

LUIGI FERRAJOLI

Contro il crezionismo giurisprudenziale.  
Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico  
alla legalità penale

ABSTRACT

Talking about a “creative role of judge”, in the strong sense of “law making” or in the weak, but misleading, sense of discretionary interpretation of the law in force, amounts to denying the classical principles of the submission of judge to the law and of separation of powers. Therefore it declares the collapsing of the rule of law.

The paper shows the mistakes underlying these view of judicial activity, and namely the mistakes made by hermeneutics: A narrow understanding of the rule of law; a view of empirical and judicial knowledge that is unsound from the epistemological point of view; an old-fashioned contraposition between abstract legality and concrete justice and the embracing of an alternative reconstruction of judicial reasoning that is completely focused on facts instead of norms.

KEYWORDS

Rule of Law – Legal Reasoning – Judicial Lawmaking – Facts and Norms – *Epieikeia*.

**1. CRISI DELLA LEGALITÀ, ESPANSIONE DEGLI SPAZI DI DISCREZIONALITÀ  
INTERPRETATIVA E CONCEZIONI CREAZIONISTE DELLA GIURISDIZIONE**

Muoverò una critica all’approccio ermeneutico all’analisi del rapporto tra legislazione e giurisdizione, che spero tuttavia possa contribuire, nello spirito di un dialogo costruttivo, a una diversa formulazione – e forse, addirittura, a una maggior valorizzazione – di quelli che sono i contributi più preziosi dell’ermeneutica giuridica: il «primato del caso» concreto<sup>1</sup> nell’epistemologia del giudizio, la centralità della giurisdizione nella vita del diritto e la configurazione dell’applicazione giurisdizionale della legge come comprensione equitativa del caso sottoposto al giudizio. Proporrò infatti, sul piano epistemologico, una ricostruzione alternativa e di tipo garantista del ragionamento giudiziario e della dimensione equitativa del giudizio non già in contrasto, come quella proposta dall’approccio ermeneutico, bensì totalmente in accor-

1. L’espressione è di G. Zaccaria, 2012a, 707.

do con i principi della stretta legalità penale, della soggezione del giudice alla legge e della separazione dei poteri sui quali si fonda il modello garantista del diritto penale.

Muoverò a tal fine da un dato di fatto su cui tutti siamo d'accordo e che è sotto gli occhi di tutti. Lo spazio della discrezionalità affidato all'interpretazione e all'argomentazione giudiziaria e corrispondente al potere dei giudici è uno spazio enorme e, soprattutto, estremamente più esteso di quello che fu proprio dell'applicazione della legge al tempo delle prime codificazioni all'indomani della stagione illuministica. Lo identifierò con una formula assai semplice: se chiamiamo *diritto vigente* l'insieme degli enunciati normativi e *diritto vivente* l'insieme dei loro significati quali risultano dalla loro interpretazione e applicazione, possiamo ben dire che mentre il diritto vigente è frutto della legislazione, il diritto vivente è frutto della giurisdizione. È nel diritto giurisprudenziale, dunque, che consiste l'intero diritto vivente, cioè l'insieme delle norme, ossia dei significati normativi, prodotte dalla giurisdizione.

Fin qui siamo tutti d'accordo. Il dissenso interviene sui confini che a mio parere vanno tracciati, e che l'approccio ermeneutico rischia invece di smarrire, tra diritto vigente e diritto vivente. In tanto il diritto vivente – questa è la tesi che qui intendo illustrare – è altresì diritto giuridicamente valido e politicamente legittimo in quanto sia appunto argomentato come interpretazione plausibilmente accettabile del diritto vigente di produzione legislativa. In breve, né il diritto vivente può essere prodotto dal legislatore, né il diritto vigente può essere prodotto dai giudici. È questo il senso della separazione dei poteri.

Dunque lo spazio della discrezionalità interpretativa dei giudici è uno spazio larghissimo. È uno spazio fisiologico perché legato, anche negli ordinamenti dotati della legalità più rigorosa, agli inevitabili margini di indeterminatezza del linguaggio legale. Ma è anche uno spazio che è diventato purtroppo patologico per molteplici fattori che tutti conosciamo: per l'inflazione legislativa, che in materia penale è giunta a dar vita a decine di migliaia di fattispecie di reato, fino a giustificare quella dichiarazione di bancarotta del diritto penale che è stata la nota sentenza n. 364 del 1988 della nostra Corte Costituzionale che ha archiviato come irrealistico il classico principio della non scusabilità dell'ignoranza della legge penale; per il dissesto qualitativo del linguaggio legale, troppo spesso oscuro ed equivoco; per l'incertezza infine del sistema delle fonti, non più solo statali ma anche sovrastatali e per le diverse opinioni in ordine alle loro relazioni gerarchiche.

È questo, oggi, il problema gravissimo che affligge i nostri ordinamenti: la crisi della legge e del ruolo di limitazione dell'arbitrio che nel modello teorico dello stato di diritto è svolto dalla legalità: dalla legalità ordinaria quale sistema di limiti e vincoli alla giurisdizione, inoperante per lo sfascio e per il caos legislativo, e dalla legalità costituzionale quale sistema di limiti e vincoli alla legi-

## CONTRO IL CREAZIONISMO GIURISPRUDENZIALE

slazione, a sua volta inoperante per il declino dei principi costituzionali dall'orizzonte della politica. Ne sono seguite una crescita patologica della discrezionalità giudiziaria, che rischia di sconfinare nell'arbitrio, e una conseguente espansione del potere dei giudici, oltre un certo limite lesiva della sua fonte di legittimazione e dell'equilibrio dei rapporti tra i poteri. In breve, l'espansione del cosiddetto diritto giurisprudenziale è soprattutto l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni non meno patologiche del diritto legislativo<sup>2</sup>.

L'ultima cosa di cui si avverte il bisogno è perciò che la cultura giuridica, attraverso la teorizzazione e l'avvallo di un ruolo apertamente creativo di nuovo diritto affidato alla giurisdizione, contribuisca ad accrescere questi squilibri, assecondando e legittimando un ulteriore ampliamento degli spazi già ampiissimi della discrezionalità giudiziaria.

È precisamente questa legittimazione che viene oggi prestata all'espansione extra-legale del potere giudiziario da molteplici orientamenti teorici e dottrinari, pur nella diversità dei loro approcci filosofici: non solo dall'ermeutica giuridica cui è dedicato questo intervento, ma anche dagli orientamenti principialisti di tipo neo-giusnaturalistico oggi dominanti nell'odierno neo-costituzionalismo, da quelli neo-pandettisti espressi in particolare, in Italia, da Paolo Grossi, che perviene a proporre l'archiviazione come "mitologie della modernità" dei principi di legalità e di soggezione dei giudici alla legge<sup>3</sup>, fino alle varie correnti del realismo giuridico, tutte a sostegno dello sviluppo di un diritto giurisprudenziale disancorato dal diritto legislativo. Ciò che qui intendo contestare è l'idea, che accomuna tutti questi diversi orientamenti, della giurisdizione quale fonte creativa di diritto e l'abbandono scettico del principio della sua subordinazione alla legge.

A tal fine è necessario un chiarimento preliminare, relativo al significato dell'espressione "creatività" della giurisdizione. Con questa espressione si possono intendere due cose diverse: può intendersi la *creazione in senso proprio e forte* di nuove norme giuridiche, cioè la scelta di significati normativi non associabili agli enunciati normativi applicati e vigenti e perciò l'introduzione, a mio parere *illegitima*, di nuove disposizioni normative entro l'universo del diritto positivo; ma può anche intendersi una *creazione in un senso improprio o debole*, cioè la *legittima* scelta dell'interpretazione giudiziaria più plausibile entro la cornice pur ampia dei possibili significati razionalmente associabili all'enunciato interpretato sulla base delle regole della lingua impiegata, delle tecniche interpretative accreditate e delle precedenti interpretazioni giurisprudenziali.

