

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 1/2025

Data: 7 gennaio 2025

***Presupposti e garanzie per la riduzione dell'arbitrio giudiziario
A margine di alcune pagine di "Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del
garantismo penale" di Luigi Ferrajoli****

di **Nicolò Zanon** – Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Milano, già Vicepresidente della Corte costituzionale

TITLE: Prerequisites and guarantees for the reduction of judicial arbitrariness. Regarding some pages of 'Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale' by Luigi Ferrajoli

ABSTRACT: Oggetto di questo scritto sono alcuni profili relativi alla interpretazione giudiziaria dei testi normativi, alla luce dell'impostazione che Luigi Ferrajoli presenta nel suo volume. L'obiettivo delle riflessioni qui proposte è, in accordo alla posizione dell'A., la identificazione delle condizioni che rendono possibile la riduzione dell'arbitrio nelle decisioni giudiziarie. A questo scopo vengono tuttavia sollevati alcuni interrogativi circa la coerenza delle posizioni di Ferrajoli, in particolare sul rapporto tra disposizione e norma, nonché sulla valutazione equitativa dei fatti giudicati.

This paper deals with some issues concerning the judicial interpretation of legislative texts, in light of the approach that Luigi Ferrajoli presents in his book. In accordance with the Author's position, the paper aims at identifying the conditions which allow to reduce the arbitrariness in

* Il lavoro costituisce la rielaborazione dell'intervento tenuto al seminario del 7 maggio 2024, presso l'Università di Milano, su "Legalità e giurisdizione: crisi e rifondazione del garantismo penale". Testo chiesto dalla Direzione.

Contributo soggetto alla licenza "CC BY-NC-ND" Attribuzione – Non Commerciale – Non Opere Derivate 4.0 Internazionale; <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

judicial decisions. However, some questions arise about the consistency of Ferrajoli's theories, particularly with regard to the relationship between legal provision and legal rule, as well as to the equitable evaluation of facts made by judges.

KEYWORDS: interpretazione; giudice; disposizione; norma; precomprensione; equità; indipendenza del giudice; interpretation; judge; legal provision; legal rule; pre-comprehension; fairness; judge's independence

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La posizione di Ferrajoli sulla distinzione tra creazione e interpretazione. – 3. I costituzionalisti e la distinzione tra disposizione e norma. E se anche la Corte costituzionale tornasse a occuparsi (prevalentemente) di testi legislativi? – 4. La comprensione equitativa dei fatti giudicati e l'indipendenza del giudice da sé stesso.

1. Premessa

Oggetto di questo scritto sono alcuni profili relativi alla interpretazione giudiziaria dei testi normativi, alla luce dell'impostazione che Luigi Ferrajoli segue in *Giustizia e politica – Crisi e rifondazione del garantismo penale*¹ (e, del resto, in molti dei suoi scritti precedenti, e ora, in particolare, in *Contro il creazionismo giudiziario*²). L'obiettivo di queste riflessioni è espresso dal titolo che ho scelto, tratto dalle stesse parole dell'A, e consiste nella identificazione delle condizioni che rendano possibile la riduzione dell'arbitrio nelle decisioni giudiziarie³. L'obiettivo appartiene dunque allo stesso A. e qui lo si condivide.

Di seguito provo innanzitutto a sintetizzare (chiedendo perdono per le semplificazioni) la posizione dell'A., per poi porre alcuni interrogativi, su alcuni aspetti che mi paiono importanti.

È opportuno avvertire che, nell'accingermi a questa riflessione, mi porto dietro tutti i limiti dello studioso di diritto costituzionale che si muove circospetto su un terreno non suo.

¹ Laterza, Bari, 2024.

² Mucchi, Modena, 2018.

³ Per l'A. questa è la specifica responsabilità della cultura giuridica e della stessa legislazione: «il dovere di elaborare e di istituire un sistema di garanzie idoneo a ridurre, anche se non a eliminare, i possibili errori e gli inevitabili spazi di arbitrio» del giudice (*Giustizia e politica*, p. 29).

È anche da segnalare che, tra i presupposti e le garanzie suscettibili di contribuire alla riduzione di cui qui si ragiona, vi sono in prima linea, come sanno bene i costituzionalisti, anche principi e regole attinenti all'organizzazione della magistratura, cioè all'ordinamento giudiziario. Ma in questa sede, in cui piuttosto è centrale il tema dell'interpretazione, non potranno essere oggetto di attenzione.

