

14 ottobre 2013

La riserva assoluta di legge come principio politico e la legge come principio gnoseologico[1]

di Marco Betzu

Ricercatore t.d. di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Cagliari

Abstract Il presente saggio mira ad analizzare la relazione tra il principio della riserva assoluta di legge, inteso come principio giuridico di origine politica, e le leggi giuridiche e scientifiche, considerate come il prodotto di un procedimento che segue il metodo scientifico. Entrambe condividono il medesimo fondamento gnoseologico e il principio della maggiore conoscenza. L'enunciata simmetria tra le leggi giuridiche e le leggi scientifiche può aiutare a stimolare una più stringente valutazione sull'uso degli atti con forza di legge nelle materie espressamente riservate alla legge. L'articolo dimostra come, nonostante la perdita di competitività del Parlamento, la limitazione dei poteri governativi attraverso il rigoroso utilizzo del loro parametro costituzionale di riferimento sia il presupposto per la salvaguardia dell'idea stessa di Costituzione. The essay aims to analyze the relationship between the principle of absolute reservative to the legislative, understood as a legal principle of political origin, and statutes and scientific rules, considered as the product of a process that follows the scientific method. Both of them share the epistemological foundation and the principle of greater knowledge. The enhanced symmetry between statutes and scientific rules may help to stimulate more stringent assessments on the use of acts with the "force of the law" in subject matters expressly reserved to the legislative power. The essay demonstrates that, despite the loss of competitiveness of the Parliament, the limitation of governmental powers through the rigorous use of their constitutional parameter is a prerequisite for the preservation of the very idea of Constitution.

Sommario: 1. *La legge come strumento di conoscenza.* – 2. *La riserva di legge come principio politico.* – 3. *La riserva assoluta nella Costituzione: interpretazioni politiche e interpretazioni svalutative.* 4. *La riserva di legge e la Cedu.* – 5. *La riserva assoluta di legge e la legge regionale.* – 6. *Il fondamento gnoseologico della riserva assoluta di legge e gli atti con forza di legge.* – 7. *La riserva assoluta di legge e la qualità costituzionale dell'ordinamento, oggi.*

1. *La legge come strumento di conoscenza*

«Ogni passo, ogni parte dell'insieme della natura è solo un'*approssimazione* dell'intera verità, ovvero di quella che per quanto ne sappiamo è l'intera verità. Ogni nostra conoscenza, in effetti, è un'*approssimazione* di un qualche tipo, perché sappiamo di non sapere ancora tutte le leggi. Perciò, tutto viene imparato solo per essere poi disimparato, o, più probabilmente, per venire corretto»^[2].

Con queste parole un genio del Novecento descriveva i tentativi con i quali i fisici cercano di capire la realtà, mettendo in guardia i lettori dalle anomalie che portano al superamento di leggi scientifiche apparentemente assolute. Se per gli studiosi delle scienze «dure» la precarietà delle relative acquisizioni concettuali è un elemento ineliminabile del processo di affermazione della verità, anche le regole convenzionali elaborate dalle scienze umane, giuridiche in particolare, non possono sottrarsi alle incertezze epistemologiche connaturate alla propria disciplina. Sia la legge scientifica che la legge giuridica sono uno strumento fondamentale di conoscenza della realtà. Eppure, mentre nel primo caso le leggi di funzionamento del mondo sono oggetto di scoperta, nel secondo caso sono il prodotto di una decisione, il cui grado di certezza non si scontra soltanto con l'effettività della sua applicazione, ma anche con la limitatezza delle conoscenze umane.

L'evoluzione del nostro sistema delle fonti ha portato, nel corso degli anni, ad un evidente allontanamento dalla sua stilizzazione costituzionale. Esso riguarda, in particolare, il decreto-legge e il decreto legislativo, per i quali l'esperienza ha progressivamente dimostrato come la tendenza del Governo a svolgere un ruolo propulsivo nella produzione normativa abbia determinato «veri e propri stravolgimenti del principio della competenza parlamentare all'esercizio della funzione normativa primaria, che il controllo di costituzionalità delle leggi non è stato in grado di contrastare efficacemente»^[3].

L'espansione dei poteri normativi del Governo non è, chiaramente, un fenomeno nuovo. Già nell'Ottocento la dottrina tedesca aveva operato, in chiave limitativa, una prima sistemazione^[4], cercando di imbrigliare tali poteri mediante procedure definite, rappresentate, rispettivamente, dalla conversione e dalla delegazione. Il recepimento nella Costituzione di quei contributi teorici solo apparentemente aveva posto fine a quella espansione che, anche a causa delle peculiarità del sistema italiano dei partiti, ha assunto dimensioni tali da far dubitare della sua stessa compatibilità con le strutture fondamentali della forma di governo parlamentare^[5]. La storica – seppur non pacifica – ammissione di tali fonti nelle materie coperte da riserva assoluta di legge, che in ragione dell'equilibrio «a direzione plurima associata»^[6] tra Parlamento e Governo poteva ritenersi accettabile, ha nel tempo agevolato l'istituzionalizzazione di un circuito decisionale parallelo rispetto a quello disegnato dai Costituenti.

