

L'AVANZAMENTO DEL POTERE GIUDIZIALE. EFFETTI *IN PARTE* QUA DELLA GLOBALIZZAZIONE, DEL PLURALISMO DELLE FONTI GIURIDICHE E DELLA COMPLESSITÀ DEI FENOMENI SOCIALI*

ACCETTO:	28.5.2026
OSPITE	

Marco Cecchi

 <https://orcid.org/0000-0002-7335-2029>

Università degli Studi di Firenze

Università telematica e-Campus

Firenze, Italia

E-mail: marcodcechi@gmail.com

Come citare questo articolo: CECCHI, M. L'avanzamento del potere giudiziale. Effetti *in parte qua* della globalizzazione, del pluralismo delle fonti giuridiche e della complessità dei fenomeni sociali. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, SP, v. 20, n. 2, e18786IT, 2026. <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direito-mackenzie.v20n218786IT>.

* Il contributo riproduce - con qualche sistemazione stilistica e, soprattutto, con significativi tagli alle note e al testo dello scritto originario (per il cui recupero si rimanda ovviamente all'opera-madre) - i paragrafi 1, 2 e 2.a del Capitolo I della prima monografia dell'Autore: Cecchi, 2021, p. 31-53.



- **ASTRATTO:** Il contributo tratta del progressivo avanzamento del potere giudiziale (c.d. giudiziariizzazione), che negli ultimi decenni ha guadagnato decisamente terreno rispetto al principio di legalità (legale), sempre più indebolito da fattori sia endogeni che esogeni al mondo del diritto. In particolare, lo scritto evidenzia come, tra le cause storico-sociali *lato sensu* extra-giuridiche, la globalizzazione e il pluralismo delle fonti giuridiche, insieme alla complessità dei fenomeni sociali, abbiano contribuito e contribuiscono all'affermarsi della giuristocrazia.
- **PAROLE-CHIAVE:** giuristocrazia; giudiziariizzazione; attivismo giudiziale; globalizzazione; pluralismo delle fonti; complessità dei fenomeni sociali; crisi della legalità.

O AVANÇO DO PODER JUDICIAL. EFEITOS EM PARTE DA GLOBALIZAÇÃO, DO PLURALISMO DAS FONTES JURÍDICAS E DA COMPLEXIDADE DOS FENÔMENOS SOCIAIS

- **RESUMO:** O artigo trata do avanço progressivo do poder judicial (a chamada judicialização), que nas últimas décadas ganhou terreno em relação ao princípio da legalidade (legal), cada vez mais enfraquecido por fatores endógenos e exógenos ao mundo do direito. Em particular, o artigo destaca como, entre as causas histórico-sociais *lato sensu* extrajurídicas, a globalização e o pluralismo das fontes jurídicas, juntamente com a complexidade dos fenômenos sociais, contribuíram e continuam a contribuir para o estabelecimento da juristocracia.
- **PALAVRAS-CHAVE:** juristocracia; judicialização; ativismo judicial; globalização; pluralismo das fontes; complexidade dos fenômenos sociais; crise da legalidade.

THE ADVANCEMENT OF JUDICIAL POWER. EFFECTS IN PART OF GLOBALISATION, THE PLURALISM OF LEGAL SOURCES AND THE COMPLEXITY OF SOCIAL PHENOMENA

- **ABSTRACT:** The paper deals with the progressive advancement of judicial power (so-called judicialisation), which in recent decades has gained significant ground



over the principle of legality (legal), increasingly weakened by factors both endogenous and exogenous to the world of law. In particular, the work highlights how, among the historical and social causes in the broad sense outside the legal sphere, globalisation and the pluralism of legal sources, together with the complexity of social phenomena, have contributed and continue to contribute to the rise of juristocracy.

■ **KEYWORDS:** juristocracy; judicialisation; judicial activism; globalisation; pluralism of sources; complexity of social phenomena; crisis of legality.

1. Lo sviluppo progressivo della giuristocrazia

«Over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called Juristocracy. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reform has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries» (Hirschl, 2007, p. 1).

Con queste parole si apre l'opera probabilmente più conosciuta di Ran Hirschl, riguardante uno dei fenomeni più significativi dell'epoca che stiamo vivendo. Nell'ambito della propria ricostruzione, Hirschl sottolinea l'importanza rivestita dalle Carte costituzionali e dei diritti fondamentali, garantite da apposite Corti che le tutelano, nell'incremento dell'attivismo giudiziale.

Si è dinanzi a un vero e proprio «*global trend*» (Hirschl, 2007, p. 1; v. anche Santoro, 2008, p. 26-45):

the adoption of a constitutional catalogue of rights and the fortification of judicial review provide the necessary framework for the formulation of fundamentally political controversies in constitutional terms. This framework serves to encourage the transfer to the Courts issues that ought, *prima facie*, to be resolved in the political sphere. Judicial empowerment through constitutionalization thus offers a convenient refuge for politicians to avoid or delay unwanted political outcomes. (Hirschl, 2007, p. 15).

Questa sorta di “fuga dalla responsabilità” da parte della politica, la quale delega l'esercizio dei poteri di propria spettanza alla magistratura e agli altri corpi emergenti



sulla scena istituzionale (es. autorità indipendenti), comporta inevitabili conseguenze sul lungo periodo; conseguenze fra le quali possiamo esemplificativamente rammentare le degenerazioni prospettate da Hirschl nei rapporti tra potere giudiziario e potere politico e sociale:

i) opposition use of courts to fight governments; ii) the dilemma of delegation – how to ensure that once the courts’ policy-making powers are extended they will [or will not] indeed produce judgments that reflect the ideological preferences and serve the political interests of those who have granted policy-making to the judiciary; iii) “They, the Jurists” are granted an elevated status in determining policy outcomes at the expense of “We, the People”, laypersons who make up the vast majority of the population; iv) il rischio di erosione dell’immagine della magistratura e finanche della sua stessa legittimazione, poiché un’impropria, difficult [and] unpopular sovra-esposizione pubblica ne mina – più o meno incisivamente – l’autonomia, l’imparzialità e l’indipendenza (Hirschl, 2007, p. 15, 186, 187 e 70).

La «judicialization of politics» (Hirschl, 2007, p. 64) e la politicizzazione della giurisdizione, in ogni caso, non si spiegano solo con l’avvento della costituzionalizzazione moderna, giacché – per quanto rilevante – tale fattore «it is certainly insufficient in and itself to generate the high level of judicialized politics seen in present-day» (Hirschl, 2007, p. 30).

Il fatto, a ben vedere, è che «the institutions of democratic governance now operate in a profoundly different environment than that in which they were founded» e in questo nuovo contesto «the empowerment of courts [...] marked an abrupt change in the balance of power between the judiciary, the legislature and the executive» (Hirschl, 2007, p. 216 e 74).

L’espandersi della giustiziabilità degli accadimenti sociali, in accordo alla profetica affermazione secondo cui “anything and everything is justiciable”, ha determinato e determina «an intrusion of the judiciary into the prerogatives of legislatures and executives» (Hirschl, 2007, p. 221)¹. Difatti, abbiamo assistito e stiamo ancora assistendo a

1 Poco dopo Hirschl (2007, p. 222) afferma altresì che «the expansion of the province of courts in determining political outcomes at the expense of politicians, civil servants and/or the populace has not only become more globally widespread than ever before; it has also expanded to become a manifold, multifaceted phenomenon, extending well beyond the now-standard concept of judge-made policy-making constitutional rights jurisprudence and judicial redrawing of legislative boundaries. The judicialization of politics now includes the wholesale transfer to the courts of some of the most pertinent and polemical political controversies a democratic polity can contemplate.

una rimodulazione delle dinamiche interne alla divisione dei poteri di matrice illuministica. Il principio della separazione non è venuto meno, né a nostro parere verrà certo meno, epperò è in corso una ricalibratura dell'equilibrio in virtù del quale l'assetto di tale principio si regge².

