

Capitolo primo

Cenni sulla crisi delle fonti e delle forme della normatività

1. Premessa

La giuridicità è da tempo al centro di radicali mutamenti che hanno progressivamente sgretolato le forme tradizionalmente intese (almeno da tre secoli a questa parte): è il frutto dell'evoluzione a cui la post-modernità sta sottoponendo le categorie del mondo e di cui il diritto, in quanto strumento sociale, non può che risentire. Dell'evoluzione della società e delle forme di potere deve tenere conto e alle esigenze da essa sollevate è costretto, prima o poi, a rispondere. Non si tratta della «fine del diritto»¹, ma ci troviamo senza dubbio al tramonto di una certa forma di giuridicità e un certo modo di intendere le sue funzioni.

Lo sviluppo economico e tecnologico rappresenta la principale direttrice attraverso cui individuare e ripercorrere le trasformazioni che hanno investito le moderne società, contribuendo a delinear il volto di una «società del rischio»² alla quale non si è saputo contrapporre una struttura politica e sociale in grado di farvi adeguatamente fronte.

Di tali complessi cambiamenti la scienza penale non è stata ancora del tutto investita, ma iniziano a scorgersi anche in questo campo i sintomi dello sviluppo teorico citato.

¹ È lo stimolante titolo del libro di Pietro Rossi (*Fine del diritto?*, Bologna, 2014), che raccoglie le riflessioni di alcuni dei più eminenti giuristi che si sono occupati del tema della trasformazione delle forme giuridiche.

² Fondamentale sul tema U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, (trad. it.), Roma, 2013.

Al contrario, è certamente avvertita anche dal diritto punitivo la crisi delle fonti, di cui la dottrina parla da tempo senza soluzione di continuità³. La crisi della legge,

³ Sulla crisi della legge penale, *ex multis*, F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un 'principio' fondamentale*, in *Quad. fior.*, 2007, 1279 ss.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, *ivi*, 1271 ss.; ID., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giudiziario*, in *Criminalia 2011*, 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia 2011*, 99; C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia 2011*, 125 ss. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezione tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia 2015*, 383 ss.; Tavola rotonda *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale* (ne discutono F. Fiandaneese, V. Maiello, S. Riondato, A. Vallini), in *Criminalia 2013*, 205 ss.; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-Delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1009 ss.; B. PASTORE, *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*, in B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; ID., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2016, 1, 228 ss.; A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, a cura di C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Riscato, Napoli, 2016, 7 ss.; G. DE VERO, *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, *ivi*, 93 ss.; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, *ivi*, 283 ss.; A. FIORELLA, *Pluralità di fonti e complessità del sistema penale*, *ivi*, 335 ss.; F. GROSSO, *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, *ivi*, 319 ss.; S. MOCCIA, *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, *ivi*, 341 ss.; V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological Strengthening o manipolazione autosistitutiva?*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; A. CAVALIERE, *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo*, in *Ind. pen.*, 3, 2017, 653 ss.; G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1406 ss.; C. BERNASCONI, *Crisi della legalità nel diritto penale o "Krisis" nelle diverse legalità?*, in *Riv. pen.*, 2, 2021, 105 ss.; Sulla centralità assunta dal potere giudiziario, *ex multis*, L. VIOLANTE, *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, in *Criminalia 2015*, 341 ss.; N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia 2015*, 359 ss.; C. INSOLERA, *I percorsi di un'egemonia*, in *Criminalia 2015*, 371 ss.; G. BALBI, *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in *Criminalia 2015*, 377 ss.; D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia 2016*, 161 ss.; C. BERNASCONI, *Alle radici dell'imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia 2016*, 193 ss.; D. PULITANÒ, *Tra ius facere e ius dicere*, in *Criminalia 2016*, 205 ss.; C. GUARNIERI, *Ruolo della giurisdizione e modelli di reclutamento della magistratura*, in *Criminalia 2016*, 235 ss.; L. VIOLANTE, *Verso un giudice di common law?*, in *Criminalia 2016*, 239 ss.; A. GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e "vis expansiva" del processo*, in *Criminalia 2016*, 303 ss.; C. GUARNIERI, G. INSOLERA, L. ZILLETTI, *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016; F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione e etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1249 ss.

fonte e forma giuridica per eccellenza⁴, di fondante rilevanza nel settore penalistico, si sostanzia nel progressivo affievolimento del dogma della sua centralità.

Le cause che hanno portato al declino della forma-legge hanno indubbiamente influenzato anche il modo di essere del precetto, intaccando la capacità della norma di orientare i comportamenti dei consociati.

La caduta del dogma della legalità al singolare ha investito il precetto che, polverizzato e diffuso su molteplici livelli, trova il proprio *ubi consistam* nelle intercapedini tra le fonti, negli spazi propri della c.d. interlegalità⁵ che porta allo scollamento dei due poli del binomio di forma e sostanza che univa la norma con il precetto. In questa visione, ogni ordinamento assume i caratteri dell'efficacia giuridica costante, facendo venir meno quell'asimmetria – tra sistema e ambiente – che, nella teoria luhmaniana, manteneva in equilibrio la pluralità di ordinamenti con l'unicità del giuridico⁶.

Ciò non può che avere forti ripercussioni sullo statuto precettivo delle norme, ormai condiviso, che trova spazio nella confluenza di varie e diverse “legalità”, ugualmente valide ed efficaci: convenzionale, costituzionale, europea, giurisprudenziale.

2. L'ordinamento 'multilivello' e la globalizzazione del diritto

Avviando la trattazione delle cause cui è possibile ricollegare la scaturigine della crisi della legge è necessario anzitutto fare riferimento all'irrompere sulla scena giuridica degli attori sovranazionali. In questa prospettiva, ciò che va trasformandosi è l'idea stessa di ordinamento inteso come configurazione coerente e

⁴ Sul tema della perdita di valore della forma e del suo scollamento rispetto alla funzione, con specifico riferimento alle ricadute in ambito penalistico, M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2018, 129 ss.; ID., *Fantastic Voyage, Attraverso la specialità del diritto penale*, 2^a ed., Torino, 2019, 161.

⁵ Sul tema dell'interlegalità, v. J. KLABBERS, G. PALOMBELLA (eds.), *The Challenge of Interlegality*, Cambridge, 2019; G. PALOMBELLA, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordinamenti giuridici, il diritto, il ruolo delle corti*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2018, 2, 30 ss.; A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA, *Oltre l'architettura ordinamentale: il nuovo diritto composito della "terza ondata"*, in *Questioni costituzionali*, 2020, 1, 225 ss.; A. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA (a cura di) *L'era dell'interlegalità*, Bologna, 2022; E. SCODITTI, *Legalità al plurale*, in *Quad. cost.*, 2013, 1031 ss.; ID., *Lo scenario dell'inter-legalità*, in www.questionegiustizia.it, 22 aprile 2020.

⁶ In ciò, infatti, la teorizzazione dell'interlegalità si distingue nettamente dalla teoria sistemica di Luhmann secondo la quale, stante la pluralità degli ordinamenti giuridici, vi sarebbe un'asimmetria tale per cui un ordinamento vale, al cospetto dell'altro, come ambiente. V., N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, (trad. it.), Bologna, 2001. Al contrario, nella teoria in esame la pluralità degli ordinamenti non trova sollievo nella legalità al singolare ma apre le porte al definitivo consolidarsi della legalità al plurale. Se più ordinamenti sono dunque produttivi di effetti e non rappresentano l'uno il criterio di valutazione dell'altro, il diritto sgorga dalla risultante dell'interconnessione tra questi.

sistematica di un insieme di norme i cui rapporti sono concepiti in senso gerarchico e piramidale da un unico decisore. L'interazione dell'ordinamento nazionale con lo scenario internazionale ed europeo ha comportato una frammentazione delle fonti, tra le quali è sempre più difficile individuare una rigida e precisa gerarchizzazione. Il contatto continuo con le realtà sovranazionali, a loro volta tra loro interrelate – si pensi, per tutti, al rapporto tra CEDU e UE instaurato anche attraverso il meccanismo dell'interpretazione conforme e la valenza assegnata alla Carta di Nizza – ha inoltre attivato un lento ma continuo processo osmotico tra sistemi molto diversi tra loro – e segnatamente tra i modelli di *common law* e di *civil law* – reso ancor più intenso dall'azione forte e protagonista delle Corti europee⁷.

