

Il giudice civile e il giudice penale tra pluralismo delle fonti, principi e clausole generali

SSM – incontro di studio P25036

28 aprile 2025 – Scandicci

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il pluralismo delle fonti nel diritto contemporaneo. - 2.1 Dal monismo codicistico al pluralismo normativo. - 2.2 Costituzione, fonti europee e diritto penale. - 2.3 Crisi della gerarchia formale e nuove fonti “fluide”. - 2.4 Il giudice come selettore delle fonti. - 3. La funzione del giudice nel sistema multilivello. - 3.1 Dalla “bocca della legge” al custode della legalità costituzionale. - 3.2 L’interprete come co-creatore del diritto. - 3.3 Le sfide della giurisdizione penale nel diritto europeo. - 4. Il principio di legalità nel diritto penale. - 4.1 Il significato originario del principio di legalità. - 4.2 La crisi del modello classico di legalità. - 4.3 Legalità e fonti sovranazionali: verso un modello “elastico”? - 5. Il giudice penale tra norma e interpretazione: clausole generali e bilanciamento. - 5.1 Clausole generali e legalità penale: un confronto delicato. - 5.2 Giudizio di bilanciamento e “caso concreto”. - 5.3 Discrezionalità e controllo. - 6. La funzione nomofilattica e il rischio di creatività giudiziale. - 6.1 Il principio di nomofilachia: genesi e trasformazioni. - 6.2 Il pericolo dell’eccesso interpretativo. - 6.3 Giudice e legislatore: ruoli distinti, ma comunicanti. - 7. Giurisprudenza costituzionale e caso concreto. - 7.1 L’evoluzione della funzione della Corte costituzionale. - 7.2 Bilanciamento e proporzionalità nella giurisprudenza della Corte. - 7.3 Dialogo tra giudice comune e giudice delle leggi. - 8. Conclusioni: la responsabilità del giudice tra diritto e valori. - 8.1 Un giudice tra pluralità e tensioni. - 8.2 Verso una nuova legalità: assiologica, dialogica, coerente. - 8.3 La formazione e il metodo: pilastri della responsabilità giudiziaria. - 8.4 Una “coscienza critica” al servizio del diritto.

1. Introduzione

Il giudice penale contemporaneo si trova immerso in un orizzonte giuridico segnato da profonde trasformazioni: al tradizionale monismo delle fonti, che faceva della legge statale la fonte primaria e pressoché esclusiva del diritto, si è sostituito un pluralismo normativo che coinvolge Costituzione, diritto sovranazionale, convenzioni internazionali, *soft law*, giurisprudenza e principi generali. Questo scenario complesso interroga la funzione stessa della giurisdizione penale e il suo rapporto con il principio di legalità, pilastro dello Stato di diritto ma sempre più soggetto a reinterpretazioni che ne mutano la portata originaria.

Come ha osservato Paolo Grossi¹, il diritto moderno, a partire dalla Rivoluzione francese, si era strutturato secondo una rigida gerarchia di fonti, fondata sul primato della legge e sulla centralità dello Stato. Tuttavia, la progressiva emersione di una

¹ P. Grossi, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 15 ss.

“esperienza giuridica postmoderna” ha comportato l’erosione del modello monistico, portando alla riscoperta della complessità del fenomeno giuridico e della pluralità delle sue fonti, in un contesto in cui lo stesso giudice è chiamato a fungere da “cerniera tra legge e Costituzione”, non più semplice esecutore della norma, ma interprete e garante dei valori costituzionali e sovranazionali.

Nel settore penale, queste dinamiche acquistano una particolare intensità, data la necessità di coniugare le esigenze di legalità, prevedibilità e tassatività della norma con la necessità, talvolta inevitabile, di adattare l’interpretazione del diritto a valori superiori e principi fondamentali. Il giudice penale è quindi collocato in un delicato equilibrio tra vincoli normativi e margini di discrezionalità, spesso esercitati tramite il ricorso a clausole generali, principi non scritti e tecniche di bilanciamento.

L’obiettivo del mio intervento è quello di indagare la figura del giudice penale all’interno di questo contesto segnato dal pluralismo delle fonti, valutando come il principio di legalità venga ridefinito dall’interazione con i principi costituzionali e sovranazionali, e quale ruolo giochi la giurisprudenza nella concretizzazione delle clausole generali.