Quest'evenienza ha inciso e giorno dopo giorno incide sulla 'ricombinazione pratica' dei poteri presenti all'interno dello Stato. In tale prospettiva, posto che nelle dinamiche del mondo presente «there are advantages in thinking in terms of 'powers' rather than 'sovereignty' [because] powers can be shared, whereas it is difficult to think of shared sovereignty» (Jacobs, 2007, p. 152), è opportuno provare a cogliere quali correnti carsiche agitano queste 'variazioni di potere'.

Per quanto qui d'interesse, possiamo sinteticamente registrare che vi sono diversi fattori – sia endogeni che esogeni all'ambiente giuridico strettamente inteso – che hanno condotto al superamento del mito esclusivo della 'legolatria'. Si tratta di istanze e matrici che contribuiscono quotidianamente a spostare «l'asse portante dell'ordinamento dal legislatore all'interprete», il quale – come non accadeva da secoli – viene progressivamente coinvolto «nello stesso processo di enucleazione e definizione del diritto, processo che manifesta sempre più un carattere inventivo» (Grossi, 2017, p. 123). Tra gli interpreti, poi, «un posto primario spetta, senza alcun dubbio, al giudice» (Grossi,

What has been loosely termed “judicial activism” has evolved beyond the existing conventions found in normative constitutional theory literature. A new political order – juristocracy – has been rapidly establishing itself throughout world».

- 2 Cfr. Amarelli, 2014, p. 411 e 415 («Se la legge penale ha mutato le sue caratteristiche e il giudice i suoi compiti, è evidente che ne abbia risentito anche il rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario e che sia opportuno ripensarlo», per quanto – in ogni caso – anche se «è vero che il sistema democratico-rappresentativo è in crisi e che il Parlamento non è più il protagonista esclusivo della opera di produzione legislativa in ambito penale, arrivare a declassarlo in favore del potere giudiziario è forse troppo»); Barberis, 2005, p. 1; Di Giovine, 2006, p. 288 la quale invita a «preservarlo [il principio di legalità], sebbene in un'accezione mutata, più flessibile e dinamica»); Grossi, 2020, p. 111; Guarnieri; Pederzoli, 1997, p. 14-15; Palazzo, 1979, p. 175 («L'accrescersi del potere giudiziario rischia di creare uno squilibrio nei reciproci rapporti tra i poteri dello Stato e fa sorgere la necessità di ancorare, da un lato, questo vasto potere a una base di legittimazione democratica e di sottoporlo, dall'altro, a certe forme di controllo, per evitare che il suo esercizio sia sostanzialmente irresponsabile»); Trapani, 2017, p. 84-85; Zanon, 2015, p. 361. In materia, v. altresì Ackerman, 2014, p. 15: il quale – con riferimento al diritto amministrativo, ma riteniamo che la portata di tali riflessioni possa essere estesa anche oltre tale ambito (come peraltro rileva lo stesso Autore [p. 14]) – afferma che «quase três séculos depois, já passa da hora de repensar a santíssima trindade de Montesquieu. Apesar de seu status canônico, ela nos mantém cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas. Embora a tradicional fórmula tripartite falhe ao capturar os modos característicos de operação de tais formas, essas unidades novas e funcionalmente independentes estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos. Uma “nova separação de poderes” está emergindo no século XXI. A compreensão de suas características distintivas requer o desenvolvimento de um modelo conceitual que contenha cinco ou seis categorias – ou talvez mais». A nostro parere, occorre ripensare non tanto la teorica della separazione dei poteri – tuttora indispensabile, per quanto forse da aggiornare con la considerazione dell'esistenza di poteri ulteriori affianco a quelli tipici (i.e. legislativo, esecutivo e giudiziario) – quanto piuttosto la meccanica del suo funzionamento in concreto.

2017, p. 123-124)³: e così si spiega il disallineamento del sistema nella direzione del versante giudiziario.

È vero che «la discussione sul confine tra competenze legislative e giudiziarie è antica almeno quanto la divisione dei poteri» (Hirsch, 2007, p. 108), eppure – come si è accennato, nel ciclico sopravanzare di un’istanza sull’altra⁴ – nell’odierno quadro ordinamentale appare con chiarezza che l’attività esercitata dal giudicante è assai più penetrante, «pervasiva» e «performativa»⁵ di quella esercitata dal legislatore⁶.

Se guardiamo al passaggio dalla *law in the books* alla *law in action*, riconosciamo con piana evidenza che il ruolo svolto dal giudice nella “costruzione del caso giuridico” non è un ruolo meramente ‘passivo’, bensì ‘attivo’. L’utopia della *bouche de la loi*⁷ è stata ulteriormente – definitivamente? – scalfita dalla «grande trasformazione del diritto» dei nostri giorni: l’«accresciuta creatività giurisprudenziale» (Cappelletti, 1984, p. 22 e 17), tale per cui «i giudici operano [si] nella trama stabilita dalla legge, ma non sono solo esecutori della legge. C’è una grande quantità di “judge made laws”» (Cassese, 2017, p. 70).

Il che, tuttavia, non significa ancora ‘giudici-legislatori’ o ‘giudici-governanti’ poiché, com’è stato lucidamente affermato da Mauro Cappelletti, sebbene la linea di demarcazione sia sottile ed estremamente sfumata, fintanto che non si eccede dalle proprie competenze, né le si abusano, permane «un’essenziale differenza tra il processo legislativo e quello giurisprudenziale. Certo, da un punto di vista sostanziale sia

3 Grossi (2017) continua «precisando, però, chiaramente: giudice ordinario, e aggiungendo anche: giudice civile; mentre una diversa considerazione la si deve fare per il giudice penale, essendo la materia ‘penale’ in stretta connessione con la sicurezza pubblica e conservando qui una peculiare rilevanza la riserva di legge».

4 Sulla ciclicità, cfr. Lombardi, 1967, p. 494-495: «Il diritto giurisprudenziale genera il diritto legale codificato che genera il diritto legale frammentario che nuovamente genera il diritto giurisprudenziale e così via. I motivi sono sufficientemente chiari: il diritto giurisprudenziale, per la sua vastità e relativa incertezza, e al tempo stesso per la sua sistematicità, tende a compendiarsi in un codice dotto che abbracci tutto il diritto. Questo codice, però, proprio per la sua pretesa (e sempre illusoria) completezza, da un lato rallenta momentaneamente la produzione giurisprudenziale del diritto, dall’altro chiama l’integrazione legislativa. Tutto il corpus legale, che perde progressivamente la sua organicità, si trova intanto affidato ai giudici (i quali in regime di codice-e-legislazione dovrebbero logicamente essere o farsi consigliare da giuristi), ed essi lo vanno cementando e cementando nelle decisioni concrete. A poco a poco si produce in tal modo – con apporto variamente dosato della dottrina e della giurisprudenza – un insieme di interpretazioni più o meno costanti che tendono a formare un vero e proprio diritto giurisprudenziale».

5 Le espressioni virgolettate – che riportiamo per evidenziare l’esistenza e i tratti di un dato di realtà (che, in questa sede, ci limitiamo banalmente a constatare sganciandolo da qualsivoglia accezione critica, negativa o positiva che sia); le espressioni virgolettate, dicevamo – sono utilizzate da Valentini, 2018, p. 35-36.

6 E ciò nonostante «il diritto dei giudici lasci naturalmente del tutto impregiudicato il primato del legislatore. Questi resta libero, con un tratto di penna, di togliere fondamento alle interpretazioni creative o evolutive dei tribunali» (Hirsch, 2007, p. 117).

7 È la celebre sintetica formula con la quale (Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu; più semplicemente) Montesquieu compendia il ruolo e la funzione del giudice: «Ma i giudici della nazione sono soltanto, come abbiamo detto, la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati, che non possono regolarne né la forza né la severità» (Montesquieu, 2011, p. 317). In senso analogo (sia pure *mutatis mutandis*), Blackstone utilizza l’espressione “*viva vox legis*” per identificare l’essere dell’autorità giudiziale.

il processo giudiziario che quello legislativo risultano nella creazione di diritto entrambi “*law-making processes*”, ma diverso è il *modo*, o se si preferisce la *procedura o struttura*, di questi due procedimenti di formazione del diritto: e si tratta di una differenza che merita di essere sottolineata a scanso di confusioni ed equivoci pericolosi» (Cappelletti, 1984, p. 64)⁸.