2. M. Cappelletti, 1984, 8.

3. P. Grossi, 2001.

Può darsi che questa distinzione non sempre sia sufficiente, in mancanza di rigorosi criteri distintivi, a distinguere in concreto tra interpretazione (legittima) e creazione (illegittima). Ma certamente essa è sufficiente ai fini della critica, sul piano della teoria del diritto, di entrambe le concezioni della giurisdizione come attività «creativa». Entrambe queste tesi sono infatti inaccettabili: la prima perché illegittima, essendo la creazione di nuovo diritto da parte dei giudici in aperto contrasto con il principio di legalità e con la separazione dei poteri; la seconda perché, configurando come creazione quella che è l'interpretazione sia pure largamente discrezionale del diritto esistente, finisce per non distinguere tra legittima interpretazione, sia pure opinabile, e creazione giudiziaria di nuovo diritto, e così per ignorare e di fatto per avallare l'illegittimità di quest'ultima.

## 2. L'APPROCCIO ERMENEUTICO ALL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE PENALE

Dei diversi orientamenti sopra elencati che convergono nella tesi della creatività della giurisprudenza, l'ermeneutica giuridica è l'approccio filosofico che ha esercitato maggior influenza e suggestione sulla scienza penalistica. Esso si fonda, in gran parte, sulla riproposta, operata da Gadamer, della nozione aristotelica di equità come «correzione della legge» sollecitata dalla necessità della giustizia del caso concreto in opposizione alla durezza inflessibile della legge. «Colui che «applica» la giustizia», scrive Gadamer, «dovrà, nel caso concreto, prescindere dall'esattezza rigorosa della legge. Ma quando ciò accade, non è perché non si può fare di meglio, bensì perché altrimenti non sarebbe giusto. Quando ci si stacca dalla legge non si fanno dunque delle «riduzioni» della giustizia, ma anzi si trova ciò che è giusto. Aristotele esprime ciò nel modo migliore nell'analisi della *epieikeia*, dell'equità, là dove dice che l'*epieikeia* è la correzione della legge»<sup>4</sup>. Questa correzione, aggiunge Gadamer, è sempre relativa alla «situazione particolare» sottoposta al giudizio. E conclude: «il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge* nel caso particolare, cioè l'*applicazione*. Certo, si verifica così un perfezionamento creativo della legge»<sup>5</sup>.

Tornerò analiticamente su questa concezione aristotelica e gadameriana dell'equità e della relazione tra norma e fatto nel PAR. 5, allorché ne proporò una riformulazione alternativa in accordo con il principio di legalità. Qui mi limiterò a segnalare come la giurisprudenza, in accordo con tale concezione, sia stata configurata, da studiosi di orientamento ermeneutico, come fonte creativa di diritto, svincolata dalla soggezione alla legge. «L'interprete penale»,

4. H. G. Gadamer, 1983, 369-70 (parte II, cap. II, § 2, b).

5. Ivi, 382.

## CONTRO IL CREAZIONISMO GIURISPRUDENZIALE

scrive Giuseppe Zaccaria, «è un ricercatore della rilevanza del fatto nel suo riferimento funzionale alla fattispecie. Messi alla prova dei fatti, considerati insomma nella loro dimensione concreta ed effettuale, i principi di origine illuministico-liberale (di legalità, di tassatività, di divieto di analogia, di vincolo del giudice alla legge) che innervano gli ordinamenti giuridici continentali, esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati»<sup>6</sup>. Esigono, precisamente, che non «si rimanga ancorati e per così dire "abbarbicati" ad una visione rigidamente illuministica della separazione dei poteri» e perciò a «una valutazione decisamente negativa» dell'odierna, «progressiva espansione del ruolo della giurisdizione»<sup>7</sup>, ma che, «con sano realismo», si registri la «revisione penalistica del dogma di origine liberale che vincola l'interprete ad un rigido rispetto del principio di legalità»<sup>8</sup>. E tuttavia Zaccaria, al di là di queste raccomandazioni, sembra far uso dell'espressione «creatività soprattutto nel significato debole o improprio di cui si è detto nel paragrafo che precede, cioè quale scelta da parte del giudice tra le molteplici «interpretazioni tutte legittimamente sostenibili» entro il perimetro disegnato dal principio di legalità<sup>9</sup>.

La stessa oscillazione tra creazionismo giudiziario in senso forte e creazionismo in senso debole è espressa da Giovanni Fiandaca. Per un verso si devono a Fiandaca le riflessioni più impegnative sul ruolo dell'ermeneutica nella giurisdizione penale e sullo sviluppo di un «diritto penale giurisprudenziale»: espressione, questa, da lui riferita non tanto, banalmente, al momento vivente del diritto penale vigente – in questo senso tutto il diritto vivente è «giurisprudenziale» – quanto piuttosto al ruolo «creativo» della giurisdizione consistente nell'«introduzione di nuove figure di reato»<sup>10</sup>, ovvero alla «funzione *lato sensu* "creativa" dei giudici» e al «ridimensionamento conseguente sia del classico principio della separazione dei poteri, sia dei tradizionali principi-tabù (almeno rispetto all'area continentale) di legalità e riserva di legge»<sup>11</sup>. Ma, per

6. G. Zaccaria, 2012b, 14.

7. Ivi, 18.

8. Ivi, 15.

9. G. Zaccaria, 2012b, 14. Ma si vedano soprattutto le pagine di G. Zaccaria, 2012c, in particolare pp. 159-65, dove la soggezione del giudice alla legge viene configurata come «obbedienza pensante» che non deve trasformarsi «in arbitrio, in un travisamento, sulla base di poteri discrezionali, del dettato normativo [...] Una creatività male intesa [...] consisterebbe nella volontà del giudice di andare al di là del limite linguistico introdotto dal significato delle parole della legge [...]. La creazione ermeneutica, insomma [...] è una circostanza di produzione sottordinata alla legge».

10. G. Fiandaca, 1997, 5, 6, 11 e 14. Di Fiandaca si vedano anche la raccolta di saggi *Il diritto penale tra legge e giudice* (2002) e G. Fiandaca, 2006, 239-64.

11. G. Fiandaca, 1997, 2. Ad «apparire ormai obsoleto», scrive ancora G. Fiandaca (2008, 9), «sarebbe in realtà un persistente atteggiamento di ideologica (mitologica?) assolutizzazione della riserva di legge in materia penale», laddove appare «stimolante» la «prospettiva» di una «rivisita-

altro verso, Fiandaca propone di «distinguere (per dir così) tra diritto giurisprudenziale creativamente “legittimo” e prevedibile in termini di ragionevole certezza e diritto giurisprudenziale creativamente ‘abusivo’ o capricciosamente anarchico»<sup>12</sup>: che è la medesima distinzione qui operata tra creatività in senso proprio o forte e creatività in senso improprio o debole della giurisdizione.

In una prospettiva simile – ribadita in un recente lavoro – si colloca la riflessione di Massimo Vogliotti, il quale, muovendo dall’irreversibile «crisi delle categorie teoriche ereditate dalla stagione illuministica»<sup>13</sup> ossia delle «categorie cardinali (legalità legislativa, riserva assoluta di legge, determinatezza)» intorno a cui ruotava «l’intero pianeta penalistico»<sup>14</sup>, propone di abbandonare «il modello sillogistico, fondato sulla netta separazione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*»<sup>15</sup> e di «ripensare il problema della legittimazione del giudice, svincolandola dalla rigida soggezione alla legge»<sup>16</sup>, nonché, sulla scia di Kaufmann e di Hassemer, «il moderno principio del divieto di analogia» del quale sarebbero venute «a mancare le basi teoriche»<sup>17</sup>. Si starebbe producendo, a suo parere, un mutamento di paradigma nella cultura giuridica: dal paradigma legalista della modernità, a quello giurisprudenziale della post-modernità, singolarmente simile, peraltro, a quello parimenti giurisprudenziale della pre-modernità<sup>18</sup>.