2. La posizione di Ferrajoli sulla distinzione tra creazione e interpretazione

Con la sua analisi critica del creazionismo giudiziario (ribadita in questo volume), Luigi Ferrajoli è tra i più autorevoli oppositori di alcune tendenze culturali che oggi parrebbero dominanti tra i giuristi – teorici e pratici, magistrati e accademici, filosofi del diritto, ed anche tra i costituzionalisti e i giuspubblicisti in genere.

Sono tendenze accomunate, in sintesi semplificante, dal ritenere che giurisdizione equivalga a creazione di nuovo diritto. Esse giungono a negare, sulla base di presupposti diversi, la distinzione tra *iurisdictio* e *legislatio*.

Nelle versioni più elementari, alcune di queste posizioni si attardano, invero, nella contestazione di un positivismo legalista in realtà ormai defunto, e finiscono per crearsi, è stato detto da diversi osservatori, un bersaglio di comodo. È, quest'ultimo, un approccio che impedisce di vedere come, in realtà, quel positivismo legalista sia stato sostituito nei fatti da una sorta di “positivismo giudiziario” (se la definizione avesse un senso e non rischiasse di risolversi in un singolare ossimoro), che consacra come vera e propria *fonte* il diritto di origine giurisprudenziale, pur quando scaturito da letture poco compatibili (o del tutto incompatibili) con il testo delle previsioni normative.

Si tratta di correnti di pensiero che, secondo Ferrajoli, negano i principali tratti distintivi dell'esperienza giuridica: tra questi, oltre alla separazione tra diritto e morale (sulla quale tornerò per qualche modesta considerazione derivante dalla mia esperienza di giudice costituzionale), essenzialmente il carattere non creativo ma *cognitivo* dell'attività giurisdizionale, e della stessa interpretazione che alla decisione conduce. Un carattere che, per l'A., sta alla base dei principi

costituzionali della soggezione dei giudici alla legge e del meta-principio (così lo definirei io) della separazione dei poteri⁴.

Dunque: carattere cognitivo dell'interpretazione. Ma cosa questo significa? Credo dovrebbe significare che l'oggetto della interpretazione non nasce con quest'ultima, ma preesiste ad essa, così come la norma (lo si dirà) preesiste alla decisione giudiziaria. Ma (e qui ecco la prima domanda che vorrei porre) sarebbe d'accordo l'A. con questa ricostruzione? In *Contro il creazionismo giudiziario* è esposta una posizione diversa: tra gli elementi sui quali vi sarebbe tendenziale e universale accordo, Ferrajoli inserisce, infatti, la distinzione tra enunciati normativi e norme, nonché l'idea che gli enunciati sarebbero «relativamente muti, giacché vivono solo attraverso la loro interpretazione»⁵.

Come dirò meglio più avanti, credo sia forte, dal punto di vista del diritto costituzionale, l'interesse per una possibile chiarificazione di questo aspetto.

In ogni caso, proseguendo nella descrizione, l'obiettivo di Ferrajoli è il fondamento di un sistema di garanzie sostanziali e processuali, le prime rivolte alla legislazione, le seconde alla giurisdizione, che consentano la costruzione di un contesto in cui al giudice è possibile l'esercizio "sorvegliato" (nel senso di prudente) della propria funzione, alla ricerca, nei casi concreti portati alla sua attenzione, della cd. verità processuale.

Tali garanzie funzionano innanzitutto come garanzie di libertà dei singoli, appunto perché dovrebbero impedire o ridurre l'arbitrio nell'interpretazione giudiziale. Al tempo stesso, hanno un opportuno carattere salvifico per la giurisdizione, poiché la mettono al riparo dagli eccessi e dalla responsabilità che ne conseguirebbe (e che le potrebbe essere imputata), ne rappresentano insomma una fonte di legittimazione nel sistema istituzionale complessivo.

Per l'A., sono garanzie sostanziali la stretta legalità o tassatività, cioè le regole che a livello legislativo assicurano la verificabilità e la falsificabilità giuridica o *in astratto* delle ipotesi giudiziarie; sono invece garanzie processuali tutte quelle regole che a livello della giurisdizione e del processo assicurano la verifica o la falsificazione fattuale o *in concreto* delle medesime ipotesi⁶.

⁴ *Giustizia e politica*, pp. 62-63.

