teoria abbiano subito rilevanti modifiche; che in un libro come quello da cui qui si prendono le mosse sono magistralmente individuate e che devono esser apprese per aggiornare la nostra consapevolezza della realtà.

Ecco perché l'analisi di Pastore ci sembra importante per acquisire un paradigma teorico del diritto all'altezza del tempo e, proprio per questo, utilizzandolo e facendolo in parte proprio per poter poi

⁶ Ha dialogato con questa ipotesi Pietro Barcellona, che ne ha messo in discussione l'assunto di fondo, riferendosi proprio al sostrato filosofico/metafisico dell'ordine politico moderno (Barcellona P.: 1997).

⁷ Per una individuazione dei tratti distintivi di un'epoca della Storia umana e delle connotazioni dell'Epoca moderna si rinvia a S. Natoli (), G. Marramao ().

⁸ Mi permetto di rinviare a Messina (2015).

soffermarsi sulle considerazioni d'insieme rispetto al superamento o no di una fase della civiltà umana contraddistinta da un nucleo di significati sociali (valori, rappresentazioni simboliche) fondamentali che strutturano l'ordine dominante delle relazioni umane⁹.

Dar conto dei mutamenti e dei modi di manifestarsi dello scenario giuridico rappresenta uno dei compiti fondamentali della teoria del diritto (Pastore 2024: 1).

L'obiettivo che Pastore si assegna già dall'*incipit* è proprio quello di mappare il panorama giuridico attuale e conseguentemente la condizione della scienza del diritto contemporanea. Una condizione, come abbiamo già visto, che continua a essere quella di una branca del sapere sociale, di uno specialismo relativo al sottosistema normativo per eccellenza del sistema sociale, che si avverte come precaria; in transizione rispetto a uno *status* precedente (fatto di maggiori certezze e stabilità) verso una nuova configurazione di sé stessa. Ciò, essenzialmente, per il mutare radicale del proprio oggetto di studio. Come testimoniato del resto da molteplici analisi. Sebbene rispetto a questa temperie culturale e a questa precarietà teoretica ci sentiamo di sottolineare che a volte ci pare essere un'eccessiva enfasi.

....all'interno della comunità giuridica si sta diffondendo uno stato d'animo che potremmo definire "crepuscolare". Sempre più diffusa tra i giuristi è infatti la sensazione che un mondo stia volgendo al termine e che le mappe concettuali ereditate dal passato abbiano perduto la loro sperimentata capacità orientativa (Vogliotti: 1).

Come osservato in vari passaggi anche dalle riflessioni di Aldo Schiavello (2024) e Valeria Marzocco (2024), gli sviluppi della fenomenologia giuridica registratisi negli ultimi decenni hanno senza dubbio complicato il quadro dell'esperienza precedente e spinto la dottrina a ragionare su schematismi e semplificazioni che avevano caratterizzato una fase della cultura giuridica, nella quale una certa concezione del ruolo dei giuristi aveva supportato una teoria politica e una definizione del diritto accentratrice (nell'autorità politica), monistica (nella legislazione) e razionalistica (ispirazione all'unità, alla stabilità e alla 'purezza' dei concetti giuridici). Allo stesso tempo, la ridefinizione della scienza del diritto e del diritto stesso che accompagnano questa fase dell'esperienza giuridico-istituzionale può esser concepita come una più matura comprensione della intrinseca eterogeneità e complessità del fenomeno giuridico e della scienza che lo comprende, lo ordina e lo elabora. Quindi, per richiamare un classico, in questi anni, in buona parte, si sono demolite alcune "mitologie" che avevano appesantito la teoria del diritto, limitandone la comprensione di sé stessa, oltre che dell'oggetto di studio (Grossi).

L'analisi e il ragionamento proposti da Pastore mettono in campo una visione della giuridicità che corrisponde a quella che nell'ambito della discussione teorico-giuridica è chiamata teoria ermeneutica del diritto, una specifica teoria generale del diritto, di cui il filosofo dell'Università di Ferrara è esponente di spicco. La teoria ermeneutica del diritto, in particolare nella versione qui proposta, si mostra particolarmente efficace nello spiegare e nell'accogliere le manifestazioni contemporanee. Per almeno due ordini di ragioni. Per un verso essa, mettendo al centro della giuridicità l'attività giurisdizionale, l'attività interpretativa, in quanto attività risolutiva nel rendere effettivo, nel concretizzare, il diritto attraverso la puntuale positivizzazione del materiale normativo (oggi, per l'appunto, sempre più variegato e non coincidente solo con i testi delle leggi), ha contribuito a definire il diritto come sfera della ragion pratica

⁹ Mi appoggio per queste impegnative considerazioni su Barcellona P. (1994, 1997,) Barcellona M. (1998) e Ciaramelli (2010).

e quindi l'effettivo diritto 'positivo', posto, come prodotto solo in parte e inizialmente dell'autorità politica ma prodotto in dialettica soprattutto con i soggetti che hanno il compito di applicare le norme.

