

GLI STRUMENTI DI GARANZIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI FRA COSTITUZIONE E CEDU: RISERVA DI LEGGE E BASE LEGALE. RIFLESSIONI A MARGINE DI UN *OBITER DICTUM* DI CORTE COST. SENT. 8 OTTOBRE 2012, N. 230

1. Introduzione. – 2. Lo spunto della riflessione: la questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza n. 230 del 2012. – 2.1. Il problema esegetico a monte della questione. – 2.2. In breve: i singoli profili di censura. – 2.3. L'infondatezza della questione con riferimento al principio convenzionale di retroattività in mitius. – 2.4. Segue: con riferimento ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza. – 2.5. Segue: con riferimento al principio costituzionale di retroattività in mitius. – 3. Riserva di legge e base legale: diversa intensità di tutela o diversità delle tutele? – 3.1. La riserva di legge nell'ordinamento giuridico italiano. – 3.1.1. La riserva di legge: ratio e modus operandi. – 3.1.2. La prassi applicativa della riserva di legge in un sistema di crisi della legge. – 3.1.3. segue: i riflessi sulla giurisdizione. – 3.1.4. Il tipo di tutela offerta ai diritti fondamentali dalla riserva di legge nell'ordinamento italiano. – 3.2. Gli strumenti di tutela dei diritti nel sistema convenzionale. – 3.2.1. La "base legale" ai sensi della Convenzione. – 3.2.2. Il tipo di tutela offerta ai diritti fondamentali dalla "base legale" nel sistema convenzionale. – 4. Osservazioni conclusive: la diversità delle tutele offerte ai diritti fondamentali dalla riserva di legge e dalla base legale.

1. Introduzione

Il ruolo del Parlamento ha da tempo perso la sua centralità nel sistema politico e istituzionale italiano¹ ed è ormai pacifico che la legge si rivela uno strumento sempre meno idoneo a garantire, da sola, il principio di legalità nella sua dimensione di garanzia della certezza e della prevedibilità del diritto². In questo contesto, la tutela dei diritti fondamentali tende a sfuggire alla dimensione legislativa per trovare unica o prevalente soddisfazione in quella giurisprudenziale, e sempre più ad un livello sovranazionale.

Tale problematica si intreccia con la natura degli istituti posti a garanzia dei diritti nei diversi sistemi di tutela, in particolare la riserva di legge e la "base legale" apprestate, rispettivamente, dal sistema costituzionale e da quello convenzionale della CEDU.

La riflessione si inserisce nel più ampio discorso sui rapporti fra Carte e Corti in tema di tutela dei diritti fondamentali, in particolare fra Costituzione e Cedu e, dunque, fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo. Tali rapporti, com'è noto, hanno acquisito una crescente rilevanza nel nostro ordinamento a partire dalle "sentenze gemelle" del 2007³, le quali, attraverso il meccanismo della norma interposta all'articolo 117, primo comma, Costituzione, hanno riconosciuto al "diritto convenzionale", elaborato dalla giurisprudenza

* [francesca.colombi88@gmail.com]

¹ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto* (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia), in *Politica del diritto*, 3/1998, 365 ss.; IDEM, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana e non solo*, in *Rivista telematica dell'AIC*, 3/2012; R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, 1989, 1222-1223; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010, 23 ss.; G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2006, 1255 ss.

² *Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali, Istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica, composto da Mario Mauro, Valerio Onida, Gaetano Quagliariello, Luciano Violante*, 12 aprile 2013, testo disponibile su www.quirinale.it, 8.

³ Corte cost. sentt. nn. 348 e 349 del 2007, ampiamente commentate in dottrina. A mero titolo esemplificativo si vedano TE-SAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, I, Napoli, 2009 e in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2/2009; DE SIERVO U., *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it; CARTABIA M., *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici* in *Giur. cost.* n. 5/2007; RANDAZZO B., *Costituzione e CEDU: il giudice delle leggi apre una "finestra" su Strasburgo*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 1/2008; LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in www.cortecostituzionale.it.

della Corte di Strasburgo nell'interpretazione e applicazione delle disposizioni della Cedu, un rango sovra-legislativo ma sub-costituzionale nel sistema interno delle fonti⁴.

Il tema oggetto del commento tocca, così, quello più generale e assai più ambizioso del rapporto fra legislatori e giudici nel diritto costituzionale d'oggi, che, per la sua complessità e problematicità, non potrà qui che rimanere sullo sfondo.

È in questo contesto che va letta la sentenza della Corte costituzionale 8 ottobre 2012, n. 230, con particolare riferimento all'*obiter dictum* in essa contenuto, concernente il rapporto fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale e l'affermato "scarto" fra le tutele costituzionali e sovranazionali.

2. Lo spunto della riflessione: la questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza n. 230 del 2012.

Con la sentenza in commento il giudice costituzionale ha deciso la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Torino⁵, in riferimento, tra gli altri, all'art. 117, primo comma, Cost. come integrato dagli artt. 5, 6 e 7 Cedu, avente ad oggetto l'art. 673 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o del decreto penale di condanna o della sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale, intervenuto con decisione delle sezioni unite della Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato.

Il terreno di confronto fra sistema costituzionale e sistema convenzionale di tutela dei diritti è, ancora una volta⁶, quello della retroattività della norma penale più favorevole al reo. Tale principio viene però qui in rilievo in una forma nuova e peculiare, come esigenza di applicazione retroattiva non *della legge* penale (intesa quale fonte formale) più mite, bensì *del mutamento giurisprudenziale* favorevole (precisamente in senso scriminante) che, intervenendo con decisione dell'organo della nomofilachia, successivamente al passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna, escluda l'applicabilità ai fatti come quello ivi deciso, della disposizione incriminatrice dapprima considerata applicabile a tale fattispecie.

2.1. Il problema esegetico a monte della questione.

La vicenda giurisprudenziale che conduce alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal remittente attiene alla definizione del campo di applicazione soggettiva della fattispecie criminosa prevista dall'art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 (*"Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"*), come modificato dalla legge n. 94 del 2009 (*"Disposizioni in materia di sicurezza pubblica"*).

Nella sua formulazione originaria la disposizione assoggettava a sanzione penale lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non avesse esibito un documento di identificazione "ovvero" il permesso di soggiorno (o altro documento equivalente). Detta prescrizione era pacificamente applicata dalla giurisprudenza sia agli stranieri regolari che agli irregolari.

La modifica legislativa del 2009 ha sostituito alla disgiuntiva "ovvero" la congiunzione "e", rendendo così necessaria l'esibizione congiunta di entrambi i documenti, anziché alternativamente di uno solo di essi, al fine di non incorrere nel reato.

Detta sostituzione ha dato origine ad un contrasto fra le sezioni della Cassazione circa la perdurante applicabilità della fattispecie criminosa in parola agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato, i quali, secondo l'orientamento più favorevole, proprio per la loro condizione irregolare, non potrebbero in alcun modo ottemperare all'ordine di esibizione e sottrarsi alla commissione del reato, non essendo in possesso del permesso di soggiorno o simili.

Le sezioni unite⁷ hanno risolto il problema esegetico nel senso della inapplicabilità della fattispecie criminosa risultante dalla novella legislativa agli stranieri irregolari, stante la mutata *ratio* della nuova norma

⁴ Ciò vale, in generale, per tutto il diritto internazionale di fonte pattizia.

⁵ Ordinanza n. 3/2012, depositata il 21 luglio 2011 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 5/2012, prima serie speciale.

⁶ Si veda, infatti, Corte cost. sent. n. 236 del 2011, in tema di applicazione retroattiva ai procedimenti penali già pendenti in grado di appello e in cassazione di una norma che abbreviava i termini di prescrizione per taluni reati.

⁷ Cass. s.u. sent. 24.02-27.04-2011, n. 16453.

incriminatrice – non più l'identificazione dello straniero, bensì la verifica della sua regolare presenza sul territorio dello Stato – che avrebbe, perciò, comportato l'implicita abolizione del reato nella parte in cui si applicava agli stranieri irregolari⁸.

Il fatto giudicato con la sentenza della quale si chiedeva la revoca nel giudizio *a quo* era stato commesso da uno straniero irregolare dopo l'entrata in vigore della nuova formulazione della disposizione incriminatrice ma prima che le sezioni unite ne avallassero l'interpretazione scriminante per tale categoria di soggetti. Il giudice *a quo* si chiede, pertanto, se non sia costituzionalmente imposta la revoca della sentenza di condanna del ricorrente in forza dell'applicazione retroattiva della disposizione penale nella sua sopravvenuta interpretazione scriminante. Ipotesi che, non essendo prevista dalla norma censurata, né essendo ad essa riconducibile per via ermeneutica, renderebbe necessaria una pronuncia additiva del giudice delle leggi.

2.2. In breve: i singoli profili di censura.

A fondamento della questione il giudice *a quo* deduce la violazione di diversi parametri costituzionali e convenzionali (questi ultimi, ovviamente, interposti all'art. 117, primo comma, Cost., secondo il noto meccanismo del rinvio mobile⁹).

L'aggiunta richiesta sarebbe imposta, innanzitutto, dalla necessità di adeguamento dell'ordinamento interno al principio convenzionale di retroattività *in mitius*, come recentemente elaborato dalla Corte di Strasburgo nell'interpretazione dell'art. 7 Cedu, alla luce del rilievo che da sempre questa riconosce al diritto giurisprudenziale. Tale aggiunta sarebbe imposta anche dall'esigenza di non realizzare, da un lato, una violazione del diritto alla libertà e sicurezza, tutelato dall'art. 5 Cedu, la quale deriverebbe dalla tardiva liberazione del ricorrente nel giudizio *a quo* e, dall'altro, una violazione del diritto all'equo processo di cui all'art. 6 Cedu, che si avrebbe nel caso di profonde e persistenti divergenze nell'interpretazione della norma incriminatrice.

A rendere costituzionalmente obbligata la pronuncia additiva concorrerebbero, inoltre, secondo il giudice *a quo*, da un lato, il principio costituzionale «di (tendenziale) retroattività della normativa penale più favorevole», come elaborato dalla Corte costituzionale, che il rimettente ancora agli artt. 3 e 25, secondo comma, Cost.; dall'altro, il principio di eguaglianza di cui all'art. 3, primo comma, Cost., in quanto persone che hanno commesso lo stesso fatto verrebbero ad essere trattate in modo diverso in ragione della circostanza puramente causale dell'ordine di trattazione dei processi.

Sempre sul fronte interno, la norma censurata violerebbe, infine, l'art. 13 Cost., facendo prevalere ragioni di certezza giuridica sulle esigenze di libertà personale, e l'art. 27, terzo comma, Cost., in quanto la perdurante esecuzione della pena non sarebbe più funzionale ad alcuno dei fini costituzionali cui essa dovrebbe tendere.

Malgrado la molteplicità dei parametri invocati, come emerge chiaramente dalla motivazione della sentenza¹⁰, il nucleo delle censure ruota attorno alla possibilità di estendere l'applicazione del principio di retroattività della "legge" penale più mite anche ai "mutamenti di giurisprudenza", in nome sia del rilievo che al diritto giurisprudenziale è riconosciuto nel sistema convenzionale sia del principio costituzionale di eguaglianza.

2.3. L'infondatezza della questione con riferimento al principio convenzionale di retroattività in mitius.

Nel merito, la Corte, dopo aver rigettato le ragioni di inammissibilità eccepite dalla difesa erariale¹¹, dichiara infondate tutte le censure sollevate dal rimettente.

⁸ Oggetto del giudizio *a quo* era, naturalmente, la richiesta di revoca, ai sensi dell'art. 673 c.p.p., della sentenza definitiva di condanna resa nei confronti di uno straniero irregolare per il reato di cui al citato art. 6, comma 3, decreto legislativo n. 286 del 1998, come modificato dalla legge n. 94 del 2009.

⁹ V. Corte cost. sent. n. 349 del 2009, pt. 6.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Ptt. 7, 9 e 10 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Ptt. da 3 a 5 del *Considerato in diritto*. Quanto alla rilevanza della questione, decisiva è la circostanza per cui il fatto di reato giudicato con la sentenza di cui è chiesta la revoca era stato commesso in un momento in cui la disposizione incriminatrice già vigeva nella sua nuova formulazione. Tale assetto temporale impedisce di ravvisare nella fattispecie – come invece sostenuto dalla difesa erariale – una normale ipotesi di *abolitio criminis* legislativa, già prevista dall'art. 673 c.p.p. Infatti – osserva il rimettente e concorda la Corte – non siamo, in realtà, di fronte ad una successione nel tempo di leggi, come prevista dall'art. 2, secondo comma, c.p., ma ad una successione nel tempo di diverse interpretazioni giurisprudenziali della stessa disposizione di legge. Pertanto, la fattispecie non rientra in nessuna delle ipotesi già contemplate dalla norma censurata. Quanto alla correttezza del presupposto interpretativo, la Corte afferma

Il profilo cui la Corte dedica primaria attenzione è quello relativo alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dall'art. 7 Cedu, in riferimento al principio di retroattività della norma penale più favorevole¹².

La soluzione si presentava alquanto lineare e immediata, mancando in radice la norma convenzionale interposta invocata dal rimettente. Pare però a chi scrive che il giudice costituzionale abbia utilizzato questa sede come occasione per compiere affermazioni che non avrebbe avuto alcun bisogno di fare ai fini del rigetto della questione e che, contro l'economia della motivazione, rendono inutilmente complesso il ragionamento ivi svolto. A tali affermazioni, contenute in un *obiter dictum* e concernenti lo "scarto di tutela" fra legalità costituzionale e legalità convenzionale, ovvero fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, sarà dedicata attenzione oltre (par. 3).

Per quanto concerne la *ratio decidendi* del profilo in esame, la Corte prende le mosse dalla ricostruzione del "parametro di convenzionalità" operata dal rimettente. In particolare, tale parametro risulterebbe dalla combinazione di due orientamenti della Corte europea sull'interpretazione dell'art. 7 Cedu. Il primo, assai recente, è quello che considera quale corollario implicito della citata norma convenzionale – che testualmente sancisce il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole ma che è stata da tempo ritenuta espressiva del più generale principio di legalità dei reati e delle pene¹³ – il (diverso) principio di retroattività della norma penale più mite¹⁴. Il secondo, risalente e consolidato, è quello che legge il principio convenzionale di legalità penale in modo "sostanziale", ricomprendendo nella nozione di «diritto» («law», «droit») cui l'art. 7 Cedu fa riferimento¹⁵ sia il diritto di fonte legislativa sia quello di origine giurisprudenziale. Ciò con riferimento non solo ai paesi di *common law*, che rimarrebbero altrimenti esclusi dal raggio della tutela convenzionale, ma anche ai paesi di *civil law*, alla luce del contributo essenziale che pure in essi la giurisprudenza fornisce all'individuazione dell'esatta portata e all'evoluzione del diritto penale¹⁶.

