

LA DISCREZIONALITÀ TRA LEGALITÀ E GIURISDIZIONE (*)

di Gaetano Silvestri

SOMMARIO: 1. Discrezionalità e libertà. 2. Discrezionalità, interpretazione e riserva di legge. 3. Rapporti tra *imperium* e *ratio*. 4. Tipologie di discrezionalità. 5: La discrezionalità necessaria. Il metodo dialogico. 6. Il volto attuale della riserva di legge. 7. Discrezionalità ed equità. 8. Discrezionalità, razionalità e ragionevolezza. L'illegittimità costituzionale degli automatismi legislativi.

1. Discrezionalità e libertà.

L'insegnamento tradizionale ci ha consegnato una tripartizione generale dei modi di produzione del diritto, sia che si tratti di principi che di regole: quella che Costantino Mortati chiama funzione di predisposizione normativa può essere libera nel fine, discrezionale o vincolata. Con il passare degli anni e le trasformazioni degli ordinamenti giuridici – specie dopo la diffusione delle costituzioni rigide garantite – la nettezza dei confini tra queste modalità di produzione del diritto si è molto attenuata, mettendo in crisi dogmi un tempo comunemente ricevuti, con influssi, più o meno intensi, in tutti i rami del diritto. Nello specifico, la libertà nella scelta dei fini e dei mezzi giuridici per raggiungerli era ritenuta prerogativa del legislatore, la discrezionalità nella scelta dei mezzi era ritenuta contrassegno dell'amministrazione, la vincolatezza era ritenuta caratteristica del giudice. Sia la discrezionalità dell'amministrazione che la vincolatezza della giurisdizione presupponevano, anche nelle concezioni tradizionali, l'interpretazione, che negli ordinamenti di *civil law* si esercitava su un testo scritto e predisposto dai detentori *pro tempore* del potere politico.

Il quadro teorico-sistematico delle modalità di produzione del diritto prima brevemente riassunto scaturisce, come tutti i fenomeni sociali, dalla prassi storica e dalla cultura che ne esprime e mette in evidenza i tratti essenziali.

La grande stagione culturale che precedette lo scoppio della Rivoluzione francese vide contrapporsi le idee dell'illuminismo, ispirate alla valorizzazione dell'individuo e dalla fiducia nella capacità della Ragione di comprendere e dominare il mondo naturale e sociale. Di qui l'incrollabile certezza, ereditata peraltro dal razionalismo, nella possibilità di accertare e descrivere verità "obiettive", in tal modo "gettando luce" sulla realtà. La certezza di essere in possesso di verità indiscutibili, perché oggettivamente dimostrabili, si sposava con l'esigenza della borghesia in ascesa e poi trionfante di far piazza pulita dei barocchismi e delle complicazioni della vecchia cultura giuridica, i cui

(*) Il testo, corredato di note, riproduce l'intervento dell'Autore al convegno "Evoluzione del sistema penale e giudizi di discrezionalità" svoltosi a Firenze, Villa Ruspoli, il 9 e 10 maggio 2024.

detentori erano i giudici, esponenti di una *noblesse de robe* indissolubilmente legata all'antico regime, anche se spesso in aspro contrasto, specie in Francia, con l'assolutismo regio.

Non dobbiamo dimenticare che l'assolutismo illuminato di Federico il Grande, con le sue istanze di semplificazione giuridica e istituzionale e con il mito di perseguire la "felicità" del popolo fu apprezzato da Voltaire. Così come l'accentramento amministrativo basato sul sistema dei prefetti trovava il suo antecedente negli intendenti del monarca francese, la primazia della legge trovava il suo fondamento nella superiorità irresistibile della volontà del sovrano, incarnato prima dal re assoluto, poi dall'assemblea legislativa di stampo giacobino. Chiunque fosse il detentore della sovranità – monarca, assemblea elettiva o, più tardi, partito politico o *leader* carismatico – la sua volontà era legge e la legge si imponeva a tutti i giudici come dato preesistente, chiaro e indisponibile.

Naturalmente questa costruzione si regge a patto che gli atti volitivi del sovrano, le leggi, siano pochi, univoci e facilmente comprensibili. Rousseau sosteneva che un buon cittadino dovesse ricordare a memoria tutte le leggi vigenti, mentre Montesquieu definiva il giudice *bouche de la loi*. In questo quadro teorico, è ovvio che l'unica interpretazione coerente con la grande semplificazione che precedette e seguì la Rivoluzione francese è quella letterale. La *méfiance des juges* accomunò per lungo tempo (e persiste ai giorni nostri!) tutti i detentori politici del potere: aristocratici, giacobini, liberali, fascisti e comunisti. L'indipendenza della magistratura fu sempre ritenuta un mito, al massimo da onorare formalmente, ma in realtà da combattere e neutralizzare. Ciò perché l'esperienza dei fatti dimostrava che anche i giudici erano mossi da concreti interessi e non erano esseri disincarnati votati unicamente al trionfo della giustizia, come talvolta dicevano di loro stessi. Se il giudice assolutamente indipendente da tutto e da tutti era una figura immaginaria, era meglio che egli fosse *bouche de la loi*, anziché *bouche du roi* o *de la noblesse*. Oggi lo si vorrebbe *bouche de la politique*.

Quando Montesquieu si riferiva alla legge non identificava quest'ultima con l'atto formale discusso e votato da un'assemblea democraticamente eletta, ma poneva all'inizio del ciclo di esercizio pratico del potere una determinazione funzionale non soggettiva, come tale adattabile a diverse forme di governo, ma non a tutte. Solo se si desidera preservare la libertà (e la proprietà) dei cittadini si sostiene l'introduzione e il mantenimento della separazione dei poteri.

Nel pensiero di Montesquieu, libertà e legalità sono strettamente collegate nel senso che la seconda è strumentale alla prima, ma l'idea di legge non è collegata in modo necessario a quella di democrazia, giacché il legislatore può essere il principe o un magistrato che fa le leggi. L'importante è che queste ultime siano *generali e durevoli nel tempo*¹. Se la legge non è generale o muta continuamente a capriccio del sovrano si cade nel dispotismo negatore del principio di legalità e quindi della stessa libertà, che esiste

¹ MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu), *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, UTET, Torino 1973, L. XI, cap. VI, p. 276.

solo se «nessuno sia costretto a compiere azioni alle quali la legge non lo costringe e a non compiere quelle che la legge gli permette»².

Alle origini della concezione liberale dello Stato, la libertà non è assoluta, ma solo facoltà di muoversi discrezionalmente negli spazi consentiti dalle leggi vigenti. Per questo motivo, ciò che conta è l'esistenza di una norma previamente posta e duratura perché il cittadino possa conoscere i confini di liceità dei suoi atti e comportamenti, perché vi sia, in sintesi, *certezza del diritto*. Il principio di legalità come conformità alla legge, intesa nel senso di atto deliberato da un'assemblea elettiva, deriva dall'esigenza – affermata in Occidente con il trionfo della borghesia nel XIX e parte del XX secolo – che la libertà e la proprietà dei cittadini rimanessero ben salde nelle mani della classe che aveva fatto la Rivoluzione ed era, di diritto o di fatto, l'unica ad essere effettivamente rappresentata nei parlamenti ottocenteschi.

