

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

ALBERTO GARGANI

VERSO UNA 'DEMOCRAZIA GIUDIZIARIA'?
I POTERI NORMATIVI DEL GIUDICE
TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ E DIRITTO EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'indebolimento del principio democratico-rappresentativo nel nuovo pluralismo istituzionale. – 3. Riserva di legge e potere normativo del giudice. – 4. Dalla sussunzione del fatto alla selezione della fonte. – 5. Il giudice interno nell'ordinamento multilivello. – 6. Diritto penale giurisprudenziale e 'soggezione alla legge'. – 7. *Hic sunt leones*: la legalità processuale e penitenziaria. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nell'affrontare i profili dell'attuale crisi della riserva di legge si dovrebbe tenere conto della perenne *relatività* che ha caratterizzato il predetto principio sul piano fenomenologico, evitando, altresì, di considerare il diritto penale una sorta di 'monade' isolata, avulsa dai processi di trasformazione della legalità che attraversano il sistema giuridico nel suo complesso. Avuto riguardo al primo aspetto, non appare, in effetti, proficuo indulgere in nostalgiche mitizzazioni, rievocative di una presunta 'Arcadia' o 'age d'or' della legalità penale, idealizzando quello che appare, invero, un percorso di affermazione particolarmente tormentato, nel quale, sul piano dell'essere, lo spazio dell'illegalità supera da sempre lo spazio della legalità. Dal secondo punto di vista, "l'idea che il diritto penale possa essere impermeabile e immune rispetto ai fenomeni di grave crisi istituzionale della legalità, senza condividere le sorti dell'intera realtà ordinamentale, rimanendo fedele ai propri principi, non può essere realisticamente coltivata"¹. Se è indubbio che la legalità in ambito penale assuma uno statuto assiologico *sui generis* e una spiccata specificità garantistica, in termini di esclusività monopolistica della legge, uno sguardo retrospettivo consente di cogliere agevolmente i nessi di dipendenza della legalità penale rispetto ai mutamenti strutturali del sistema giuridico e agli sviluppi storici degli attributi dello Stato di diritto. In questo senso, quale categoria storica del diritto penale, il principio

¹ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini*, XXXVI, 2007, 1281.

di stretta legalità – oltre che delle cangianti dinamiche socio-economiche – risente inevitabilmente delle criticità politico-istituzionali e dei modelli di diritto che si intrecciano a livello di ordinamento nazionale, europeo, e internazionale.

Globalizzazione giuridica, condizionamento del diritto europeo, influenza dei mercati, sono solo alcuni dei fattori alla base della “fuga dallo Stato” e della crisi del monopolio statale di produzione normativa che caratterizza l’evoluzione del diritto contemporaneo. Due sono i paradigmi della modernità, tra loro interconnessi, dai quali il diritto sembra prendere congedo: il modello hobbesiano che coniuga la *ratio essendi* del diritto al principio di *sovranità* (e in base al quale solo chi emana la *lex* può disporre l’abrogazione), da un lato, e il paradigma weberiano, che associa a *rationes* economiche le istanze di semplificazione dei regimi giuridici, di prevedibilità del diritto e di calcolabilità dell’azione politica, dall’altro².

Con il declino dello Stato liberale monoclasse, l’avvento delle costituzioni democratiche e la conseguente introduzione del sindacato di legittimità costituzionale, viene meno la tradizione legicentrica. Ad essere messa in discussione è la razionalità intrinseca alla legge, che non è più data in quest’ultima, ma deve essere scoperta, sindacata, valutata, corretta, attraverso la giurisprudenza costituzionale, chiamata a costruire un nuovo diritto che non ha matrice politica³. Lo Stato di diritto assume funzionalità e contenuti giurisdizionali, che limitano il principio politico: oggi nuovi poteri, ulteriori produttori di norme, sovranazionali e subnazionali, al di sopra e accanto allo Stato, ne espropriano progressivamente il potere legislativo, dando luogo alla dimensione *plurale* degli ordinamenti giuridici; dal canto suo, il processo di armonizzazione europea accentua l’arretramento della sovranità, mettendo in discussione l’adeguatezza strutturale delle istituzioni statuali tradizionali a fronteggiare le esigenze sociali e le emergenze economiche transnazionali.

Passando al secondo aspetto, all’idea del diritto calcolabile quale macchina legislativa dotata di forma razionale, posta all’apice dell’assetto gerarchico dell’ordinamento, in funzione ordinante e coordinante, è subentrata la presa d’atto del particolarismo giuridico, della coesistenza di più fonti, che proliferano intrecciandosi. La parabola discendente del diritto legislativo di formazione politica si riflette nella perdita – da parte dei sistemi nazionali delle fonti – del tradizionale ordine gerarchico, nella stratificazione di regole e nella sovrappo-

² V. M. FIORAVANTI, *Fine o metamorfosi?*, in AA.VV., *Fine del diritto?*, a cura di P. Rossi, Bologna, 2009, 55 ss.

³ V. M. FIORAVANTI, *op. loc. ult. cit.*

sizione di istituzioni, sovente rispondenti a modelli di difficile adattamento⁴. Il nuovo annodarsi di particolarismo e di universalismo, il rinato pluralismo degli ordinamenti giuridici, sono stati accostati ad alcuni aspetti del “Medioevo del diritto”⁵: la conseguente flessione della certezza preventiva tipica della legge richiede, infatti, una più ampia e intensa funzione creativa degli organi di garanzia e degli operatori giuridici, chiamati a stabilire raccordi, a risolvere contraddizioni, a dare coerenza, a cercare principi primi e regole generali⁶. In un simile contesto, il giudice non si limita più, in effetti, ad applicare il diritto, ma è chiamato a decidere quale diritto applicare, contribuendo alla costruzione della *regula iuris*. Nel nuovo ordine giuridico – osserva S. Cassese – si apre la strada alla scelta del diritto da parte di chi vi è soggetto e la stessa soggezione al diritto assume un significato diverso⁷. Creatività ed elasticità del sistema sono il riflesso del declino irreversibile dell’idea di autosufficienza e di onnipotenza decisionale della legge: da massima espressione della sovranità parlamentare, quest’ultima tende a trasformarsi nell’espressione di una mera discrezionalità, da valutare sotto il profilo della ragionevolezza⁸. Di fronte all’impossibilità di distinguere tra *diritto* e *legge* e al pluralismo delle fonti di produzione del diritto, il legislatore – come scrive G. Zagrebelsky – deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come “parti” del diritto, non come “tutto il diritto”, e i giudici divengono garanti della complessità strutturale del diritto nello stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia, in quanto “il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti”⁹.

Nella sua tradizionale identità ‘autarchica’ e nazionale, il diritto penale è quello che risente in modo maggiormente critico della globalizzazione giuridica e della europeizzazione degli ordinamenti¹⁰. Il crescente trasferimento di deci-

⁴ V. S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in AA.VV., *Fine del diritto?*, cit., 32.

⁵ V. M. DONINI, *Un nuovo medio evo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in AA.VV., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, a cura di L. Foffani, Milano, 2006, 78.

⁶ S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit., 34.

⁷ S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit., 30.

⁸ A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 2008, 887.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 213.

¹⁰ Cfr. F. SGUBBI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, in AA.VV., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D. FONDAROLI, Padova, 2008, 3 ss.; sui rapporti tra riserva di legge e diritto europeo, v. i recenti studi di C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010 e A. BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell’Unione Europea e Costituzione*, Napoli, 2011.

sioni verso l'alto e verso il basso restringe la sfera di sovranità statale: da questo punto di vista, la crisi della forma legislativa della produzione di norme investe il diritto penale quale bene protetto nelle sue coordinate nazionali e impermeabile a influenze o incursioni dall'esterno¹¹. All'indebolimento del nazionalismo penale a seguito delle pressioni delle fonti internazionali ed europee si aggiunge l'accentuarsi del fenomeno di etero-integrazione della fattispecie incriminatrice ad opera di fonti sub-legislative, che da sempre pregiudica l'assolutezza della riserva¹².

Al fine di evidenziare meglio lo scenario innovativo che fa da sfondo alla destrutturazione della legalità penale è opportuno impostare l'indagine alla luce del duplice profilo di garanzia che il canone della riserva di legge è chiamato tradizionalmente a presidiare: la *democraticità*, in termini di monopolio del legislatore sulle scelte di criminalizzazione, da un lato, e il significato di limite all'arbitrio del legislatore e del giudice, in funzione di tutela della *libertà*, dall'altro.