E proprio perché per questa via, in quanto discorso rivolto a indirizzare l'agire sociale, quindi razionalità sociale, a delineare il fenomeno giuridico come pratica collettiva, come tessuto di regole costruito da una complessa dialettica sociale.

La conoscenza giuridica è conoscenza pratica non tanto per il fatto di riguardare le azioni umane, quanto propriamente perché partecipa nel determinare l'azione da compiere. Entra in gioco, qui, la nozione di "ragion pratica", che è una riflessione non *sull'*azione umana, ma *per* l'azione umana (Pastore 2024: 9).

3. La teoria ermeneutica del diritto. Una teoria per il diritto contemporaneo

Complessità, moltiplicazione (e sovrapposizione) delle fonti normative, pluralismo giuridico (compresenza cioè e concorrenza di ordinamenti giuridici), emersione della centralità dell'azione interpretativa per la definizione del diritto, affermarsi di prassi dialoganti tra istanze giurisdizionali appartenenti a ordini giuridici diversi (dialogo transnazionale delle Corti), indebolimento della natura coattiva delle norme di diritto e incremento della dimensione comunicativa e persuasiva della normatività (Pastore 2024: cap. II)¹⁰. Queste le principali manifestazioni del panorama attuale che sono essenzialmente connesse alla relativizzazione della autoreferenzialità dello Stato, in quanto ordinamento giuridico-politico sovrano e autonomo nella produzione delle regole della convivenza per i propri cittadini e nell'azione di governo della collettività.

Il complesso dei fenomeni registrati come elementi innovativi che hanno mutato lo spazio della giuridicità è infatti derivato dall'eclissi della sovranità statale, ovvero dall'indebolimento della centralità degli apparati statali nella regolazione delle relazioni umane. Sia nel versante interno (quello dello spazio delimitato da confini in cui si esercita la potestà dell'organizzazione statale) che nel versante esterno (quello delle relazioni tra comunità politiche ma anche tra soggetti economici attivi su un piano extranazionale). Questa vicenda si manifesta nella fine del leggi-centrismo, del monopolio legislativo del potere normativo, così come in un fenomeno apparentemente meno dirimente ma altamente significativo del corso storico intrapreso e cioè l'attenuazione del carattere pubblico del diritto (Ferrarese 2010). Tale aspetto attiene alla crescente apertura da parte degli ordinamenti giuridici a regole provenienti da atti privati, comportando ciò una sfumatura della separazione netta tra sfera pubblica e sfera privata tipica del modello di ordine sociale della Modernità.

In buona sostanza, i cambiamenti intervenuti a trasformare il paesaggio del diritto, così come sperimentato e teorizzato dai giuristi per alcuni secoli, sono connessi al declino della Sovranità, la cui causa sembra avere una doppia matrice. Una è quella dell'affermarsi di un diritto internazionale sovranazionale, con l'istituzione delle Nazioni Unite, il consolidarsi del diritto internazionale dei diritti umani e in seguito di altri organismi internazionali che limitano l'autonomia degli Stati (ma in realtà quanto ciò valga al di fuori dell'esperienza comunitaria europea, quindi per gli Stati non membri dell'Unione Europea, è uno dei temi su cui si dovrebbe ragionare di più). La seconda matrice di questo indebolimento della statualità,

¹⁰ Un'analisi altrettanto ricca che ha, partendo da una prospettiva ben diversa, evidenziato lo sviluppo della normatività istituzionale verso una dimensione comunicativa piuttosto che coattiva l'ha fornita qualche anno fa Alfonso Catania (Catania 2008).

in quanto autorità monisticamente concentrata sul monopolio legislativo della regolazione giuridica, è la previsione di plessi normativi costituzionali, di Costituzioni, che hanno modificato radicalmente la struttura degli ordinamenti giuridici (Pastore 2024: 59 ss; Zagrebelsky 1997).