Ciò vale soprattutto per il decreto legislativo. La notevole espansione della delega legislativa si è accompagnata negli anni non solo a deleghe vaste o ad oggetti plurimi, ma anche all'inserimento di clausole che consentono al Governo di approvare ulteriori decreti correttivi e integrativi, se non, addirittura, decreti legislativi correttivi di decreti già essi correttivi. Le garanzie di pubblicità proprie del procedimento parlamentare sono state in questo modo ampiamente sacrificate, con la duplice conseguenza che l'atto normativo, ad onta della sua formale pubblicazione nelle fonti di cognizione, è difficilmente conoscibile: in primo luogo è di fatto inconoscibile il lavoro preparatorio che ha condotto all'articolato, perché esso non si è tenuto attraverso la pubblica dialettica parlamentare, ma è stato svolto entro le impenetrabili stanze degli apparati legislativi dei ministeri; in secondo luogo diventa imperscrutabile il testo del provvedimento normativo vigente, in quanto oggetto di successive e spesso caotiche superfetazioni normative, succedutesi entro amplissimi termini temporali e in assenza di un chiaro coordinamento formale.

Analoghe considerazioni possono essere svolte rispetto al decreto-legge, quanto meno nei casi in cui il Governo riduca la legge di conversione ad un maxi-emendamento sul quale viene posta la questione di fiducia, così *de facto* limitando la dialettica parlamentare e impoverendo la qualità della produzione normativa, «perché finisce per accorpate in un unico articolo una miriade di commi disomogenei, disordinati, non riconducibili ad unitarietà di *ratio* ispiratrice»[7]. La stessa ammissibilità dei c.d. decreti milleproroghe, che con cadenza annuale vengono convertiti in legge dalle Camere, pur riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale sulla base della considerazione per la quale, sebbene essi attengano ad ambiti diversi ed eterogenei, «devono obbedire alla *ratio* unitaria di intervenire con urgenza sulla scadenza di termini il cui decorso sarebbe dannoso per interessi ritenuti rilevanti dal Governo e dal Parlamento»[8], suscita alcune perplessità[9].

Tutti questi fattori suggeriscono, oggi, di tornare a meditare sugli statuti concettuali della riserva assoluta e degli atti con forza di legge, cercando di apprezzarne le linee morfologiche secondo un approccio che consenta di cogliere inedite simmetrie e, con esse, la distanza che separa la legge dagli atti aventi la stessa forza. Non si tratta di ingaggiare un'impossibile battaglia contro la forza della tradizione, né di coltivare l'ingenua pretesa di incidere concretamente su assetti teorico-normativi ormai consolidati. Si tratta, semmai, di riscoprire quegli statuti concettuali, attraverso un primo contributo che, pur avendo ad oggetto istituti generali e ampiamente studiati negli anni, possa quanto meno servire a stimolare una nuova e proficua discussione: nel rapporto tra Parlamento, Governo e fonti normative «bisogna approfondire la diagnosi per tentare una terapia, anche se già in partenza dobbiamo scontare una prognosi riservata»[10].

2. *La riserva di legge come principio politico*

La tradizione individua la *ratio* della riserva di legge nella posizione del Parlamento nel sistema costituzionale. Posto che l'istituto mira a disciplinare, prima ancora che il rapporto tra atti normativi, il rapporto tra organi o complessi di organi rappresentativi di un potere[11] – esecutivo da una parte e legislativo dall'altro – esso assolverebbe essenzialmente a una funzione di garanzia, attribuendo al potere rappresentativo le scelte cardinali in ordine alla disciplina dei diritti fondamentali. L'esperienza storica mostra, infatti, come le materie tradizionalmente riservate alla legge siano quelle nelle quali si presume che l'Assemblea sia l'organo più idoneo ad esercitare poteri di normazione. L'argomento principale può essere così sintetizzato: se in una democrazia rappresentativa, in quanto democrazia «indiretta» o «mediata», la sovranità appartiene al popolo, le libertà dei cittadini possono essere limitate soltanto dai cittadini stessi, per mezzo dell'organo che li rappresenta.