Negli ordinamenti di *civil law* i giudici non potevano assicurare la generalità e la durevolezza delle regole e bisognava quindi far perno sui parlamenti; in quelli di *common law*, le medesime caratteristiche venivano assicurate dal principio dello *stare decisis*, che garantiva, pur se in modo relativo, generalità e durata nel tempo delle norme. Le stesse leggi – o norme giurisprudenziali vincolanti – non potevano, in ogni caso attentare alla libertà o alla proprietà dei cittadini, senza tradire la propria stessa ragione di esistere. Di qui la necessità che la forma di Stato e di governo fosse il più possibile rassicurante per gli interessi della classe borghese dominante, fosse cioè “democratica”, a condizione che lo stesso *demos* non intaccasse quei principi supremi posti a fondamento della legalità. In assenza, o in violazione, di quei principi non v'era più legalità, ma arbitrio del potere, quale che fosse il titolare della sovranità. O la legalità, corazza della libertà e della proprietà, o il capriccio del tiranno, anche collettivo (si ricordi il Terrore giacobino), espressione del dispotismo.

Questo è il quadro essenziale del liberalismo delle origini con riferimento alla legalità. Molte cose cambieranno, ma le costanti sono rimaste la generalità della norma e la sua durata nel tempo, che consente la sua conoscibilità *ex ante* da parte dei cittadini. Tutto il resto appartiene allo strumentario istituzionale, che muta con il mutare delle forme di governo.

2. Discrezionalità, interpretazione e riserva di legge.

La necessità, in un ordinamento non-dispotico, della separazione dei poteri derivava, nel pensiero di Montesquieu dall'intento di evitare che una legge, pur non tirannica in sé, fosse applicata tirannicamente. Dobbiamo riconoscere che questa è la più persistente delle aspirazioni della politica riguardo al diritto. Il giudice, che gli illuministi volevano legato all'interpretazione letterale delle leggi, era garanzia – anche con una indipendenza limitata – che le forze dominanti non stravolgersero le norme vigenti per soddisfare interessi di parte, solo formalmente esclusi dalle disposizioni scritte. Volendo fare un esempio tratto da vicende recenti – ma derivante da esperienza

² MONTESQUIEU, *op. cit.*, L. XI, cap. IV, p. 274.

non nuove e purtroppo destinate a ripetersi – la politica dominante (di ogni tendenza) vara leggi molto severe contro la corruzione pubblica, ma poi non è capace di essere alla loro altezza etica e le viola sistematicamente, pretendendo che i giudici non le applichino, assicurando così l'impunità ai corrotti. È evidente che l'ideale sarebbe applicare quelle stesse leggi in modo da favorire alcuni e danneggiare altri o non applicarle affatto. Di qui la ragione giustificativa dell'obbligatorietà dell'azione penale, che sarebbe tuttavia sterilizzata dalla non-indipendenza del pubblico ministero.

L'indipendenza dei giudici comporta però un inconveniente grave agli occhi dei sostenitori dell'onnipotenza della politica: le disposizioni *devono* essere interpretate per poter essere applicate. Innumerevoli sono stati e sono i tentativi di negare questa elementare verità. Il famoso, e abusato brocardo *in claris non fit interpretatio* è palesemente autocontraddittorio, giacché la conclusione che un enunciato normativo è chiaro è essa stessa frutto di interpretazione. Sopravvive e riprende vigore periodicamente quella che è stata chiamata "ontologia materialista" della legge, ritenuta «un oggetto fisico staccato dalla interpretazione e dal suo autore»³. Tutti i tentativi di bloccare i "tradimenti" interpretativi dei giudici (dal *référé législatif* in poi) sono inesorabilmente falliti, ma continua ugualmente a trascinarsi una interminabile polemica sulla "creatività" della giurisprudenza. Non mi addentrerò pertanto in un campo arato da una letteratura sterminata, irta di sottigliezze non strettamente indispensabili e molto spesso ruotante su sé stessa. Preferisco partire dal tentativo di puntualizzare le affinità e le differenze tra interpretazione e discrezionalità, arrischiando alla fine qualche considerazione sull'estensione e i limiti della stessa in un ordinamento retto da una Costituzione rigida garantita carica di principi ispirati all'eguaglianza sostanziale al pluralismo, che ha incorporato e trasfigurato – non negato! – i principi dello Stato di diritto tipici del liberalismo classico.

2.1. Se discrezionalità, in senso molto ampio e generico, significa potere di assumere una decisione in un ambito giuridico determinato, si deve convenire che sia l'amministrazione che il giudice possono esercitare tale potere al termine dell'inevitabile operazione ermeneutica che serve agli stessi soggetti decidenti per precisare il significato di una disposizione (o di un precedente) e di conseguenza adottare un atto. Appare evidente che in un sistema fondato su una Costituzione rigida contenente un esteso ventaglio di principi giuridici, derivanti da altrettanti valori culturali e sociali, qualunque operazione interpretativa dovrà essere orientata da tali principi, che non sono giustapposti o, peggio, sovrapposti, all'ordinamento giuridico, lo permeano in modo molecolare, cosicché ogni norma giuridica, di qualunque livello, recepisce, nel suo ambito di efficacia, uno o più principi e vi si conforma. Se ciò non risulta possibile, per incompatibilità logica e linguistica, si dovrà concludere per l'essere la disposizione irriducibile un corpo estraneo all'ordinamento costituzionale ed avviare le iniziative e le

³ R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantitistica"*, FrancoAngeli, Milano 2013, p. 102.

procedure previste per espungerla dal sistema (abrogazione, annullamento o dichiarazione di illegittimità costituzionale).

Come anticipato brevemente prima, non esiste, se non in un regime assolutamente dispotico, più teorico che reale, basato sul mero capriccio di chi detiene il potere, una libertà assoluta nella normopoiesi. Ogni apparato di potere e, per conseguenza, ogni sistema di regole, presuppone un “principio” (per usare ancora la terminologia di Montesquieu) che dà un senso al tutto, pena la disgregazione in tempi rapidi dell’insieme. Persino il primo coerente teorico dell’assolutismo, Jean Bodin, affermava che il monarca, la cui volontà era legge, doveva conformarsi alle leggi fondamentali del Regno, da cui traeva la sua stessa legittimazione a comandare.

La constatazione storico-teorica dell’inesistenza di un potere che si libra nel vuoto appeso su sé stesso ci porta a ricostruire i singoli ordinamenti giuridici – intesi, con Santi Romano, come unioni inscindibili di norme, soggetti e organizzazioni – come le risultanti di interazioni continue di poteri discrezionali, che si incontrano, si fondono o entrano in conflitto e non trovano mai un assetto definitivo statico, ma vanno incontro a processi perenni di trasformazione, dei quali la teoria giuridica e politica può descrivere solo momenti specifici di sviluppo.

2.2. Data per presupposta la validità del principio della separazione dei poteri per tutti gli ordinamenti che hanno conosciuto la fase storica liberale, che ha messo in primo piano la garanzia della libertà (oltre che della proprietà), si può tentare di distinguere le sfere di discrezionalità e individuarne gli scopi e i limiti.