È nel *metodo* che si distinguono le funzioni concretamente esercitate dai diversi poteri dello Stato. Il discrimine passa, allora, non tanto sul piano sostanziale (degli effetti: alle volte assimilabili o addirittura identici tra loro) quanto sul piano procedurale (dell’*iter* metodologico, cioè del percorso e dei vincoli che conducono all’assunzione del *decisum* il legislatore piuttosto che il giudice o altro organo istituzionale, ad esempio governativo)⁹.

Riprendendo il discorso sull’«ascesa del potere giudiziario» (Ferrarese, 1997, p. 124; Zanon, 2015, p. 359) e sul «crepuscolo della legalità» (Mazza, 2017, p. 112 ss.; Padovani, 1999, p. 527 ss.), possiamo ancora dire che la complessità della contemporaneità acuisce la fisiologica difficoltà di sussumere il reale «nella disposizione legislativa *senza colpo ferire*» e conseguentemente si estende – di molto rispetto a ieri – quello «strano luogo, sospeso tra la legge e il fatto concreto» (Di Giovine, 2006, p. 300), in cui il diritto si genera: un luogo in cui il giudice, prima e più di chiunque altro, compie azioni che ricordano da vicino le gesta plasmanti del demiurgo platonico.

8 Cappelletti (1984, p. 64) prosegue affermando che «un buon giudice può ben essere creativo, dinamico, ‘attivista’, e palesarsi come tale; ma solo un cattivo giudice agirebbe nelle forme e modalità di un legislatore, ché anzi un giudice, il quale agisse in tal guisa, cesserebbe semplicemente di essere un giudice». In particolare, principalmente «ciò che fa sì che un giudice sia un giudice e che una Corte sia una Corte non è la sua creatività [o meno], ma bensì a) la connessione della sua attività decisionale con ‘cases and controversies’, quindi con le parti di tali casi concreti, e b) l’atteggiamento di imparzialità del giudice, il quale non dev’essere chiamato a decidere in re sua, deve assicurare il diritto delle parti ad essere sentite (‘fair hearing’) [...] e deve avere, a sua volta, un sufficiente grado di indipendenza rispetto alle pressioni esterne e specialmente a pressioni provenienti dalle ‘branche politiche’». A tal riguardo, cfr. ex multis: Alexy (1998, p. 170) (il quale evidenzia, in termini generali, l’esistenza di «condizioni limitative» del discorso argomentativo [p. 17 ss. e passim.] e, per quanto qui d’interesse, osserva che «nelle discussioni giuridiche non può essere esposta e affrontata qualsivoglia questione. Esse hanno luogo con una serie di limitazioni. La quantità e i tipi di limitazioni sono svariati nelle diverse forme di discussione giuridica. La più libera è la discussione dottrinale; i maggiori limiti valgono per il processo»; Neumann, 2009, p. 55; Nobili, 1974, p. 31 («Se dunque si riconosce che l’interprete svolge inevitabilmente una attività creativa, resta da chiarire in quale direzione egli crea nuovo diritto»); Troper, 2007, p. 48 («Ogni atto giuridico è insieme creazione e applicazione di diritto, ma le proporzioni variano. L’attività di un’assemblea parlamentare è principalmente creatrice, quella di una Corte principalmente applicativa»); Wróblewski, 1978, p. 114.

9 Riprendendo le parole della Corte Suprema americana, possiamo sintetizzare che «it is procedure that marks much of the difference between rule by law and rule by fiat» (Wisconsin v. Constantineau, 400 U.S. 433, 1971). La problematica che si staglia sullo sfondo è ben riassunta da McCormick, p. 350: «Quale decisione appare veramente migliore tra quelle giuridicamente ammissibili? Il giudizio qui è sostanziale, non formale, nel senso in cui lo sono i giudizi di congruenza. Il problema è: qual è in via di principio il modo migliore di decidere il caso di specie?».

• MARCO CECCHI

L'attività giudiziale, infatti, «contribuisce a far progredire e a completare l'edificazione dell'ordinamento giuridico, che la legge ha solo iniziato» (Bülow, 2001, p. 204)¹⁰; e in quest'«universo giuridico [che] tende verso la iuristocrazia» (Giunta, 2019, p. 134) capita di frequente che per opera del giudice vedano la luce nuovi istituti e siano rivisitate vecchie categorie.

Ad esempio, a fronte di una legislazione spesso «oscura» (Ainis, 2010)¹¹ e «aperta» (che abbonda in qualsiasi suo ramo o settore – civile, penale, amministrativo, tributario o d'altro genere – di clausole generali, termini ambigui, formule vaghe e indeterminate, vocaboli indefiniti da riempire contenutisticamente, locuzioni valoriali e così via), essendo indispensabile l'apporto integrativo/para-creativo del giudice, la nozione di legalità (legale) è mutata e, tra le molteplici vesti che questo concetto ha assunto, in questo caso indossa l'abito della legalità c.d. «integrata».

10 Invero, e più in generale, da un punto di vista storico può dirsi che «presso tutti i popoli l'ufficio del giudice ha partecipato in maniera sostanziale alla formazione del diritto. Ha contribuito quanto e più della legislazione al suo sviluppo e perfezionamento. Il potere statale ha adempiuto la sua missione di creare l'ordinamento, servendosi per lungo tempo addirittura del solo ufficio del giudice. Sono dovuti passare secoli prima che lo Stato giungesse a un sistema giuridico regolato da leggi scritte. E difatti il popolo, nel suo stadio giovanile non è certo posseduto da una spinta disinteressata alla conoscenza di astratte verità giuridiche. Il diritto è un fatto dell'esperienza. Esso ha dovuto esser s p e r i m e n t a t o in tutto il vigore della prassi, che di caso in caso ha spinto a comporre le micidiali contese provocate dall'egoismo e dalle passioni, mediante la sentenza imparziale di un apparato statale dotato di poteri sovrani. Non ancora limitato da alcuna legge, il potere giudiziario dello Stato si esercitava un tempo con la stessa libertà della quale ha poi goduto la legislazione. Per quanto questo potere, anche qui in modo del tutto simile alla legislazione, fosse guidato s e n t i m e n t o d e l d i r i t t o pulsante nel popolo (per la verità, spesso ondeggiante tra opposte correnti); per quanto venisse a poco a poco indirizzato su di un percorso stabile dal potere benefico della c o n s u e t u d i n e, che dominava tutta la vita sociale; tuttavia, a quell'ordinamento, di pura origine giudiziale, mancava ogni effettiva limitazione g i u r i d i c a. Ragion per cui non era ben protetto contro il pericolo di una giurisprudenza arbitraria e faziosamente instabile. L'opprimente percezione di questa mancanza, condusse alla fine i popoli alla forte decisione di passare da un ordinamento fondato solo sulle sentenze dei giudici ad uno regolato dalla legge, ma raccogliendovi la maggior parte dell'antica sapienza giurisprudenziale» (Bülow, 2001, p. 211).

