

LA METODOLOGIA GIURIDICA NELLE DEMOCRAZIE COSTITUZIONALI

BALDASSARE PASTORE

Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Ferrara

baldassare.pastore@unife.it

ABSTRACT

The article discusses some issues addressed in Fabio Ciamelli's recent book. They deal with the relationship between the search for a public justification of legality, indispensable in contemporary constitutional democracies, and the problems that legal methodology raises and that concern the controllability of decisions in the context of legal positivization.

KEYWORDS

Legal Method, Positivization, Constitutional State, Legality, Justification.

1. IL METODO E IL SAPERE PRATICO

Non si può non condividere l'ipotesi di fondo da cui parte Fabio Ciamelli nel suo recente libro¹. Invero, vi è un nesso stringente tra la ricerca di una giustificazione pubblica della legalità istituita, irrinunciabile nelle democrazie costituzionali contemporanee, e i problemi che la metodologia giuridica solleva e che ruotano intorno alla controllabilità della produzione e dell'esecuzione del diritto².

La questione del metodo assume una peculiare salienza e mostra la sua persistenza e attualità nell'ambito dei processi di positivizzazione nelle organizzazioni giuridico-politiche odierne dove la domanda di legittimazione delle decisioni vincolanti per i consociati diventa di fondamentale importanza. Il tema sul tappeto è quello della accettabilità sociale della decisione che si lega alla sua legittimità e alla necessità di un controllo critico delle prestazioni giuridiche che l'istanza metodologica consente di assicurare³. In quel che segue mi concentrerò brevemente su alcuni punti riguardanti questo tema, trattati da Ciamelli con consapevolezza filosofica.

¹ L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo, Giappichelli, Torino 2021.

² Ivi, p. 3.

³ Ivi, pp. 6-7.

Come è noto, nel lessico giuridico il termine “metodo”, che riguarda il complesso dei procedimenti intellettuali richiesti per condurre una ricerca, è usato in relazione alla scienza giuridica e all’interpretazione. La diversità delle accezioni del termine, però, non esclude l’esistenza di un loro collegamento. Lo stesso concetto di scienza del diritto, infatti, varia con il mutare delle concezioni relative alla natura dei procedimenti dell’interpretazione giuridica⁴. Peraltro, vanno riconosciuti, per un verso, la coestensività tra scienza giuridica e diritto, posto che le costruzioni concettuali della prima hanno sempre contribuito a dar forma al secondo, facendo essa parte dell’oggetto che studia, e, per l’altro verso, l’aspetto fondante del momento interpretativo, che presenta una connessione essenziale con il fenomeno giuridico⁵.

Il problema del metodo – come Ciaramelli ben evidenzia – è inaggirabile, sia per le esigenze connesse alla richiesta di legittimazione democratico-costituzionale della legalità istituita, sia per l’esigenza di convivere con “l’instabilità dell’indeterminato” che rinvia all’imprevedibilità che accompagna costitutivamente le attività umane, alla loro contingenza, al loro *poter-essere-altrimenti*⁶.

Porre attenzione alla dimensione critico-riflessiva della metodologia giuridica implica che siano ripercorse le vicende relative alla configurazione del metodo nel passaggio dalla sua accezione “antica” a quella “moderna”⁷ e alle sue ricadute, nella costante apertura all’interrogazione dei suoi presupposti.

Nel contesto giuridico ciò richiede una revisione dell’apparato concettuale e delle coordinate epistemologiche della teoria, superando quella visione che la considera alla stregua di una scienza naturale, orientata a osservare e descrivere il proprio oggetto senza tener conto del coinvolgimento del soggetto⁸. 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.

Va evidenziato, a questo riguardo, che il sapere giuridico nasce *nella e per* la prassi. È un sapere incorporato nelle pratiche giuridiche: vive e prospera in quanto è ad esse funzionale. Concorre a costruire, mantenere, consolidare, incrementare, trasformare il *corpus* giuridico⁹.

⁴ N. Bobbio, *Metodo* (1964), ora in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino 1994, in particolare pp. 165-166.

⁵ Cfr. B. Pastore, F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna 2017, pp. 11-12, 222 ss.