Il principale argomento a sostegno di queste tesi è il richiamo alla realtà: «la prova dei fatti» invocata, come si è visto, da Zaccaria, il «dato di fatto che i giudici “creano” diritto penale», come scrive Fiandaca<sup>19</sup>, e il fatto che le vecchie

zione critica dei principi-tabù del diritto penale alla luce delle più aggiornate teorie dell’interpretazione e del ragionamento giudiziario» (ivi, 18); precisamente, egli afferma, «l’interprete assume un ruolo ‘creativo’ nella misura in cui conforma o riempie ermeneuticamente le fattispecie penali nel diritto vivente, le integra, corregge, adatta, orienta ai casi concreti, ne propone interpretazioni restrittive o al contrario estensive (se non proprio analogiche ‘mascherate’) alla luce di valutazioni teleologiche non sempre univocamente desumibili dal testo scritto delle norme o dalla (non di rado polivalente) *ratio legis*» (ivi, 15).

12. G. Fiandaca, 2006, 242. Ma si veda anche il giusto richiamo di Fiandaca al principio di legalità nella critica severa al famoso processo siciliano sulla trattativa, in G. Fiandaca, S. Lupo (2014, 71): «Per punire un fatto non basta disapprovarlo, ma occorre individuare una legge che lo configuri come reato (principio di cosiddetta legalità): come vedremo, proprio in base al principio di legalità penale è più che discutibile fare applicazione della specifica ipotesi criminosa ipotizzata dai pubblici ministeri».

13. M. Vogliotti, 2015, 146.

14. Ivi, 176.

15. Ivi, 132.

16. Ivi, 176.

17. Ivi, 179. Cfr., in proposito, il saggio *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, (M. Vogliotti, 2011).

18. Ivi, 155-65.

19. G. Fiandaca, 2006, 240-1.

## CONTRO IL CREAZIONISMO GIURISPRUDENZIALE

«categorie dogmatiche», come afferma Vogliotti, sarebbero «sempre più sconosciute dalla realtà», cioè dalle «profonde trasformazioni» intervenute nell'esperienza penalistica<sup>20</sup>. È lo stesso richiamo, del resto, che viene operato anche da tutti gli altri orientamenti del creazionismo giudiziario, dato che esso consente di presentare le tesi sul ruolo creativo della giurisdizione come tesi «scientificamente» descrittive di una prassi giudiziaria priva di alternative. Di qui una sorta di legittimazione incrociata: della teoria da parte della realtà, cioè della pratica giuridica, e della realtà, cioè della crisi della legalità e delle prassi giuridiche extra-legali, da parte della teoria; della concezione della giurisdizione come fonte da parte della crisi di fatto della sua soggezione alla legge e, viceversa, della crisi di fatto della legalità da parte della teoria della giurisdizione come fonte.

Ma il diritto non è una realtà naturale, bensì un fenomeno artificiale interamente costruito dagli uomini. E sono normativi, e non già descrittivi, il principio di legalità, quello della separazione dei poteri e quello della soggezione dei giudici alla legge. La scienza giuridica, proprio perché il suo oggetto è interamente artificiale e largamente modellato dal suo stesso ruolo performativo, non può quindi non tener conto e non assumersi la responsabilità degli effetti delle proprie teorizzazioni. Non può limitarsi alla contemplazione della crisi della legalità, come se questa fosse un fatto naturale, legittimando ciò che accade solo perché accade. Non può ignorare, in particolare, gli effetti sul proprio oggetto dell'abbandono, sul piano teorico, del paradigma giuspositivista e normativo della modernità giuridica. Questi effetti consistono nel venir meno dei limiti eretti dalla tradizione illuminista contro l'arbitrio giudiziario; nella caduta o quanto meno nell'indebolimento di tutte le garanzie giurisdizionali; nell'offuscarsi della separazione dei poteri e con essa del primato della legislazione e perciò della politica legittimata, in democrazia, dalla rappresentanza popolare.

È possibile evitare questo collasso del paradigma garantista dello stato costituzionale di diritto? È possibile conciliare l'accresciuta complessità sociale, il pluralismo degli ordinamenti e delle fonti, la centralità del caso concreto e l'espansione degli spazi legittimi e garantisti della giurisdizione con l'insieme dei principi consegnatoci dalla tradizione illuminista quali fondamenti dello stato di diritto?

È la stessa opzione per il positivismo giuridico, cioè la tesi del carattere artificiale del diritto quale prodotto della politica e della cultura giuridica, che comporta la possibilità di questa conciliazione. Si tratta di una possibilità dipendente, come cercherò di mostrare, da quattro condizioni, corrispondenti al superamento di altrettanti equivoci relativi ad altrettante questioni: la prima di teoria giuridica e politica, le altre tre di carattere più propriamente

20. M. Vogliotti, 2015, 144 e 159.

epistemologico. La prima questione riguarda lo statuto meta-teorico delle nozioni di legalità e di legislazione e il ruolo svolto dal principio di legalità nella predeterminazione di ciò che è lecito o valido e di ciò che è illecito o inválido. La seconda riguarda la nozione stessa di cognizione giudiziaria quale cognizione argomentata sulla base del diritto vigente e lo statuto dell'argomentazione giurisdizionale. La terza questione riguarda il rapporto tra l'universalità della norma e la singolarità del caso concreto, di cui proporrà una configurazione diversa da quella formulata dall'approccio ermeneutico. Infine la quarta questione riguarda la natura della ponderazione giudiziaria, che qui configurerò quale ponderazione equitativa non già delle norme, come ritengono gli esponenti del neocostituzionalismo principialista, bensì dei connotati del fatto denotati da più norme concorrenti. A queste quattro questioni saranno dedicati i quattro paragrafi che seguono.

**3. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ:  
IL SUO RUOLO E IL SUO STATUTO META-TEORICO**

La prima questione è la più semplice. Essa riguarda il ruolo del principio di legalità disegnato dal positivismo giuridico e messo in questione da tutti i diversi orientamenti del crezionismo giudiziario. Questo ruolo è alla base sia dello stato di diritto che della democrazia. Non dimentichiamo che con il positivismo giuridico e con il principio di legalità è nata la politica moderna quale produzione, ma anche quale progettazione e trasformazione del diritto; che con la democratizzazione degli organi della produzione giuridica il principio di legalità è diventato il fondamento della politica democratica; che, infine, con la positivizzazione dei diritti fondamentali realizzata dalla legalità costituzionale, la stessa politica si è sottomessa al diritto, cioè ai limiti e ai vincoli di contenuto da essa stessa creati e stipulati nel momento costituente. Per questo, teorizzare il superamento del principio di legalità e del positivismo giuridico equivale, puramente e semplicemente, a teorizzare il superamento del ruolo della politica, l'abdicazione alle forme della democrazia rappresentativa e il tramonto dello stato di diritto basato sulla soggezione al diritto dei pubblici poteri.