Il tentativo dell'Unione Europea di affrancarsi dal carattere meramente economico-commerciale della Comunità Europea, facendosi portatrice di valori sociali e politici comuni, si è spesso risolto in un'espansione delle sfere di competenza della stessa, la quale ha ricevuto una decisiva accelerazione in sede di stipula del Trattato di Lisbona, da molti ritenuta un passaggio fondamentale in vista dell'auspicabile strutturazione dell'Unione secondo un modello di tipo federale⁸. Sebbene tale estensione non sia giunta fino al riconoscimento di una competenza diretta dell'Unione in materia penale, sono innegabili le ricadute sul comparto penalistico e, in particolare, sul contenuto delle fattispecie incriminatrici. Per un verso, infatti, si assiste alla sempre più frequente – e non raramente problematica – inoculazione all'interno della norma penale di elementi che trovano la loro perimetrazione semantica nella folta legislazione comunitaria⁹. Dall'altro, la distorsione applicativa dell'art. 83 TFUE che conferisce all'Unione il potere di armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri attraverso l'adozione di norme minime che dettino criteri di massima circa la definizione dei reati e delle sanzioni relative a sfere di criminalità particolarmente grave. Il contenuto di tali atti, lungi dal mantenersi generico, si rivela spesso puntuale dando vita a veri e propri obblighi di incriminazione «con precisione e specificità molto vicine a quelle di vere e proprie fattispecie di reato»¹⁰. In questo senso, le più recenti direttive costituiscono un vero e proprio *novum* nel panorama delle politiche di protezione degli interessi dell'Unione, in quanto strumenti capaci di dettare, con efficacia cogente, ai Parlamenti degli Stati membri linee di politica criminale da tradurre sul piano interno in precetti e

⁷ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1272.

⁸ G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale*, Milano, 2011, 13 ss.

⁹ Sul tema cfr. M. D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale tra Corte Costituzionale e Corti europee*, in AA.VV., *Le Corti dell'integrazione europea: avvicinamenti, dialoghi, assonanze*, Napoli, 2006, 157; S. MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, 55; A. BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario. I – la modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996; G. GRASSO, *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2005, 388 e ss.

¹⁰ M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 143. Ampiamente, sul punto, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

sanzioni, imponendo veri e propri obblighi di penalizzazione con riferimento a fenomeni ritenuti offensivi di interessi dell'Unione¹¹.

D'altra parte, non è da sottovalutare il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia nella sua funzione di orientamento dei giudici interni con riguardo all'interpretazione delle norme nazionali in senso conforme al diritto europeo. Neppure privo di rilievo il ruolo ricoperto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme, riconosciute quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117 Cost., vincolano il legislatore interno al rispetto dei principi enunciati dalla Carta stessa, per come interpretati dalla relativa Corte¹².

Nell'esercizio del loro ruolo di collettori tra i differenti ordinamenti, le Corti sovranazionali hanno profondamente modificato il modello di legalità, dal quale è oramai difficile prescindere. Ed infatti, ad oggi, ogni discorso sulla legalità non può trascurare la dimensione europea di tale principio e il *nullum crimen sine lege* non può che leggersi sulla base del combinato disposto dell'art. 25, comma 2 Cost. e dell'art. 7 della Convenzione europea, nell'interpretazione che di

¹¹ Il principale riferimento è alla c.d. direttiva PIF, relativa alla lotta contro le frodi che ledano gli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale. In particolare, Direttiva Ue 2017/1371, recepita con il d.lgs. 14 luglio 2020, n. 75 ha comportato, per mezzo dell'interpolazione dell'art. 322-*bis*, l'ampliamento del novero dei soggetti attivi dei reati propri contemplati agli artt. 314, 316, da 317 a 320 e 322, comma 3 e 4 e, di riflesso, del reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis*. Ancora, la medesima direttiva, ha imposto l'obbligo di incriminazione per una serie di condotte fraudolente realizzate in danno al sistema IVA, anticipando la soglia di tutela alla forma del tentativo, in dispetto a quanto già contemplato nel d.lgs. 74/2000, pur circoscrivendo il proprio ambito applicativo ai soli fatti gravi, ossia a carattere transnazionale e comportanti un danno non inferiore a 10 milioni di euro; infine essa ha ampliato il novero dei reati presupposto al verificarsi dei quali l'ente potrà essere chiamato a rispondere. Degna di essere richiamata è anche la Direttiva UE 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio la quale, convertita con d.lgs. 8 novembre 2021 n. 195, ha ampliato il novero dei reati presupposto dei delitti di riciclaggio e autoriciclaggio, includendovi anche le contravvenzioni e i delitti colposi; infine la conversione della Direttiva UE 2019/713, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, ha modificato gli articoli 493-*ter* e 640-*ter* ed ha introdotto all'art. 493-*quater* il nuovo delitto di "Detenzione e diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a commettere reati riguardanti strumenti di pagamento diversi dai contanti".

¹² Le norme della CEDU, e per quanto di nostro interesse l'art 7, penetrano all'interno dell'ordinamento nazionale attraverso molteplici canali. Innanzitutto, come norme incorporate nell'ordinamento in forza della l. n. 848/1955 con conseguente diretta applicabilità da parte dei giudici comuni. In secondo luogo, quali canoni ermeneutici che orientano i giudici comuni nell'interpretazione delle disposizioni in senso conforme alla normativa sovranazionale; ugualmente come canoni ermeneutici esse operano per la Corte Costituzionale che sempre più spesso si riferisce alle fonti internazionali per arricchire il contenuto delle garanzie e dei diritti presenti nella Carta Costituzionale. Infine, in forza delle sentenze gemelle del 2007, esse operano quali parametri interposti nel giudizio di legittimità costituzionale. V. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziali in materia penale, in Le crisi della legalità. Il "sistema vivente delle fonti penali"*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pellissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli, 2017, 213 ss.

quest'ultimo ha fornito la Corte EDU e che tanto ha messo in crisi gli ordinamenti di entrambe le matrici¹³.

Proprio dall'incompatibilità di un concetto di legalità formale e rigida, che faccia perno unicamente sulla natura formale della fonte con le differenti anime degli ordinamenti giuridici di area europea, e nel tentativo di realizzare un'autentica «fusione di orizzonti»¹⁴ tra ordinamenti a legalità formale e sistemi ove vige il *judicial law making*, è nato il concetto di legalità europea, di matrice sostanziale. Per il tramite dell'interpretazione che dell'art. 7 CEDU ha elaborato la Corte di Strasburgo è scaturito, infatti, un concetto di legalità europea a sé stante, dal quale è stata del tutto espunta la dimensione formale della fonte, per dare piuttosto rilievo alla dimensione qualitativa della norma di cui viene valorizzata l'accessibilità, la conoscibilità e, infine, la prevedibilità di applicazione.

Le questioni poste dalla dimensione multilivello dell'ordinamento non costituiscono né la fine, né l'apice, della crisi della centralità della legge e del grado di complessità che può raggiungere l'interazione tra ordinamenti giuridici. In molti campi, infatti, si parla ormai senza alcuna riserva di “globalizzazione del diritto” o di “diritto globale”¹⁵.

¹³ Sul punto v. V. FIANDANESE, V. MAIELLO, A. VALLINI, S. RIONDATO, *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, cit., 205 ss. Possiamo facilmente notare come, seppur in ordinamenti diversi appartenenti a sistemi di *common law* e di *civil law*, e quindi evitando tentativi di semplificazione che rischiano di cadere in compiute opere di banalizzazione, l'attenzione si sposti sulle garanzie che il processo, ormai pacificamente seppur non dichiaratamente visto come fulcro del procedimento giuridico, deve offrire. Se per i paesi di *common law* ciò significa svincolare le decisioni del giudice da meccanismi troppo stretti che non consentono di rendere il diritto applicato conforme alle Convenzioni, nei paesi di *civil law* la discussione riguardava, fino alla loro effettiva introduzione, possibili meccanismi di stabilizzazione che limitino quei contrasti, diacronici e sincronici, che caratterizza(va)no il diritto vivente nel nostro paese, al fine di assicurare alla legalità, nella sua dimensione *in action* quella tassatività e quella determinatezza che la *law in the books* pretende. Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2007, p. XIV.

¹⁴ V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 959.

¹⁵ Come noto, per globalizzazione si intende quel fenomeno di intensificazione dei rapporti – economici *in primis* ma ormai anche sociali – tra persone, organizzazioni, enti e Stati. Le interconnessioni, dapprima solamente economiche, poi divenute anche politiche, culturali, sociali e, infine, giuridiche, che la globalizzazione comporta, determinano la condivisione, a livello globale, di tendenze, idee e problematiche. Tra le riflessioni sul tema della globalizzazione, secondo la prospettiva giuridica, *ex multis*, F. GALGANO, *La globalizzazione dello specchio del diritto*, Bologna, 2009; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2005; M.R. FERRARESE, voce *Globalizzazione (Aspetti istituzionali)*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, I supplemento, 2001; ID., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; ID., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2010. Da ultimo, evidenzia come il processo di europeizzazione e quello di globalizzazione siano due fenomeni fortemente legati tra loro nell'ottica di una «sfida ad allargare i confini che il mondo si era dato con gli Stati moderni».

