

## Contro la giurisprudenza creativa \*

di Luigi Ferrajoli

Gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità. Muovendo da questa premessa, l'Autore critica i molti orientamenti teorici e dottrinari – kelseniani, post-kelseniani, ermeneutici, principialisti, neopandettisti, realisti – che contribuiscono ad allargare ulteriormente tali spazi, fino a teorizzare il ruolo creativo della giurisdizione e perciò il declino della soggezione dei giudici alle leggi sulla quale si fonda la legittimazione del potere giudiziario. Rileva, alla base di queste teorizzazioni, svariati equivoci epistemologici, primo tra tutti una concezione ristretta e insostenibile della cognizione giudiziaria quale conoscenza oggettiva e della verità giuridica come verità assoluta. E propone una ricostruzione epistemologica alternativa del ragionamento dei giudici, basata sulla valorizzazione della dimensione equitativa di ogni giudizio e perfettamente compatibile con il principio di legalità, con la separazione dei poteri e con la soggezione dei giudici alla legge.

Gli spazi della discrezionalità interpretativa nell'esercizio della giurisdizione sono enormi e crescenti, a causa dell'inflazione delle leggi, del dissesto del linguaggio legale e della struttura multilivello della legalità. Muovendo da questa premessa, l'Autore critica i molti orientamenti teorici e dottrinari – kelseniani, post-kelseniani, ermeneutici, principialisti, neopandettisti, realisti – che contribuiscono ad allargare ulteriormente tali spazi, fino a teorizzare il ruolo creativo della giurisdizione e perciò il declino della soggezione dei giudici alle leggi sulla quale si fonda la legittimazione del potere giudiziario. Rileva, alla base di queste teorizzazioni, svariati equivoci epistemologici, primo tra tutti una concezione ristretta e insostenibile della cognizione giudiziaria quale conoscenza oggettiva e della verità giuridica come verità assoluta. E propone una ricostruzione epistemologica alternativa del ragionamento dei giudici, basata sulla valorizzazione della dimensione equitativa di ogni giudizio e perfettamente compatibile con il principio di legalità,

con la separazione dei poteri e con la soggezione dei giudici alla legge.

### 1. La crisi della legalità e l'espansione odierna degli spazi di discrezionalità e di potere della giurisdizione

Lo spazio della discrezionalità giurisdizionale affidato all'argomentazione giudiziaria e corrispondente al potere dei giudici è uno spazio enorme. Se chiamiamo *diritto vigente* l'insieme degli enunciati normativi e *diritto vivente* l'insieme dei loro significati quale risulta dalla loro interpretazione e applicazione, possiamo ben dire che mentre il diritto vigente è frutto della legislazione, l'intero diritto vivente è frutto della giurisdizione e perciò dell'argomentazione giudiziaria e, in particolare, di quella interpretativa.

Questo spazio dipende in larga parte dalla semantica della lingua legale, essendo tanto più ampio e

\* Questo testo, in una versione più ampia, è destinato a un volume collettaneo sull'argomentazione giuridica, di prossima pubblicazione in Spagna, a cura di Marina Gascon Abellan.

indeterminato quanto più ampio e indeterminato è il significato associabile ai termini della lingua legale. Con l'indeterminatezza della lingua legale, cresce pertanto la dimensione potestativa dell'attività giudiziaria e, correlativamente, se ne riduce la dimensione conoscitiva. Ne risulta condizionato anche lo spazio dell'argomentazione probatoria, a causa del nesso esistente tra la verificabilità giuridica e fattuale del fatto giudicato e la determinatezza del linguaggio legale. È infatti sulla base di tale determinatezza, quale è richiesta dal principio di stretta legalità o tassatività, che può identificarsi l'oggetto della prova e argomentarsi la corrispondenza tra i fatti provati e le previsioni normative e perciò la "verità", sia pure probabilistica in fatto e opinabile in diritto, delle qualificazioni giuridiche dei primi sulla base delle seconde. Precisamente, il grado di decidibilità della verità giuridica di un pronuncia giurisdizionale è direttamente proporzionale al grado di tassatività delle norme da essa applicate e inversamente proporzionale allo spazio richiesto all'argomentazione interpretativa. Dove la verità giuridica è indecidibile per totale indeterminatezza della lingua legale, lo spazio dell'argomentazione è amplissimo, e il potere giudiziario si converte, da potere di applicazione della legge tramite prove e interpretazioni, in potere dispositivo di creazione di nuovo diritto, tendenzialmente arbitrario e illegittimo perché in contrasto con il principio della sua soggezione alla legge<sup>1</sup>. È perciò sulla tenuta del principio di legalità che si regge l'intera struttura dello stato di diritto, quale sistema normativo entro il quale tutti i poteri sono soggetti alla legge e l'applicazione della legge è separata e indipendente dalla sua produzione.

Si capisce perciò come oggi il grave problema che affligge i nostri ordinamenti è la crisi della legge e del ruolo di limitazione dell'arbitrio che, nel modello teorico dello stato di diritto, è svolto dal principio di legalità: dalla legalità costituzionale quale sistema di limiti e vincoli alla legislazione; dalla legalità ordinaria quale sistema di limiti e vincoli alla giurisdizione. 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. Questa espansione della giurisdizione e del potere dei giudici è dovuta a molteplici fattori.

Il primo di questi fattori è riconducibile alla responsabilità della politica. Consiste nell'incapacità del legislatore di fare il suo mestiere, quale si manifesta nel dissesto della produzione legislativa, sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo: innanzitutto nella sovra-produzione delle leggi, che in Italia si contano ormai in decine di migliaia; in secondo luogo nella disfunzione del linguaggio legale, che ha raggiunto forme di vera inconsistenza a causa della crescente oscurità, tortuosità, vaghezza e talora contraddittorietà dei testi legislativi; in terzo luogo nella crisi della forma generale ed astratta delle norme di legge e nella prevalenza delle leggi-provvedimento, molto spesso a tutela di interessi particolari e clientelari<sup>2</sup>. Perduta da tempo la centralità dei codici, la legislazione si è oggi tramutata in un "accozzaglia di leggi speciali"<sup>3</sup>, composte di solito da innumerevoli articoli e commi che rinviano spesso ad altre leggi, dando luogo a interminabili labirinti normativi e a intricati sistemi di scatole cinesi nei quali si smarrisce qualunque interprete. Si aggiungano i processi di de-regolazione, di de-legificazione e di privatizzazione che in questi anni hanno allargato gli spazi del mercato in danno dei diritti sociali e del lavoro. Il risultato è una crisi della capacità regolativa della legislazione – per eccesso o per difetto di regole – che sta minando alle radici la soggezione dei giudici alla legge, snaturando il ruolo sia pure solo tendenzialmente cognitivo della giurisdizione e così deformando l'assetto dello stato di diritto. In breve, l'espansione del cosiddetto diritto giudiziario è soprattutto l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni non meno patologiche del diritto legislativo<sup>4</sup>.

Il secondo fattore di espansione del potere giudiziario è la struttura multilivello degli attuali ordinamenti. La prima articolazione multilivello della legalità è quella generata dalla rigidità delle odierne costituzioni, che affidano ai giudici la censura diretta o indiretta dell'illegittimità costituzionale delle leggi

1. Sulla nozione di "decidibilità" della verità processuale – o meglio dell'accettazione come vere o corrette delle motivazioni di una pronuncia giudiziaria – legata alla tassatività e determinatezza della lingua legale, e sulla degradazione del potere del giudice in "potere di disposizione" ove la verità processuale risulti indecidibile, rinvio a *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), 10<sup>a</sup> ed., Laterza, Roma-Bari, 2011, § 5, pp. 36-45, § 9.1, pp. 94-97 e § 12, pp. 147-160 e, da ultimo, a *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, § 7.3, pp. 172-175.

2. Secondo S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007, in Italia le leggi-provvedimento raggiungono ormai i tre quarti dell'intera produzione legislativa.

3. L'espressione è di M. Barberis, *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, ott.-dic. 2014, 4, p. 569.

4. Così M. Cappelletti, *Giudici legislatori?* Giuffrè, Milano, 1984, p. 8.

medesime per incompatibilità con i principi costituzionali dell'uguaglianza delle persone, delle libertà fondamentali e dei diritti sociali. Ha fatto così la sua comparsa la figura, inconcepibile nel vecchio stato legislativo di diritto, del *diritto legislativo illegittimo*<sup>5</sup> per contrasto con le norme costituzionali. È cambiato, conseguentemente, il rapporto tra giudice e legge. I giudici, benché sottoposti alla legge, sono dotati del potere di controllarne la costituzionalità: i giudici ordinari del potere di eccepire e il giudice costituzionale del potere di dichiarare l'invalidità costituzionale delle leggi. Solo l'argomentazione interpretativa, d'altro canto, può volta a volta adeguare ai principi costituzionali i testi delle leggi ordinarie, argomentando come valide le sole interpretazioni dei secondi compatibili con i primi. A questa prima articolazione multilivello se ne sono poi aggiunte altre due: la creazione di uno *ius commune* europeo, prodotto soprattutto dalla Corte europea di giustizia sul modello giurisprudenziale del *common law* e caratterizzato dalla complessità del nuovo sistema di fonti – statali, infra-statali e sovra-statali – e dall'incertezza delle loro relazioni gerarchiche<sup>6</sup>; lo sviluppo infine di una legalità di livello internazionale, affiancata più che sopraordinata alla legalità degli Stati nazionali, cui ha corrisposto, con la creazione di corti sovranazionali e il fenomeno crescente del dialogo tra corti nazionali e corti sovranazionali, un'ulteriore espansione della giurisdizione e dell'argomentazione interpretativa<sup>7</sup>.