C'è poi un equivoco che grava assai spesso sul principio di legalità. Questo principio è un principio formale. In un duplice senso. Innanzitutto nel senso che la legge può avere qualunque contenuto: «nello stampo della legalità», scrisse Piero Calamandrei, «si può calare oro o piombo»<sup>21</sup> e dipende dalla politica che vi si cali oro anziché piombo. In secondo luogo il principio è formale nel senso che non allude affatto, secondo il bersaglio di comodo prescelto di solito dai suoi critici, alla legge quale legge dello Stato. Allude piuttosto alla

21. P. Calamandrei, 1945, 92.

## CONTRO IL CREAZIONISMO GIURISPRUDENZIALE

logica del diritto. Fa riferimento alla legge nel senso di norma generale ed astratta che predispone effetti in presenza dei presupposti, quali che siano, da essa prestabiliti. Garantisce la prevedibilità, sia pure relativa, di tali effetti e dei loro presupposti e, insieme, del giudizio su di essi. Rappresenta, in breve, il principio costitutivo della sintassi giuridica dello stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nella quale essa si articola. Intendo dire che non ha nessuna importanza che le norme generali ed astratte da esso richieste siano leggi dello Stato, o leggi regionali, o regolamenti dell'Unione Europea o trattati internazionali. Ciò che importa, ai fini del ruolo garantista svolto dal principio di legalità, è la predeterminazione normativa in astratto e formalmente vincolante dei presupposti delle decisioni giudiziarie. Lo statalismo, cioè il monopolio statale della produzione giuridica, è solo una fase, oggi largamente e irreversibilmente superata, dello sviluppo di questa sintassi. Ma il suo superamento non toglie nulla, sul piano teorico e normativo, al paradigma garantista tramandatoci dal pensiero illuminista e perfezionato dal costituzionalismo rigido, che non consiste affatto nella crisi né tanto meno nel superamento del positivismo giuridico, ma al contrario in un giuspositivismo rafforzato, cioè nella positivizzazione anche dei principi che devono presiedere alle scelte legislative e perciò nella soggezione al diritto anche di quell'ultimo residuo di governo degli uomini che era costituito dal potere legislativo.

La difesa del modello normativo della legalità non ha perciò nulla a che fare con la «fiducia» o con la «credenza» nella bontà e nella razionalità delle leggi<sup>22</sup> di cui parlano quanti di quel modello decretano l'archiviazione. Comporta, al contrario, la critica della divaricazione deontica tra tale modello e la realtà, nonché la progettazione delle misure idonee a ridurla, se non a superarla, tramite l'introduzione di idonee garanzie, prima tra tutte una rifondazione e un rafforzamento della stessa legalità. È chiaro che la rifondazione della legalità suppone una rifondazione della politica e della sua capacità di progettare forme e contenuti della democrazia sulla base del modello politico e normativo disegnato dalle carte costituzionali. È questo, oggi, il vero problema della democrazia: la crisi della ragione politica, che è alla base della crisi della ragione giuridica, provocata dal primato accordato alla ragione economica. Ma della rifondazione costituzionale della legalità la scienza del diritto può ben indicare le linee di sviluppo, in direzione della sua ristrutturazione attraverso, innanzitutto, la promozione di un rinnovato

22. Si ricordino, per esempio, le parole di P. Grossi (2009, 1901): «dominato da una fiducia totale nel legislatore, il penalista moderno, candido erede di Beccaria, ha sempre ritenuto la ‘riserva di legge’ come l'inabdicabile strumento garantistico e come l'altrettanto inabdicabile tratto di un diritto penale esprimente una civiltà giuridica evoluta. La fiducia nel legislatore e nella legge si è però trasformata in una credenza».

rigore della lingua legale nella formulazione delle norme; in secondo luogo, tramite l'introduzione di una riserva di codice unitamente ad altre riserve di "leggi organiche" in tante altre materie, dal lavoro alla salute, dall'istruzione alla previdenza, alle opere pubbliche e al fisco; in terzo luogo, e soprattutto, attraverso la costruzione di una legalità e correlativamente di una sfera pubblica sovranazionale all'altezza del carattere sovranazionale dei poteri economici e finanziari e delle sfide oggi proposte alla ragione giuridica dal loro attuale sviluppo sregolato e selvaggio: a livello quanto meno dell'Unione Europea, mediante la costruzione di un governo europeo dell'economia e l'unificazione dei codici e delle leggi in materia di lavoro e di diritti sociali; ma anche, in prospettiva, a livello globale, mediante lo sviluppo, ben più che di istituzioni sovranazionali governo, di istituzioni sovranazionali di garanzia dei diritti e dei beni fondamentali.

D'altro canto positivismo giuridico e principio di legalità non equivalgono affatto alla riduzione di tutto il diritto alla legge, neppure alla legge nel senso lato ora precisato di norma generale ed astratta non necessariamente statale. Soprattutto, non implicano affatto, secondo un altro bersaglio di comodo della polemica antilegalista, la sottovalutazione della centralità della giurisdizione e delle decisioni interpretative che in essa intervengono. Certamente, nel modello illuminista disegnato da Montesquieu e da Beccaria c'è la ben nota caratterizzazione del giudice come «bocca della legge» e del giudizio come «sillogismo perfetto»: formule che suonarono rivoluzionarie rispetto alla giustizia arbitraria e feroce del loro tempo, ma che hanno alle spalle un'epistemologia insostenibile, trasformatasi per lungo tempo in un'ideologia di legittimazione aprioristica e deresponsabilizzante della giurisdizione. Ma è chiaro che oggi nessun giuspositivista nega l'esistenza, nella giurisdizione, di una sfera fisiologica e irriducibile di discrezionalità interpretativa, oltre alla sfera altrettanto fisiologica e irriducibile di discrezionalità probatoria, né tanto meno sostiene che la giurisdizione possa raggiungere una verità certa e assoluta anziché una verità relativa, motivata da argomentazioni probatorie e da argomentazioni interpretative. L'opzione per il positivismo giuridico comporta semplicemente la sopraordinazione di norme astratte, quanto più possibile precise, quale fondamento della validità degli atti ad esse subordinati, e perciò la struttura a gradi dell'ordinamento su cui è modellata la gerarchia delle fonti, ossia la sintassi dello stato di diritto.

#### 4. COGNIZIONE GIUDIZIARIA E ARGOMENTAZIONE GIURIDICA

Vengo così alla seconda questione, di carattere più propriamente epistemologico, che ho sopra enunciato: quella dello statuto epistemologico del giudizio e del ragionamento giudiziario. Alla base della tesi del carattere non cognitivo

## CONTRO IL CREAZIONISMO GIURISPRUDENZIALE

ma creativo della giurisdizione c'è in realtà una concezione ristretta e insostenibile sia della conoscenza che della verità giuridica, l'una intesa come descrizione oggettiva, l'altra come verità assoluta. Ma questa concezione, con paradosso apparente, è esattamente la concezione meccanicistica della conoscenza e assoluta della verità che tutti i sostenitori del crezionismo giurisdizionale rimproverano al legalismo paleo-giuspositivista<sup>23</sup>. È chiaro che se "cognitivo" s'intende come sinonimo di «descrittivo» o di «dichiarativo» – come ancora suggerisce l'art. 12 delle nostre «Preleggi», secondo il quale «nell'applicare la legge» si deve ad essa attribuire il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole» – l'interpretazione non è, perché non può essere, cognitiva. Le parole della legge, infatti, non hanno un significato «proprio» ad esse oggettivamente intrinseco, delle quali l'interpretazione possa configurarsi come scoperta, o come constatazione o come descrizione oggettivamente certa o vera. Ma questo non vuol dire che l'interpretazione consista, all'opposto, nell'invenzione o nella creazione dal nulla dei significati normativi. Essa consiste bensì in un'attività cognitiva che comporta la scelta, inevitabilmente discrezionale e proprio per questo razionalmente argomentata, del significato ritenuto il più plausibile tra quelli associabili all'enunciato interpretato.