2. *L'indebolimento del principio democratico-rappresentativo nel nuovo pluralismo istituzionale*

Se il passaggio dalla dimensione di *omogeneità* dello Stato liberale monoclasse alla dimensione di *conflittualità* propria dello Stato democratico ha posto le premesse per il graduale sovvertimento della teoria classica della rappresentanza¹³, oggi l'effettività del canone della riserva di legge è messa a dura prova dall'inarrestabile decadenza politico-istituzionale del principio democratico-rappresentativo e dal mutamento del sistema delle fonti, sotto il profilo della netta recessione del diritto legislativo di formazione politica¹⁴. Sul piano della distribuzione del potere politico, uno sguardo alla più recente produzione legislativa consente, in effetti, di verificare agevolmente come le poche leggi approvate dal Parlamento siano quasi tutte legate – direttamente o indirettamente – a provvedimenti di fonte governativa. Il legislatore parlamentare opera *per relationem* rispetto all'attività normativa del Governo oppure ratifica scelte

¹¹ V. M.R. FERRARESE, *Crisi della normatività: vecchi e nuove prospettive del diritto penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di M. DONINI e G. INSOLERA, Bologna, 2005, 115 ss.

¹² V. M. DONINI, *Un nuovo medio evo penale?*, cit., 71 ss.

¹³ Cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, cit., 862 ss.

¹⁴ Per ulteriori approfondimenti, v. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, cit., 1247 ss.

adottate in ambito europeo. Nel primo caso, l'istituzione parlamentare, quale sede principale della rappresentanza politica, deve subire il ruolo egemonico del Governo, in conseguenza dello spostamento del baricentro normativo del sistema all'apparato amministrativo, dovuta alla preponderanza delle esigenze tecnocratiche e alla tendenza della razionalità giuridica a ridursi a mera razionalità tecnica¹⁵.

La ricerca di forme di disciplina e di tutela in grado di fronteggiare in modo rapido ed efficiente la complessità tecnica dei problemi e delle crisi favoriscono il moltiplicarsi delle sedi decisionali, l'emersione di nuovi strumenti di rappresentanza, sensibili alle istanze socio-economiche, ma al contempo avulsi dal circuito politico. Oltre alla ben nota difficoltà di rapporti tra principio democratico e canone maggioritario, merita un cenno il fenomeno del consolidamento di *poteri senza responsabilità* e dell'affermarsi di nuovi vettori della volontà sociale, che contribuiscono alla destabilizzazione del circuito democratico. La rappresentanza si manifesta, infatti, non solo attraverso i partiti ma "in più sedi e in più stadi attraverso i gruppi di interesse, le associazioni professionali, i movimenti collettivi, i mass media"¹⁶. Al di là della crisi del sistema partitico, sempre più frammentato e sradicato dal territorio, ciò che preme sottolineare, sotto il profilo dei processi decisionali, è che il sistema politico interno non riflette più la configurazione formale del potere delineata dalla Carta fondamentale. Assumono, infatti, crescente rilievo nuovi poteri e attori sociali, che si formano al di fuori delle strutture formali dello Stato e che influenzano in modo determinante le scelte e le strategie politiche, con il vantaggio di una sostanziale irresponsabilità. Il fenomeno dei poteri "invisibili" e senza doveri, che interferiscono sulle decisioni pubbliche si iscrive nel quadro della imponente dislocazione del potere politico-amministrativo che, dalle sedi istituzionali proprie, è 'transitato' in sedi private, rappresentate da *lobbies*, gruppi di pressione, potentati, ecc.¹⁷ Gli apparati di potere visibili, istituzionali si riducono sempre più spesso a camere passive di registrazione della volontà formatasi in sedi extra-istituzionali, che sfuggono a qualunque forma di controllo che consenta di verificarne l'esistenza, i modi e le finalità dell'azione: un fenomeno intrinsecamente ostile alla democrazia che, anziché essere ignorato dal legislatore, dovrebbe essere riconosciuto e legalizzato come negli Stati Uniti (*Lobbying disclosure act*), al fine di ricondurlo

¹⁵ V. F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005,

¹⁶ G. PASQUINO, *Corso di scienza politica*, Bologna, 1997, 153.

¹⁷ V. T. PADOVANI, *Tangentopoli o la 'soave inquisizione'*, in AA.VV., *Il delitto politico. Tra storia e cronaca politica*, Ancona, 1996, 36 ss.; 43 ss.

entro limiti e regole predefiniti e assicurare un minimo di trasparenza. Ebbene, la crescente influenza dei gruppi di pressione sulle decisioni pubbliche è il sintomo della crisi di partecipazione politica, tipica di un contesto, come quello attuale, incisivamente ricondotto alla c.d. *post-democrazia*. Deideologizzazione, pratiche neocorporative, forme di interazione privata tra governo e potentati economici, sono tra le cause della decadenza della democrazia deliberativa e del processo di *privatizzazione* della politica, le cui radici affondano proprio nella *governance* europea, ove l'impatto dei gruppi di pressione assume caratteri evidenti, con funzionalità multi-livello ormai profondamente radicate nell'arena decisionale. Oligarchie che promuovono interessi settoriali fanno da tempo parte della nostra 'normalità' istituzionale, nel quadro di quello che appare un pluralismo trasfigurato e anomico, negazione intrinseca della trasparenza e dell'uguaglianza e contraddizione del principio secondo cui l'elettore deve poter sapere come si sono comportati i propri eletti, al fine di deciderne la permanenza o meno al potere. Da questo punto di vista, il principio della riserva di legge risente della ineffettività del modello procedurale di democrazia, della dissociazione tra titolarità formale del potere politico e reali centri decisionali, posti al di fuori del controllo pubblico.

Il prodotto 'istituzionale' del distacco dal circuito politico-rappresentativo in funzione di istanze di efficienza e di tecnicismo, è rappresentato dal moltiplicarsi di autorità indipendenti, 'legislatori' tecnici esenti da responsabilità politico-elettorale, la cui legittimazione poggia su competenza, autorevolezza e neutralità e i cui penetranti poteri normativi si esprimono in varia guisa¹⁸, godendo di una forza di fatto che sfugge al primato della legge e che trova nel predominio del principio tecnocratico sul principio democratico la sua prima *ratio*.

Le istituzioni politiche non sono più in grado di garantire la democraticità che dovrebbe giustificare e fondare la riserva di legge: il deficit di rappresentatività dell'assemblea parlamentare pregiudica la corrispondenza tra contenuto delle scelte politiche e volontà popolare espressa tramite i rappresentanti elettivi della collettività, intaccando il tradizionale carattere di razionalità discorsiva che tramanda la *lex parlamentaria*, quale risultato del confronto tra maggioranza ed opposizione¹⁹. Con il venir meno della presunzione di democraticità contenutistica – la riserva non è più in grado di assicurare la bontà intrinseca e la

¹⁸ Per ulteriori approfondimenti, v. D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, 5 ss.