Il terzo fattore è rappresentato dallo sviluppo, nel Novecento, dapprima dello stato sociale e della sfera pubblica e poi della loro crisi. Si capisce come la crescita dello stato sociale e del ruolo della sfera pubblica – con le correlative funzioni pubbliche di garanzia dei diritti, l'espansione degli apparati burocratici e l'aumento degli interventi statali nella vita economica e

sociale – abbia anche provocato uno sviluppo dell'illegalità dei pubblici poteri manifestatosi nella variegata fenomenologia della corruzione. Ne è seguita un'espansione del ruolo della giurisdizione penale. La crisi odierna dello stato sociale e le misure antisociali imposte alla politica dai poteri economici e finanziari sono state poi un ulteriore fattore di crescita del ruolo della giurisdizione: nella latitanza e nell'impermeabilità della politica e nell'inefficienza della Pubblica amministrazione, le domande di giustizia vengono infatti rivolte in misura crescente alla magistratura, sollecitata a intervenire dalle violazioni dei diritti in tema di lavoro, di ambiente, di tutela dei consumatori, di questioni bioetiche e di abusi di potere<sup>8</sup>.

Infine, un quarto fattore di espansione della giurisdizione è la tendenza del potere giudiziario, connotata del resto a qualunque potere, a dilatare indebitamente il proprio ruolo e a dar vita a un diritto di creazione giurisprudenziale. Il fenomeno si manifesta in forme vistose nel diritto civile<sup>9</sup>. Ma si sta sviluppando, in Italia, perfino in materia penale, dove si manifesta talora nello sviluppo di un'incontrollata fantasia incriminatrice che esorbita dalla legalità, sia pure disestata dai fattori sopra elencati. Proprio il dissesto della legalità favorisce infatti un costume di arbitrio che si esprime nell'estensione di fattispecie penali, ad opera dell'argomentazione interpretativa, a fenomeni vagamente analoghi e, più in generale, nello sviluppo di un cosiddetto "diritto penale giurisprudenziale": espressione ambivalente con cui si allude e si offre di solito legittimità non solo e non tanto, banalmente, al momento vivente del diritto penale vigente, cioè alla sua interpretazione giurisprudenziale – in questo senso tutto il diritto vivente, ripeto, è "giurisprudenziale" –, quanto piuttosto al ruolo "creativo" della giurisdizione consistente nell'"introduzione di nuove figure di reato"<sup>10</sup>.

5. Tanto da essere ritenuta una "contraddizione in termini" da H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. di S. Cotta e di G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, cap. XI, H, b, p. 158; Id., *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1966, cap. V, § 35, D, α, p. 298.

6. Sulla sovrapposizione di diversi tipi di gerarchie normative, alcuni introdotti dagli operatori, e perciò sul ruolo dell'argomentazione interpretativa nell'identificazione stessa delle fonti e delle loro gerarchie, cfr. G. Pino, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in "Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica", XVI, 2011, pp. 19-56.

7. Mi limito a ricordare, della sterminata letteratura sulla globalizzazione nel diritto, F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005.

8. Cfr., in questo senso, S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1992, pp. 169-186. Sull'espansione degli spazi della giurisdizione, si veda anche P. Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pp. 41-43 e 107-126.

9. Si veda il recente libro di C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, nel cui cap. II, pp. 87-223, che reca il titolo significativo *Giurisprudenza creativa e dottrina remissiva*, viene fornita un'ampia rassegna di sentenze creative, commentate di solito favorevolmente da una dottrina corriva.

10. Così G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in Id. (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997, pp. 5, 6, 11 e 14. Sullo sviluppo di un diritto penale giurisprudenziale, si vedano

Ebbene, è chiaro che tutti questi spazi aperti alla discrezionalità interpretativa e all'argomentazione – taluni perfettamente legittimi e di carattere progressivo perché a garanzia dei diritti, altri purtroppo legittimi ma regressivi perché provocati dal dissesto della legalità, altri infine di carattere extra-legale e di segno regressivo – sono da soli idonei a generare squilibri nei rapporti tra poteri e a provocare tra di essi tensioni e conflitti che rischiano di minare alla radice la legittimazione del potere giudiziario come potere soggetto alla legge, l'effettività del principio di legalità e la tenuta dello stato di diritto. L'ultima cosa di cui si avverte il bisogno è perciò che la cultura giuridica, attraverso la teorizzazione e l'avallo di un ruolo apertamente creativo di nuovo diritto affidato alla giurisdizione – inteso con “creazione” non già l'inevitabile interpretazione della legge esistente, ma la produzione di nuovo diritto – contribuisca ad accrescere questi squilibri, assecondando e legittimando un ulteriore ampliamento degli spazi già amplissimi della discrezionalità, dell'argomentazione e del potere giudiziario, fino all'annullamento della separazione dei poteri, al declino del principio di legalità e al ribaltamento in sopra-ordinazione della subordinazione dei giudici alla legge.

## 2. Le concezioni correnti della giurisdizione come fonte creativa di nuovo diritto

È precisamente questa legittimazione che viene oggi prestata all'espansione extra-legale del potere giudiziario da molteplici orientamenti dottrinari, pur nella diversità dei loro approcci teorici: dagli orientamenti kelseniani e post-kelseniani di tipo paleo-giuspositivistico a quelli principalisti di tipo neo-giusnaturalistico, dagli approcci dell'ermeneutica giuridica a quelli neo-pandettisti, fino alle varie correnti del realismo giuridico, tutte a sostegno dello sviluppo di un diritto giurisprudenziale disancorato dal diritto

legislativo. Ciò che accomuna tutti questi diversi orientamenti è il primato riconosciuto alla giurisdizione rispetto alla legislazione quale fonte creativa di diritto, l'abbandono scettico dell'idea della subordinazione della prima alla seconda e la centralità associata al caso concreto, non soltanto nell'attività probatoria ma anche nell'interpretazione della legge.

Scopo di questo saggio è la critica di tali orientamenti, cioè delle diverse concezioni oggi correnti della giurisdizione come creazione del diritto, qualunque cosa s'intenda con il termine “creazione”: sia che con esso ci si riferisca, impropriamente, all'argomentazione della *legittima* scelta dell'interpretazione giudiziaria più plausibile entro la cornice dei possibili significati razionalmente associabili all'enunciato interpretato sulla base delle regole della lingua impiegata, delle tecniche interpretative accreditate e delle precedenti interpretazioni giurisprudenziali o dottrinarie; sia che con esso ci si riferisca, nel senso proprio e forte di “creazione”, all'argomentazione giudiziaria a sostegno della scelta *illegittima* di significati normativi che sono al di fuori di tale cornice<sup>11</sup>. Questa distinzione, benché non sempre risulti sufficiente, in mancanza di rigorosi criteri distintivi, a distinguere in concreto tra interpretazione (legittima) e creazione (illegittima)<sup>12</sup>, è tuttavia sufficiente ai fini della critica di entrambe le concezioni appena distinte della giurisdizione come attività “creativa”: della concezione della giurisdizione come “creazione” in senso proprio o forte, riconoscibile altresì dall'esplicito rifiuto del principio della soggezione del giudice alla legge come ormai superato e non più sostenibile; e della concezione della giurisdizione come “creazione” nel senso improprio del termine, riconoscibile invece ove sia accompagnata dalla difesa, sia pure non del tutto coerente, di tale principio.

Il primato della giurisdizione come attività svincolata dalla soggezione alle norme di legge si trova affermato anzitutto, paradossalmente, dalla teoria normativistica di Hans Kelsen, entro la quale l'interpretazione giurisdizionale viene concepita come at-

inoltre G. Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Il Foro italiano*, 1988, cc. 484-494; L. Stortoni (a cura di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1989, pp. 9-108; G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, pp. 353-376, riprodotta in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, pp. 33-64; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. Dolcini e C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 239-264; Id., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Bologna, 2005, pp. 41-52; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 145-188; M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 44, 2015, pp. 131-181.

11. La distinzione ricalca, grosso modo, quella tra “interpretazione creativa” e altri tipi di interpretazione proposta da R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 27-37, 59-61 e 267-269.

12. È quanto ha mostrato G. Pino, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2013, n. 1, § 4, pp. 88-95, che ha giustamente osservato che la distinzione di Guastini richiamata nella nota che precede, a causa dei confini estremamente labili e opinabili tra interpretazione e creazione, è una questione di grado.

tività soltanto volitiva la cui validità è indipendente dai contenuti delle pronunce giudiziarie, dipendendo unicamente dalla loro semplice esistenza in conformità alle sole forme della loro produzione. Secondo Kelsen, infatti, «l'interpretazione della legge» conduce sempre a più soluzioni, le quali tutte, sul piano giuridico, «si equivalgono» non essendoci «alcun criterio per stabilire quale delle possibilità interpretative offerte dalla norma sia preferibile all'altra»; sicché il problema della scelta tra le possibili interpretazioni, egli scrive, è un problema «di politica del diritto», «sostanzialmente uguale a quello di fare la giusta legge nell'ambito della Costituzione». La differenza tra legislazione e giurisdizione è pertanto «solo quantitativa e non qualitativa, ed è che il vincolo del legislatore sotto il profilo sostanziale è assai più limitato di quello del giudice», il quale «però crea il diritto e anch'egli, in questa sua funzione, è relativamente libero»<sup>13</sup>. Ne segue una singolare concezione irrazionalistica dell'applicazione della legge<sup>14</sup> dalla quale risulta smarrito lo stesso ruolo regolativo della legislazione e allargato il potere giudiziario quale potere creativo di norme, per di più delle sole norme inderogabili perché esistenti e quindi valide anche se in contrasto con le norme di legge applicate. Si aggiunga che Kelsen non ha solo sostenuto questa concezione della giu-

risdizione come creazione del diritto in senso forte. Egli è altresì responsabile della diffusione dell'uso indifferenziato dell'espressione «creazione» del diritto, nel senso improprio e debole del termine, per designare qualunque atto normativo, sia esso legislativo o giudiziario, sulla base del fatto che esso, entro la struttura a gradi dell'ordinamento, è al tempo stesso applicazione di norme superiori (*application of law*) e produzione di norme inferiori (*creation of law*)<sup>15</sup>.