⁶ F. Ciaramelli, *L’ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, cit., pp. 8-9, 18-19.

⁷ Cfr., in proposito, *ivi*, pp. 25-49.

⁸ V., sul punto, B. Pastore, *Teoria del diritto e riabilitazione della filosofia pratica*, in A. Ballarini (a cura di), *Novecento del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 165-166; F. Viola, *Prospettive della teoria del diritto*, in A. Scerbo (a cura di), *Teoria e prassi dell’esperienza giuridica. In ricordo di Francesco Gentile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2021, pp. 17-18.

⁹ B. Pastore, *Teoria del diritto e riabilitazione della filosofia pratica*, cit., pp. 169-170.

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. Ma l'azione umana è il regno del contingente e di ciò che deve essere fatto per lo più e non già sempre e in ogni circostanza¹⁰. Siamo nello spazio dell'indeterminatezza, il cui orizzonte circoscrive il *poter-essere-altrimenti* delle diverse attività umane¹¹ che revoca in dubbio ogni approccio descrittivo-constatativo e a-valutativo del sapere relativo all'agire. Ne consegue – come opportunamente nota Ciaramelli – una radicale presa di distanza dalle pretese del metodo scientifico, che, nella loro applicazione alla indeterminatezza e imprevedibilità degli atti umani, finiscono col negarne l'autonomia e la peculiarità¹². Ciò, comunque, non esclude che il loro carattere innovativo e creativo vada sottoposto a procedure di controllo pubblico e di verifica intersoggettiva. «Gli atti umani sono... sempre suscettibili di essere giudicati e devono poter rispondere pubblicamente del proprio senso e valore»¹³.

Viene in evidenza l'esigenza di riconnettere il momento cognitivo-razionale con quello attuativo-decisionale dell'agire, riabilitando il momento della scelta e della decisione. La spinta a riconciliare ragione e decisione, sul piano delle attività volte a individuare ciò che si deve fare nelle circostanze che richiedono scelte di carattere pratico, rimette in primo piano il tema delle condizioni e dei criteri in base ai quali è possibile *decidere* seguendo un procedimento comunicabile e universalizzabile¹⁴.

Entra in gioco, nel campo del diritto, il ragionamento giuridico, in quanto ragionamento pratico vincolato ad alcune condizioni di praticabilità¹⁵, che diventa parte integrante della positivizzazione e dove è basilare il ruolo dell'argomentazione¹⁶.

Il metodo giuridico fa parte dell'esperienza quotidiana dei giuristi, sia nell'esercizio della conoscenza e della ricerca del diritto, sia nell'impegno nei

¹⁰ F. Viola, *Prospettive della teoria del diritto*, cit., p. 29.

¹¹ F. Ciaramelli, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, cit., pp. 53, 55, 64. Sulla saldatura tra elaborazione del metodo giuridico nella scienza e nella dogmatica ottocentesca e primo-novecentesca (immerse nel "sogno positivista") e neutralizzazione filosofica e scientifica del poter-essere-altrimenti costitutivo degli atti umani v. *ivi*, pp. 60 ss., 65 ss., 68 ss.

¹² *Ivi*, p. 82.

¹³ *Ivi*, p. 83.

¹⁴ Cfr. M. Kriele, *Diritto e ragione pratica* (1979), Editoriale Scientifica, Napoli 2006, pp. 19 ss., 45 ss., 63 ss.

¹⁵ Cfr. R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Giuffrè, Milano 1998, pp. 169 ss., 176 ss., 182 ss., 198 ss., 225 ss.; *Id.*, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Il Mulino, Bologna 2012, pp. 579 ss., 583 ss., 586 ss., 591 ss. Si tratta di alcune condizioni limitanti relative al vincolo della legge, dei precedenti giudiziari e della dogmatica.

¹⁶ M. Atienza, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione* (2006), Editoriale Scientifica, Napoli 2012, pp. 54-61, 175, 211 ss.

processi di concretizzazione¹⁷. In tal modo l'istanza metodologica, finalizzata a sottoporre a verificabilità il lavoro dell'interprete, diventa una componente decisiva dell'ordinamento giuridico¹⁸.