⁵ *Contro il creazionismo giudiziario*, p. 11.

⁶ *Giustizia e politica*, pp. 26-27.

Sono, alla fine, i limiti della cd. verità processuale a comportare una specifica responsabilità della cultura giuridica nel suo insieme, così come delle funzioni legislativa e giudiziaria, nella costruzione doverosa di questo sistema di garanzie.

La prima responsabilità cruciale incombe dunque alla legislazione: creare le precondizioni affinché la giurisdizione possa operare secondo le linee indicate. È lo stesso art. 101 della Costituzione, del resto, a richiederlo. Così, la soggezione dei giudici alla legge presuppone che la legge sia costituita da norme precise, determinate e tassative.

In materia penale, di recente, questa concezione, per fare un esempio eminente, è stata efficacemente ribadita in alcuni passaggi cruciali della sentenza n. 9 del 2021 della Corte costituzionale, dovuta alla penna del giudice Francesco Viganò, in tema di divieto di applicazione analogica delle norme penali e di loro determinatezza, nonché di limiti all'interpretazione giudiziaria (proprio uno dei grandi temi del libro di cui qui si ragiona): *«Il divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici da parte del giudice costituisce l'ovvio pendant dell'imperativo costituzionale, rivolto al legislatore, di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati (...) Tale imperativo mira (...) ad evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito (...) La garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe, in effetti, anch'essa svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura»*.

Il riferimento sorvegliato e rigoroso alla testualità della previsione normativa – ahimè, lo sappiamo, tante volte imprecisa, incerta o francamente inadeguata – è, appunto, una delle condizioni affinché l'attività dell'interprete si mantenga rigorosamente nei confini che le sono propri, senza diventare inammissibile creazione. Significativamente in direzione contraria rispetto ad impostazioni ormai accettate come auto-evidenti, Ferrajoli ha pagine lucide, che insistono sulla distinzione tra fisiologica discrezionalità interpretativa e creazionismo giudiziario.

Egli precisa che la nozione di creazione del diritto per via giudiziaria può essere intesa in due modi diversi. In un primo senso, come *creazione in senso proprio o forte* di nuove norme giuridiche da parte dei giudici. Essa può definirsi come la scelta di significati non associabili agli enunciati normativi vigenti. Equivale all'introduzione per via giurisdizionale di nuove disposizioni entro il

sistema giuridico positivo. In un secondo senso, può intendersi come *creazione in senso improprio o debole*, definita come legittima scelta dell'interpretazione più plausibile rispetto ad altri pur plausibili significati, a loro volta ragionevolmente associabili all'enunciato interpretato, sulla base delle regole della lingua impiegata, delle tecniche interpretative accreditate, dei precedenti ecc.⁷.

Insiste opportunamente Ferrajoli nel sottolineare che, se la prima nozione di creazione in senso forte non può avere cittadinanza nel nostro sistema costituzionale, perché in contrasto con il principio della separazione dei poteri e con quello di soggezione del giudice alla legge, anche la seconda nozione è foriera di equivoci gravi. Essa, infatti, «configurando come creazione quella che è l'interpretazione, sia pur largamente discrezionale, del diritto esistente, finisce per non distinguere tra legittima interpretazione, sia pure opinabile, e creazione giudiziaria di nuovo diritto, e così di fatto per ignorare (e per avallare) l'illegittimità di quest'ultima. Interpretazione e creazione, al contrario, sono termini incompatibili e interpretazione creativa è una contraddizione in termini: dove c'è interpretazione non c'è creazione, dove c'è creazione non c'è interpretazione»⁸.

3. I costituzionalisti e la distinzione tra disposizione e norma. E se anche la Corte costituzionale tornasse a occuparsi (prevalentemente) di testi legislativi?

Tutto questo è saldissimo e, per me almeno, sembra sottrarsi a confutazione. Partendo quindi da una posizione di sostanziale adesione alle tesi dell'A., vorrei tuttavia provare a evidenziare una questione che sta a cuore ai costituzionalisti (non a tutti, beninteso, ma ad alcuni sì), e che ha qualche legame problematico con quanto esposto sin qui.