2. Il pluralismo delle fonti nel diritto contemporaneo

2.1 Dal monismo codicistico al pluralismo normativo

Nel modello classico di diritto penale, la legge formale era considerata l’unica fonte legittima di produzione normativa. Tale visione, figlia dell’Illuminismo e consacrata dalla Rivoluzione francese, si fondava su un’impostazione rigidamente statocentrica, che attribuiva al legislatore il monopolio nella definizione del diritto punitivo. In tale sistema, il giudice era mera "bocca della legge", escluso da qualsiasi funzione creativa.

Questa struttura ha cominciato a mostrare i suoi limiti già alla fine dell’Ottocento, quando la crescente complessità sociale, l’interventismo statale e

l'emersione di nuovi diritti hanno imposto una rilettura della rigida gerarchia delle fonti. Paolo Grossi ha parlato in tal senso di una “erosione del sistema moderno delle fonti”², che ha aperto la strada a un pluralismo giuridico di tipo postmoderno, dove le fonti formali convivono con fonti atipiche, principi, *soft law* e giurisprudenza.

2.2 Costituzione, fonti europee e diritto penale

L'ordinamento giuridico italiano si è trasformato in un sistema multilivello, in cui convivono – spesso in tensione – fonti interne, fonti dell'Unione europea e fonti internazionali, tra cui spiccano la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e le convenzioni ONU. Come chiarito da Luigi Salvato³, si tratta di un “diritto plurale” nel quale la legalità penale è inevitabilmente influenzata da norme sovranazionali che spesso impongono al giudice un compito di integrazione, adattamento e persino disapplicazione del diritto interno.

La trasformazione più significativa si è prodotta con l'introduzione della Costituzione repubblicana del 1948, che ha innalzato i diritti fondamentali a parametro primario di legittimità della legge. Il giudice, in questo contesto, non è più solo applicatore della norma, ma garante della conformità delle leggi ai valori costituzionali. Il diritto penale, pertanto, deve essere interpretato alla luce della Costituzione, anche quando ciò comporta una torsione del significato letterale della norma.

A questa rivoluzione si è affiancato il processo di integrazione europea. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea ha stabilito il principio della primazia del diritto dell'Unione anche rispetto a norme costituzionali contrastanti⁴, imponendo al giudice nazionale l'obbligo di disapplicare le disposizioni interne incompatibili.

Ciò è avvenuto anche in ambito penale, come dimostrano i casi:

² P. Grossi, *op. ult. cit.*

³ L. Salvato, *La complessità del sistema delle fonti del diritto: le norme costituzionali e sovranazionali*, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 47 ss.

⁴ CGUE, causa 106/77, Simmenthal, 9 marzo 1978.

- Taricco⁵, dove si è affermato che norme interne sulla prescrizione possono essere disapplicate per tutelare gli interessi finanziari dell'UE;

- Melloni⁶, in cui si è ribadita la supremazia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione anche su disposizioni costituzionali interne.

Tuttavia, la Corte costituzionale italiana ha risposto con la dottrina dei controlimiti, riaffermando la prevalenza dei principi supremi dell'ordinamento italiano, come nel caso Granital⁷ e nei noti giudizi gemelli sulle norme CEDU⁸.

Il giudice penale, pertanto, non si confronta più con un ordinamento chiuso e autosufficiente, ma si trova a operare in un quadro aperto e interconnesso, in cui deve tenere conto di una pluralità di fonti e di principi, con inevitabili ricadute sull'applicazione del principio di legalità.

2.3 Crisi della gerarchia formale e nuove fonti "fluide"

Il diritto penale odierno si trova così a operare in un ordinamento a geometria variabile, in cui coesistono:

- la legge statale,
- le norme costituzionali,
- il diritto dell'Unione europea,
- la CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo,
- la *soft law* (es. linee guida ANAC, raccomandazioni delle Autorità),
- i principi generali e i diritti fondamentali.

In questo contesto, si afferma il principio della massimizzazione della tutela dei diritti: il giudice penale deve selezionare la fonte che offre la protezione più elevata,

⁵ CGUE, causa C-105/14, Taricco, 8 settembre 2015.

⁶ CGUE, causa C-399/11, Melloni, 26 febbraio 2013.

⁷ Corte cost., sentenza 8 giugno 1984 n. 170.

⁸ Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007.

anche se ciò significa derogare alla legge nazionale. Ne è esempio la sentenza della Corte EDU Del Río Prada c. Spagna⁹, in cui è stato ritenuto violato l'art. 7 CEDU a causa di un'interpretazione retroattiva di una norma penale.

Il pluralismo, se da un lato arricchisce il sistema, dall'altro comporta una crisi della prevedibilità e della certezza del diritto penale, aprendo spazi potenziali di creatività giudiziale e rendendo più complessa la ricostruzione del precetto penale.