In realtà è questo elemento che pare costituire il principale veicolo di novità nell'esperienza giuridica e per la teoria giuridica, poiché, a differenza dell'indebolimento della Sovranità verso l'esterno, che è strettamente connessa a opzioni politiche né automatiche né irreversibili, la previsione di norme costituzionali rigide, come fondamento normativo vincolante per l'agire politico e persino per le prospettive future della comunità politica (con valori faro, obiettivi da realizzare, principi regolativi vincolanti che in gran parte si sostanziano nel perseguimento del rispetto dei diritti fondamentali), ha determinato un mutamento radicale nell'esperienza giuridico-istituzionale; configurando un tipo nuovo di ordinamento, nel quale il potere politico non è del tutto libero di agire per quanto riguarda i fini della sua azione, in quanto tenuto a rispettare gli orizzonti delineati in Costituzione (il progetto di società in esso contenuto) e ha vincoli al proprio agire nella sfera degli individui garantita dalla previsione di diritti soggettivi che possono essere limitati solo in via eccezionale (Ferrajoli ; Alexy).

L'istituzione di Stati costituzionali, in più democratici, ha spostato l'equilibrio dei poteri istituzionali e ha delineato effettivamente un tipo diverso di diritto, rispetto a quello che aveva segnato la Storia quasi del tutto fino alla prima metà del secolo scorso. Quello che Ferrajoli ha chiamato passaggio dal paleo-positivismo al positivismo costituzionalistico è davvero un passaggio sostanziale che, nel mutare la struttura degli ordinamenti giuridici, attribuisce alle autorità giudiziarie e ai giuristi in generale (Ferrajoli è infatti uno di quegli autori che rimarcano il ruolo della teoria del diritto, temendo una ipertrofia dell'attività dei giudici) una funzione di salvaguardia e sviluppo del contenuto costituzionale, che rende senza dubbio concorrente la funzione giurisdizionale in senso ampio (magistrati, funzionari, giuristi), rispetto all'autorità politica. Non solo in quanto esecutivo ma anche parlamentare come sappiamo. Anche rispetto alla fonte (non più del tutto sovrana) della legge. Questo passaggio è ben descritto da Schiavello quando parla di due tipi di *rule of Law*, che corrispondono complessivamente allo schema sopra tracciato (Schiavello 2023).

Un concetto di *rule of Law*, più presente nelle esperienze politico-istituzionali dell'Europa continentale, depositaria, secondo una vecchia divisione, della tradizione di *civil Law*, in cui i limiti al potere politico sono costituiti dalla proceduralità da seguire nell'esercizio del potere effettivo e in cui la libertà degli individui è protetta dalla possibilità di sapere approssimativamente quali sono le norme da seguire e le azioni che il governo potrà compiere (una libertà in parte coincidente con la certezza del diritto, cioè con uno dei miti dell'ideologia giuridica ottocentesca: vedi Marzocco 2024). Un'idea di Stato di diritto di tipo formalistico che coincide con la concezione dominante nella scienza giuridica del XIX secolo e ancora all'inizio del XX e di cui in buona parte Kelsen è rappresentante (Kelsen 1960).

E una seconda idea di *rule of Law*, che corrisponde alla tradizione anglosassone di *common Law* per cui il diritto non si esaurisce (e parliamo del diritto positivo) nelle statuizioni dell'autorità politica ma anche (e prima di tutto) nel complesso di principi che fanno parte della vita di una collettività. In quanto regole condivise da tempo e praticate nella trama delle relazioni intersoggettive e di cui le autorità giurisdizionali sono custodi, aventi la funzione di esprimere (applicandolo e concretizzandolo attraverso la mediazione dell'interpretazione) il tessuto giuridico esistente nella prassi sociale; in un processo dialettico che, ovviamente, può essere anche polemico, conflittuale, con il diritto prodotto dalle istituzioni politiche. Si tratta di un modello di diritto e di equilibrio tra i poteri dello Stato espresso dalla diade

gubernaculum/iurisdictio (Schiavello 2024). Alla coppia di modelli di *rule of Law* Schiavello affianca le due figure di giurista delineate da Bobbio in *Dalla struttura alla funzione* (Laterza 1977-2007).