11 Ainis individua nell'ambiguità, nell'irrazionalità e nell'incoerenza i tre vizi capitali delle leggi oscure. I difetti – o meglio: la fattura attuale e i tratti tipici – del testo legislativo rappresentano una delle molteplici cause della c.d. «crisi della legalità (legale)». A proposito della «oscurità delle leggi», già in Beccaria, 2010, p. 34-35 leggiamo trattarsi di «un male», giacché «strascina seco necessariamente l'interpretazione» (recte «l'errante instabilità delle interpretazioni», che crea disordini) e fa perdere alla legge la sua autorevolezza. Una crisi, quella della legalità (legale), che si lega soprattutto alla «crisi della fattispecie» a cui – richiamando Irti, 2014, p. 36 ss. – fa riferimento Grossi, 2020, p. 93-95: «Se si parla frequentemente di crisi, non è un farfugliare a vuoto; ma si sbaglia – e di grosso, e proprio su un piano epistemologico – se si parla di crisi del diritto, ripetendo oggi la frusta e respingibile rappresentazione del monopolio della produzione giuridica nelle mani del legislatore. La crisi c'è, ed è crisi, appunto, dello statalismo legalista; ed è la riscoperta della complessità giuridica a investire e travolgere il modello legale. E sono proprio i caratteri di questo modello a dimostrarsi inadatti a disciplinare giuridicamente il tempo pos-moderno tuttora contrassegnato dalla instabilità di una transizione. Astrattezza, generalità, rigidità, che fino a oggi hanno identificato il volto virtuoso della legge, appaiono, proprio oggi, quali cagioni prime della sua condanna. Ogni legalismo si concreta sempre in una proposta di modelli, modelli rigidi, che garantiscono i beni della certezza e della prevedibilità, ma che sono intrinsecamente inidonei all'attuale instabile tempo. Tutto ciò è espresso con veridica efficacia dalla «crisi della fattispecie».

1. Una molteplicità di cause concorrenti

Ebbene, tenuto conto di quanto si è appena detto, ci sono molti – moltissimi – fattori che, al contempo, favoriscono l'avanzare della critocrazia e contribuiscono all'arretramento della legalità (legale).

Si tratta di occorrenze di natura giuridica ed extra-giuridica che hanno potenziato e continuano a potenziare le capacità operative e la figura stessa del giudice, al punto da indurre gli studiosi a coniare espressioni come “giudiziarizzazione” e “giuristocrazia”, oppure locuzioni quali “età della giurisdizione”, “Stato dei giudici”, “società giudiziaria”, “democrazia giudiziaria”, “oligarchia giudiziaria”, “tendenza togatografica”, “attivismo giudiziale”, “giudizialità del diritto” e simili.

Vi sono “cause storico-sociali *lato sensu* extra-giuridiche”, tra le quali possiamo annoverare le seguenti: a) globalizzazione, pluralismo delle fonti e complessità sociale; b) europeizzazione (nel c.d. Vecchio Continente, beninteso); c) costituzionalizzazione moderna; d) forme di Stato e forme di governo alla prova dei diritti fondamentali; e) episodi storici singolari e legittimazione democratica; f) rapporto lingua/linguaggio; g) interpretazione – approccio filosofico¹².

Vi sono “cause giuridiche ordinamentali e procedimentali”, tra le quali possiamo annoverare – riferendoci specialmente (per quel che attiene alle prime tre della lista) al sistema italiano – le seguenti: a) organizzazione degli uffici giudiziari; b) dinamismo processuale e poteri istruttori nel rito penale; c) diritto vivente; d) interpretazione – approccio giuridico; e) legislazione¹³.

Ora, avuto riguardo ai fenomeni storici, sociali e altresì filosofico-culturali *lato sensu* extra-giuridici che accrescono il ruolo, le funzioni e il ruolo del giudice in seno all'ordinamento, nel prossimo paragrafo ne attenzioniamo uno specifico: ossia, il combinato ‘globalizzazione, pluralismo delle fonti giuridiche e complessità sociale’ come elemento che sollecita e favorisce il c.d. “governo dei giudici”¹⁴.

¹² Trattate nei sottoparagrafi del paragrafo 2 del Capitolo I della monografia: Cecchi, 2021, p. 43-127.

¹³ Trattate nei sottoparagrafi del paragrafo 3 del Capitolo I della monografia: Cecchi, 2021, p. 127-207.

¹⁴ Rilevano che l'espressione “governo dei giudici” sia stata «coniatà da Boudin [e] introdotta in Francia da Lambert» Guarnieri; Pederzoli, 1997, p. 115, nt. 16.

2. Globalizzazione, pluralismo delle fonti giuridiche e complessità sociale

La globalizzazione (o mondializzazione), fatto che oramai può considerarsi notorio, consiste nell'intensificarsi dei rapporti e delle interdipendenze¹⁵ tra persone (fisiche e/o giuridiche), organizzazioni, istituzioni, enti e autorità (compresi gli Stati) a livello planetario. Le interconnessioni fra soggetti si stabiliscono su ogni fronte: economico, in primis; politico; socio-culturale; tecnologico; comunicativo-informativo; giuridico; ecc.

Un'immagine metaforica che ben riassume cosa significhi vivere in un mondo globalizzato è quella del c.d. "effetto farfalla": teoria fisico-matematica, sociologicamente applicabile, secondo la quale una piccola variazione è in grado di ripercuotersi – finanche in modo notevolmente consistente – sull'intero sistema. Con enfasi e con un po' di estro retorico, per esemplificare l'argomento ci si è chiesti se il semplice batter d'ali di una farfalla in Brasile possa provocare un tornado in Texas¹⁶, a voler sottolineare che «il minimo movimento interessa tutta la natura»¹⁷.

15 Parla di «strong bonds of interdependence» Zakaria, 2020, p. 14, il quale esempla le «action[s] and reaction[s]» del modello di società in cui attualmente viviamo richiamando «the three great crisis of the twenty-first century – 9/11 [2001], the financial crash [2008] and Covid-19 [2020] – one political, one economic and natural».

16 Tale interrogativo è stato assunto come titolo di una delle conferenze tenute da Edward Norton Lorenz (matematico e meteorologo statunitense, padre del c.d. "effetto farfalla" [v., ad es., Lorenz, 1963 (1), p. 130 ss.; Lorenz, 1963 (2), p. 409 ss. [in part., p. 431 (ove si propone la metafora del gabbiano): «When the instability of uniform flow with respect to infinitesimal perturbations was first suggested as an explanation for the presence of cyclones and anticyclones in the atmosphere, the idea was not universally accepted. One meteorologist remarked that if the theory were correct, one flap of a sea gull's wings would be enough to alter the course of the weather forever. The controversy has not yet been settled, but the most recent evidence seems to favor the gulls»]; Lorenz, 1969, p. 289 ss. [in part., p. 306 (ove si affina la succitata metafora del gabbiano)]). Sul mutamento metaforico dal gabbiano alla farfalla, v. Hilborn, 2004, p. 425 ss., il quale invero registra che, in realtà, «the butterfly metaphor was, in fact, predated by nearly 70 years by what we should call the grasshopper effect», riconducibile a uno scritto del 1898 di W. S. Franklin (p. 425 e nt. 12)) negli anni '70 del secolo scorso, precisamente nel dicembre 1972. Negli anni Venti del XXI secolo, l'esperienza pandemica da Covid-19 ha indotto a parlare – adottando una formula tanto infelice quanto efficace – di «effetto pipistrello» (cfr. Zakaria, 2020, p. 11: «In the case of this pandemic [i.e. Covid-19], we now all recognize how a tiny viral particle, circulating in a bat in China's Hubei Province, has brought the world in the knees – a real-life example of the butterfly effect, whereby the flapping of a butterfly's wing might influence weather patterns on the other side of the world. Small changes can have big consequences. In power grids or computer networks, if one tiny element breaks and then shifts its load to another, which then breaks, it can produce a chain reaction that grows ever larger, like a ripple that becomes a roaring wave. It is termed a "cascading failure". A single software glitch or broken transformer can shut down an entire system. Something similar happens in biology»).

17 Pascal, 2010, p. 137 (Pensiero 295): «Il minimo movimento interessa tutta la natura: il mare intero cambia per una pietra». Dal punto di vista giuridico e giuridico-politico, cfr. Kant, 2010, p. 69 («E poiché ora, in fatto di associazione di popoli della terra (più o meno stretta), si è progressivamente giunti a un punto tale che la violazione del diritto compiuta in una parte viene risentita in tutte, l'idea di un diritto cosmopolitico non è una rappresentazione chimera ed esaltata del diritto, ma il necessario completamento del codice non scritto del diritto statale e internazionale, nel diritto dell'umanità in genere, per l'attuazione della pace perpetua, a cui possiamo sperare di avvicinarci a poco a poco solo a questa condizione») e Zagrebelsky, 2008, p. 392 («Per quel che riguarda la scienza costituzionale, la globalizzazione può essere definita la condizione per la quale eventi lontani, attraverso catene causali del più vario genere, producono conseguenze sulla protezione locale dei beni costituzionali»).