2.4 Il giudice come selettore delle fonti

Il giudice penale contemporaneo è dunque chiamato non solo ad applicare la legge, ma a selezionare, tra una pluralità di fonti concorrenti, quella che meglio soddisfa i principi di legalità, proporzionalità e tutela effettiva dei diritti. Ciò comporta una funzione “costituzionalmente orientata” che impone al giudice di “leggere” la norma penale alla luce del sistema valoriale costituzionale e convenzionale.

Questo ruolo si riflette anche nel principio di interpretazione conforme, ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Supreme corti¹⁰, che impone di preferire tra le diverse interpretazioni quella più coerente con i diritti fondamentali e il diritto europeo.

Il giudice è dunque oggi chiamato non solo a individuare la norma applicabile, ma anche a risolvere conflitti tra fonti diverse, talora prive di una chiara gerarchia. Ciò comporta un inevitabile ampliamento della sua funzione ermeneutica, che si traduce, di fatto, in una maggiore discrezionalità.

3. La funzione del giudice nel sistema multilivello

⁹ Corte EDU, Del Río Prada c. Spagna [GC], 21 ottobre 2013.

¹⁰ Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. U, n. 38691 del 25/06/2009, Caruso, Rv. 244191 – 01, secondo cui l'obbligo del giudice di interpretare il diritto nazionale conformemente al contenuto delle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo VI del Trattato sull'Unione europea non può legittimare l'integrazione della norma penale interna quando una simile operazione si traduca in una interpretazione in "malam partem". (In applicazione di tale principio, la Corte ha escluso che la disciplina in tema di confisca contenuta nella decisione-quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 possa essere utilizzata per estendere la confisca per equivalente di cui all'art. 322 ter primo comma cod. pen. anche al profitto del reato).

3.1 Dalla “bocca della legge” al custode della legalità costituzionale

Il ruolo del giudice ha subito, negli ultimi decenni, una trasformazione radicale. L'immagine illuminista del giudice come soggetto passivo, esecutore della volontà del legislatore, è ormai superata. In un sistema giuridico complesso e multilivello, il giudice – e in particolare il giudice penale – non può più limitarsi ad un'interpretazione meccanica della norma, ma è chiamato a svolgere una funzione di mediazione tra le diverse fonti del diritto, interpretando la legge alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali.

Come ha osservato Fulvio Troncone¹¹, il giudice oggi è avamposto della legalità costituzionale, chiamato a far valere il primato dei valori e dei principi della Costituzione, anche contro la legge ordinaria, quando quest'ultima si ponga in contrasto con diritti fondamentali.

Questa evoluzione della giurisdizione riflette la mutata concezione della Costituzione, non più intesa come mera tavola di regole, ma come deposito di valori assiologici, dotati di efficacia diretta e prevalente. In tal senso, il giudice diventa garante dello Stato costituzionale di diritto, con il compito di dare concretezza a diritti e principi anche in assenza di una esplicita previsione normativa.

3.2 L'interprete come co-creatore del diritto

All'interno di questo scenario, la giurisprudenza assume una funzione creativa, non solo applicativa. Come rileva Giancarlo Montedoro¹², l'interpretazione giuridica non è più un atto meramente tecnico, ma diventa un momento decisivo di costruzione del diritto. In questa prospettiva, il giudice partecipa alla definizione dell'ordinamento, integrando e talvolta colmando le lacune della legge attraverso l'uso di principi, valori e clausole generali.

¹¹ F. Troncone, *Presentazione*, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 11 ss.

¹² G. Montedoro, *La funzione nomofilattica: orizzonti e illusioni. Un “allegro non troppo”*, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 71 ss.

Questa funzione si manifesta con particolare evidenza nei settori in cui la legge è volutamente elastica – come nel caso di concetti come “buona fede”, “giustizia”, “interesse pubblico”, “proporzionalità” – ma può emergere anche nell’interpretazione di norme penali, soprattutto in relazione a concetti indeterminati o a fattispecie costruite per rinvio.

Tale ruolo interpretativo è amplificato dalla presenza di norme sovranazionali che spesso impongono al giudice di operare un bilanciamento tra interessi contrapposti, con il rischio, però, di attenuare i requisiti di tassatività e prevedibilità propri della legalità penale.

3.3 Le sfide della giurisdizione penale nel diritto europeo

Il giudice penale, in particolare, si confronta oggi con una serie di tensioni derivanti dalla convivenza tra il principio di legalità tradizionale – fondato sulla riserva di legge, sulla tassatività e sull’irretroattività – e le esigenze di effettività, tutela dei diritti e bilanciamento provenienti dal diritto europeo. Il Trattato di Lisbona, la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea impongono *standard* che vanno oltre il dato legislativo nazionale, imponendo spesso un’interpretazione evolutiva delle norme penali.