2. LA FUNZIONE DI CONTROLLO DELLA METODOLOGIA GIURIDICA

Alla metodologia giuridica spesso è assegnato il compito esclusivo di esaminare la via interpretativa che il giurista segue. Si tratterebbe di un compito descrittivo, consistente nell'indagare quali sono i tipi di argomento mediante i quali gli interpreti compiono le loro operazioni. Tale idea, però, va rifiutata. La metodologia svolge ulteriori compiti. Nel riflettere sugli argomenti, soppesandone le ragioni *pro* e *contro*, essa predispone strumenti per controllare le argomentazioni degli interpreti¹⁹, le loro scelte e, dunque, le loro decisioni. È da segnalare, in proposito, l'abbandono della pretesa della dogmatica di costituire un sistema rigorosamente deduttivo e autosufficiente nella direzione del suo configurarsi come insieme di concetti teorici e di formule tecnicizzate accumulate dalla riflessione dottrinale e dalla prassi giurisprudenziale. Secondo questa prospettiva, la dogmatica giuridica opera nella sua duplice funzione di orientamento dell'argomentazione e di valutazione razionale dei risultati, con riguardo all'unità e alla coerenza ordinamentali, all'interno di un sistema giuridico aperto al riconoscimento di criteri metagiuridici²⁰.

La controllabilità delle decisioni ha a che fare con un insieme di regole (accettate all'interno di una cultura giuridica), tendenti tutte, in vario modo, a restringere per quanto possibile l'ambito di quel che può essere correttamente deciso. La metodologia agevola o rende possibile tale controllo sia sul versante tecnico-giuridico, da parte delle istanze superiori e della comunità dei giuristi, sia sul versante sociale, da parte dell'opinione pubblica informata. La controllabilità della decisione giuridica, oltre a garantire la prevedibilità del risultato²¹, esprime anche una irrinunciabile esigenza di giustizia ed è finalizzata ad evitare che il campo della pratica giuridica sia lasciato al decisionismo. Sottoporre a controllo, infatti, significa

¹⁷ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2016⁹, pp. 136-137.

¹⁸ F. Ciaramelli, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, cit., p. 48.

¹⁹ L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino 1986, pp. 166, 168-169.

²⁰ L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano 1996, pp. 7 ss., 16 ss., 58-62.

²¹ La nozione di prevedibilità richiama quella di certezza, ma, nello scenario giuridico odierno, dalla certezza come prevedibilità l'attenzione si sposta alla certezza come controllo. Cfr. A. Abignente, *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, p. 62. V., sul tema, F. Ciaramelli, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, cit., pp. 164-172.

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 infondata²².

Va segnalato, a questo proposito, l'apporto della teoria ermeneutica del diritto. In particolare, l'ermeneutica giuridica 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 che contribuisce a controllare l'esercizio interpretativo²³.

La determinazione del significato delle disposizioni, ossia degli enunciati normativi contenuti in una fonte del diritto, avviene attraverso i metodi, le tecniche, le direttive, i canoni, gli argomenti interpretativi, il cui uso è accreditato e consolidato tra gli appartenenti ad una comunità giuridica. Essi rappresentano lo strumento che consente di collegare l'attività di interpretazione alla giustificazione del risultato interpretativo, di passare dalle disposizioni alle norme, che sono il loro contenuto di significato²⁴.

I metodi, le tecniche, le direttive, i canoni, gli argomenti interpretativi servono a rendere esplicite le ragioni grazie alle quali si definisce il significato delle formulazioni normative. Si tratta di discorsi con i quali vengono addotte giustificazioni a supporto di un determinato risultato interpretativo. Tali criteri svolgono un'importante funzione di controllo della libertà dell'interprete, con riguardo ai procedimenti intellettuali che conducono alla decisione e ai ragionamenti che la sostengono²⁵.