La questione è questa: come già si accennava poco sopra, anche l'attribuzione ad un enunciato, ad opera dell'interprete, di un significato plausibile (alla luce del testo) – procedimento che anche l'A. definisce pur sempre interpretazione, magari largamente discrezionale, del diritto vigente – finisce per essere ascritta all'ambito dell'attività creativa, per via della nota distinzione crisafulliana tra *disposizione e norma*, che, almeno nell'ambito degli studi costituzionalistici, e della stessa attività *pratica* della Corte costituzionale, come dirò, ha quasi assunto la qualità del dogma.

⁷ La distinzione, tradizionale nel pensiero dell'A., è ad esempio già riassunta in *Contro il creazionismo giudiziario*, cit. pp. 22 ss.

⁸ *Giustizia e politica*, p.82.

Come si sa, per questa tesi la disposizione è mero veicolo, è un enunciato bisognoso di interpretazione (“enunciato relativamente muto”, afferma, come si è visto, anche il nostro A.). Il valore deontico spetta solo alla norma in quanto prodotto dell’interpretazione, e ad opera di quell’interprete privilegiato che è il giudice. La costruzione della norma viene insomma pienamente consegnata al giudice. Ma il punto mi parrebbe proprio questo: se solo la interpretazione del giudice è la norma, il processo per arrivare alla conclusione che il giudice *la crea* è breve.

Questo dogma è stato di recente ri-messo in discussione proficua da Massimo Luciani, in vari scritti, ma soprattutto nella voce *Interpretazione conforme a Costituzione* dell’*Enciclopedia del diritto* (Annali IX, 2016) e ha dato luogo a un vivace dibattito, condensato particolarmente nel libro di Franco Modugno e Andrea Longo, *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia* (Napoli 2021).

Mi permetto di riprendere i dati essenziali della posizione di Luciani, più o meno come egli stesso li riassume:

- se la disposizione fosse solo un enunciato bisognoso d’interpretazione, si dovrebbe spiegare perché non valga lo stesso per l’enunciato interpretante nel quale si risolve la pronuncia giurisdizionale. In quanto enunciati, anche le sentenze sono necessario oggetto d’interpretazione.
- Poiché una simile spiegazione non è possibile, la distinzione di cui parliamo conduce a negare la possibilità stessa di una enunciazione della norma, che sarebbe sempre rinviata all’infinito (giacché ogni prodotto interpretativo avrebbe a sua volta bisogno di essere interpretato).
- Il *regressus* (o *progressus*) *ad infinitum* non sarebbe evitabile con il richiamo al diritto vivente (che porrebbe fine alla rincorsa) non foss’altro perché non sempre un diritto vivente si matura (o resta immutato) e, comunque, non è dato intendere cosa ne sia delle norme prima della sua maturazione.
- Plurimi dati di diritto positivo escludono che il giudice possa considerarsi creatore della norma, dati dei quali il principale è la soggezione del giudice alla legge *ex art. 101 Cost.* Si noti: questa soggezione sarebbe mera auto-obbligazione (incompatibile con la logica e con la storia dello stato di diritto) se la norma fosse creazione del giudice (perché anche il significato del 101, secondo comma, deriverebbe dal giudice).
- Se la norma fosse creata dal giudice, non si capirebbe cosa mai sia (e quale efficacia ordinante dei comportamenti umani possa mai avere) la disposizione, prima del suo intervento.

Tutte tali premesse portano a dire che l'enunciato normativo è in realtà enunciazione di un enunciato già in partenza ricco di determinazioni di senso. Esso non deve attendere la propria immersione nella dialettica giudiziaria per acquisirle. Qui, osservo io, si manifesta il radicarsi della posizione di Luciani (come mi pare accada anche per Ferrajoli) entro la *teoria cognitiva* della interpretazione, epperò con tratti più radicali: il discorso legislativo ha un significato proprio e principale, indipendente dalle attività interpretative degli utenti. Insomma, è possibile un'attribuzione preliminare di significato a un enunciato prescrittivo prima che sia interrogato da un caso concreto e prima che sia iniziata l'attività d'interpretazione giudiziaria. La vita della norma è possibile prima del suo confronto col caso.

Infine: poiché la norma non è creazione del giudice, essa deve preesistere al suo intervento, con la conseguenza che le proposizioni normative vanno considerate oggetto di atti cognitivi, non semplici pretesti per atti di volontà giudiziaria.

Sono punti che mostrano la radicalità della critica, che va oltre, mi pare, la distinzione tra creazionismo in senso forte o in senso debole.

