

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

DE L'ESPRIT

DES

LOIX

OU DU RAPPORT QUE LES LOIX
DOIVENT AVOIR AVEC LA CONSTITUTION
DE CHAQUE GOUVERNEMENT, LES
MŒURS, LE CLIMAT, LA RELIGION, LE
COMMERCE, &c.

à quoi l'Auteur a ajouté

Des recherches nouvelles sur les Loix Romaines
touchant les Successions, sur les Loix Fran-
çoises, & sur les Féodales.

Nouvelle Edition Revue & Corrigée

TOME SECOND.



A AMSTERDAM,

Chez CHATELAIN.

M. D. C. C. XLIX.

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2018 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale

Rol y legitimidad de las Cortes de derechos en materia penal

Role and Legitimacy of the Courts of Rights for Criminal Law Matters

NICOLA RECCHIA

*Ricercatore Postdoc in diritto penale presso la Goethe-Universität Frankfurt am Main
recchia@jur.uni-frankfurt.de*

DIRITTI FONDAMENTALI

DERECHOS FUNDAMENTALES

FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACTS

Questo breve contributo tenta di riflettere, anche in prospettiva penalistica, sul tema classico del ruolo e della legittimazione delle Corti dei diritti, definite quali organi che, a prescindere dalla loro natura nazionale o sovranazionale, hanno il potere di sindacare, in maniera vincolante, la conformità contenutistica di decisioni democraticamente assunte rispetto ad un catalogo più o meno ampio di principi costituzionali o diritti fondamentali. L'esatta individuazione del loro ruolo è chiaramente funzionale ad affrontare la questione della loro legittimazione.

Esta breve contribución tiene por finalidad reflexionar sobre el clásico tema del rol y la legitimación de las Cortes de derechos, concepto que hace referencia a aquellos órganos que, con prescindencia de su carácter nacional o supranacional, tienen el poder de revisar, de manera vinculante, la conformidad del contenido de las decisiones adoptadas a través del proceso democrático respecto a un catálogo más o menos amplio de principios constitucionales o derechos fundamentales. La exacta identificación del rol de tales Cortes es claramente instrumental para resolver la cuestión de su legitimidad.

This short piece tries to reflect, also from a criminal law standpoint, on the locus classicus of the role and legitimacy of the Courts of rights. The latter are bodies that, irrespective of their national or supranational nature, have the power to oversee in a binding manner the conformity of the content of decisions adopted through a democratic method to a certain catalogue of constitutional principles or fundamental rights. The precise identification of the role of such Courts is clearly instrumental to solve the matter of their legitimacy.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Le Corti dei diritti. – 3. La questione della loro legittimazione. – 4. Brevi riflessioni conclusive.

1.

Introduzione.

Qualche tempo fa, mi è capitato di imbartermi, in occasione di un efferato omicidio da parte di un minorenne ai danni della ex fidanzata avvenuto in Puglia, in un'enorme mole di commenti su Facebook e sui siti dei quotidiani locali nei quali si leggeva unanime la speranza che il reo fosse assicurato a vita alle patrie galere, mentre qualcuno già preconizzava che, in un Paese "buonista" come l'Italia, si sarebbe sicuramente trovato qualche cavillo per evitare l'ergastolo.

Debbo confessare che mi è stato di non poco conforto sapere che già dal 1994 la nostra Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della pena perpetua per i minori. Si è trattato tuttavia di un sollievo del tutto momentaneo. Le mie sparute conoscenze in materia di separazione dei poteri, principio democratico e ruolo delle Corti dei diritti erano già sufficienti affinché si manifestasse una cattiva coscienza per il sollievo provato in ragione dell'incostituzionalità di tale pena. Mi sono subito chiesto, invero, con le chiare parole del Prof. Luciani, se questo mio sollievo non esprimesse, cito, "l'antico pregiudizio antiparlamentare e antilegislativo radicato in tanta parte della cultura giuridica europea"¹. Per parafrasare Justice Scalia, in una democrazia dell'umanità dell'ergastolo nei confronti dei minorenni occorrerebbe convincere nella libera arena politica la maggioranza dei propri concittadini e non certo la maggioranza dei giudici di un tribunale costituzionale². Affidarsi alle Corti dei diritti per limitare la sfera del decidibile in sede politica, per limitare di fondo gli spazi concessi al democratico autodeterminarsi di una comunità politica, per arginare, con termini ora molto in voga, derive populistiche, non è forse l'indice di una attitudine ideologica e culturale denotata, ancora con le parole di Luciani, di "un'evidente coloritura aristocratica"³?