Nel solco della definizione formalistica dello Stato di diritto il giurista è concepito come un custode della legge e del diritto costruito dagli organismi politici e presupposto dell'attività del giurista, interprete in quanto applicatore meccanico (secondo un idealtipo molto distante dalla pratica). Il giurista, prima di tutto il giudice, è un funzionario dell'ordine istituzionale e in quanto tale nella sua attività interpretativa e applicativa deve automaticamente, secondo una logica astratta dalla realtà (fatta di dialettica tra testo da concretizzare in regola e caso concreto), tradurre in diritto effettivo le norme prodotte dal potere politico. La seconda concezione del giurista esalta invece il suo ruolo di mediatore tra arsenale testuale a disposizione e fatti della vita da normare. Di interprete ed effettivo positivizzatore del diritto, nel senso che a rendere il complesso normativo regola concreta, norma posta, è l'interprete; giudice precipuamente ma giurista in generale che, in quanto reale produttore del diritto positivo, è un soggetto creativo. Il giurista in questa visione è un attore centrale dell'attività di creazione dell'ordito giuridico ed esercita tale funzione in dialettica, certamente con l'autorità politica ma anche con altri attori della società che interagiscono a vario titolo nella produzione ed effettiva operatività del materiale giuridico.

4. Il diritto come pratica sociale e prodotto della comunità (degli interpreti)

È questa senza dubbio la visione del giurista che ci offre Baldassare Pastore nella sua analisi e nel suo ragionamento sul diritto contemporaneo. Nel quale l'idea del giurista, soprattutto in quanto interprete del materiale normativo da trasformare, applicandolo, in concreta prassi regolatrice delle interazioni sociali, è messa in circolo con quella della pratica giuridica come pratica sociale e della ragione giuridica come ragione (certo pratica) ma, si ripete, ovviamente, sociale. Il giurista insomma, ed è questa una delle idee più fertili a nostro avviso della riflessione proposta da Pastore, è oggi più che mai l'attore principale di un processo che è comunque non semplicemente interno alla dimensione delle istituzioni politiche e amministrative ma è profondamente radicato nelle prassi sociali.

Una teoria giuridica non può trascurare di far riferimento, a scopo di comprensione ma anche di orientamento nei confronti della prassi, all'uso del diritto in un dato contesto storico-culturale. Ciò implica l'assunzione del "punto di vista pratico", che è quello di coloro che devono decidere come agire, che devono deliberare intorno a certi fini, che vogliono realizzare certi scopi (Pastore 2024:5).

In questa ottica però, certo, agli organi giurisdizionali prima di tutti spetta il compito di mettere in atto un'attività di elaborazione, composizione, mediazione, delle varie istanze normative per comporre un tessuto normativo, di cui la collettività necessita, e che è quanto mai prima di difficile individuazione. Questo per la inedita eterogeneità che oggi il diritto ha raggiunto.

È la complessità di cui parla Pastore dall'inizio del suo ragionamento, che è determinata dalla moltiplicazione delle fonti giuridiche (per emersione di fonti extranazionali, concorrenza di fonti locali e inedita rilevanza di materiali negoziali privati ai quali si è data rilevanza normativa), dal riaffermarsi di un pluralismo giuridico, cioè della convivenza di ordinamenti giuridici, che non si presentava dal tramonto dell'assetto medievale e, dall'altra (aspetto per noi particolarmente rilevante e su cui torneremo alla fine), perché la declinazione democratica degli ordinamenti giuridici costituzionali (quello che chiamiamo Stato costituzionale democratico) ha dato alla garanzia dei diritti individuali una connotazione che va oltre la

semplice logica (liberale) garantista. Proprio perché il fondamento democratico degli assetti sociali implica una idea di legittimazione dell'agire amministrativo e normativo più esigente, l'operato interpretativo e applicativo dei giudici si presenta prioritariamente come compito argomentativo, che svolge la funzione di rendere accettabili le decisioni giuridiche. Riconoscibili dal consenso sociale le positivizzazioni effettive del diritto dell'ordinamento.

Il fornire ragioni rinvia alla giustificazione, ossia a un discorso atto a far risultare che qualcosa è corretto, giusto, è da accettare, da preferire.... Appellarsi alle “ragioni”, dunque, significa far riferimento alle condizioni pubbliche di accettabilità fissate da una determinata comunità linguistica e assiologica, che presuppone la discussione in un contesto intersoggettivo (Pastore 2024: 4).