¹⁹ V. G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Il Foro it.*, 2011, V, 3.

qualità della legge – sul piano delle garanzie residua il profilo formale procedurale, in termini di controllo democratico sul procedimento legislativo²⁰. A ben vedere, il ‘ripiegamento’ sul momento democratico-procedurale della riserva di legge è il sintomo di un più ampio e generale processo di destabilizzazione del diritto di produzione legislativa, che vede nell’influenza della normazione di fonte europea e nella correlativa restrizione degli spazi di libertà delle scelte politiche la forma di manifestazione più evidente. In ambito penale, il monopolio legislativo sulle scelte politico-criminali appare sempre più virtuale: l’attuazione sostanzialmente governativa degli input normativi europei, la crescente concretizzazione giurisprudenziale della *regula iuris*, la produzione normativa da parte di organi interni privi di legittimazione democratica, restringono progressivamente gli spazi di manovra e la discrezionalità dell’organo parlamentare in sede legislativa. Vincoli, limiti ed obblighi di tutela penale, affermati prima in via giurisprudenziale e poi formalizzati nei Trattati, fanno sì che “i meccanismi di influenza del diritto europeo sulla materia penale siano diventati col tempo particolarmente incisivi e penetranti, fino al punto da condizionare e da vincolare in varia guisa le scelte operate dai singoli ordinamenti nazionali”²¹. Se, per ora, le fonti europee non possono incidere *in malam partem*, a causa del noto deficit di legittimazione democratica e del mancato rispetto dovuto ai principi di garanzia di natura costituzionale, appare difficile arginare la latente e crescente espropriazione delle prerogative riconosciute alle assemblee parlamentari degli Stati membri. Uno sguardo ai fenomeni di integrazione a livello di fonti del diritto tra UE e Stati membri e, in particolare, all’incidenza delle direttive sulla normazione penale interna, in base agli artt. 83/1-2 del Trattato, consente di apprezzare la particolare pregnanza e forza vincolante dei poteri di direttiva. Come è stato rilevato in dottrina, la previsione della competenza europea a stabilire il ricorso a sanzioni di natura penale rischia, peraltro, di offuscare la differenza tra materie di rilevanza europea e la disciplina sanzionatoria ricollegabile alle fattispecie rientranti in tali materie: il fatto che determinati settori siano attribuiti alla competenza comunitaria non implica, infatti, che anche il modo di disciplina relativo alle condotte illecite debba considerarsi parimenti di competenza europea, rischiandosi altrimenti di inglobare in una prospettiva unitaria due profili meritevoli di essere considerati in una prospettiva separata²².

Il profilo della riserva di legge parlamentare mostra, inoltre, segni di ulteriore

²⁰ V. F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1295.

²¹ G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, 2. ed., Torino, 2011, 93.

²² V. G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 98.

cedimento nella sfera della tutela europea dei diritti dell'uomo²³. Nella misura in cui si pretende – da parte della Corte EDU, formata da giudici di nomina governativa e quindi in sé priva di legittimazione democratica – di individuare vincoli positivi alla discrezionalità del legislatore in termini di selezione delle condotte e di determinazione delle sanzioni, vengono, infatti, introdotti obblighi sovranazionali di tutela penale che solo formalmente rispettano il vincolo di cui all'art. 25/2 Cost.²⁴. La constatazione che, in tal modo, il parlamento non è più l'unico arbitro delle scelte punitive, dovendo 'fare i conti' con il controllo e l'intervento positivo di organi giurisdizionali che fissano obblighi punitivi, non dovendo rispondere agli elettori²⁵, pone in primo piano il tema dei (contro-) limiti alle riduzioni di sovranità conseguenti dall'adesione degli Stati membri all'UE o alla CEDU e del deficit di legittimazione democratica delle fonti europee.

Nell'impossibilità di ripercorrere analiticamente i termini di quest'ultima questione²⁶, ci si limita a rilevare come l'irriducibilità dell'assetto condiviso dei poteri che caratterizza l'ordinamento europeo al tradizionale modello della divisione dei poteri abbia favorito, in dottrina, il formarsi di un pensiero *debole* in tema di legalità penale, incline a ritenere che il predetto deficit democratico non sia un ostacolo insormontabile per la configurabilità in capo all'UE di una potestà legislativa in materia penale²⁷. Nonostante il predominio dei poteri e delle istanze intergovernative, veri motori della produzione normativa europea, un approccio pragmatico-funzionalista, di carattere tendenzialmente descrittivo-riproduttivo del dato fattuale, tende a porre in secondo piano il problema del rispetto della componente democratico-partecipativa delle fonti comunitarie. Al fine di razionalizzare il divario viepiù profondo tra democrazia formale e democrazia reale e di esorcizzare il rischio di derive oligarchiche, si sottolinea il carattere pur sempre indiretto della competenza normativa europea in materia penale, assumendo il processo di trasformazione che la legalità penale subisce in ambito europeo come un dato inevitabile, di cui occorre farsi una ragione.

²³ Cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, 2011, 2249 ss.

²⁴ V. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di M. Romano*, cit., 2647 ss.

²⁵ V. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2696 ss.

²⁶ V., ad es., M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in questo *Annuario*, 2009, 267 ss.

²⁷ V., ad es., G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 152 ss.

Sotto l'effetto inebriante del "nuovo che avanza" il solo fatto di chiedersi se il sacrificio delle garanzie correlate alla componente democratico-rappresentativa sull'altare dell'art.11 Cost. possa legittimare gli innumerevoli effetti deformativi e performativi che il processo di integrazione europea comporta sullo statuto costituzionale della legalità penale, viene considerato come uno scrupolo 'vetero-illuminista'.

3. Riserva di legge e potere normativo del giudice

Il monopolio sulla normazione penale sembra ridursi alla formale ratifica un diritto penale di marca intergovernativa, come quello europeo, 'veicolato' in chiave egemonica dalla CGUE ed applicato da giudici nazionali, prescindendo dal controllo di legittimità della Corte costituzionale²⁸.

La crescente importanza del potere normativo giurisprudenziale è una delle prospettive dischiuse dall'allontanamento del diritto penale dal monopolio produttivo del parlamento. Le peculiari dinamiche del diritto europeo hanno impresso alla legalità una curvatura funzionale all'interventismo giudiziario, sul presupposto che sul giudice ricada l'onere di rimediare all'inerzia o all'inadeguatezza del legislatore. Ricorrente, infatti, è l'idea che il diritto penale costituzionale non possa essere più esclusivamente legale e che la legalità vada ricostruita *in primis* attraverso l'intervento della giurisprudenza, la cui mediazione occorrerebbe ormai accettare come un dato acquisito ed ineluttabile.

Alla luce della crescente importanza degli organi di giustizia e dell'incremento del potere interpretativo del giudice nella individuazione della *regula iuris*²⁹, la garanzia della legalità, sotto il profilo della democraticità e della libertà, ha spostato molto del suo peso dal momento genetico della legge a quello applicativo³⁰. Ai processi di trasformazione della sovranità e di revisione della tradizione legicentrica si tenta, infatti, di ovviare restringendo il principio della legalità al suo contenuto minimo, realisticamente giustiziabile, ovvero al corollario della tassatività o sufficiente determinatezza delle norme³¹. Le spiccate libertà e di-

²⁸ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2011, 393 ss.

²⁹ V. M.P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2006, 49.

³⁰ Così F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1328.

³¹ V. G. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale*, cit., 418.

screzionalità di cui gode la giurisprudenza in sede interpretativa³² riflettono, dunque, la notevole estensione del diritto giudiziario in ambito normativo, che, come è stato osservato, costituisce un tratto tipico della mentalità giuridica americana³³. Emblematica della libera discrezionalità normativa di cui gode oggi il giudice interno è, ad es., la gestione giurisprudenziale del diritto intertemporale. Ad assumere rilievo sono le ipotesi di cd. abolizione giudiziale, ossia i casi in cui il giudice collega effetti abolitivi all'evoluzione delle discipline richiamate dall'incriminazione (cd. modifiche mediate) o che su di essa convergano (ampliamento diacronico di scriminanti, scusanti, etc.)³⁴. L'assenza di regole *ad hoc*, e la mancanza di un intervento diretto del legislatore, rendono il giudice l'autentico *dominus* del fenomeno: la predetta "delega in bianco" pone la necessità di individuare un criterio di valutazione atto a restituire un ragionevole tasso di stabilità e certezza ad un ambito attualmente posto sotto l'esclusivo e pressoché incontrollato dominio giurisprudenziale³⁵.

L'ampliamento del potere normativo giudiziale costituisce il riflesso di istanze metagiuridiche, *lato sensu* politico-culturali e di trasformazioni politico-istituzionali. Dal primo punto di vista, assumono rilievo la delegittimazione della politica, la valorizzazione di criteri di legalità sostanziale e la riscoperta del diritto naturale, favorita anche dall'implementazione del diritto internazionale penale, con una latente e silente integrazione del diritto positivo, a fronte di una realtà sociale percepita come bisognosa di un'interpretazione giudiziale immediata e diretta, che trascende l'interposizione di fonti formali³⁶. Il prezzo che si paga in termini di certezza e di prevedibilità sarebbe compensato dall'equilibrio della norma giudiziale e dalla sua maggiore aderenza al dato empirico. Liquidità, discorsività, dialogicità, apertura, divengono le parole d'ordine di un approccio metodologico etero-diretto rispetto al fulcro garantistico della legalità penale; la perdita di certezza a livello di legalità formale si apprezza nella progressiva svalutazione della tipicità e dei criteri logico-strutturali e nel contestuale *favor* manifestato nei confronti di parametri valutativi preterlegali, dotati di elasticità, con conseguente deficit di preventivabilità dei giudizi.