Dall'equiparazione convenzionale fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale deriverebbe, secondo il giudice *a quo*, che, in forza dell'interposizione dell'art. 7 Cedu, il principio di retroattività *in mitius* dovrebbe applicarsi anche alla successione nel tempo – non già di leggi penali, ma – di interpretazioni giurisprudenziali della medesima legge penale, superando il giudicato formatosi sulla sentenza che abbia condannato per un fatto che non è più considerato reato in base alla nuova interpretazione "depenalizzante" della disposizione incriminatrice, accolta dalle sezioni unite.

Ragione di per sé decisiva del rigetto della censura è la circostanza, rilevata dalla stessa Corte, per cui i giudici di Strasburgo, nell'enunciare il principio di retroattività *in bonam partem* con riferimento alle leggi, lo hanno espressamente circoscritto a quelle «*adottate prima della pronuncia definitiva*»¹⁷, ponendo il giudicato¹⁸ quale limite insuperabile all'applicabilità di esso (diversamente da quanto prevede, nel nostro ordinamento, l'art. 2, secondo comma, cod. pen., per il caso di *abolitio criminis*). La stessa limitazione varrà naturalmente – in forza di quella equiparazione fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, di cui si è detto – anche con riferimento ai mutamenti giurisprudenziali favorevoli, con la conseguenza che, anche a voler am-

che neppure sarebbe possibile ricondurre l'ipotesi del mutamento giurisprudenziale scriminante al campo di applicazione dell'art. 673 c.p.p., al quale tale ipotesi rimane estranea. La norma censurata, infatti, dispone la revoca della sentenza di condanna al verificarsi di due ipotesi – abolizione legislativa o dichiarazione di illegittimità costituzionale – che hanno entrambe l'effetto radicale di espungere dall'ordinamento giuridico la disposizione incriminatrice applicata a fondamento della condanna divenuta irrevocabile. L'istituto processuale in questione non è stato ritenuto estendibile dalla giurisprudenza di legittimità alle ipotesi del mutamento di giurisprudenza e della risoluzione di contrasti giurisprudenziali in riferimento all'interpretazione di una medesima disposizione incriminatrice, difettando nel nostro ordinamento una vincolatività degli orientamenti giurisprudenziali, pure se avallati da una pronuncia delle sezioni unite, i cui effetti non sono assimilabili a quelli – appunto, vincolanti – propri delle ipotesi già ricomprese nell'area applicativa della norma censurata.

¹² Pt. 7 del *Considerato in diritto*. Per il rigetto delle censure di violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. come integrato dagli artt. 5 e 6 Cedu si veda il pt. 8 del *Considerato in diritto*, ove la Corte rileva che manca – e, comunque, non è stata messa in rilievo dal rimettente – qualsivoglia apprezzabile analogia fra i casi europei adottati a fondamento delle censure e il caso oggetto del giudizio *a quo*, tale per cui non è ammissibile una trasposizione nel giudizio di costituzionalità dei principi convenzionali ivi affermati.

¹³ *Ex multis*, Corte eur. dir. uomo, *Kokkinakis c. Grecia*, 25 marzo 1993, § 25.

¹⁴ Tale principio, affermato per la prima volta, con *overruling* giurisprudenziale, nella sentenza *Scoppola c. Italia n. 2*, GC, 17 settembre 2009, si sostanzia nella norma secondo cui «*where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant*» (v. *Scoppola c. Italia*, cit., § 109).

¹⁵ E lo stesso per gli artt. 5, 8, 9, 10 e 11 Cedu, ove si riferiscono alla «legge».

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, GC, *Scoppola*, cit., § 99; *Kokkinakis*, cit., § 40-41; *S.W. c. Regno Unito*, 22.11.1995, § 35.

¹⁷ *Scoppola*, cit., § 109: «*where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant*» (enfasi corsiva di chi scrive).

¹⁸ Sui rapporti fra l'ordinamento italiano e il sistema della Convenzione in tema di giudicato si veda la recente opera di V. SCJARABBA, *Il giudicato e la Cedu. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Cedam, 2012.

mettere la necessità convenzionale di una loro applicazione retroattiva al pari delle leggi, ciò potrà avvenire solo fino a che sul caso non sia intervenuta una sentenza definitiva. Del resto, ricorda il giudice costituzionale, la stessa Corte europea ha escluso che, in caso di sopravvenuta risoluzione di un contrasto giurisprudenziale da parte di un tribunale supremo nazionale, l'esigenza di assicurare la parità di trattamento possa prevalere sulle esigenze connesse all'intangibilità del giudicato¹⁹.

Considerato che la revoca della sentenza di condanna per abolizione del reato, di cui all'art. 673 c.p.p., per il suo carattere di mezzo di impugnazione straordinario, può intervenire solo su sentenze definitive, il principio convenzionale di retroattività *in mitius* risulta inapplicabile all'istituto e non può, quindi, essere utilmente invocato per chiederne un'estensione all'ipotesi del mutamento giurisprudenziale favorevole.

Pertanto, conclude la Corte, la norma convenzionale interposta invocata dal rimettente quale parametro di legittimità della disposizione interna non ha, in realtà, alcun riscontro nella giurisprudenza europea.

Sarebbero stati sufficienti questi rilievi a dichiarare infondata la questione di "convenzionalità". Invece, la Corte ha preliminarmente dimostrato anche l'erroneità dell'assunto di base del rimettente, secondo cui ai mutamenti giurisprudenziali dovrebbe applicarsi, in forza dell'art. 7 Cedu, il principio di retroattività *in mitius*. A tal fine la Corte osserva che se i giudici europei hanno affermato, nell'interpretazione della disposizione convenzionale, sia il principio di retroattività della *lex mitior* sia l'inclusione del diritto giurisprudenziale nella nozione di base legale, di «*law*» ai sensi della Convenzione, essi, tuttavia, non hanno mai tratto dall'unione di questi due principi quello per cui anche l'orientamento giurisprudenziale favorevole al reo debba essere applicato retroattivamente.

In primo luogo, afferma il giudice costituzionale, perché ai mutamenti di giurisprudenza la Corte europea ha sinora applicato solo il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, in particolare, riconoscendo l'incompatibilità con l'art. 7 Cedu dell'applicazione a fatti anteriormente commessi di una nuova interpretazione della disposizione penale che risulti sfavorevole per l'imputato, quando tale evoluzione interpretativa non fosse per il medesimo accessibile e ragionevolmente prevedibile²⁰. Da ciò, prosegue la Corte, non può automaticamente desumersi – tanto più in assenza di precedenti in tal senso – che anche il diverso principio della retroattività della norma più favorevole si estenda ai mutamenti giurisprudenziali, con effetti capaci di travolgere il giudicato già formatosi sulla sentenza di condanna. I due principi in questione hanno, infatti, diverso fondamento. L'irretroattività della norma penale sfavorevole risponde alla irrinunciabile esigenza di previa calcolabilità per l'individuo delle conseguenze penali dei propri comportamenti, a tutela della sua libertà e libera autodeterminazione contro gli arbitri del potere pubblico. La retroattività della norma penale favorevole trova, invece, fondamento nel principio di eguaglianza, richiedendo il pari trattamento penale di chi abbia commesso uno stesso fatto, indipendentemente dalla circostanza che questo sia stato commesso prima o dopo la modifica mitigatrice della norma penale, corrispondente ad una mutata valutazione del disvalore di esso.

Da quanto detto, secondo la Corte, deriva che, a differenza del principio di irretroattività *in peius*, il principio di retroattività *in mitius*, anche come enunciato dalla Corte europea nella sentenza *Scoppola*, è suscettibile di ammettere deroghe, non avendone i giudici di Strasburgo espressamente affermato il carattere assoluto né avendone, quindi, inequivocabilmente escluso il carattere derogabile.

Siano permessi, a questo punto, due rilievi critici. In primo luogo, la circostanza per cui «la Corte di Strasburgo non ha mai sinora riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza» ma solo alle leggi non pare di per sé escludere l'applicabilità, ai sensi della Convenzione, del principio in questione anche al diritto giurisprudenziale. Infatti, come peraltro lo stesso giudice costituzionale riconosce, nel sistema convenzionale non c'è differenza fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale. Una volta ricompreso il principio di retroattività *in mitius* fra le garanzie di cui all'art. 7 Cedu, tale principio si applica ogniquale volta esista una "base legale" ai sensi di tale articolo, dunque, anche se di origine giurisprudenziale.

In secondo luogo, pare lecito dubitare della correttezza dell'affermazione della Corte costituzionale secondo cui anche il principio convenzionale di retroattività *in mitius* ammetterebbe deroghe oggettivamente

¹⁹ Corte eur. dir. uomo, *Perez Arias c. Spagna*, 28 giugno 2007, § 27 : «*étendre le principe d'égalité en l'application de la loi à ce qui résulte de décisions postérieures impliquerait la révision de tous les arrêts définitifs antérieurs qui seraient contradictoires avec les plus récents, conduite qui serait contraire au principe de sécurité juridique*».

²⁰ Sono citate le sentenze *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006; *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995 e *Del Rio Prada c. Spagna*, 10 luglio 2012. Da notare che quest'ultima sentenza non era ancora divenuta definitiva alla data di pubblicazione della sentenza in commento, anzi, è stata rinviata alla *Grand Chambre* il 20 ottobre 2012.

giustificate²¹ (affermazione che era stata compiutamente elaborata nella sentenza n. 236 del 2011²²). Da un lato, infatti, è la stessa Convenzione, all'art. 15, par. 2, a sancire l'inderogabilità assoluta delle garanzie di cui all'art. 7 Cedu, cui è stato ora ricondotto il principio di retroattività *in mitius*²³. Dall'altro lato, nell'opinione dissenziente allegata alla sentenza *Scoppola*, i giudici di minoranza contestano duramente alla maggioranza di non aver tenuto in considerazione, nel ricondurre entro l'alveo dell'art. 7 Cedu il principio di retroattività *in mitius*, la differenza essenziale di fondamento e di importanza che corre fra questo principio e quello invece espressamente sancito nella disposizione (l'irretroattività della legge penale più severa e, quindi, la legalità dei reati e delle pene) e, così facendo, di aver stravolto la *ratio* dell'art. 7 Cedu, rendendo assoluto e inderogabile un principio che, per sua natura, non lo è²⁴.

Pertanto, emerge come la Corte costituzionale, anche al di là dell'*obiter dictum* di cui si dirà oltre, complichino la motivazione di un rigetto "facile" con argomentazioni di opportunità, la cui utilità pare quantomeno dubbia, che mostrano una capacità non ancora piena di cogliere l'essenza dei ragionamenti e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e di trasporli senza distorsioni nella giurisprudenza costituzionale²⁵.

2.4. Segue: con riferimento ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza.

Anche sotto il profilo dell'articolo 3 Cost. la questione di costituzionalità viene dichiarata infondata²⁶. La Corte disattende la censura del rimettente in base alla quale, a fronte del rilievo riconosciuto dal legislatore alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione e, in particolare, delle sezioni unite, risulterebbe manifestamente irragionevole e lesiva del principio di eguaglianza la scelta dello stesso di continuare a punire chi abbia commesso un fatto che, in base al «diritto vivente sopravvenuto» a seguito di pronuncia delle sezioni unite, non sia più previsto dalla legge come reato. Per questa via si riserverebbero, secondo il rimettente, trattamenti penali radicalmente differenziati a persone che hanno tenuto la stessa condotta, a seconda della circostanza puramente fortuita che il loro caso venga definito prima o dopo l'*overruling* giurisprudenziale.

La Corte ha gioco facile nel dimostrare le profonde differenze che intercorrono fra le ipotesi che il rimettente pretenderebbe di equiparare. La decisione delle sezioni unite, pur rivestendo una funzione nomofilattica, non vincola – a differenza della legge abrogativa e della dichiarazione di illegittimità costituzionale, contemplate dall'art. 673 c.p.p. – il giudice successivo, avendo solo un'efficacia "persuasiva" alla quale è rimessa la sua (solo) tendenziale stabilità. Tale decisione, infatti – chiarisce la Corte – anche qualora si consolidi in «diritto vivente», può essere sempre disattesa da qualunque giudice, nonché dalle stesse sezioni

²¹ In questo senso, B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale, La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2012, 233 ss. e F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *Alle frontiere del diritto costituzionale, Scritti in onore di Valerio Onida*, a cura di M. D'AMICO e B. RANDAZZO, Milano, Giuffrè, 2011, 1989 ss.

²² In quell'occasione la Corte doveva decidere se la nuova interpretazione dell'art. 7 Cedu contenuta nella sentenza *Scoppola*, in base alla quale esso ricomprende anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole, imponesse, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., l'applicazione retroattiva ai procedimenti già pendenti in grado di appello e in cassazione di una norma nazionale che abbrevia i termini di prescrizione per taluni reati. Il giudice costituzionale rilevava che il carattere assoluto o derogabile del principio di retroattività *in mitius* è un aspetto che la Corte europea «non ha considerato, e che non aveva ragione di considerare». Individuava, però, nella sentenza *Scoppola* un appiglio testuale sul quale fondare la propria interpretazione: la Corte europea, infatti, al § 108, aveva affermato che «(i)nfllicting a heavier penalty for the sole reason that it was prescribed at the time of the commission of the offence would mean applying to the defendant's detriment the rules governing the succession of criminal laws in time» (sottolineature di chi scrive). Pertanto, nel ragionamento della Corte costituzionale, «se la retroattività non può essere esclusa "solo" perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti» (pt. 13, Cons. dir.). Mediante un ardito *distinguishing* la Corte giungeva così ad affermare il carattere derogabile del principio convenzionale di retroattività della legge penale favorevole, al pari di quello costituzionale. Per un commento sulla pronuncia si vedano F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale*, cit., 1989 ss. e G. REPETTO, *Il nodo delle irretroattività tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.diritti-cedu.unipg.it.

²³ E a tale inderogabilità si richiama la stessa sentenza *Scoppola* al § 92.

²⁴ «Although there is, seemingly, a thematic link between the legality principle of Article 7 § 1 and the more favourable law principle (...) there is a vital difference between them. The former principle works at a higher level than the latter. It represents an integral part of the rule of law. (...) It is an essential condition of freedom. (...) The *lex mitior* principle does not form part of nor can it be considered an extension or a corollary of this rule of law requirement. (...) This is a matter on which the Court should be particularly sensitive. And yet, although the present case does not require it, the majority has gone on to examine the case under Article 7 § 1 and, in order to apply it, has had it re-written in order to accord with what they consider it ought to have been. This, with respect, oversteps the limits».

²⁵ Sulle difficoltà del *judicial transplant* della giurisprudenza di Strasburgo nella giurisprudenza costituzionale si veda F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte edu. Bruxelles, 24 maggio 2012*, in *Rivista telematica dell'AIC*, 1/2013.

²⁶ Pt. 9 del *Considerato in diritto*.

unite, nel caso in cui l'eventuale contrasto insorto tra le sezioni semplici e nella giurisprudenza di merito le spinga a mutare orientamento. Pertanto, non è irragionevole – ed è, anzi, coerente con il sistema – la scelta del legislatore che consente di travolgere l'intangibilità del giudicato penale solo in presenza di casi in cui il venir meno della rilevanza penale di un fatto derivi da vicende dotate di generale vincolatività e intrinseca stabilità, che sono caratteri propri delle due ipotesi già previste dalla norma censurata ed, invece, estranei alle pronunce delle sezioni unite.