Ma sono soprattutto gli orientamenti apertamente anti o post-positivisti che sono oggi dominanti nella cultura giuridica e che sviluppano una critica esplicita del paradigma garantista della legalità ereditato dalla tradizione illuministica. Distinguerò tre orientamenti anti-positivisti oggi convergenti nell'intento di archiviare il modello giuspositivista del principio di legalità, della soggezione dei giudici alla legge e della separazione dei poteri: l'orientamento ermeneutico, che sviluppa la sua critica sul piano dell'epistemologia del giudizio; quello principialista, che la sviluppa sul piano della teoria del diritto; quello storicista o neopandettista, che la sviluppa sul piano della pratica giuridica e dell'esperienza storica<sup>16</sup>.

Il primo orientamento, quello dell'ermeneutica giuridica di tipo gademariano, perviene all'affermazione del ruolo creativo della giurisdizione a partire

13. H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), in Id., *Il primato del Parlamento*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1982, §§ 5-7, pp. 162-165. La tesi è ripresa nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934) trad. it. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1970, §§ 36-38, pp. 120-124, ed è radicalizzata nell'edizione de *La dottrina pura del diritto* del 1960, cit., § 46, pp. 387-388: «L'interpretazione da parte dell'organo che applica il diritto è sempre autentica. Essa crea diritto... Con l'interpretazione autentica (cioè l'interpretazione di una norma da parte dell'organo giuridico che deve applicarla) si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dall'interpretazione teorica della norma da applicare, ma anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare»; tanto più perché, argomenterà Kelsen nella *Teoria generale delle norme* (1979), trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1985, cap. LVIII, § 21, p. 404, una tale norma singolare è comunque valida, quale che sia il suo contenuto, una volta passata in giudicato. In un saggio del 1929 – *Giurisdizione e amministrazione*, in *Il primato del parlamento*, cit., pp. 128-129 – Kelsen giunse a dichiarare il suo pieno accordo con il creazionismo giudiziario della scuola del “diritto libero”, che diciassette anni prima, in *Sulla sociologia del diritto* (1912), trad. in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Esi, Napoli, 1988, pp. 184-185, aveva duramente criticato. Per una critica di queste tesi kelseniane, rinvio, di nuovo, a *La logica del diritto* cit., §§ 7.2-7.3, pp. 154-178.

14. Cfr. M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, prefazione a H. Kelsen, *Teoria generale delle norme* cit. Questa concezione dell'interpretazione giudiziaria è tanto più singolare in quanto è accompagnata da una concezione soltanto descrittiva, e non anche decisoria, dell'interpretazione dottrinarica che si voglia “scientifica” (*La dottrina pura del diritto*, cit., cap. VIII, §§ 45-47, pp. 381-390).

15. «La creazione di una norma giuridica è, normalmente, una applicazione di una norma superiore, che regola tale creazione, e l'applicazione di una norma superiore è, normalmente, la creazione di una norma inferiore determinata dalla superiore. Una decisione giudiziaria, ad esempio, è un atto mediante cui è applicata una norma generale, una legge formale, ma è al tempo stesso creata come norma individuale che obbliga una o entrambe le parti della controversia» (*Teoria generale del diritto* cit., parte I, cap. XI, B, g, 1, p. 135). Questa tesi è presente costantemente nel pensiero kelseniano: si ricordino H. Kelsen, *Lineamenti di teoria generale dello Stato* (1926), trad. it. in Id., *Dottrina dello Stato*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, cap. III, § 51, pp. 93-94; Id., *La garanzia giurisdizionale della costituzione* (1928), trad. it. in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, p. 146; Id., *Lineamenti di dottrina pura* cit., § 31, f), pp. 111-112; Id., *La dottrina pura* cit., § 35, d-f) pp. 260-267. Ho criticato questa omologazione di tutti i vari tipi di atti precettivi subordinati a norme superiori e la conseguente confusione tra le relative funzioni in *La logica del diritto* cit., § 6.3, pp. 133-143.

16. Ma si ricordino anche le concezioni creazioniste, antiformaliste e antilegaliste della giurisdizione formulate, nel prima metà del Novecento, dalla scuola del diritto libero sviluppatasi soprattutto in Germania e, per altro verso, dal realismo giuridico in entrambe le sue versioni: quella americana di Jerome Frank, di Karl Lewellyn e di Max Radin e quella scandinava, più moderata, di Axel Hägerström, di Wilhelm Lundstedt, di Karl Olivecrona e di Alf Ross.

da una rifondazione epistemologica dell'interpretazione e dell'applicazione della legge operata sulla base della centralità assegnata al caso concreto oggetto del giudizio. Riprendendo le tesi di Aristotele sull'equità come giustizia del caso concreto contrapposta all'inflessibilità della legge, Hans Georg Gadamer sostiene che si deve, «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>17</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>18</sup>. Di qui la concezione ermeneutica della giurisprudenza come fonte creativa di diritto. «Messi alla prova dei fatti, considerati insomma nella loro dimensione concreta ed effettuale», scrive Giuseppe Zaccaria, «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>19</sup>. Esigono, precisamente, che non «si rimanga ancorati e per così dire "abbar-

bicati" 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>20</sup>, ma che, «con sano realismo», si registri perfino la «revisione penalistica del dogma di origine liberale che vincola l'interprete ad un rigido rispetto del principio di legalità»<sup>21</sup>. E tuttavia Zaccaria, al di là di queste incaute raccomandazioni, sembra far uso dell'espressione "creatività" soprattutto nel significato debole o improprio di cui si è detto all'inizio di questo paragrafo, cioè con riferimento alla scelta da parte del giudice tra le molteplici «interpretazioni tutte legittimamente sostenibili» entro il perimetro disegnato dal principio di legalità<sup>22</sup>.

Di carattere più propriamente teorico è la critica anti-positivista rivolta alla generalizzazione dello schema dell'applicazione giurisdizionale della legge dal secondo orientamento, quello del neocostituzionalismo principialista. La tesi da cui essa muove è una tesi teorica indubbiamente fondata: la distinzione strutturale tra regole e principi, basata sul fatto che mentre «le regole sono applicabili nella forma del tutto-o-niente» ove ricorrano (o non ricorrano) le condizioni da esse previste, i principi «non indicano conseguenze giuridiche che seguano automaticamente allorché si diano le condizioni previste», e perciò non si applicano ma piuttosto si pesano, nel senso che prevale quello cui è associato volta a volta maggior peso per la sua maggiore importanza o pertinenza<sup>23</sup>.

17. H.G. Gadamer, *Verità e metodo* (1960), trad. it., Bompiani, Milano, 1983<sup>2</sup>, parte II, cap. II, § 2, b) pp. 369-370.

18. Ivi, p. 382.

19. *Ibidem*.

20. Ivi, p. 18.

21. G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto* (2007), in Id., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 15. Si vedano anche, sull'indirizzo ermeneutico, A. Kaufmann, *Filosofia del diritto ed ermeneutica* (1984), trad. it., a cura di G. Marino, Giuffrè, Milano 2003; F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2004; C. Faralli, *Il giudice e il diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 34, 2004, pp. 531-537; B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova, 2014. Ben più radicale è l'approccio ermeneutico recentemente proposto da M. Vogliotti, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, cit., il quale, muovendo dall'irreversibile «crisi delle categorie teoriche ereditate dalla stagione illuministica» (ivi, p. 146), ossia delle «categorie cardinali (legalità legislativa, riserva assoluta di legge, determinatezza)» intorno a cui ruotava «l'intero pianeta penalistico», propone apertamente di «svincolare la legittimazione della giurisdizione... dalla rigida soggezione alla legge» (ivi, p. 176). Si sarebbe prodotto, 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.

22. G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, cit., cap. I, p. 14. Ma si vedano soprattutto le pagine di G. Zaccaria, *Il giudice e l'interpretazione* (2006), in Id., *La comprensione del diritto*, cit., pp. 159-165, 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 subordinata alla legge».

23. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it. di G. Rebuffa, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 93, 94 e 96. Una distinzione analoga è proposta da Robert Alexy, secondo il quale, mentre «le regole sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate», sicché

È facile riconoscere l'ascendenza kelseniana di questa distinzione: fu Kelsen che, richiamandosi a Kant, configurò le regole giuridiche come giudizi ipotetici che connettono conseguenze agli atti da esse ipotizzati, in opposizione ai principi morali che hanno invece la forma degli imperativi categorici nella quale, non a caso, sono formulati i principi e i diritti fondamentali stabiliti dalle costituzioni<sup>24</sup>. Di qui la tesi principialista di una rinnovata connessione tra diritto e morale che si sarebbe realizzata con la costituzionalizzazione di tali principi e diritti, nonché l'idea, grazie all'opzione per l'oggettivismo e per il cognitivismo etico, della possibilità di una solida argomentazione razionale delle loro interpretazioni, fino alla tesi, sostenuta da Ronald Dworkin, della possibilità di pervenire all'unica soluzione corretta<sup>25</sup>: che è una tesi opposta e simmetrica alla teoria kelseniana, essendo basata sull'oggettivismo etico anziché sul relativismo morale, ma con essa singolarmente convergente nell'identificazione di razionalità e verità, in forza della quale

i giudizi di valore, mentre per Kelsen non essendo né veri né falsi sono irrazionali<sup>26</sup>, per i principialisti, essendo argomentabili razionalmente, sono altresì veri o falsi<sup>27</sup>. Ma di qui, soprattutto, la proposta di un nuovo tipo di ragionamento giudiziario che si risolve, esso sì, nella sopraordinazione creativa, anziché nella subordinazione, del giudice alla legge: non più l'applicazione, bensì la ponderazione dei principi che concorrono nel caso sottoposto al giudizio e quindi la scelta da parte del giudice della norma da applicare e di quella da disapplicare.

Una polemica ancor più radicale con la tradizione illuministica e un rifiuto ancor più esplicito e netto del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge quali «mitologie della modernità» sono infine espressi dal terzo orientamento sopra ricordato: quello che ha il suo più convinto e illustre sostenitore nell'autorevole storico del diritto Paolo Grossi e che ben possiamo chiamare neo-pandettista per l'opposizione istituita tra la legge quale «espres-

---

«se una regola è valida, allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richiede», i «principi sono precetti di ottimizzazione, caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi», sicché se ne possono ricavare, sulla base della loro ponderazione, regole volta a volta diverse a seconda della singolarità del caso (*Teoria dei diritti fondamentali* [1994], trad. it. a cura di L. Di Carlo, Il Mulino, Bologna, 2012, cap. III, § 1.2, pp. 106-107); in particolare, secondo Alexy, «i diritti fondamentali, in quanto principi, sono precetti di ottimizzazione. In quanto tali, essi sono norme che dispongono che qualcosa sia realizzato nella maggior misura possibile sulla base delle circostanze di fatto e di diritto» (*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, in M. Carbonell, L. García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid 2010, p. 111). Analogamente Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero identificano la differenza tra principi e regole nel fatto che «i principi configurano il caso in forma aperta, mentre le regole lo fanno in forma chiusa» (*Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, cap. I, § 2.1, p. 9); mentre Gustavo Zagrebelsky la identifica nel fatto che solo le regole e non anche i principi prevedono fattispecie in esse sussumibili (*Il diritto mite. Leggi, diritto, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, cap. VI, p. 149).

24. Cfr. H. Kelsen, *Lineamenti* cit., § 11, b), p. 63, dove si sostiene che secondo la dottrina pura la norma giuridica va «intesa non come imperativo al pari della norma morale, bensì come giudizio ipotetico che esprime il rapporto specifico di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata». Al contrario «l'imperativo categorico» di Kant è appunto la designazione classica, divenuta patrimonio comune della scienza, del dovere etico, della norma etica» (H. Kelsen, *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, in Id., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, p. 131). Si spiega così la tesi di Kelsen, ripresa anch'essa dai principialisti, secondo cui i principi di giustizia, e in particolare i diritti fondamentali, pur dopo la loro costituzionalizzazione «conservano il loro carattere di principi della morale» (*Teoria generale delle norme*, cit., cap. XXVIII, p. 184).

25. R. Dworkin, *No right Answer?* (1978), trad. it. *Non c'è soluzione corretta?* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, n.2, pp. 469-501. Più in generale, scrive Luis Prieto, «il deficit di razionalità e di legittimità che può derivare» dall'indeterminatezza associata ai principi «viene compensato, da gran parte degli approcci costituzionalisti, da una complessa e potente teoria dell'argomentazione giuridica, nella quale viene forse riposta più fiducia del dovuto» (*La teoría del derecho de Principia iuris*, in *Jueces para la democracia*, n. 64, 2009, p. 58; trad. it. *La teoría del derecho nei "Principia iuris" di Luigi Ferrajoli*, in P. Di Lucia [a cura di], *Assiomatizzazione del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano, 2011, § 11.4, p. 195).

26. Kelsen, infatti, nega l'idea stessa di «ragion pratica», dato che identifica la ragione con la sola ragione teoretica: «Noi definiamo ragione la funzione conoscitiva dell'uomo», egli scrive, e poiché «la statuizione di norme... non è una funzione conoscitiva», essendo «una funzione del volere, non del conoscere», allora «il concetto di ragion pratica» è «contraddittorio», non potendosi ammettere «una ragione che conosce e al tempo stesso vuole» (H. Kelsen, *Il problema della giustizia* [1960], § 39, trad. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1975, pp. 86-87).

27. Scrive per esempio Juan Ruiz Manero: «Intendo con oggettivismo... la posizione di chi sostiene in primo luogo che i giudizi morali sono razionalmente fondabili o giustificabili... Qui, io penso, si può solo parlare di verità, come dicevo, nel senso in cui "verità" equivale a "giustificazione razionale"» (L. Ferrajoli, J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 69 e 71). Tesi analoghe sono sostenute da J.J. Moreso, *Antígona como defector. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*, in *Doxa*, n.34, 2011, pp. 185, 188 e 191; da A. Ruiz Miguel, *Las cuentas que no cuadran en el constitucionalismo de Ferrajoli*, ivi, pp. 277-280 e da M. Atienza, *Cuento de navidad*, in *Análisis e diritto*, 2009, Giappichelli Torino, 2009, pp. 116-117. Ma si veda la ferma difesa dell'oggettivismo etico svolta da ultimo da R. Dworkin, *Giustizia per i ricci* (2011) trad. it. di V. Ottonelli, Feltrinelli, Milano, 2013, cap. 2, pp. 37-54, ed Epilogo, pp. 472-474, e Id., *Religione senza Dio* (2013), trad. it. di V. Ottonelli, Il Mulino, Bologna, 2014, dove l'«oggettività del valore», come osserva G. Preterossi, *Ciò che resta della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 169, «prende addirittura il posto di Dio».

sione della pura volontà potestativa» del sovrano e il diritto quale «immemorabile patrimonio consuetudinario», nonché per il ruolo di fonte del diritto assegnato al giudice, concepito come «organo della coscienza sociale grazie al possesso della scienza e della tecnica del diritto»<sup>28</sup>. Sul piano epistemologico questo indirizzo grossiano si richiama all'ermeneutica<sup>29</sup>. Ma ben più deciso è il rifiuto del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge, stigmatizzati come moderne «divinità protettive»<sup>30</sup>. In quella «vera e propria mitologia giuridica» prodotta da quell'«abile fonderia di miti giuridici» che è stato l'«illuminismo giuridico dell'Europa continentale»<sup>31</sup>, rientrano, secondo Grossi, anche «l'astrattezza e la generalità delle regole giuridiche»<sup>32</sup>, «la gerarchia delle fonti, ossia della pluralità di fonti compressa in un sistema piramidale»<sup>33</sup> e perfino la scrittura delle leggi e «la riduzione del diritto in carte, in testi cartacei» dettati dalla «sfiducia nella formazione spontanea del diritto, con la conseguente esigenza di un suo controllo da parte della politica»<sup>34</sup>. La polemica di Grossi non risparmia neppure la legalità penale, a proposito della quale egli arriva ad affermare: «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»<sup>35</sup>. Ovviamente, come si è visto nel paragrafo che precede, di “fiducia” e di “credenza” nella buona legislazione non ha senso parlare. La questione è se possiamo archiviare il principio di legalità quale fondamento del paradigma garantista, in particolare nel diritto penale, senza compromettere, con questa idea creazionista in senso forte della giurisdizione, il ruolo del processo quale accertamento della pur relativa verità giudiziaria, la garanzia delle libertà fondamentali dall'arbitrio giudiziario e, più in generale, la tenuta dell'intero edificio dello stato di diritto con il suo insieme di garanzie contro l'arbitrio, altrimenti assoluto, nell'esercizio del potere giudiziario.

Le tesi del ruolo creativo e della natura di “fonte” della giurisdizione si è d'altro canto affermata come una sorta di ovvietà in larga parte dell'odierna cultura giuridica, pur se, di solito, nell'accezione impropria e debole del termine “creativo”. «Il diritto giudiziario», scrive per esempio Francesco Galgano, è un'«ulteriore fonte di produzione del diritto, alternativa a quelle che si modellano secondo le procedure democratiche di formazione delle leggi negli Stati nazionali»<sup>36</sup> e di fatto a queste sopraordinata<sup>37</sup>; ma questa tesi viene da Galgano basata soltanto sulla larga discrezionalità di quelle che sono pur sempre scelte interpretative

28. P. Grossi, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in G. Alpa (a cura di), *Paolo Grossi*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 27 e 39.

29. Id., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità* (2000), in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 71-72.

30. P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 112.

31. Id., *Oltre le mitologie giuridiche cit.*, pp. 44 e 45, dove si richiama, a proposito dell'intero «ideario sei-settecentesco: stato di natura, contratto sociale, rappresentanza politica, uguaglianza giuridica, volontà generale», la squalificazione operata da Santi Romano nella voce *Mitologia giuridica* dei suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1947, pp. 126-144.