In questa ottica la produzione del diritto assume la configurazione di un'attività incastrata nella dinamica sociale in cui all'agire interpretativo e compositivo della funzione giurisdizionale si affianca la presenza degli altri attori sociali, compresa anche la collettività nella forma dell'accettabilità della decisione. La quale deve essere legittima sotto il profilo della condivisibilità popolare. Si tratta di una visione circolare, potremmo dire, non dissimile da quella teorizzata da Fabio Ciamelli negli ultimi anni (Ciamelli 2021).

Ripetiamo quindi. Ragionare di scienza giuridica, di metodologia di essa e in particolare della pratica del diritto, ragionare di interpretazione delle norme al fine della loro applicazione, concependo quest'ultima attività come la principale azione di posizione del diritto, implica mettere in campo una definizione complessiva del diritto. Una concezione di cosa il diritto è. E difatti Baldassare Pastore propone un'idea del diritto; una teoria generale della normatività giuridica. Una definizione del fenomeno giuridico che recepisce le acquisizioni della dottrina fatte negli ultimi decenni, individuando nella complessità, nel pluralismo, nella non riconducibilità della normatività giuridica alla legislazione statale, i connotati principali del diritto contemporaneo e che per questo (per questi tratti dell'esperienza giuridica) individua nell'interpretazione il fulcro della prassi giuridica. L'attività ermeneutica è la dimensione nella quale si manifesta e si esprime prevalentemente la ragione giuridica in quanto sostanzialmente ragione pratica.

Discorso, cioè, sui criteri e sui fini dell'agire umano, come dialettica circolare tra fonti normative e fatticità sociale che ha il suo perno nell'azione di ‘posizione’ del diritto in cui consiste la concretizzazione del materiale normativo a disposizione (nazionale, internazionale, sovranazionale, transnazionale: il caso delle transazioni private recepite dagli ordinamenti) attraverso lo sforzo di mediazione interpretativo. Dalla descrizione degli elementi strutturali dell'esperienza giuridica appena riassunta deriva una specifica centralità del ruolo degli interpreti e concretizzatori della trama normativa che è però intesa, proprio per i connotati contemporanei, come una componente ampia che va ben oltre i giudici ma che consente di configurare, più di prima, quella che Pastore chiama “comunità degli interpreti”.

Emerge, in questa prospettiva, la connessione tra concetto di norma e uso della norma nella prassi sociale, che rinvia al momento riconoscimentale. I consociati conoscono-riconoscono il mondo delle norme, rendendole “esistenti”, e, così, costruiscono l'ordinamento a partire da una serie di atti, di documenti, dotati di valenza autoritativa, entro un ambito istituzionale (Pastore 2024: 5).

È questa una concezione molto interessante e feconda del diritto, perché lo intende davvero come pratica collettiva, costruito sociale.

Per comunità degli interpreti Pastore intende il complesso dei partecipanti (ma potremmo dire, utilizzando una parola inglese molto in voga in questi anni in specie all'interno del discorso sulla *governance*,

gli *stakeholders*) al discorso del diritto; coinvolti cioè dall'azione delle norme giuridiche, o in senso attivo o in senso passivo. Come produttori applicatori operatori delle regole giuridiche ma anche come destinatari di esse; cioè cittadini a cui le norme sono destinate e di cui d'altronde fanno parte anche, visti sotto un'altra ottica, i potenziali produttori delle decisioni giuridiche (giudici e amministratori sono anche cittadini). Una definizione della normatività giuridica come di un campo di azione sociale (vagamente potremmo riferirci qui alla nozione di campo di Bourdieu) nel quale interagiscono soggetti/attori posti in varie posizioni rispetto alla creazione della trama normativa, ordinatrice delle relazioni sociali, che consiste della creazione di norme e della loro effettiva azione pratica. La realtà del diritto è insomma da concepirsi come uno (lo) spazio sociale nel quale interagiscono i consociati a vario titolo, con differenti funzioni (legislatori, amministratori, giudici, funzionari pubblici e semplici cittadini chiamati a osservare le norme) ma tutti coinvolti nel processo di definizione della trama normativa che ordina la collettività; regola le relazioni sociali.