³² V. F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Milano, 2000, I, 63 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1280.

³³ V. M.R. FERRARESE, *Crisi della normatività*, cit., 115 ss.

³⁴ V. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 287 ss.

³⁵ Cfr. V. VALENTINI, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ V. F. GIUNTA, v. *Riserva di legge*, in AA.VV., *Diritto penale*, a cura di F. Giunta, Milano, 2008, 40 ss.

Sul piano delle trasformazioni sistemiche, è necessario soffermarsi sull'evoluzione del ruolo del giudice, a seguito della progressiva modificazione del sistema delle fonti. E' noto che il sistema delle fonti tenda ad assumere carattere policentrico e reticolare, secondo un *continuum* di vasi comunicanti, in attesa di essere governati e coordinati. Un quadro articolato e complesso, sul quale esercita un'influenza determinante il diritto europeo, plasmando quello che viene abitualmente qualificato come ordinamento multilivello³⁷. Come è stato rilevato in dottrina, la vera novità del tempo presente è rappresentata dalla "nascita di una vera 'rete normativa' complessa, legislativa e giudiziaria, nazionale, comunitaria e internazionale", "un intreccio reticolare di fonti di produzione delle norme e un pluralismo orizzontale e verticale di quelle medesime fonti e dei rispettivi universi culturali"³⁸. All'assetto informale delle fonti giuridiche che fa da sfondo alla globalizzazione giuridica non si sottrae nemmeno il diritto penale: la creazione di regole alternative alla legge, l'intrecciarsi di fonti-diritto, fonti-fatto e fonti-istituzioni nella *law in action*, fanno sì che diritto non sia più solo norma, ma anche decisione e istituzione, a conferma del successo dell'istituzione giudiziaria nella globalizzazione³⁹. In un simile contesto, la crescente affermazione di un diritto penale giudiziario, la flessione della oggettività del significato delle norme e dell'automatismo normativo, imprime alla sfera giuridica una postura di tipo giudiziario⁴⁰, destinata a porsi in contrasto con il principio della riserva di legge e, in particolare, con la finalità di garanzia teleologicamente riferita al potere normativo giudiziale⁴¹.

4. Dalla sussunzione del fatto alla selezione della fonte

Per comprendere le linee di sviluppo dei poteri normativi del giudice è necessario, in primo luogo, sintetizzarne l'evoluzione. Procedendo per ordine e per inevitabili schematizzazioni, il modello precostituzionale, è caratterizzato – oltre che dal predominio del momento politico della formazione del diritto

³⁷ Cfr. M. DONINI, *Lo 'ius commune' di un sistema policentrico*, in *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 141 ss.; sulla rivoluzione 'post moderna' del diritto penale, v. A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 536 ss.

³⁸ M. DONINI, *Un nuovo medioevo*, cit., 77.

³⁹ V. M. DONINI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰ V. M.R. FERRARESE, *Crisi della normatività*, cit., 116.

⁴¹ V. T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9 ed., Milano, 2008, 23.

– dall’idea del giudice, che – in virtù delle proprie capacità tecnico-giuridiche – applica meccanicamente norme legislative, intrinsecamente depositarie di razionalità e di giustizia.

Nel ciclo della produzione giuridica, che prende le mosse dalla fase politicamente qualificata delle scelte di valore e si sviluppa di seguito meccanicamente, “attraverso un ‘apparato di trasmissione’ che assume carattere servente e natura essenzialmente dichiarativa”, il potere giurisdizionale si configura come un potere pressoché “nullo” e “invisibile”⁴². Lo statuto organizzatorio si conforma a tale paradigma: la magistratura è un ramo della pubblica amministrazione, “con giudici-funzionari ed un’organizzazione interna di tipo gerarchico, per gradi”, “una carriera fatta attraverso concorsi, con i quali selezionare i soggetti tecnicamente più bravi, la presenza di scarse garanzie di autonomia e di indipendenza, sia sotto il profilo della indipendenza esterna che di quella interna”⁴³.

L’entrata in vigore della Costituzione, ossia di una fonte rigida, organizzata per principi, fa sì che, sul piano della formazione del diritto, diventi determinante l’operato dei giudici chiamati ad assicurarne il rispetto insieme alla Corte Costituzionale⁴⁴. L’attività interpretativa assume una maggiore pregnanza e complessità, con esiti creativi dischiusi dal declino dell’idea di certezza e dalla valorizzazione dell’obbiettivo di tutela: come osserva L. Paladin, con la Costituzione “svanisce l’idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo” e “subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema ‘in movimento’ soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell’ordinamento, ma dall’intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e delle leggi”⁴⁵. Con l’ingresso del costituzionalismo, la soggezione alla legge non è, dunque, più soggezione assoluta ma soggezione condizionata alla verifica della sua legittimità, con l’apertura alla via della interpretazione adeguatrice della legge alla Costituzione e dell’applicazione diretta della Carta fondamentale⁴⁶. A risentirne gli effetti è la presunzione di intangibilità dei contenuti della legge,

⁴² T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 529.

⁴³ R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all’evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell’ordinamento giudiziario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁴⁴ V. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice*, cit.

⁴⁵ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 110.

⁴⁶ A. PIZZORUSSO, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Quest. giust.*, 2003, 351.

correlata tradizionalmente alla sua onnipotenza⁴⁷. In ambito penale, simili sviluppi si risolvono nella regressione della dimensione meramente descrittiva della fattispecie incriminatrice, con l'apertura a profili assiologici che condizionano il giudizio di tipicità⁴⁸, sradicandolo dalla avalutatività in cui lo aveva ristretto la prospettiva giuspositivistica.

Lo stadio evolutivo successivo registra l'ulteriore potenziamento del ruolo ermeneutico del giudice interno. L'affermarsi del sistema delle fonti del diritto europeo, la prevalenza delle norme comunitarie, la necessità di un'interpretazione europeisticamente conforme, la legittimazione del giudice nazionale a disapplicare il diritto di produzione nazionale in contrasto con norme comunitarie⁴⁹, comportano, infatti, la notevole amplificazione dei poteri normativi dell'organo giudicante⁵⁰. Chiamato istituzionalmente ad implementare il diritto europeo vivente – secondo la connotazione dinamica sottesa all'idea del consolidamento pretorio del sistema giuridico sovranazionale – il giudice interno giunge alla decisione attraverso il delicato esame valutativo dei rapporti interordinamentali, con la possibilità di addivenire ad un esito – quello della disapplicazione della legge dello Stato ritenuta in contrasto con una norma europea – che si pone radicalmente agli antipodi della visione del giudice quale mero applicatore della legge e alla cui stregua un simile risultato sarebbe apparso un vero e proprio attentato alla sovranità statale.

5. Il giudice interno nell'ordinamento multilivello

Nell'assetto pluralistico e complesso che caratterizza l'attuale sistema delle fonti si moltiplicano, dunque, i problemi legati ai rapporti tra ordinamenti giuridici⁵¹. Il crescente ruolo di arbitro di conflitti tra regimi giuridici, fa sì che il giudice interno concorra alla determinazione ed alla produzione del diritto⁵². Recenti indagini sottolineano la centralità del potere giudiziario nell'adempimento

⁴⁷ V. F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1294.

⁴⁸ V. F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione* in *Giust. pen.*, 2011, 267 ss.

⁴⁹ *Amplius*, v. il fondamentale studio di C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Milano, 2007, 227 ss.; 259 ss.

⁵⁰ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Principio democratico*, cit., 345 ss.; 352.

⁵¹ Sul dialogo tra corti nazionali e sovranazionali, v. A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2010, 3 ss.

⁵² V. S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit., 31.

mento degli obblighi sovranazionali e il ruolo di ‘giudice europeo’ ormai assunto dal giudice nazionale, alla luce dell’innovativa e peculiare posizione rivestita nel crocevia dei rapporti interordinamentali⁵³.