Tutto questo vuol dire che la cognizione giudiziaria richiede sempre, non diversamente da qualunque altro tipo di conoscenza empirica, una decisione – la scelta tra le tante interpretazioni legittimamente ammissibili degli enunciati normativi – e perciò un'argomentazione a suo sostegno. Si tratta però di una *decisione sulla verità*, e non su altri valori, cioè di una decisione le cui motivazioni sono argomentate come «vere» o confutate come «false» sulla base del diritto vigente. È in questa decisione *sulla verità* che risiede il nesso ineludibile della giurisdizione con la legalità e la differenza – strutturale, qualitativa, sostanziale – tra legislazione e giurisdizione, tra creazione del diritto e sua interpretazione e applicazione. La differenza è resa evidente dai diversi tipi di argomentazione che si richiedono a loro sostegno: le argomentazioni a sostegno delle decisioni giurisdizionali, essendo decisioni sulla verità, avvengono sulla base di prove e di qualificazioni normative del fatto provato; le argomentazioni a sostegno delle decisioni politiche, siano esse legislative o di governo, sono invece decisioni su altri valori: l'interesse generale, l'utilità, l'opportunità, la giustizia e simili. Le sentenze sono infatti gli unici atti giuridici la cui validità e ancor prima la cui giustizia dipendono dalla (accettazione

23. Parafrasando Popper che ha chiamato «verificazionisti illusi» quanti credono che la conoscenza possa consistere nel raggiungimento di una verità certa o assoluta, e «verificazionisti delusi» tutti coloro che di fronte all'impossibilità di raggiungere una simile verità ripiegano nello scetticismo e nell'irrazionalismo, in L. Ferrajoli, 1989, 36-8, ho chiamato «illuministi illusi» coloro che credono che il giudice possa essere «bocca della legge», e «illuministi delusi» coloro che di fronte all'insostenibilità di una simile credenza ripiegano nel crezionismo giurisdizionale.

come) «verità» delle loro motivazioni. La cosa è evidente nella giurisdizione penale: diciamo che una sentenza penale è valida, e prima ancora che è giusta, se le imputazioni accusatorie, per esempio l'accusa di omicidio o di furto, sono (argomentate come) «vere», in fatto e in diritto; diciamo che è invalida e riformabile, e prima ancora che è ingiusta, se queste medesime ipotesi sono «false» (o comunque non argomentate come vere). Qualunque sentenza di merito esibisce perciò la forma del tanto vituperato sillogismo giudiziario. Sono sempre relative – opinabili in diritto e probabilistiche in fatto, talora inadeguatamente argomentate e perfino scarsamente credibili – le premesse di tale sillogismo. Ma una volta che le premesse siano state accettate come «vere», la conclusione segue per deduzione logica: se è vero, come dice la norma *n*, che tutti i fatti che hanno le caratteristiche *c1-cn* sono furti, e se è vero che il fatto *f* ritenuto provato ha le caratteristiche *c1-cn*, allora *f* è un furto. L'opinabilità dell'argomentazione interpretativa e l'incertezza delle prove pesano sulle premesse (che possono anche essere false), ma non sulla conclusione, logicamente da esse derivata (come vera).

Per questo sono estremamente fuorvianti espressioni come «creazione giudiziaria del diritto» e giurisdizione come «fonte di diritto». «Creazione» e «fonte di diritto» alludono non già alla semplice applicazione del diritto precedente, ma alla produzione di nuovo diritto, come è per sua natura la legis-lazione, che appunto innova nel sistema giuridico e proprio per questo, in democrazia, richiede il consenso quanto meno della maggioranza. Al contrario, la giuris-dizione è sempre applicazione sostanziale di un diritto pre-esistente, argomentabile come legittima e giusta solo se in base a tale diritto ne è predicabile la «verità» processuale sia pure in senso intrinsecamente relativo. «Interpretazione creativa» è perciò una contraddizione in termini, essendo interpretazione e creazione incompatibili: dove c'è interpretazione, infatti, non c'è creazione, e dove c'è creazione non c'è interpretazione ma produzione illegittima di nuovo diritto. Non si tratta di questioni terminologiche. Le parole, su questa questione, hanno un rilievo decisivo, a causa del ruolo performativo che ha il linguaggio teorico nei confronti della dinamica del diritto. È chiaro che la realtà effettuale della pratica giuridica non può essere ignorata. Ma la «realità del diritto» non è indipendente dalla lettura che ne viene data dalle nostre teorie. Certamente esiste sempre una qualche divaricazione tra tale realtà e i modelli normativi elaborati dalla teoria. Ma questa divaricazione, a causa del carattere non naturale ma artificiale del diritto, non va riguardata come una smentita, bensì, di solito, come una violazione: la violazione, precisamente, dei limiti e dei vincoli imposti alla pratica giuridica dalla logica stessa della gerarchia delle fonti. Per questo parlare di ruolo creativo della giurisdizione o di interpretazione creativa, anche solo nel senso debole e improprio della nostra distinzione, vuol dire assecondarne le derive creazioniste, avallarne l'arbitrio, deformare la deon-

## CONTRO IL CREAZIONISMO GIURISPRUDENZIALE

tologia professionale dei giudici e l'intero immaginario istituzionale intorno allo stato di diritto.

### 5. UNA RICOSTRUZIONE ALTERNATIVA A QUELLA ERMENEUTICA DEL RAPPORTO TRA NORMA E FATTO E DELLA DIMENSIONE EQUITATIVA DEL GIUDIZIO

Vengo così alla questione teorica di fondo, relativa al carattere di *case law* del diritto giurisprudenziale, sul quale di solito viene basata la tesi della creatività della giurisdizione e che è tutt'uno con la terza questione epistemologica sopra enunciata, quella del rapporto tra l'universalità della norma e la singolarità del caso concreto.

Ebbene, proprio questo carattere consente invece, a mio parere, di illuminare, in tutta la sua complessità epistemologica, il nesso tra il principio di legalità e l'applicazione della legge al caso concreto. Questo nesso può essere espresso con una tesi elementare: tra legge e sentenza, tra legislazione e giurisdizione, tra *law in books* e *law in action* c'è lo stesso rapporto che c'è tra lingua e linguaggio, ovverosia, per usare il lessico di Ferdinand de Saussure, tra *langue* e *parole*<sup>24</sup>. Nel linguaggio giurisdizionale impiegato nella prassi giudiziaria si fa uso della lingua legale per denotare con le medesime parole definite dalla legge fatti irripetibilmente diversi l'uno dall'altro, così come nel linguaggio comune si fa uso della lingua nella quale si parla per denotare con le stesse parole fatti e cose volta a volta differenti.

Possiamo ripensare, su questa base, il rapporto tra legalità ed equità, tra astrattezza della norma e singolarità del caso concreto e, conseguentemente, tra *argomentazione interpretativa* e quella che possiamo chiamare *argomentazione equitativa*. Questo rapporto è di solito concepito come un rapporto di opposizione, o quanto meno di integrazione o correzione: precisamente come la contrapposizione della giustizia del caso concreto alla legalità espressa dalla regola generale ed astratta. È ad Aristotele che risale questa concezione dell'equità come rimedio all'astrattezza della legge richiesto dalla concretezza del caso giudicato. Ciò che è equo, scrive Aristotele nell'*Etica Nicomachea*,

è pur giusto, ma non secondo la legge, bensì è come un correttivo del giusto legale. La causa è che ogni legge è universale, mentre non è possibile in universale prescrivere rettamente intorno ad alcune cose particolari [...]. Quando dunque la legge parli in generale, ma in concreto avvenga qualcosa che non rientri nell'universale, allora è cosa equa il correggere la lacuna là dove il legislatore ha

24. F. De Saussure, 1967, 2330 e *passim*. Sostenni questa tesi fin dal mio *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa* (L. Ferrajoli, 1966, 290-304).

omesso ed errato, parlando in generale: e ciò direbbe anche il legislatore stesso se fosse presente colà, e se avesse previsto la cosa l'avrebbe regolata nella legge. Perciò l'equo è giusto ed è migliore di un certo giusto: non del giusto in assoluto, bensì dell'errore della legge, in quanto parla in generale. E questa è appunto la natura dell'equo: di correggere la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in universale<sup>25</sup>.