La pervasività con cui simili trasformazioni hanno investito l'intera giuridicità ben può cogliersi dall'utilizzo sempre più diffuso del termine "governance", con il quale si indica un nuovo paradigma politico e giuridico che si esprime in un insieme procedure e di regole a carattere flessibile e tra loro intersecantesi. L'espressione, utilizzata in contrapposizione con quella di 'governo', fa infatti riferimento al fenomeno secondo cui le decisioni politiche e gli assetti sociali, e con essi dunque anche le attività di produzione normativa, non progrediscono più sui tradizionali binari di gerarchia e autorità¹⁶ ma si risolvono in una gestione dinamica, collettiva e dialogica.

La *governance* si accompagna all'idea di uno Stato regolatore, che non si impegna nella precipua definizione delle regole ma si limita a fissare gli obiettivi e predisporre il campo nel quale giocheranno la partita gli attori pubblici e privati (principalmente attori del mercato).

Riferendosi alla gestione di fenomeni complessi, il concetto apre all'idea di una giuridicità che non si esprime secondo i tradizionali canoni del potere, verticale e gerarchico, ma secondo forme che siano idonee a recepire l'apporto di altri soggetti, ammessi quali coautori al processo di creazione della normatività¹⁷. Una rimodulazione, dunque, delle fonti e delle forme del potere, che si fa diffuso e reticolare, incline a favorire meccanismi che «rendono interni gli imperativi che precedentemente erano imposti dall'esterno»¹⁸ e il ridimensionamento della potestà statale e del potere di cui essa era depositaria, frutti della grande sfida «ad allargare le misure che il mondo si era dato con gli Stati moderni»¹⁹. Il concetto stesso di spazio, infatti, muta e, infranta la sua sovrapponibilità con quello di territorio – sul quale si impernia(va) la sovranità degli Stati – è venuta creandosi una spazialità del tutto nuova, virtuale ed immateriale. Lo spazio, nel quale si comunica, si scambiano informazioni, si creano valori economici e assiologici non è più legato ai confini dello Stato che, sempre più porosi, non sono in grado di contenere i fenomeni sociali, economici e financo giuridici che la globalizzazione reca con sé.

Dal punto di vista strettamente giuridico, quella della rete risulta sicuramente l'immagine più efficace per descrivere la struttura delle normazioni contemporanee, che hanno preso il posto del tradizionale schema piramidale di derivazione

¹⁶ G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012. Proprio il tema della *governance* ha posto le fondamenta per le domande in ordine al ruolo che la categoria dell'effettività, intesa come capacità di raggiungere gli obiettivi prefissati, abbia all'interno della norma e non più solo come parametro di riferimento dell'azione socio-politica in senso lato.

¹⁷ M.R. FERRARESE, *Private lawmaking a livello globale tra potenzialità e problemi*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2020, 65 ss.

¹⁸ M. POWER, *From Risk Society to Audit Society*, in *Soziale systeme*, 1997, 3 ss.

¹⁹ M. R. FERRARESE, *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *Politica del diritto*, 2, 2021, 260.

kelseniana²⁰. Ad esso va sostituendosi una nuova dimensione del diritto, talvolta definita “comunicativa”²¹, che rinvia ad un’ontologia relazionale e intersoggettiva che subentra in luogo di quella imperativa, fondata sull’unitarietà dell’individuo e sulla meccanicità della razionalità occidentale²². L’epistemologia della rete, come è stato lucidamente notato, invita a ripensare la figura stessa dell’*autorità* legata, nel modello della piramide, alla *posizione* occupata nella gerarchia del potere e, per mezzo della forza intrinseca dei suoi atti (che proviene dall’alto, per effetto di un’investitura ufficiale), assicura il rispetto dell’ordine gerarchico²³.

Alla logica unilaterale e autoritaria, tipica della sovranità, subentrano (*rectius*:

²⁰ Sul concetto di rete v., F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au reseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; nell’ambito della penalistica la dissoluzione del modello gerarchico in favore di un diritto fluido e discorsivo, M. DELMAS MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l’homme*, Paris, 1986; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmajianiani sulla dialettica delle fonti penali*, cit., 1099 ss.

²¹ L’assetto comunicativo del diritto, in luogo di quello tradizionalmente prescrittivo, nasce dalla necessità che nella rete assumano ruolo di partecipi anche i soggetti privati, che affiancano gli apparati istituzionali. Sul ruolo dei privati nel processo di modificazione della struttura delle norme si tornerà in seguito. È fin da subito da sottolineare tuttavia come il ruolo assunto dai privati del processo di modifica delle norme riflette l’assottigliarsi della cesura, da sempre netta, tra diritto pubblico e diritto privato. Il primo sempre più esposto all’influenza dei moduli privatistici e consensuali – si pensi al fenomeno dell’autonormazione –, il secondo sempre più incline ad assumere importanti effetti di natura pubblicistica, essendo ormai assunto il contratto a fonte autonoma di diritto. Il consolidarsi del carattere comunicativo del diritto determina, al contempo, il declino della nozione di volontà sulla quale era incentrato il modello piramidale del diritto moderno. Cfr. M. VAN HOECKE, *Law as Communication*, Oxford, 2002; J. LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, 1994.

²² F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, a cura di M. Vogliotti, Torino, 2013, 36, il quale, per spiegare il mutamento sociale in atto e i differenti atteggiamenti che la dottrina ha dimostrato rispetto ad esso, fa efficacemente riferimento alla “teoria del mutamento dei paradigmi” di Kuhn. Quest’ultimo, pur riferendosi all’ambito delle scoperte scientifiche, spiega che durante i periodi di c.d. “scienza normale”, i ricercatori si trovano concordi nel condividere una certa cornice teorica, la quale, per quel periodo, offre soluzioni e si pone come modello ideale di risoluzione dei problemi. Tale paradigma, al quale tutti fanno riferimento, funge dunque da bussola per un determinato lasso di tempo. Ciò fino al momento in cui iniziano a manifestarsi alcune anomalie, ovvero fenomeni che non sono spiegabili per mezzo della teoria sulla quale tutti fino a quel momento concordavano. Dunque, si vengono a creare più fronde all’interno della comunità scientifica: alcuni proporranno nuove soluzioni, differenti schemi teorici che siano in grado di spiegare anche gli anomali fenomeni; altri invece rimarranno ancorati al vecchio paradigma, minimizzando l’incidenza degli accadimenti. Questo periodo di forte tensione all’interno della comunità scientifica viene definito da Kuhn “periodo di scienza straordinaria”, che prelude all’affermazione di un nuovo paradigma, che dia la stabilità sulla quale troverà fondamento un nuovo periodo di “scienza normale”.

²³ M. VOGLIOTTI, *La “rhapsodie”: fécondité d’une métaphore littéraire pour repenser l’écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le cham pénal*, in *Diritti&questioni pubbliche*, 2, 2002, 216.

si affiancano) logiche comunicative, cooperative, dialogiche e persuasive, che non fanno leva sul carattere autoritario del rapporto tra creatore e destinatario del precepto – cioè sulla legittimità della fonte e sulla sua autorità formale – bensì sulla spontanea collaborazione di un destinatario che riconosca la validità sostanziale della regola.

L'immagine della rete, metafora tessile che implica una trama costituita da fili e nodi, esprime dunque bene la risposta all'esigenza di "dinamicità" dello strumento normativo: non solo la rete, a differenza della piramide, si sviluppa su un piano orizzontale, ma attraverso l'immagine dei "nodi" nei quali si intrecciano le corde che la compongono tenendo così insieme l'intera struttura, essa esprime efficacemente il ruolo fondamentale affidato all'interazione tra flussi normativi. Essi rappresentano senz'altro "nodi di autorità", ovvero momenti di giuridicità rigida, ma anche "nodi di mediazione", nei quali la pluralità normativa si incrocia con il caso concreto: «si tratta di un intreccio di relazioni, che intercorrono tra gli elementi del sistema senza che si possa stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica via d'accesso»²⁴. Trattandosi di una struttura per sua natura aperta, in grado di recepire qualsiasi tipo di espansione, essa esprime l'incompatibilità di tale modello con qualsiasi forma di chiusura del sistema²⁵.