Quello che intendiamo evidenziare riferendoci alla globalizzazione e al suo impatto sul mondo giuridico è che la sempre più intrecciata concatenazione tra eventi diversi, anche assai distanti e distinti tra loro, crea una complessità variabile, molto spesso ingestibile e non riducibile a livello astratto: una complessità che reclama di essere concretizzata, di volta in volta, sulla scorta delle differenti esigenze emergenti in quel dato e specifico caso¹⁸.

L'uniformità categoriale cede il passo al particolarismo pluralistico.

Al cospetto del mescolarsi di dinamiche e problematiche economiche, socio-culturali, tecnologiche, comunicativo-informative, giuridiche, politiche ecc., la fattispecie legale non riesce più né a compendiarne i risvolti, né a prendere – rispetto ad esse – una posizione univoca e risoluta (per il tramite di una netta delimitazione normativa) che possa scioglierle in un senso o nell'altro¹⁹.

A tal proposito, limpidamente si è espresso Klaus Günther affermando che

l'estendersi oltre i confini nazionali dei processi di scambio economici, lo sviluppo di tecnologie informatiche e comunicative a livello planetario, la nascita di mercati finanziari transnazionali [es. sviluppo dell'economia tramite rete ("e-commerce")] e movimenti migratori globali: sono queste [alcune fra] le manifestazioni di un processo oggi etichettato come *globalizzazione*. [...] La dinamica di questi processi modifica gli ordinamenti tradizionali, soprattutto il modello del vecchio Stato nazionale, retto da funzioni di dominio centralizzate e integrato – al di là di ogni pluralismo – da una cultura in larga misura omogenea (Günther, 2010, p. 83).

La discrezionalità dell'organo legislativo si svela inidonea, da sola, ad abbracciare e disciplinare eventi e rapporti così disomogenei, essendo praticamente illusoria una loro *reductio ad unum*. L'incapacità – a dire il vero, l'impossibilità – di incasellare entro la disposizione legislativa il pluralismo fenomenico della globalizzazione induce il legislatore ad ammettere la propria inadeguatezza nel rincorrere la multiforme realtà²⁰.

18 Per una lettura giuridica del fenomeno globalizzatorio, v. Aa.Vv., passim (in part., p. 431-537).

19 Sottolinea «il sussistere di obiettive difficoltà di ordine tecnico in rapporto alla redazione di un testo legislativo univoco e rispettoso della ratio legis, capace di rappresentare sufficientemente la realtà empirica» Moccia, 2018, p. 1728. In materia, cfr. Barcellona, p. XIV-XXII (in part., p. XX); Ferrarese, 2002, p. 66; Grossi, 2020, p. 24 e 93-95; Santoro, 2008, p. 45-63 e 73-99; Sgubbi, 2019, p. 58-60.

20 E anche laddove il legislatore, imperterrito, non ammetta la propria inadeguatezza e pretenda di riuscire a ingabbiare la realtà, di fatto poi quest'ultima 'presenta il conto'. Così, ad esempio, mette in luce Cassese (2017, p. 46) che «il Parlamento più legifera, più è costretto a rifarlo in un parossismo lefegiatore che finisce con l'affidare alle burocrazie un potere ancora maggiore, perché solo esse conoscono tutti gli anfratti delle norme e sanno come adoperare le interpretazioni rigoristiche del principio di legalità». Un caso eloquente in cui «il legislatore si è rassegnato

Questa presa di coscienza, mai così conclamata prima d'ora, spinge il nomoteta a rimettersi o comunque a ricercare la fattiva, integratrice collaborazione di altre istituzioni, corpi o autorità legittimamente riconosciute alle quali delegare o dalle quali essere affiancato nella complicata attività di costruzione della previsione giuridica regolatrice il vivere sociale. E nel suo incessante “circolare”²¹, oggi il potere – in questo caso: il potere regolativo – sembra meglio adattarsi a forme di esercizio diffuse e capillari, anziché rigorosamente accentrate (le quali ultime, nondimeno, certamente permangono).

Si pensi, ad esempio, alla dinamicità e all'incessante evoluzione della *soft law*. Al fine di perseguire obiettivi strategici e funzionali, nei più diversi campi si propaga e dilaga una normativa “debole” o “morbida” (non direttamente coercitiva) che coinvolge, fin dalla fase progettuale, i soggetti che della stessa sono poi, almeno in parte, i destinatari e gli attuatori. Un diritto «che reagisce prontamente a esigenze non di rado contingenti» e che si colloca «all'interno di un sistema di fonti improntato a una logica reticolare: all'interno di un sistema, cioè, caratterizzato dall'accavallamento delle gerarchie o addirittura dal loro venir del tutto meno, ove “la logica gerarchica del comando cede il passo a logiche orizzontali [...] o comunque di tipo comunicativo e dialogico”» (Bernardi, 2011, p. 546 e 542-543; v. anche Trapella, 2018, p. 4015). Un diritto che apporta un “contributo mediato” alla formulazione o alla declinazione pratica della disposizione attraverso una forma di completamento della fonte di *hard law*.

Si pensi, ancora in via esemplificativa, alla succitata attività d'integrazione giurisprudenziale di fattispecie normative c.d. “aperte” oppure ai poteri attribuiti o riconosciuti alle autorità indipendenti o, ancora, all'auto-normazione (non di rado prevista *ex lege*: es. modelli di organizzazione societaria da predisporre ai sensi del d.lgs. n. 231/2001).

all'idea di condividere il potere normativo anche con il giudice» (Amarelli, 2014, p. 405) lo si rinviene nelle parole della Relazione al disegno di legge A.S. n. 19 nella seduta del 31.03.2015, in tema di false comunicazioni sociali, laddove in sede legislativa si afferma quanto segue: «La nostra Corte di cassazione dovrà valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti. (...) Il relatore a tal proposito non dà alcuna risposta, perché non la deve dare: ci mancherebbe altro che la desse. Noi non siamo la Corte di cassazione che dà risposte giurisprudenziali: questo è un tema che la giurisprudenza affronterà. Ripeto, il relatore ha la sua risposta, ma non avrebbe alcuna efficacia e alcun significato vincolante, pertanto il relatore ritiene di non poterla dare, bensì di non dover dare alcuna risposta su questo aspetto» (sul punto, v. Pulitanò, 2015, p. 29 ss.; in part., p. 53-56).

- 21 Sulla circolarità del potere (per cui può dirsi che il potere circola e non appartiene), v. Foucault, 1977, passim.; in part., p. 184: «Il potere deve essere analizzato come qualcosa che circola, o piuttosto come qualcosa che non funziona che a catena. Non è mai localizzato qui o lì, non è mai nelle mani di alcuni, non è mai appropriato come una ricchezza o un bene. Il potere funziona, si esercita attraverso un'organizzazione reticolare. E nelle sue maglie gl'individui non solo circolano, ma sono sempre in posizione di subire e di esercitare questo potere, non sono mai il bersaglio inerte o consenziente del potere, ne sono sempre gli elementi di raccordo. In altri termini, il potere transita attraverso, non si applica agl'individui».

La normativa, non più solo di fonte primaria ma anche secondaria²² e altresì sovranazionale e internazionale, conosce «istanze legislative *de facto* se non addirittura *de jure*» che sono «(direttamente o indirettamente) produttrici di diritto. Istanze che operano in diversi campi [nazionali e] transnazionali del diritto ai differenti livelli locali, infra-, inter- e sopranazionali» e che contribuiscono a disgregare la presunta monotonia del diritto «in una pluralità di sistemi normativi; [di talché,] il sistema positivistico (logicamente e gerarchicamente ordinato) di norme primarie e secondarie, aventi il loro punto di fuga fondante nella *Grundnorm* o nella *Erkenntnisregel*, si trasforma in una pluralità di regimi giuridici. L'unità fittizia del sistema giuridico sembra sciogliersi di fronte al fatto del pluralismo normativo» (Günther, 2010, p. 84-85)²³.