Ho riportato questo lungo passo perché esso è in gran parte alla base dell'approccio ermeneutico inaugurato da Gadamer in tema di giurisdizione e diretto a fondarne, come si è visto nel PAR. 2, la caratterizzazione come «perfezionamento creativo della legge» per il tramite dell'interpretazione. «Aristotele», prosegue il passo di Gadamer allora citato, «mostra che ogni legge implica una inevitabile disparità rispetto alla concretezza dell'agire, in quanto ha un carattere universale e non può contenere in sé la realtà pratica in tutta la sua concretezza [...]. È chiaro che proprio qui trova posto il problema dell'ermeneutica giuridica. La legge è sempre manchevole, non perché sia imperfetta in se stessa, ma perché di fronte all'ordine che le leggi hanno di mira è la realtà umana che si mostra manchevole e non permette perciò una pura e semplice applicazione di esse [...]. In un diritto stabilito [Aristotele] non riconosce il giusto *tout court*, ma vede nell'equità un mezzo di completamento della giustizia legale»<sup>26</sup>.

Ciò che ho sempre trovato insostenibile in questa concezione aristotelica dell'equità – ripresa da Gadamer e, prima ancora, da Hobbes, da Muratori, da Genovesi, da Kant, da Hegel e giunta fino a noi con le tesi di Perelman e di Bobbio – è l'opposizione tra equità e legalità<sup>27</sup>, basata sull'idea che la forma universale, cioè generale e/o astratta delle norme, equivarrebbe a una loro «lacuna» o «insufficienza», o addirittura a un «omissione» o a un «errore», comunque a una manchevolezza, come dice Gadamer; sicché, della legge, l'equità sarebbe «un correttivo» o «un mezzo di completamento» o «un perfezionamento creativo». Ne risulta una concezione dell'applicazione equitativa della legge al caso concreto come un'operazione non *intra*, ma *extra* o *ultra* o addirittura *contra legem*.

25. Aristotele, 1957, libro v, cap. x, 1137b, pp. 155-6.

26. H. G. Gadamer, 1983, 370. Possiamo dire, aggiunge Gadamer, che «l'analisi di Aristotele si presenta come una sorta di modello dei problemi che si pongono nel compito ermeneutico. Anche dal canto nostro eravamo arrivati alla convinzione che l'applicazione non è una parte accidentale e secondaria del fenomeno del comprendere, ma lo costituisce invece nella sua stessa essenza fin dall'inizio. Anche per noi l'applicazione non era semplicemente il mettere in relazione qualcosa di universale, dato precedentemente, con la situazione particolare [...]. Il testo che [l'interprete] si trova davanti» non è «compreso da lui come qualcosa di universale e solo in un secondo tempo usato per applicazioni a determinati casi particolari» (ivi, 376).

27. Per una critica di questa concezione aristotelica dell'equità, rinvio a L. Ferrajoli, 1989, 135-8 (cap. III, § 11, 1). Una rassegna delle nozioni di equità proposte dagli autori sopra ricordati è riportata, ivi, alle pp. 137-8 e alle note 94-104, pp. 181-3.

## CONTRO IL CREAZIONISMO GIURISPRUDENZIALE

La configurazione del rapporto tra norma generale e/o astratta e qualificazione normativa del caso concreto come rapporto tra lingua e linguaggio – intesa la prima come l’insieme delle regole d’uso delle espressioni impiegate nel secondo – consente invece, a mio parere, una ricostruzione alternativa dell’argomentazione in grado di dar conto sia della centralità del caso concreto nel momento della giurisdizione, sia della totale compatibilità della sua valutazione equitativa con la soggezione del giudice soltanto alla legge<sup>28</sup>. Si prenda una sentenza penale di condanna per il reato di furto. «Furto» è il termine della lingua legale che, come nei dizionari, è definito in astratto dalla legge ed è utilizzato, nel linguaggio giudiziario, per denominare tutti i fatti che presentano i connotati essenziali o gli elementi costitutivi del furto denotati dalla sua definizione legale. Ma la qualificazione come furto del fatto sottoposto al giudizio non esaurisce l’attività cognitiva della giurisdizione. Il giudice non giudica il furto in astratto, ma i concreti furti che accadono nella vita reale e che sono irriducibilmente diversi l’uno dall’altro. Ciascun (caso di) furto, infatti, presenta connotati o circostanze singolari che il giudizio deve comprendere e valutare, pur se non previsti né tutti prevedibili dalle norme che dettano le regole d’uso della lingua legale. È in questa comprensione e valutazione che consiste l’ineludibile dimensione equitativa del giudizio, la quale richiede un’argomentazione del tutto diversa e ulteriore rispetto all’argomentazione interpretativa. L’argomentazione *interpretativa* ha infatti per oggetto la legge, cioè le regole d’uso delle parole della lingua legale definite o comunque utilizzate dalla legge in funzione normativa. L’argomentazione *equitativa* ha invece per oggetto quei connotati singolari, valutati come rilevanti, che fanno del fatto giudicato un fatto diverso da tutti gli altri, pur denominabili, nel linguaggio giudiziario, con i medesimi nomi della lingua legale. L’argomentazione interpretativa riguarda, al pari dell’argomentazione dottrinaria, il significato delle norme da cui dipende, sul piano operativo, la verità giuridica delle qualificazioni normative. L’argomentazione equitativa riguarda invece il caso concreto e i suoi specifici connotati. Diversamente dall’argomentazione interpretativa e analogamente all’argomentazione probatoria, essa si riferisce al fatto, e non alle norme; tanto è vero che è assente, come quella probatoria, nell’argomentazione dottrinaria, la quale si riferisce sempre e solo alle norme, e non certo ai fatti concreti che formano volta a volta l’oggetto dei giudizi (non è un’eccezione il genere letterario delle «note a sentenza», le quali consistono, appunto, in commenti a sentenze).

Utilizzando la celebre distinzione di Gottlob Frege tra significato estensionale (o estensione) di un termine, consistente nella classe degli individui

28. Ho più volte illustrato questa ricostruzione della dimensione equitativa del giudizio, fin da L. Ferrajoli, 1989, 138-47 (parte I, cap. III, § 11, 2-5).

denotati dal termine in proposizioni accettate come vere, e significato intenzionale (o intensione), consistente nell'insieme delle proprietà connotate dal termine e possedute da tutti i singoli individui che rientrano nella sua estensione<sup>29</sup>, diremo che la *legalità* di una tesi giudiziaria risiede nella verità giuridica della denotazione del fatto sottoposto al giudizio con le parole connotate dalla legge, mentre la sua *equità* consiste nella valutazione del medesimo fatto sulla base dei suoi connotati singolari e irripetibili. Sia il furto di un diamante che il furto di una mela rientrano parimenti nell'estensione della parola “furto” in quanto presentano entrambi i connotati o gli elementi costitutivi con cui la legge denota il reato di furto; ma chiaramente sono diversi i connotati singolari dei due fatti e, più in generale, degli infiniti fatti denotati con la parola “furto” negli infiniti giudizi penali.