La regolazione giuridica «perde la natura di un oggetto che dovrà essere tutto presente prima dell'inizio del gioco, per assumere la natura di *progetto* che, per divenire, domanda la collaborazione attiva e responsabile di tutti gli attori del campo giuridico»²⁶. L'approccio basato sul concetto di rete e sulla limitrofa nozione di *governance* induce a ripiasmare il concetto stesso di diritto, ridefinendolo come una dimensione né statica né tetica, bensì comunicativa, sgorgante dalle interazioni sociali; una nuova dimensione della normatività, che abbia quale elemento essenziale l'"effettività"²⁷.

²⁴ F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, 2ª ed., Torino, 1987, 377.

²⁵ G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Milano, 2012, 86.

²⁶ M. VOGLIOTTI, *La "rhapsodie"*, cit., 212

²⁷ In uno dei pochi studi di teoria del diritto dedicati al tema della *governance* si è tentato di formulare una teoria della norma giuridica che prenda in considerazione proprio la questione dell'efficacia delle prescrizioni in essa contenute, della loro effettiva azione sul corpo sociale. V. J. LENOBLE, M. MAESSCHALCK, *Towards a Theory of Governance: The Action of Norms*, The Hague-New York-London, 2003. Efficaci anche le parole di A. SCHUTZ, *The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environing Systems and Observing World Society*, in G. Teubner (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sidney, 1997, 283, che descrive il concetto di "società mondiale" quale prodotto sociale ultimo del processo di globalizzazione: «Il concetto di società mondiale è quindi forse in gran parte direttamente opposto al progetto di una solennizzazione della politica. La società mondiale è una sfida all'idea della primazia della politica, all'idea stessa che una oggettiva cornice istituzionale, stabilita da processi decisionali politici, criticabili o no ma sovrani e definiti, esista. [...] Essa asserisce che le possibilità sociali siano

3. Forze economiche e istanze valoriali

Il fenomeno della globalizzazione del diritto segue di pari passo quello del declino della politica, irreversibilmente intrecciato con il nuovo e centrale ruolo assunto dall'economia nel governo dei Paesi e nei rapporti tra gli stessi.

Ad una marcata globalizzazione e alla moltiplicazione dei centri (di potere) economici non ha fatto seguito, infatti, un adeguamento delle strutture sociali e politiche, con conseguente perdita di centralità del concetto stesso di legalità, quale forma giuridica legata all'assetto organizzativo dello Stato moderno²⁸. Si scioglie il binomio Stato-sovrànità, lungo un percorso che lascia scoperta una realtà del potere e dei diritti che presenta una complessità ben superiore di quella consegnata dal modello hobbesiano.

Si può dire senza riserve che l'economia ha fagocitato, in molti ambiti, la politica. I «poteri privati economici»²⁹ disponendo di forza e capacità in grado di incidere in modo rilevante su diritti e libertà hanno sottratto agli Stati il ruolo di esclusivi depositari del potere e assunto un ruolo di prim'ordine nella direzione delle politiche mondiali.

Se dunque la politica ha ceduto all'economia il suo nocciolo duro, e cioè il ruolo di direzione sociale nel rispetto di valori condivisi dalla popolazione, ciò è stato reso possibile – o quantomeno facilitato – dall'assenza di un substrato valoriale fortemente condiviso. La forte riduzione degli elementi morali, etici, all'interno delle società occidentali, sempre più aperte al multiculturalismo, alla frammentazione delle idee, ha distrutto il soggetto giuridico per come concepito nella *modernità*. Esso, inteso quale soggetto unitario e astratto che si pone come unico destinatario del rapporto con lo Stato, è stato sostituito dalla moltiplicazione delle figure soggettive che, portatrici di elementi fattuali di contesto, rivestono differenti e molteplici ruoli all'interno della società, ciascuno vantante un proprio specifico statuto³⁰. Un «precario

possibilità di comunicazione. La società mondiale non è basata [...] sul grande stratagemma di rarefazione e addomesticamento conosciuto come 'consenso'. È basata sull'innumerabile molteplicità di simultanee continue comunicazioni. I partecipanti alla comunicazione interagiscono con un orizzonte di opportunità e rischi. Essi selezionano le loro operazioni secondo le loro aspettative. Il consenso presuppone lo sviluppo di certificazioni di validità, ma la comunicazione va oltre il consenso. Essa continua, crea effetti, cambia il mondo, ben prima che le vere precondizioni del consenso siano stabilite».

²⁸ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012.

²⁹ L'espressione è stata coniata da G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, 2004, che li definisce come persone o enti di natura privata che dispongono di un potere di decisione unilaterale analogo, sul piano materiale, a quello dei poteri pubblici.

³⁰ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 95 e 96, secondo cui «Il movimento delle norme speciali è fedele interprete di una società *pulviscolare*, che non si riconosce in una comune tavola di valori e si scompone nella varietà dei gruppi e delle categorie economiche. La società non si esprime un diritto uniforme e indifferenziato.» E, ancora, «la tutela di singole categorie di interessi (così come i beni giuridici penalmente rilevanti) richiede leggi appositive. [...] Età, dunque, di particolarismo giudico».

rifugio entro il relativo, l'individuale, il soggettivo»³¹ che è diretta conseguenza della perdita di stabilità degli assetti politici e sociali della nostra epoca, delle certezze etiche cadute sotto il peso della complessità sociale portata dalla globalizzazione, il multiculturalismo, il rapido quanto incessante progresso tecnologico.

A fronte della nuova dimensione della soggettività giuridica, ormai scomposta anche sul piano temporale³², a cui si accompagna la polverizzazione del “diritto” nei “diritti”³³, si staglia tuttavia un diverso e contrario movimento di “assiologia globale”, che si sostanzia nella trasversale assolutizzazione di alcuni valori, dei quali si pretende un'immediata e totale tutela³⁴. Il fenomeno è stato lucidamente messo in evidenza da autorevole dottrina che, nel prendere in esame le principali cause che

³¹ C. MAZZUCATO, *Dal buio delle pene alla luce dei precetti: il lungo cammino del diritto penale incontro alla democrazia, in La pena “in castigo”. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, a cura di I. Marchetti, C. Mazzucato, Milano, 2005, 5.

³² Il riferimento è al concetto di “generazioni future” che, superando il confine prettamente filosofico-morale, ha assunto una crescente rilevanza nel campo del diritto chiamato a modellare le proprie categorie e strumenti per fornire risposta e tutela alle nuove istanze intergenerazionali. Sul tema, pur in prospettiva civilistica, cfr. M.W. MONTEROSSI, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020.

³³ G. ZAGREBELSKY, *Diritto mite*, Torino, 1992, 43.

³⁴ Negli ultimi anni, pur a partire da esigenze ragionevoli, è andato sviluppandosi un fenomeno (c.d. *politically correct*) che chiede (impone?) la tutela, piena e non mediata, di visioni “etiche” ritenute assolute. Manifestazioni di tali impulsi le si rintraccia sia nelle richieste di tutela formale di sensibilità soggettive, rivolte perlopiù al diritto penale, sia nei più vari comportamenti sociali: ostracismo verso chi metta in discussione l'assolutizzazione delle richieste di tutela stessa; accanimento contro simboli appartenenti al passato, come l'abbattimento di statue raffiguranti personaggi storici sottoposti, oggi, ad un giudizio anti-storico; fino a giungere a porre criteri rispondenti al *politically correct* per le opera cinematografiche che vogliano aspirare alla vittoria dei più prestigiosi premi cinematografici. Una tendenza che, sebbene trovi fondamento in istanze di natura progressista, non si rivela altro che l'espressione di una *cancel culture* che, riecheggiando un'orwelliana opera di estirpazione dei ricordi, vorrebbe riscrivere la storia alla luce della propria attuale visione del bene e del male e in ciò dimostrandosi del tutto illiberale. Si veda sul punto la lettera aperta “*On justice and Open Debate*” inviata alla testata Harper nella quale, numerosi intellettuali di tutto il mondo, rivendicano la libertà di pensiero e di parola, le uniche a poter garantire il dialogo costante espressione di quel pluralismo delle idee che rappresenta la linfa vitale di ogni ordinamento democratico (per il testo integrale della lettera v. <https://harpers.org/a-letter-on-justice-and-open-debate/>). Illuminante può risultare la lettura del fenomeno attraverso le parole di S. BAUMAN, *Postmodern Ethics* (1993), trad. it., *Le sfide dell'etica*, Milano, 1996, 44, 45, secondo il quale le difficoltà di salvaguardare l'integrità della propria etica alla luce della consapevolezza che quest'ultima sia una tra tante si traducono nell'impulso di attuare una «temporalizzazione della diversità»; il tempo assume in questa prospettiva il ruolo di criterio di giudizio della maggiore o minore “giustizia” delle scelte etiche, finendo per far coincidere “successivo” con “migliore” e “precedente” con “sorpasato”, “ingiusto”. Una tendenza, propria della post-modernità, definita dall'Autore “cronopolitica”, e che consiste nel «proiettare in avanti nel tempo la differenziazione contemporanea, così da poter definire le alternative culturali come “allocroniche”, cioè come appartenenti a un'altra epoca, e sopravvissute fino al tempo presente fingendo di essere altro da ciò che effettivamente sono, reliquie condannate all'estinzione».

affliggono la fattispecie, pone l'attenzione proprio sul ruolo svolto dai valori. Se un primo e fondamentale passo ha portato dalla legge al diritto, consentendo di innervare i testi normativi della linfa vitale della Carta costituzionale, il secondo e più problematico sviluppo è consistito «nel salire *dal diritto ai valori*»³⁵, i quali non abbisognano di forme giuridiche che li costringono, poiché valgono in sé, in quanto tali.