Prendendo le mosse dal diritto UE⁵⁴, è noto come la funzionalità del sistema giuridico europeo sia, in effetti, quasi interamente affidata al binomio giudice comune-Corte di giustizia. In quanto garante dell’immediata applicazione delle norme di diritto UE, il giudice ordinario nazionale diviene l’interlocutore privilegiato della CGUE⁵⁵. In un processo di integrazione tra ordinamento interno e ordinamento europeo che assume natura principalmente giurisprudenziale, il giudice interno è, infatti, il primo giudice del diritto UE⁵⁶. In riferimento alle fonti di diritto europeo dotate di effetto diretto e che godono del primato sul diritto interno, si prevede un controllo di conformità delle leggi interne di carattere diffuso, di competenza del giudice ordinario, che, interloquendo direttamente con la CGUE, disapplica, se necessario, la norma interna in contrasto con la norma comunitaria, senza che sia necessario passare attraverso il vaglio di legittimità della C. Cost. o l’interposizione di ulteriori atti normativi interni. Avuto, invece, riguardo al diritto UE non dotato di effetto diretto, va dato atto della difficoltà di raccordo tra gli orientamenti della CGUE in merito al potere di disapplicazione e la correlativa posizione della C. cost. Se, da un lato, con una recente sentenza (n.28/2010), la C. Cost., ha dichiarato incostituzionale una norma di legge in contrasto con una direttiva UE non dotata di efficacia diretta, dall’altro, secondo la CGUE, il giudice interno potrebbe e dovrebbe disapplicare anche norme interne in contrasto con direttive non *self executing*, purchè espressive di principi generali⁵⁷. Come è stato osservato in dottrina, ai fini del riparto delle competenze tra UE e stati membri sembra, dunque, non assumere più rilievo il *nomen juris* dell’atto attraverso il quale si estrinseca il potere normativo europeo, rilevando solo il carattere sostanziale delle norme prodotte, la loro attitudine ad essere richiamate direttamente davanti ai giudici

⁵³ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 393 ss.

⁵⁴ Per ulteriori approfondimenti, *ex multis*, v. A. BERNARDI, *All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 37 ss.; ID., *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*

⁵⁵ Cfr. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 396.

⁵⁶ V. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, in F. VIGANÒ, O. MAZZA, *Europa e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, Speciali 2011, 16; sull’opera di incanalamento giurisprudenziale del diritto europeo nel nostro ordinamento, v. F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 657 ss.

⁵⁷ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 413.

nazionali⁵⁸. Il potere di disapplicazione della norma interna in contrasto con fonte europea priva di effetti diretti (e la conseguente al deroga al sindacato accentratore di legittimità costituzionale) si fonderebbe sull'art.11 Cost. e, cioè, sulla limitazione di sovranità derivanti dalla partecipazione Italia all'UE. In tal modo nello svolgimento delle proprie funzioni, il giudice interno è chiamato ad adempiere ad obblighi tra loro asimmetrici e in parte inconciliabili: egli è in effetti, tenuto, da un lato, al rispetto delle prerogative degli altri organi costituzionali, dall'altro, a garantire l'effetto utile del diritto UE, oltrepassando i confini della propria attività ermeneutica e, se necessario, una volta disapplicata la norma interna, ricavando da altre disposizioni nazionali un significato compatibile con gli obiettivi del diritto UE, con un'evidente usurpazione di competenze spettanti al legislatore⁵⁹.

Passando alle fonti sovranazionali prive di effetto diretto e di primazia (CEDU e generalità delle norme internazionali), è necessario fare riferimento alle sentt. C. cost. n. 348 e 349/2007 (cd. sentenze gemelle), secondo le quali l'eventuale contrasto tra norma interna e obbligo internazionale, non eliminabile dal giudice ordinario attraverso l'interpretazione adeguatrice, dovrà essere valutato dalla C. cost., con eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme interne contrastanti⁶⁰. In tal modo, la disciplina della CEDU e la giurisprudenza della Corte EDU divengono parametro interposto di legittimità costituzionale, per il tramite dell'art.117 Cost.⁶¹: La portata dell'esclusione del potere di disapplicazione – da parte del giudice ordinario – della norma interna in contrasto con CEDU, deve, peraltro, essere riconsiderata e ridimensionata alla luce della cd. europeizzazione dei diritti dell'uomo e, cioè, dell'incorporazione nel diritto UE della Carta di Nizza sui diritti fondamentali (art. 6/1 Trattato di Lisbona). A prescindere dal valore assunto da tale testo normativo nel quadro delle fonti UE, ai fini della presente indagine preme sottolineare come la C. cost., con sent. 80/2011, abbia affermato l'innovativo principio secondo il quale il giudice ordinario può applicare direttamente la Carta sui diritti fondamentali, e disapplicare la norma interna contrastante – sia pur limitatamente alle materie di competenza dell'UE e previo eventuale coinvolgimento della CGUE – senza necessità di passare attraverso il controllo di legittimità accen-

⁵⁸ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 414.

⁵⁹ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 415.

⁶⁰ V. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, cit., 16 ss.

⁶¹ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i 'nuovi' vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *Studi in onore di M. Romano*, cit., 2422

trato della C. cost.⁶². In tal modo, l'ambito del controllo di legittimità di carattere diffuso e del correlativo potere di disapplicazione, si estende ulteriormente, tenuto altresì conto dell'ineffettività del criterio di delimitazione rappresentato dalla materia di competenza europea, alla luce del rilievo essenziale assunto dal modo di disciplina in ambito penale. Come è stato osservato di recente, la disapplicazione diretta presuppone che le due norme in contrasto si pongano ad uno stesso grado di astrazione, il che avviene di rado: nella maggior parte dei casi occorre un'opera di concretizzazione contenutistica che richiede grandi margini di apprezzamento e che solo organi aventi consolidazione storica e competenza istituzionale come parlamento o Corte costituzionale possono percorrere legittimamente⁶³. Quella di rimettere al giudice ordinario la predetta opera di concretizzazione della norma convenzionale rappresenta una scelta di rilievo costituzionale, indotta dalle fonti europee, che solleva il problema della *legittimazione* del giudice in ordine a tale compito⁶⁴.

Nell'insieme, l'impatto del diritto UE (anche quale 'tramite' normativo della CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU) sulla discrezionalità ermeneutica del giudice nazionale è tale da allargarne decisamente i margini di manovra. Attraverso interpretazione conforme e disapplicazione si allenta progressivamente il vincolo di soggezione alla legge interna e si conferiscono al giudice interno poteri ben più ampi di quelli ricavabili dalla Carta fondamentale⁶⁵, che esorbitano dalla tradizione giuridica dei sistemi di *civil law*. L'intermediazione interpretativa del giudice al fine di garantire l'effetto utile del diritto UE pone, in definitiva, la necessità di verificare quand'è che l'operato del giudice rimanga all'interno dell'ambito interpretativo-applicativo, senza sfociare in un'attività nomo-poietica⁶⁶. Nell'attribuzione a disposizioni nazionali di un significato comunitariamente compatibile con il diritto UE è, in effetti, un insito un potere creativo, difficilmente riducibile al piano delle mere interpretazioni evolutive. Come è stato osservato, l'interpretazione conforme – quale anello di congiunzione per eccellenza tra diritto UE e ordinamento interno – dà luogo all'applicazione di una disciplina di sintesi, in cui la disposizione applicata è nazionale, ma il suo contenuto è determinato alla luce del diritto UE⁶⁷. Una simile ibridazione normativa dà la misura dell'aumento davvero considerevole dei poteri decisori

⁶² Cfr. F. VIGANÒ, *Fonti europee e ordinamento italiano*, cit., 20.

⁶³ Così F. PALAZZO, *Europa e diritto penale*, cit., 660.

⁶⁴ V. F. PALAZZO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁵ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 441.

⁶⁶ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 402.

⁶⁷ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 406.

di ogni singolo giudice dell'ordinamento interno⁶⁸ e della correlativa riduzione degli spazi di valutazione della C. Cost.⁶⁹, il cui ruolo funzionale – sia pur al livello più complesso di integrazione tra diritto UE e diritto interno – sembra essere oggetto di progressiva espropriazione da parte dalla CGUE.