La Corte non si limita, però, a dimostrare l'inconsistenza delle censure avanzate dal rimettente sotto questo profilo, ma mette anche in luce l'inammissibilità, nel nostro ordinamento, delle conseguenze che deriverebbero dall'accoglimento di quelle censure: conseguenze che la Corte non esita a definire di vera e propria "sovversione di sistema". Infatti, per via del carattere obbligatorio dell'intervento che l'art. 673 c.p.p. demanda al giudice dell'esecuzione, quest'ultimo, si troverebbe costretto a revocare la sentenza definitiva di condanna, contrastante con la sopravvenuta interpretazione "scriminante" delle sezioni unite, anche qualora non la ritenesse condivisibile. Ciò instaurerebbe un generale rapporto gerarchico, al di fuori del giudizio di rinvio, fra le sezioni unite della Cassazione e i giudici dell'esecuzione introducendo nel nostro ordinamento caratteri ad esso estranei e propri, invece, dei sistemi di *common law*²⁷.

La Corte mostra come una simile conseguenza risulti essa stessa inficiata da manifesta irragionevolezza e illogicità. Infatti, la subordinazione gerarchica al *dictum* delle sezioni unite opererebbe solo nei confronti del giudice dell'esecuzione e non nei confronti del giudice della cognizione che si trovasse a decidere *ex novo* su un fatto analogo. Questi ben potrebbe disattendere l'interpretazione dell'organo della nomofilia, con l'ulteriore paradossale conseguenza che il vincolo di adeguamento interpretativo varrebbe solo in presenza di un giudicato (con esso incompatibile) e non opererebbe, invece, quando un giudicato (e dunque un vincolo di stabilità) ancora non vi sia²⁸.

2.5. Segue: con riferimento al principio costituzionale di retroattività in mitius.

Parimenti infondate sono dichiarate le censure di violazione del principio – questa volta costituzionale – di retroattività della norma penale più favorevole²⁹.

La Corte ricorda innanzitutto al rimettente che, per consolidata giurisprudenza costituzionale³⁰, tale principio, a differenza di quello di irretroattività *in malam partem*, non rientra nell'art. 25, secondo comma, Cost., ma è enunciato a livello legislativo (art. 2 cod. pen.) e trova il suo fondamento costituzionale solo nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., rimanendo quindi suscettibile di essere derogato dal legislatore ordinario in presenza di una sufficiente ragione giustificatrice.

Basterebbe a rigettare il profilo di censura il rilievo secondo il quale nella tutela delle esigenze di certezza del diritto e stabilità dei rapporti giuridici risiede senza dubbio una ragione sufficiente a giustificare la diversità di trattamento in questione e, quindi, la deroga al principio di retroattività della norma penale più favorevole. La Corte, però, ritiene assorbente la considerazione per cui, nel nostro ordinamento, il principio di retroattività *in mitius* riguarda solo la successione nel tempo di "leggi" (tale è, infatti, la previsione di cui all'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen.), in quanto solo in questo caso si ha un atto di produzione di nuovo diritto oggettivo. Ad una equiparazione della *consecutio* di orientamenti interpretativi ad un atto di produzione normativa – prosegue la Corte – si oppone, oltre al difetto di efficacia vincolante dell'interpretazione giudiziale, la riserva di legge in materia penale, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., che da sola basterebbe ad escludere il diritto giurisprudenziale dalle fonti della disciplina penale.

Il giudice costituzionale giunge fino ad affermare che l'impostazione prospettata dal rimettente, qualora venisse accolta, minerebbe alle fondamenta l'assetto costituzionale del nostro ordinamento, in quanto comporterebbe l'attribuzione al giudice di una funzione legislativa, in violazione del principio cardine di separazione dei poteri.

²⁷ L'introduzione di una gerarchia fra giudici non sembra solo – per usare le parole della Corte – "disarmonica" rispetto al nostro sistema ma radicalmente incostituzionale per contrasto frontale con l'art. 101, secondo comma, Costituzione.

²⁸ Si vedano, sul punto, anche i rilievi di V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo*, riv. trim., n. 3-4/2012, 171-172.

²⁹ Pt. 9 del *Considerato in diritto*. Per il rigetto delle censure di violazione degli articoli 13 e 27, terzo comma, Cost. (ritenute dalla Corte prive di reale autonomia) si veda il pt. 12 del *Considerato in diritto*.

³⁰ Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sul principio di retroattività della norma penale favorevole si vedano, *ex multis*, le sentenze della Corte costituzionale nn. 236/2011, 215/2008, 393 e 394/2006, 80/1995. In dottrina si veda F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale*, cit., 1989 ss.

La Corte dimostra, quindi, di accogliere senza riserve la tradizionale concezione di *civil law* che riconosce all'interpretazione giurisprudenziale valenza solo dichiarativa³¹ in quanto attività meramente rivelatrice del significato (o di uno dei possibili significati) del testo normativo e non creatrice di nuovo diritto oggettivo, non una fonte del diritto³².

3. Riserva di legge e base legale: diversa intensità di tutela o diversità delle tutele?

Si è rilevato sopra, al par. 2.3, come la motivazione del rigetto della questione di convenzionalità, sollevata in riferimento al principio di retroattività *in mitius*, ossia all'art. 7 Cedu, sia sintetizzabile nella considerazione lampante per cui i giudici di Strasburgo hanno posto a tale principio convenzionale il limite espresso del giudicato. Al riguardo, si è anticipato come, nonostante la "facilità" della soluzione, la Corte costituzionale abbia inserito nella motivazione un *obiter dictum* divenuto sede di affermazioni che meritano un approfondimento³³ e alle quali sarà dedicato il prosieguo del commento.

In particolare, la Corte volge l'attenzione ad una sorta di confronto fra il principio di legalità penale come concepito nel sistema convenzionale e come invece accolto nella nostra Costituzione. Secondo il Giudice delle leggi, l'equiparazione fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, che caratterizza la giurisprudenza di Strasburgo, renderebbe il principio convenzionale di legalità penale «meno comprensivo» del corrispondente principio costituzionale. Quest'ultimo, prosegue la Corte, a differenza del primo, "comprende", infatti, l'irrinunciabile principio della riserva di legge, sancito nell'art. 25, secondo comma, Cost., che demanda il potere di normazione in materia penale esclusivamente alla fonte legislativa e non alla giurisprudenza. Sempre secondo il giudice costituzionale, nel nostro ordinamento si vuole che le limitazioni del diritto fondamentale alla libertà personale siano stabilite dal Parlamento, in quanto, essendo eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale, costituisce la massima espressione della rappresentanza politica. Le scelte di tale organo, inoltre, sono l'esito di un procedimento, quello legislativo, caratterizzato da una dialettica delle forze politiche di maggioranza con quelle di minoranza e, indirettamente, con la stessa opinione pubblica.

Da un tale confronto fra le due legalità emergerebbe, nelle affermazioni della Corte, un vero e proprio «scarto di tutela» – evidentemente – fra la nostra Costituzione, dal lato della tutela maggiore, e la Convenzione, da quello della tutela minore. Con la conseguenza – prosegue il ragionamento – che la nozione di legalità penale accolta a Strasburgo non può trovare ingresso nel nostro ordinamento: lo «scarto di tutela (...) preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale».

Si noti peraltro che, se non fosse per il loro rilievo meramente incidentale, le affermazioni ivi contenute rappresenterebbero un'ulteriore³⁴ messa in opera di quel meccanismo di limite costituzionale all'ingresso delle norme convenzionali nell'ordinamento interno, elaborato nelle sentenze gemelle quale corollario della teoria della norma interposta di rango sub-costituzionale³⁵. In base a tale meccanismo, stante il rango – appunto, sub-costituzionale – della Cedu nel sistema interno delle fonti, la norma convenzionale è idonea ad integrare il parametro costituzionale dell'art. 117, primo comma, solo se supera, di volta in volta, il sindacato pieno di compatibilità con ogni norma e principio costituzionale^{36 37}. Il ragionamento sotteso è

³¹ V. NAPOLEONI, *op. cit.*, 176.

³² A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, 2006, 191. Contra v. A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto, Disposizioni sulla legge in generale*, artt. 1-9, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 2011, 708 ss.

³³ In merito, con tesi parzialmente diverse, anche N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale, Relazione tenuta al Convegno "Terzo, basta? La legittimazione del giudice penale nell'epoca della crisi della legalità"*, organizzato dalla Camera penale di Firenze (Firenze, 14 dicembre 2012), in corso di pubblicazione.

³⁴ V. nota 37.

³⁵ La Corte, infatti, utilizza espressioni quali «preclude la meccanica trasposizione» e «verifica di compatibilità» che richiamano proprio lo strumento in questione. Si veda, infatti, Corte cost. n. 348/2007, pt. 4.7, *Cons. dir.*: «In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta. (...) Poiché, come chiarito sopra, le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata» (sottolineature di chi scrive). In termini analoghi Corte cost. n. 349/2007, pt. 6.2, *Cons. dir.* In questo senso, anche V. NAPOLEONI, *op. cit.*, 173.

³⁶ Per diverse ricostruzioni e dubbi circa i risvolti procedurali di tale meccanismo si vedano TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, cit.; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale "equilibrata" tra continuità e innovazione sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in www.giucost.org; E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi*, cit., 49.

chiaro: il principio di legalità penale contenuto nell'art. 7 Cedu, nell'interpretazione sostanziale datane dalla Corte di Strasburgo, è incompatibile con l'art. 25, secondo comma, Costituzione, che pure sancisce il principio di legalità penale ma contiene, altresì, l'istituto della riserva di legge, il quale, per sua stessa natura, osta a qualunque equiparazione fra legge e giurisprudenza. Pertanto, il principio convenzionale non può trovare ingresso nell'ordinamento italiano per fondare la dichiarazione di illegittimità costituzionale-convenzionale della norma interna di legge. Dunque – proseguendo il ragionamento – l'assenza nella disposizione censurata dell'ipotesi di mutamento giurisprudenziale favorevole è costituzionalmente imposta dalla necessità di salvaguardare il principio di legalità e la riserva di legge in materia penale.

A prescindere da questi rilievi, l'*obiter dictum* in esame costituisce lo spunto dal quale sviluppare la riflessione sugli istituti giuridici posti a tutela dei diritti fondamentali dal sistema costituzionale e dal sistema convenzionale: rispettivamente, la riserva di legge e la base legale.

Per via dei caratteri della questione di costituzionalità sottoposta, la Corte fa qui riferimento al solo principio di legalità in materia penale, coinvolgendo, da un lato, la riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Costituzione, e dall'altro, la nozione di «diritto» ai sensi dell'art. 7 della Convenzione.

Tuttavia, le affermazioni della Corte – e le riflessioni che ne conseguono – si prestano ad essere estese ad un discorso più generale sui due istituti giuridici a garanzia dei diritti, base legale e riserva di legge, a prescindere dalla specifica materia cui si trovino di volta in volta applicati e dal singolo diritto a presidio del quale siano posti. Da un lato, infatti, la Costituzione fissa numerose riserve di legge a tutela dei diritti e delle libertà in essa sanciti e, dall'altro lato, la Corte europea adotta una lettura sostanziale del principio di legalità con riferimento a tutte le disposizioni convenzionali che garantiscono un diritto, fissando fra i requisiti delle limitazioni che la Convenzione stessa ammette a quel diritto (le cosiddette ingerenze legittime, nel linguaggio convenzionale) quello per cui tali limitazioni devono essere «previste dalla legge»³⁷. Il termine «legge» non è mai inteso dalla Corte europea nel senso tecnico di fonte proveniente dall'organo legislativo, ma è interpretato in modo autonomo, comprensivo di qualunque atto produttivo di regole giuridiche³⁸.

Il discorso che si vuole qui affrontare arriva, così, a coinvolgere un raffronto fra il tipo di tutela offerta ai diritti fondamentali da un sistema, quale il nostro, che affidi quella tutela ad un legislatore e alle formalità del procedimento legislativo, e la tutela offerta, invece, da un sistema, quale quello convenzionale, che non abbia né possa avere pretese di ordine formale quanto alla fonte di provenienza della tutela stessa, ma guardi esclusivamente ai contenuti sostanziali di quella tutela.

La Corte costituzionale nell'*obiter* in esame rivendica, seppur incidentalmente, il maggior pregio dell'opzione alla base del nostro assetto democratico⁴⁰, che prevede un organo legislativo cui è demandato il potere di normazione nelle materie incidenti sui diritti fondamentali, fra le quali, segnatamente, la materia penale, che incide sulla libertà personale. In particolare, la Corte sottolinea come la nostra Costituzione voglia che le limitazioni dei diritti in materia penale – ma, in generale, di tutti i diritti in essa sanciti e presidiati da una riserva di legge – siano frutto di una scelta operata (o quanto meno approvata⁴¹) dall'organo massimamente rappresentativo della collettività nazionale in quanto da questa democraticamente eletto, cui si pervenga mediante un procedimento che implica un confronto dialettico pubblico fra tutte le componenti, di maggioranza e di minoranza dell'organo rappresentativo e, indirettamente, con la collettività stessa.

³⁷ A riguardo, si veda l'ormai nota Corte cost. sent. n. 264 del 2012, ove la Corte, in tema di limiti alla retroattività della legge civile (l'annosa questione delle norme di interpretazione autentica), mette concretamente in opera tale meccanismo. Per la verità, il ragionamento applicato nella sent. 264 del 2012 pare divergere, almeno in parte, da quello elaborato nella sentenza n. 348/2007. Infatti (e forse per evitare quella agghiacciante dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di adattamento alla Cedu, nella parte in cui contrasti con una norma costituzionale, prospettata nella sent. n. 311/2009 ma già desumibile dalla n. 348/2007) nella sentenza n. 264/2012, la norma convenzionale (l'art. 6, par. 1, Cedu, come interpretato nella sentenza della Corte europea 31 maggio 2011, *Maggio e altri c. Italia*) trova in realtà ingresso nell'ordinamento interno andando ad integrare l'art. 117, primo comma, Cost. (pt. 5.2, *Cons. dir.*: «la richiamata disposizione convenzionale, come applicata dalla Corte europea, integra pienamente il parametro dell'art. 117, primo comma, della Costituzione»). Ma, in quella posizione e per via del suo rango sub-costituzionale, la norma convenzionale sottostà al bilanciamento con tutte le norme costituzionali e, nel caso di specie, con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Costituzione, nonché con i vincoli di bilancio imposti dall'art. 81, quarto comma, Costituzione. Risultato di tale bilanciamento è la soccombenza della norma convenzionale e la prevalenza di quelle costituzionali interne, che conduce alla prima dichiarazione di non fondatezza di una questione di legittimità costituzionale – avente ad oggetto una disposizione interna già dichiarata dalla Corte europea, nella sentenza *Maggio e altri c. Italia*, incompatibile con l'art. 6 CEDU – sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., come integrato dall'art. 6 CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte europea nella sentenza *Maggio*.