La tradizionale concezione della funzione legislativa come “libera nel fine” non è più sostenibile in un’epoca storica caratterizzata dall’avvento di costituzioni, come quella italiana, che contengono numerosi principi dal contenuto indeterminata, ma aventi tuttavia l’efficacia tipica delle norme giuridiche, come affermato persuasivamente, già in anni lontani, da Paolo Barile e Vezio Crisafulli a proposito della Costituzione italiana. La discrezionalità legislativa⁴ è, allo stesso tempo, alimentata e limitata dalla rigidità della Costituzione. Sia sul piano della regolazione giuridica che sullo stesso piano linguistico, la legislazione ordinaria è sottoposta ad una pressione costante da parte dei principi costituzionali, che producono, nei confronti delle norme sub-costituzionali un effetto «propellente e delimitante».⁵

La discrezionalità legislativa è orientata e limitata dai principi costituzionali sia nel fare che nel non fare. Il controllo di legalità costituzionale del giudice delle leggi può cadere infatti sia sulla violazione che sulla non attuazione di principi costituzionali, specie quando le omissioni del legislatore compromettono diritti fondamentali, impedendo il loro pratico esercizio da parte dei titolari. In sintesi, si potrebbe dire che il principio di legalità costituzionale influisce in senso conformativo sulla discrezionalità legislativa, come dimostra una pluridecennale giurisprudenza della Consulta. Quest’ultima ha tenuto a precisare che le proprie sentenze additive – nei casi in cui

⁴ Espressione ormai ufficializzata. Difatti la legge n. 87 del 1953 (art. 28) menzione il «potere discrezionale del Parlamento».

⁵ N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Torino 1976, p. 896.

vengono emanate per sopperire all'inerzia del legislatore nell'attuazione costituzione in tema di diritti fondamentali – contengono prescrizioni necessarie per porre fine ad un persistente vuoto di tutela, ma non precludono al Parlamento la possibilità di disporre diversamente in futuro quanto alle modalità concrete di disciplina giuridica beninteso nell'ambito dei principi enucleati dalla Corte. L'intervento organico del potere legislativo è anzi fortemente auspicato⁶.

Emerge con chiarezza che, nella giurisprudenza costituzionale riparativa dei numerosi e gravi ritardi del legislatore nella predisposizione di tutele adeguate ai diritti fondamentali, viene in rilievo un intreccio molto stretto tra interpretazione e discrezionalità, che si incontrano, si sorreggono a vicenda, ma non si identificano. La Corte interpreta la Costituzione, ne deduce una norma di tutela e, nello stesso tempo, prende atto della sua inattuazione. Di conseguenza, nell'intento di colmare provvisoriamente il vuoto, in attesa dell'intervento legislativo, detta alcune regole, che pur essendo costituzionalmente necessarie, non sono tuttavia vincolanti per il Parlamento. All'interpretazione, pertanto, la Corte fa seguire la discrezionalità nell'individuare mezzi adeguati a realizzare nel concreto e nell'immediato la tutela mancante, riconoscendo tuttavia l'opportunità di una disciplina giuridica completa e sistematica ottenibile solo con lo strumento tecnico della legge.

Dalla dialettica Corte-Parlamento, cui ho brevemente accennato, si deduce che si avvicendano, si incrociano e talvolta si fondono l'*imperium* e la *ratio*. Il diritto non si esaurisce mai interamente in nessuna delle due forze motrici della regolazione giuridica della vita sociale. Esse sono presenti, in diversa misura, in tutte le attività che compongono le differenti funzioni dello Stato, senza drastiche delimitazioni, ma sempre teoricamente distinguibili. L'una e l'altra contribuiscono alla dinamica dei poteri pubblici nei tre momenti che contrassegnano la separazione dei poteri negli ordinamenti contemporanei: la normazione, l'attuazione e il controllo, che devono succedersi in ogni ciclo funzionale, con attribuzione di competenza, per ciascuna di esse, a soggetti istituzionali distinti.

Un altro aspetto che viene in luce nel quadro prima delineato è il processo di *concretizzazione* che lega tra di loro i differenti cicli funzionali. In esso si esprime il dinamismo dell'ordinamento, più o meno accentuato, a seconda del dinamismo della società, con il risultato che ogni atto con rilevanza ed efficacia giuridica si inserisce in uno spazio discrezionale, la cui struttura e la cui estensione sono condizionati dalla collocazione specifica dei soggetti agenti nel sistema istituzionale.

Esaminiamo più da vicino questi due versanti della problematica.

3. Rapporti tra *imperium* e *ratio*.

Nella principale fase della predisposizione normativa, la *ratio* si manifesta nel procedimento di formazione dell'atto parlamentare, la legge, che, nello Stato

⁶ Cfr., ad esempio, la sentenza n. 242 del 2019 in tema di aiuto al suicidio.

costituzionale, si pone, nella maggior parte dei casi, come concretizzazione di un principio costituzionale. Il numero, l'ampiezza e la necessaria indeterminazione dei principi complicano, ma, nello stesso tempo, arricchiscono la dialettica tra *ratio* e *imperium*, che, nelle forme di produzione della legge, segna la prevalenza dell'*imperium*, giacché l'assenza di motivazione nell'atto legislativo pone al suo esterno l'elaborazione politico-razionale e si risolve formalmente in un comando, che può talvolta ammettere deroghe, ma sempre per effetto di un apposito comando contenuto nell'atto stesso. Sono frequenti i casi in cui l'autore dell'atto legislativo (legge del Parlamento o atto con forza di legge del Governo) demanda ad altro soggetto la concretizzazione delle norme immesse nell'ordinamento giuridico, riproducendo così, su scale minore, quel processo di focalizzazione regolativa che esso stesso ha già compiuto rispetto ad un principio costituzionale.

La costruzione verticale kelseniana, culminante, come si sa, nella *Grundnorm*, nell'intento di preservare la "purezza" della scienza giuridica, limita i rapporti di concretizzazione, che si instaurano tra i vari livelli della produzione del diritto, alle norme in quanto comandi sanzionati, fermandosi in tal modo all'aspetto formale ed esteriore ed espungendo dal ragionamento la considerazione degli interessi e dei valori (che confluiscono nei principi). Kelsen apre le porte ad una concretizzazione puramente volontaristica nel passaggio da un livello all'altro del suo edificio normativo. Che tale passaggio non sia frutto di deduzione logico-razionale, ma volontaristica lo riconosce lo stesso Maestro di Vienna nell'ultima sua grande opera teorica, pubblicata postuma⁷. Il formalismo "puro", portato alle estreme conseguenze, sfocia, come è stato giustamente osservato, nell'irrazionalismo.⁸

Se l'*imperium* – volontà del legislatore, dell'amministrazione o del giudice – non può essere escluso a nessun livello di concretizzazione dell'ordinamento giuridico, neppure la *ratio* può esserlo, se non si vuole, appunto, scivolare nell'irrazionalismo, paradossale esito della grandiosa costruzione kelseniana, nata con intenti di totale coerenza logico-sistematica. Nel momento della statuizione è sì predominante l'*imperium*, ma sempre integrato dalla *ratio*, che – in uno Stato costituzionale laico, pluralista, che esclude ogni fondamentalismo religioso o ideologico – si sviluppa e si articola a partire dai principi costituzionali, posti in un preciso momento storico, ma successivamente presupposti da tutte le fonti del diritto.