32. Id., *Le molte vite del giacobinismo giuridico* (2003), in Id., *Mitologie giuridiche della modernità cit.*, p. 138. «Non è forse giunto il momento», si chiede Grossi nella nota introduttiva al libro *Mitologie cit.*, pp. 7-8, «di rivedere *funditus* il problema e l'assetto di quelle che i giuristi chiamano le “fonti del diritto”, oggi che il divario sempre più accentuato fra pratica degli affari e norme imperative ufficiali fa emergere un inarrestabile processo di privatizzazione delle fonti del diritto? Non è forse giunto il momento di liberarsi del decrepito schema della gerarchia delle fonti oggi che l'assetto delle fonti smentisce, nel fervore dell'esperienza, quello schema e ne vive un altro?».

33. Id., *Il costituzionalismo moderno fra mito e storia* (2006), in Id., *Mitologie giuridiche cit.*, pp. 174-176, dove la gerarchia delle fonti, anziché come un limite imposto all'esercizio di tutti i pubblici poteri, viene concepita come «l'espedito giuridico più assolutistico» perché «devitalizza le fonti collocate ai gradini inferiori del sistema», nonché come «l'espressione più schietta di quello che può correttamente chiamarsi “assolutismo giuridico”».

34. Id., *Le molte vite del giacobinismo cit.*, p. 145, manifestatesi, secondo Grossi, nei «Codici, di cui è costellata l'età moderna, a partire dai primi anni dell'Ottocento», e poi nelle tante «Carte costituzionali», fino all'ultima carta, la Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

35. Id., *Tra fatto e diritto*, in *Quaderni fiorentini*, n. 38, 2009, p. 1901.

36. F. Galgano, *La globalizzazione cit.*, p. 202.

37. Ivi, pp. 98 e 149.



operate dai giudici<sup>38</sup>. Aurelio Gentili, a sua volta, concepisce la teoria dell'argomentazione come fonte formale di diritto oggettivo<sup>39</sup>, ma perviene poi a «respingere, con le più rigorose formulazioni del deduttivismo, anche l'ipotesi di una giurisprudenza realmente creativa»<sup>40</sup>. Più incerta sembra la posizione di Mauro Barberis, che come Grossi contesta «la fiducia illuministica nella legislazione, e prima ancora nella ragione umana individuale»<sup>41</sup>, nonché quella «sorta di mitologia del diritto»<sup>42</sup> creata da Beccaria e da Bentham che consiste nella credenza nel sillogismo giudiziario e nella pretesa di «sbarazzarsi dell'interpretazione» e in generale dei giuristi<sup>43</sup>, ma al tempo stesso difende i «limiti» imposti alla giurisdizione dalla legislazione e dalla Costituzione<sup>44</sup>. Infine Giovanni Fiandaca, pur avendo parlato, oltre che di una «funzione *lato sensu* “creativa” dei giudici» e di «un 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>45</sup>, 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>46</sup>.

### 3. Le responsabilità della cultura giuridica. Il significato del principio di legalità e il ruolo della giurisdizione

Al fondo di tutti questi orientamenti c'è il realismo, esplicito o latente, che consente di presentare

38. Ivi, p. 150: «lo stabilire quale sia la norma di legge da applicare al caso di specie, quale sia l'interpretazione da dare alla norma e, soprattutto, il decidere come colmare le lacune della legge, che sempre più spesso tace di fonte agli incessanti mutamenti della realtà, sono valutazioni largamente discrezionali, tali da conferire all'autorità giudiziaria, anche nei sistemi di *civil law*, una grande latitudine di potere, ben lontana dalla visione illuministica della legge e della sua interpretazione giudiziaria». E prima ancora: «Il potere giudiziario si è a tal punto separato dagli altri poteri dello Stato, legislativo ed esecutivo, da tendere a configurarsi quale organo di una società civile ormai cosmopolitica» (ivi, p. 10).

39. A. Gentili, *Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, cap. I, pp. 3-27.

40. Ivi, p. 317. Gentili chiama «libertinaggio interpretativo» il creazionismo giurisprudenziale arbitrario (ivi, p. 86) e configura l'apporto del giudice nell'applicazione della legge come «né deduttivo, né creativo ma piuttosto selettivo» (ivi p. 327); vedi anche, ivi, pp. 349-350 e 469-470). Cfr. anche, di A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2015, vol. I, capp. IV-VI.

41. M. Barberis, *Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico*, cit., p. 559.

42. Ivi, p. 572.

43. Ivi, p. 563. Il riferimento è chiaramente al celebre passo, che oggi nessun giuspositivista sottoscriverebbe, di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, edizione di Livorno del 1766, a cura di F. Venturi, Einaudi, Torino, 1981, § IV, p. 15: «Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori».

44. Dalla crisi della legge, scrive Barberis a conclusione del suo *Beccaria* cit., p. 573, «si esce solo rovesciando la visione ereditata da Beccaria e da Bentham: non più il diritto come legge interpretata e applicata dai giudici, bensì come giustizia amministrata dai giudici entro i limiti della costituzione e della legislazione» (corsivo mio). Ma si vedano anche i richiami al principio di legalità e alla legge nel ragionamento giudiziario in M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2005, pp. 228-235 e in Id., *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», a. XIV, n. 1, 2015, § 3, pp. 172-176.

45. G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, cit., p. 2. «Un certo disincanto nei confronti dell'assoluto primato teoricamente spettante alle norme di legge», prosegue Fiandaca, è andato «diffondendosi tra i penalisti delle ultime leve, in seguito alla “scoperta” delle più moderne teorie dell'interpretazione, specie di quelle di orientamento ermeneutico: da qui l'accresciuta consapevolezza del carattere intrinsecamente problematico del “vincolo” del giudice penale alla legge scritta, con conseguente abbandono delle più ingenue illusioni di matrice illuministica» (*ibid.*). «Ad apparire ormai obsoleto», scrive ancora G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 9, «sarebbe in realtà un persistente atteggiamento di ideologica (mitologica?) assottigliamento della riserva di legge in materia penale», laddove appare “stimolante” la “prospettiva” di una «rivisitazione critica dei principi-tabù del diritto penale alla luce delle più aggiornate teorie dell'interpretazione e del ragionamento giudiziario» (ivi, p. 18).

46. G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., p. 242; ivi, p. 241: «riconoscere la “creatività” giurisprudenziale non vuol dire, infatti, essere disposti ad avallare la discrezionalità interpretativa più spinta e disinvolta». Ma si veda anche l'ovvio richiamo di Fiandaca al principio di legalità nella critica giusta e severa al famoso processo siciliano sulla trattativa in G. Fiandaca, S. Lupo, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 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».

le tesi sul ruolo creativo della giurisdizione come tesi “scientificamente” descrittive di una prassi giudiziaria priva di alternative; come se il diritto fosse una realtà naturale, e non un fenomeno artificiale interamente costruito dagli uomini; e come se non fossero normativi, bensì descrittivi, il principio di legalità, quello della certezza e quello della soggezione dei giudici alla legge. 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. Di qui il compiacimento realistico nella teorizzazione della creatività della giurisdizione, poco importa se basata sulla sua raffigurazione kelseniana come attività puramente volitiva, o su quella ermeneutica come concretizzazione della legge, o su quella principialista come ponderazione anziché come applicazione di norme, o su quella neopandettista come concreta vita del diritto, o su quella realista come realtà effettuale o semplicemente come inevitabile supplenza richiesta dal dissesto della legalità. Ciò che accomuna tutti questi diversi orientamenti è la legittimazione, sul piano epistemologico e su quello teorico, del collasso dello stato di diritto – cioè dei limiti e dei vincoli legali imposti all’esercizio di qualunque potere, sia pubblico che privato – assunto poi come verifica empirica delle loro stesse raffigurazioni teoriche. È questo, al di là delle intenzioni, il prezioso servizio prestato da questi approcci dottrinari allo sfascio in atto della legalità, quale si manifesta nel vuoto di diritto pubblico prodotto dall’eclisse della legge e dei parlamenti e inevitabilmente colmato, poiché il vuoto di potere non esiste, dai poteri selvaggi del mercato globale ben più e ben prima che dal potere correttivo della giurisdizione<sup>47</sup>.

Ma la scienza giuridica, proprio perché il suo oggetto è interamente artificiale e largamente modellato dal suo stesso ruolo performativo, non può 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. 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. Equivale, in breve, ad assecondare una regressione premoderna: in materia civile il primato dell’autonomia privata e dei poteri economici e finanziari globali quali veri poteri sovrani, per di più anonimi e invisibili, in grado di dettar legge alla politica; in materia costituzionale la sostituzione della legalità costituzionale con la *lex mercatoria* quale vera norma suprema dell’ordine globale; in materia penale l’indebolimento dell’intero sistema delle garanzie, tutte basate – dalla tassatività all’offensività, dal contraddittorio al diritto di difesa – sulla legalità quale garanzia di libertà oltre che di verità.