I metodi, gli argomenti, i canoni interpretativi sono molteplici e sono scelti dagli interpreti. Non possono eliminare gli spazi della loro libertà. Possono, però, contenerli e strutturarli, dal momento che segnano i passi che l'interprete deve fare nel suo ragionamento per offrire un'argomentazione convincente. Ogni scelta, peraltro, conduce ad un differente risultato interpretativo. I metodi, inoltre, possono combinarsi nella pratica in vari modi, dando luogo a peculiari strategie interpretative, da intendere come insiemi di operazioni e/o di ragionamenti

²² Scrive Ciaramelli (op. cit., p. 176): «Nel caso dell'interpretazione giuridica è indispensabile fare in modo che la sua necessaria e inevitabile discrezionalità non sfoci nell'arbitrio».

²³ Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 191-192, 206; G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 82-85, 110-111; B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 2014, pp. IX-XI, 78, 83-84.

²⁴ Sul punto, nella letteratura più recente, si rinvia a: B. Pastore, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2015, pp. 87-96; D. Canale, G. Tuzet, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli, Torino 2019, p. 67 ss.; G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino 2021, p. 279 ss.

²⁵ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 129-131.

compiuti per pervenire ad un risultato interpretativo ritenuto corretto, buono, giusto, appropriato.

La scelta del metodo viene suggerita dai problemi e dalle questioni pratiche che l'interprete è chiamato ad affrontare e risolvere. Non è possibile, dunque, una spiegazione meramente metodologica delle ragioni che vi presiedono. Il metodo si costituisce come effettivamente operante in rapporto alla concretezza delle situazioni che ne consentono e, in parte, esigono l'utilizzo²⁶. Tale scelta è guidata da una precomprensione, intesa come prerequisito del procedimento di soluzione dei casi giuridici, come insieme di orientamenti e aspettative di partenza²⁷, come valutazione anticipata del risultato ritenuto adeguato al caso e corretto, soggetta ad una continua riconsiderazione e precisazione. La precomprensione è una condizione di conoscenza - se pur provvisoria - del problema da risolvere che mette in moto e fa progredire il procedimento del comprendere in una costante verifica che conduce alla decisione. Non è configurabile come un atto meramente soggettivo, essendo invece determinata sulla base della partecipazione dell'interprete ad un "senso comune", che rappresenta l'esito della socializzazione professionale, della formazione giuridica, di una catena di interpretazioni passate, di una tradizione²⁸.

I metodi sono strumenti per attribuire significato alle disposizioni, nonché strumenti per formulare argomenti a favore dei significati attribuiti alle disposizioni. La loro funzione è, appunto, anche quella di sviluppare criteri per il controllo della validità e correttezza delle ipotesi di interpretazione. Questo avviene sotto due profili²⁹.

Dal punto di vista del soggetto che interpreta, il metodo permette di auto-controllare il procedimento seguito al fine di valutare la fondatezza giuridica dell'interpretazione. Dal punto di vista della comunità nella quale l'interprete è inserito, permette di valutare e controllare l'ipotesi posta alla base della decisione. Tale compito assume anche una preminente dimensione istituzionale laddove vi siano organi tecnici incaricati di vagliare la tenuta del risultato interpretativo in riferimento al diritto positivo³⁰.

I testi costituiscono il *medium* fondamentale e ineliminabile per il diritto³¹. Essi devono essere interpretati. L'attività interpretativa va concepita come reperimento della soluzione del caso che sollecita l'attribuzione di significato a testi. Il testo segna

²⁶ B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 75-78.

²⁷ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 232-234.

²⁸ Ivi, pp. 187-188. Cfr., in proposito, J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (1972), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983, pp. 3, 17-18, 127 ss., 132 ss.

²⁹ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 202-203.

³⁰ B. Pastore, *Decisioni, argomenti, controlli*, cit., p. 96.

³¹ Cfr. W. Hassemer, "Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale", in *Ars Interpretandi*, 2, 1997, p. 172.

il margine di manovra interpretativa entro il quale il giurista può muoversi. Costituisce il dato iniziale della concretizzazione e rimane il parametro con cui misurare l'accettabilità delle interpretazioni. L'interprete, infatti, deve produrre una norma in modo da poterla riferire correttamente ai testi ufficiali dotati di autorità ed è con il testo, e con le sue non illimitate potenzialità semantiche che le sue proposizioni possono tollerare, che egli deve confrontarsi, senza poterlo scavalcare³². I testi, comunque, sono consegnati agli interpreti³³. Qui rilevano gli argomenti interpretativi e la loro scelta. Essa, però, rinvia a presupposti valutativi ed etico-politici, nel senso che tale scelta, così come il peso da attribuire agli argomenti e il modo in cui dare ad essi una priorità, dipende da assunzioni che possono essere denominate "argomenti di secondo livello" o "direttive interpretative di secondo grado". Questi servono a stabilire i criteri di selezione, utilizzazione e gerarchizzazione degli argomenti disponibili in quanto accreditati in una cultura giuridica³⁴.