Nella funzione legislativa la *ratio* precede l'esercizio dell'*imperium* e rimane esterna alla legge. Per questo motivo la statuizione legislativa deve essere riservata al Parlamento, la cui sottrazione all'obbligo razionale di motivazione è compensata dalla sua legittimazione democratica. Nelle funzioni amministrativa e giudiziaria la *ratio* precede pur sempre l'esercizio dell'*imperium*, ma fa tutt'uno con l'atto, che deve essere motivato giacché la potestà di comando degli organi amministrativi e giudiziari (almeno in ordinamenti come quello italiano) non è sorretta da una legittimazione democratica

⁷ Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979), ed. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1982, pp. 398 ss.

⁸ Cfr. M.G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, Introduzione a H. KELSEN, *op.cit.*, pp. XVII ss.

elettiva. La corrente affermazione che le forme di governo presidenziali – nelle loro differenti declinazioni – attuano in modo rigido la separazione dei poteri è perciò valida solo dal punto di vista soggettivo, mentre da quello funzionale una più rigorosa realizzazione del principio sembra caratterizzare quelle forme di governo che escludono l'elettività degli titolari di funzioni amministrative o giurisdizionali, poiché si evitano dannose contraddizioni tra *ratio* e legittimazione democratica o, peggio ancora, tra più *rationes*, tutte democraticamente legittimate da un voto popolare. Il che porta – come dimostra l'esperienza storica dei sistemi presidenziali esistenti – o a drammatiche conflittualità oppure, al contrario, ad un cumulo autoritario di poteri nello stesso soggetto o organo.

In sintesi su questo punto, l'ordinamento giuridico risulta composto da una pluralità di spazi di statuizioni discrezionali in rapporto continuo tra loro e articolati al loro interno dalla scansione differenziata delle funzioni di normazione, attuazione e controllo. I principi costituzionali fungono da una *vis attractiva* che dovrebbe impedire la prevalenza di spinte centrifughe, con effetti distruttivi dell'intero sistema.

4. Tipologie di discrezionalità.

Quanto sinora esposto fornisce, a mio modesto avviso, un'indicazione utile a comprendere la profonda verità sottesa all'affermazione che «il concetto di discrezionalità è un concetto unitario comune a qualunque branca del diritto»⁹.

A tutti i livelli e in tutte le sedi in cui si produce diritto si formano spazi di decisione che non sono conseguenze univoche e obbligate di norme esistenti già in vigore, ma sono idonei ad accogliere nuove norme, che ne concretizzano altre aventi efficacia su aree, soggettive e oggettive, più vaste, ma minor grado di precisione. Non necessariamente il rapporto tra discrezionalità si caratterizza in senso verticale-gerarchico; esso può nascere tra spazi collocati in modo orizzontale ordinati secondo un criterio di competenza, come avviene, ad esempio, quando si confrontano gli spazi normativi riservati dalla Costituzione rispettivamente allo Stato e alle Regioni. La complessità del sistema aumenta se si prendono in considerazione i sempre più numerosi punti di incrocio tra produzioni giuridiche nazionale e sovranazionale, regolate, nei loro rapporti reciproci, dal criterio di competenza.

È stato giustamente osservato che la tradizionale avversione dei giuristi europei continentali verso il metodo dello *stare decisis*, proprio del diritto anglosassone, è destinato ad attenuarsi sempre di più dopo l'avvento delle Costituzioni rigide garantite fondate sul principio di eguaglianza. Appare difficile negare alla giurisprudenza la natura di fonte del diritto se si riconosce che tale principio «subirebbe offesa [...] qualora casi analoghi fossero giudicati in modo diverso»¹⁰.

⁹ S. MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Edizioni dell'Ateneo, Roma s.d., p. 13.

¹⁰ A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, p. 534.

Possiamo a questo punto dire che la discrezionalità di un soggetto o organo produttore di diritto comincia laddove una norma giuridica non è suscettibile di applicazione diretta e immediata ad una situazione specifica, per la cui regolazione si rende necessaria la creazione di un'altra norma, con un ambito di efficacia più ristretto, non in contrasto con la prima, ma neppure sua logica e unica conseguenza. Esiste tuttavia una rilevante differenza tra vari tipi di discrezionalità, tutti ricompresi nell'unica categoria generale. La discrezionalità legislativa integra e concretizza i principi costituzionali, quella politica integra e concretizza le norme legislative, quella amministrativa integra e concretizza l'indirizzo politico, quella giudiziaria integra e concretizza le norme legislative, in modo indipendente dall'indirizzo politico, nei confronti dei cittadini quando vengano in questione i loro diritti o interessi giuridicamente protetti nell'ambito di una controversia civile o amministrativa o in seguito all'esercizio della pretesa punitiva dello Stato.

La dottrina giuridica ha analizzato prevalentemente in modo scollegato i suddetti tipi di discrezionalità, per la diversità dei contesti normativi e istituzionali, per l'eterogeneità degli interessi, individuali e sociali, coinvolti, per la differente articolazione dei procedimenti. Forse occorrerebbe iniziare un lavoro ricostruttivo teorico, che dia maggior conto dei punti di incrocio e metta in maggior luce le similitudini concettuali. Non pretendo di attuare tale *vaste programme* in questa relazione. Mi limito pertanto a qualche breve osservazione.

La discrezionalità amministrativa nello Stato costituzionale è andata perdendo il suo originario carattere di unilateralità, derivante da una concezione autoritaria del potere pubblico. Si è diffusa la c.d. amministrazione contenziosa e il contraddittorio, ritenuto tradizionalmente contrassegno della funzione giurisdizionale, è entrato a far parte – per effetto del principio di imparzialità della p.a. sancito dall'art. 97, secondo comma, della Costituzione – dei procedimenti amministrativi.

Ulteriore concretizzazione del principio di imparzialità è l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi imposto dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990. In tale disposizione si legge, nel secondo inciso del comma 1: «La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria». Come si vede, anche a proposito della funzione amministrativa, e degli atti ad essa relativi, si incontrano e si fondono *imperium* e *ratio*, così come è sempre stato per la funzione giurisdizionale. Trova conferma peraltro l'osservazione che, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'amministrazione pone in essere qualcosa di nuovo, che prima non c'era, un «completamento soggettivo della norma» non si limita a materializzare in un provvedimento quanto era già interamente previsto e contenuto nelle norme vigenti¹¹.

La suddetta integrazione normativa non è però frutto prevalente della volontà, ma si pone come la risultante di un complesso di valutazioni di fatto e di diritto, delle quali l'organo o soggetto agente deve dar conto nella (obbligatoria) motivazione dell'atto finale.

¹¹ Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Giuffrè, Milano 1964, pp. 85 ss.