³⁸ Si tratta degli artt. 5, 7, 8, 9, 10 e 11 della Convenzione.

³⁹ Sul punto si veda meglio oltre, par. 3.2.1.

⁴⁰ In questo senso, F. ROMOLI, *Prime annotazioni a Corte cost. n. 230 del 2012. La legalità penale: Strasburgo e il "vallo italiano"*, in www.archiviopenale.it.

⁴¹ Per quanto riguarda i decreti legislativi e i decreti legge.

Attraverso la riserva di legge si vuole, insomma, che le scelte limitative dei diritti fondamentali dell'individuo siano l'espressione, quanto più fedele possibile, della volontà dei titolari stessi di quei diritti e destinatari di quelle limitazioni, adottate nel loro stesso, reciproco interesse e all'esito di un procedimento democratico, tale per cui un sistema di tutela dei diritti che non contempli un simile strumento di garanzia non può, per ciò solo, che offrire ai diritti un grado di tutela inferiore. La tutela di un diritto fondamentale proveniente da un organo democraticamente legittimato sarebbe di per sé più intensa rispetto a quella proveniente da un organo estraneo al circuito democratico, quale è il giudice.

Questa è, sostanzialmente, l'impostazione che emerge dall'*obiter* della Corte costituzionale. Una sorta di esaltazione della *ratio* democratica della riserva di legge, con una carica ideologica che rimanda a quella concezione di stampo illuministico-rivoluzionario che riponeva una fiducia incondizionata nella legge, in quanto espressione della volontà generale della nazione⁴² manifestata dai rappresentanti degli interessi – in gran parte convergenti – delle varie parti della nazione, alla cui formazione tutti i cittadini avevano la possibilità e il diritto di concorrere paritariamente e, per ciò stesso, strumento infallibile di garanzia dei diritti umani attraverso la loro "giusta" limitazione⁴³.

Attraverso questa impostazione la Corte costituzionale fa propria un'interpretazione restrittiva della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., intendendola come riserva d'organo e individuando così nella legge formale l'unica fonte abilitata a porre norme penali⁴⁴.

Una simile interpretazione mira ad enfatizzare le peculiarità che differenziano il nostro ordinamento interno rispetto al sistema convenzionale, attraverso una valorizzazione della *ratio* democratica della riserva di legge. La democraticità è, infatti, un elemento fisiologicamente avulso dall'orizzonte della tutela convenzionale, la quale, com'è noto, è priva di un legislatore o di un qualsiasi organo democraticamente legittimato.

Con riguardo alla configurazione della riserva di legge in materia penale come riserva d'organo pare opportuno svolgere alcune considerazioni.

In primo luogo, l'interpretazione più restrittiva dell'art. 25, secondo comma, Cost. non è condivisa dalla dottrina prevalente⁴⁵ che – va da sé, senza rinnegare la *ratio* democratica e garantista della riserva di legge – annovera fra le fonti legittime del diritto penale anche il decreto legge e il decreto legislativo. A sostegno di questa tesi militerebbe, innanzitutto, il dato testuale dell'art. 25, secondo comma, Cost., che con l'espressione «*se non in forza di una legge*» si riferirebbe tanto alla legge formale quanto agli atti aventi forza di legge del Governo⁴⁶. La garanzia della partecipazione delle minoranze alle decisioni della maggioranza è, poi, realizzabile anche ricorrendo a tali atti. Per entrambi, infatti, è sempre previsto – in via preventiva tramite l'indicazione dei principi e criteri direttivi o in via successiva nel momento della conversione – il passaggio dal Parlamento. Anche l'ulteriore garanzia insita nella riserva di legge, ossia il controllo della Corte costituzionale, risulta realizzata pure ricorrendo agli atti legislativi del Governo, che sono pienamente sottoposti, ex art. 134 Cost., al giudizio di legittimità costituzionale. Al riguardo, la Corte ha affermato il proprio sindacato sia sulla legge di delega, per quanto concerne l'adequatezza dei principi e criteri direttivi in essa contenuti⁴⁷, sia sul decreto legislativo, per quanto attiene al rispetto degli stessi da parte del legislatore delegato⁴⁸, sia sul decreto legge come convertito dalla legge di conversione, con riguardo alla sussistenza dei casi straordinari di necessità ed urgenza⁴⁹. Infine, la riserva d'organo appare del tutto inconciliabile con la consolidata prassi legislativa, sinora tacitamente avallata dalla stessa Corte costituzionale, che, per evidenti necessità di speditezza procedurale, produce una quota considerevole della normativa penale attraverso le vie più snelle

⁴² A proposito, si veda il riferimento alla «collettività nazionale» operato dalla Corte nell'*obiter* in esame.

⁴³ V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Cedam, 2008, 10, 15.

⁴⁴ Tesi già sposata da autorevole dottrina. Si vedano G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 37 ss., per i quali solo la legge formale del Parlamento sarebbe idonea a soddisfare la riserva di legge in materia penale, realizzandone appieno la *ratio* democratica. Nello stesso senso anche N. ZANON, *Su alcuni problemi, cit.* e M. D'AMICO - G. ARCONZO, *Art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006.

⁴⁵ P. PITTARO, *Art. 25*, co. 2 e 3, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Padova, 2008, 256; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 54; M. GALLO, *Appunti di diritto penale, Vol. I, La legge penale*, Torino, 1999; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2011, 102 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011, 42; T. PADOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 1999, 22 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2000, 41 ss.

⁴⁶ In tal senso, M. GALLO, *Appunti, cit.* e P. PITTARO, *Art. 25, cit.*, 256.

⁴⁷ Corte cost. n. 224/1990 e n. 341/2007.

⁴⁸ Corte cost. n. 113/1972, n. 282/1989, n. 267/1999, n. 134/2003.

⁴⁹ Corte cost. 29/1995, n. 171/2007 e n. 128/2008.

della delega legislativa e del decreto legge⁵⁰. La delega legislativa è, inoltre, la strada prescelta dal legislatore interno per dare attuazione nell'ordinamento interno alle direttive dell'Unione europea⁵¹.

Un secondo ordine di considerazioni attiene alla scarsa pertinenza dei due precedenti citati dalla Corte a sostegno dell'interpretazione della riserva di legge penale come riserva d'organo. Con la sentenza n. 487 del 1989 la Corte ha negato che le Regioni possano vantare una qualsiasi competenza di tipo penale. È solo allo specifico fine di giustificare costituzionalmente, nel silenzio della Costituzione, una statuizione di tale portata che la Corte ricorre al ruolo del Parlamento di rappresentante dell'intero popolo sovrano, in contrapposizione ai Consigli regionali, rappresentanti di una sola parte del popolo e, per ciò, fisiologicamente inadatti a legiferare in materia di criminalizzazione, ove è richiesta «una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società»⁵². Nella sentenza n. 394 del 2006, il richiamo al Parlamento quale soggetto cui è riservata la scelta dei fatti da sanzionare penalmente e delle relative pene⁵³, rappresenta un mero inciso, collocato in punto di argomentazione dell'ammissibilità del *petitum* alla luce del divieto di pronunce *in malam partem* e privo di qualunque collegamento non solo con la *ratio decidendi* del merito della questione, ma anche con la specifica decisione in punto di ammissibilità. Tant'è che nei successivi richiami alla riserva di legge in materia penale il riferimento è genericamente al "legislatore" e non al Parlamento⁵⁴.

Da ultimo, va sin da ora rilevato⁵⁵ che la crisi delle istituzioni democratiche, che vede una delle sue manifestazioni nell'inadeguatezza del Parlamento a realizzare una rappresentanza effettiva degli interessi e dei bisogni della società, contribuisce non poco a minare alle fondamenta la fiducia nell'organo parlamentare quale sede più idonea alla sintesi politica delle contrapposte istanze di tutela sottese alle scelte di criminalizzazione e nel procedimento legislativo ordinario quale strumento migliore per la traduzione normativa di quelle scelte.

Ad ogni modo, al di là della condivisibilità o meno di un'interpretazione restrittiva dell'art. 25, secondo comma Cost., la riproposizione della "democraticità" quale elemento principale cui si ricollegerebbe, oggi, la funzione garantistica della riserva di legge e da cui deriverebbe il maggior pregio della tutela offerta ai diritti fondamentali sembra, in vero, un po' anacronistica se si guarda al funzionamento effettivo dell'istituto della riserva di legge e, più in generale, al ruolo della legislazione e del Parlamento nel nostro ordinamento.

Poco convincente appare, inoltre, l'esito del confronto operato dalla Corte con il sistema convenzionale di tutela dei diritti se, ancora, si guarda al funzionamento, in quel sistema, del principio di legalità, della base legale quale strumento di tutela dei diritti fondamentali.

Sembra, pertanto, opportuno volgere uno sguardo al funzionamento effettivo di tali istituti di garanzia nei rispettivi sistemi, al fine di verificare se si possa davvero parlare di una diversa intensità di tutela offerta ai diritti dalla Costituzione e dalla Cedu, oppure se si tratti di due tutele strutturalmente diverse, non parago-

⁵⁰ A mero titolo esemplificativo, con delega legislativa sono state disciplinate, anche penalmente, importanti materie quali il diritto dell'ambiente, il diritto penale societario, i reati tributari, la sicurezza sui luoghi di lavoro. Con decreto legge sono state introdotte norme penali di risposta immediata a situazioni d'emergenza quali, ad esempio, quelle conseguenti agli atti di terrorismo politico degli anni '70 e '80, quelle che hanno condotto alla legislazione securitaria del '08-'09 (per ogni riferimento si veda D. PULITANO, *Diritto penale*, cit., 103, *sub* note 4 e 5), nonché misure per fronteggiare l'emergenza rifiuti in Campania e, da ultimo, per intervenire sulla questione dell'Illa di Taranto.

⁵¹ Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona l'Unione ha acquistato anche una specifica, seppur accessoria, competenza in materia penale, esercitabile proprio mediante lo strumento della direttiva. Per una riflessione critica sulla compatibilità dei modi di esercizio di tale competenza con il principio generale di democraticità della legge penale, si veda A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2012, 57 ss.

⁵² Corte cost. n. 487 del 1989, pt. 5, *Cons. dir.* Scorrendo la motivazione emerge come l'immagine del Parlamento sia utilizzata in modo interscambiabile con quella dello Stato, in contrapposizione alla Regione. Infatti, si trova affermato (pt. 4, *Cons. dir.*) che «la statualità, a doppio titolo, del diritto penale postula necessariamente il nascere statale delle incriminazioni penali ... infatti, statali sono i particolari interessi e valori tutelati dal ramo penale e statale è il fine perseguito attraverso le incriminazioni: la tutela di tutto l'ordinamento giuridico statale e, così, della vita sociale in libertà, uguaglianza e reciproco rispetto dei soggetti». Inoltre, un inciso presente in questa stessa sentenza sembra implicitamente negare la perdurante attualità di un'interpretazione della riserva di legge penale come riserva d'organo: afferma la Corte (pt. 3, *Cons. dir.*) che «è fondato sostenere che l'estensione alle leggi regionali del potere normativo penale contrasti con il fondamento politico della riserva di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., con la "sostanza" storico-ideologica di tal fondamento, per la quale, inizialmente, fu scelta la legge quale "forma istituzionale" del diritto penale. La letteratura illuministica, infatti, più che affidare il monopolio della competenza penale alla legge in quanto atto-fonte, lo attribuì all'organo-Parlamento (...)» (sottolineature di chi scrive).

⁵³ Pt. 6.1, *Cons. dir.*

⁵⁴ V. sempre al Pt. 6.1, *Cons. dir.*: «In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva» e, poco dopo, «scelta cui la Corte non potrebbe sovrapporre – senza esorbitare dai propri compiti ed invadere il campo riservato dall'art. 25, secondo comma, Cost. al legislatore – una diversa strategia di criminalizzazione ...».

⁵⁵ Il tema sarà ripreso oltre, par. 3.1.3.

nabili, quantomeno sotto il profilo formale. Senza dimenticare che l'intensità delle tutele offerte ai diritti fondamentali va misurata col metro dell'*effettività*.

3.1. La riserva di legge nell'ordinamento giuridico italiano.

La riserva di legge è tradizionalmente descritta come uno strumento con cui la Costituzione pone una regola sulla competenza normativa⁵⁶, sul concorso delle fonti nella disciplina di una determinata materia o di determinati oggetti⁵⁷. La riserva, nel suo aspetto positivo, impone alla legge di disciplinare la materia o gli oggetti ad essa riservati e, nel suo aspetto negativo, vieta che fonti subordinate alla legge possano regolare l'una o gli altri⁵⁸. Ciò al fine di evitare che in certe materie particolarmente delicate manchi una disciplina posta dal potere legislativo, capace di vincolare l'operato del potere esecutivo e giudiziario. La riserva di legge è, dunque, una regola sull'esercizio della funzione legislativa e acquista un significato effettivo solo se posta da una Costituzione rigida, ove anche la funzione legislativa è sottoposta al principio di legalità. Essa è, in definitiva, il risultato dell'estensione del principio di legalità alla stessa funzione legislativa⁵⁹, pur mantenendo, rispetto a tale principio, un significato specifico e un valore autonomo⁶⁰.

Fra le materie per le quali la nostra Costituzione demanda la disciplina alla fonte legislativa vi è naturalmente, e per quanto qui interessa, quella della tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, in particolare, delle loro limitazioni. Infatti, la riserva di legge è considerata lo strumento più idoneo, in un sistema costituzionale di democrazia rappresentativa, basato sulla separazione dei poteri e dotato di una Costituzione rigida, a realizzare l'obiettivo della tutela dei diritti dei singoli nei confronti degli arbitrii del potere pubblico⁶¹ (esecutivo e giudiziario, ma anche dello stesso potere legislativo). Vediamo di ripercorrerne le ragioni.

3.1.1. La riserva di legge: *ratio* e *modus operandi*.

Si è visto come la riserva di legge assolve ad una funzione di garanzia per il singolo, in quanto vuole evitare che si realizzino compressioni arbitrarie dei diritti e delle libertà individuali⁶² ad opera, innanzitutto, del potere esecutivo⁶³.

Secondo l'impostazione dottrinale classica, la riserva di legge avrebbe una *ratio*, oltre che garantista, anche "democratica"; avrebbe cioè anche la funzione di assicurare la democraticità delle scelte di limitazione ai diritti costituzionali⁶⁴. Secondo un'impostazione di recente proposta⁶⁵, invece, la democraticità non sarebbe una vera e propria funzione della riserva di legge ma, piuttosto, uno strumento operativo attraverso il quale la riserva di legge persegue la sua generale funzione di garanzia.

Ad ogni modo, le scelte in ordine alla limitazione dei diritti e delle libertà individuali sono demandate all'organo rappresentativo dell'intero corpo elettorale, che esprime la propria volontà mediante l'atto legislativo, in quanto, come si è detto, il nostro ordinamento affida alla legge (in prima battuta) il compito di soddisfare le esigenze garantiste dell'individuo.