È possibile evitare questo collasso del paradigma garantista? 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, primi tra tutti il principio di legalità, quello della soggezione dei giudici alla legge e quello della separazione dei poteri? 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 invita a considerare possibile questa conciliazione. Si tratta di una possibilità dipendente da due condizioni, entrambe decisive per la dimensione pragmatica della teoria del diritto: in primo luogo dal superamento sul piano teorico, di cui parlerò in questo paragrafo, di due ordini di equivoci, l’uno

47. «Qui non è lo Stato che progetta o accetta nuove forme di organizzazione giuridica, ma qualcosa che avviene al di là dello Stato (se non contro lo Stato). Forze private, soprattutto forze economiche si danno a produrre diritto... Oggi si sente parlare fittamente di *lex mercatoria*... con palese riferimento al maturo medioevo... L’accostamento di due realtà storiche profondamente diverse è rischioso (anche perché il mercante medievale non ha alle sue spalle l’ingombrante Stato moderno), ma coglie nel segno quando mette a fuoco due movimenti di prassi, originati dal basso, dalla fucina della vita economica; li mette a fuoco e li valorizza per quel che sono nella effettività dello sviluppo storico» (P. Grossi, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica* [2002], in Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, § 8, pp. 294-295).

relativo alle nozioni di legalità e legislazione, l'altro alle nozioni di argomentazione giudiziaria e giurisdizione; in secondo luogo dalla ridefinizione sul piano epistemologico, di cui parlerò nei tre paragrafi che seguono: a) della nozione di cognizione giudiziaria quale cognizione argomentata; b) del rapporto tra l'universalità della norma e la singolarità del caso concreto, di cui proporrò una configurazione diversa da quella formulata dall'approccio ermeneutico; c) della ponderazione equitativa quale ponderazione non già delle norme, come ritengono i principialisti, bensì dei connotati del fatto denotati da più norme concorrenti.

Il primo ordine di equivoci riguarda il principio di legalità. Questo principio è un principio formale<sup>48</sup>. 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>49</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 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 o anche norme consuetudinarie. 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 tramandoci dal pensiero illuminista. Utilizzando l'immagine del punto e della linea con cui Paolo Grossi ha raffigu-

rato lo sviluppo storico dell'esperienza giuridica<sup>50</sup>, esso corrisponde a un punto della storia del diritto: a quello rappresentato dalla prima rivoluzione istituzionale, cioè dal primo mutamento di paradigma realizzatosi, appunto, con il primato della legge e con il monopolio della produzione legislativa in capo agli Stati nazionali. Ma la linea nella quale quel punto si inserisce è quella dell'espansione della sintassi garantista introdotta dal paradigma giuspositivista, attraverso lo sviluppo della legalità all'altezza dei poteri vecchi e nuovi e a garanzia di vecchi e nuovi diritti. È su questa linea che si è prodotto, nel secolo scorso, il secondo mutamento di paradigma del diritto: il 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. Ed è su questa medesima linea che potrà collocarsi il terzo e più difficile mutamento di paradigma: quello di un costituzionalismo europeo e poi globale di tipo federale, fondato sulla medesima sintassi sia pure a livello sovra-nazionale, cioè sui limiti e sui vincoli imposti dalla legalità, a garanzia dei diritti di tutti, anche ai poteri sovra- ed extra-statali.

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 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, 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 volta a volta disegnato dalle carte costituzionali<sup>51</sup>. 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

48. Inteso "formale" quale predicato meta-teorico che riguarda unicamente la dimensione sintattica della teoria, indipendentemente dai livelli e dai contenuti normativi cui il termine legalità può essere riferito.

49. P. Calamandrei, *Prefazione* a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (ed. di Livorno del 1766), Le Monnier, Firenze, 1945, p. 92.

50. P. Grossi, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)* (1995), in G. Alpa, *Paolo Grossi* cit., pp. 17-18.

51. Si veda, sulla crisi della politica e sulla necessità di rifondarla, G. Preterossi, *La politica negata*, Laterza, Roma-Bari, 2011; Id., *Ciò che resta della democrazia*, cit.

direzione della sua ristrutturazione anziché della sua attuale destrutturazione. Anzitutto sul piano qualitativo, attraverso la promozione di un rinnovato rigore della lingua legale nella formulazione delle norme. In secondo luogo sul piano della forma stessa della legalità: anziché decretare, secondo il vezzo dominante, il tramonto dei codici nell'odierna età della decodificazione, è al contrario la riserva di codice, soprattutto in materia penale, che dovrebbe essere proposta come rimedio all'odierna deriva inflazionistica, 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 lo sviluppo di quel terzo mutamento di paradigma del costituzionalismo cui ho sopra accennato, e cioè 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.

Il secondo ordine di equivoci che deve essere superato se vogliamo salvaguardare il modello garantista della modernità riguarda il senso dell'espressione «produzione giurisprudenziale» del diritto e, più in generale, lo statuto epistemologico del giudizio e del ragionamento giudiziario. 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.

L'opzione per il positivismo giuridico, insomma, non comporta affatto l'idea che la giurisdizione possa raggiungere una verità certa e assoluta anziché una verità relativa, motivata da argomentazioni probatorie e da argomentazioni interpretative. Comporta, semplicemente, la sopraordinazione di norme astratte 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: una gerarchia che in tutti i mutamenti di paradigma del diritto che ho sopra ricordato – quello giuspositivista della sopraordinazione della legge al potere esecutivo e al potere giudiziario, quello costituzionalista della sopraordinazione della Costituzione al potere legislativo, quello infine, ancora in gran parte da attuare, di un costituzionalismo europeo e in prospettiva globale sopraordinato al potere politico degli Stati e a quello economico dei mercati –, ha sempre svolto il ruolo di limite e vincolo all'esercizio dei tanti tipi di potere altrimenti assoluti, arbitrari e selvaggi. Ma è chiaro che i limiti e i vincoli legali sono relativi, nel senso che non sono in grado di eliminare gli spazi della discrezionalità giudiziaria colmati sia dall'argomentazione probatoria che da quella interpretativa. Il legislatore, infatti, produce solo il *diritto vigente*, consistente in testi normativi che richiedono di essere interpretati. Tutto il *diritto vivente*, tutto il diritto in azione – tutte le norme, inteso con "norma" il significato di un enunciato normativo – è perciò, ripeto, un diritto di produzione giurisprudenziale, interamente frutto dell'argomentazione interpretativa. Ma in tanto il diritto vivente è altresì diritto valido 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; né il legislatore può interferire nella produzione del diritto vivente, né il giudice può interferire nella produzione del diritto vigente. È questo il senso della separazione dei poteri.

#### **4. Argomentazione giudiziaria sulla verità e argomentazione legislativa su altri valori**

Ogni applicazione della legge richiede dunque una decisione e perciò un'argomentazione a sostegno della scelta tra le tante, possibili interpretazioni legittimamente ammissibili degli enunciati normativi. Si tratta però di *decisioni sulla verità*, e non su altri valori, cioè di decisioni 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 argomentazione legislativa e argomentazione giudiziaria, 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 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, 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). Ma la stessa cosa può dirsi di qualunque sentenza, la cui validità e la cui giustizia dipendono dalle plausibili argomentazioni come "vere" delle sue motivazioni, sia fattuali che giuridiche. 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). La stessa cosa può dirsi delle sentenze di pura legittimità, come le sentenze della Cassazione e quelle della Corte costituzionale nelle quali manca l'argomentazione probatoria o fattuale: qui entrambe le premesse – pronunce giudiziarie e legge, legge e Costituzione – sono opinabili perché frutto dell'interpretazione argomentata del diritto vigente; ma una volta che esse siano state formulate, le sentenze hanno solo il compito di dichiarare la (verità giuridica della) loro contraddizione o della loro compatibilità logica.

Per questo sono estremamente fuorvianti espressioni come «creazione giudiziaria del diritto», «ruo-

lo creativo della giurisdizione» 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 legislazione, che appunto innova nel sistema giuridico e proprio per questo, in democrazia, richiede il consenso quanto meno della maggioranza. Al contrario, la giurisdizione è sempre applicazione sostanziale di un diritto pre-esistente, argomentabile come legittima e giusta solo se in base a tale diritto ne sia predicabile la "verità" processuale sia pure in senso intrinsecamente relativo. Di qui il suo carattere anti-maggioritario: nessun consenso di maggioranza può rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero. «Interpretazione creativa» è perciò una contraddizione in termini: dove c'è interpretazione 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. Si tratta 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 «realtà 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 deontologia professionale dei giudici e l'intero immaginario istituzionale intorno allo stato di diritto.

Per questo non può affermarsi che il principio della soggezione dei giudici «soltanto alla legge» enunciato dall'art. 101, comma 2° della nostra Costituzione è ormai inattuabile e inattendibile perché, come scrive per esempio Francesco Galgano, «sarebbe mutata la fonte di legittimazione della giurisdizione: non più la legittimazione sostanziale o cognitiva consistente nell'applicazione della legge, bensì la legittimazione solo procedurale consistente nel "contraddittorio processuale", altrettanto procedurale, dice Galgano, quanto quella di tutti gli altri poteri, a cominciare dalla legittimazione elettorale e maggioritaria del potere politico»<sup>52</sup>. Su che cosa si forma, infatti, il contraddittorio nel processo, se non sulla verità processuale argomentata con riferimento al diritto vigente, cioè

52. F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., pp. 150-151.

sulla verifica o sulla falsificazione, in fatto e in diritto, delle ipotesi dedotte nel giudizio? Anche sotto questo aspetto la differenza tra legislazione e giurisdizione è radicale. Non ha senso parlare di «verità legislativa» così come si parla di «verità processuale» o «giudiziaria». Il confronto parlamentare tra maggioranza e minoranze o quello tra governo e opposizioni, in tema per esempio di leggi sul lavoro o sulle pensioni o sulle imposte, non sono in alcun modo paragonabili al contraddittorio nel processo; il legislatore non compie nessuna deduzione logica a partire dal diritto pre-esistente; le argomentazioni portate nel dibattito parlamentare non vertono sulla verità o sulla falsità delle proposte a confronto, come avviene invece in qualunque processo, bensì sulla loro maggiore o minore opportunità, o giustizia, o efficacia o aderenza agli interessi generali o alla volontà degli elettori. Di qui il valore della separazione e dell'indipendenza del potere giudiziario da qualunque altro potere: trattandosi di un potere-sapere esercitato da un'attività tendenzialmente cognitiva, qualunque condizionamento proveniente da altri poteri può solo deformare la corretta formazione della verità processuale.