Per questo non ha senso contrapporre legalità ed equità, verificazione legale e comprensione equitativa, sussunzione e concretizzazione della legge come se l'una potesse darsi separatamente o addirittura in alternativa all'altra. Per questo l'equità non consiste in un'integrazione straordinaria della legalità, o in un suo perfezionamento o peggio in una deroga o in una correzione della legge, né tanto meno in un aspetto della sua interpretazione. Essa è bensì una dimensione insopprimibile e fisiologica del giudizio, del tutto indipendente dall'interpretazione della legge e dalla relativa argomentazione. Trascurata o fraintesa dalla riflessione filosofico-giuridica, l'equità consiste insomma in un'attività cognitiva di tipo valutativo totalmente diversa da quella della verificazione empirica e giuridica di ciò che dice la legge, cioè dalla prova del fatto e dalla sua qualificazione normativa mediante l'argomentazione probatoria e quella interpretativa. Ciò che dice la legge, se consente di nominare l'infinita varietà dei fatti dalla legge denotati, certamente non basta alla loro valutazione giurisdizionale, che richiede altresì la comprensione dei singoli e specifici connotati di ciascuno, pur se non previsti, perché non tutti prevedibili, dalla legge.

#### 6. ARGOMENTAZIONE EQUITATIVA SEMPLICE E ARGOMENTAZIONE EQUITATIVA PONDERATA

Siamo così pervenuti alla quarta e ultima questione più sopra enunciata. La dimensione equitativa, si è detto, è una dimensione che ricorre nella maggior parte dei giudizi di merito e che richiede uno specifico tipo di argomentazione: l'argomentazione equitativa, appunto, che nella motivazione delle pronunce giudiziarie dovrebbe ricorrere – ma non sempre ricorre, perché troppo spesso trascurata – in aggiunta a quella probatoria relativa alla verità fattuale e a quella interpretativa relativa alla verità giuridica delle qualificazioni norma-

29. G. Frege, 1965, 374-404.

tive. Il modello dell'argomentazione equitativa si fa tuttavia più complesso quando il caso sottoposto al giudizio risulta denotato simultaneamente da più norme diverse, idonee a qualificare diversamente il caso sottoposto al giudizio. Come si risolve un simile conflitto?

Secondo le tesi principialiste qui ricordate nel PAR. 1, allorquando tali conflitti ricorrono tra norme consistenti in principi, il tipo di argomentazione che si richiede per la loro soluzione consiste nella ponderazione dei principi medesimi, cioè nella loro valutazione argomentata e quindi nella scelta del principio più pesante perché più pertinente. Questa configurazione creazionista dell'argomentazione giudiziaria contraddice, a mio parere, il paradigma dello stato di diritto. Essa produce infatti, allorquando la ponderazione ha per oggetto principi costituzionali, un inevitabile indebolimento della normatività costituzionale a vantaggio della discrezionalità legislativa e di quella giudiziaria, al punto da risolversi in un ribaltamento della gerarchia delle fonti: nella sopraordinazione alla Costituzione sia della giurisdizione costituzionale che della legislazione, l'una e l'altra investiti del potere di ponderare e perciò di scegliere quali principi applicare e quali disapplicare. I principi costituzionali risultano così ridotti a precetti di ottimizzazione o a norme programmatiche, affidate in effetti al potere del legislatore di vanificarli e al potere del giudice di disapplicarli, sia pure in favore di altri principi.

Questo effetto decostituente può essere evitato da una ricostruzione diversa della soluzione giudiziaria dei conflitti tra norme. La distinzione tra regole e principi è indubbiamente un'importante acquisizione teorica. Il mio dissenso dalle tesi principialiste riguarda l'eccessiva estensione da esse associata alla nozione di principi. A me pare che una norma può essere concepita come un «principio», ovvero come una «non regola», siccome tale non applicabile, soltanto se è effettivamente inapplicabile perché nessun comportamento è predeterminabile in astratto e configurabile in concreto come sua specifica applicazione o violazione. È il caso di tutti quei principi privi di significato estensionale che ho chiamato *principi direttivi*, come per esempio «L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro» o «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che [limitano] la libertà e l'uguaglianza dei cittadini», stabiliti dagli articoli 1 e 3 della Costituzione italiana, dei quali nessuno specifico comportamento può essere configurato come osservanza o come violazione. Ma proprio questo non può dirsi affatto per tutti quei principi dotati di significato estensionale che ho chiamato *principi regolativi*: come per esempio il principio di uguaglianza, i diritti di libertà e i diritti sociali costituzionalmente stabiliti, dei quali sono ben configurabili attuazioni o violazioni alle quali essi sono applicabili come regole. Diremo perciò che mentre i principi direttivi possono essere configurati come principi non deontici, bensì costitutivi dell'identità dell'ordinamento cui appartengono e valgono perciò solo come argomenti rilevanti in qualunque argomenta-

zione interpretativa, i principi regolativi come sono i diritti fondamentali sono invece principi deontici, dei quali è ben possibile l'attuazione o la violazione, nei cui confronti essi perciò vengono in rilievo e si comportano esattamente come le regole.

Torniamo allora alla nostra questione: come si risolve il conflitto tra principi regolativi che dispongono, per un medesimo caso, figure normative diverse? In molti casi si tratta di pseudo-conflitti, che si risolvono in astratto in sede dottrinaria grazie all'argomentazione teorica in ordine alla diversa struttura dei diritti tra loro concorrenti. È il caso, in particolare, del cosiddetto conflitto o concorso tra i diritti civili di autonomia privata e tutti gli altri diritti, che consiste, in realtà, nella subordinazione ai secondi dell'esercizio dei primi, collocandosi sempre tale esercizio, quale si manifesta per esempio in atti negoziali, a un livello normativo inferiore a quello della legge e più ancora a quello dell'insieme dei diritti costituzionalmente stipulati<sup>30</sup>.

Il vero problema ricorre, in sede soltanto giudiziaria perché volta a volta con riferimento alla singolarità del caso, allorquando concorrono più principi e non è possibile stabilire in astratto quale delle qualificazioni normative da essi espresse debba essere considerata prevalente. È precisamente questo problema che il modello dell'argomentazione equitativa è in grado di risolvere, offrendo una ricostruzione epistemologica del ragionamento giudiziario alternativa a quella della ponderazione dei principi, oltre che a quella operata dall'ermeneutica giuridica: una ricostruzione pienamente compatibile con il principio di legalità e con la soggezione dei giudici alla legge. Si prenda un classico esempio di concorso di diritti fondamentali: il conflitto tra il diritto della libertà di stampa e di informazione e il diritto alla riservatezza e alla reputazione. Di solito il secondo diritto prevale sul primo, non essendo lecito divulgare notizie sulla vita privata di una persona in grado di danneggiarne la reputazione. Ma può anche accadere che in taluni casi la libertà di informazione sia ritenuta prevalente sul diritto alla riservatezza: è il caso di notizie relative a personaggi della vita pubblica che, benché lesive della loro reputazione, siano ritenute rilevanti ai fini della valutazione politica, per esempio, della loro candidatura a una carica pubblica di tipo elettivo. È quanto ha deciso il Tribunal constitucional spagnolo, che ha ritenuto prevalente la libertà d'informazione rispetto al diritto alla riservatezza del personaggio pubblico al quale si riferiscono le notizie lesive della sua reputazione e tuttavia politicamente rilevanti. I principialisti sostengono che in tal caso è stato conferito maggior peso alla libertà di informazione<sup>31</sup>. In realtà ciò che viene pesato in quella che ben possiamo chiamare *ponderazione equitativa* – ciò che viene valutato, compreso

30. Rinvio, su questi casi di soluzione in astratto di quelli che a mio parere sono pseudo-conflitti, a L. Ferrajoli, 2013, 122-5.