Come evidenziato da Ernesto Lupo¹³, ciò ha determinato un mutamento profondo nella posizione del giudice, che da soggetto subordinato alla legge diviene arbitro di un equilibrio difficile tra legalità e giustizia sostanziale. La funzione nomofilattica, in questo contesto, si frammenta e si ricompone in chiave “circolare”, attraverso il dialogo tra giurisdizioni, nazionali e sovranazionali, e tra giudici di merito e di legittimità.

¹³ E. Lupo, Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 211 ss.

4. Il principio di legalità nel diritto penale

4.1 Il significato originario del principio di legalità

Il principio di legalità costituisce uno dei pilastri fondamentali del diritto penale moderno. Esso trova la sua consacrazione nell'art. 25, comma 2, della Costituzione italiana, secondo cui “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”. La norma esprime un insieme di garanzie che, storicamente, hanno rappresentato una risposta contro l'arbitrarietà del potere giudiziario e amministrativo: riserva di legge, tassatività, determinatezza, irretroattività e divieto di analogia *in malam partem*.

La legalità, dunque, non è solo un principio tecnico-giuridico, ma una clausola di civiltà, funzionale a garantire la libertà individuale contro l'invasione dello Stato. Come ricorda Francesco Palazzo¹⁴, la legalità penale rappresenta il presidio fondamentale dello Stato liberale di diritto, volto a subordinare il potere punitivo a norme previamente e chiaramente determinate dal Parlamento, espressione della sovranità popolare.

4.2 La crisi del modello classico di legalità

Tuttavia, come Palazzo denuncia con lucidità, tale concezione “classica” della legalità è oggi sottoposta a forti pressioni. L'interpretazione giudiziaria, spinta dal bisogno di rendere effettiva la tutela dei beni giuridici e di adeguare il diritto penale ai mutamenti sociali e sovranazionali, tende ad ampliare l'ambito delle fattispecie incriminatrici, incidendo così sui confini della legalità formale.

Uno dei fenomeni più emblematici in tal senso è rappresentato dall'interpretazione estensiva o addirittura analogica di norme penali sostanziali, giustificata in nome della “funzione di tutela” o della “*ratio*” della norma. Così, ad esempio, si è assistito a interpretazioni innovative in tema di reati ambientali,

¹⁴ F. Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 187 ss.

responsabilità penale d'impresa, crimini informatici, spesso in assenza di una chiara disciplina legislativa.

Palazzo parla esplicitamente di “conflitto” tra legalità penale e creatività giudiziaria, nel quale il giudice rischia di abbandonare il ruolo di garante della libertà per trasformarsi in protagonista attivo della costruzione normativa. Questo mutamento, per quanto spinto da esigenze di giustizia sostanziale, rischia però di incrinare le garanzie formali a tutela dell'imputato, generando incertezza giuridica e lesione del principio di prevedibilità.

4.3 Legalità e fonti sovranazionali: verso un modello “elastico”?

Il pluralismo delle fonti ha introdotto ulteriori fattori di tensione. Il diritto dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte EDU hanno sviluppato un concetto “funzionale” di legalità, meno formale e più orientato all'effettività della tutela dei diritti e dei beni giuridici. In tale contesto, la prevedibilità della norma non è più affidata solo alla sua formulazione letterale, ma anche al contributo interpretativo della giurisprudenza consolidata.

Questa visione più elastica del principio di legalità – che riconosce la legittimità di un certo grado di indeterminatezza, purché superabile con un'interpretazione ragionevole – è stata recepita in parte anche dalla Corte costituzionale italiana, che ha ammesso, in taluni casi, l'uso di concetti giuridici indeterminati e persino il ricorso a fonti diverse dalla legge formale, purché rispettose dei valori costituzionali e dei diritti fondamentali.

Tuttavia, tale apertura ha un prezzo: l'arretramento del modello rigido di legalità, a favore di un equilibrio più fluido tra garanzie formali e esigenze sostanziali. Ciò comporta un maggiore potere al giudice, ma anche una maggiore responsabilità, nella misura in cui ogni decisione interpretativa incide direttamente sull'estensione del potere punitivo dello Stato.

5. Il giudice penale tra norma e interpretazione: clausole generali e bilanciamento

5.1 Clausole generali e legalità penale: un confronto delicato

Nel diritto penale, l'uso delle clausole generali – ossia formule normative ampie e indeterminate, come “buon costume”, “interesse pubblico”, “grave turbamento” – solleva interrogativi delicati in relazione al principio di legalità. In astratto, tali clausole paiono incompatibili con le esigenze di tassatività e determinatezza richieste dall'art. 25, co. 2, Cost., e dall'art. 7 CEDU.