Vediamo, quindi, di tratteggiare in modo essenziale quali siano i principali fattori di garanzia per il cittadino che la dottrina ha individuato nell'istituto della riserva di legge⁶⁶. Si procederà distinguendo fra le garanzie connesse alla democraticità della legge e quelle, invece, svincolate da tale carattere.

⁵⁶ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1209.

⁵⁷ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, XIII ed., Giappichelli, 2012, 336.

⁵⁸ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1208; C. ESPOSITO, *La validità delle leggi (ristampa inalterata della edizione del 1934)*, Giuffrè, 1964, 127 ss.

⁵⁹ R. BIN, G. PITRUZZELLA, op. cit., 336-337; sulla ragion d'essere della riserva di legge in vigenza del principio di legalità, v. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 127 s.

⁶⁰ S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, 1963, in Id., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, 2010, 295.

⁶¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, 6ª ed., 1962, 192.

⁶² Per un'autorevole ricostruzione della *ratio* della riserva di legge in senso parzialmente difforme da quello qui riportato v. S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., 303 ss., secondo il quale la riserva di legge non sarebbe un «istituto specificamente e direttamente rivolto ad assicurare una forma di garanzia individuale» (senza con ciò negare che possa in qualche modo servire anche da garanzia individuale), bensì come istituto «intimamente finalizzato a limitare il potere della maggioranza legislativa e ad assicurare contro di questa una migliore tutela obiettiva della Costituzione».

⁶³ L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 2; R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1212; C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 11; G. FIANDACA, *Legalità penale*, cit., 1248.

⁶⁴ L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 2 e R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1214.

⁶⁵ C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 13 che distingue fra *ratio* della riserve di legge (la garanzia dei diritti nei confronti del potere) e suo *modus operandi* (lo strumento democratico).

⁶⁶ La classificazione che segue riprende in parte quella proposta da C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 14-22.

Quanto alle garanzie democratiche, la prima e più tradizionale di esse era stata individuata nella natura dell'organo dal quale la legge promana⁶⁷. Il Parlamento, in quanto rappresentante del popolo, non potrebbe che realizzare, mediante l'attività legislativa, quegli stessi interessi dei quali è il portatore istituzionale⁶⁸. La legge sarebbe per sua natura "giusta", in quanto le limitazioni ai diritti ivi previste non sarebbero altro che delle auto-limitazioni autorizzate in via mediata dai destinatari delle stesse⁶⁹. Dunque, democraticità come indice di "bontà" delle scelte limitative dei diritti fondamentali. L'astrattezza e la generalità della legge sarebbero, poi, un'ulteriore garanzia dell'eguaglianza fra i cittadini e della loro eguale tutela nei confronti dell'esecutivo⁷⁰.

Un secondo e più sostanziale fattore di garanzia democratica della riserva di legge viene oggi individuato nei caratteri tipici del procedimento legislativo. Le regole che assistono tale procedimento, infatti, garantirebbero un controllo preventivo sui contenuti della legge, nella fase della sua formazione.

Innanzitutto, infatti, gli spazi di intervento riconosciuti alle minoranze in questa fase dovrebbero stimolare un confronto dialettico fra maggioranza e opposizione sui contenuti della legge in corso di formazione⁷¹. Il dibattito parlamentare dovrebbe così garantire che il testo di legge approvato realizzi un giusto compromesso fra le istanze sociali di cui le diverse parti politiche si sono fatte portatrici, attraverso un'equa composizione dei confliggenti interessi coinvolti⁷². Quantomeno, la dialettica maggioranza-opposizione dovrebbe consentire il vaglio critico e la denuncia da parte dell'opposizione delle eventuali illegittimità e iniquità contenute nel testo di legge. Inoltre, la pubblicità e i tempi naturali dei lavori parlamentari dovrebbero favorire un ulteriore controllo sulle scelte della maggioranza: quello dell'opinione pubblica e degli stessi rappresentati, titolari naturali degli interessi coinvolti nella scelta legislativa⁷³.

Rientra, invece, fra le garanzie non democratiche sottese alla riserva di legge un altro fondamentale controllo cui l'atto legislativo è assoggettabile: il vaglio di legittimità della Corte costituzionale. Si tratta di un controllo successivo, esterno al procedimento legislativo e attinente alla fase di vigenza e di applicazione della legge, che assicura la conformità a Costituzione delle scelte operate dal potere legislativo⁷⁴. Tale garanzia ha una grande importanza in quanto consente un controllo pieno circa la conformità dei contenuti dell'atto legislativo, che contenga la disciplina attinente al godimento di un certo diritto fondamentale, ai dettami della Costituzione. Si tratta, dunque, di uno strumento di tutela dei diritti dell'individuo dagli eventuali abusi dello stesso potere legislativo.

In definitiva, si può dire che la riserva di legge è considerata lo strumento più adatto, nel nostro sistema, a garantire la tutela dei diritti e delle libertà individuali in ragione della sua "affidabilità" che deriva, da un lato, dalla sua "democraticità" e, dall'altro, dalla sua "controllabilità".

Tale funzione di garanzia è realizzata, innanzitutto, attraverso gli strumenti democratici della rappresentanza, del confronto dialettico fra le forze politiche e della pubblicità. In via "residuale", però, laddove il principio democratico fallisca, soccorre lo strumento non democratico e anti-maggioritario del controllo di costituzionalità. Infatti, il controllo della Corte costituzionale, senza dubbio anch'esso funzionale alla realizzazione della *ratio* garantista della riserva di legge, è esterno al meccanismo democratico ed, anzi, entra in gioco quando quel meccanismo produce risultati che oltrepassano i limiti cui la Costituzione assoggetta lo stesso legislatore democratico⁷⁵.

⁶⁷ C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 15 ss.; F. BRICOLA, *il II e il III comma dell'art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1981, 232.

⁶⁸ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, 37 ss. e IDEM, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, II ed., Giuffrè, 2006, 29-31; G. FIANDACA, *Legalità penale*, cit., 1251; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2011, 102 ss.

⁶⁹ V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti*, cit., 10; C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 15-16. Sulla originaria concezione, la cui elaborazione risale alla monarchia costituzionale tedesca, della legge come garanzia a favore del popolo di "autoimposizione" di vincoli giuridici, v. S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., 23.

⁷⁰ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1212; C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 15.

⁷¹ S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., 305 ss.

⁷² L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 2; G. FIANDACA, *Legalità penale*, cit., 1251-1253; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011, 42.

⁷³ C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 19.

⁷⁴ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1215; C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 19-21.

⁷⁵ Sulla Costituzione come limite alla discrezionalità legislativa, v. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, 102 ss.

3.1.2. La prassi applicativa della riserva di legge in un sistema di crisi della legge.

Circoscrivendo per ora il discorso al legame fra riserva di legge e democrazia, e quindi guardando solo ai fattori di garanzia “democratica” sottesi all’atto legislativo (natura dell’organo da cui promana e controlli preventivi) emerge come, per funzionare, la riserva di legge presupponga un certo modello di democrazia. Questo è stato individuato dalla dottrina nel modello classico della democrazia rappresentativa⁷⁶.

Innanzitutto, affinché vi sia una reale corrispondenza fra contenuti della legge e interessi del corpo elettorale è necessario che il meccanismo della rappresentanza parlamentare funzioni e sia realmente in grado di assicurare una, seppur indiretta, partecipazione dei rappresentati al dibattito e alle decisioni dei rappresentanti. Occorre, cioè, una rappresentatività effettiva del Parlamento.

Affinché, poi, operino efficacemente quei controlli interni al procedimento legislativo è necessario che le decisioni politiche in tema di diritti fondamentali siano il frutto di un confronto dialettico pubblico e leale fra tutte le forze politiche parlamentari, orientato alla ricerca di una soluzione il più possibile condivisa e ad un coinvolgimento effettivo delle minoranze, che dia loro la possibilità di incidere sui contenuti finali del testo legislativo⁷⁷. Occorrono, quindi, una centralità politica, decisionale e normativa del Parlamento (quantomeno nelle scelte coinvolgenti i diritti costituzionali) e il rispetto delle regole tipiche del procedimento legislativo parlamentare.

È necessaria, in definitiva, un’idea di democrazia come compromesso e non come dittatura della maggioranza⁷⁸.

La logica dell’effettività con cui la Corte di Strasburgo guarda alle garanzie dei diritti rende necessario verificare come opera in concreto la tutela in un ordinamento giuridico, quale è il nostro, in cui essa è ancorata all’istituto della riserva di legge. Pertanto, senza alcun intento di svilimento della riserva di legge quale fondamentale e irrinunciabile istituto di garanzia dei diritti e della stessa Costituzione⁷⁹, pare opportuno, ai nostri fini, guardare ad essa non nella prospettiva costituzionale classica, ma con gli occhi della Corte europea, indagando come essa concretamente operi nel nostro ordinamento giuridico.

In questa prospettiva, se si guarda a come il modello di democrazia parlamentare rappresentativa si è concretizzato e ad oggi vive nell’ordinamento italiano, non si può fare a meno di rilevare la distanza che, per certi aspetti, corre fra la democrazia reale ed il modello ideale in riferimento al quale la riserva di legge è stata pensata come strumento per la tutela dei diritti del cittadino nei confronti dello Stato. Al riguardo, non si esita a parlare di “crisi della legge”⁸⁰, di “tramonto della democrazia rappresentativa”⁸¹ e di “democrazia che non c’è più”⁸².

Vediamo, quindi, di richiamare, senza pretesa di completezza né di originalità, quelle che la dottrina ha individuato essere le principali cause di questa crisi della legge e le relative conseguenze sulla funzionalità della riserva di legge alla tutela dei diritti e delle libertà individuali nei confronti del potere pubblico.

Adottando uno schema espositivo che va dal particolare al generale, si esporranno, innanzitutto, quelle disfunzioni della legislazione che hanno a che fare specificamente con il procedimento legislativo parlamentare, per poi passare ad indicare le disfunzioni che si registrano sempre nel campo della legislazione, ma all’esterno del procedimento legislativo e che attengono, perlopiù, alla configurazione e al collocamento del potere politico-legislativo nell’assetto reale dei poteri costituzionali e, segnatamente, alla sua posizione rispetto al potere giurisdizionale.

Per quanto riguarda il procedimento legislativo parlamentare si registra, da un lato, un suo scarso utilizzo da un punto di vista quantitativo e, dall’altro, una diffusa elusione delle sue regole procedurali tipiche.

In primo luogo, infatti, il monismo⁸³ che in virtù del rapporto fiduciario caratterizza i rapporti fra Parlamento e Governo, fra i quali corre necessariamente una consonanza di indirizzo politico, nonché l’uso

⁷⁶ G. FIANDACA, *Legalità penale*, cit., 1252; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 51-52.

⁷⁷ Insistono sull’importanza della dialettica fra maggioranza e opposizione ai fini della realizzazione della funzione di garanzia della riserva di legge anche F. BRICOLA, *Il II e il III comma*, cit., 248 e G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 51.

⁷⁸ G. FIANDACA, *Legalità penale*, cit., 1254. Sulla democrazia pluralista come necessario compromesso, v. anche G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 48 ss. e R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., 50 ss.

⁷⁹ S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., 313.

⁸⁰ S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., 197.

⁸¹ G. FIANDACA, *Legalità penale*, cit., 1256. In tal senso anche O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell’interpretazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, riv. trim., n. 1/2013, 163-164.

⁸² P. GINSBORG, *La democrazia che non c’è*, Torino, 2006.

⁸³ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1214; S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., 304.

massiccio degli atti governativi aventi forza di legge in ogni settore dell'attività normativa⁸⁴, anche in quello della tutela dei diritti fondamentali, spostano sostanzialmente il baricentro dell'attività politica e legislativa dal Parlamento verso il Governo⁸⁵. A ciò si aggiunge un uso altrettanto massiccio delle fonti governative regolamentari ad integrazione e talvolta in sostituzione della legge anche in materie, quale quella penale, coperte da riserva assoluta⁸⁶. Non è, quindi, nella forma della legge parlamentare e seguendo il relativo procedimento legislativo che vengono in prevalenza approvati gli atti normativi nelle materie coinvolgenti la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, riservate dalla Costituzione alla legge.

In secondo luogo, pur quando si scelga la strada parlamentare (o quando questa sia obbligata per conferire al Governo i poteri legislativi delegati o per convertirne in legge la decretazione d'urgenza), il procedimento legislativo subisce non di rado profonde distorsioni a causa del ricorso spregiudicato dell'esecutivo alla questione di fiducia e ai cc.dd. maxiemendamenti. Un ricorso che, quando è congiunto (questione di fiducia sull'approvazione del maxiemendamento), genera un vero e proprio meccanismo di voto blindato, capace di eludere nella sostanza tutte le principali garanzie costituzionali proprie del procedimento legislativo, quali la trasparenza, la pubblicità ed il coinvolgimento delle minoranze⁸⁷. Ne risulta, quindi, significativamente compromessa la possibilità per le minoranze di incidere concretamente sui contenuti del testo di legge finale e pure la possibilità di svolgere un mero vaglio critico e di denuncia di quanto proposto, formato e approvato dall'asse egemone di Governo e maggioranza.

Quanto poi al controllo dell'opinione pubblica sull'attività parlamentare, l'elusione delle regole di pubblicità e dei tempi propri del procedimento legislativo, impediscono il controllo *in itinere*, nella fase di formazione della legge, mentre un sistema elettorale a liste bloccate, con la conseguente impossibilità di scelta diretta dei propri rappresentanti impedisce, *ex post*, l'attivazione del meccanismo della responsabilità politica⁸⁸.

In definitiva, nell'assetto reale dei poteri costituzionali, il Governo diventa di fatto il protagonista delle scelte politiche⁸⁹ e la sede primaria della loro legificazione, con una progressiva marginalizzazione del Parlamento da quei settori di attività che gli sarebbero tradizionalmente propri. La legge, formale e non, è di fatto spesso privata di quegli elementi contenutistici e procedurali che ne connotano la democraticità e fatica, quindi, a fornire una effettiva legittimazione democratica alle scelte politiche di cui è espressione. Rischia così di venire meno il principale strumento – quello democratico, appunto – attraverso il quale dovrebbe realizzarsi la *ratio* garantista della riserva di legge. Quest'ultima, infatti, non sembra in grado di garantire che le scelte in tema di limitazione dei diritti costituzionali siano frutto di un effettivo processo democratico.

Per quanto concerne le disfunzioni della legislazione esterne al procedimento legislativo ed attinenti alla posizione e al ruolo del legislatore nell'assetto reale dei poteri costituzionali, vengono in rilievo, quantomeno, tre fattori di indebolimento della legislazione.