Tutti coinvolti nella costruzione dell'ordinamento giuridico che è in verità un vero e proprio campo discorsivo (qui il riferimento al concetto di campo di Bourdieu è senza dubbio opportuno), nel quale anche l'attore immediatamente recettivo della produzione giuridica, la collettività intesa come insieme dei cittadini, partecipa allo stesso tempo dell'attività produttiva in varie modalità. Sia come elemento a cui il messaggio precettivo arriva e che deve interpretarlo in ultima istanza, sia come soggetto che, per esempio, attraverso una vicenda giurisdizionale, come parte di un conflitto di interessi, contribuisce a delineare l'effettiva normatività (una porzione di essa). Tutto questo concorre a concepire il discorso giuridico, la razionalità propria del diritto, come ragion pratica. Discorso relativo all'individuazione di criteri per l'azione e forgiato nella dialettica sociale.

Dialettica sociale che in verità è la dimensione primaria del fenomeno giuridico non nel generico senso che si tratta di un fatto sociale ma nel senso più specifico che il complesso delle azioni che pongono il diritto hanno la loro terminazione ultima nella giustificazione che supporta la decisione che in ognuna di esse è implicita. Insomma, la fenomenologia della normatività giuridica ha come elemento centrale gli argomenti che vengono esibiti a giustificazione della singola regola, che non può rinunciare a cercare (avere) una almeno formale accettabilità sociale (Gianformaggio 1986). A meno che, infatti, non ci si trovi in regimi sociali fortemente autoritari e legittimantesi con il richiamo ad autorità extrasociali, sottratte alla critica del collettivo, le norme giuridiche sono chiamate a mostrare una argomentazione della loro pretesa di normare e ciò vale in maniera ancor più decisa negli assetti sociali imperniati su una Costituzione e sul principio democratico.

5. Due rilievi per continuare a ragionare: il convitato di pietra (la Sovranità) e lo scarto democratico

Il libro dalla cui lettura queste pagine hanno preso spunto propone una panoramica sul paesaggio giuridico odierno densa di intuizioni e stimolante. Per questo molte altre considerazioni si potrebbero fare e molto più spazio vi si dovrebbe dedicare. Come già detto, la teoria del diritto messaci a disposizione da Pastore, nella prospettiva di chi scrive, esibisce un alto grado di comprensione della realtà giuridico-sociale e tratteggia il fenomeno giuridico in modo da afferrarne gli elementi fondamentali e caratteristici di questa fase storica.

Per un verso, questa concezione del diritto dà ragione del significato che realmente nella prassi giuridica ha la presenza di istanze normative extra-statuali ma soprattutto dell'istanza normativa interna, all'ordinamento giuridico, che è l'insieme delle norme costituzionali; il testo costituzionale. Questi elementi richiedono una definizione del diritto che dia maggior rilievo alla funzione di mediazione propria degli organismi a cui è assegnata l'interpretazione e la teoria ermeneutica qui discussa fa questo in modo convincente. Per altro verso, essa si pone all'altezza dell'altro fattore determinante dei nostri sistemi giuridici: il principio (fondamento dell'assetto politico-istituzionale) democratico. L'affermazione della sovranità popolare e la configurazione dell'apparato amministrativo come articolazione di esso. Concepire il diritto positivo di una specifica collettività come prassi giuridica, in quanto espressione di una razionalità normativa elaborata nella continua dialettica sociale, dove i cittadini sono partecipi della costruzione di questo discorso al pari dei giuristi è una persuasiva descrizione di cosa dovrebbe essere il 'circolo' democratico. Ci si soffermerà però su alcuni aspetti problematici, relativi proprio agli elementi dirimenti appena riassunti. Avanzando alcune considerazioni un po' *tranchant*.

Uno degli snodi essenziali dell'analisi e della proposta di Pastore è il ragionamento sulle fonti normative, le fonti del diritto. Argomento costitutivo della scienza giuridica e problema ineludibile della riflessione contemporanea, dato che l'esperienza giuridica attuale, le sue complessità e pluralità, attengono prima di tutto alla moltiplicazione delle istanze normative e, possiamo dire, al vero e proprio disordine rispetto a un passato in cui al monopolio normativo della fonte legislativa si contrapponeva tutt'al più la altrettanto ineliminabile azione creativa degli applicatori principali del diritto, i giudici. Il tempo presente è il tempo della 'apertura' normativa.

La configurazione delle fonti subisce un processo di revisione verso un ordinamento "aperto" alle pratiche sociali di riconoscimento e reperimento del diritto. Si assiste a un distacco, ad una disgiunzione, tra l'insieme delle fonti formali e quello (più ampio, comprensivo di fonti informali) accettato dalla comunità giuridica. "Fonte", allora, è termine che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto idee, ispirazioni, orientamenti, effetti di indirizzo, dai quali gli operatori devono trarre le norme (Pastore 2024: 125).