Muovendo dall'ideologia liberal-democratica ottocentesca, che vedeva nella legge lo strumento di autogoverno della collettività, l'erosione del potere normativo del Sovrano a vantaggio di quello «popolare» e rappresentativo dell'Assemblea veniva inteso, essenzialmente, nell'ottica dello svolgimento di una funzione di garanzia in favore dei rappresentati, attribuita ai rappresentanti in contrapposizione all'unico potere non democratico, in quanto non fondato su una legittimazione popolare[12]. Questa concezione, propria delle monarchie costituzionali, si traduceva in un criterio di ripartizione della competenza tra i poteri dell'esecutivo monarchico e quelli dell'organo rappresentativo: un vero e proprio «equilibrio dualistico», seppur instabile e relativo, come è stato efficacemente descritto[13]. Dualistico, perché in quel tipo di organizzazione politica la sovranità non era concretamente attribuita né all'uno né all'altro potere: era una «sovranità indecidibile»[14].

Così individuata, la *ratio* della riserva di legge era essenzialmente politica. In essa trovavano eguale

soddisfazione sia le istanze democratiche fondate sul principio della sovranità popolare, sia quelle liberali di matrice garantista, dando luogo a una compenetrazione che, pur se teoricamente scindibile, si mostrava in concreto storicamente non risolubile[15]. Su un piano pratico, infatti, non appare particolarmente utile distinguere tra una funzione liberale (tutela dei diritti fondamentali dei cittadini contro il potere esecutivo) e una funzione democratica (riconduzione della disciplina di certi oggetti sotto il dominio degli organi rappresentativi, che sono espressione della sovranità popolare)[16]. Né si mostra soddisfacente uno sforzo teso a rintracciare un fondamento costante, sia esso individuato nella garanzia delle minoranze contro la maggioranza[17], nell'essere espressione del principio democratico[18], nel rappresentare uno strumento di tutela delle libertà civili[19].

Con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, alla riserva di legge viene tuttora riconosciuta questa funzione di garanzia. Al fondo, è l'idea in base alla quale la disciplina dei diritti di libertà non spetta a mere maggioranze politiche, poiché ciò comprometterebbe l'applicazione, nella disciplina di tali delicati oggetti, del principio di uguaglianza[20]. Un simile valore garantista troverebbe, poi, piena corrispondenza nel procedimento di formazione della legge, coinvolgente le forze politiche e sociali nel loro complesso, il cui prodotto sarebbe quindi un atto normativo – l'unico atto normativo – conclusivo di un processo politico ampio, segnato dal confronto dialettico tra la maggioranza e le minoranze[21].

La previsione della riserva di legge in una Costituzione rigida ne rafforza la funzione di garanzia. Le costituzioni flessibili ottocentesche, infatti, contenevano disposizioni in gran parte derogabili dal legislatore, non essendo assistite da un controllo di costituzionalità delle fonti sottordinate. Si trattava, nel rapporto con la legislazione successiva, di norme senza sanzione, la cui effettività era più che mai dubbia[22]. Il controllo di costituzionalità sulla violazione delle riserve nelle costituzioni rigide determina, al contrario, un duplice e invalicabile vincolo, negativo e positivo, a carico del legislatore, perché ad essere condizionata non è più soltanto la fonte secondaria, ma la legge stessa[23]: in primo luogo la riserva vieta che gli oggetti attribuiti alla disciplina legislativa siano regolati da altri poteri, escludendo l'intervento di atti normativi diversi dalla legge; in secondo luogo pone a carico del legislatore l'onere di disciplinarli in maniera compiuta ed esaustiva.

Ciò vale soprattutto per il diritto penale, ossia per lo strumento con il quale più significativamente l'ordinamento può limitare e condizionare la sfera di libertà degli individui.

L'origine e le finalità della riserva assoluta di legge sono state efficacemente rappresentate dalla Corte costituzionale, la quale, nel contesto di un *excursus* storico relativo alla concentrazione della potestà legislativa in materia penale negli organi dello Stato, osservò che tale riserva fu il portato di una concezione che, partendo dall'illuminismo, tese a ribaltare il precedente sistema: «quest'ultimo trovava il fondamento dell'intervento penale, a tutela dei beni più importanti per l'ordinato svolgimento della vita sociale, nei contenuti religiosi, metafisici, “naturali”, idonei ad offrire la “verità” del principio costitutivo dell'esperienza giuridica in genere e penale in particolare. La riconduzione ad unità delle sparse, frammentarie disposizioni giuridiche, la certezza che soltanto attraverso il superamento delle varie, numerose fonti, sostanziali e formali, dell'Antico Regime, si potesse raggiungere, insieme, la massima garanzia della riacquistata libertà individuale ed il massimo ordinato vivere sociale condussero a ravvisare nella legge, nella legge dello Stato, quale unità organica dell'intero popolo sovrano, il nuovo principio costitutivo, il nuovo fondamento 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, anche se il medesimo venne considerato quale produttore, attraverso determinate forme, dell'atto stesso. Se è vero che è da quest'ultimo che derivano, attraverso la norma penale, le vicende costitutive della punibilità, è anche vero che la legge è il risultato d'un processo posto in essere dal soggetto-Parlamento; ed è soprattutto a quest'ultimo che fu rivolta l'attenzione delle teorie penal-illuministiche». Al fondo l'idea, pur retoricamente espressa dalla dottrina penalistica classica, secondo cui «il soggetto-Parlamento, l'organo produttore della legge, vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano: e questo non può legiferare “contro se stesso”»[24].