Scusatemi per questo inizio di relazione autobiografico certo poco ortodosso, ma spero di dimostrare quanto questo esempio possa esserci utile nel prosieguo della riflessione su questi temi.

Forte si leva nella più attenta dottrina italiana⁴ e straniera⁵ una messa in guardia e una forte denuncia della tendenza allo spostamento e appiattimento sulla sede giurisdizionale della produzione normativa e, dunque, in definitiva del potere; non a caso si è parlato di "giuristocrazia"⁶. Il tema, si comprende, è troppo ampio per essere utilmente affrontato in questi pochi minuti, né forse un'unica riflessione critica, che mettesse nello stesso calderone Corti costituzionali e Corti sovranazionali, giustizia penale e giustizia civile o amministrativa, organi giudicanti e organi requirenti, potrebbe avere senso da un punto di vista metodologico al fine di trarne indicazioni sensate.

Di qui la scelta, dunque, di limitare questo intervento, come fin dal titolo, alle sole Corti dei diritti; un'espressione sulla quale è forse opportuno soffermarci per chiarirne da subito il senso con il quale la si utilizzerà. Ci si vuole infatti riferire, a prescindere dalla natura nazionale o sovranazionale, a quegli organi che hanno il potere di sindacare, in maniera vincolante, la conformità contenutistica di decisioni democraticamente assunte rispetto ad un catalogo più o meno ampio di principi costituzionali o diritti fondamentali. Una definizione, dunque, che include senza problemi assieme a molte Corti costituzionali nazionali anche, ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea, ma che escluderebbe, ad esempio, Corti costituzionali o supreme legittimate soltanto a verificare la legittimità formale di tali decisioni, per ragioni di procedura o di competenza, come in forme di stato federali. Restano escluse altresì, per l'ovvia considerazione che minori problemi pon-

¹ LUCIANI (2006), p. 1661.

² SCALIA (1989), p. 862.

³ Ancora LUCIANI (2006), p. 1661.

⁴ Si veda, nell'amplessima letteratura sul punto, in prospettiva prettamente penalistica, MANES (2017a), p. 955 ss.; INSOLERA (2018), p. 1 ss.; ID. (2017), p. 241 ss.

⁵ Anche qui all'interno di una letteratura vastissima, cfr. GARAPON (1996).

⁶ HIRSCHL (2004).

gono per la loro legittimazione, organi giurisdizionali cui è unicamente attribuito il potere di dichiarare l'illegittimità di una norma, senza che però ne derivi alcun effetto in mancanza di un eventuale successivo intervento dell'organo parlamentare⁷, come ad esempio nel Regno Unito⁸.

2.

Le Corti dei diritti.

Perché riflettere dunque specificamente sul ruolo di queste Corti dei diritti e non più in generale sul ruolo del giudice? Certamente è dirimente il potere di invalidare atti legislativi ritenuti incostituzionali, che solo in misura molto minore è o dovrebbe essere appannaggio del giudice comune; ma soprattutto, e forse a monte, l'attività del giudice costituzionale sul testo costituzionale è qualitativamente diversa da quella che quotidianamente è chiamato a svolgere, quantomeno in via preponderante, il giudice comune.

Pur oggetto della nota temperie di critiche sviluppate dalle teorie postmoderne dell'interpretazione, pare ancora reggere l'assioma positivista della soggezione del giudice al testo della legge, mentre pare oramai acclarata l'impossibilità di una simile soggezione delle Corti dei diritti al testo costituzionale. Detto altrimenti, se è ancora possibile entro certi termini parlare di giudice bocca della legge, di certo non è possibile parlare di giudice costituzionale come bocca della Costituzione.