Conseguentemente, può condividersi l'affermazione per cui, piuttosto che essere ordinate da un unico ordine giuridico, le moderne società sono ordinate da una pluralità di ordini giuridici, interconnessi e socialmente distribuiti in modi diversi. Viviamo

in a time of porous legality or legal porosity, multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by interlegality. Interlegality is the phenomenological counterpart of legal pluralism, and a key concept in a post-modern conception of law (de Sousa Santos, 1995, p. 114).

Questa insufficienza della legalità (legale) è soltanto uno dei risvolti di un panorama globalizzato, plurale e socialmente complesso. Altri aspetti possono rinvenirsi ancora, esemplando, nella «transnazionalizzazione del diritto contemporaneo» (Günther, 2010, p. 97), nel «diffondersi di quasi-giurisdizioni» (Zaccaria, 2007, p. 44-46) e nella c.d. «globalizzazione giudiziaria», fenomeno – quest'ultimo – «per cui, al di là delle

22 Cfr. Palazzo, Viganò, p. 73: «Il problema del ruolo delle fonti secondarie non solo esiste, ma si è drammatizzato in tempi recenti. Oltre alla legittima richiesta di una maggiore sorveglianza da parte del legislatore nell'aprire a fonti secondarie, non rimane che la "tutela" rappresentata dal cosiddetto sindacato del giudice penale sulla legittimità dell'atto amministrativo. Con conseguente potere di "disapplicare" l'atto illegittimo e conseguente esclusione del reato. Ancora una volta, l'asse della legalità si sposta sul giudice».

23 Leggiamo in Grossi, 2020, p. 23 che «al pluralismo sociale si accompagna un intenso pluralismo giuridico, pluralismo di fonti, ricomposte in una rete anziché in una strutturazione gerarchica». Così, «il giudice si trova a doversi districare in un reticolo normativo» (Giunchedi, 2018, p. 19; v. altresì p. 26-27) e nell'ambito di tale pluralismo si svela il suo «ruolo 'poliedrico'», declinato in ogni ambito del diritto (compreso il diritto penale): Manes, 2014, p. 1935-1936 («Un pluralismo ermeneutico accentuato, dunque, dalla confusione di fonti, di carte, di diritti, e in definitiva di "norme", sempre più direttamente attingibile dal giudice, con conseguente moltiplicazione delle sue opzioni valutative e decisionali e potenzialità dirompenti per il "sistema": fino all'eccesso, posto che un giudice tra molte leggi può apparire – in definitiva – un giudice senza legge, smarrito nel labirinto del diritto, o seduto a un convito dove si serve – come si è detto [Manacorda] – un diritto penale "à la carte"»).

tradizionali barriere opposte dalle sovranità statali, giudici di vari Paesi (una sorta di comunità internazionale di giuristi) tendono a elaborare e affermare principi giuridici fondamentalmente comuni», altresì attraverso la citazione delle rispettive pronunce giurisprudenziali (Fiandaca, 2008, p. 48; v. anche Taruffo, 2007, 34-36) e l'articolato sistema, ove previsto, del c.d. "dialogo fra Corti" (Zaccaria, 2007, p. 39-40)²⁴.

Il co-protagonismo - o protagonismo, in certe occasioni - di altre figure affianco a quella del legislatore già nella configurazione in astratto delle previsioni da applicare, poi, in concreto è una tendenza che s'invera in ogni ramo dell'ordinamento²⁵.

Inoltre, sia a livello nazionale che internazionale²⁶, da questa «moltiplicazione dei protagonisti della creazione giuridica» discende «l'imperante pluralismo delle fonti», che parte della dottrina invita a considerare «non come un pericolo dal quale salvaguardarsi attraverso l'esaltazione dei dati formali evocati finora a sorreggere l'idea stessa del diritto ma come il normale modo di produzione del diritto nel tempo attuale» (Furfaro, 2018, p. 92; v. anche Ronco, 2018, p. 1391-1392).

24 Secondo Zaccaria, 2007, «lo sviluppo di tale "dialogo" tra Corti, a sua volta inquadrabile nella cornice generale di un'intensificazione degli scambi tra giudici a livello mondiale, non va semplicisticamente ricondotto a una generica cessione/perdita/erosione della sovranità statale, ma può risultare più comprensibile se lo si riconnette ad alcune nozioni e principi su cui va incardinandosi l'attuale sistema di protezione dei diritti umani, quali la nozione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (per ciò che attiene al diritto comunitario), il principio del margine di apprezzamento, il principio della miglior tutela [ecc. ecc.]». Parla di «giudici che agiscono gli uni con gli altri nel sistema allargato europeo/nazionale [in] un processo di integrazione e armonizzazione tra soggetti diversi, che non esclude evidentemente il disaccordo, ma, al contrario, lo presuppone come fonte necessaria per il proprio sviluppo» Esposito, 2018, p. 4. Osserva Canzio, 2020, p. 87 che «per assolvere il non facile compito di evitare il corto circuito applicativo e ricondurre a unità la complessità e la pluralità del sistema delle garanzie e dei rimedi giurisdizionali, lo scenario giurisprudenziale europeo degli ultimi decenni è stato caratterizzato dalla rete di relazioni intessute nelle forme del "dialogo fra le Corti": in particolare, fra le alte Corti, nazionali e sovranazionali, cui l'ordinamento affida il precipuo compito di coerenza e completezza dell'ordinamento giuridico. Un confronto dialettico, questo, condotto soprattutto attraverso la elaborazione di "precedenti" autorevoli in casi paradigmatici».

25 A tal riguardo - riferendosi alla «lingua franca dei diritti umani» e al diritto dell'Unione europea, ma l'affermazione è a nostro parere replicabile in termini generali - Giorgio Pino ha scritto che «verosimilmente il diritto penale è più resistente, rispetto alle altre aree del diritto interno, nei confronti di alcune spinte tipiche della globalizzazione, come il diritto di fonte contrattuale e la *lex mercatoria*. Ma a ben vedere anche il diritto penale subisce l'influenza di alcuni epifenomeni tipici della globalizzazione giuridica contemporanea» (Pino, 2014, p. 171, nt. 12). E sul versante penale è innegabile ciò mette fortemente in crisi l'impostazione costituzionale secondo cui spetta esclusivamente al Parlamento demarcare la sfera del penalmente rilevante (art. 25 Cost.) e definire le procedure per accertare e reprimere i crimini commessi (art. 111 Cost.).

26 Sulla rilevanza del diritto internazionale in materia penale (sostanziale e processuale), v. - tra gli altri - Burchard, 2019, p. 1 ss. (il quale - in una prospettiva [prevalentemente fondativo]-filosofica - ne rileva il "pluralismo (giustificatorio)" [es. p. 21-22] e l'"apertura" [es.: «The open normativity of international criminal justice is the proverbial elephant in the room, a phenomenon that is so obvious and conspicuous that it is rarely addressed as such» (p. 2; v. anche p. 14/15-20)], nonché la fluidità, l'ambivalenza e la malleabilità [es. p. 5, 7]: caratteri a partire dai quali è possibile arguirne le ricadute pratico-applicative, ad esempio in punto di 'influenza interpretativa' [es. p. 11-12: «So, for whom do we administer international criminal justice? [...] To which extent do we seek to administer international criminal justice?»] o di "attivismo politico-giudiziale" [es. p. 13-14]) e Tonini, 2008, p. 417 ss.

In questo «canale globalizzatorio» (Grossi, 2017, p. 102), cui *meglio si adeguano poteri di tipo diffuso rispetto a quelli di tipo centralizzato (o accentrato)*, i soggetti istituzionali di riferimento diventano – su tutti – i giudici piuttosto che i legislatori, sicché si è giustamente osservato che – nella scena giuridica attuale – «assistiamo a un protagonismo sempre più accentuato delle Corti e all’affermazione di un diritto pretorio» (Ferrarese, 2002, p. 69)²⁷.