3. *La riserva assoluta nella Costituzione: interpretazioni politiche e interpretazioni svalutative*

La riserva di legge è diversamente declinata nella Costituzione repubblicana. A seconda dell'intensità del vincolo la dottrina distingue tra riserva relativa e assoluta. Si tratta di una distinzione che, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale[25], è fondata essenzialmente sul tenore letterale delle disposizioni, che pur non esplicitamente, quanto meno in via implicita tendono a differenziare le ipotesi in cui solo la legge può disciplinare la materia, introdotte con le formule “*per legge*” e “*nei casi e nei modi previsti dalla legge*”, da quelle in cui il legislatore è tenuto a fissare le linee fondamentali della regolazione della materia, potendo rinviare per il resto alle fonti subordinate, perché la disciplina di essa deve svolgersi “*secondo legge*” o “*in base alla legge*”.

La fragilità del criterio letterale, sottovalutata dalla manualistica anche recente, è stata denunciata dalla dottrina più attenta, la quale ha messo in luce come esso debba essere integrato dal ricorso a ragioni storiche e sistematiche sostanziali, idonee a illuminarne di volta in volta la *ratio*[26].

A prescindere dall'analisi delle singole disposizioni, quasi del tutto incontrovertibile è l'idea in base alla quale quelle che vengono ascritte al *genus* delle riserve assolute siano tutte espressione di un'esigenza di garanzia delle libertà civili nei confronti delle limitazioni che potrebbero derivare dall'intervento di soggetti diversi dal Parlamento.

Ciò, come anticipato, vale in particolar modo per il sistema penale, che è il sistema più potente sul piano gnoseologico ed è quello maggiormente in grado di impattare sulla realtà, comprimendo al massimo grado la sfera di libertà dei singoli. Non a caso la quasi totalità delle riserve di legge assolute previste in Costituzione riguardano la materia penale, essendo volte a vietare scelte discrezionali dell'esecutivo nell'*an*, nel *quid* e nel *quomodo* dell'intervento repressivo. Può aggiungersi, anzi, che la funzione della riserva assoluta di legge in materia penale, a differenza che in altri ambiti, è esclusivamente di garanzia, ed è compendiabile in tre aspetti[27]: *a)* quale rapporto tra le fonti e assoluto divieto di quelle non scritte, a garanzia della certezza e della conoscibilità dei precetti; *b)* quale limite al potere esecutivo e agli atti amministrativi che ne costituiscono il prodotto; *c)* quale vincolo per il giudice, che alla legge è soggetto (art. 101, comma 2, Cost.).

Le disposizioni costituzionali che prevedono una riserva di legge in materia penale sono l'art. 25, comma 2 (“*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”) e comma 3 (“*Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge*”). Due importanti riserve assolute di legge sono contenute anche nell'art. 13, comma 2, secondo cui “*Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge*”, laddove i “*casi*” indicano i fatti cui la legge ricollega la restrizione della libertà personale, e nell'art. 14, comma 2, ove è disposto che le limitazioni alla libertà di domicilio sono ammissibili “*nei soli casi e modi stabiliti dalla legge*”.

Secondo la dottrina, la *ratio* di tali disposizioni è quella di assicurare che la disciplina delle situazioni in cui è possibile limitare la libertà personale venga decisa con le garanzie proprie del procedimento parlamentare, caratterizzato dalla pubblicità dei lavori, dalla dialettica tra istanze politiche contrapposte, dalla sottoponibilità dell'atto che ne costituisce l'esito al controllo della Corte costituzionale[28]. Così prospettata, si tratta, a ben vedere, di una garanzia esclusivamente procedurale, ove il profilo contenutistico risulta sostanzialmente pretermesso e rimesso alla disciplina di altri e ben diversi principi.

Utile banco di prova per apprezzare la portata della riserva assoluta è l'art. 25, comma 2, Cost., in cui la formula utilizzata – “*in forza di legge*” – è stata oggetto, soprattutto in passato, di notevoli contrasti interpretativi.