I motivi paiono ovvi. Da un lato, il testo costituzionale è spesso per sua natura maggiormente indeterminato del testo legislativo. Tornando all'esempio da cui siamo partiti pare oggettivamente forzato ricondurre all'ambito della normale sussunzione l'attività ermeneutica svolta dalla nostra Corte costituzionale che dal combinato disposto delle norme di cui agli articoli 31 comma 2 e 27 comma 3 della Costituzione ha ricavato la regola "divieto di ergastolo nei confronti dei minori". Anche prescindendo dalla diversità qualitativa dell'attività interpretativa, è ancor più dirimente osservare come la maggior parte dell'attività svolta dalle Corti dei diritti sia in realtà di natura valutativa e non interpretativa⁹. La natura pluralistica delle nostre democrazie e di riflesso delle nostre Carte dei diritti fa sì che gli inevitabili conflitti tra diritti fondamentali debbano trovare soluzione in un bilanciamento tra gli stessi e non possano essere risolti sulla base di mere ricostruzioni interpretative dell'ambito di applicazione di ciascun diritto fondamentale.

Molte parole e concetti giuridici per esprimere una verità molto più apertamente descritta da un politologo come Dahl, con riferimento alla Corte suprema statunitense: "la Corte non può agire in senso stretto come un'istituzione giurisdizionale. Deve, vale a dire, scegliere tra controverse alternative di politiche pubbliche facendo appello almeno ad alcuni criteri di accettabilità di questioni di fatto e di valore che non possono essere trovati o dedotti nei precedenti, nelle leggi o nella Costituzione. In questo senso la Corte è un decisore politico nazionale"¹⁰.

3.

La questione della loro legittimazione.

Da qui, da questa presa di coscienza se vogliamo, scaturisce e non può che scaturire, nella riflessione dottrinale, una critica totale circa il ruolo e la legittimazione delle Corti dei diritti. Se nella dottrina statunitense è ormai maggioritaria una posizione di ripudio nei confronti del controllo di costituzionalità delle leggi¹¹, in Europa e in Italia questo fenomeno, per vari e interessanti motivi, che però qui non è possibile indagare, pare essersi rivolto soprattutto nei confronti delle già citate Corti europee¹². Sia sufficiente dire, a tal proposito, che la Dani-

⁷ Si tratterebbe in altri termini di una forma di c.d. *weak judicial review*. Sulla dicotomia *strong/weak judicial review*, cfr., per tutti, WALDRON (2005-2006), p. 1354 s.

⁸ Cfr. Sections 4 e 10 dello Human Rights Act del 1998.

⁹ Cfr., *ex multis*, GUASTINI (2011), p. 208 s.; BIN R. (1992), p. 60 s.

¹⁰ DAHL (1957), p. 279 ss., 281.

¹¹ Cfr., su tutti, HIRSCHL (2004); TUSHNET (1999); WALDRON (1999).

¹² Tra i molti esempi che potrebbero essere fatti, vale la pena forse riferirsi alla "saga" riguardante il diritto di voto dei detenuti che ha visto confrontarsi la Corte EDU e i giudici e il legislatore del Regno Unito, per la peculiarità del dibattito svoltosi, in un Paese culturalmente lontano dalla pratica del controllo giudiziale delle leggi. Si veda sul punto BRYAN (2013), p. 274 ss.

marca, assumendo la presidenza di turno del Consiglio d'Europa lo scorso 15 novembre, si è data come priorità una riforma del sistema di tutela dei diritti fondamentali nel senso di una limitazione di ogni forma di interpretazione evolutiva o espansiva della Convenzione da parte della Corte EDU, esplicitamente accusata dal Ministro della Giustizia danese di essere andata troppo in là e di aver sovrainterpretato la Convenzione¹³.