Non vi è dubbio, peraltro, che sia proprio la legalità convenzionale in tema di diritti umani quella che comporta i fattori innovativi più dirompenti sul piano della tenuta della riserva di legge in rapporto al potere normativo giudiziario⁷⁰. Se il superamento dello schema sillogistico, l'approccio antiformalistico, la fusione di orizzonti tra *common law* e *civil law*, sono alcuni dei profili maggiormente innovativi che, secondo la dottrina, caratterizzano il diritto EDU, è senz'altro l'equiparazione funzionale tra *legge* e *giurisprudenza* quella che – da un punto di vista non solo culturale – è destinata a mettere in discussione i contenuti tradizionalmente attribuiti alla riserva di legge⁷¹. Nel valorizzare i contenuti basilari e storici della legalità – accessibilità e prevedibilità del comando legale in funzione dell'esigenza di certezza e delle istanze del principio di colpevolezza – il diritto EDU prescinde – è vero – dall'archetipo dell'esclusività monopolistica, ma estende al contempo al diritto giurisprudenziale le predette garanzie meta-storiche della legalità⁷². Il tradizionale riferimento dell'irretroattività all'operato del solo organo parlamentare, pone, infatti, la necessità di estendere la predetta garanzia anche alle ipotesi di mutamento interpretativo (cd *overruling*), alla luce del pregnante condizionamento esercitato dall'interpretazione europeisticamente conforme. In un sistema – come quello italiano – che non riconosce carattere vincolante al precedente e in cui ricorrono mutamenti d'indirizzo giurisprudenziale e applicazioni imprevedibili, l'esigenza della prevedibilità sociale è destinata, invece, almeno per ora, a rimanere largamente sottovalutata⁷³. Le ricadute interpretative che le istanze di tutela dei diritti umani sono in grado di produrre in capo al giudice ordinario non implicano solo l'impossibilità di un contemperamento tra obbligo di interpretazione conforme a CEDU e l'obbligo di rispettare i limiti imposti alla ermeneutica giudiziale dalla Costituzione (art.25/2)⁷⁴, bensì

⁶⁸ V. A. GIARDA, *Norme derivanti da fonte 'europea': applicabilità diretta o semplici referenti di rilevanza costituzionale?*, in *Il corriere del merito*, 2011, 778.

⁶⁹ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2428.

⁷⁰ In tema di legalità convenzionale, v. A. ESPOSITO, *Il diritto penale 'flessibile'. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, 301 ss.

⁷¹ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2431 ss.; 2442 ss.

⁷² V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2443.

⁷³ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2644 ss.

⁷⁴ V. V. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, cit., 2460.

rendono possibili forme di tutela multilivello e reticolare dall'indubbia portata normativa, che vedono nel giudice nazionale il protagonista positivo, il primo costruttore del diritto EDU.

6. *Diritto penale giurisprudenziale e 'soggezione alla legge'*

In quello che viene ormai definito *europismo giudiziario*, il giudice codefinisce, dunque il contenuto del diritto⁷⁵. Il primato del diritto UE e EDU ha, infatti, trasformato l'attività ermeneutica e decisionale del giudice, dal quale non ci si limita più pretendere l'esplicitazione della volontà racchiusa nell'atto normativo. Lo stesso assetto costituzionale della magistratura presenta nuove criticità, sia per quel che concerne la dimensione organizzativo-istituzionale del potere giudiziario, sia per quel che concerne la conformazione costituzionale del rapporto tra autorità e libertà⁷⁶. Ad essere posto in discussione dal poterdovere del giudice comune di disapplicare la legge in contrasto con fonti europee, secondo un modello di controllo diffuso in deroga all'art. 134 c.p., è soprattutto il principio di soggezione alla legge. Come è noto, la legittimazione della deviazione dall'art. 101/2 Cost. viene ricercata in varie direzioni⁷⁷: dalla tesi della riconducibilità della non applicazione (sul presupposto del carattere 'patologico' della disapplicazione) al fisiologico percorso ermeneutico al richiamo alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost. (salvo il limite dei principi supremi dell'ordinamento) passando attraverso l'impostazione che – prendendo spunto dal processo di integrazione europea e dalla configurazione pluralistica del sistema delle fonti – tende a comprendere nell'art.101 Cost. tutto il diritto oggettivo, compreso il diritto UE, che concorrerebbe in tal modo alla qualificazione del principio di legalità⁷⁸. Nella misura in cui incorpora i due livelli di legalità – interno ed europeo – che si intrecciano nella dinamica ermeneutico-applicativa, quest'ultima reinterpretazione della soggezione costituzionale del

⁷⁵ V. M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europismo giudiziario*, in questo *Annuario*, 2010, 165 ss.; 171 ss. dello stesso autore, v. altresì, *L'europismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, *passim*.

⁷⁶ Cfr. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 396; 402.

⁷⁷ Per una sintesi delle varie impostazioni, v. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 396 ss.

⁷⁸ Cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al 'diritto'. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, 127.

giudice alla legge risulta funzionale alla legittimazione degli sviluppi fattuali. In posizione maggiormente critica si pongono gli orientamenti che, sulla base di una lettura unitaria dei due commi dell'art.101 Cost., circoscrivono la soggezione del giudice alla sola legge in senso formale, quale fonte espressiva della sovranità popolare, esercitata per il tramite di organi rappresentativi⁷⁹. Infine, chi non riduce l'art.101/2 Cost. a mera garanzia di indipendenza del giudice da interferenze esterne, ne valorizza il significato di limite all'autorità e di garanzia – a favore dei destinatari dell'azione giudiziaria – del rispetto della certezza del diritto⁸⁰.

Nei fatti, soggezione del giudice alla legge significa oggi *soggezione al diritto*: il venir meno della legalità parlamentare quale limite invalicabile della giurisdizione, il passaggio dall'effetto indiretto di produzione normativa tipica del modello precostituzionale alla scelta giudiziaria della fonte e alla co-formazione della *regula iuris*, pongono, di riflesso, la necessità di verificare la fonte di legittimazione dell'attività normativa del giudice. Come è stato rilevato, “le erosioni che registra oggi il principio di soggezione di cui all'art.101, comma 2, Cost. si ripercuotono inevitabilmente, anche se non sempre consapevolmente, sull'istanza di legittimazione del giudice professionale, favorendo forme di investitura politica della magistratura”⁸¹.

In quanto posta al di fuori di un rapporto di rappresentanza – diretta o indiretta – del corpo elettorale, l'attività di produzione del diritto da parte del giudice trova in effetti alcuni limiti, rappresentati dalla lettera della legge, dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate e dalla “processualità” dell'agire del giudice⁸², che impone al medesimo doveri di imparzialità, di tutela del contraddittorio, nonché la necessaria motivazione delle proprie decisioni⁸³. Si tratta, peraltro, di garanzie legate ad un modello di attività giudiziaria che non corrisponde più alla libertà e alla discrezionalità ermeneutica che caratterizza oggi il cd. *judicial law making*⁸⁴. Molteplici appaiono, infatti, i nodi problematici: il fondamento costituzionale dell'attività svolta dal giudice interno

⁷⁹ V., ad es., A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1982, 54 s.

⁸⁰ V. L. CHIEFFI, *La magistratura. Origini del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998, 23.

⁸¹ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale*, cit., 4.

⁸² V. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori*, Milano, 1984, 126.

⁸³ V. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice*, cit.

⁸⁴ Sul costante ampliamento del potere del giudice, v. B. RÜTHERS, *La soggezione del giudice alla legge: un principio ancora attuale?*, in questo *Annuario*, 2007, 121 ss.

nella veste di giudice europeo, il complesso rapporto tra soggezione alla legge ed interpretazione autoritaria del diritto UE da parte della CGUE, come tale veicolante e vincolante il giudice interno, il delicato rapporto tra libera sfera interpretativa del giudice interno e il primato del diritto UE⁸⁵.

Ai poteri penetranti ed estesi di cui dispone il giudice nel rinnovato assetto delle fonti normative, ai nuovi e complessi ruoli sistemici assunti in prospettiva dell'integrazione europea del diritto, corrisponde, inoltre, una struttura istituzionale ed organizzativa ancora legata al passato (forme di reclutamento, forme di responsabilità, valutazione attitudinale, ecc.). Da questo punto di vista, come osservato da G.Zagrebel'sky, colpisce "la distanza che separa la straordinaria profondità e creatività della funzione giudiziaria odierna e l'organizzazione ad essa preposta, originariamente pensata per un corpo di pubblici dipendenti il cui carattere maggiormente apprezzato era l'apatia sociale e l'abitudine di nascondere le proprie decisioni dietro un burocratico '*ita lex*'"⁸⁶.