Con riferimento al precetto penale l'assolutizzazione di taluni valori comporta conseguenze problematiche su più fronti. Dal lato applicativo, l'estensione della fattispecie ben oltre i limiti consentiti all'attività ermeneutica, trasformando la stessa da limite alla risposta punitiva a «occasione per far valere un valore»³⁶. Sotto il profilo della costruzione della norma, il difficile compito di mediare tra le ragioni della vittima, sempre più portatrice di un interesse attivo anche nel processo, e quelle del reo; ancora, la sempre più ardua distinzione tra comunicazione mass mediatica e comunicazione normativa la cui sovrapposizione alimenta i sentimenti di insicurezza creando uno scarto tra visione scientifica e percezione sociale del crimine, e alterando la portata comunicativa della fattispecie, la quale si trova a “dire meno” di quanto ci si aspetterebbe, in un “circolo autopoietico” che si autoalimenta³⁷.

A questi valori “mondiali” di cui ben poco riescono a farsi carico le politiche degli Stati, sembrano interessarsi, piuttosto, le realtà economiche di cui abbiamo parlato. Nell'ambito di un complessivo trasferimento di funzioni e di poteri dalla sfera statale a quella economica, infatti, le imprese non hanno acquisito solo poteri normativi³⁸ ma anche un vero e proprio ruolo “sociale”, in un abbraccio tra economia ed etica che conduce le realtà economiche a farsi portatrici di interessi sociali e a perseguirne, per mezzo della loro attività, la realizzazione³⁹.

³⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 40.

³⁶ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., 40.

³⁷ C.E. PALIERO, *La maschera e il volto. Percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 534, il quale evidenzia come «In questi casi, pur nel reciproco rispetto dei ruoli, il Sistema penale funge da *collettore di bisogni di pena* veicolati dal Sistema Sociale attraverso la ‘cassa di risonanza’ del Sistema mediatico: a sua volta il Sistema mediatico funge da *induttore (manipolatore) di consenso sociale* ‘su richiesta’ del Sistema penale a fini di (auto)legittimazione»

³⁸ Si fa riferimento al fenomeno dell'autonormazione, cui si è fatto cenno nel cap. 1. La c.d. *self-regulation*, connessa al ruolo assunto dalle realtà economiche private, è dettata secondo alcuni dalla corsa da parte degli Stati nazionali alla *deregulation* nel tentativo di limitare i danni che la fuga delle imprese dai territori nazionali comporta sui livelli occupazionali e sul benessere complessivo, ma che dimostra al contempo l'incapacità di dominare i processi economici attraverso i tradizionali strumenti normativi. In quest'ottica la *self regulation*, intrisa dei postulati etici cui abbiamo fatto riferimento e che si sostanziano nei *codici etici, codici di disciplina* ecc., diverrebbe l'espressione di un bilanciamento tra la cieca applicazione delle leggi del profitto, e la garanzia dei soggetti estranei ai processi decisionali dell'impresa ma che nondimeno subiscono le conseguenze delle stesse. V., M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2013, 101 ss. a cui si rinvia anche per l'ampia bibliografia sul tema.

³⁹ A dimostrazione che una simile posizione all'interno della società sia non solo

4. La crisi della “legalità legislativa”

Conseguenza e corollario del quadro sopra delineato è la perdita di centralità del legislatore. Da tempo si parla di crisi del modello parlamentare, intendendo così evidenziare l’inadeguatezza del Parlamento a legiferare in modo soddisfacente, quale effetto di una più generale incapacità dello stesso di rimanere struttura politica adeguata a rappresentare e rispondere alle esigenze poste dalla società. Le esigenze di celerità cui la giuridicità è oggi sottoposta rendono infatti la legge uno strumento troppo pesante per poter soddisfare tali necessità.

Anche in ambito penale – dove la garanzia della riserva di legge dovrebbe presiedere al mantenimento in vita di una ampia base di dialogo funzionale a scelte di criminalizzazione consapevoli e mediate – lo strumento legislativo risente dei mutamenti in essere: la complessità dei fenomeni che si stagliano sullo sfondo delle fattispecie richiede sempre più di frequente valutazioni di carattere tecnico-applicativo, difficilmente esperibili in sede parlamentare, con la

riconosciuta ma accettata e ben sfruttata dalle imprese, sono fiorite negli ultimi anni discipline economiche che si occupano del calcolo dell’impatto che le singole attività economiche hanno sull’ambiente, la società e l’economia e della comunicazione di tali dati all’esterno, alla collettività. Sullo sfondo della *Corporate Social Responsibility* vi è un cambio di paradigma della teoria economica d’impresa. Alla c.d. *Shareholders Theory*, che vedeva i proprietari quali unici destinatari della soddisfazione alla quale l’impresa doveva tendere, subentra la c.d. *Stakeholders Theory* attraverso la quale sono messi a fuoco, ulteriori gruppi di individui coinvolti, più o meno direttamente, dall’azione dell’impresa: lavoratori, abitanti dell’area in cui è collocata l’attività produttiva, consumatori ecc. Secondo questa moderna impostazione la tensione per lo sviluppo economico non porta necessariamente con sé un miglioramento in termini di progresso sociale, ma può anzi comportare ingenti costi sociali di cui l’impresa deve farsi carico. La possibilità che l’attività dell’impresa possa coinvolgere, con effetti negativi sebbene involontari, soggetti diversi da quelli appartenenti alla compagine sociale, proietta sull’azienda stessa aspettative ulteriori rispetto a quelle cui sarebbe tenuta per legge o per economia. Dunque, come si è accennato, un nuovo ruolo “sociale” per le *Corporations*. La teoria degli *stakeholders* è stata formulata da R.E. FREEMAN, *Strategic Management: a Stakeholder Approach*, Boston, 1984. Critico, nei confronti della *stakeholders theory*, M. FRIEDMAN, *A Friedman doctrine: The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*, in *New York Times Magazine*, 1970. Le società valorizzano e sfruttano tale ruolo attraverso la pratica del c.d. *Corporate social responsibility reporting*, un modello di comunicazione di informazioni non finanziarie finalizzato a dare conto degli sforzi compiuti dalla singola impresa in ambito etico, filantropico, ambientale ed economico. Il fenomeno è oggi oggetto della Direttiva 2022/2464 che impone agli Stati membri la regolamentazione del *reporting* non finanziario e la previsione di sanzioni della sua fraudolenta strumentalizzazione (i fenomeni di c.d. *greenwashing*, *pinkwashing*, *blackwashing*, ecc. Sul punto cfr. T.P. LYON, J.W. MAXWELL, *Greenwash: Corporate Environmental Disclosure under Threat of Audit*, in *Journal of Economics & Management Strategy*, 20 (1), 2011, 3 ss.; D. CRILLY, M.T. HANSEN, M. ZOLLO, *Faking it or Muddling Through? Understanding Decoupling in Response to Stakeholder Pressures*, in *The Academy of Management Journal*, 2012, 55 (6), 1429 ss.; F. BOWEN, J. A. ARAGON CORREA, *Greenwashing in Corporate Environmentalism Research and Practice: The Importance of What We Say and Do*, in *Organization & Environment*, 27(2), 2014, 107 ss.

conseguenza che è spesso il governo a compiere e attuare scelte di criminalizzazione tanto in sede di delega parlamentare quanto, e sempre più frequentemente, mediante il ricorso abusivo alla fiducia parlamentare. Sottratto così al Parlamento il ruolo di sede di dialogo della maggioranza con le minoranze, fondamentale per raggiungere scelte di valore tanto alto quale dovrebbero essere quelle in materia penale, la normativa è ormai priva di ogni sistematicità. Tanto che taluno ha avanzato l'ipotesi di una possibile introduzione anche in Italia di istituti di legalità rafforzata sul modello della *Ley Organica* spagnola⁴⁰, che impegnino realmente e in misura consistente la sede parlamentare.