Volendo procedere ad una prima sintesi, si potrebbe dire che all'interno della categoria generale della discrezionalità si distinguono varie tipologie (legislativa, amministrativa, giurisdizionale) che si possono individuare e tipizzare sulla base delle proporzioni reciproche di *imperium* e *ratio*, volontà e valutazione.

Se passiamo ad esaminare la discrezionalità del giudice, notiamo preliminarmente che, a differenza dell'amministrazione, il giudice non esercita la sua discrezionalità inserendosi nel flusso attuativo dell'indirizzo politico, del quale fanno parte anche le norme legislative, ma segue criteri autonomi di ragionevolezza¹² per concretizzare norme indeterminate, sempre alla luce dei principi costituzionali. Poiché il giudice è introduttore necessario del giudizio di costituzionalità delle leggi, se, per esempio, si imbatte in una omissione di tutela di un diritto fondamentale, dovuta a inerzia legislativa, deve privilegiare l'indirizzo politico costituzionale (nel senso dato a questa espressione da Paolo Barile) rispetto a quello delle diverse maggioranze politiche che hanno trascurato di eliminare la lacuna. Sorge talvolta, nella prassi dei giudici comuni e della stessa Corte costituzionale il dilemma se prendere atto dell'omissione, limitandosi ad invocare una nuova legge e, nello stesso tempo, a rimarcare la propria impossibilità porvi direttamente rimedio, oppure stimolare e realizzare un intervento "creativo", ritenendo improbabile un risveglio di coscienza del legislatore. Sarebbe un errore ritenere che la scelta tra le due possibilità sia obbligata e predeterminata dall'ordinamento. Anche se così ufficialmente si dice (in omaggio al conformismo positivistic), in realtà si esercita potere discrezionale, nel senso chiarito di potere limitato dalla ragionevolezza costituzionalmente orientata. Si tratta di un'ipotesi in cui la *ratio* prevale largamente sull'*imperium*.

5. La discrezionalità necessaria e i suoi limiti. Il metodo dialogico.

Se la discrezionalità è necessaria e inevitabile in tutti processi di produzione di norme giuridiche, pur assumendo varie forme nei diversi procedimenti, dopo l'avvento dello Stato costituzionale ehi la esercita deve sempre temperare eguaglianza di trattamento giuridico e adeguatezza della decisione. L'individuazione del punto di equilibrio tra le due finalità è essa stessa frutto di una valutazione discrezionale. Indispensabile se si vuole evitare che l'eguaglianza sia tradita dal trattamento irragionevolmente uguale di situazioni diverse o, al contrario, un trattamento irragionevolmente diverso di situazioni uguali. Questo dilemma, che compare continuamente negli ordinamenti contemporanei democratici e pluralisti, può essere superato – e mai in modo completo e definitivo – solo esaltando al massimo la *ratio* e riducendo al minimo l'*imperium*. A mio modesto avviso, questa dovrebbe essere la *guideline* di chi viene investito dell'arduo compito di concretizzare una norma generale e incompleta, si tratti o meno di un principio in senso proprio.

¹² Cfr. A. BARAK, *La discrezionalità del giudice* (1989), ed. it. Giuffrè, Milano 1995, pp. 31 ss.

In un ordinamento imperniato sulla sovranità dei valori la *ratio* svolge un ruolo chiave. Se invece prevale la teoria e la prassi di una sovranità soggettiva, basata sull'*auctoritas*, il ruolo chiave appartiene all'*imperium*. Gli ordinamenti costituzionali contemporanei delle democrazie pluraliste hanno ormai superato il fondamento di autorità, per volgersi a quello di valore. Si deve propendere, di conseguenza, per la valorizzazione del metodo dialogico nella precisazione delle norme concretizzanti, evitando il più possibile il predominio di puro comando.

Se si accetta la premessa generale ora ricordata, si deve riconoscere che va nella direzione giusta la tendenza riformatrice delle regole della nomofilachia quotidianamente svolta dalla Corte di cassazione. Da una parte il cittadino deve essere tutelato dagli imprevisti – che possono trasmodare in capricci – della giustizia del caso singolo, e quindi è necessario dare maggior peso ai principi di diritto fissati dalla Suprema Corte; dall'altra una forza vincolante unilaterale delle Sezioni Unite finirebbe per irrigidire la giurisprudenza portando in primo piano l'*imperium* del massimo collegio giudicante. Si è così stabilito che, nell'ipotesi di dissenso di una Sezione semplice da una interpretazione delle Sezioni Unite, il ricorso deve essere trasmesso a queste ultime con l'indicazione delle ragioni della divergenza (artt. 314, commi 2 e 3, c.p.c. e 618, comma 1, c.p.p.). Garanzia della prevedibilità delle decisioni e apertura all'innovazione giurisprudenziale, frutto del confronto di idee, concorrono a sorreggere una forma aggiornata di certezza del diritto, non basata su quella che Carl Schmitt chiamava "rimozione autoritaria del dubbio", ma sul superamento discorsivo dello stesso.

Processi simili del metodo dialogico si possono riscontrare in altre aree di produzione del diritto. Ad esempio, nel rapporto tra legislatore delegante (Parlamento) e legislatore delegato (Governo) si inserisce ormai stabilmente un "limite ulteriore" rispetto a quelli esplicitamente enunciati nell'art. 76 Cost., consistente nel parere delle Commissioni parlamentari competenti sulla bozza di decreto legislativo predisposto dal Consiglio dei ministri. Anche nell'ambito del potere esecutivo la discrezionalità amministrativa non si esercita più, come si accennava prima, in modo unilaterale ed esclusivamente autoritativo, ma è frutto di svariate forme di interlocuzione con cittadini singoli o associati, con gruppi sociali variamente articolati e con intere comunità locali. Lo Stato non appare, come per il passato, una costruzione basata sul criterio verticale-gerarchico, ma come una struttura fondata sul criterio orizzontale-collegiale.

Si tratta di un processo di trasformazione e di adeguamento ai principi costituzionali non facile e fortemente contrastato dai sempre presenti fautori della pura autorità. Il superamento del predominio dell'*imperium* è reso ancor più difficile dal rischio che forze centrifughe di vario genere mettano in pericolo l'unità essenziale dell'ordinamento costituzionale, dando fiato alle trombe di chi invoca strette autoritarie e centraliste, per tornare ai bei tempi andati.

Lo stesso ordinamento sovranazionale europeo (UE) ha incrementato i meccanismi di co-decisione nella produzione di norme giuridiche, mostrando una tendenza – anch'essa molto contrastata – al superamento del verticismo burocratico che lo ha caratterizzato per molti anni. Molti passi avanti si dovranno ancora fare, curando, anche in tale contesto più largo, che il processo di democratizzazione non favorisca

tendenze disgregatrici paradossalmente seguiti dai più accaniti fautori della sovranità soggettiva tradizionale, che, come spesso è avvenuto nella storia, si converte con facilità in nazionalismo.