Gli argomenti di secondo livello sono anch'essi molteplici. La loro adozione dipende (ed è a sua volta giustificata) da idee sul ruolo dell'interprete e, più in generale, sul ruolo del diritto nella società. Una di queste idee è riconducibile al "costituzionalismo dei diritti", in base al quale la Costituzione contiene un insieme di principi che fungono da fondamento e da legittimazione dell'intero ordinamento e che, pertanto, devono permeare ogni branca del diritto e ogni decisione giuridica³⁵. Tali principi si configurano come vincoli che si collocano nell'area dell'indisponibile, dell'irrinunciabile, dell'inderogabile. Nel discorso pubblico entra in gioco l'applicazione dei principi costituzionali a problemi specifici e l'accettabilità delle soluzioni proposte deve fare i conti con tali *standards*, che sono destinati a trovare svolgimento e concretizzazione "a cascata" in tutti i settori dell'ordinamento, conformandolo³⁶. Ogni decisione giuridica, pertanto, non può che essere il risultato anche di una interpretazione dei principi costituzionali, dato che, nelle organizzazioni costituzionali, il diritto regola sia la forma sia i contenuti della sua stessa produzione.

³² B. Pastore, *Decisioni, argomenti, controlli*, cit., pp. 84-85.

³³ F. Ost, "Ancora sull'interpretazione", in *Ars Interpretandi*, 7, 2002, p. 154.

³⁴ Cfr. G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, cit., p. 315 ss.

³⁵ *Ivi*, pp. 325-326.

³⁶ G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti. Strutture e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Il Mulino, Bologna 2017, pp. 35-37. Sull'"effetto di irradiazione" prodotto dai principi, in quanto enunciati vertenti sui diritti, in un ordinamento costituzionale, cfr. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 555 ss.

3. LA LEGALITÀ NELLO STATO COSTITUZIONALE

A questo livello di discorso si colloca il tema della legalità, che esige di essere legittimata, e quello, collegato, della validità dei documenti normativi che, nello Stato costituzionale, non si pone più come conseguenza automatica e immediata del loro essere formalmente in vigore³⁷. Riconsiderare il significato della legalità può diventare – così scrive Ciaramelli – «il tema privilegiato d’una metodologia giuridica democratico-costituzionale, mirante a mettere criticamente in rapporto il contenuto della normatività giuridica e delle sue conseguenze effettive con i principi e i diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Nello Stato costituzionale, la legalità istituita non può in alcun modo sottrarsi all’interrogazione critica che la mette in discussione e ne ricerca una giustificazione persuasiva»³⁸.

La legalità assume una valenza peculiare in quanto requisito che attiene all’esercizio del potere e ha come suo contrario l’arbitrio. In questa prospettiva, è da intendere come “primato del diritto”, “supremazia del diritto”³⁹. Nelle organizzazioni giuridiche contemporanee il principio di legalità subisce «lo scotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico»⁴⁰. Vari sono i fattori che determinano la sua crisi: la perdita di prestigio della legge nella funzione di disciplinamento della realtà sociale e nella sua autosufficienza decisionale; la destrutturazione del sistema delle fonti, con la sua trasformazione anche a seguito della pressione esercitata dalle fonti sovranazionali e transnazionali; il costituzionalismo, principalmente con le sue ricadute giurisprudenziali⁴¹; l’intervento della magistratura, con il suo ruolo attivo di fronte alle nuove esigenze di tutela e alla caoticità e imperfezione qualitativa delle leggi, chiamata a riempire i margini ampi di discrezionalità lasciati aperti dalla legislazione e/o a integrare le fattispecie indeterminate. Tale principio, così, appare debole nel contenere il carattere produttivo (per quanto derivato⁴²) dell’interpretazione, che contribuisce potentemente a conformare lo scenario giuridico. Però, al di là dei molteplici significati che ha assunto nel corso del tempo e dei diversi contesti in cui opera⁴³,

³⁷ F. Ciaramelli, *L’ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, cit., pp. 151, 157, 160.