Secondo Luciani, la costruzione basata sulla distinzione disposizione-norma è fallace. La norma – in quanto la si consideri entità di creazione giurisprudenziale (quand'anche la si configuri, per *maquillage* istituzionale conforme alla tradizione dello Stato di diritto, frutto di interpretazione e non di creazione), e in quanto sia solo parte del “dipolo” (disposizione-norma) – non solo non avrebbe fondamento positivo, ma nemmeno statuto deontico, perché polverizzata in un gioco di rimandi linguistici, come l'immagine posta tra due specchi che si moltiplica all'infinito senza mai giungere a un riflesso finale⁹.

Se si accetta la critica di Luciani, bisogna porsi il problema dei suoi possibili approdi pratici. Alla luce del titolo del presente scritto (riduzione dell'arbitrio giudiziario) non saprei dire se essa finisca irragionevolmente per negare ogni spazio reale all'interpretazione giudiziaria (e immagino che questa potrebbe essere una delle risposte di Luigi Ferrajoli): di certo, almeno, la limita, la restringe, la invita all'aderenza al significato *testuale e contestuale* che la previsione normativa già esprime *prima* dell'intervento del giudice, e al più rigoroso rispetto dei canoni interpretativi.

⁹ Così A. Longo, efficacemente, descrive la posizione di Luciani, in *Disposizione e norma. Realtà e razionalità di una storica tassonomia*, p. 4.

Se personalmente mi è accaduto di guardare con interesse alle teorie originaliste e testualiste nord-americane dell'interpretazione, credo sia proprio perché queste (forse con semplificazioni ingenue, almeno ai nostri occhi europei) provano a recuperare nella stessa pratica giudiziaria il significato della realtà normativa delle previsioni approvate dal costituente o dal legislatore, alla ricerca del loro significato preesistente alle manipolazioni interpretative dei giudici.

Non è affatto secondario, in queste ricostruzioni, il ruolo dei *destinatari* delle previsioni normative, che non sono solo i giudici o gli interpreti cd. qualificati (la dottrina), ma sono i comuni soggetti di diritto, ingiustamente trascurati dalle più diffuse teorie dell'interpretazione¹⁰. Nelle versioni più elaborate (e meno ingenue) dell'originalismo, infatti, il significato delle previsioni normative è quello che risultava evidente alle orecchie dei consociati, al momento in cui quelle previsioni venivano adottate.

Non vorrei creare connessioni improprie, ma queste visioni, a loro volta all'apparenza semplificatrici, in realtà richiamano alcune sofisticate letture di Natalino Irti¹¹, il quale sottolinea il rilievo della comunicazione intersoggettiva tra normatore e suoi destinatari, retta dal principio dell'affidamento semantico, nonché, in ogni caso, governata da un tenore letterale che non può essere aggirato ed eluso.

Non mi nascondo affatto che, se guardo ad esempio alla mia esperienza di giudice costituzionale, posso peraltro confermare quel che è del resto ben noto, e cioè che la relativizzazione critica della distinzione di cui ora ragioniamo avrebbe conseguenze sistematiche ampie, sulle quali riflettere.

La Corte costituzionale, si ripete abitualmente, pronuncia su disposizioni ma giudica su norme. Accomunabile alla tesi kelseniana sotto il profilo del riconoscimento della possibile plurivocità degli enunciati legislativi, la distinzione disposizione-norma è da decenni la premessa dell'intero arsenale di tecniche decisorie forgiato dalla Corte costituzionale per andare al di là della secca alternativa tra rigetto e accoglimento.

Come è pure noto, le sentenze interpretative, e anche quelle manipolative, hanno soprattutto l'obiettivo di non determinare, tramite pronunce di incostituzionalità radicali, l'annullamento integrale della previsione normativa. E ciò non solo per un principio di conservazione degli atti

¹⁰ La sentenza della Corte costituzionale n. 9 del 2021, più sopra citata, però, e assai significativamente, li ricorda: «La garanzia soggettiva che la determinatezza della legge penale mira ad assicurare sarebbe, in effetti, anch'essa svuotata, laddove al giudice penale fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura».

¹¹ Cfr. almeno N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna 2020, p. 101.

legislativi, ma anche per evitare il rischio che si aprano vuoti di tutela rispetto a principi costituzionali. Si tratta insomma di impedire che sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale "secca" di una disposizione finiscano per provocare, paradossalmente, ulteriori (e diversi da quello eliminato) vizi di costituzionalità.