6. Il volto attuale della riserva di legge.

Come è noto, la riserva di legge nasce, negli Stati liberali dell'Europa continentale, in funzione democratica e garantista, per limitare la potestà regolamentare e amministrativa del potere esecutivo e per tutelare la libertà dei cittadini da interventi autoritari, sia dell'amministrazione che dei giudici, su materie e diritti esposti al rischio di trattamenti arbitrari e discriminatori. Il processo di democratizzazione dello Stato è passato – dopo le grandi rivoluzioni borghesi della fine del XVIII secolo – attraverso la progressiva erosione del dominio dell'esecutivo e la crescente espansione del potere legislativo dei parlamenti elettivi. La burocrazia e la magistratura, entrambe poste alle dipendenze di vertici non elettivi, erano i potenziali nemici dei cittadini che componevano il corpo elettorale. Tuttavia, gli stessi Founding Fathers della Costituzione americana mettevano in guardia dal pericolo della dittatura della maggioranza e facevano leva, oltre che sulle assemblee elettive, sulla formazione del sistema normativo per il tramite della stratificazione delle pronunce dei giudici, secondo la tradizione inglese del *common law*. A ciò si aggiunse ben presto – dopo la sentenza *Marbury v. Madison* del 1803 – la possibilità per i giudici (in definitiva per la Corte suprema) di dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge, affermando così la rigidità effettiva della Costituzione.

Dopo oltre un secolo, il controllo di costituzionalità delle leggi ha varcato l'Atlantico, approdando prima in Austria, in una versione formale e limitata, ispirata da Hans Kelsen, poi – dopo la fine della seconda guerra mondiale – in Italia, in Germania e via via in altri Paesi.

Il cuore dell'innovazione proveniente dagli Stati Uniti d'America fu appunto la rigidità della Costituzione, derivante da quella che è stata denominata “*dualist democracy*”, fondata sulla fondamentale distinzione tra “*higher lawmaking*” e “*normal lawmaking*”. La prima esprime la superiorità di principi nascenti da valori epocali e quindi intergenerazionali, la seconda si riferisce alla regolazione degli interessi e dei rapporti contingenti. Il sistema è congegnato in modo che sia evitata l'eventualità che i politici eletti abusino della loro autorità.¹³

Se leggiamo con attenzione il secondo comma dell'art. 1 della Costituzione italiana, possiamo notare che esso esprime una versione rafforzata del dualismo costituzionale americano. Difatti la stessa sovranità popolare deve essere esercitata «nelle forme e nei limiti della Costituzione». Quest'ultima prevede gli organi e le procedure perché tale sommo principio venga rispettato.

¹³ B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) - London, 1993, p.6

Alla luce di questa nuova situazione, è stato giustamente affermato che occorre «ripensare il vecchio sistema delle fonti del diritto alla stregua della nostra architettura costituzionale»¹⁴. La riserva di legge perde la sua assolutezza, in quanto oggi è la Costituzione la legge cui innanzitutto i giudici sono soggetti. Ciò impone agli interpreti – specie nei “casi difficili”, ma non solo in essi – di compiere, di volta in volta, un’operazione complessa, nella quale si intrecciano strettamente ermeneutica e discrezionalità, giacché la seconda deve essere sempre esercitata in esito ai risultati della prima. Il vincolo alla legge – così rigido e irrealistico nel campo penale, al punto di far parlare di «immaginario penalistico tradizionale»¹⁵ – presuppone quindi la previa interpretazione della disposizione legislativa, letta alla luce dei principi costituzionali.

La pervasione molecolare dei principi costituzionali in tutto l’ordinamento giuridico fa sì che nell’applicazione giudiziaria delle norme, ivi comprese quelle penali, acquisti un rilievo maggiore la *ratio* rispetto all’*imperium*. Dalla prevalenza della presunzione di democraticità dei contenuti normativi della legge, si passa progressivamente alla valorizzazione della funzione garantista delle «possibilità di partecipazione e controllo che offre il procedimento legislativo»¹⁶. Il puro *imperium* dei rappresentanti del popolo cede terreno alla *ratio*, che penetra attraverso le vie della partecipazione al procedimento legislativo e deve tener conto che il prodotto della decisione autoritativa finale potrà essere sottoposto al controllo di costituzionalità del Presidente della Repubblica e della Corte costituzionale.

D’altra parte, la crescente influenza del diritto della UE e della giurisprudenza CEDU contribuisce a dare centralità, nella garanzia dei diritti – in specie nel campo penale – alla prevedibilità e determinatezza delle norme limitative della sfera di libertà dei cittadini. Prende nuova forma l’antica preoccupazione – che fu dei Padri Fondatori americani – che una maggioranza parlamentare possa diventare più tirannica di un monarca assoluto o di un dittatore. Ciò è tanto più vero in un’epoca di crisi del Parlamento e di pesante prevalenza di una legislazione sostanzialmente governativa e solo formalmente parlamentare. La marginalizzazione del Parlamento si accompagna, nel sistema politico, al dilagare del leaderismo, preoccupante, da un lato, per la concentrazione di potere che comporta, ridicolo dall’altra, visto l’esiguo spessore dei *leader*. Senza entrare in una disamina dettagliata della giurisprudenza delle Corti europee in tema di legalità (penale), possiamo dire – anche alla luce di considerazioni tratte dal diritto interno – che oggi non ci si può limitare a guardare soltanto alla legge formale per valutare la sussistenza e la consistenza delle garanzie di libertà dei cittadini, ma bisogna far riferimento al “clima costituzionale” complessivo, che risulta dalla confluenza della nostra Costituzione, della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali della UE¹⁷.

¹⁴ P. GROSSI, *Giudici e legislatori*, in IDEM, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma 2017, p. 113.

¹⁵ G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Convegno scientifico, 19-20 maggio 2016, Giuffrè, Milano 2017, p. 329.

¹⁶ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, t. II, p. 1305.

¹⁷ Cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 138 ss.

Parecchi anni addietro segnalai la nascita e l'iniziale sviluppo di uno *ius commune* europeo dei diritti fondamentali. Il passare del tempo ha accentuato il processo, specie dopo il Trattato di Lisbona, che ha incorporato la Carta di Nizza, e l'adesione della UE alla CEDU. Entrambe le decisioni hanno dato un contributo notevole alla trasformazione della stessa UE da comunità di interessi economici in comunità di valori. Il cammino è accidentato, tra fughe in avanti e tenaci resistenze "sovraniste"; tuttavia il corso della storia sembra andare nel senso di una sempre maggiore integrazione, che comporta, tra l'altro, la continuazione dell'avvicinamento tra sistemi di *civil law* e di *common law*. Con la conseguenza che la riserva di legge, anche in materia penale, perde la sua esclusività legalistica, per inglobare il portato dell'interpretazione giurisprudenziale¹⁸ – ormai vera e propria fonte del diritto concorrente¹⁹ – e dare un peso diverso che per il passato agli spazi di discrezionalità lasciati ai giudici. Come si accennava prima, va avanti la precisazione di un'unica categoria di discrezionalità – preconizzata molti anni addietro – che assume forme diverse in dipendenza del ramo del diritto in cui si esplica e della qualità degli interessi coinvolti.