Se di organi politici si tratta, se nel giudizio di queste Corti è rinvenibile un esercizio di potere genuinamente politico, allora pare finanche elementare osservare che tali organi non possano trovare posto in una comunità politica retta dal principio democratico. Non è di fatto necessario elaborare molto su questa argomentazione, sulla c.d. difficoltà contro-maggioritaria: in una democrazia le scelte di una minoranza, espressa dall'élite giudiziaria, non possono imporsi al volere della maggioranza, come espressasi attraverso la decisione parlamentare.

A questo punto siamo dinanzi ad un bivio: da un lato possiamo respingere, pur in diversa guisa, l'idea di un controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti fondamentali e salvaguardare appieno il principio democratico; dall'altro possiamo difenderla, ma ammettendo che si tratti di un limite al principio democratico sulla base della necessità di meglio garantire il rispetto dei diritti fondamentali, accettando in definitiva che il principio democratico non sia assoluto. Cercherò di soffermarmi su ciascuna delle due strade che si dipanano da questo bivio. Ma prima ancora di fare ciò, permettetemi di respingere una terza paventata soluzione, quella cioè di riportare la giurisdizione sui diritti fondamentali, il controllo costituzionale sulle leggi, nei binari più rigidi del positivismo giuridico, respingendo le acquisizioni teoriche sul funzionamento di tale istituzione maturate nel c.d. neocostituzionalismo¹⁴. Sarebbe penso soltanto un infingimento il tentativo di superare il problema della legittimazione delle Corti dei diritti attraverso una ridefinizione giuridica della loro attività ermeneutica. Certo molto si può e si deve giustamente riflettere sulle modalità e sui limiti di esercizio di tale potere, ma nessuna impostazione teorica potrà riportare il ruolo delle Corti dei diritti ad una soggezione alla Costituzione che ne elimini la discrezionalità nell'agire e che elida dunque il tema della legittimazione politica di tali istituzioni.

Vediamo allora la prima delle due strade che ci si para innanzi. Forte, lo si è già detto, si leva l'indicazione nella dottrina di eliminare qualsiasi forma di *strong judicial review*. Le Corti dei diritti dovrebbero al più constatare i casi di mancata conformità della legge al catalogo dei diritti fondamentali, con l'unico effetto magari di aprire ad una procedura legislativa semplificata¹⁵. Rispetto alle Corti sovranazionali questa tendenza è ravvisabile nella sempre più frequente richiesta di un'intermediazione legislativa per l'adeguamento degli ordinamenti interni alle statuizioni delle Corti sovranazionali, premendo dunque per il riconoscimento di un rilievo solo interstatuale delle violazioni riscontrate a livello sovranazionale, dunque esponendo lo Stato alla censura da parte degli altri Stati, ma senza che vi siano conseguenze giuridiche dirette nell'ordinamento nazionale, o per l'utilizzo esclusivo, in ambito UE, di ricorsi per infrazione, come è noto, non direttamente forieri di conseguenze giuridiche nell'ordinamento interno¹⁶.

Sull'altra strada, invece, vi è l'idea di difendere le Corti dei diritti, pur senza infingimenti circa il loro ruolo politico, sapendo di stare in tal modo limitando il principio democratico. Riconoscendo la necessità di tutelare al tempo stesso principio democratico e diritti fondamentali, si accetta di perdere qualcosa in termini di rispetto del principio democratico pur di guadagnare qualcosa in termini di maggiore tutela dei diritti fondamentali. Ma il punto controverso allora diviene proprio la necessità di verificare che le Corti dei diritti riescano a tutelare i diritti fondamentali meglio di quanto non riesca a fare il gioco democratico attraverso la rappresentanza di interessi nei processi elettorali. Moltissimo si è discusso e si continua a

¹³ V. HARTMANN (2017). D'altronde, come riporta il medesimo A., lo stesso programma di coalizione della maggioranza danese prevedeva "una revisione critica della maniera in cui l'interpretazione dinamica della Corte EDU ha ampliato il campo di applicazione della Convenzione EDU".