31. J. Ruiz Manero, 2012, 822-3.

## CONTRO IL CREAZIONISMO GIURISPRUDENZIALE

e soppesato da tale ponderazione o bilanciamento – non sono affatto i principi, bensì i singolari e specifici connotati del caso sottoposto al giudizio: la natura e il grado di rilevanza pubblica della notizia rispetto al corretto esercizio della carica istituzionale, la natura della stessa carica e il tipo di funzioni ad essa affidate, il grado di incidenza che i fatti o le circostanze oggetto della notizia possono avere sul giudizio degli elettori. Sono questi connotati e queste circostanze che vengono valutati e bilanciati dalla ponderazione equitativa. Le norme, infatti, sono le regole, stabili e permanenti della lingua giuridica, con i cui termini denominiamo i fatti di cui parliamo nel linguaggio giuridico; ma sono gli specifici connotati dei fatti che pesano nel giudizio e nell'argomentazione equitativa, ai fini della decisione se considerare prevalente e applicabile una anziché l'altra delle due norme – il diritto alla privacy o la libertà di informazione – in concorso tra loro. Di nuovo, riprendendo l'analogia con il rapporto tra lingua e linguaggio comune, non pesiamo né valutiamo le norme, anziché le concrete caratteristiche del caso, più di quanto, per decidere come chiamare un tavolo di forma insolita e singolare, non pesiamo le parole «scrivania» e «tavolo da pranzo» anziché i suoi incerti e singolari connotati.

Distinguerò dunque due tipi di argomentazione equitativa: l'*argomentazione equitativa semplice* e l'*argomentazione equitativa ponderata* o *ponderazione equitativa*. L'*argomentazione equitativa semplice*, della quale ho parlato nel paragrafo precedente dedicato specificamente alla critica dell'approccio ermeneutico, riguarda i connotati specifici e rilevanti ai fini del giudizio che rendono ciascun caso concreto diverso da tutti gli altri, pur se tutti sussumibili nella medesima figura normativa astratta definita da una data e singola norma. Molti di questi connotati sono talora predeterminati dalla legge, come per esempio le circostanze aggravanti e le circostanze attenuanti del reato, oppure gli elementi previsti dall'art. 133 del codice penale e relativi alla gravità del fatto punibile. Ma è chiaro che nessuna previsione normativa, per quanto dettagliata, può prevedere tutti i possibili connotati del fatto da essa prefigurato in astratto. L'assurdità di una simile pretesa si rivelò in maniera clamorosa nella previsione di pene fisse per tipo di reato nel codice penale francese del 1791: cioè nell'idea, informata a un malinteso principio di uguaglianza, secondo cui tutti i furti, per esempio, dovrebbero essere puniti con le stesse pene e al giudice non andrebbe concessa alcuna discrezionalità. È chiaro che questa idea fu rapidamente abbandonata – essendo risultato evidente che un furto di mele non è uguale a un furto di diamanti – con la previsione di limiti minimi e limiti massimi di pena.

L'*argomentazione equitativa ponderata* o *ponderazione equitativa* ricorre invece nel caso di concorso di norme o principi non solubile in astratto, ma solo in concreto con la ponderazione equitativa; la quale di nuovo, tuttavia, non ha per oggetto le norme, che sono sempre le stesse, bensì i

connotati dei fatti da esse previsti che sono sempre, ripeto, irriducibilmente diversi l'uno dall'altro. La decisione sulla prevalenza di una norma rispetto a un'altra con essa concorrente dipende in tal caso dalle circostanze del fatto e dalla loro valutazione e ponderazione. Per esempio, le circostanze aggravanti di un reato sono compensabili con le attenuanti del medesimo reato, oppure sono valutate su queste prevalenti, o viceversa, sulla base della valutazione e della ponderazione dei molteplici connotati del fatto sottoposto al giudizio, e non certo delle norme in concorso che prevedono i due tipi di circostanze; le esimenti della legittima difesa o dello stato di necessità sono applicate o meno a un caso di omicidio sulla base della valutazione e della ponderazione della proporzionalità o meno della reazione di difesa o dello stato di necessità all'offesa prodotta, e non certo ponderando le norme sulle esimenti e quella sull'omicidio; il principio della dignità e il diritto alla riservatezza, secondo l'esempio già fatto, prevalgono o meno su quello della libertà d'informazione sulla base della ponderazione non già di tali diritti ma del tipo di notizia e del ruolo rivestito dalla persona cui la notizia si riferisce. In tutti i casi la comprensione equitativa consiste nella qualificazione del fatto ad opera di una norma anziché dell'altra sulla base della prevalenza accordata ai connotati denotati dalla prima rispetto a quelli denotati dalla seconda. È frutto di una ponderazione e di una valutazione di merito che ha per oggetto i connotati del caso sottoposto al giudizio, e non certo le norme concorrenti.

Insomma, in caso di conflitto o concorso di norme, e specificamente di diritti, i casi sono due. O il conflitto è solubile in via generale ed astratta sulla base del riconoscimento che si tratta in realtà di uno pseudo-conflitto, e allora esso si risolve con la prevalenza accordata al diritto non esercitato sull'esercizio dell'altro diritto, cioè su di un atto di livello normativo subordinato a quello sul quale si collocano i diritti concorrenti. Oppure il conflitto non è solubile in astratto, ma solo in concreto, e allora esso si risolve mediante la ponderazione equitativa, la quale tuttavia ha per oggetto non già le norme, che sono sempre le stesse, bensì le circostanze irripetibili del fatto che rendono ciascun fatto diverso da tutti gli altri. In entrambi i casi sono fatti salvi il principio di legalità e la soggezione dei giudici alla legge.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ARISTOTELE, 1957, *Etica Nicomachea*, a cura di A. Plebe. Laterza, Bari 1957.  
CALAMANDREI Piero, 1945, «Prefazione». In C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. di Livorno del 1766. Le Monnier, Firenze.  
CAPPELLETTI Mauro, 1984, *Giudici legislatori?* Giuffrè, Milano.  
DE SAUSSURE Ferdinand, 1967, *Corso di linguistica generale* (1916), tr. it. di T. De Mauro. Laterza, Bari.

CONTRO IL CREAZIONISMO GIURISPRUDENZIALE

- FERRAJOLI Luigi, 1966, «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa». *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, gennaio-marzo: 290-304.
- Id., 1989, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza, Roma-Bari.
- Id., 2013, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*. Laterza, Roma-Bari.
- FIANDACA Giovanni, 1997, «Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato». In Id., a cura di, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, 1-18. CEDAM, Padova.
- Id., 2002, *Il diritto penale tra legge e giudice*. CEDAM, Padova.
- Id., 2006, «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione». In E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 239-64. Giuffrè, Milano.
- Id., 2008, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*. Editoriale Scientifica, Napoli.
- FIANDACA Giovanni, LUPO Salvatore, 2014, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*. Laterza, Roma-Bari.
- FREGE Gottlob, 1965, *Senso e significato* (1892). In Id., *Logica e aritmetica*, trad. it. di L. Geymonat e C. Mangione, 374-404. Boringhieri, Torino.
- GADAMER Hans Georg, 1983, *Verità e metodo* (1960), trad. it. di G. Vattimo, II ed. Bompiani, Milano.
- GROSSI Paolo, 2001, *Mitologie giuridiche della modernità*. Giuffrè, Milano.
- Id., 2009, «Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti “Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica”»). *Quaderni fiorentini*, 38: 1899-912.
- RUIZ MANERO Juan, 2012, «A propósito de un ultimo texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, “soluciones en abstracto” y “ponderaciones equitativas”». *Doxa*, 35: 820-32.
- VOGLIOTTI Massimo, 2011, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*. Giappichelli, Torino.
- Id., 2015, «Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna». *Quaderni fiorentini*, 44: 131-81.
- ZACCARIA Giuseppe, 2012a, «Interpretazione della legge». In *Enciclopedia del diritto, Annali*, v, 694-709. Giuffrè, Milano.
- Id., 2012b, «La giurisprudenza come fonte di diritto (2007)». In Id., *La comprensione del diritto*, 4-28. Laterza, Roma-Bari.
- Id., 2012c, «Il giudice e l’interpretazione (2006)». In Id., *La comprensione del diritto*, 152-65. Laterza, Roma-Bari.