Un primo orientamento, risalente, ha propugnato la tesi per la quale quella prevista dall'art. 25, comma 2, Cost. non sarebbe una riserva assoluta, ma relativa, perché non escluderebbe la possibilità di affidare ad altre fonti il potere di determinare ulteriormente la fattispecie astratta e la misura delle pene, sulla base dei criteri fissati dalla legge[29]. Ad analogo risultato pervengono anche gli autori che, pur muovendo dalla diversa premessa secondo cui «la riserva di legge non può dirsi veramente osservata se non quando la norma giuridica coperta dalla riserva sia, nei suoi elementi costitutivi, tutta nella legge», precisano che «a costituire il precetto penale non occorre una regola di condotta particolareggiata e concreta», in quanto la legge potrebbe limitarsi a fissare un dovere di obbedienza rispetto a quanto prescritto dalle fonti sottordinate[30]. Altrettanto è a dirsi per chi, pur formalmente riconoscendo che la riserva di legge penale ha natura assoluta, di fatto la svuota di contenuto, affermando che quando un elemento della fattispecie normativa viene determinato tramite il rinvio ad un regolamento, la fonte sottordinata degraderebbe a mero presupposto di fatto: detta tesi, oltre che in contrasto con le premesse politico-ideologiche da cui dichiaratamente prendeva le mosse, contrasta con il primo principio della logica formale[31], in quanto un atto normativo non può essere assimilato a un dato meramente fattuale.

Questa impostazione, seguita inizialmente persino dalla Corte costituzionale[32], è stata confutata dalla dottrina successiva attraverso la valorizzazione del fondamento politico della riserva di legge in materia penale.

La tesi secondo cui la riserva di legge in materia penale debba essere intesa come assoluta è ormai prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, ma, in quanto essenzialmente fondata su spiegazioni di stampo politico, sconta alcune incertezze dogmatiche.

Secondo una prima variante, la riserva assoluta esclude totalmente l'intervento di fonti sub-legislative anche in ordine ad aspetti marginali della disciplina[33], perché «le libertà fondamentali sono rivendicate contro il “potere”, contro lo Stato e il suo potere coercitivo, che è detenuto dal Governo e dalle strutture dei pubblici poteri che dipendono da esso»[34]. Si tratta dell'interpretazione più rigida del principio *nullum crimen sine lege*, ma anche la più coerente con la sua *ratio* di garanzia. Essa, tuttavia, sembra pagare un tributo troppo alto ai «miti del democraticismo liberale»[35], perché si pone in contrasto con la complessità della società contemporanea, in cui l'incessante evoluzione delle conoscenze tecnico-scientifiche impone di riconoscere al potere regolamentare uno spazio di intervento normativo sufficientemente elastico, sebbene avulso da apprezzamenti e valutazioni di tipo politico.

La tesi più recente, invece, sostiene che la riserva assoluta di legge sarebbe rispettata solo allorché la fonte parlamentare individui tutti gli elementi costitutivi del reato, fissando i parametri all'interno dei quali la fonte subordinata possa porre in essere esclusivamente una specificazione di tipo tecnico degli elementi predeterminati in via legislativa. Questo orientamento, propugnando una riserva di legge «tendenzialmente assoluta»[36], è quello che merita accoglimento, in quanto è l'unico in grado di conciliare le istanze di garanzia poste a fondamento del precetto costituzionale con le esigenze pratiche di settori caratterizzati da un'alta complessità tecnica e, quindi, bisognosi di un aggiornamento continuo[37].

Esso è stato seguito, seppur attraverso motivazioni non del tutto perspicue, anche dalla giurisprudenza costituzionale, all'interno della quale le decisioni più significative hanno avuto ad oggetto l'art. 78 del D.P.R. n. 309 del 1990 – *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza* – il cui testo originario stabiliva che “*Con decreto del Ministero della sanità previo parere dell'Istituto superiore di*

sanità, sono determinati: a) le procedure diagnostiche e medico-legali per accertare l'uso abituale di sostanze stupefacenti e psicotrope; b) le metodiche per quantificare l'assunzione abituale nelle ventiquattro ore; c) i limiti quantitativi massimi di principio attivo per le dosi medie giornaliere”, e il cui testo vigente, sostituito dall’art. 4-quinquies, comma 1, lett. a), del D.L. n. 272 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 49 del 2006, in maniera non troppo dissimile dispone che “Con decreto del Ministero della salute, emanato previo parere dell'Istituto superiore di sanità e del Comitato scientifico di cui all'articolo 1-ter, e periodicamente aggiornato in relazione all'evoluzione delle conoscenze nel settore, sono determinate le procedure diagnostiche, medico-legali e tossicologico-forensi per accertare il tipo, il grado e l'intensità dell'abuso di sostanze stupefacenti o psicotrope ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui agli articoli 75 e 75-bis”.