Epperò, avanziamo una considerazione che, pur essendo essenziale, non ci pare essere sottolineata sufficientemente nel dibattito interno alla teoria giuridica. Le innovazioni e i cambiamenti registrati in questi tre decenni sono causati da opzioni politiche. Sono il frutto, cioè, di decisioni istituzionali (politiche) che hanno spinto trasformazioni delle dinamiche economico-imprenditoriali e determinato corrispondenti mutamenti negli assetti giuridico-istituzionali e non sono effetto di processi spontanei, naturali o inevitabili. L'impegno dei teorici del diritto nel confrontarsi con le questioni poste dai processi (in corso certamente già anche prima di trent'anni fa) ha spesso dimenticato questa matrice artificiale, per niente 'naturale', di quanto è accaduto. Contribuendo a occultare la 'reversibilità' degli eventi che hanno certamente mutato gli assetti politici istituzionali economici e giuridici (Del Bosco 2004)¹¹.

Questa reversibilità è connessa all'esercizio della Sovranità, cioè alla volontà politica di decidere diversamente. Tornando anche indietro rispetto a processi che sembrano o sono posti (descritti) come irreversibili. Pensiamo all'uscita di uno Stato membro dall'Unione Europea. Che è poi, quest'ultima, a

¹¹ Uno degli ultimi fascicoli della rivista *Limes* è dedicato alla decostruzione della narrazione della globalizzazione (*Il bluff globale*, 3-2023).

pensarci bene, l'unico vero spazio politico-giuridico in cui la sovrapposizione di norme internazionali alle norme degli ordinamenti statali si sta praticando. Ebbene, la Gran Bretagna ha deciso, con un atto politico, di sovranità politica, di sottrarsi all'ordinamento giuridico comunitario e ancora oggi nel discorso pubblico la possibilità di sottrarsi all'integrazione europea è praticamente passata sotto silenzio.

I fenomeni che hanno chiamato la scienza del diritto a interrogarsi sulla propria adeguatezza e gli eventi (politici, economici, giuridici) verificatisi sostanzialmente dall'inizio degli anni Novanta scorsi non sono 'indisponibili' ma, in gran parte, reversibili, se le autorità politiche lo decidessero (decideranno). Vale per l'esistenza stessa delle istituzioni europee, oppure per la libertà di circolazione dei capitali o per la efficacia di atti negoziali privati all'interno di ordinamenti giuridici statali (gli arbitrati o la recezione della *lex mercatoria* da parte di ordinamenti statali). Tutti questi sono fatti che accadono fino a quando delle autorità politiche lo vogliono. E così, per andare alle estreme possibilità ma non certamente irrealistiche, se uno Stato esercita la propria potestà (Sovranità) i rapporti economici tra imprese nazionali e straniere, i flussi di capitali e di merci, la porosità delle barriere commerciali, si interrompono, così come si interrompe la partecipazione a trattati internazionali se uno Stato lo decide; magari in seguito a un evento particolarmente significativo, pregno di conseguenze appunto, come l'inizio di azioni militari ostili.

Un'ultima osservazione, riservata al profilo democratico della teoria del diritto di Pastore, possiamo farla richiamando le tesi di Fabio Ciamelli che ricostruisce il profilo discriminante della cultura giuridica contemporanea nella "costituzionalizzazione" degli ordinamenti. Una lettura della fenomenologia giuridica presente omogenea a quella di Pastore, nella misura in cui l'edificazione degli Stati costituzionali democratici sposta l'accento sulla funzione interpretativa/argomentativa degli organi della giurisdizione e in base alla quale viene ribadita l'ineliminabilità per la scienza giuridica e per la pratica giuridica di una metodologia funzionale a circoscrivere gli ambiti di discrezionalità di coloro che pongono concretamente il diritto.