Tuttavia, nella prassi normativa e giurisprudenziale, le clausole generali sono sempre più presenti anche nel diritto punitivo. Basti pensare all'art. 612-*bis* c.p. (atti persecutori), che fa riferimento allo “stato di ansia o di paura” della vittima, o alle norme del d.lgs. 231/2001, in cui il giudizio di “adeguatezza” dei modelli organizzativi rinvia inevitabilmente a valutazioni aperte.

La Corte costituzionale ha riconosciuto che l'uso di concetti indeterminati non è di per sé incompatibile con la legalità, purché l'interpretazione giudiziale avvenga in modo prevedibile, proporzionato e razionale¹⁵. La Corte EDU, d'altro canto, ha affermato che una norma penale può essere considerata “prevedibile” se la sua interpretazione risulta sufficientemente chiara dalla giurisprudenza consolidata¹⁶.

La giurisprudenza della Corte di cassazione ha svolto un ruolo centrale nel riempire di contenuto le clausole generali. Ad esempio, nel noto caso ThyssenKrupp¹⁷, la Corte ha elaborato i concetti di “colpa cosciente” e “rischio consentito” nella

¹⁵ Corte cost., sentenza 1° agosto 2008, n. 327 (in cui la Corte ritenne infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 434 cod. pen., nella parte in cui punisce il c.d. disastro innominato, sollevate in riferimento agli artt. 24, 25, secondo comma, e 27 della Costituzione, in quanto la norma nella sua formulazione non sarebbe idonea ad assicurare il rispetto del principio di tassatività della fattispecie penale). Ancora, si v., Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236 (in cui la Corte dichiarò la conformità alla Costituzione delle norme che prevedevano l'inapplicabilità dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, introdotti dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, ai processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione).

¹⁶ Corte EDU, Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993.

¹⁷ Cass. pen., Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, P.g, R.C., Espenhahn e altri, Rv. 261110 – Rv. 261117.

gestione industriale, sviluppando una fitta trama di criteri interpretativi orientati ai principi di precauzione e responsabilità.

Questa, insieme ad altre pronunce, evidenziano come l'interpretazione delle clausole generali, per non degenerare in arbitrarietà, debba fondarsi su un *corpus* consolidato di precedenti e su un rigoroso impianto argomentativo.

Come sottolinea Massimo Luciani¹⁸, l'uso delle clausole generali può entrare in rotta di collisione con l'esigenza di determinatezza e tassatività delle fattispecie penali, elementi fondamentali della legalità garantistica. Tuttavia, nella prassi giurisprudenziale, esse sono ormai un elemento strutturale dell'interpretazione giudiziaria, anche in ambito penale, laddove il legislatore si astenga dal tipizzare in modo puntuale la condotta vietata.

Il Prof. Luciani evidenzia come, in un sistema giuridico complesso, il giudice debba talvolta “riempire” queste clausole, orientandosi ai principi costituzionali e sovranazionali. Questa operazione, se da un lato amplia l'autonomia interpretativa, dall'altro richiede rigore metodologico e motivazione rafforzata, per evitare derive arbitrali.

5.2 Giudizio di bilanciamento e “caso concreto”

Un ulteriore strumento che pone il giudice penale al crocevia tra legalità e discrezionalità è il giudizio di bilanciamento, soprattutto nel confronto tra diritti fondamentali confliggenti. Come rileva Michele Massa¹⁹, la giurisprudenza costituzionale italiana ha adottato un modello orientato al caso concreto, in cui il bilanciamento non è il risultato di un algoritmo normativo, ma di una valutazione calibrata sul contesto.

¹⁸ M. Luciani, *Il ruolo della giurisprudenza: applicazione delle clausole generali e certezza dei rapporti giuridici*, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 171 ss.

¹⁹ M. Massa, *Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Notazioni introduttive*, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 143 ss.

Questo approccio è particolarmente delicato nel diritto penale, dove il giudice deve valutare, ad esempio, se comprimere il diritto alla libertà personale in nome della sicurezza collettiva, oppure se giustificare una restrizione della libertà di espressione per tutelare la dignità altrui. In questi casi, la Costituzione non fornisce soluzioni predeterminate, ma offre una serie di parametri valoriali da bilanciare con prudenza e razionalità.