³⁸ *Ivi*, pp. 157-158.

³⁹ Cfr. P. Grossi, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari-Roma 2020, pp. 31, 36.

⁴⁰ Così, con riferimento non solo all’ambito penalistico, F. Palazzo, “Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, 2007, p. 1280.

⁴¹ Osserva come, con l’avvento delle costituzioni rigide, il controllo di costituzionalità tende ad assorbire le ragioni del principio di legalità M. Dogliani, “Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima”, in *Diritto pubblico*, 2008, p. 18.

⁴² Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 160.

⁴³ Per un esame dei diversi profili del principio di legalità, nonché della crisi della sua tradizionale concezione, con la necessità di un suo ripensamento e di una sua reinterpretazione, si rinvia a M. Vogliotti, “Legalità”, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Giuffrè, Milano 2013, spec. pp. 402-420, 424-431.

benché trasfigurato, continua a svolgere una funzione essenziale, connessa all'idea regolativa che lo sostanzia e che consiste, appunto, nel limitare l'arbitrio decisionale, prescrivendo il trattamento eguale o imparziale⁴⁴. La legalità, rivisitata e ripensata soprattutto attraverso il prisma della problematica relativa al ruolo degli interpreti, è da intendere come garanzia delle attività e degli esiti decisionali⁴⁵. Essa richiama l'attenzione sulle condizioni di possibilità dei processi di positivizzazione, non riducibili «alla mera esistenza di un qualsivoglia *dictum* del legislatore»⁴⁶. In quanto valore giuridico⁴⁷, la legalità chiama in causa l'atteggiamento dei diversi soggetti che partecipano alla pratica giuridica (legislatori, giudici, funzionari amministrativi, giuristi, cittadini utenti del diritto), caratterizzandosi al modo di un tessuto che risulta da fili intrecciati da più mani.

Lo Stato costituzionale di diritto - inteso come modello istituzionale volto ad assicurare l'equilibrio tra l'esercizio dell'autorità politica legittimata democraticamente e i diritti fondamentali, che rappresentano l'altro polo di legittimità delle organizzazioni giuridico-politiche, ponendosi come limiti contenutistici invalicabili alle decisioni dei governanti e dei legislatori - è finalizzato a impedire le possibili derive di una democrazia basata soltanto sulla "forza dei numeri"⁴⁸. Negli Stati costituzionali, infatti, la democrazia non è solo governo della maggioranza, ma implica anche la tutela di alcune opzioni assiologiche basilari che non possono essere lese dalla maggioranza stessa senza che intervengano specifici meccanismi istituzionali (in primo luogo la giurisdizione) per restaurarle e proteggerle. Comunque, va riconosciuta, a questo proposito, la *dualità* che il diritto presenta in ragione del suo essere strumento disponibile in mano al potere politico e modalità indisponibile, fuori dalla portata della sua volontà. L'ordinamento giuridico, sicuramente negli Stati costituzionali, vive nella tensione tra due momenti: quello della *strumentalità* di un diritto al servizio del potere (anche di quello legittimato democraticamente) e quello dell'*indisponibilità*, che rappresenta un contrappunto alla strumentalizzazione del *medium* giuridico. Una delle peculiarità

⁴⁴ M. Dogliani, "Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima", cit., pp. 3-4; L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. I. Teoria del diritto, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 232, 262.

⁴⁵ Cfr. C. Luzzati, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna 2005, pp. 15-17, 106-107, 113, 119, 294.

⁴⁶ Così D. Pulitanò, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale, Giuffrè, Milano 2006, p. 676.

⁴⁷ R. Dworkin, *La giustizia in toga* (2006), Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 183-187.