La definizione di un metodo è istanza fondamentale per la teoria del diritto che guida la prassi giuridica perché la positivizzazione delle norme non è rimessa a organi svincolati da parametri etico-politici che sono individuati nella dialettica politico-sociale (Ciamelli 2021: 177-182). Per cui gli applicatori del complesso giuridico devono rispettare il vincolo della loro attività consistente nell'applicare, interpretando, un complesso di decisioni che hanno una matrice primariamente politica, che nelle democrazie costituzionali vuol dire espressioni indiretta della sovranità popolare (rappresentanza parlamentare). Allo stesso tempo, con altrettanta intensità, il complesso di parametri ai quali l'interprete può rifarsi come metodo per indirizzare la propria decisione, non può esser svincolato dalla garanzia dei diritti fondamentali rispetto agli abusi dell'azioni politico-amministrativa.

Quel che appare però sempre più evidente negli ultimi anni è che, per quanto una cassetta degli attrezzi logico-argomentativi possa fornire un metodo saldo agli interpreti, magari proprio grazia alla loro sapiente capacità di attingere alle risorse valoriali della tradizione giuridica e metterle in dialettica con i valori e i significati radicati nella collettività, rischia di essere vano affidare alla saggezza e alla perizia dei giudici la salvaguardia della democrazia e dei diritti individuali, anche di quelli più inalienabili, senza l'appoggio fermo in una coscienza collettiva effettivamente democratica. La cultura giuridica non può salvare né libertà essenziali né la democraticità della trama delle relazioni senza un forte sostegno popolare. Anzi, tende a far da ancella, come quasi sempre in passato, ai progetti del potere. Ma qui il ragionamento davvero dovrebbe solo cominciare, per cui vi poniamo fine. Rinviandolo ad altra occasione.

Bibliografia

- Alexy, R. (2022) *Concetto e validità del diritto* (Roma: Carocci).
- Andronico, A. (2012), *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance* (Torino: Giappichelli).
- Barcellona, M. (1996), *Diritto, Sistema, Senso* (Torino: Giappichelli).
- Barcellona, P. (1994), *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario* (Torino: Bollati Boringhieri).
- Barcellona P. (1998), *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine -secolo sul progetto moderno* (Bari: Dedalo).
- Bobbio, N. (1977-2007), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (Roma-Bari: Laterza).
- Catania, A. (2008), *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale* (Roma-Bari: Laterza).
- Ciaramelli, F. (2013) *Consenso sociale e legittimazione giuridica* (Torino: Giappichelli).
- Ciaramelli, F. (2021), *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo* (Torino: Giappichelli).
- Del Bosco, E. (2004) *La leggenda della globalizzazione. L'economia mondiale degli anni Novanta del Novecento* (Torino: Bollati Boringhieri).
- Estévez Araujo, J.A. (edición de) (2021), *El derecho ya no es lo que era*, (Madrid: Trotta).
- Ferrajoli, L. (2016), *La democrazia costituzionale* (Bologna: il Mulino).
- Ferrarese, M. (2010), *La governance tra politica e diritto* (Bologna: il Mulino).
- Galli, C. (1988), *Modernità. Categorie e profili critici* (Bologna: il Mulino).
- Gianformaggio, L. (1986), *Studi sulla giustificazione giuridica* (Torino: Giappichelli).
- Grossi, P. (2007), *Mitologie giuridiche della modernità* (Milano: Giuffrè).
- Kelsen, H. (1960), *La dottrina pura del diritto* (Torino: Einaudi).
- Marramao, G. (1989), *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo* (Torino: Bollati Boringhieri).
- Marzocco, V. (2024), *Il diritto nel prisma della complessità e del pluralismo. Intorno all'ultimo lavoro di Baldassare Pastore* (in questo stesso fascicolo).
- Messina, G. (2012), *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto* (Roma: Franco Angeli).
- Messina, G. (2015), *Dentro la Modernità. Diritto liquido, potere solido* Sociologia del diritto, 2015.
- Natoli, S. (2002), *Stare al mondo*. (Milano: Feltrinelli).
- Pastore, B. (2014), *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea* (Padova: Cedam).
- Pastore, B. (2024), *Complessità del diritto, interpretazione, ragione giuridica* (Milano: Wolters Kluwer).
- Romano, S. (1910), *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale* (Milano: Giuffrè 1969).
- Rossi, P. (a cura di) (2009), *Fine del diritto?* (Bologna: il Mulino).
- Schiavello, A. (2023), *Conoscere il diritto* (Modena: Mucchi).
- Schiavello, A. (2024), *Diritto, ragione, interpretazione secondo Baldassare Pastore. Qualche osservazione a margine* (in questo stesso fascicolo).
- Vogliotti, M. (a cura di) (2007), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare* (Torino: Giappichelli).