Il giudizio di bilanciamento è, dunque, un altro terreno in cui la funzione interpretativa si accentua. Nella prospettiva costituzionale, il bilanciamento è lo strumento per comporre conflitti tra diritti, privilegiando soluzioni ragionevoli e proporzionate. Ad esempio, La Corte costituzionale ha ritenuto il c.d. ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione, valorizzando il principio di dignità e la finalità rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.)²⁰.

In ambito europeo, la Corte di Strasburgo ha utilizzato il criterio del bilanciamento in numerosi casi, come, ad esempio, in *Riela c. Italia* dove ha sanzionato l'omesso accesso a cure adeguate da parte di un detenuto²¹.

Come osservano Elisabetta Lamarque e Nicola Canzian²², questa “giurisprudenza costituzionale orientata al caso” segna un superamento del formalismo normativo, e implica per il giudice un dovere di responsabilità ermeneutica: egli è chiamato non solo a individuare la norma, ma anche a “ponderare” le sue conseguenze, con particolare attenzione alla proporzionalità e alla ragionevolezza delle sanzioni.

5.3 Discrezionalità e controllo

L'ampliamento del potere interpretativo comporta inevitabilmente il rischio di arbitrarietà. Tuttavia, come sottolinea Enrico Scoditti²³, la discrezionalità interpretativa

²⁰ Corte cost., ordinanza 11 maggio 2021, n. 97.

²¹ Corte EDU, *Riela c. Italia*, sentenza 9 novembre 2023.

²² E. Lamarque – N. Canzian, Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Esempi e svolgimenti, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 157 ss.

²³ E. Scoditti, *Clausole generali e certezza del diritto*, in *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, Quaderno n. 26, Scuola Superiore della Magistratura, IPZS, 2023, 177 ss.

non è sinonimo di soggettivismo, ma può – e deve – essere esercitata entro vincoli oggettivi, rappresentati dai principi costituzionali, dai precedenti giurisprudenziali, dalle tecniche argomentative e dalla motivazione. In tale prospettiva, le clausole generali e i giudizi di bilanciamento non sono spazi di potere, ma spazi di responsabilità.

Il giudice, dunque, è tenuto a esplicitare il percorso logico che conduce dalla norma astratta alla decisione concreta, rendendo verificabile e sindacabile la propria interpretazione. È questo, in ultima analisi, il vero contenuto della legalità penale nella sua forma moderna: non più rigida subordinazione alla lettera della legge, ma vincolo a una legalità razionale, coerente e argomentata.

L'ampliamento della discrezionalità giudiziale impone un uso rigoroso del metodo argomentativo. Il rispetto del principio di prevedibilità non è più affidato solo alla legge, ma anche alla coerenza del diritto vivente. Laddove vi siano orientamenti contrastanti, spetta alla Corte di Cassazione, in funzione nomofilattica, operare un'opera di razionalizzazione per garantire l'uniformità dell'interpretazione.

6. La funzione nomofilattica e il rischio di creatività giudiziale

6.1 Il principio di nomofilachia: genesi e trasformazioni

Il principio di nomofilachia, che tradizionalmente assegna alla Corte di Cassazione il compito di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto, si inserisce nel sistema come strumento di garanzia della certezza giuridica e dell'eguaglianza nell'applicazione della legge. In un sistema fortemente pluralistico e dinamico come quello attuale, però, anche la funzione nomofilattica è soggetta a profonde trasformazioni.

Come ha rilevato Giancarlo Montedoro²⁴, la funzione nomofilattica non è più univocamente concentrata nella Corte di Cassazione. Essa si frammenta e si “diffonde” lungo tutto l’asse del sistema giurisdizionale, assumendo forme multiple: dialogo tra giurisdizioni, circolazione degli orientamenti, valorizzazione della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale. Questo processo ha reso la nomofilachia meno verticale e più circolare, ma al tempo stesso ha aumentato il rischio di incertezza e conflitti interpretativi.

6.2 Il pericolo dell’eccesso interpretativo

Uno degli effetti collaterali di questa trasformazione è il rischio di “creatività giudiziale”, cioè l’ampliamento dell’intervento interpretativo fino a sfiorare – o talvolta travalicare – i limiti della funzione giurisdizionale. Tale rischio si accentua soprattutto in ambito penale, dove la costruzione giurisprudenziale può sostituirsi, di fatto, alla volontà legislativa, incidendo direttamente sulla libertà personale degli individui.

Il Prof. Francesco Palazzo è tra i più critici rispetto a questo fenomeno²⁵. Egli denuncia il pericolo di uno “stato di giurisprudenza”, in cui il giudice si arroga un potere normativo non previsto dalla Costituzione, soprattutto quando interviene su concetti indeterminati, norme penali in bianco o disposizioni lacunose. In tali casi, la funzione nomofilattica può degenerare in un’attività para-legislativa, con evidenti problemi di legittimazione democratica.