⁴⁸ F. Ciarraelli, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, cit., pp. 151-155. Si veda, sul tema, V. Omaggio, *Saggi sullo Stato costituzionale*, seconda edizione ampliata, Giappichelli, Torino 2022, pp. 147 ss., 194 ss.

dello Stato costituzionale consiste proprio nella presenza di un'area del diritto positivo "protetta" nei confronti degli stessi poteri democratici⁴⁹.

La democrazia costituzionale, nella quale esistono vincoli giuridici alle deliberazioni collettive fissati nei diritti fondamentali, richiede una costante vigilanza della cultura giuridica e dell'opinione pubblica informata e partecipante. La democrazia, d'altro canto, ha bisogno di condizioni giuridiche prestabilite da norme: norme riguardanti le forme delle decisioni validamente prodotte (norme che stabiliscono *chi* è autorizzato a prendere decisioni collettive e *con quali procedure*), idonee a garantire che queste siano espressione, diretta o indiretta, delle scelte dei loro destinatari, e norme riguardanti i contenuti (il *che cosa*) delle medesime decisioni, idonee a garantire il rispetto dei limiti stabiliti a tutela dei diritti e degli interessi di tutti⁵⁰. Tra democrazia e diritto, pertanto, è possibile istituire un nesso costitutivo, giacché la democrazia è un insieme di regole sul valido esercizio del potere⁵¹.

Il diritto si radica nella materialità dell'istituzione politica del sociale⁵². È un prodotto storico, un universo simbolico⁵³, un mondo di segni e di significati, costituito da strutture istituzionali, da valori, da modelli culturali e deontologici. La cultura giuridica svolge un ruolo decisivo, operando nella costruzione del diritto, nell'immaginario collettivo (in primo luogo dei giuristi), nel senso comune, nel senso civico, e rappresenta uno dei presupposti principali della sua effettività⁵⁴, della sua accettazione, della giustificazione della sua funzione regolativa.

Tale universo, in quanto costruzione sociale, regge se il suo senso è socialmente condiviso; altrimenti svanisce, insieme alle istanze normative e assiologiche che esso garantisce. Come individui, come cittadini, come giuristi siamo dentro questo universo, che è pensato, teorizzato, progettato, prodotto, interpretato, modificato da tutti coloro che vi partecipano, a vario titolo e in diversa misura, e che ne sono, pertanto, responsabili.

Da questo punto di vista, 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

⁴⁹ Cfr. J. Habermas, *Morale, Diritto, Politica* (1988, 1989, 1991), Einaudi, Torino 1992, pp. 59, 63-64.

⁵⁰ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 13-15.

⁵¹ Lo Stato democratico è il tipo ideale di Stato di chi si pone dal punto di vista del diritto. Cfr. N. Bobbio, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino 1984, p. XI.

⁵² F. Ciarra, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, cit., p. 161.

⁵³ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, cit., pp. 37-38; B. Pastore, F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, cit., p. 32.

⁵⁴ Il ruolo performativo che la cultura giuridica ha nei confronti del diritto è sottolineato da L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, cit., p. 38.

ragionamento, modi di formazione, che identificano una struttura ordinamentale, la rendono operativa e ne influenzano il funzionamento, i cambiamenti e lo sviluppo. Dalla cultura giuridica, dunque, dipende, in buona misura, ciò che viene inteso come diritto, il ruolo che esso assume nella società e nel sistema politico, le modalità in cui è e/o deve essere creato, applicato, elaborato, compreso. La sua identità è custodita da organi istituzionali, ma anche da soggetti non-istituzionali, che concorrono alla sua formazione e al suo mantenimento.

Nelle organizzazioni costituzionali la cultura giuridica, nella relazione e interazione con il diritto⁵⁵, trova la propria consistenza attraverso l'utilizzo di tecniche interpretative e argomentative, nonché di strategie decisionali, volte ad assicurare la maggiore garanzia e la migliore attuazione possibile dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali. Diventano cruciali, al riguardo, l'impegno, l'attitudine critica, la congenialità ermeneutica, le precomprensioni comuni, espressioni di un compito a cui non ci si può sottrarre.

⁵⁵ Cfr. sul punto, B. Pastore, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Giappichelli, Torino 2021, pp. 65-66, 69.