La Corte costituzionale ha ritenuto non costituzionalmente illegittimo il rinvio alla fonte ministeriale, posto che i parametri indicati rappresentano «vincoli sufficienti a restringere la discrezionalità della p.a. nell’ambito di una valutazione strettamente tecnica, e come tale giudicata ripetutamente idonea a concorrere, nel pieno rispetto dell’art. 25, secondo comma, Cost. a precisare il contenuto della norma incriminatrice con l’ausilio dei suggerimenti che la scienza specialistica può dare in un determinato momento storico», precisando che «è demandato al Ministro della sanità l’esercizio di una discrezionalità meramente tecnica, tenendo conto dello stato attuale delle conoscenze scientifiche, senza che sia consentita alcuna valutazione in chiave di prevenzione o repressione» e che «l’eventuale illegittimità in concreto dell’integrazione amministrativa della norma incriminatrice non pone un problema di compatibilità con il precetto costituzionale della riserva di legge, ma radicherebbe il potere-dovere del giudice ordinario di disapplicare caso per caso il decreto ministeriale suddetto»[\[38\]](#).

In materia di pene la riserva di legge non è solo tendenzialmente, ma rigidamente assoluta. Sul punto la posizione della Corte costituzionale è, infatti, ancor più netta: «In ordine all’aspetto della determinazione della sanzione penale, ritiene però la Corte che il principio costituzionale della legalità della pena sia da interpretare più rigorosamente, nel senso che esso esige che sia soltanto la legge (o un atto equiparato) dello Stato a stabilire con quale misura debba esser repressa la trasgressione dei precetti che vuole sanzionati penalmente. [...] Le leggi dello Stato, se possono, anche con una certa ampiezza, rimettere al giudice la valutazione di situazioni e circostanze, lasciando a lui un adeguato campo di discrezionalità per l’applicazione delle pene nei singoli casi concreti, non possono dunque rimettere ad altre autorità di determinare in via normativa, a propria scelta, se sanzionare o no penalmente certe infrazioni e se sanzionarle in una misura e con certe modalità piuttosto che diversamente. La normazione sulle pene deve essere perciò considerata propria ed esclusiva della legislazione statale, la quale non può mai abdicarvi, neppure per aspetti marginali»[\[39\]](#).

La natura pienamente assoluta della riserva di legge in materia di determinazione delle pene non implica, tuttavia, l’ammissibilità delle sole sanzioni fisse, perché l’individualizzazione della pena, rapportata alle concrete esigenze dei singoli casi, si pone «come naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio di uguaglianza), quanto attinenti direttamente alla materia penale»[\[40\]](#).

A fondamento del suo ragionamento la Corte costituzionale pone motivazioni analoghe a quelle richiamate in generale in ordine alla funzione garantista della riserva di legge, ma l’argomentazione, per quanto corretta, appare debole e, dunque, presta il fianco all’obiezione – invero ipostatizzante – per la quale l’assolutezza della riserva non dovrebbe consentire interventi discrezionali da parte del giudice[\[41\]](#). L’infondatezza della critica è, invece, evidenziabile sia considerando che quella del giudice non è (*rectius*, non deve essere) attività discrezionale in senso proprio, ma, semmai, espressione di discrezionalità tecnica[\[42\]](#), sia apprezzando l’ineliminabile alterità concettuale tra il fatto e la norma, ossia tra la premessa minore e la premessa maggiore del sillogismo normativo (fatto – norma – effetto). La spiegazione più razionale, infatti, è quella in base alla quale l’elasticità della sanzione è immanente al principio di legalità che, se da un lato impone la precisione nella costruzione del modello di fattispecie

astratta, dall'altro non può non tenere conto che tra l'astratto e il concreto sussiste sempre uno scarto fisiologico che può essere colmato soltanto dal giudice in occasione dell'assunzione del fatto storico entro la descrizione legale compiuta dal legislatore.

A dispetto dell'apparente coerenza del modello teorico ormai affermatosi e che si è per brevi linee descritto, sussistono ancora oggi evidenti aporie, che permettono di parlare di una vera e propria crisi dell'istituto, conseguente da un lato alla sua elaborazione teorica ad opera delle dottrine costituzionalistiche e penalistiche, dall'altro all'applicazione che di essa si fa nella prassi giudiziaria.

Quanto al primo aspetto, appare assolutamente contraddittorio individuare la *ratio* della riserva assoluta di legge in un fondamento politico-garantista, incentrato sull'esaurimento del processo politico-decisionale entro il circuito dialettico maggioranza-minoranze e poi, invece, concludere per l'ammissibilità non solo della legge formale, atto legislativo del Parlamento, ma anche di quegli atti del Governo cui la Costituzione conferisce la medesima forza della legge, ovvero i decreti legislativi e i decreti-legge. Anche nell'attuale quadro istituzionale, infatti, sussiste una netta differenziazione tra «l'attività legislativa del Parlamento, espressione di un dibattito aperto a tutte le forze politiche anche di opposizione, e quella del governo, controllata soltanto dai partiti appartenenti alla maggioranza, sottratta al controllo dell'opinione pubblica, e più pesantemente influenzata dalla burocrazia e da altri gruppi di pressione»[43].