6.3 Giudice e legislatore: ruoli distinti, ma comunicanti

Nonostante i rischi, non si può ignorare che l’attività interpretativa è divenuta, in molti ambiti, una necessità. L’imperfezione e la crescente complessità delle norme, spesso influenzate da fonti sovranazionali, impongono un ruolo attivo al giudice, che non può limitarsi a un’interpretazione letterale, pena l’inefficacia della tutela giurisdizionale.

²⁴ G. Montedoro, *La funzione nomofilattica: orizzonti e illusioni. Un “allegro non troppo”*, op. cit.

²⁵ F. Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, op. cit.

Secondo Ernesto Lupo²⁶, il punto non è tanto impedire al giudice di interpretare, quanto stabilire criteri e limiti precisi per un'interpretazione legittima. Tra questi criteri rientrano: il rispetto del principio di legalità, l'adesione ai precedenti consolidati, la motivazione razionale e il controllo nomofilattico. In questa prospettiva, la distinzione tra legislatore e giudice non viene annullata, ma modulata alla luce di una responsabilità comune verso il diritto e la giustizia.

La giurisprudenza, quindi, può essere “creativa” solo nella misura in cui si muove all'interno del perimetro tracciato dai principi costituzionali e rispetta le garanzie fondamentali, in primo luogo la prevedibilità e l'uguaglianza delle decisioni giudiziarie.

7. Giurisprudenza costituzionale e caso concreto

7.1 L'evoluzione della funzione della Corte costituzionale

La giurisprudenza costituzionale ha assunto, negli ultimi decenni, un ruolo crescente nella definizione dei confini del diritto penale. Se inizialmente la Corte era vista come garante dell'astratta coerenza tra legge e Costituzione, oggi essa interviene anche nel merito delle opzioni legislative, orientandole alla luce dei diritti fondamentali, dei principi costituzionali e dei vincoli sovranazionali. Questo cambiamento è particolarmente evidente nel modo in cui la Corte affronta i temi della pena, del principio di proporzionalità e del bilanciamento dei valori.

Come osserva Michele Massa²⁷, si è affermata una giurisprudenza costituzionale “orientata al caso”, in cui la valutazione di costituzionalità non si basa più solo su criteri astratti, ma tiene conto della concretezza fattuale delle situazioni portate all'esame del giudice delle leggi.

²⁶ E. Lupo, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale*, op. cit.

²⁷ M. Massa, *Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Notazioni introduttive*, op. cit.

7.2 Bilanciamento e proporzionalità nella giurisprudenza della Corte

Un esempio emblematico di questo approccio è rappresentato dalle sentenze in materia di ergastolo ostativo, droghe leggere, misure di prevenzione, detenzione domiciliare per detenuti gravemente malati. In questi casi, la Corte ha operato un giudizio di proporzionalità tra la tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza collettiva e i diritti individuali alla salute, alla dignità e alla rieducazione, mettendo in discussione automatismi legislativi che impedivano al giudice di valutare il singolo caso.

Come evidenziano Elisabetta Lamarque e Nicola Canzian²⁸, la Corte si muove in un'ottica che potremmo definire “prudente”: non sovverte l'impianto normativo, ma lo “corregge” o lo “adatta” in funzione dei valori costituzionali. Questo comporta una maggiore attenzione alla logica del bilanciamento e alla ponderazione tra principi, spesso in tensione reciproca, come legalità e giustizia sostanziale, sicurezza collettiva e dignità personale.

La Corte, in altre parole, esercita un controllo di ragionevolezza e proporzionalità, che ha inevitabili riflessi anche sulla giurisprudenza ordinaria, e in particolare sul giudice penale, chiamato ad adeguarsi a tali parametri, anche in sede interpretativa.

7.3 Dialogo tra giudice comune e giudice delle leggi

Il giudice penale, in questo contesto, non è più solo destinatario delle decisioni della Corte costituzionale, ma ne diventa interlocutore privilegiato. Attraverso il meccanismo della questione di legittimità costituzionale, il giudice può sollecitare l'intervento della Corte, attivando un circuito virtuoso di confronto tra livelli diversi di giurisdizione.