7. Discrezionalità ed equità.

Nel campo del diritto penale – dove maggior rigore ha tradizionalmente avuto quella che Paolo Grossi ha chiamato "legolatria" – una consapevole dottrina ha riconosciuto «tutti i meritori tentativi giudiziari, di riempimento ermeneutico, concretizzazione e implementazione applicativa di categorie e istituti quali la causalità, la colpa nelle sue diverse forme tipologiche, il dolo eventuale, il concorso esterno nel reato associativo, ovvero di principi fondamentali come quelli di offensività e di colpevolezza. In tutti questi casi, infatti, il vero artefice dei principi e delle regole, nel determinare i presupposti dell'illecito punibile e i limiti della responsabilità, è l'interprete/applicatore, mentre le disposizioni legislative che vengono in gioco – a volerlo riconoscere senza ipocrisia – sono simili a generiche e flessibili 'linee-guida', che non possono fare a meno di un'ampia e decisiva attività di specificazione e concretizzazione giudiziale. Di qui «l'inevitabile 'creatività' della funzione interpretativo/applicativa»²⁰.

Fino ad un certo punto, interpretazione e discrezionalità percorrono – come abbiamo accennato prima e come risulta anche dal passo sopra riportato – la stessa strada, per divergere nel momento in cui non si tratta più di estrarre da una disposizione un significato implicito e neppure di integrare una norma legislativa con elementi di contesto, principale tra tutti la Costituzione. L'esplicitazione cede il passo alla concretizzazione, spesso per espressa volontà del legislatore, che lascia volutamente

¹⁸ Cfr. R. BARTOLI, [Le garanzie della "nuova" legalità](#), in *questa Rivista*, 5 marzo 2020, fasc. 3/2020, pp. 143 ss.

¹⁹ Cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 92 ss.

²⁰ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia* 2011, pp. 93 s.

spazi in bianco, da riempirsi secondo la direttrice tracciata dalla norma “delegante” e sempre nello spirito dei principi costituzionali. Ecco perché è importante individuare dove finisce l’interpretazione e comincia la discrezionalità. Quest’ultima infatti si colloca sostanzialmente fuori dalla giurisdizione²¹. A partire dalla norma generata dall’esercizio della discrezionalità del giudice, si apre un nuovo ciclo funzionale, che si sviluppa nella fase di esecuzione del processo e trova il suo controllo in altre istanze giurisdizionali indipendenti da quella che ha creato la norma concretizzante. Questa constatazione mette in rilievo l’estrema importanza dell’indipendenza interna della magistratura.

L’uso accorto della discrezionalità serve – in tutti campi del diritto, ivi compreso quello penale – a garantire il principio di eguaglianza, nella sua doppia faccia di pari trattamento per tutti, assicurata dalla legge generale e astratta, e di adeguatezza della regola nel caso concreto, assicurata dalla decisione singolare, amministrativa o giudiziaria. Si corrono due rischi: il primo è quello dell’arbitrio soggettivo che produce atti discrezionali irragionevoli e discriminatori, il secondo è quello, opposto, del conformismo ripetitivo, che produce decisioni non ben ponderate in base al caso concreto da regolare. Poco aiuto può dare l’impiego di un metodo puramente logico-deduttivo, nutrito dalla finzione che a decidere sia comunque il popolo rappresentato in Parlamento. Prevale invece, nell’opera di concretizzazione autonoma delle norme, quello che, con linguaggio non tecnico, potremmo chiamare il “senso di giustizia”, che deve essere presente non solo nelle decisioni dei giudici, ma anche in quelle degli organi del potere esecutivo, se quest’ultimo aspira ad un consenso popolare favorevole all’accettazione dell’indirizzo politico democraticamente concordato tra Parlamento e Governo.

Già da tempo è stato osservato che «la discrezionalità penale è [...] una forma di ‘equità’, ovvero un giudizio del caso concreto».²²

Non pretendo di affrontare il tema dell’equità, se non per affermare che essa non deve essere contrapposta a legalità, anzi che ne è il necessario completamento perché la *ratio* della norma legislativa da razionalmente eguagliatrice non diventi irragionevolmente livellatrice. Da secoli razionalismo ed empirismo si fronteggiano da una sponda all’altra della Manica, ma, nel campo del diritto, l’esperienza concreta dell’amministrazione della giustizia dimostra l’inevitabilità di una concretizzazione giudiziaria dei precetti legislativi, che non è meccanica traduzione al singolare della norma generale dettata in astratto per tutti i consociati, ma ricerca della soluzione più adatta al problema specifico che il giudice deve risolvere. In una democrazia pluralista è quanto mai necessario il recupero, specie nella prassi, della categoria generale dell’equità. Essa è «la categoria regolativa di un giudizio relazionale, inteso a riconoscere o stabilire armonia, equilibrio, congruenza, compatibilità o compensazioni tra interessi moralmente e/o utilitaristicamente rilevanti»²³.

²¹ N. PICARDI, *La natura del potere del giudice*, in AA.VV., *L’evoluzione del diritto per opera del giudice*, a cura di A. de Nitto, FrancoAngeli, Milano 2005, p. 64.

²² F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale* (1965), rist. Roma TrE-Press, Roma 2024, p. 102.

²³ G.M. CHIODI, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 49 s.

Anche l'equità trova il suo impulso e il suo limite nei principi costituzionali trasfusi nelle pronunce giurisdizionali. In via generale, si può dire che si tratta di una fase necessaria della dialettica tra i poteri dello Stato, carente di legittimazione democratica elettiva, compensata però dalla capillarità della disciplina della vita sociale e dall'incessante spinta all'innovazione e all'adattamento ai mutevoli rapporti tra le persone. La norma legislativa, una volta posta ed emanata, rimane uguale a sé stessa, l'azione convergente e sinergica dell'interpretazione e della discrezionalità imprime dinamismo alla disciplina giuridica scritta, contrastando il sempre presente pericolo dell'anacronismo. I rigoristi, sempre pronti a lamentare l'allontanamento dell'attività giudiziaria dall'applicazione meccanica delle disposizioni scritte, dovrebbero finalmente ammettere che «una certa creatività è ascrivibile anche all'intento non certo riprovevole dei giudici di dare una risposta alle domande che nascono da casi della vita trascurati o infelicemente trattati da un improvvido legislatore»²⁴.

Naturalmente quello discrezionale è, lo ripeto, un potere limitato, come lo sono tutti i poteri di una repubblica democratica, che mantiene vivi in sé i principi basilari del liberalismo. Non si tratta però di una peculiarità della discrezionalità giudiziaria o amministrativa, giacché anche quella legislativa è limitata dai principi costituzionali di eguaglianza e di ragionevolezza, come ha ripetutamente affermato la Corte costituzionale.²⁵

8. Discrezionalità, razionalità e ragionevolezza. L'illegittimità costituzionale degli automatismi legislativi.

La connessione tra legalità ed equità, che si instaura tutte le volte in cui è necessario concretizzare una norma generale, porta in primo piano la *ratio* che deve presiedere ad ogni dislivello di disciplina giuridica, specie se la fonte di produzione più ristretta non ha una diretta legittimazione democratica. A questo bisogno di legittimazione rispondono le prescrizioni generali dettate dalla legge per un corretto esercizio della discrezionalità.