¹⁴ Si veda, tra i tanti, su un tema molto attuale di dibattito e dai confini ancora incerti, la puntuale ricostruzione di BONGIOVANNI (2011), p. 749 ss.

¹⁵ Quasi assenti in dottrina sono infatti le critiche nei confronti altresì di forme di *weak judicial review*.

¹⁶ Tra i molti esempi che potrebbero essere fatti per queste due tendenze, volendo rivolgere lo sguardo alla sola Italia e alla recente attualità, si vedano rispetto alla prima le reazioni al decisione della Corte EDU nel caso Contrada, fonte di "tormenti" per i giudici italiani, così VIGANÒ (2016); rispetto alla seconda tendenza, specifica del diritto UE, si veda la posizione di parte della dottrina favorevole ad uno spostamento sul piano del ricorso per infrazione della vicenda *Taricco*, in questo senso, *ex multis*, MANES (2017b), p. 209; BIN L. (2017), p. 59.; GUAZZAROTTI (2017).

discutere su questo tema¹⁷, ma il tempo a mia disposizione continua a scorrere molto veloce, e non mi permette di ricostruire adeguatamente il dibattito. Mi preme, tuttavia, osservare come proprio l'angolo visuale del penalista possa essere prezioso in questo dibattito e giustifichi dunque la scelta di dedicare a questo tema una relazione di un penalista in un consesso di penalisti. Se c'è un aspetto, infatti, sul quale concordano anche le voci più critiche nei confronti della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali è il ruolo fondamentale che essa ha avuto e continua ad avere in materia di giustizia penale, che costituisce non a caso, finanche quantitativamente, il nucleo duro del lavoro delle Corti dei diritti¹⁸. I diritti fondamentali in materia penale sono per definizione diritti non rappresentati nel circuito politico, diritti per i quali nessuno vuole assumersi la paternità politica, diritti i cui titolari sono addirittura spesso esclusi dal circuito elettorale. Basta soffermarsi qualche attimo per fare mente locale su quanto, in giro per il mondo, le Corti dei diritti hanno significato in materia penale: dall'abolizione della pena di morte o della tortura alla mitigazione dell'ergastolo, dagli interventi sulle garanzie processuali alla dichiarazione di illegittimità di odiose fattispecie incriminatrici, dal riconoscimento del principio di colpevolezza alle garanzie in materia di esecuzione della pena. Se in altri ambiti, pensiamo ad esempio ai diritti dei lavoratori, molto, e forse più, è vero può fare la rappresentanza politica e conflittuale di tali diritti, proprio l'ambito penale ci dimostra forse l'esigenza insopprimibile di un temperamento del principio democratico per assicurare una struttura articolata di poteri, che concepisca altresì un organo di controllo giurisdizionale.

4. Brevi riflessioni conclusive.

Siamo dunque tornati al punto di partenza? Ad una difesa acritica ed agiografica del ruolo delle Corti dei diritti? Penso di no. Penso che l'avvenuta presa di coscienza della natura eminentemente politica delle Corti dei diritti, il disvelamento dei reali meccanismi di giudizio ad opera del neocostituzionalismo possa essere di grande rilievo anche in un quadro di difesa dell'idea di una tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi.

Provo qui, per forza di cose, soltanto a tracciare alcune direttrici di riflessione.

Anzitutto, sarebbe il caso di iniziare a riflettere, con minore ritrosia, sui meccanismi di elezione, funzionamento, presa delle decisioni di queste istituzioni, consci che tali aspetti e la loro giusta calibrazione assumono una dimensione centrale nella maniera concreta con la quale questo potere politico si esercita¹⁹. Non solo, badate bene, sui temi più canonici della loro composizione e delle modalità di elezione, ma sul tema, molto più raramente esplorato, dell'istituzione burocratico-amministrativa che permane al di là del susseguirsi dei giudici.