Questo dialogo – che si estende anche alle Corti sovranazionali – contribuisce a ridefinire il concetto stesso di legalità penale, nella misura in cui consente un continuo

²⁸ E. Lamarque – N. Canzian, *Il giudizio di bilanciamento: una giurisprudenza costituzionale orientata al caso? Esempi e svolgimenti*, op. cit.

aggiustamento del diritto alle esigenze della realtà e ai valori costituzionali. Tuttavia, ciò comporta anche una maggiore complessità del sistema, in cui il giudice penale deve destreggiarsi tra norme, principi e interpretazioni multilivello.

Come ha osservato Fulvio Troncone²⁹, siamo ormai lontani dal giudice “bocca della legge”; il nuovo modello costituzionale impone al giudice una capacità critica e dialogica, e richiede una formazione sempre più orientata ai valori e meno al formalismo.

8. Conclusioni: la responsabilità del giudice tra diritto e valori

8.1 Un giudice tra pluralità e tensioni

Nel contesto contemporaneo, la figura del giudice penale emerge come elemento centrale nella gestione di un sistema normativo sempre più complesso, frammentato e valoriale. Il giudice non è più soltanto un tecnico del diritto, né un mero esecutore della legge: egli è investito di un compito più profondo, quello di mediare tra le fonti, di selezionare i principi applicabili, di bilanciare valori costituzionali e sovranazionali e di rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali, anche a costo di innovare l'interpretazione della norma.

Questa funzione, tuttavia, non può essere esercitata in modo arbitrario o isolato. Essa richiede una costante attenzione all'equilibrio tra legalità e giustizia, tra certezza e flessibilità, tra tradizione e innovazione. Come evidenzia Ernesto Lupo³⁰, il giudice penale oggi si muove in uno “spazio di tensione”, in cui deve rispettare i limiti imposti dalla legalità formale, ma anche rispondere alle sollecitazioni provenienti dalla realtà sociale e dai nuovi paradigmi costituzionali.

8.2 Verso una nuova legalità: assiologica, dialogica, coerente

²⁹ F. Troncone, *Presentazione del Quaderno n. 26*, Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità, op. cit.

³⁰ E. Lupo, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale*, op. cit.

Il principio di legalità non è stato abbandonato, ma trasformato. Da legalità formale – rigida, chiusa, legata alla sola legge – si è evoluto in legalità sostanziale, incentrata sulla tutela dei diritti fondamentali, sulla prevedibilità e sulla ragionevolezza delle decisioni giudiziarie. Come indicato nella giurisprudenza costituzionale e nella riflessione dottrinale contemporanea, il diritto penale può essere compatibile con concetti indeterminati, norme aperte e clausole generali solo se accompagnato da un rigoroso controllo di razionalità, proporzionalità e motivazione.

La legalità, dunque, si assesta oggi su un piano assiologico: il giudice non è chiamato solo a verificare l'esistenza della norma, ma a interpretarla in modo conforme ai valori fondamentali dell'ordinamento. In questo senso, il giudice penale è anche un garante del principio democratico, perché applica la legge in modo coerente con la dignità umana, l'uguaglianza sostanziale, la funzione rieducativa della pena.

8.3 La formazione e il metodo: pilastri della responsabilità giudiziaria

La centralità del giudice nel diritto contemporaneo impone un investimento forte nella formazione e nella cultura della giurisdizione. Occorre sviluppare una “filosofia del dialogo” che consenta al giudice di confrontarsi criticamente con l'evoluzione del diritto, con l'accademia, con le Corti europee, con le altre professioni giuridiche.

La discrezionalità interpretativa, infatti, non può essere esercitata in modo individualistico. Essa deve poggiare su un metodo: il confronto con i precedenti, l'uso delle tecniche argomentative, l'apertura al contraddittorio processuale, la trasparenza della motivazione. Solo così il giudice può preservare la propria legittimazione in un sistema democratico, e garantire una legalità non formale, ma effettivamente giusta.

8.4 Una “coscienza critica” al servizio del diritto

Come ha insegnato Paolo Grossi³¹, la funzione del giurista – e in particolare del giudice – è anche quella di rappresentare una “coscienza critica” dell'ordinamento,

³¹ P. Grossi, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica postmoderna in Italia*, op. cit.

capace di percepire le trasformazioni sociali e di tradurle in diritto senza sacrificare i valori fondativi della convivenza civile.

Il giudice penale, in questo senso, si pone come figura chiave del diritto vivente, chiamato a far dialogare la legge con la Costituzione, la norma con il caso concreto, il testo con il contesto. La sua responsabilità non è solo giuridica, ma anche culturale ed etica. E solo nella consapevolezza di questa responsabilità potrà continuare ad assolvere il proprio compito in un tempo segnato da pluralismo, incertezza e mutamento.

Alessio Scarcella