Ora, e appunto, una soluzione coerente con una revisione critica della distinzione disposizione-norma potrebbe essere un (certo, oggi poco plausibile, alla luce della grande "creatività" che la nostra Corte esibisce) conseguente ritirarsi della Corte rispetto alle sentenze interpretative (e fors'anche a quelle manipolative)¹², e un certo "ritorno" alle sentenze di accoglimento "secche": del resto, si può sostenere che se una disposizione, tra i suoi plausibili significati, ne esprime anche uno solo in contrasto con la Costituzione, non merita di continuare a vivere e va colpita nella sua interezza da illegittimità costituzionale¹³.

Mi rendo conto della dimensione del problema e delle conseguenze della tesi che illustro. Dimensione e conseguenze pratiche, ma anche teoriche e istituzionali, forse dirompenti, ma (attenzione) non tutte negative.

Si ponga infatti mente: in primo luogo, il nostro è un ordinamento a diritto scritto, nel quale è centrale il valore della certezza del diritto. Tale valore può risultar leso da una Corte che, senza mutare le disposizioni, innovi solo (o tenda prevalentemente a innovare) sul piano delle loro interpretazioni¹⁴. In secondo luogo, una Corte che, anziché interpretare (e manipolare) le disposizioni sottoposte al suo esame, intervenisse solo (o prevalentemente, o di regola) sulle disposizioni, tornando a fungere da "legislatore negativo" fedele alle origini kelseniane, non darebbe forse la possibilità al legislatore (auspicabilmente: al Parlamento) di riprendere gli spazi

¹² Ma non è detto, perché si potrebbe sostenere che le sentenze cd. manipolative integrano il *testo* della disposizione, sulla base di rime "obbligate" costituzionalmente o di rime "adeguate" o comunque già desumibili dal sistema legislativo (non è qui possibile approfondire la ben nota questione). Esse non sarebbero, cioè, il frutto di interpretazione, ma di attività "legislativa" o, meglio, paralegislativa della Corte. Questo è però un ragionamento praticabile alla sola condizione di dar per risolto un altro ben noto problema, quello della eventuale appartenenza di queste sentenze alla categoria delle vere e proprie fonti del diritto. E, soprattutto, è un ragionamento accettabile al prezzo di rimuovere ogni ostacolo derivante dal principio della separazione dei poteri...

¹³ Tesi ovviamente estrema, ma un tempo condivisa da qualche autore: cfr. ad esempio, quelli citati da G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, II edizione, Bologna 1988, p. 282 nota 64.

¹⁴ Per questo, ad esempio, F. Pierandrei, *Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, X, Milano 1962, p. 966, riteneva che la Corte dovesse operare sempre (e solo) sui testi legislativi (sulle disposizioni). È oltremodo significativo, sul piano culturale e di principio, come, invece, l'ultima edizione del manuale di giustizia costituzionale di G. Zagrebelsky – V. Marcenò (*Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, II ediz, Bologna 2018, pp. 173 ss.) sottolinei la necessità di un definitivo spostamento di prospettiva, nel senso che quella costituzionale deve essere non già una giurisdizione "di repressione" (che dichiara seccamente incostituzionali i testi di legge), ma di interpretazione...

politico-discrezionali che gli spettano (e che sono oggi occupati dalla produzione normativa “alternativa” di giudici comuni e Corte costituzionale)?

La stessa serietà del “vuoto” creato dalla sentenza di accoglimento non suonerebbe sprone all’attività legislativa, invogliando, o talora costringendo, la rappresentanza politica ad abbandonare (quando realmente vi siano) inerzie inaccettabili?

È forse illusorio pensarlo, ma porre almeno il problema, anche alla luce del ritorno a un maggiore rispetto del principio della separazione dei poteri, non è a mio avviso insensato.

4. La comprensione equitativa dei fatti giudicati e l’indipendenza del giudice da sé stesso

Ulteriore profilo degno di nota dell’approccio di Ferrajoli, e che suscita domande, è quello della *cd. comprensione equitativa dei fatti giudicati*.

Secondo Ferrajoli, tale profilo fa parte a pieno titolo della dimensione cognitiva dell’interpretazione e del giudizio, ed anzi, specificamente, dell’interpretazione giudiziaria.