Poi, sempre in chiave politica, nell'ottica di allocare al meglio il potere decisionale e il controllo sullo stesso, molto si potrebbe ragionare sui settori o sui diritti che maggiormente si confanno ad un controllo giurisdizionale e al contempo sulla strutturazione di confacenti modalità di accesso alle Corti dei diritti. In questo senso, molto giustamente si discute sull'opportunità di limitare la tutela giurisdizionale a specifici diritti individuali, piuttosto che a interessi più generali, e non certo si badi per la loro minore importanza, ma proprio per l'inappropriatezza rispetto ad essi della sede giurisdizionale. Per scendere nel concreto, è facile pensare a tal proposito al tema degli obblighi positivi di tutela, soprattutto in materia penale²⁰, e a come, le reali difficoltà poste da questo tema siano non tanto sul merito, ma sulla possibilità che tali decisioni siano utilmente collocabili, quantomeno nella maggior parte dei casi, sul piano giurisdizionale e non su quello legislativo.

Infine, ritengo che recuperare intimamente la convinzione che la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali anche per mezzo di un controllo di costituzionalità delle leggi, ci possa mettere in guardia contro il rischio di una visione autoreferenziale e limitata delle dinamiche

¹⁷ Cfr. oltre alle voci critiche già citate, tra le tante voci a sostegno del *judicial review*, BICKEL (1986²); ELY (1980); CHEMERINSKY (1989), p. 82 ss.; GOLDONI (2012), p. 926 ss.

¹⁸ V., ad esempio, R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy*, cit., 101, 108 ss., con riferimenti comparati a USA, Canada, Israele e Sud Africa.

¹⁹ V. ancora INSOLERA (2018), p. 9.

²⁰ Si può qui solo rinviare, in una dottrina che va sempre arricchendosi, ai lavori seminali di PULITANÒ, (1983), p. 484 ss. e STORTONI (1984), p. 626 ss. Il tema d'altronde è tornato di stringente attualità soprattutto riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU, molto più adusa a fare uso, anche in materia penale, di questo istituto giuridico, cfr., *ex multis*, VIGANÒ, (2011), p. 2645 ss.; MANACORDA, (2012), p. 1364 ss.; MANES (2012), p. 91 ss.

di tutela dei diritti fondamentali, contro la tentazione di pensare che la sempre maggior tutela dei diritti fondamentali sia il portato necessitato dell'affinarsi della nostra riflessione giuridica e che dunque non resti alla dottrina altro compito che non quello di suscitare, accompagnare e decantare le magnifiche sorti progressive della tutela dei diritti fondamentali da parte delle Corti dei diritti. Tali organi, come ci ricorda ancora una volta Dahl²¹, sono molto più espressione della maggioranza dominante nel consesso politico di quanto non si voglia riconoscere. Se nel breve periodo, tale strumento di affermazione politica dei diritti fondamentali può svolgere, come si è detto, un ruolo positivo, nessun argine giurisdizionale può reggere dinanzi ad un netto mutamento delle posizioni politiche della maggioranza dei cittadini. A ben vedere, dunque, anche quella scienza giuridica che con più favore guarda all'azione delle Corti dei diritti non può permettersi di abbandonare, come penso l'attualità abbia reso manifesto, la missione politica e culturale di rivendicare la bontà e il valore delle scelte di garanzia costituzionali all'interno della comunità politica e non solo giuridica, prescindendo da qualsiasi considerazione circa la loro vigenza al più alto livello nella gerarchia delle fonti.

Per tornare all'esempio iniziale, sarebbe uno sciocco sollievo quello di chi si sentisse per sempre protetto dinanzi alla scelta inumana dell'ergastolo ai minorenni dalla già vista sentenza della nostra Corte costituzionale. Se non saremo in grado, per questa come per le altre garanzie, riconosciute e da riconoscere, di difenderne ogni giorno la perdurante validità e rispondenza all'interesse comune, non vi è dubbio alcuno che presto o tardi la maggioranza politica saprà sbarazzarsene.