In altre parole, enunciata la premessa per la quale la riserva di legge attiene essenzialmente al rapporto tra gli organi, si conclude il discorso valorizzando il carattere formale degli atti. L'intrinseca debolezza di un siffatto modo di argomentare non ha impedito che esso divenisse, nel tempo, l'orientamento dominante, avallato dalla stessa Corte costituzionale[44]: «Le ragioni della pratica hanno prevalso sulle ragioni del diritto», come è stato incisivamente scritto[45].

Quanto al secondo aspetto, la crisi della riserva assoluta di legge è oggi aggravata dall'atteggiamento «creativo» della giurisprudenza, che si è attribuita – persino esplicitamente – un ruolo para-normativo, teso a fornire un'interpretazione consolidata in forza del diritto vivente, che integrerebbe il precetto ai fini del soddisfacimento del principio di legalità sostanziale. Tale concezione sostanziale della legalità troverebbe fondamento nel frequente riferimento al diritto vivente contenuto nella giurisprudenza costituzionale e tra i criteri direttivi delle recenti leggi di delega.

Le premesse teoriche sono state poste dalla Cassazione civile, la quale, partendo dall'apodittica considerazione – che è ricorrente tra gli autori che si sono occupati della c.d. interpretazione evolutiva, ma non per questo è meno fallace[46] – in base alla quale l'interesse «protetto dalla norma» non potrebbe «restare imprigionato nella gabbia del testo della regola iuris, ma di questa invece costituisce l'elemento mobile, quasi linfa vitale, che ne orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi», ha sostenuto che «quello (sotteso alla formula plasticamente descrittiva) del diritto vivente è fenomeno oggettivo: per un verso legato alla natura assiologica della norma e, per altro verso, determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale. Fenomeno che, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il “diritto vivente” esiste al momento – ma non (solo) per effetto – della interpretazione dei giudici. Nella sequenza dei cui arresti viene, per continenza, così individuato, sul piano storico, il diritto vivente, in senso formale»[47].

Successivamente sono intervenute le Sezioni Unite in sede penale[48], al fine di risolvere un contrasto circa l'esatta individuazione della ricorrenza nei casi concreti della circostanza aggravante dell'ingente quantità prevista dall'art. 80, comma 2, del Testo unico in materia di sostanze stupefacenti, secondo cui *“Se il fatto riguarda quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope, le pene sono aumentate dalla metà a due terzi; la pena è di trenta anni di reclusione quando i fatti previsti dai commi 1, 2 e 3 dell'art. 73 riguardano quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope e ricorre l'aggravante di cui alla*

lettera e) del comma 1”.

La dottrina aveva dubitato della compatibilità della disposizione con il principio di legalità, lamentando la tautologia interpretativa in cui sarebbe incorsa la giurisprudenza, la quale risolveva il problema accertativo riproducendo, con parole diverse, il testo della disposizione, senza tuttavia mostrarsi in grado di fornire alcun contributo chiarificatore^[49]. In definitiva, ciò che veniva criticato era il ruolo essenzialmente creativo, in quanto soggettivistico, esercitato dall'interprete nell'individuare il confine tra ciò che integra l'aggravante e ciò che non la integra, in spregio alle esigenze garantiste sottese alla riserva assoluta di legge.

La Corte sfodera una decisione per certi versi sorprendente. Premesso che «compito della giurisprudenza è (anche) quello di rendere concrete, calandole nella realtà fenomenica, previsioni legislative, non solo astratte, ma apparentemente indeterminate e ciò va fatto attraverso il richiamo al diritto vivente, che si manifesta nella interpretazione giurisprudenziale», conclude che avendo come riferimento il valore-soglia previsto dalle tabelle ministeriali, frutto di nozioni tossicologiche ed empiriche, rapportabile al singolo cliente-consumatore, «è conseguente stabilire, sulla base della fenomenologia relativa al traffico di sostanze stupefacenti, come risultante a questa Corte di legittimità in relazione ai casi sottoposti al suo esame (“casi” riferibili all'intero territorio nazionale), una soglia, ponderalmente determinata, al di sotto della quale non possa di regola parlarsi di quantità “ingente”». Ne conseguirebbe che, «sulla base dei dati affluiti a questa Corte, si può affermare che, avendo riferimento alle singole sostanze indicate nella tabella allegata al D.M. 11 aprile 2006, non può certo ritenersi “ingente”, un quantitativo di sostanza stupefacente che non superi di 2000 volte il predetto valore-soglia (espresso in mg nella tabella)».