Se la professionalità, la formazione tecnica del giudice deve considerarsi una condizione della legittimazione 'democratica' dell'attività giurisdizionale⁸⁷, essa deve sussistere "a livello diffuso", dal momento che, a differenza di quanto avviene per i difensori o per altri professionisti, il cittadino non ha la possibilità di scegliersi il giudice competente ed ha quindi il diritto che lo stato lo assicuri della professionalità del giudice, quale che sia il magistrato che andrà a giudicarlo⁸⁸. In quanto essenzialmente basate sulla verifica di un'astratta preparazione tecnica⁸⁹, le forme odierne di controllo della professionalità non appaiono adeguate al ruolo riconosciuto al giudice dall'attuale, in considerazione delle profonde trasformazioni del diritto e della connessione necessaria tra ruolo assegnato al giudice dall'ordinamento e disciplina dell'organizzazione giudiziaria.

Nella prassi, la strenua difesa 'nazionalistica' di istituti e prerogative connaturati alla nostra tradizione giudiziaria (si pensi solo all'obbligatorietà dell'azione penale), si coniuga all'assunzione di poteri normativi assimilabili a quelli di cui dispongono i giudici di *common law* e ai quali però non corrispondono – e questo è emblematico dell'anomalia italiana – "il sistema di garanzie e di legitti-

⁸⁵ V. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea*, cit., 400.

⁸⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 206.

⁸⁷ V. A. PIZZORUSSO, *Principio democratico*, cit., 345 ss.; A. PROTO PISANI, *Controriforma dell'ordinamento giudiziario: ultimo atto?*, in *Foro it.*, 2004, 109 ss.

⁸⁸ Così R. ROMBOLI, *La professione del magistrato tra legislazione attuale e possibili riforme*, in *I magistrati e la sfida della professionalità*, Milano, 2003, 9 ss.

⁸⁹ V. R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice*, cit.

mazioni democratiche tipiche degli ordinamenti angloamericani”⁹⁰.

Particolarismo istituzionale ed europeismo giudiziario si fondono in una sintesi tutta italiana di formalismo e pragmatismo, di corporativismo e di mimetismo. La peculiarità che il processo di polarizzazione del diritto sulla produzione giudiziale assume nell’esperienza italiana è data dal fatto di manifestarsi in un contesto giuridico-istituzionale non ‘abituato’ al protagonismo della giurisdizione e impreparato a fronteggiare il crescente ruolo concorrenziale rispetto al legislatore. Le garanzie sono teleologicamente orientate a salvaguardare l’indipendenza e l’autonomia dell’ordine giudiziario soprattutto in riferimento al potere esecutivo, ma non fanno presa sull’inedita libertà ermeneutica assunta dal giudice. Si tratta, infatti, di garanzie concepite in rapporto ad un giudice-burocrate, omogeneo alle scelte politiche espresse dal legislatore, e dotato, dunque, di una investitura democratica – per così dire – indiretta e implicita.

Venuta definitivamente meno la rassicurante idea del momento interpretativo-applicativo quale cinghia di trasmissione della volontà racchiusa nell’atto legislativo, il reale peso del formante giurisprudenziale andrebbe valutato tenendo conto anche del peculiare modello di garantismo che viene germinando a livello europeo. Si allude, in particolare, all’alterità genetica intercorrente tra i modelli giuridico-penali di stampo continentale e i tratti evolutivi del diritto europeo e, più in generale, del diritto penale post-moderno⁹¹. Alla fisionomia reo-centrica e individuale della garanzia sottesa agli ordinamenti penali degli Stati membri si contrappone, infatti, la vocazione vittimo-centrica del diritto europeo, in quanto polarizzata su esigenze di prevenzione e di anticipazione della tutela, nel quadro di un garantismo-collettivo che tende a marginalizzare la considerazione del reo. In un contesto normativo complesso come quello europeo che registra l’uso di criteri di giudizio fluidi, di una legalità ‘debole’ in rapporto alle cause di giustificazione e al diritto processuale, di un diritto penale della sicurezza che torce le funzioni della pena, orientandole al soddisfacimento di istanze di difesa sociale⁹², il problema della legittimazione del giudice assume un rilievo cruciale, chiamando in causa la preparazione e la professionalità quali condizioni per legittimazione ‘democratica’ dell’attività giurisdizionale.

Alla luce della attuale difficoltà di definire gli spazi rimessi alla decisione politica e quelli affidati all’autorità giudiziaria e del cangiante rapporto tra fonte

⁹⁰ F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice*, cit., 269; sul ruolo dei giudici nel diritto di *common law*, in rapporto al principio di legalità, v. A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in Aa.Vv., *Principio di legalità e diritto penale*, cit., 1181 ss.

⁹¹ V. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 33 ss.

⁹² V. VALENTINI, *op. loc. ult. cit.*

politica e fonte giudiziaria, non può non sollevare perplessità l'idea di legittimare il 'reale' richiamandosi pedissequamente alle limitazioni di sovranità di cui all'art.11 Cost., quale clausola di giustificazione automatica ed acritica delle molteplici deroghe allo statuto costituzionale della legalità penale. Le asimmetrie tra quadro formale e realtà sostanziale della funzione giurisdizionale, gli squilibri tra politica e giurisdizione, sono tali da rendere necessaria la compensazione del difetto di rappresentatività democratica del giudice-funziario con un maggior controllo sui percorsi argomentativi che conducono alla decisione, con la ridefinizione dei termini della soggezione al diritto e dei vincoli e limiti atti a far sì che la decisione possa essere quanto più 'obbiettivizzata', così da farne un autentico 'atto di giustizia' e non l'espressione di un arbitrio.

Come è stato osservato in dottrina, la garanzia della legalità non si cristallizza necessariamente ed esclusivamente nel principio della esclusività del monopolio parlamentare⁹³. Essa segue l'evoluzione del diritto, posizionando i presidi della libertà dei consociati laddove risultano effettivamente allocati i poteri normativi e vengono adottate e attuate le scelte politico-criminali. Da questo punto di vista, l'attuale crisi della riserva di legge riflette il declino della forma prototipica di partecipazione sociale alle scelte punitive che risente del soverchiante effetto congiunto della produzione normativa di matrice intergovernativa, da un lato, e della accresciuta libertà ermeneutica del giudice, dall'altro. Affrontare la questione del deficit di legittimazione democratica sotteso ai produttori post-moderni di norme penali sulla base di una ontologica corrispondenza tra materia penale e determinate tipologie di fonti del diritto significherebbe irrigidire i contenuti e la funzionalità del principio di stretta legalità entro gli schemi della tradizione giuridica interna, senza cogliere la necessità e l'urgenza di orientare teleologicamente le garanzie ai nuovi scenari politico-istituzionali di matrice sovranazionale e ai nuovi rischi sottesi al conseguente aumento di potere del sottosistema giudiziario. Come osservato da F. Palazzo, la prepotente realtà dei fatti pone la necessità di mettere mano al futuro e di recuperare i valori sostanziali e profondi della legalità⁹⁴. In caso contrario, l'irrigidimento fideistico sul carattere assoluto della riserva è destinato ad assecondare gli imprevedibili sviluppi di un approccio 'giustizialista', aperto alla forza normativa del fattuale.

Se il principio della divisione dei poteri non trova più corrispondenza nel modello di condivisione dei poteri emergente a livello di integrazione europea, si tratta, allora, di "porsi alla ricerca di nuovi equilibri tra la garanzia della ri-

⁹³ V. F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1321 ss.

⁹⁴ V. F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1281.

serva di legge e la necessità di conferire il dovuto spazio ai progressi compiuti nel più ampio contesto europeo⁹⁵. Se la ‘tenuta’ complessiva dei rapporti tra ordinamento interno e diritto UE è affidato al circuito delle corti e se i giudici sono abilitati a scegliere la fonte e a codefinire la *regula iuris*, è inevitabile riconsiderarne la legittimazione. Se, nella configurazione tradizionale, la riserva di legge mira a garantire la qualità contenutistica della formulazione della fattispecie incriminatrice, oggi – in rapporto all’accresciuto potere normativo assunto dalla giurisprudenza e al rischio di decisioni arbitrarie – si pone la necessità di predisporre regole e criteri in grado di assicurare la maggiore prevedibilità del giudizio. Da questo punto di vista, la “soggezione del giudice alla giurisprudenza” rappresenterebbe la prima condizione necessaria per garantire l’omogeneità e l’uniformità degli indirizzi ermeneutici ed assicurare una maggiore stabilizzazione e certezza del sistema.