Alla base della tesi del carattere non cognitivo 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, l'altra come verità assoluta. Ma questa concezione è esattamente la concezione meccanicistica della conoscenza e oggettiva della verità che i sostenitori del creazionismo giurisdizionale rimproverano al legalismo giuspositivista<sup>53</sup>. È chiaro che se «cognitivo» s'intende come sinonimo di «descrittivo» o di «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. Non è inutile ricordare che l'idea di una conoscenza puramente oggettiva o di una verità certa o assoluta è stata abbandonata da tempo dalla filosofia della scienza, che ammette spazi di discrezionalità e momenti decisionali in qualunque tipo di conoscenza empirica, inclusa la conoscenza scientifica. La sola differenza è che il diritto è un fenomeno linguistico, che come tutti i fenomeni linguistici ammette l'interpretazione, anziché l'osservazione, come forma specifica dell'indagine empirica, in grado comunque di raggiungere una verità sempre e soltanto relativa, approssimativa e opinabile, ma pur sempre argomentata come tale e come tale confutabile sulla base dei testi normativi. Dire che le norme sono «create» dall'interpretazione è perciò come dire che la quinta sinfonia di Beethoven è creata dalla sua esecuzione e dalla sua interpretazione; o che la messa in scena di un'opera teatrale equivale alla sua creazione.

Infine, un ultimo equivoco: l'idea che i vincoli imposti dal rispetto dei precedenti giurisprudenziali possano giustificare, nei nostri sistemi di *civil law*, la tesi di un diritto giurisprudenziale svincolato dalla legge. Si tratta invece, a mio parere, dell'ovvia e inevitabile influenza esercitata, sull'argomentazione interpretativa richiesta in ciascun giudizio, dalle precedenti argomentazioni interpretative, come del resto dalle argomentazioni dottrinarie delle norme applicate; con in più, rispetto all'influenza della dottrina, la maggiore influenza della giurisdizione dovuta al ruolo, espressamente assegnato dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario italiano alla Corte di cassazione, di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», cioè la tendenziale uguaglianza di trattamento e la massima certezza del diritto. I precedenti, in tutti i casi, devono essere assunti come vincolanti per ragioni sostanziali e non per ragioni formali, per la persuasività delle tesi interpretative da essi espresse, cioè per la loro intrinseca razionalità, e non certo per una loro formale forza di legge. Devono valere, in breve, per la loro *autorevolezza* sostanziale, e non certamente per una qualche loro *autorità* formale, riservata soltanto alla legge. Ciò vale sicuramente per il diritto italiano, nel quale il principio della soggezione dei giudici «soltanto alla legge» è stato costituzionalizzato dall'art. 101 cpv della Costituzione e ripetutamente ribadito dalla giuri-

53. Karl Popper 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 (*Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica* [1969], trad. it. di G. Pancaldi, Il Mulino, Bologna, 1972, cap. 10, p. 391). In *Diritto e ragione* cit., § 5, 1, pp. 36-38, parafrasando Popper, 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 creazionismo giurisdizionale. Concezione meccanicistica e concezione creazionista della giurisdizione, sotto questo aspetto, sono le due facce opposte della stessa medaglia – la concezione puramente descrittivistica della conoscenza e assoluta o oggettiva della verità empirica – non meno del cognitivismo oggettivistico e dello scetticismo cognitivo.

sprudenza della Corte di cassazione<sup>54</sup>. Ma vale anche indipendentemente da tale norma, per ragioni epistemologiche di grammatica giuridica ben prima che per ragioni costituzionali. Tanto è vero che dove è stato introdotto per via legislativa il principio del carattere formalmente vincolante del precedente, indipendentemente dalla sua persuasività in concreto, si è caduti in una sorta di legificazione o peggio di costituzionalizzazione delle pronunce giudiziarie, di fatto impraticabile<sup>55</sup>. Aggiungo che l'efficacia solo sostanzialmente persuasiva del vincolo del precedente, in opposizione all'efficacia formalmente normativa della legge, vale perfino per i sistemi di *common law* nei quali vige il principio dello *stare decisis*: qualora, infatti, il vincolo del precedente avesse il carattere di un vincolo formale, identico a quello della legge, si avrebbe una sorta di sua legificazione, e perciò il paradosso di un irrigidimento paralizzante della stessa interpretazione giudiziaria, in contraddizione proprio con la natura di *case law* rivendicata come il tratto distintivo dello stesso diritto giurisprudenziale vivente.

## 5. Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa

Vengo così alla questione teorica di fondo che ho appena formulato: il carattere di *case law* del diritto giurisprudenziale vivente, considerato di solito come il principale argomento a sostegno della creatività della giurisprudenza<sup>56</sup>. Proprio questo carattere con-

sente invece 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 diritto vigente e diritto vivente, tra *law in books* e *law in action*, tra previsione normativa in astratto e qualificazione giuridica del caso concreto c'è lo stesso rapporto che c'è tra lingua e linguaggio, ovvero sia, per usare il lessico di Ferdinand de Saussure, tra *langue* e *parole*<sup>57</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 ho chiamato *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 richiesta dalla concretezza del caso giudicato. Ciò che è equo, scrive Aristotele nell'*Etica Nicomachea*, «è pur giusto, ma non secondo la legge, ben-

54. Il principio è stato dapprima inteso, dalla giurisprudenza, nel senso più radicale, senza neppure l'imposizione dell'onere della confutazione dei precedenti: «Esposti in modo conciso i motivi di fatto e di diritto della propria decisione, il giudice non deve dimostrare esplicitamente l'infondatezza o la non pertinenza della giurisprudenza eventualmente difforme, poiché i motivi della decisione in tanto possono essere viziati in quanto siano di per sé erronei in fatto o in diritto in relazione alla fattispecie concreta, non già in quanto eventualmente in contrasto con quelli adottati in decisioni riguardanti altre fattispecie analoghe, simili o addirittura identiche» (Cass., 13.3.1980, n. 1772). Successivamente, in una sentenza di poco successiva, la Corte di cassazione ha previsto l'obbligo di «addurre ragioni congrue, convincenti a contestare e a fare venire meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato», ma ha ribadito che il giudice di merito è «libero di non adeguarsi all'opinione espressa da altri giudici» e anche «di non seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di cassazione» (Cass., 3.12.1983, n. 7248). Contro l'idea di un diritto penale giurisprudenziale al di là della legge, si ricordi inoltre la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012, che ha respinto una questione di legittimità costituzionale diretta a includere i mutamenti giurisprudenziali prodotti dalle pronunce delle Sezioni unite della Cassazione tra i casi di revisione delle sentenze di condanna ex art. 673 cpc, con la giusta motivazione che la parificazione che ne sarebbe seguita di tali mutamenti ai mutamenti legislativi avrebbe violato il principio di legalità (art. 25 Cost.), la soggezione dei giudici solo alla legge (art. 101 cpv Cost.) e il conseguente carattere non formalmente vincolante dei precedenti giudiziari.

55. È il caso del secondo comma dell'art. 38 della legge organica spagnola del 21.4.1999 sul Tribunal Constitucional, che contraddicendo, a mio parere, il principio della soggezione dei giudici «unicamente al imperio de la ley» enunciato dall'art. 117 della Costituzione ha stabilito che «le sentenze di rigetto emesse sui ricorsi di incostituzionalità e nei conflitti in difesa dell'autonomia locale impediranno qualunque ulteriore proposta in ordine alle due questioni basata sulla stessa infrazione dell'identico precetto costituzionale». Con il risultato paradossale dell'immunizzazione da ulteriori ricorsi – una sorta di para-costituzionalizzazione di fatto – delle norme la cui incostituzionalità sia stata impugnata senza successo. Rinvio, sulla questione, a *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 2.6, pp. 74-75 e a *La logica del diritto* cit., § 8.3, pp. 203-204.

56. «Il diritto di creazione giudiziaria è, per sua natura, un *case law*; differisce dal diritto di creazione legislativa perché è diritto creato a partire da un caso concreto, quale *ratio decidendi* di una specifica controversia» (F. Galgano, *op. cit.*, p. 154).

57. F. De Saussure, *Corso di linguistica generale*, trad. it. di T. De Mauro, Laterza, Bari, 1967, pp. 23-30 e *passim*.

sì 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 ommesso 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>58</sup>.

Ho riportato questo lungo passo aristotelico 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 § 2, la caratterizzazione come «perfezionamento creativo della legge» per il tramite dell'interpretazione, concepita a sua volta come «concretizzazione della legge»<sup>59</sup>. «Aristotele», prosegue il passo allora citato di Gadamer, «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>60</sup>.

Ciò che mi pare insostenibile in questa analisi aristotelica e poi gadameriana dell'equità è l'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», ovvero, come dice Gadamer, a una manchevolezza; 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 – pur basata sul dato strutturale che è proprio delle leggi «prescrivere in generale» e dei giudizi decidere sui casi particolari che «non basterebbe una vita a precisare»<sup>61</sup> – come un'operazione non *intra-*, ma *extra-* o *ultra-* o addirittura *contra-legalis*.