Ma anche lo stesso prodotto normativo – la fattispecie – non è in grado di rispettare i principi che ne vorrebbero il precetto racchiuso tra le maglie della tipicità. Al contrario, essa è sempre più spesso eterointegrata da elementi normativi che rinviano a fonti sub-legislative, più idonee a contenere un ampio numero di dettagli tecnici. In tale contesto, la carenza di tecniche legislative adeguate, soppiantate da interventi spasmodici, incoerenti e asistemati si riversano sulla forma e sul contenuto del precetto penale, dando luogo a fattispecie mal costruite, non ponderate, confuse e spesso incomplete, che manifestano in modo chiaro la mancata attenzione allo studio del linguaggio – generale e giuridico in particolare. Il “malcostume normativo” che porta allo scadimento delle tecniche di incriminazione, se da un lato costituisce il sintomo dell'inadeguatezza della sede parlamentare ad accogliere l'estremo tecnicismo che talora si rende necessario, è al contempo spia di una più generale incapacità di adottare decisioni politico-criminali che si fondino su scelte assiologiche chiare.

Tale difficoltà deriva in parte dalla crisi di rappresentatività che il Parlamento sta attraversando da anni e dall'incapacità di giungere ad una sintesi di quel pluralismo politico-culturale che innerva la società, impedendo così ogni tentativo di recupero di una razionalità penalistica in grado di ricondurre ad unità il quadro ordinamentale. A conferma si può osservare il fiorire di fattispecie indeterminate, non solo sul versante linguistico ma addirittura sotto il profilo del tipo delittuoso, destinate *ab origine* ad essere colmate in fase applicativa⁴¹.

⁴⁰ Come noto, la Costituzione spagnola del 1987 prevede, all'art. 81, che, per l'introduzione e la modifica di norme «in materia di sviluppo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche» (tra cui rientrano, evidentemente, quelle penali) sia necessaria la maggioranza assoluta del Congresso che voti sul progetto di legge nel suo insieme. V. F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Torino, 2013, 164, 165. Con riferimento alla dottrina italiana che ne auspica l'introduzione nel nostro ordinamento v., E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 185; G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2007, 51 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 321 ss.; M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, 146 ss. Posizioni riassunte in e ampiamente commentate in G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2018, 162 ss.

⁴¹ F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, cit., 385.

L'urgenza di mettere mano al problema della qualità della normazione è tale da aver condotto la Commissione europea ad adottare una Risoluzione dedicata alla "better regulation" ("legiferare meglio"); intervento ritenuto dall'OCSE uno degli approcci normativi più avanzati al mondo⁴².

Appare dunque chiaro come, l'incapacità di confezionare prodotti legislativi chiari e precisi abbia condotto la stessa legalità (legislativa), e dunque la norma penale, a perdere la sua funzione di orientamento per il cittadino.

È proprio su questo punto che si inserisce il secondo fenomeno, di carattere interno, che ha contribuito all'erosione del paradigma legicentrico. Si tratta del rafforzamento del ruolo svolto dal potere giudiziario, chiamato a maneggiare l'indomabile materia di un diritto liquido, *flou*, policentrico, senza codice⁴³. L'aggettivazione del fenomeno come "giurisdizionalizzazione della politica" o "politicizzazione della giurisdizione"⁴⁴ ben delinea la preoccupante commistione tra poteri che vede affermarsi la supplenza della magistratura nei confronti della politica⁴⁵, sempre più annichilita.

Ciò ha comportato, sul versante interno, l'emersione del c.d. "diritto penale giurisprudenziale, quale conseguenza dell'assunzione di una crescente maggiore centralità del momento processuale-applicativo in luogo di quello legislativo-normativo⁴⁶. La storia della crisi della legalità formale è infatti, almeno nel nostro

⁴² Cfr. OCSE, *Prospettive OCSE 2018 sulla politica*, Parigi, 2019

⁴³ V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di deontologia ermeneutica*, in *Dir. pen. cont.*, 17 gennaio 2018, 2.

⁴⁴ Sul tema, senza pretesa di completezza, cfr. M.J. MOSSMAN, G. OTIS, *The judiciary as Third Branch of Government: Manifestations of Challenges to Legitimacy*, Montréal, 2000; N.C. TATE, T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004; G. HIRSCH, *Verso uno stato di giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia 2007*, 107 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, cit., 99 ss.; M. DONINI, *Sistema delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un'Europa coordinata dal potere giudiziario*, in S. Mir Puig, M Corcoy Bidasolo (dir.), V. Gomez Martín (coord.), *Garantias constitucionales y Derecho penale europeo*, Madrid, 2012, 179 e ss.

⁴⁵ L'attribuzione di funzioni indirettamente politiche alla giurisdizione trasforma la magistratura in 'giudice di scopo', al quale non è più affidata la sola applicazione della legge ma il perseguimento di politiche criminali in senso lato. Espressioni come "combattere la mafia" "combattere il terrorismo" quali specifiche attribuzioni dei giudici e pubblici ministeri ben sottolineano il carattere del mandato che la politica affidò alla magistratura a partire dagli anni Settanta. L'idea che il magistrato potesse effettivamente sostituirsi al politico si fece sempre più vivo in seno alle vicende giudiziarie dei primi anni Novanta; il fenomeno di Tangentopoli, coinvolgendo direttamente la classe politica ne accentuava la crisi di credibilità etica mettendola in diretta competizione con il potere giudiziario. L. VIOLANTE, *La crisi del giudice "bocca della legge" e l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario*, in *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, cit., Roma, 2016, 26.

⁴⁶ Sul crescente ruolo suppletivo del processo penale rispetto al momento normativo, e la

Paese, fortemente legata all'ascesa del diritto giurisprudenziale; in questa prospettiva l'analisi del fenomeno non può che involgere le trasformazioni che hanno riguardato le istituzioni, insieme con il mutamento del ruolo del giudice nel contesto politico, istituzionale e sociale⁴⁷. Difatti, come è stato evidenziato, «se la legge penale ha mutato le sue caratteristiche e il giudice i suoi compiti, è evidente che ne abbia risentito anche il rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario»⁴⁸.

Ben lontano dal modello che lo vorrebbe *bouche de la loi* e dall'illusoria pretesa di legarne le mani che affondava le proprie radici nei sentimenti che mossero la Rivoluzione francese, il giudice moderno ha attraversato differenti fasi che lo hanno condotto ad assumere l'attuale fisionomia.

Più in particolare, già l'attuazione della Carta costituzionale impegnò la magistratura nella ricerca di interpretazioni evolutive delle leggi introdotte precedentemente, contribuendo a mutarne il ruolo e rendendola sensibile alle istanze sociali provenienti dalle fasce deboli della società. È proprio in quegli anni che, per le condizioni venutesi a creare, inizia il cammino del protagonismo giudiziario. L'emergere di fenomeni criminali di origine politica contribuì fortemente a far risaltare la magistratura ed evidenziarne le caratteristiche di 'potere bianco', facendole acquisire insieme al consenso di una buona parte dell'opinione pubblica e dei mezzi di comunicazione, un vero e proprio ruolo sociale, favorendo il «progressivo spostamento nella mani del potere giudiziario [...] delle strategie di politica criminale e delle conseguenti opzioni penalistiche»⁴⁹. La lenta ma costante trasformazione della figura del giudice, da mero interprete della legge a depositario di un nuovo ordine sociale, ebbe come conseguenza il mutamento della sua legittimazione sostanziale: da garantistico-processuale a socio-democratica⁵⁰.

Nei decenni che seguirono alcuni fattori contribuirono a rafforzare l'influenza creativa della giurisprudenza e il ruolo di traino che ha iniziato a svolgere nei confronti della società civile e della politica. Accanto alla crescente incertezza della legge – frutto, lo si è detto, di una scadente qualità dell'attività normativa e della difficoltà di orientarsi nel “labirinto”⁵¹ delle fonti e dei valori multilivello – si staglia, sul piano prettamente politico, la degenerazione del fisiologico conflitto democratico in permanente stato di scontro, che ha portato alla paralisi del Parlamento quale luogo di risoluzione dei conflitti sociali.

conseguente sostituzioni dei valori dell'etica politica con quelli desumibili dal codice penale, v. F. GIUNTA, *Dal governo delle leggi al governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in *Studi Senesi*, CXXV, 2013, 23 ss.; L. VIOLANTE, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l'emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario*, cit., 31.

⁴⁷ G. FIANDACA, *Il diritto tra legge e giudice*, Padova, 2002.

⁴⁸ G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 1, 2014, 411.

⁴⁹ G. INSOLERA, *Guardando nel caleidoscopio. Antimafia, antipolitica, potere giudiziario*, in *Ind. pen.*, 2015, 223 ss.