Innanzitutto, il declino della rappresentatività del Parlamento⁹⁰, quale conseguenza dell'inceppamento del meccanismo di collegamento fra la sovranità popolare e l'istituzione rappresentativa, fra la base (detentrica del potere sovrano) ed il vertice (che questo potere deve esercitare). In un sistema di rappresentanza partitica basato sulla professionalizzazione della carriera politica, sulla coincidenza fra *leader* di partito e membri del futuro Governo, su una legge elettorale a liste bloccate e formate dai vertici di ciascun partito, il legame fra corpo elettorale e rappresentanti da questo eletti risulta inevitabilmente allentato⁹¹. Infatti, l'impossibilità di scegliere i propri rappresentanti e la scarsa autonomia decisionale del singolo parlamentare rispetto alle scelte del partito, rendono assai difficoltoso il funzionamento del meccanismo della responsabilità politica, disincentivando l'interessamento dell'elettore per l'attività parlamentare degli eletti ed incentivando la deresponsabilizzazione di questi ultimi. Ne deriva la difficoltà del Parlamento, detentore del potere legislativo, ad essere, a monte, realmente rappresentativo degli interessi e delle istanze del corpo elettorale.

⁸⁴ C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 27 ss, in particolare nota 24.

⁸⁵ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1222-1223.

⁸⁶ F. BRICOLA, *il II e il III comma dell'art. 25*, cit., 238 ss; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 54; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., 37 ss. e IDEM, *Manuale di diritto penale*, cit., 29 ss.

⁸⁷ C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 32 ss.

⁸⁸ C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 37 ss.

⁸⁹ A rafforzare la centralità dell'esecutivo rispetto al Parlamento concorrono i governi "tecnici" o "del Presidente", protagonisti dell'attuale fase politica.

⁹⁰ R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1222.

⁹¹ C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 25 ss.

In secondo luogo, le difficoltà di selezione della (o di una parte della) classe politica dirigente, come è stato osservato⁹², determinano non di rado un abbassamento della qualità della legislazione che questa produce. E «il difetto di qualità della legge non si è riflesso solo nella sua difficile leggibilità, ma anche e soprattutto nella sua credibilità», talvolta trasformando la legge in atto di *imperium* senza *auctoritas*⁹³, incapace per ciò stesso di legittimare le scelte di cui è espressione.

Anche sotto questo profilo sembra assistersi, dunque, ad una carenza di legittimazione della legge e, di conseguenza, ad un indebolimento dello strumento democratico di realizzazione della *ratio* garantista della riserva di legge o, se si preferisce seguire l'impostazione classica, ad un indebolimento della *ratio* democratica della riserva.

Infine, grande peso ha avuto ed ha tutt'ora, quel fenomeno di rinuncia legislatore a compiere alcune decisioni fondamentali, anche in tema di diritti e libertà costituzionali, di sua spettanza⁹⁴. Già da tempo si fa notare come, non solo in Italia ma, più in generale, nell'esperienza costituzionale contemporanea delle democrazie rappresentative occidentali, la «fuga del Parlamento di fronte alle sue responsabilità» faccia ricadere sull'esecutivo il compito di adottare i provvedimenti più gravi ed impopolari⁹⁵. L'indirizzo politico attuato dalle istituzioni rappresentative per troppo tempo – e per innumerevoli ragioni e cause – non è riuscito ad essere programmazione razionale del futuro, ma è stato, perlopiù, rattoppo del presente e amministrazione dell'esistente⁹⁶.

Certo è che le cause del declino della legislazione non sono tutte rintracciabili nelle dinamiche della legislazione stessa e della politica. Infatti, un ruolo fondamentale e primario hanno svolto le trasformazioni (*rectius*: rivoluzioni) storico-sociali che hanno animato la società italiana nel secolo scorso. Il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale di diritto, con l'avvento della Costituzione repubblicana e, non da ultimo, i profondi mutamenti della compagine sociale hanno radicalmente intaccato la capacità di tenuta del sistema democratico rappresentativo. Fino a che il sistema si fonda sul principio di eguaglianza formale e si regge su di una società sostanzialmente monoclasse e su di una base elettorale omogenea, portatrice di interessi fra loro compatibili, il paradigma della legge generale e astratta riesce perfettamente a rispondere alle esigenze emergenti dalla società⁹⁷. Quando, invece, la base elettorale si fa frastagliata e portatrice di interessi fra loro assai differenziati e, dunque, concorrenziali e confliggenti, quando il sistema deve realizzare, accanto all'eguaglianza formale, anche quella sostanziale, imposta da una Costituzione rigida e di valori, la legge generale e astratta non è più in grado, da sola, di realizzare gli obiettivi costituzionali ed al legislatore è richiesta una difficile e spesso insoddisfacente opera di mediazione fra i contrapposti interessi in gioco⁹⁸.

Anche questi fattori hanno contribuito e contribuiscono ad alimentare le difficoltà della legislazione e sembrano in parte indebolire la funzione di garanzia propria della riserva di legge.

3.1.3. segue: i riflessi sulla giurisdizione.

È stato da più parti messo in luce come il risultato ultimo di questo declino qualitativo della legislazione abbia condotto, di contro, ad un progressivo rafforzamento dei compiti e dei poteri della giurisdizione⁹⁹. Questa si è trovata e si trova a svolgere un'opera di supplenza del legislatore, anche e soprattutto per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali.

In estrema sintesi, le cause di questo aumento di potere sono connesse ad alcuni caratteri tipici dell'attività giurisdizionale e, allo stesso tempo, alla crisi della legislazione e della politica.

⁹² M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 4., *Giurisdizione e legittimazione*, cit., 367.

⁹³ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 4.

⁹⁴ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 3, il quale ricorda i dibattiti politici mai sfociati in una reale decisione sui temi dell'obiezione di coscienza, dell'esposizione dei simboli religiosi negli istituti pubblici, delle scelte di fine vita. Oltre a queste si può ricordare la questione del riconoscimento agli effetti civili delle coppie di orientamento omosessuale. V. anche A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Scritti in onore di Paolo Barile, Cedam, 1990, 119-120; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea*, cit., 180. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1223; *Relazione del Presidente prof. Franco Gallo*, tenuta in occasione della riunione straordinaria della Corte costituzionale del 12.04.2013, reperibile su www.cortecostituzionale.it.

⁹⁵ S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., 196.

⁹⁶ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione*, cit., 367.

⁹⁷ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione*, cit., 369-370.

⁹⁸ ID., *ult. op. cit.*

⁹⁹ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 4 ss.; IDEM, *Giurisdizione e legittimazione*, cit., 365 ss.; D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, *Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, 2008, 112. Critico, sul punto, N. ZANON, *Su alcuni problemi*, cit.

Fra i caratteri della giurisdizione che hanno contribuito ad aumentarne il potere vi è, innanzitutto, il divieto di *non liquet*¹⁰⁰. È evidente, infatti, che se il legislatore, in riferimento ad una questione particolarmente complessa, coinvolgente un difficile bilanciamento fra diversi e contrapposti diritti fondamentali, può, per incapacità, per inerzia o per impossibilità contingente, scansare la decisione, non essendo ad essa obbligato da alcun vincolo giuridico e non essendo la sua abdicazione giuridicamente sanzionabile, lo stesso non vale per il giudice. Questi non può sottrarsi alla decisione, in quanto è giuridicamente obbligato a dare una risposta alla domanda di giustizia che gli venga sottoposta in riferimento a quella stessa complessa questione alla quale il legislatore non riesca o non voglia dare risposta. Sarà il giudice, quindi, a doversi – necessariamente – fare carico di operare il difficile bilanciamento fra i diversi interessi e diritti costituzionali in gioco, a doverli comporre individuando quello che egli, sulla base della legislazione vigente, dei valori costituzionali e di una valutazione – inevitabilmente – anche soggettiva, ritenga essere il giusto punto di equilibrio¹⁰¹. Anche da questa condizione deriva quell’*atteggiamento culturale che vede l’essenza del diritto assai più nella giurisdizione che nella legis-lazione*, non tanto, quindi, nel *“fare la legge” (legis-latio)* quanto nel *“pronunciarne il contenuto” (iuris-dictio)*¹⁰² e che conduce non di rado a considerare le sentenze come vere e proprie fonti del diritto¹⁰³.

In secondo luogo, e connesso a quanto appena detto, vi è l’attività di interpretazione della legge (componente tipica e imprescindibile della funzione giurisdizionale, in quanto *prius* logico dell’applicazione della disposizione di legge al caso concreto). Elemento ineliminabile e connaturata di ogni interpretazione è una certa dose di discrezionalità, ovvero, di potere¹⁰⁴. Ed è proprio in ragione dell’ampiezza della discrezionalità di fatto detenuta dal giudice comune che questo vede rafforzato enormemente il potere che costituzionalmente gli spetta. Infatti, le sopra evidenziate lacune della legislazione, soprattutto in tema di diritti fondamentali, da un lato, e la complessità dell’attuale sistema delle fonti¹⁰⁵, che non di rado apre al giudice un ventaglio di diverse possibili interpretazioni dello stesso testo di legge e di diversi testi di legge applicabili alternativamente alla stessa fattispecie, dall’altro, determinano il trasferimento in capo all’organo della giurisdizione di un enorme potere.

Tutto ciò è massimamente amplificato da un ulteriore elemento: l’interpretazione conforme della disposizione di legge che il giudice comune è obbligato a compiere ogni qualvolta la legge che egli debba applicare si confronti con norme, principi o valori ad essa superiori. Dunque, un’interpretazione conforme alla Costituzione, al diritto dell’Unione e alla Cedu (ma, in generale, a tutto il diritto internazionale pattizio). La Corte costituzionale ha inteso e applicato quest’obbligo con una rigidità da più parti ritenuta eccessiva¹⁰⁶, mediante ripetute dichiarazioni di inammissibilità, anche manifesta, di questioni sottopostele da giudici – comprensibilmente – timorosi di oltrepassare i confini fissati dal testo della disposizione interpretata¹⁰⁷. Alla luce di tale rigida lettura, il potere che per la via dell’interpretazione conforme è riposto nelle mani del giudice comune diventa eccessivo. In nome o sotto la copertura di quest’obbligo il giudice è non di rado indotto a forzare a tal punto il testo della legge da potersi legittimamente dubitare del rispetto da parte sua del vincolo di soggezione alla legge di cui all’art. 101, secondo comma, Costituzione¹⁰⁸.

Peraltro, un simile “scavalcamento” delle parole del legislatore, oltre che oltrepassare i limiti costituzionali del potere giurisdizionale, determina una pericolosa invasione di questo potere in quello legislativo, realizzando, in definitiva, una sostanziale erosione della *ratio* garantista della riserva di legge anche nella

¹⁰⁰ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 6-7.

¹⁰¹ M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione*, cit., 370 ss. e IDEM, *Funzioni e responsabilità*, cit., 5; D. BIFULCO, *Il giudice*, cit., 106; *Relazione del Presidente prof. Franco Gallo*, cit., 11.

¹⁰² M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 4.

¹⁰³ A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto*, cit., 705 ss.

¹⁰⁴ Sull’interpretazione della legge come attività fisiologicamente caratterizzata da una ineliminabile componente di discrezionalità dell’interprete, v. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 65 ss.

¹⁰⁵ D. BIFULCO, *Il giudice*, cit., 103.

¹⁰⁶ C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 43 ss., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 7-8.

¹⁰⁷ Tanto da far parlare di una terza condizione di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista telematica dell’AIC*, 1/2011, 5.

¹⁰⁸ Emblematica a riguardo la sentenza della Corte costituzionale n. 208 del 2009, richiamata da C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., 43 ss., nella quale, come mette in luce l’A., la Corte, dichiarando inammissibile la questione sollevata dal giudice *a quo*, che aveva correttamente ritenuto non percorribile la via dell’interpretazione costituzionalmente orientata, pena del limite fissato dal dato testuale, letteralmente forza il giudice comune a superare tale limite testuale, sulla base di principi ricavabili dalla propria precedente giurisprudenza formatasi con riferimento ad altre disposizioni. Nello stesso anche N. ZANON, *Su alcuni problemi*, cit.

fase di vigenza e di applicazione della legge. Tale erosione va ad aggiungersi, così, a quella, già vista, che colpisce invece la fase genetica dell'atto legislativo.

Emerge un quadro complessivo nel quale, a fronte di una ormai ultradecennale crisi della legge, della sua centralità, della sua democraticità, della sua qualità, credibilità, autorevolezza e, quindi, della sua stessa legittimazione, si assiste ad un trasferimento in capo agli organi della giurisdizione di un potere significativo e anomalo, che consente loro di adottare decisioni che talvolta si fatica a non definire, in qualche misura, politiche¹⁰⁹.

Ciò fa sorgere due problemi fondamentali, ai quali in questa sede, per la loro ampiezza e le loro implicazioni, non si potrà che fare un cenno¹¹⁰. Da un lato, quello della legittimazione di un simile potere discrezionale, posto che nel nostro ordinamento difetta in capo al giudice una qualsivoglia legittimazione democratica. Dall'altro lato, che qui ancor più rileva, quello dei limiti a tale potere discrezionale, posto che nel nostro ordinamento, in forza dello stesso art. 101, secondo comma, Costituzione, difetta in capo al giudice un vincolo di soggezione al precedente. È vero che, di fatto, i giudici richiamano precedenti a sostegno della loro decisione, ma il panorama giurisprudenziale cui attingere è talmente variegato che non risulta difficile per il giudice rintracciare in esso argomenti idonei a costruire e sorreggere la soluzione che egli predilige, così come la sua opposta.

Se all'assenza di un rigido *stare decisis* e alla varietà delle soluzioni giurisprudenziali disponibili si uniscono le evidenziate profonde lacune che si registrano sul fronte della legislazione e che il giudice comune è chiamato non di rado a colmare, l'estrema complessità del sistema delle fonti con cui egli si trova a lavorare e il rigido obbligo di interpretazione conforme – appunto – ad una pluralità diversificata di fonti sovraordinate alla legge, cui egli è sottoposto, non è difficile immaginare che l'esito di tale somma sia quello di una profonda instabilità giurisprudenziale. Anche a livello istituzionale è stato recentemente rilevato che *“il venir meno di quei fattori di certezza e di prevedibilità che erano tradizionalmente propri della legge e della interpretazione giurisprudenziale ha progressivamente ampliato i margini dell'intervento interpretativo del magistrato”*¹¹¹. Tale tendenza pare a scrivere produrre, in definitiva, conseguenze negative sulla certezza del diritto in una materia tanto delicata qual è quella della tutela dei diritti fondamentali.

3.1.4. Il tipo di tutela offerta ai diritti fondamentali dalla riserva di legge nell'ordinamento italiano.

Cerchiamo ora di tirare le fila del discorso sin qui condotto per vedere come l'evidenziato “scarto” fra il modello ideale di funzionamento della riserva di legge e la sua concretizzazione nel nostro sistema incida sul tipo di tutela effettivamente offerta dalla riserva di legge ai diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico italiano.