Peraltro,

in un contesto di Paesi variamente integrati fra di loro [e] per di più caratterizzato da un difetto di regolamentazione dei rapporti tra diversi ordinamenti, “i giudici [divengono] non più destinatari di norme ma regolatori essi stessi di tali rapporti e assumono il compito di smistare un traffico giuridico che si fa ogni giorno più fitto, inestricabile e complesso” (Di Bitonto, 2018, p. 4064).

Se a ciò si somma il crescente «grado di giuridificazione della società»²⁸, risulta «evidente» – come annota Giorgio Pino –

che in un quadro talmente complicato, il ruolo del giudice diventa necessariamente anche quello di un “ordinatore”, anziché solo di un applicatore (ammesso che il ruolo del giudice sia mai stato quello di un meccanico applicatore di un diritto già ben confezionato *altronde*): è sul giudice che si ripongono le residue speranze di mettere ordine nel panorama delle fonti, anche se spesso si tratterà di un ordine precario, valido solo caso per caso. Con ulteriore incrinatura del paradigma della legalità (Pino, 2014, p. 171; *amplius* Pino, 2016, p. 177 ss.).

27 Sull’incidenza del ‘momento giurisprudenziale’ nel diritto internazionale, v. Pastore, 2001, p. 157 ss.: il quale, in un’ottica positiva, ritiene che «il momento giurisprudenziale, espressione sintomatica dell’attitudine interpretativa e ordinante propria del diritto, [possa] rappresentare un decisivo canale di garanzia della giustizia nella disciplina delle relazioni internazionali, continuando a realizzare, con riguardo alla concretezza e alla particolarità delle situazioni, la finalità – tipica della ragione giuridica – di sottrarre le vicende umane all’incertezza, all’insicurezza, all’instabilità» (p. 193).

28 Già oltre trentacinque anni fa Irti, 1989, p. 59 registrava il crescente «grado di giuridificazione della società». Sul versante penalistico, v. Paliero, 1985, p. 83-123 e cfr. Sgubbi, 2019, p. 23 (il quale – richiamandosi alla “giustizia totale” di Friedman – parla di “diritto penale totale”: «Totale perché ogni spazio della vita individuale e sociale è penetrato dall’intervento punitivo che vi si insinua. Totale perché anche il tempo della vita individuale e sociale è occupato dall’intervento punitivo che, quando colpisce una persona fisica o giuridica, genera una durata della contaminazione estremamente lunga, o addirittura indefinita, prima della sua risoluzione finale. Totale, soprattutto, perché è invalsa nella collettività e nell’ambiente politico la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale»).

• MARCO CECCHI

A questo stato di cose «non si sottrae nemmeno il diritto penale», giacché persino in tale ambito avvengono «la creazione di regole alternative alla legge [e] l'intrecciarsi di fonti-diritto, fonti-fatto e fonti-istituzioni nella *law in action* fanno sì che diritto non sia più solo norma, ma anche decisione e istituzione», con il risultato che – in questa nostra era globalizzata – il sistema giuridico tende ad assumere «una *postura di tipo giudiziario*» (Gargani, 2011, p. 109)²⁹.

Sotto l'ombrello della globalizzazione, del pluralismo delle fonti giuridiche e della complessità dei fenomeni sociali odierni trova dunque una delle sue molteplici 'giustificazioni' l'espandersi dell'interventismo giudiziale, il cui avanzare si fa tanto più risoluto quanto più si fa esteso il graduale cedimento della politica (legislativa, in particolare) alla regolamentazione delle complicate dinamiche sociali della post-modernità.

RIFERIMENTI

ACKERMAN, B. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan. 2014. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v265.2014.18909>.

AINIS, M. *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari: Laterza, 2010.

ALEXY, R. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. A cura di Massimo La Torre. Milano: Giuffrè, 1998.

AMARELLI, G. Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio. *Cassazione penale*, [s. l.], v. 54, n. 1, p. 403-423, 2014.

BARBERIS, M. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. In: COMANDUCCI, P.; GUASTINI, R. (Ed.). *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*. A cura di P. Comanducci - R. Guastini, Torino: Giappichelli, p. 1, 2005.

BARCELLONA, P. *Introduzione*. In: WIETHÖLTER, R. *Rechtswissenschaft*. Tradução L. M. Amirante, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Bari: [s. n.], 1975.

BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*. A cura di G. Carnazzi. Milano: Aonia edizioni, 2010.

BERNARDI, A. Sui rapporti tra diritto penale e *soft law*. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, [s. l.], v. 54, n. 2, p. 536-583, 2011.

29 Sulla ridefinizione dei contorni e perfino dei connotati della previsione normativa nonché sul contributo attivo alla costruzione dell'ordine giuridico nell'intreccio fra ordinamento nazionale e sovranazionale, v. altresì: Bifulco, 2008, p. 126; Donini, 2011, passim; Kistoris, 2015, p. 1182-1184; Pastore, 2016, p. 70 («L'interprete, anche nel diritto penale, vive in un universo normativo eterogeneo e policentrico (in un pluriverso) ed è chiamato a partecipare alla individuazione della regola che, al contempo, lo limita e che egli deve applicare. Ciò implica l'esclusione di ogni connotazione arbitrariamente soggettivistica nell'opera di individuazione della regola e, insieme, il suo impegno ad essere co-produttore dell'ordine giuridico, in conformità ad una linea di congruenza con i materiali normativi desumibili dalle varie fonti, vieppiù articolate in un regime di frastagliato pluralismo, nel rispetto dei canoni metodologici accreditati nella cultura giuridica»); Perrone, 2019, p. 33 ss. (in part., p. 57-64).



BIFULCO, D. *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*. Napoli: Jovene, 2008.

BOUDIN, L. B. Government by judiciary. *Political Science Quarterly*, [s. l.], v. 26, n. 2, p. 238-270, 1911.

BÜLOW, O. Legge e ufficio del giudice. *Quaderni fiorentini*, [s. l.], v. 30, 199-254, 2001.

BURCHARD, C. From Open Normativity to Normative Openness: Addressing the Elephant in the Room, That Is, the Fact of Justificatory Pluralism in International Criminal Justice. In: BERGSMO, M.; BUIS, E. J. *Philosophical Foundations of International Criminal Law: Foundational Concepts*. A cura di M. Bergsmo - E. J. Buis, Brussels: Torkel Opsahl Academic Epublisher, p. 1, 2019.

CANZIO, G. Il dialogo fra le Corti e le prassi applicative. *Ars interpretandi*, [s. l.], p. 85-99, 2020.

CAPPELLETTI, M. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.

CASSESE, S. *La democrazia e i suoi limiti*. Milano: Mondadori, 2017.

CECCHI, M. *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae*. Milano: CEDAM, 2021.

D'ALESSANDRO, C. A.; MARCHESE, C. (ed.). *Ius dicere in a Globalized World. A Comparative Overview*. Roma: Romatre-Press, 2018.

DE SOUZA SANTOS, B. *Toward a new Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. London: 1995.

DI BITONTO, M. L. Giudici e bugie. *Cassazione penale*, [s. l.] v. 58, n. 12, p. 4062-4074, 2018.

DIGIOVINE, O. *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*. Milano: Giuffrè, 2006.

DONINI, M. *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*. Milano: Giuffrè, 2011.

ESPOSITO, A. Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale. *Archivio penale*, [s. l.] n. 3, p. 1-52, 2018.

FERRARESE, M. R. *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Bologna: Il Mulino, 2002.

FERRARESE, M. R. Magistratura e diritti: virtù passive e stato attivo. *Democrazia e diritto*, n. 1, p. 111-132, 1997.

FIANDACA, G. *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008.

FOUCAULT, M. *Microfisica del potere*. Tradução P. Pasquino; G. Procacci. Torino: Einaudi, 1977.

FRIEDMAN, L. M. *Total Justice*. New York: Russell Sage Foundation, 1985.

FURFARO, S. Influssi sovranazionali e certezza del diritto. In: GIUNCHEDI, F. (org.). *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*. Pisa: IUS Pisa University Press, p. 83, 2018.

GARGANI, A. Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo. *Criminalia*, [s. l.], p. 99-124, 2011.