⁵⁰ G. PRETEROSSÌ, *Ciò che resta della democrazia*, Roma, 2015, 164 ss.

⁵¹ Fa riferimento alla metafora del labirinto per esprimere le condizioni in cui il giudice moderno si trova nell'interpretare ed applicare le fonti, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit.

Di fronte a tali difficoltà il neo-costituzionalismo ha trasformato il modello della garanzia dell'esercizio dei diritti che trovava la sua essenza nella partecipazione alle istituzioni rappresentative⁵². Essa non risiede più, secondo tale corrente di pensiero, nell'unità politica e nella partecipazione dei cittadini, bensì nella tecnocrazia delle giurisdizioni e nella loro indipendenza dalle istituzioni politiche⁵³. Si allenta così la connessione tra partecipazione politica e diritti individuali di cittadini sempre più "consumatori di libertà", alla cui creazione però contribuiscono sempre meno⁵⁴. La rinuncia, più o meno espressa o consapevole, da parte della politica a determinare le linee di confine tra essa e l'esercizio della giurisdizione ha contribuito ad elevare lo statuto della magistratura come potere.

Nello iato tra la perdita di ruolo del legislatore e l'intraprendenza giurisprudenziale, emergono fenomeni ibridi, che confermano quella commistione di poteri di cui si è detto. Si fa riferimento alle ipotesi in cui il primo, rinunciando anche parzialmente al proprio ruolo, deleghi al potere giudiziario il compito di delimitare il campo applicativo delle fattispecie penali. Si tratta di un

⁵² Il neo-costituzionalismo si caratterizza per il proliferare di diritti e garanzie frutto di variegati e frammentari istanze sociali o di pretese conformità a giurisprudenze sovranazionali. Ne consegue una proliferazione di diritti in assenza di criteri ordinatori orizzontali che, attraverso la tecnica del bilanciamento, lasciano spazio ad una componente creativa proprio al fine di tale composizione di interessi. Secondo il neo-costituzionalismo l'ordinamento giuridico incorpora principi e valori etico-politici i quali legittimano l'ordinamento non solo dall'esterno e da un punto di vista politico e morale, ma diventano vere e proprie norme, come nelle Costituzioni dove vengono ricordati in modo esplicito. Con l'integrazione e la comunicazione dello stato nazionale con gli ordinamenti sovranazionali, la cui effettiva sovranità possiamo affermare essere espressa per lo più dalle relative corti di giustizia – CGUE e CEDU *in primis* – tali valori legittimanti coincide con ciò che viene espresso da tali organi giurisdizionali. Sulle caratteristiche del pensiero "neocostituzionale", quale frutto della riconosciuta dicotomia tra Costituzione e legge, N. ZANON, *L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti giurisprudenziali*, cit., 37.

⁵³ «There is a close affinity between the existence of a constitutional catalogue of rights in a polity and judicial activism on the part of that polity's judiciary», così ricollega l'aumento dei diritti riconosciuti dalle carte costituzionali e sovranazionali con il rafforzamento del potere giudiziario R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard, 2007, 1. Nelle moderne democrazie potere politico e giurisdizioni rappresentano sfere tra loro confinanti. Laddove inizia una finisce l'altra e ad ogni arretramento dell'uno corrisponde un avanzamento dell'altro. Il potere politico limita l'esercizio della giurisdizione attraverso la determinazione delle fattispecie rilevanti per il diritto e il loro funzionamento. Al contempo l'ordinamento giuridico "è titolare delle regole per delimitare la forza del potere politico". L'espressione tedesca *Kriminalpolitik im kleinen* dimostra bene come lo spazio interpretativo del giudice non possa che essere interstiziale, ovvero rimanere entro i confini della norma e limitarsi a riempire gli spazi lasciati aperti dal legislatore concretizzando nei singoli casi il programma generale di politica criminale deliberato in sede legislativa senza mai spingersi oltre.

⁵⁴ F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno, (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, cit., 384; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit.

affidamento, espresso⁵⁵ od occulto, alla giurisdizione non tanto del compito di mediare tra generale e particolare, in un'opera di concretizzazione tesa ad integrare fatto e diritto, bensì della «mediazione tra opposte rappresentazioni del generale»⁵⁶; tanto che la recente produzione legislativa non teme di offrire al giudice prodotti semi lavorati⁵⁷, o al contrario, di recepire e positivizzare, *ex post*, fattispecie anticipatamente “emerse” nella giurisprudenza, a tutto vantaggio del c.d. potere normativo del processo⁵⁸.

Dal punto di vista della crisi della fonte il fenomeno produce le conseguenze già descritte, a diverso titolo esso si iscrive anche nel quadro dei fattori di crisi della funzione comando della fattispecie: da questo punto di osservazione, infatti, lo spostamento del fulcro del ruolo di produzione del diritto rivela il declino di un linguaggio giuridico al quale va affiancandosi un differente modo di “dire il diritto”.

Del resto, il linguaggio del legislatore, sebbene malamente usato, si differenzia essenzialmente da quello usato dal giudice. Se la comunicazione del messaggio normativo passa dalle esclusive mani del legislatore anche in quelle del giudice, il quale lo esprime attraverso la motivazione delle sentenze e, ancor di più,

⁵⁵ Basti ricordare la relazione al disegno di legge A.S. n. 19 del Sen. Prof. Nico D'Ascola, sul tema della rilevanza penale delle valutazioni nell'ambito delle fattispecie di false comunicazioni sociali: “La nostra Corte di cassazione dovrà valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti. [...] il relatore a tal proposito non dà alcuna risposta, perché non la deve dare: ci mancherebbe altro che la desse. Noi non siamo la Corte di cassazione che dà risposte giurisprudenziali: questo è un tema che la giurisprudenza affronterà. Ripeto, il relatore ha la sua risposta, ma non avrebbe alcuna efficacia e alcun significato vincolante; pertanto, il relatore ritiene di non poterla dare, bensì di non dover dare alcuna risposta su questo aspetto”. Sul punto cfr., F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2211 ss., il quale autore denuncia “l'inaccettabile sciatteria dell'attuale legislatore, il quale sembra scientemente abdicare al proprio ruolo di autore delle regole legali, rimettendo direttamente alla giurisprudenza il compito di stabilire il confine tra i comportamenti costituenti reato e quelli penalmente irrilevanti.”

⁵⁶ G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro It.*, 2000, 138.

⁵⁷ Si pensi, a titolo di mero esempio, alle riforme che hanno introdotto il delitto di autoriciclaggio (legge 15 dicembre 2014, n. 186) e i cc.dd. “eco-delitti” (legge 22 maggio 2015, n. 68); si pensi, altresì, a tutti i dubbi che permangono in relazione alla determinatezza degli eventi-condizioni nel reato di atti persecutori, pur a fronte dell'intervento della Corte costituzionale (sentenza 11 giugno 2014, n. 172, con nota di F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. Cost.*, 2014, 2738 ss.

⁵⁸ Come si è anticipato, oltre al difficile rapporto che negli ultimi decenni si è venuto a creare tra i poteri, il fenomeno appena menzionato è espressione un ulteriore problema, sul quale torneremo più approfonditamente *ultra*. Si fa riferimento alla crisi assiologica del diritto penale, che sempre più difficilmente è in grado di esprimere precetti di tutela di beni giuridici “a priori”, all'interno della norma.

la loro massimazione in sede di legittimità⁵⁹, appare evidente come il linguaggio con il quale simile messaggio viene veicolato è molto differente. La comunicazione giudiziaria, come è ovvio, è infatti molto diversa da quella legislativa e necessariamente mediata dall'opera interpretativa del giudice, condizionata dal caso concreto.

Senza addentrarsi nelle problematiche dispute circa la qualificazione del diritto vivente – questione che riguarda il profilo della legittimità della fonte prima che della sua consistenza – non si può tuttavia non mettere in luce come le sentenze di legittimità parlino un linguaggio rivolto anche ai cittadini. Il carattere «ambiguo» del giudice di legittimità⁶⁰, stretto tra lo *ius consitututionis* e lo *ius litigatoris*, determina un'ibridazione dei registri linguistici fortemente condizionata dalla duplicità dei destinatari cui le pronunce si rivolgono. Se da un lato la funzione di controllo sull'operato dei giudici dei gradi precedenti richiede un registro stilistico tecnico e puntuale, la necessità sempre più avvertita di comunicare ai cittadini le regole di condotta induce ad adottare un tono più discorsivo e proiettato verso il futuro. Tale duplicità prospettica e funzionale incide sulla struttura linguistica delle pronunce di legittimità «[...] caratterizzate da un'alta densità di argomenti giuridici enunciati in termini generali ed astratti, tanto pertinenti al caso di specie quanto proiettati, al pari delle autentiche disposizioni, nel futuro ordinamentale»⁶¹. Stando alla teoria del diritto vivente, infatti, questi *dicta* riguarderebbero non solo i giudici e gli altri operatori del diritto, ma anche la collettività chiamata a desumere la reale portata di una legge più dalla sua reale applicazione pratica che non dal testo normativo.