La riserva di legge, demandando ad una determinata fonte, in ragione delle caratteristiche formali di questa, la disciplina delle limitazioni ammesse ai diritti dei cittadini, rappresenta uno strumento di tutela dei diritti di tipo formale. In quanto tale, dunque, la riserva di legge non impone alla disciplina limitativa dei diritti requisiti di tipo contenutistico¹¹², richiedendo solamente che questa sia posta da una determinata fonte e secondo determinate procedure, in quanto è al regime complessivo cui detta fonte è assoggettata nell'ordinamento, nonché al tipo di procedimento che conduce alla sua approvazione, che è rimessa la funzione di garanzia della riserva.

È chiaro che, affinché un simile strumento riesca a realizzare la sua funzione, è necessario che a loro volta funzionino quei meccanismi cui è rimessa la portata garantista dello strumento stesso.

Come si è visto nei paragrafi precedenti, la funzione di garanzia della riserva di legge è sostanzialmente rimessa alla sua “democraticità” e alla sua “controllabilità”. Si è visto come il carattere “democratico” della legge derivi dalla natura rappresentativa dell'organo dal quale essa promana e dal suo essere frutto di un confronto dialettico fra tutte le forze politiche parlamentari. Ebbene, si è visto anche come, da un lato, la rappresentatività dell'organo parlamentare viva attualmente una fase di difficoltà, dovuta alla crisi del sistema partitico e, dall'altro lato, come il concreto funzionamento del procedimento legislativo, nella gran parte

¹⁰⁹ D. BIFULCO, *Il giudice*, cit., 124; M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione*, cit., 371.

¹¹⁰ Per un'approfondita trattazione di questi temi si rimanda all'opera, qui più volte citata, di D. BIFULCO.

¹¹¹ V. *Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali*, cit., 8.

¹¹² Salvo le riserve di legge rinforzata nel contenuto, nelle quali, comunque, il requisito contenutistico non offre garanzie di tipo sostanziale e di criterio nella disciplina da porre, rimanendo una garanzia di tipo formale, che impone alla legge di avere un determinato oggetto.

dei casi, impedisca di fatto un reale dibattito fra le forze parlamentari, conducendo all'approvazione di testi pre-confezionati dal Governo.

Quanto, invece, alla controllabilità dell'atto legislativo, si è visto come i meccanismi di controllo democratico (vaglio critico dell'opposizione e controllo dell'opinione pubblica) interni al procedimento legislativo rischino di rimanere, il più delle volte, sostanzialmente illusori. Per il controllo dell'opposizione vale quanto appena detto circa l'assenza di un reale dibattito parlamentare nelle fasi genetiche della legge: senza spazi per un dibattito nessun controllo è possibile per le minoranze. Anche il controllo dell'opinione pubblica è di fatto evanescente e, spesso, impossibile, vista la sostanziale elusione, attraverso il voto blindato su testi elaborati *in toto* dal Governo, delle regole di pubblicità dei lavori parlamentari.

Rimane, dunque, quale ultimo presidio di effettiva garanzia connessa alla riserva di legge, la generale assoggettabilità dell'atto legislativo al controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale. Questo sembra essere, allo stato, lo strumento che meglio degli altri consente alla riserva di legge di realizzare, *ex post*, la sua funzione di garanzia per l'individuo. Una garanzia, dunque, che si concretizza e diventa effettiva in un momento successivo ed antitetico a quello del controllo democratico. Sembra, così, assistersi a quello che è stato definito uno spostamento del baricentro garantista della riserva di legge dalle fasi del controllo democratico alle fasi del controllo giurisdizionale¹¹³, non solo della Corte costituzionale, ma anche della giurisdizione ordinaria, in quanto è proprio a quest'ultima che è di fatto rimessa una parte consistente del controllo successivo sui contenuti della legge. È al giudice comune che spetta sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte e, ancor prima, è a lui che spetta il fondamentale ed ineludibile obbligo di tentare – ad ogni costo – un'interpretazione conforme a Costituzione (al diritto dell'Unione e alla Cedu). È, dunque, sul giudice che ricade, in prima battuta, il compito di “conformazione” della legislazione – in primo luogo quella a tutela dei diritti fondamentali – alla Costituzione (al diritto dell'Unione e alla Cedu). Sia il legislatore che la Corte costituzionale, in parte ritraendosi dalle proprie funzioni¹¹⁴, trasferiscono sostanzialmente sui giudici comuni il compito di tutela primaria dei diritti.

Dunque, nelle dinamiche dell'ordinamento reale, sono i giudici comuni la prima fonte di garanzia dei diritti fondamentali, da cui dipende l'intensità della loro tutela.

Un'opera di tutela per così dire “residuale”, ma non per questo meno intensa ed incisiva, è svolta dalla Corte costituzionale, mentre la legge – sempre più nelle forme dell'atto governativo avente forza di legge – viene lasciata spesso sullo sfondo, come punto di partenza della tutela offerta nelle sedi giurisdizionali.

Con riguardo al controllo del Giudice delle leggi, occorre però rilevare alcune difficoltà che caratterizzano il sindacato di costituzionalità degli atti aventi forza di legge, i quali, come si è visto, rappresentano la parte preponderante della produzione legislativa, anche in tema di diritti fondamentali. Per quanto attiene ai decreti legge, lo scrutinio della Corte sulla sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, avviene solo in caso di loro «*evidente mancanza*»¹¹⁵ ed ha condotto alla dichiarazione di incostituzionalità della legge di conversione solo in due recenti casi¹¹⁶. Per quanto riguarda la legislazione delegata, la Corte non ha mai sindacato il grado di precisione e di analiticità dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge di delega, tuttavia, spesso carenti e non idonei a fungere da chiaro limite alla discrezionalità del Governo. Pertanto, anche l'ultimo baluardo di garanzia connesso alla riserva di legge mostra alcune lacune (che tuttavia non solo tali da pregiudicare nella sua essenza la funzione garantista del sindacato di costituzionalità delle leggi).

In conclusione, sembra potersi ritenere che la garanzia formale connessa alla riserva di legge operi, nel nostro ordinamento, non tanto, forse, in relazione alla democraticità dei suoi contenuti o del suo procedimento di formazione, quanto, piuttosto – pur con i limiti evidenziati – in relazione al regime cui l'atto legislativo è sottoposto nella fase successiva alla sua genesi, quella dell'applicazione giudiziale. La legge (in senso sostanziale) rischia di finire per rilevare solo in quanto atto formale interpretato e applicato dal giudice comune e in quanto unico oggetto ammissibile *ex art. 134 Cost.* al vaglio di legittimità della Corte costituzionale.

¹¹³ C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 39-40.

¹¹⁴ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 8.

¹¹⁵ Corte cost. n. 29 del 1995.

¹¹⁶ Corte cost. n. 171 del 2007 e n. 128 del 2008. Si veda, però, ora, Corte cost. n. 22 del 2012, con la quale la Corte apre nuove positive prospettive di sindacato di legittimità costituzionale sulla legge di conversione, i cui emendamenti rispetto al testo originario del decreto legge da convertire, per essere conformi all'art. 77, secondo comma, Cost., devono ora soddisfare il requisito della «omogeneità» materiale o funzionale con il testo originario del decreto legge, che possieda tale caratteristica (ptt. 4 ss. del *Considerato in diritto*).

Con ciò, peraltro, non si vuole sostenere che la tutela dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento non sia effettiva ed intensa e neppure che quella offerta dalla Cedu sia più effettiva e più intensa (non potendosi, peraltro, al riguardo, dare giudizi “generalisti”, dovendo semmai l’analisi essere condotta in riferimento ai singoli casi specifici). Affatto, con gli argomenti sopra esposti si vuole solo affermare che, alla luce del funzionamento in concreto dell’istituto della riserva di legge così come studiato dalla dottrina prevalente che da tempo si occupa della materia, tale effettività ed intensità non sembrano derivare tanto dal carattere democratico della fonte alla quale è riservata la disciplina di quei diritti quanto piuttosto da altri fattori, di cui si è cercato di dare brevemente conto.

3.2. Gli strumenti di tutela dei diritti nel sistema convenzionale.

Il sistema di tutela dei diritti fondamentali che scaturisce dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, come vive nell’interpretazione e applicazione della Corte di Strasburgo, è strutturalmente (e profondamente) diverso da quello costituzionale.

La Convenzione si pone quale strumento a presidio di una sfera di diritti e di libertà che ciascuno Stato contraente deve riconoscere a tutte le persone sottoposte alla sua «*jurisdiction*»¹¹⁷ e nella quale lo Stato (ogni sua pubblica autorità) non può ingerirsi, salvo i casi in cui l’ingerenza¹¹⁸ rispetti i requisiti richiesti dalla Convenzione stessa per la sua legittimità¹¹⁹.

In particolare, l’ingerenza di una pubblica autorità in un diritto garantito dalla Convenzione è convenzionalmente legittima quando è “prevista dalla legge”¹²⁰ dello Stato (è il requisito della c.d. base legale), in vista di un “fine legittimo” ai sensi della Convenzione e rappresenta una “misura necessaria in una società democratica” (è il requisito della proporzionalità dell’ingerenza rispetto al fine in vista del quale è prevista e realizzata)¹²¹.

Il requisito che viene in rilievo ai nostri fini è quello della “previsione per legge” dell’ingerenza dello Stato nel godimento del diritto da parte del singolo, ossia la necessaria esistenza di una “base legale” della limitazione al diritto individuale. Si tratta, in sostanza, del principio di legalità convenzionale, che richiede, a presidio della libertà del singolo nei confronti del potere pubblico, che ogni limitazione dei diritti individuali abbia un fondamento normativo certo e conoscibile nel diritto dello Stato contraente alla cui giurisdizione sia sottoposto il soggetto titolare del diritto compresso. Richiede, cioè, che l’ingerenza non sia frutto di una scelta arbitraria della pubblica autorità, ma che fosse previamente prevista da una “legge” di quello Stato.

Tale requisito mostra *prima facie*, una certa somiglianza con il nostro principio della riserva di legge, posto dalla Costituzione a tutela dei diritti costituzionali del singolo nei confronti del potere esecutivo.

Vediamo, quindi, di delineare quali siano i caratteri di questa “base legale” che la Convenzione richiede quale primo requisito di legittimità delle limitazioni statali ai diritti individuali da essa garantiti, ovvero, del principio di legalità convenzionale.

3.2.1. La “base legale” ai sensi della Convenzione.

I caratteri della base legale non si trovano scritti nel testo delle disposizioni convenzionali che la prevedono, ma sono stati elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nell’interpretazione e applicazione di tali disposizioni ai singoli casi concreti sottoposti al suo giudizio.

In realtà, come peraltro sottolineato dalla Corte costituzionale nella sentenza qui commentata, il principio di legalità convenzionale, come elaborato dalla Corte di Strasburgo, non contempla, nemmeno in materia penale, la riserva di legge (né qualsivoglia altro elemento attinente alla natura formale della fonte che preveda l’ingerenza) e, anzi, da essa si distingue nettamente¹²². Niente di più scontato, visto che la tute-

¹¹⁷ Art. 1 Cedu.

¹¹⁸ Nel linguaggio della nostra Costituzione, la “limitazione” o “restrizione” del diritto.

¹¹⁹ V. artt. 5, par. 1, 7, 8, par. 2, 9, par. 2, 10, par. 2 e 11, par. 2, Cedu.

¹²⁰ Le formule, in realtà, variano da articolo ad articolo: l’art. 5 (nel quale, peraltro, la necessaria base legale attiene solo ai “modi” dell’ingerenza, essendo i casi tassativamente elencati nella stessa disposizione) usa l’espressione «*previsti dalla legge*», l’art. 7 usa la formula più contrita di «*azione od omissione che ... non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale*», l’art. 8 parla di «*ingerenza ... prevista dalla legge*», gli artt. 9 e 11 di «*restrizioni ... stabilite dalla legge*», l’art. 10 di «*formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni ... previste dalla legge*», l’art. 1, Prot. 1 e l’art. 2, Prot. 4 di «*condizioni previste dalla legge*». Tuttavia, il loro significato non cambia in quanto la Corte europea attribuisce a tutte queste espressioni lo stesso significato, che si vedrà nel prosieguo del paragrafo.

¹²¹ B. RANDAZZO, Art. 45, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Cedam, 2012, 742-743.

¹²² C. PITEA, Art. 8, in *Commentario breve alla Convenzione*, cit., 305.

la convenzionale deve abbracciare anche gli ordinamenti di *common law* nei quali, com'è noto, la giurisprudenza è da sempre una fonte del diritto, ivi vigendo la regola del precedente vincolante¹²³.

Infatti, la Corte europea ha elaborato una nozione autonoma¹²⁴ di «legge»¹²⁵ ai sensi della Convenzione, che muove da una sostanziale equiparazione, anche nella materia penale, fra diritto giurisprudenziale e fonte legislativa, riconducendoli entrambi alla nozione convenzionale di «base legale»¹²⁶.

La Corte europea, al fine di verificare che l'ingerenza pubblica nel godimento di un diritto fondamentale fosse «prevista dalla legge», ignora l'aspetto formale della fonte che prevede o consente l'ingerenza e adotta un approccio di tipo sostanziale, volto alla verifica dell'esistenza, nel diritto dello Stato, di una norma giuridica che abiliti l'ingerenza e della sua qualità intrinseca¹²⁷.

L'esistenza della base giuridica nel diritto interno è valutata alla luce della combinazione delle varie fonti dell'ordinamento nel suo insieme e può derivare sia dal diritto scritto che da quello non scritto. Quanto al diritto scritto, l'ingerenza può fondarsi su una previsione di una norma costituzionale, del diritto internazionale, di una legge ordinaria, o atto ad essa equiparato, o di atti di rango sub-legislativo, compresi gli atti adottati in forza di una sufficiente base legislativa da soggetti dotati dalla legge di autonomia (ad es. i codici deontologici adottati dagli ordini professionali¹²⁸ o le circolari degli atenei universitari¹²⁹)¹³⁰. Quanto al diritto non scritto è idonea a fornire una base legale all'ingerenza una creazione giurisprudenziale di *common law* o una giurisprudenza comunque consolidata¹³¹.

Anche la qualità della norma che abilita l'ingerenza è valutata prescindendo da qualunque aspetto formale e facendo riferimento ad alcune caratteristiche intrinseche che essa deve possedere – l'*accessibilità* e la *prevedibilità*¹³² – affinché il destinatario possa adattare la propria condotta alla prescrizione legale.

La base giuridica dell'ingerenza deve essere, innanzitutto, *accessibile*. Il suo destinatario deve poter disporre, eventualmente mediante l'ausilio di esperti, delle informazioni sufficienti sulle norme giuridiche applicabili alla sua condotta o in un determinato caso concreto¹³³. L'accessibilità viene valutata dalla Corte in relazione al grado di pubblicità della fonte nella quale la norma è contenuta e al numero e alle caratteristiche dei destinatari.