La supplenza giudiziaria, l’erosione di prerogative parlamentari, pone, inoltre, sotto una nuova luce la questione dell’*indipendenza* del giudice. Tradizionalmente considerato sul piano dei rapporti con il potere esecutivo, tale profilo pare dover essere oggi valutato anche in relazione al grado di rappresentatività democratica del diritto penale giurisprudenziale. Si muovono in questa direzione i tentativi di ridurre la distanza tra la volontà del corpo sociale e le politiche criminali giudiziarie, mediante il ricorso a rimedi e correttivi – estensione applicativa dell’istituto della giuria popolare, elezione del pubblico ministero, ecc. – atti ad incrementare le forme di partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia e, di riflesso, alla cd. *law in action*. Pur non essendo certamente questa la sede per valutare la congruità e la praticabilità di simili soluzioni, non si può fare a meno di osservare che la discussione circa i criteri di riconduzione dei giudici nel circuito della legittimazione democratica conferma il valore metastorico della garanzia sottesa alla riserva⁹⁶.

7. *Hic sunt leones*: la legalità processuale e penitenziaria

Se il ciclo della produzione giuridica si è stabilmente insediato anche e soprattutto all’interno dei meccanismi giurisdizionali e se il processo costituisce

⁹⁵ G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 100.

⁹⁶ V. F. PALAZZO, *Politica e giustizia penale: verso una stagione di grandi riforme?*, in *Dir. pen. proc.* 2010, 526; D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale*, cit., 134.

l'unica forma di rilevanza del diritto penale quale fenomeno giuridico, diviene, allora, necessario un breve cenno alle dimensioni processuali della legalità penale⁹⁷. Da questo punto di vista – come è stato osservato – in ambito processuale il principio della legalità non funge soltanto da regola fondamentale di giudizio per la pronuncia della sentenza, bensì dovrebbe valere ancor prima quale parametro e fondamento vincolante rispetto alle fasi che precedono il momento decisorio: dall'acquisizione della notizia di reato allo svolgimento delle indagini preliminari, dall'imputazione al dibattimento⁹⁸. L'analisi delle dinamiche dei meccanismi processuali consentono, in questo senso, di verificare la precarietà della collocazione della legalità nel processo penale e soprattutto la “crasi vistosa” tra “legalità offerta” e “legalità raggiunta”⁹⁹. In un sistema che insegue, anche a livello normativo, l'idea della custodia cautelare come anticipazione della pena, il provvedimento applicativo della misura cautelare assume i caratteri di un'ipoteca sulla decisione finale, in cui i “gravi indizi” di colpevolezza e le esigenze specialpreventive fungono da presupposti di una sentenza parziale di condanna, che poggia su una soglia probatoria opaca e generica, inspiegabilmente sotto-determinata rispetto allo standard richiesto in fase decisoria. Se gli eccessi e gli abusi nel ricorso alla carcerazione preventiva sono la conseguenza di un approccio intuitivo-irrazionale al problema della colpevolezza in sede cautelare, la tendenza a far coincidere la definizione dell'illecito con i rispettivi coefficienti probatori e l'emersione di reati a ‘formazione giudiziaria’, sono i tristi figuranti della legalità sostanziale in ambito processuale.

Il ‘territorio’ penitenziario è, peraltro, quello in cui il principio di legalità trova maggiore difficoltà di penetrazione (basti pensare alla resistenza opposta – anche dalla C. cost. – all'applicazione del principio di irretroattività alla disciplina delle misure alternative alla detenzione e dei benefici penitenziari). Se la rieducazione sociale può essere ormai considerato un evento miracolistico, i livelli inumani di sovraffollamento carcerario sono lo specchio dell'ineffettività dei controlli giurisdizionali di legalità, a conferma che l'esecuzione delle sanzioni detentive è tuttora rimessa alla discrezionalità e all'arbitrio dell'amministrazione penitenziaria.

⁹⁷ Sul punto, v. E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 432 ss.

⁹⁸ V. T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità processuale*, cit., 531 ss.

⁹⁹ Così T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità processuale*, cit., 534 ss.

8. Considerazioni conclusive

Ci si chiede se, allo stato attuale, esista un'alternativa garantistica e legittimamente del diritto penale compatibile con la Costituzione. La risposta non può che essere negativa, giacchè quello previsto dalla Carta fondamentale è un ordinamento democratico, che presuppone organi in grado di valutare dialetticamente le esigenze punitive della comunità, assicurando certezza in funzione della libertà. Preso atto del fatto che in ambito europeo non si riesce a dare vita a forme di garanzia equivalenti a quelle sottese alla riserva di legge¹⁰⁰, non si può fare a meno di modulare e presidiare le istanze della legalità penale che sopravvivono alla crisi della legge parlamentare, secondo i nuovi scenari politico-istituzionali, salvaguardandone il significato di garanzia che è – e sarà sempre – quello di garantire la libertà delle persone coinvolte nell'applicazione di una norma penale. Se l'espressione e la realizzazione di tale garanzia assumono, dunque, forme e contenuti storicamente condizionati, non si può escludere, peraltro, che sia proprio il confronto – a livello di integrazione europea – tra le esperienze degli ordinamenti continentali a propiziare la sperimentazione e il successivo consolidamento di nuovi strumenti di controllo della legalità. Considerare *a priori* il diritto europeo una minaccia la nostra tradizione legicentrica, si rivela limitativo e controproducente (se non un comodo *alibi* per rimanere inerti di fronte alle distorsioni del sistema): alla luce della 'precaria' collocazione della legalità nel nostro ordinamento processuale e penitenziario (abusi ed eccessi nel ricorso alla carcerazione preventiva, sovraffollamento carcerario, ecc.), non potremmo che trarre giovamento dalla vocazione europea alla difesa dello stato di diritto e dei diritti dell'uomo, dall'universalità dell'idea della dignità e della libertà di tutti gli esseri umani. Soltanto un severo ed energico intervento europeo che, metta il nostro Stato di fronte alle proprie responsabilità, sanzionando lo stato in cui versa la nostra giustizia penale e imponendo il rispetto di standard minimi di civiltà giuridica, sembra poter invertire la tendenza all'implosione della legalità.

Come è stato osservato fa Todorov, tra le lezioni dell'illuminismo vi è l'idea dell'integrazione delle differenze in un'unità di tipo superiore: da questo punto di vista, più che in una caratteristica condivisa da tutti, l'identità dell'Europa può essere apprezzata nella sua pluralità interna. Il vantaggio offerto da quest'ultima è di rendere vigili di fronte ad ogni sorta di affermazione e di reputazione: dalla mancanza d'identità deriva, infatti, la presenza di quello "spirito critico vigilante, che non si ferma davanti ad alcun tabù, che ha l'ardire di esaminare

¹⁰⁰ Sul tema, v. C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., XI.

con imparzialità tutte le tradizioni, basandosi su ciò che gli uomini condividono, vale a dire la ragione”¹⁰¹. A livello di integrazione europea, non si tratta, dunque, di isolare una data qualità, di imporre un dato modello ‘nazionale’ di legalità, ma piuttosto di giungere ad un livello di garanzia che includa e consideri le istanze di sistemi diversi, valorizzandone la tradizione giuridico-culturale e traendo profitto dalle differenze. Tra le eredità più preziose dell’illuminismo vi è la ricerca di equilibrio tra unità e pluralità¹⁰²: la difesa della legalità avverso l’arbitrio dell’autorità non può che avvenire in una dimensione europea ed universale, nella consapevolezza che il perenne stato di crisi nel quale il principio della legalità penale è destinato ad operare non può esimerci dal presidiarlo con vivo spirito illuminista.

¹⁰¹ T. TODOROV, *Lo spirito dell’illuminismo*, Milano, 2007, 113.

¹⁰² In riferimento alla necessità di “pensare il molteplice”, v. G.A. DE FRANCESCO, *Internalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 9 e s., secondo il quale il principio di legalità da ‘principio’ della formazione è destinato “sempre più ad incarnare il ruolo e la vocazione di un ‘programma’ e di una strategia di composizione delle diverse sfere di intervento implicate nella vicenda punitiva”.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012