Se è vero che in ogni messaggio linguistico si «accentua sempre il segno caratteristico [ritenuto] più rilevante»⁶², appare chiaro che nell'opera di costruzione dell'impianto motivazionale delle sentenze il peso rappresentato dal caso concreto non può essere sottovalutato; così come la sua influenza in sede di massimazione.

Che il linguaggio del diritto, con la mediazione – e talvolta sostituzione – della giurisprudenza, si faccia differente, dialogico, “liquido”, è dimostrato anche dai recenti sviluppi in ordine al ruolo assunto dalla Corte costituzionale, nel modo di intendere il proprio ruolo rispetto al legislatore penale. In tale prospettiva si iscrive a pieno titolo il nuovo volto assunto dal sindacato di legittimità costituzionale sulle scelte legislative in materia penale⁶³.

⁵⁹ Sul tema della massimazione e, più in generale, delle opere di raccolta e divulgazione del materiale giurisprudenziale vi sarebbe molto da dire, così come numerosi sono i profili problematici che il carattere discrezionale di simili attività rivela; sul punto cfr. D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia* 2012, 619 ss.

⁶⁰ Il riferimento è a M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991.

⁶¹ D. MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, cit., 620.

⁶² F. W. NIETZSCHE, *Linguaggio e verità* (1869-1875), a cura di M. Carassai, Roma, 2016, 46.

⁶³ Sottolinea come il contesto, inteso come il segmento di storia politico-costituzionale in cui ci si trovi immersi, forgi evolvendolo senza sosta lo strumentario decisorio della Corte

Un mutamento i cui principali caratteri si rivelano, in primo luogo, nella parabola di sviluppo del giudizio di proporzionalità delle fattispecie penali. Abbandonato, a partire dalla sentenza n. 236 del 2016, il più cauto approccio che, individuando nella sanzione il limite ultimo oltre il quale non poteva spingersi il giudizio di legittimità costituzionale, ne confinava l'intervento ai soli casi in cui fosse un *tertium comparationis* a rivelare la manifesta sproporzione sanzionatoria della norma⁶⁴, la Corte ha manifestato la propensione ad un uso più penetrante delle decisioni manipolative proprio con riguardo alle scelte sanzionatorie operate dal legislatore.

Individuato nel principio di proporzionalità della pena, ricostruito quale corollario dei principi di uguaglianza a finalità rieducativa della pena (artt. 3 e 27 Cost.), il referente del proprio sindacato, la Corte rinuncia allo schema triadico in favore di un sindacato diretto sulla congruità intrinseca delle pene edittali. Un passaggio da un giudizio di tipo «ordinale» ad uno di tipo «cardinale»⁶⁵, che evidenzia un affievolimento della preoccupazione di invadere gli spazi di discrezionalità del legislatore da parte della Corte, che assume, al contrario, un ruolo attivo nella tutela dei diritti e delle garanzie sullo sfondo delle scelte sanzionatorie.

Il ruolo della Corte si è fatto ancor più forte nei confronti del legislatore, colpevole come si è detto di non essere in grado di dare soluzione a problemi assiologicamente pregnanti e complessi, per il tramite dell'utilizzo delle c.d. sentenze monito, nella declinazione ad esse data negli ultimi pronunciamenti⁶⁶. Appare chiaro

e come «le stesse dottrine elaborate dal giudice costituzionale [...] costituiscano anche una modalità di rinnovazione costante della *legittimazione* dell'organo in un contesto istituzionale e sociale in cambiamento», D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività accessoria, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, 2, 2021, 10

⁶⁴ Come noto, prima della richiamata sentenza, il vaglio di proporzionalità della sanzione che la Corte riteneva di poter svolgere era di carattere relativo. Considerando la sanzione competenza assoluta del legislatore la Consulta riteneva di non poter sindacare, in via assoluta, la proporzionalità dell'editto, potendo intervenire soltanto nei limitati casi in cui questa, messa in comparazione con altre fattispecie tutelanti beni giuridici assimilabili, risultasse sproporzionata. E tale criterio ha trovato applicazione in un cospicuo numero di pronunce. V. C. Cost. n. 26 del 1979 con la quale la Corte ha censurato l'irragionevole equiparazione sanzionatoria all'interno nella fattispecie di insubordinazione militare (codice militare) tra omicidio e lesioni gravissime; C. Cost. 341 del 1994 con riguardo all'oltraggio a pubblico ufficiale; C. Cost. n. 409 del 1989 sulla fattispecie di violazione dell'obbligo di leva militare; ancora, C. Cost. n. 68 del 2012 con riferimento al sequestro a scopo di estorsione.

⁶⁵ La distinzione tra un giudizio di proporzionalità di tipo "ordinale", che implica una verifica di carattere relativo, comparativo, fondata su un ordine esterno alla coppia fattispecie-pena e che chiama in causa un ordine di grandezze in cui tale rapporto si inserisce, e un giudizio di tipo "cardinale", a carattere assoluto, interno alla coppia stessa, è di M. PAPA, *Fantastic voyage*, cit., 136, 137.

⁶⁶ La c.d. sentenza monito, creata in via pretoria al fine di evitare il pericolo che, in conseguenza di una secca dichiarazione di incostituzionalità, si venissero a creare pericolosi vuoti normativi, aveva in origine un carattere più "morbido", di mero consiglio che ben si inseriva

come l'utilizzo di tale strumento decisorio, con il quale la Consulta sollecita il legislatore ad intervenire entro un determinato lasso di tempo, prospettando in caso contrario un'incostituzionalità differita, ponga rilevanti questioni in ordine al principio di legalità e alla separazione dei poteri. Così facendo, infatti, non solo la Corte si spinge a lambire gli stessi lavori parlamentari, dettandone pur indirettamente l'agenda politica, ma si accinge a svolgere funzioni di vera e propria supplenza legislativa.

Quanto descritto costituisce il sintomo di quel mutamento di paradigma di cui si è detto in apertura che si è riversato sul potere legislativo ridimensionandone il ruolo e modificandone il collocamento tra i poteri. A ben vedere, infatti, quella che investe la legge non è più solo una crisi "relazionale" frutto dello svuotamento di un potere in favore di un altro, bensì una vera e propria crisi "esistenziale". Gli intensi moti di costituzionalizzazione e internazionalizzazione hanno contribuito a scalzare il vecchio modello imperativista, incarnato dal Leviatano prima e poi ereditato dal positivismo ottocentesco, sostituendolo con un nuovo paradigma nel quale i poteri sono concepiti come sottoponibili a crescenti oneri di giustificazione e controllo; un rinnovato equilibrio che ha messo radici in un terreno ove l'opposizione tra Volontà e Ragione che segnava il confine tra positivismo e giusnaturalismo non trova più motivo di esistere.

Il legislatore che comanda, senza dare ascolto né fornire ragioni, viene soppiantato nell'ideale regolativo da un legislatore che è esso stesso argomento – tra molti.

A ciò segue la lenta ma inesorabile trasformazione della legge che in quanto prodotto di quel potere non può che rifletterne le variazioni che si manifestano tanto nella perdita di vigore e centralità nel panorama delle fonti, quanto nel suo stesso patrimonio genetico. Una mutazione che appare particolarmente insidiosa e profonda se osservata con il focale della razionalità legislativa, la quale, da sempre confinata all'esterno della *voluntas legis*, sembra ora farsi spazio tra le maglie della legge stessa «cercando di mitigare, o addirittura di soppiantare, la volontà inflessibile del sovrano a cui non si poteva resistere»⁶⁷, i cui comandi sono ora divenute "ragioni" e la cui autorità deve esprimersi nelle forme e nei confini della ragionevolezza, rendendosi cioè accessibile alle istanze altrui.

in un contesto di leale collaborazione tra organi costituzionali. Recentemente la Consulta ha iniziato ad accompagnare il monito con imposizione di "vincoli" di tempo, di modo e di contenuti che l'adempimento da parte del Parlamento dovrebbe rispettare, com'è accaduto nei casi relativi alla normativa in materia di ergastolo ostativo (C. Cost. n. 97 del 2021) e di aiuto al suicidio (C. Cost. n. 2017 del 2018).

⁶⁷ C. LUZZATI, *Introduzione. Il legislatore argomentante: sfondi e sottointesi*, in *La motivazione delle leggi*, a cura di F. Ferraro, S. Zorzetto, Torino, 2019, 3.