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>62</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

58. Aristotele, *Etica Nicomachea*, a cura di A. Plebe, Laterza, Bari, 1957, libro V, cap. X, 1137b, pp. 155-156. Tesi analoghe sono espresse da Aristotele nella *Retorica*, a cura di A. Plebe, Laterza, Bari, 1961, libro I, cap. XIII, 1374a-1374b, pp. 67-68 dove l'equità viene intesa come un rimedio «a una lacuna della legge», come una fonte di diritto a questa alternativa in quanto «è il giusto che va oltre alla legge scritta», come un criterio antiformalistico d'interpretazione giuridica consistente nel «badare non alla legge, ma al legislatore, e non alla lettera della legge, ma allo spirito del legislatore» e, infine, come un atteggiamento consistente nell'«essere indulgente verso i casi umani». Questa concezione aristotelica dell'equità è stata ereditata, con poche varianti, da tutto il pensiero filosofico-giuridico, da Hobbes a Muratori e a Genovesi, da Kant ed Hegel, fino a Perelman, a Carnelutti e a Bobbio: si veda la lunga rassegna critica delle nozioni di equità proposte da costoro e da altri autori in *Diritto e ragione* cit., cap. III, § 11.1, pp. 137-138 e le note 94-104, pp. 181-183.

59. Richiamato, *supra*, nella nota 18.

60. H. G. Gadamer, *Verità e metodo* cit., p. 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, p. 376).

61. Aristotele, *Retorica* cit., libro I, cap. XIII, 1374a, pp. 68 e 67.

62. Ho più volte illustrato questa ricostruzione alternativa della dimensione equitativa del giudizio: in *Diritto e ragione* cit., parte I, cap. III, § 11, pp. 135-147; in *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, n. 3, pp. 2771-2816, trad. spagn. in *Doxa*, n. 34, pp. 15-54; in *El constitucionalismo garantista entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo*, ivi, §§ 2-4, pp. 315-336; in *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, parte I, cap. III, pp. 95-137.



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 – al di là della loro qualificazione normativa, cioè dei connotati costitutivi del concetto legale di furto da tutti posseduti – sono irriducibilmente diversi l'uno dall'altro. Ciascun (caso di) furto, infatti, presenta connotati o circostanze singolari che il giudice 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 dottrinarica, 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, al di là della sua denominazione con gli stessi *nomina iuris* utilizzabili nel linguaggio giudiziario per gli innumerevoli casi accomunati dai medesimi connotati legali. 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 dottrinarica, 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 denotati dal termine in proposizioni accettate come vere, e significato intensionale (o intensione), consistente

nell'insieme delle proprietà connotate dal termine e possedute da tutti i singoli individui che rientrano nella sua estensione<sup>63</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. Secondo una formula che ho utilizzato in passato, il giudice connota ciò che la legge denota e denota ciò che la legge connota; mentre la legge denota ciò che il giudice connota e connota ciò che il giudice denota<sup>64</sup>. Il giudice, infatti, denota i fatti sottoposti al suo giudizio con i *nomina iuris* connotati dalla legge ove di tali connotati ritenga provata l'esistenza; ma di quei medesimi fatti deve altresì identificare, comprendere e valutare, al di là della loro denotazione legale, i connotati specifici e singolari che, benché volta a volta rilevanti ai fini del giudizio, non sono né possono essere previsti da nessuna legge. Anche nel linguaggio ordinario noi denotiamo con le parole della lingua ciò che i dizionari connotano con le loro definizioni e, insieme, intendiamo i connotati sempre diversi e singolari di ciò che i dizionari denotano. È poi evidente che i significati degli enunciati normativi, al pari dei significati delle parole di qualunque lingua, sono quelli che nel tempo si vengono affermando, consolidando ed anche trasformando sulla base dell'insieme delle loro applicazioni e argomentazioni interpretative ed equitative, volta a volta riferite a casi diversi.

Per questo non ha senso contrapporre legalità ed equità, verifica legale e comprensione equitativa 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. La giurisdi-

63. G. Frege, *Senso e significato* (1892), trad. di L. Geymonat e C. Mangione in Id., *Logica e aritmetica*, Boringhieri, Torino, 1965, pp. 374-404.

64. In *Diritto e ragione* cit., cap. III, § 11, p. 139. Sul rapporto tra universalità astratta delle norme e singolarità concreta dei casi sottoposti a giudizio, nonché tra legalità ed equità, si veda anche, ivi, il cap. I, § 4, pp. 29, 32 e la nota 51, pp. 59-60. Un'anticipazione di queste tesi si trova nel mio vecchio *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, I, pp. 290-304.

zione non consiste infatti nel «perfezionamento creativo delle leggi» di cui parla Gadamer<sup>65</sup> e neppure, come scrive Vogliotti, nell'«adattamento della legge generale e astratta alle singolarità dei fatti», ovvero nell'«adeguamento del testo normativo alle peculiarità del caso»<sup>66</sup>, più di quanto il nostro linguaggio parlato non consista in un perfezionamento della lingua nella quale parliamo o in un suo adattamento a ciò che diciamo. Essa consiste, più semplicemente, nella denotazione dei fatti sottoposti al giudizio con i *nomina iuris* impiegati dalla legge e, insieme, nella comprensione dei loro connotati singolari, dalla legge non previsti e non prevedibili e tuttavia ritenuti volta a volta rilevanti. Trascurata o fraintesa dalla riflessione filosofico-giuridica, l'equità consiste insomma in un'attività cognitiva di tipo valutativo totalmente diversa da quella della verifica 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 loro singoli e specifici connotati pur se non previsti, perché non tutti prevedibili, dalla legge.

## 6. Argomentazione equitativa semplice e argomentazione equitativa ponderata

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 al significato estensionale delle qualificazioni normative. 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 § 2, allorché 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 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, allorché 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. Si pensi, per fare solo un esempio, al potere creativo di disposizione che mediante la ponderazione verrebbe conferito ai giudici, secondo Ronald Dworkin, in tema di libertà di stampa e di ordine pubblico<sup>67</sup>. 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. Per i giuristi italiani della mia generazione, il solo sentir parlare di «norme programmatiche» a proposito dei diritti costituzionalmente stabiliti dà la sensazione di

65. H. G. Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 382.

66. M. Vogliotti, *Lo scandalo* cit., pp. 160 e 164. Analogamente G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale* cit., p.15, secondo cui «l'interprete assume un ruolo "creativo", nella misura in cui egli 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*».

67. R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* cit., p. 97: «Il primo emendamento della Costituzione degli Stati Uniti contiene la previsione normativa che il Congresso non limiterà la libertà di parola. È questa una regola, tale che se una particolare legge limitasse la libertà di parola sarebbe incostituzionale? Coloro che esigono che il primo emendamento sia "un assoluto" dicono che deve essere inteso in questo modo, cioè come una regola. O invece afferma semplicemente un principio, cosicché quando venisse scoperta una limitazione della libertà di parola, sarebbe incostituzionale se il contesto non evidenziasse qualche principio o qualche considerazione di opportunità politica che in determinate circostanze sia abbastanza importante da permettere la limitazione? Questa è la posizione di coloro che sostengono quello che è chiamato il fattore del "chiaro e attuale pericolo" o qualche altra forma di "bilanciamento"». Un indebolimento analogo, a me pare, è quello della normatività dei vincoli di bilancio previsti dalla Costituzione brasiliana che proviene – come nel saggio di H. Avila, *O vinculos sociais na Constituicao brasileira*, in *Teoria politica*, 2015, pp. 221-234 – dalla loro configurazione come principi ponderabili, anziché come regole vincolanti.

un salto indietro nel tempo: a quando la nostra Corte di cassazione e la nostra cultura giuridica reazionaria ibernarono la Costituzione con la tesi del carattere appunto programmatico della sua intera prima parte, della quale solo negli anni Sessanta, grazie alle battaglie della cultura giuridica progressista e poi all'intervento della Corte costituzionale, fu al contrario affermato il carattere immediatamente vincolante.

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 predeterminato è configurabile 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. Aggiungo che questa ridefinizione della distinzione tra principi e regole, in base alla quale sono regole tutte le norme di cui è configurabile il comportamento che ne è violazione, e quindi anche quelle che stabiliscono diritti fondamentali, si accorda assai meglio della nozione allargata dei principi qui criticata alla nozione di «regole» fornite dagli stessi principialisti: quali norme applicabili nella forma del tutto-o-niente (Dworkin) o che possono sempre essere realizzate o non realizzate (Alexy), o che configurano il caso in forma chiusa (Atienza e Ruiz Manero), o che sono fornite di fattispecie in esse sussumibili (Zagrebelsky). 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 rilevanti argomenti in qualunque argomentazione 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 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 dottrina 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>68</sup>.

Il vero problema ricorre, in sede soltanto giudiziaria perché volta a volta con riferimento alla singolarità del caso, allorché 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 e pienamente compatibile con il principio di legalità e con la soggezione dei giudici alla legge, proprio a partire dalla concretezza del caso cui gli stessi principialisti connettono sempre la ponderazione dei principi. 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<sup>69</sup>. I principialisti sostengono che in tal caso è stato conferito maggior peso alla libertà di informa-

68. Rinvio, su questi casi di soluzione in astratto di quelli che a mio parere sono pseudo-conflitti, a *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 3.5, pp. 122-125.

zione. In realtà ciò che viene pesato in quella che ben possiamo chiamare *ponderazione equitativa* – ciò che viene valutato, compreso e soppesato da tale ponderazione o bilanciamento – non è affatto il principio, bensì i singoli 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 che precede 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 di un fatto. 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, 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.

69. J. Ruiz Manero, *A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, "soluciones en abstracto" y "ponderaciones equitativas"*, in *Doxa*, n. 35, 2012, pp. 822-823.