• MARCO CECCHI

GIUNCHEDI, F. Loquacità, moniti, silenzi e ripensamenti nella dialettica tra le Corti. In: GIUNCHEDI, F. (org.). *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*. Pisa: IUS Pisa University Press, p. 15, 2018.

GIUNTA, F. *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità", dintorni*. Pisa: Edizioni ETS, 2020.

GROSSI, P. *L'invenzione del diritto*. Bari: Laterza, 2017.

GROSSI, P. *Oltre la legalità*. Bari: Laterza, 2020.

GUARNIERI, C., PEDERZOLI, P. *La democrazia giudiziaria*. Bologna: Il Mulino, 1997.

GÜNTHER, K. *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*. Tradução L. Ceppa, Torino, 2010.

HILBORN, R. C. Sea gulls, butterflies and grasshoppers: a brief history of the butterfly effect in nonlinear dynamics. *American Association of Physics Teachers*, [s. l.] v. 72, n. 4, p. 425-427, 2004.

HIRSCH, G. Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico. *Criminalia*, [s. l.], p. 107-120, 2007.

HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard: Harvard University Press, 2007.

IRTI, N. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1989.

IRTI, N. La crisi della fattispecie. *Rivista di diritto processuale*, p. 36-44, 2014.

JACOBS, F. G. *The Sovereignty of Law. The European Way*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

KANT, I. *Per la pace perpetua*. A cura di L. T. Ferente. Milano: [s. l.], 2010.

KOSTORIS, R. E. Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, [s. l.], v. 58, n. 3, p. 1177-1204, 2015.

LAMBERT, E. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, v. 11, n. 1, p. 63-67. Paris, 1922. DOI: <https://doi.org/10.2307/3474338>.

LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1967.

LORENZ, E. N. Deterministic nonperiodic flow. *Journal of the Atmospheric Sciences*, v. 32, n. 4, p. 130-141, 1963a. DOI: <https://doi.org/10.1177/0309133308091948>.

LORENZ, E. N. The predictability of hydrodynamic flow. *Transactions of the New York Academy of Sciences*, v. 25, n. 4, p. 409-432, 1963b.

LORENZ, E. N. The predictability of a flow which possesses many scales of motion. *Tellus*, v. 21, n. 3, p. 289-307, 1969. DOI: [10.3402/tellusa.v21i3.10086](https://doi.org/10.3402/tellusa.v21i3.10086).

MACCORMICK, N. La congruenza nella giustificazione giuridica. In: COMANDUCCI, P.; GUASTINI, R. *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*. A cura di P. Comanducci - R. Guastini, Torino: Giappichelli, p. 401 - 420, 1989.

MANACORDA, S. Dalle carte dei diritti a un diritto penale "à la carte". *Diritto Penale Contemporaneo*, v. 3, p. 242-251, 2013.



MANES, V. Il ruolo “poliedrico” del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema. *Cassazione penale*, v. 54, n. 5, p. 1918-1945, 2014.

MAZZA, O. Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo. *Criminalia*, p. 329-338, 2016.

MOCCIA, S. Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, v. 61, n. 3, p. 1720-1754, 2018.

MONTESQUIEU, C. d. S. de. *Lo spirito delle leggi*. Tradução B. Boffito Serra. Milano: [s. n.], I, 2011.

NEUMANN, U. Applicazione giuridica, uso dei metodi e teoria del diritto. *Ars interpretandi*, [s. l.], v. 1, p. 51-64, 2009.

NOBILI, M. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano: Giuffrè, 1974.

PADOVANI, T. Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale. *Indice penale*, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 527-543, 1999.

PALAZZO, F. *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*. Padova: Giuffrè, 1979.

PALAZZO F.; VIGANÒ, F. *Diritto penale. Una conversazione*. Bologna: Il Mulino, 2018.

PALIERO, C. E. *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*. Padova: Cedam, 1985.

PASCAL, B. *Pensées*. Tradução F. De Poli. Milano: [s. n.], 2010.

PASTORE, B. Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale? *Ars interpretandi*, [s. l.], v. 6, n. 1 p. 157-193, 2001.

PASTORE, B. Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica. *Ars interpretandi*, [s. l.], v. 2, p. 61-76, 2016.

PERRONE, D. Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative “in malam partem” e nuove istanze di garanzia*. Torino: Giappichelli, 2019.

PINO, G. L'insostenibile leggerezza della legalità penale. *Criminalia*, p. 167-183, 2014.

PINO, G. Legalità penale e rule of law. In: PINO, G; VILLA, V. (Ed.). *Rule of law. L'ideale della legalità*. Bologna: Il Mulino, p. 177, 2016.

PULITANÒ, D. Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, [s. l.], v. 58, n.1, p. 29-58, 2015.

RONCO, M. La legalità stratificata. Prima Sessione. La legalità stratificata. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, [s. l.], v. 61, n. 3, p. 1387-1405, 2018.

SANTORO, E. *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici: Albert Venn Dicey e il Rule of law*. Torino: Giappichelli, 2008.

SGUBBI, F. *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*. Bologna: Il Mulino, 2019.

TARUFFO, M. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

• MARCO CECCHI

TONINI, P. Processo penale e norme internazionali: la Consulta delinea il quadro d'insieme. *Diritto penale e processo*, p. 417-420, 2008.

TRAPANI, M. Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo. *Archivio penale*, [s. l.], n. 1, p. 1, 2017.

TRAPELLA, F. Brevissimo viaggio nel *soft-law* processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli. *Cassazione penale*, [s. l.], v. 11, p. 4013-4023, 2018.

TROPER, M. *Le nuove separazioni dei poteri*. Napoli: Editorial Scientifica, 2007.

VALENTINI, C. Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei. *Archivio penale*, v. 2, p. 1-36, 2018.

WRÓBLEWSKI, J. Motivation de la décision judiciaire. In: PERELMAN, C.; FORIER, P. (Ed.). *La motivation des décisions de justice*, p. 111-135, 1978.

ZACCARIA, G. *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

ZAGREBELSKY, G. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino, 2008.

ZAKARIA, F. *Ten Lessons for a Post-Pandemic World*. New York: W. W. Norton Company, 2020.

ZANON, N. L'ascesa del potere giudiziario, tra mode culturali e mutamenti costituzionali. *Criminalia*, [s. l.], p. 359-363, 2015.

Marco Cecchi

Dottore di ricerca, abilitato all'esercizio di funzioni di professore universitario di seconda fascia, nel settore concorsuale 12/G2 - Diritto processuale penale. Ricercatore abilitato di Diritto processuale penale, presso l'Università telematica e-Campus. Docente a contratto per l'insegnamento di Procedura penale I e Procedura penale II, presso la Scuola Marescialli e Brigadieri dei Carabinieri di Firenze, nell'ambito del Corso di laurea in Scienze Giuridiche della Sicurezza. Cultore della materia in Diritto processuale penale (IUS/16) e in Filosofia del diritto (IUS/20), presso l'Università degli Studi di Firenze. Curatore della rubrica Osservatorio CEDU per la rivista Diritto penale e processo. Socio dell'A.S.P.P. (Associazione tra gli Studiosi del Processo penale "G. D. Pisapia"), dell'A.I.S.P. (Associazione Italiana Studiosi della Prova), dell'A.I.D.P. (Association Internationale de Droit Pénal) e della S.I.F.D. (Società Italiana di Filosofia del Diritto). Avvocato, specialista in Diritto penale (dal 2023), iscritto all'albo dal 2018. Autore di numerosi contributi scientifici, pubblicati in riviste nazionali e internazionali, e della monografia *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae* (2021).

Università degli Studi di Firenze.

Università telematica eCampus.

Firenze, Italia

E-mail: marcodcecchi@gmail.com

Squadra Editoriale

Editore Accademico Felipe Chiarello de Souza Pinto

Direttore Esecutivo Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros



Produzione Editoriale

Coordinamento Editoriale Andréia Ferreira Cominetti

Impaginazione Libro Comunicação

Tirocinante editoriale Luiza Oliveira