Egli scrive che tale comprensione equitativa è una fonte essenziale della legittimazione della giurisdizione, e ne illustra i caratteri secondo una prospettiva peculiare: non si tratta né di un’integrazione straordinaria della legalità, né di una deroga o di una correzione dell’errore della legge (come pensava Aristotele), neppure di un mezzo di completamento, e nemmeno dell’adattamento della legge generale e astratta alla singolarità dei fatti, o alla peculiarità del caso.

Consiste semplicemente nella comprensione e nella valutazione delle circostanze singolari e irripetibili che fanno di ciascun caso, di ciascuna vicenda sottoposta a un giudizio, un caso e una vicenda irriducibilmente diversi da qualunque altro, pur se l’uno e l’altra sussumibili – per esempio il furto di un diamante e quello di una mela – nella medesima fattispecie legale¹⁵.

Nessun insieme di circostanze normative, come le regole in tema di attenuanti e aggravanti, è per Ferrajoli sufficiente a sostituire la dimensione equitativa del giudizio, legata all’infinità dei connotati di ciascun fatto, ognuno dei quali impone al giudice di valutarne la singolarità e la complessità alla luce del contesto e dei valori costituzionali.

¹⁵ *Giustizia e politica*, p. 106.

Confesso di non essere sicuro di riuscire a distinguere questa valutazione da un giudizio orientato in base ad una pre-comprensione del caso (comprensione che precede, intendo, la stessa sussunzione in fattispecie legale), alla luce dei valori e della sensibilità dell'interprete-giudice.

Se fosse così, cioè se questa distinzione non potesse farsi, avrei sommesse perplessità, e cerco ora di spiegarle.

Direi, in via principio, che la necessità di un uguale trattamento dei consociati e il valore della certezza del diritto non sempre si coniugano con il riconoscimento di un potere valutativo del giudice, basato sulle specifiche circostanze del caso concreto.

Ben vero che il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) impone che situazioni diverse siano trattate in modo diverso: ma ciò non significa affatto dissolvere il principio dell'eguale soggezione di tutti alla regola generale, perché non tutte le specificità di questa o quella situazione, così come non tutte le caratteristiche di un singolo individuo, sono meritevoli di un trattamento *ad hoc*.

Mi è capitato di sostenere che se, in nome del libero convincimento del giudice, tale possibilità venisse sempre e comunque affermata, finirebbero per esser minate in radice uguaglianza di trattamento dei consociati e unità dell'ordine giuridico. L'ordine giuridico si convertirebbe in un dis-ordine, costituito da una miriade di situazioni tutte l'una diversa dall'altra, ciascuna necessariamente bisognosa di una specifica soluzione, la quale sarebbe data non dalla legge in generale, ma dal giudice caso per caso, dovendosi perciò mettere in conto varietà e imprevedibilità degli esiti giudiziari in casi del tutto analoghi¹⁶.

Non sono sicuro che sia questa una critica calzante alla tesi di Ferrajoli, ma il principio che ricordo mi parrebbe utile premessa, da tenere in considerazione.

L'A., a ben vedere, pone un ulteriore problema. Scrive Ferrajoli che i giudici non sono affatto gli esseri inanimati di cui parlò Montesquieu. È un richiamo alla famosa frase secondo cui «... *les juges de la nation ne sont ...que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*». Per Ferrajoli, la loro imparzialità, che richiede la loro indifferenza spassionata nella ricerca della verità processuale, non solo non esclude ma

¹⁶ N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, VI ediz., Bologna 2024, p. 136, in critica alla opposta tesi di G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale I. Storia, principi, interpretazioni*, II ediz., Bologna 2018, p. 185, secondo i quali «i tutti (ai quali normalmente si rivolge la legge), nell'epoca della personalizzazione del diritto, quando l'uguaglianza assume il valore della differenziazione di ciò che è diverso, non esistono più, dovendo essere sostituiti con "i tanti", indefinitamente diversi, fino al punto che ciascuno di essi, nei casi della vita in cui si trova inserito, merita, per ragioni costituzionali, un trattamento *ad hoc*».

comporta la loro capacità di simpatetica comprensione delle umane e sempre singolari vicende che sono chiamati a giudicare¹⁷.