Ad esempio, l'art. 132 c.p., nel dare al giudice il potere di applicare la pena discrezionalmente, impone allo stesso di indicare i motivi che «giustificano» l'uso di tale potere. Il susseguente art. 133 c.p. specifica gli elementi di cui il giudice deve tener conto della gravità del reato, della capacità a delinquere del colpevole, della condotta di vita dello stesso desunta dai precedenti penali e giudiziari. Se si esaminano uno per uno gli elementi elencati in questa disposizione, si giunge alla conclusione che si tratta di criteri di buon senso, più vicini alla ragionevolezza empirica – cui spesso si riferisce la Corte costituzionale – che alla razionalità logica, difficilmente utilizzabile in questi frangenti. Il risultato sarà sempre opinabile, poiché non è possibile procedere ad una dimostrazione logico-razionale irrefutabile.

²⁴ S. BARTOLE, Ragionando di giudici e legislatori, in *Diritto Pubblico*, 2018, I, p. 14..

²⁵ G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, Milano 2017, pp. 52 ss.

Non esiste invece, come è noto, obbligo di motivazione per le scelte operate dal legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità. Del resto, la stessa Costituzione prevede l'obbligo di motivazione per i provvedimenti giurisdizionali e non per gli atti legislativi. Come accennavo prima, i due tipi di atti contengono entrambi *imperium* e *ratio*, ma in quantità diverse: il primo prevale nell'atto legislativo, la seconda nel provvedimento giurisdizionale.

Nello stabilire la misura della pena – come in qualunque altra decisione frutto di discrezionalità – il giudice deve tener conto in primo luogo dei principi costituzionali, in particolare la finalità rieducativa prescritta dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione. Si tratta di una valutazione delicata e difficile, da motivare persuasivamente in rapporto ai fatti ed alla personalità del condannato. Quando la proporzionalità non si basa su dati numerici resta sempre aperto un varco molto vasto all'intuizione, a quel "senso di giustizia", di cui parlavo prima, del quale comunque non si può fare a meno se non si vuole esasperare l'antagonismo del soggetto condannato rispetto alla società, ai suoi valori e alle sue regole. Un cattivo esercizio della discrezionalità giudiziale può fare maggior danno di una legge sbagliata. Per questo motivo è costituzionalmente necessario che il giudice eviti stereotipi e conformismi giurisprudenziali, che feriscono il principio di eguaglianza quanto una legge che disciplini in modo eguale situazioni diverse. Di converso, sono da evitare decisioni eccentriche, frutto di soggettivismo esasperato, se non proprio – come talvolta accade – di narcisismo personale.

Si aprono sempre nuovi scenari per l'esercizio, anche nel campo penale, della discrezionalità giudiziale in funzione attuativa dei principi costituzionali. Si pensi alle pene sostitutive delle pene detentive brevi, oggetto di una recente riforma (d.lgs. n. 150 del 2022, c.d. riforma Cartabia) che esalta il potere discrezionale del giudice nella ricerca di una sintesi tra funzione rieducativa e risocializzante della pena e funzione general-preventiva di tutela della collettività. Senza entrare nel merito dell'argomento – su cui dottrina penalistica e giurisprudenza di legittimità cominciano a dare significativi contributi²⁶ – è interessante notare che l'operazione di bilanciamento tra interessi diversi e potenzialmente contrastanti, tutti costituzionalmente protetti, è preliminare ad ogni tipo di statuizione spettante ai pubblici poteri, di natura legislativa, amministrativa o giudiziaria. Il divieto di ricerca dell'equilibrio nel caso concreto da parte del giudice è stato ritenuto dalla Corte costituzionale in contrasto con i principi di eguaglianza (art. 3) e di rieducazione (art. 27), tutte le volte in cui determina come conseguenze l'eguale trattamento di situazioni diverse e la palese sproporzione della pena rispetto al fatto specifico oggetto del giudizio.²⁷

Con riferimento alla giurisprudenza del giudice delle leggi, è stata messo in rilievo la progressiva valorizzazione della discrezionalità del giudice, in contrapposto alla limitazione della discrezionalità legislativa²⁸. Allargando ulteriormente il quadro, si

²⁶ Cfr. B. CASSIANI, [Pene sostitutive e discrezionalità del giudice al banco di prova della prassi: una prima pronuncia della Cassazione](#), in *questa Rivista*, 28 febbraio 2024.

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 94 del 2023; ivi riferimenti all'abbondante giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi legislativi, specie se sanzionatori. .

²⁸ Cfr. N. VINAI, *Sulla rotta di un "diritto del caso singolo": la Consulta tra calcolabilità giuridica, discrezionalità,*

può osservare che tutti gli automatismi legislativi impediscono allo stesso giudice la ricerca di soluzioni interpretative ed applicative adeguate ai principi costituzionali, mostrando così l'implicazione di questa problematica con quella dell'interpretazione conforme²⁹.

In definitiva, la riduzione della riserva di legge e dello stesso principio di legalità alla pedissequa applicazione di disposizioni legislative – ritenute, con finzione ideologica, esaustive e adattabili ai casi concreti soltanto con un'opera di disvelamento dei loro significati impliciti – si pone in contrasto con il principio della separazione dei poteri, in quanto altera la necessaria successione dei tre momenti della normazione, dell'attuazione e del controllo, Ogni fase di sviluppo di un ciclo funzionale deve avere un grado, più o meno elevato, di autonomia. Si aboliscono o si comprimono al massimo i margini di discrezionalità solo se si vuole che prevalga la dittatura della maggioranza parlamentare posta alla sommità di una scala gerarchica di poteri, reintroducendo nei fatti quel verticismo che il costituzionalismo contemporaneo – con la sua scelta per il criterio orizzontale-collegiale – ha voluto bandire sia sul piano teorico che su quello istituzionale.

Una simile schiacciante superiorità e onnipervadenza delle assemblee elettive non segna il trionfo della libertà e della democrazia, ma, al contrario, dà ragione alla pessimistica osservazione di Jean Jacques Rousseau che i cittadini sono liberi solo nel giorno delle elezioni, per tornare ad essere schiavi il giorno dopo.

Un'autentica democrazia pluralista si può realizzare solo componendo in una unità complessa e dinamica l'indirizzo politico di maggioranza, la discrezionalità esercitata in modo capillare dall'amministrazione e dai giudici e l'indipendenza di chi deve controllare l'adeguatezza degli atti attuativi agli schemi normativi. Si attua così un sistema di pesi e contrappesi messo in moto e tenuto in equilibrio dalla comune soggezione ai principi costituzionali di tutti i poteri pubblici, non compressi e sclerotizzati in blocchi contrapposti, ma animatori di una *concordia discors*, il cui perenne movimento evita la stagnazione della politica e l'autoritarismo delle istituzioni. Non è sufficiente che queste ultime si autoqualifichino democratiche una volta per tutte, occorre che lo siano quotidianamente.

esigenze di giustizia (nota a Corte cost., sentenza n. 94/2023), in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6/2023, pp. 105 ss.

²⁹ Cfr. L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, p. 330.