Si può dunque certamente difendere la necessità di Corti dei diritti, purché si tenga ben a mente al contempo che esse non possono reggere a lungo dinanzi ai meccanismi politici di formazione della volontà popolare, e che dunque è anche in questo ambito che deve ineludibilmente svolgersi l'opera della scienza giuridica.

Bibliografia

BICKEL, Alexander M. (1986²): *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics?* (New Haven-London, Yale University Press)

BIN, Roberto (1992): *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale* (Milano, Giuffrè)

BIN, Ludovico (2017): "Taricco bis: significati, espressi e impliciti, dei «promessi contro-limiti»", in BERNARDI, Alessandro/CUPELLI, Cristiano (eds.): *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti* (Napoli, Jovene), pp. 47-60

BONGIOVANNI, Giorgio (2011): voce *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, Anali Vol. IV (Milano, Giuffrè), pp. 749-772

BRYAN, Georgina (2013): "Lions under the Throne: The Constitutional Implications of the Debate on Prisoner Enfranchisement", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2, pp. 274-286

CHEMERINSKY, Erwin (1989): "Foreword: The Vanishing Constitution", *Harvard Law Review*, 103, pp. 43-104

DAHL, Robert A. (1957): "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *Journal of Public Law*, 6, pp. 279-295

ELY, John Hart (1980): *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge-London, Harvard University Press)

GARAPON, Antoine (1996): *Le gardien des promesses. Justice et démocratie* (Paris, Odile Jacob)

²¹ Ancora DAHL (1957), p. 284 ss.

- GOLDONI, Marco (2012): "Two internal critiques of political constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, 10, pp. 926-949
- GUASTINI, Riccardo (2011): "Interpretare e argomentare", in CICU, Antonio *et al.* (eds.), *Trattato di diritto civile e commerciale* (Milano, Giuffrè)
- GUAZZAROTTI, Andrea (2017): "I paradossi della vicenda Taricco", *laCostituzione.info*, 18.2.2017, <http://www.lacostituzione.info/index.php/2017/02/18/i-paradossi-della-vicenda-taricco/>.
- HARTMANN, Jacques (2017): "A Danish Crusade for the Reform of the European Court of Human Rights", *EJIL-Talk*, 14.11.2017, <https://www.ejiltalk.org/a-danish-crusade-for-the-reform-of-the-european-court-of-human-rights/>.
- HIRSCHL, Ran (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge-London, Harvard University Press)
- INSOLERA, Gaetano (2017): "Il giudice e la cultura del limite. Il limite della legge", *Parola alla difesa*, pp. 241-249
- INSOLERA, Gaetano (2018): "Oltre il giardino", *Indice Penale*, pp. 1-12
- LUCIANI, Massimo (2006): "Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1643-1667
- MANACORDA, Stefano (2012): "«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1364-1401
- MANES, Vittorio (2017a): "«Common law-isation del diritto penale?» Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future", *Cassazione penale*, pp. 955-976
- MANES, Vittorio (2012): *Il giudice nel labirinto* (Roma, Dike)
- MANES, Vittorio (2017b) "La «svolta» Taricco e la potenziale «sovversione di sistema»: le ragioni dei controlimiti", in BERNARDI, Alessandro (ed.): *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (Napoli, Jovene), pp. 203-232
- PULITANÒ, Domenico (1983): "Obblighi costituzionali di tutela penale?", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 484-531
- SCALIA, Antonin (1989): "Originalism: The Lesser Evil", *University of Cincinnati Law Review*, 57, pp. 849-865
- STORTONI, Luigi (1984), "Profili costituzionali della non punibilità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 626-678
- TUSHNET, Mark (1999): *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton, Princeton University Press)
- VIGANÒ, Francesco (2016): "Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU", *Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2016
- VIGANÒ, Francesco (2011): "L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali", in *Studi in onore di Mario Romano*, Vol. IV, (Napoli, Jovene), pp. 2645-2704

WALDRON, Jeremy (1999): *Law and Disagreement* (Oxford-New York Oxford University Press)

WALDRON, Jeremy (2005-2006): "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, 115, pp. 1346-1406



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>