La base giuridica deve, poi, essere *prevedibile*. Il suo destinatario, anche tramite consulenze qualificate, deve essere posto in grado di poter prevedere con un ragionevole grado di probabilità, in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze giuridiche della propria condotta¹³⁴. Affinché le conseguenze applicative della norma abilitante siano effettivamente prevedibili occorre, naturalmente, che questa sia formulata in un modo il più possibile chiaro e preciso. Chiarezza e precisione sono, infatti, corollari della prevedibilità della norma. Tali caratteristiche, che attengono strettamente alla formulazione della norma, vanno valutate in relazione al tipo di fonte dalla quale la norma promana, alla natura e al settore della disciplina posta, al numero e alle caratteristiche dei destinatari¹³⁵.

Poiché, ovviamente, la formulazione della norma non potrà mai raggiungere livelli di chiarezza e precisione assolute, in grado di disciplinare qualunque caso della vita che rientri nel suo ambito di applicazione, i requisiti di chiarezza e precisione potranno essere assicurati dall'interpretazione giurisprudenziale, che specifichi i contenuti della norma in relazione alle singole circostanze concrete¹³⁶. Affinché la giurisprudenza contribuisca effettivamente a chiarire il significato della norma occorrerà, però, che si tratti di una giurisprudenza ragionevole e coerente nell'interpretazione e applicazione della norma, in quanto dovrà partecipare anch'essa del carattere della prevedibilità¹³⁷. Quindi, non sarà di certo idonea a soddisfare il requisito

¹²³ A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 34.

¹²⁴ A partire dalla sentenza *Sunday Times v. The United Kingdom*, n. 1, 26 aprile 1979, §§ 48-49.

¹²⁵ Espressione che si ritrova negli artt. 5, 8, 9, 10 e 11 Cedu, ma alla quale è equiparata la nozione di «diritto» di cui all'art. 7 Cedu.

¹²⁶ V. MANES, Art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione*, cit., 274.

¹²⁷ Corte eur. dir. uomo, GC, *Leyla Sahin c. Turchia*, 10 novembre 2005, § 88.

¹²⁸ Corte eur. dir. uomo, *Barthold c. Germania*, 23 marzo 1985, § 46.

¹²⁹ *Leyla Sahin*, cit., § 87.

¹³⁰ C. PITEA, Art. 8, cit., 305.

¹³¹ A. CARDONE, M. OETHEIMER, Art. 10, in *Commentario breve alla Convenzione*, cit., 405.

¹³² *Sunday Times*, cit., § 49.

¹³³ V. MANES, Art. 7, cit., 279; A. CARDONE, M. OETHEIMER, Art. 10, cit., 405.

¹³⁴ M. GIALUZ; P. SPAGNOLO, Art. 5, *Commentario breve alla Convenzione*, cit., 116; C. PITEA, Art. 8, cit., 305; A. CARDONE, M. OETHEIMER, Art. 10, cit., 405.

¹³⁵ C. PITEA, Art. 8, cit., 305.

¹³⁶ M. GIALUZ; P. SPAGNOLO, Art. 5, cit., 117.

¹³⁷ V. MANES, Art. 7, cit., 280-281.

della base legale una norma di legge poco chiara e precisa sulla quale si formi una giurisprudenza ondivaga o contraddittoria.

In definitiva, i requisiti di accessibilità, prevedibilità, chiarezza e precisione della base legale dell'ingerenza vanno valutati alla luce del complesso normativo risultante dal testo dell'eventuale disposizione che la pone e, soprattutto, dalla sua interpretazione e applicazione giurisprudenziale, e non in relazione agli aspetti formali della fonte che la pone. Per la Corte europea la giurisprudenza partecipa pienamente, e con ruolo decisivo, alla costruzione della base legale ai sensi della Convenzione. Infatti, la qualità e la coerenza della giurisprudenza nazionale che interpreta e applica la base giuridica interna possono determinare in senso positivo o negativo l'esito del controllo circa la sua prevedibilità¹³⁸.

La base legale deve, quindi, essere compatibile con i canoni della certezza del diritto¹³⁹, che è un principio di rilevanza centrale nel sistema convenzionale, in vista di una garanzia *effettiva* dei diritti e delle libertà fondamentali sancite nella Cedu.

Ciò che importa alla Corte di Strasburgo è che l'individuo sia posto nella condizione di poter conoscere l'esistenza, nell'ordinamento giuridico nazionale, della limitazione al proprio diritto fondamentale e le conseguenze giuridiche che, in relazione al caso concreto, lo Stato farà derivare da un suo determinato comportamento, in modo da potersi autodeterminare in relazione al suo compimento o alla sua omissione.

È l'obiettivo di effettività dei principi di autodeterminazione individuale e di certezza del diritto che sta a cuore alla Corte europea e al sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali e che sta alla base dell'approccio qualitativo-sostanziale della Corte al principio di legalità delle limitazioni ai diritti convenzionali.

3.2.2. Il tipo di tutela offerta ai diritti fondamentali dalla "base legale" nel sistema convenzionale.

Da quanto brevemente esposto circa i caratteri che, secondo la Corte di Strasburgo, deve possedere la base legale interna per poter integrare il primo dei tre requisiti¹⁴⁰ richiesti dalla Convenzione al fine di legittimare un'ingerenza dello Stato nel godimento di un diritto fondamentale, emerge come la "previsione per legge", nel sistema convenzionale, rappresenti uno strumento di tutela dei diritti di tipo sostanziale.

Al fine di offrire una tutela il più possibile effettiva dei diritti garantiti dalla Convenzione, capace di comprendere nel proprio raggio i sistemi giuridici dei 47 Stati aderenti, la Corte di Strasburgo ha elaborato categorie concettuali di tipo sostanziale, scevre da qualunque riferimento ad elementi formali – quale, ad esempio, la nozione di atto legislativo – che sono irrinunciabili nel nostro ordinamento interno, ma che renderebbero alquanto difficoltosa, ove non impossibile, l'applicazione delle tutele convenzionali ad una compagine così eterogenea di Stati. I concetti giuridici convenzionali hanno nozioni autonome, che consentono l'applicazione delle tutele ad essi connesse sulla base di una verifica di ciò che accade in concreto nell'ordinamento dello Stato convenuto e non di ciò che vi sta scritto e del dove sta scritto. Quello che conta agli occhi della Corte europea non è tanto se e *dove* sia scritta, nell'ordinamento statale, la garanzia o la limitazione di un diritto convenzionale, ma se e *come* operi concretamente, in quell'ordinamento, quella garanzia o quella limitazione. Come si è visto, sono la conoscibilità della regola e la prevedibilità delle conseguenze giuridiche della sua applicazione a connotare la "previsione per legge" dell'ingerenza, ai sensi della Convenzione.

4. Osservazioni conclusive: la diversità delle tutele offerte ai diritti fondamentali dalla riserva di legge e dalla base legale.

Alla luce di quanto esposto, pare potersi concludere che la "previsione per legge" ai sensi della Cedu e la "riserva di legge" ai sensi della Costituzione italiana non offrono ai diritti fondamentali due tutele dalla diversa intensità, ma due tipi di tutela radicalmente diversi, nella struttura e nei risultati¹⁴¹.

¹³⁸ C. PITEA, *Art. 8, cit.*, 306.

¹³⁹ M. GIALUZ; P. SPAGNOLO, *Art. 5, cit.*, 116; C. PITEA, *Art. 8, cit.*, 305.

¹⁴⁰ Come si è visto sopra (par. 3.2), gli altri due requisiti di legittimità convenzionale delle ingerenze statali nei diritti garantiti dalla Convenzione, sono che l'ingerenza persegua un "fine legittimo" ai sensi della Convenzione e che essa risulti "necessaria i una società democratica", ossia, proporzionata rispetto al fine legittimo in vista del quale è realizzata.

¹⁴¹ Si prenda il caso di un ordinamento in cui, in ossequio al principio della riserva di legge, sia vigente una legge che detta la disciplina di garanzia di un certo diritto. Ammettiamo che questa disciplina venga costantemente e unanimemente disattesa nell'applicazione giudiziale o, ancora, che tale disciplina sia effettivamente applicata dai giudici ma con interpretazioni divergenti tra

La Costituzione e la Corte costituzionale sposano una concezione di tipo formale della garanzia¹⁴², legata a precisi istituti di diritto interno, che mirano essenzialmente ad attribuire ad una certa fonte (la legge) caratteristiche tali da renderla lo strumento più idoneo, in relazione ai caratteri del nostro ordinamento, alla tutela dei diritti. La Convenzione e la Corte europea, adottano, invece, per le esigenze che si sono viste¹⁴³, un approccio di tipo sostanziale, volto a verificare esclusivamente il concreto atteggiarsi della garanzia all'interno del singolo ordinamento nazionale, a prescindere dagli istituti, dalle esigenze strutturali, dalle articolazioni interne, dalla tradizione di quello.

Costituzione e Cedu guardano, infatti, alla tutela dei diritti da due punti di vista diversi e non comparabili. Quello convenzionale è un sistema sovranazionale di tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali della persona, che ha quale unico scopo e unica "preoccupazione" la tutela dei diritti dell'individuo nei confronti dello Stato che su di esso esercita il suo potere. Di conseguenza, tale sistema adotta una prospettiva "individualistica"¹⁴⁴, che presta esclusiva attenzione ai rapporti fra l'individuo e lo Stato. In questa dimensione, alla Corte europea non importa quale organo, autorità o potere dello Stato, e con quale forma, stabilisca una certa limitazione ad un diritto fondamentale del singolo, ma solo se e come il singolo poteva conoscere e prevedere quella limitazione. Ancora, la Corte europea non si cura – né avrebbe ragione di curarsi – dei rapporti e della distribuzione delle funzioni fra i poteri dello Stato, ma solo dell'incidenza del concreto esercizio di quelle funzioni e di quei poteri nella sfera di libertà garantita dalla Convenzione all'individuo. La Convenzione è una Carta dei diritti e la Corte di Strasburgo è il garante della tutela di quei singoli diritti.

La nostra Costituzione, invece, è la Carta di un ordinamento, di un sistema nel quale, accanto ai diritti, esistono doveri e poteri, in reciproco, precario equilibrio. La Corte costituzionale è la Corte di questo sistema, il garante di questi equilibri.

È naturale, quindi, che l'approccio della Costituzione-Corte costituzionale e quello della Convenzione-Corte europea al tema della tutela dei diritti fondamentali siano così diversi, tanto che non sembra molto sensato un loro paragone, quantomeno sotto il profilo degli istituti che i due sistemi predispongono per garantire la legalità delle limitazioni ai diritti.

Ancor meno convincente sembra, poi, l'esito cui giunge la Corte costituzionale nell'*obiter dictum* della sentenza in commento: l'assenza nella legalità convenzionale della riserva di legge comporta uno «scarto di tutela», ossia, rende la tutela offerta dalla Cedu inferiore rispetto a quella offerta dalla Costituzione?

Il venir meno, nel nostro ordinamento, dei fattori di certezza e prevedibilità della legge, in uno con la perdita di centralità, autorevolezza e rappresentatività dell'organo parlamentare rendono difficilmente condivisibile la conclusione cui giunge la Corte e poco realistica l'esaltazione della *ratio* democratica della riserva di legge. E ad una conclusione quale quella qui criticata non sembra che si potrebbe pervenire neppure qualora il nostro ordinamento raggiungesse un livello accettabile sia di prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle condotte, attraverso una maggiore stabilità giurisprudenziale¹⁴⁵ sia di democraticità e qualità legge. Infatti, neppure alla Cedu sono del tutto estranee quelle esigenze che nel nostro ordinamento si vogliono garantire attraverso la democraticità della legge, ossia che le limitazioni ai diritti costituzionalmente garantiti ai singoli siano poste nell'interesse reciproco dei titolari stessi di quei diritti (e destinatari delle relative limitazioni). Si tratta, in altre parole, dell'esigenza che tali limitazioni siano strettamente necessarie al raggiungimento dell'obiettivo in vista del quale sono poste e che tale obiettivo consista nella tutela di un altro diritto, interesse, valore di rango costituzionale. Anche la Convenzione, come si è visto, richiede che le ingerenze pubbliche nei diritti da essa garantiti, oltre ad essere "previste dalla legge", siano volte al raggiungimento di un "fine legittimo" e siano "necessarie in una società democratica", cioè proporzionate al raggiungimento di

loro, che conducono ad esiti di giudizio differenti, se non addirittura opposti, in casi fra loro analoghi. In un caso del genere, la garanzia "formale" della legge esiste ma manca una garanzia effettiva del diritto in questione. La riserva di legge è soddisfatta ma non l'esigenza di tutela ad essa sottesa. La garanzia richiesta dalla Costituzione c'è ma non quella richiesta dalla Convenzione. La limitazione al diritto è fissata in una legge ma il titolare del diritto non può conoscere e prevedere le conseguenze giuridiche della propria condotta perché quella legge è applicata in modi diversi dalla giurisprudenza o perché la giurisprudenza non la può applicare in quanto mancano nell'ordinamento i presupposti per la sua applicazione. L'individuo potrebbe ottenere tutela di fronte alla Corte europea ma non nulla potrebbe fare la Corte costituzionale.

¹⁴² Cfr. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea*, cit., 161.

¹⁴³ Sopra, par. 3.2.1.

¹⁴⁴ In tal senso C. GRANDI, *riserva di legge*, cit., 84.

¹⁴⁵ Si veda, sul punto, la *Relazione Finale del Gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali*, cit., 8, ove, affrontando il tema della certezza e prevedibilità della legge e dell'autonomia e indipendenza della magistratura, auspica interventi regolatori che rafforzino l'autorità dei precedenti provenienti dalle giurisdizioni superiori e gli obblighi di motivazione gravanti sul giudice che si discosti da interpretazioni consolidate.

quel fine. Anche la Convenzione, quindi, richiede un sindacato sulla ragionevolezza e non arbitrarietà della limitazione al diritto fondamentale.

In conclusione, le profonde differenze che senza dubbio intercorrono fra la riserva di legge ai sensi della Costituzione e la “base legale” ai sensi della Convenzione, e che pure evidenziano una peculiarità (la democraticità) che caratterizza in modo pregnante il nostro ordinamento costituzionale rispetto al sistema convenzionale, non pare possano essere semplicisticamente declinate nei termini di uno “scarto di tutela”. Tali differenze, piuttosto, andrebbero lette e comprese alla luce dell’esigenza fondamentale della Corte di Strasburgo di apprestare ai diritti convenzionali una tutela effettiva ed effettivamente applicabile in tutti i 47 Stati Parti della Convenzione, nonostante le profonde differenze che intercorrono nel sistema delle fonti, nell’assetto dei poteri e nella tradizione giuridica di quegli ordinamenti, traendone semmai conseguenze caso per caso.

Sostenere che la tutela costituzionale dei diritti sia a priori maggiore di quella convenzionale, perché proveniente da un legislatore democratico, vanificherebbe quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 317 del 2009 a proposito del metodo da seguire ai fini di un corretto «*confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali*», e cioè l’integrazione delle tutele mediante la ricerca o la costruzione della «*tutela complessivamente più elevata*» che miri alla «*massima espansione delle garanzie*», ad un «*plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali*». Che senso avrebbero il confronto e l’integrazione delle garanzie se tanto la tutela costituzionale è già di per sé maggiore di quella convenzionale?