Io non ho mai esercitato, come invece Ferrajoli, le funzioni di giudice “vero”, sui casi che *direttamente* chiamano in causa comportamenti umani e *direttamente* determinano destini di persone (se si eccettua la partecipazione a qualche giudizio della sezione disciplinare del CSM, in cui, peraltro, l'*enjeu* era tutt'altro che secondario, professionalmente e umanamente). Posso però dire che alcune volte la pressione delle peculiarità del caso sottostante l'ho sentita anche nella decisione di questioni di legittimità costituzionale.

Ma a mio avviso, il punto rilevante delle parole di Montesquieu, come scrive ancora Natalino Irti¹⁸, è che «il giudizio, convertendo le ‘parole della legge’ in ‘parole della sentenza’, decide la controversia, in modo ‘inanimato’, cioè oggettivo e impersonale».

Mi figuro che si possa dire così: l'“inanimatezza” non è assenza di umanità, è piuttosto il risultato della necessità di far tacere l'eccedenza valoriale di cui il giudice è personalmente portatore, per aderire all'enunciato interpretando. Far tacere questa eccedenza è questione seria. Mi permetto di osservare che non considerare il possibile peso fuorviante di essa, in nome dell'umanità o di una generica *con-passione*, significa trascurare il *proprium* tragico dell'attività del giudicare.

In termini più semplici, forse, non si tratta che dell'indipendenza del giudice da sé stesso, di cui molte volte si parla. Essa dovrebbe comportare la capacità del giudice di liberarsi dalla “precomprensione” (culturale, ideologica, etica) del caso, che rischia di orientarne decisivamente, o quantomeno di condizionarne, la soluzione.

Credo sia un'attitudine corretta, in termini di deontologia professionale, in quanto ispira decisioni il più possibile obiettive, impersonali e altresì prevedibili, aderenti al testo delle previsioni normative da applicare, all'esito di un ricorso sorvegliato ai tradizionali canoni ermeneutici.

Nella mia esperienza di giudice costituzionale, non è stato sempre semplice mettere da parte convinzioni profonde e sensibilità peculiari, per dare ascolto a quel che pareva a essere l'oggettivo significato delle previsioni costituzionali. Per un giudice costituzionale, tuttavia, questo è un dovere essenziale, perché sulla Costituzione ha giurato, ma non credo accada diversamente per i giudici comuni.

¹⁷ *Giustizia e politica*, p. 56.

¹⁸ N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. VII,

Per non parlare delle mie modeste vicende, mi riferisco ad una testimonianza di Antonin Scalia, figura eminente di giudice della Corte suprema americana. Egli ad esempio riteneva che, dal punto di vista della Costituzione, bruciare la bandiera USA fosse un comportamento protetto dal primo emendamento (che tutela il *free speech*), anche se, da solido conservatore quale era, non approvava affatto quel gesto: sapeva insomma distinguere le sue opinioni “private” dal suo ruolo istituzionale. O, meglio ancora, sapeva distinguere tra ciò che la Costituzione dice e ciò che a noi piace – e che non è per ciò solo, necessariamente, protetto dalla Costituzione (così come, all’inverso, ciò che non ci piace non è perciò solo incostituzionale...)¹⁹.

Credo faccia anzi parte dell’etica di un buon giudice giungere a soluzioni che non gli sono gradite, e che tuttavia risultano imposte dalle disposizioni da applicare e dall’uso delle corrette tecniche interpretative. In questo risiede forse uno degli aspetti più difficili del compito del giudice, doloroso ma costitutivo della dimensione del giudicare: dover dare applicazione a regole sulle quali non si è “internamente” d’accordo²⁰.

Guardo invece con sommessima preoccupazione all’inversa tendenza, oggi molto diffusa, a risolvere questa apparente contraddizione, “piegando” il diritto alle proprie convinzioni, facendo dire a Costituzione e leggi quel che esse in realtà non dicono davvero (solitamente, attraverso il ricorso a interpretazioni pretesamente conformi a qualche norma superiore).

Sono certo che non sia affatto questo il senso delle considerazioni di Ferrajoli, non foss’altro perché sarebbe un risultato del tutto contraddittorio rispetto alle premesse essenziali della sua impostazione teorica. Ma mi sembrava utile, anche in questo caso, sollevare il problema.

¹⁹ Sul punto, ad esempio, cfr. A. Scalia, *Scalia speaks. Reflections on Law, Faith and Life Well Lived*, New York, 2017, p. 153.

²⁰ Ho provato ad argomentare *funditus* questa posizione in N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto. Una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2015.