La sostituzione del giudice al legislatore è lampante. Né, ad onta delle ragioni pratiche richiamate, può essere messa in discussione, perché se è vero che la «razionalità delle argomentazioni e delle decisioni dipende dalla loro giustificazione», è parimenti certo che «quest'ultima si dimostra realmente consistente ed effettivamente garantistica solo quando venga ancorata ad un sistema di regole vigenti»^[50]. Così, l'avvertimento delle Sezioni Unite, le quali negano «di usurpare una funzione normativa, che ovviamente compete al solo legislatore», ma affermano «di compiere una operazione puramente ricognitiva (...) sulla base dei dati concretamente disponibili e avendo, appunto, quale metro e riferimento i dati tabellari», piuttosto che essere convincente, appare come un omaggio puramente formale al vincolo costituzionale^[51]. Del resto, l'idea che il diritto vivente possa contribuire a soddisfare il dovere del legislatore di introdurre una norma concreta e determinata è di per sé fallace, perché, al precetto di cui all'art. 101, comma 2, Cost. per il quale “*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*” – *id est*, i giudici sono soggetti alla legge –, l'art. 25, comma 2, Cost. aggiunge un principio specifico (il c.d. principio di precisione) in virtù del quale quando il giudice applica la legge penale non può, in assenza di esigenze di congruenza ai valori costituzionali o di indicazioni formidabili sul piano logico-sistematico, tali da imporre un'interpretazione adeguatrice del testo normativo^[52], adottare un'interpretazione di tipo estensivo, se non in *bonam partem*, dovendo al contrario privilegiare un'interpretazione dichiarativa. Ne consegue che, se esiste un limite all'interpretazione estensiva in materia penale, sicuramente inammissibile è un'interpretazione volta a integrare il precetto formale contenuto nella legge, al quale il giudice è costituzionalmente vincolato. Che la stessa, poi, possa di per sé valere a colmare l'eventuale carenza di precisione del precetto penale è un'idea che è già stata respinta dalla Corte costituzionale, la quale ha sottolineato come così opinando si finirebbe per tradire la duplice funzione del principio costituzionale, che da un lato è volto a garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della regola penale, dall'altro è preordinato ad assicurare al destinatario del precetto la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è illecito. La prima funzione verrebbe aggirata perché la *regula iuris* «verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici»; la seconda non sarebbe rispettata perché la connessa garanzia di distinguibilità del lecito dall'illecito «deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere

anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti»[53].

4. La riserva di legge e la Cedu

La legittimazione dell'idea in base alla quale la riserva di legge in materia penale sarebbe soddisfatta anche dal diritto di formazione giurisprudenziale ha trovato un referente normativo nell'art. 7, comma 1, della Cedu, come interpretato dalla Corte Edu.

La riserva di legge non è prevista dalla Cedu che, al contrario, si limita a proclamare il più generale principio di legalità: *“Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”*.

La genericità dell'espressione – che è stata sostanzialmente ripresa nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea[54] – trova una giustificazione di tipo teleologico nel perimetro applicativo della Cedu, sottoscritta sia da Stati di tradizione giuridica continentale di *civil law*, sia da Stati di tradizione giuridica anglosassone di *common law*, nei quali ultimi l'individuazione e la descrizione delle fattispecie penali non è istituzionalmente rimessa al solo potere legislativo, concorrendovi il formante giurisprudenziale attraverso il sistema dei *cases*[55]. Nei sistemi di *common law*, infatti, il termine *law*, utilizzato nel testo inglese della Convenzione, non è traducibile nel senso continentale di legge, ma in quello più generico di diritto (oggettivo), comprensivo delle fonti scritte diverse dalla legge[56], delle fonti non scritte, nonché del *judge-made law*. Coerentemente, la Corte Edu ha sempre riconosciuto che «la nozione di “diritto” (*droit, law*) utilizzata dall'art. 7 C.E.D.U. [...] ricomprende(re) tanto il diritto scritto quanto quello non scritto»[57] e che la medesima «comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità»[58].

Ne consegue che il principio di legalità espresso dalla Cedu è privo della dimensione storica propria dei sistemi di *civil law*, nei quali è immancabilmente collegato al corollario della riserva di legge, mentre è concepito secondo una prospettiva storica, ossia quella incarnata dai principi dell'irretroattività della fonte e della sua accessibilità e determinatezza, «corollari speculari al diritto fondamentale dell'individuo alla previa conoscibilità dei comportamenti assoggettati a pena»[59].

Le esigenze garantiste espresse dal principio della riserva di legge non sono state tuttavia totalmente pretermesse nella fonte convenzionale, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte Europea, che ha via via enucleato un concetto «materiale» di legalità, attento ai profili sostanziali piuttosto che a quelli formali, idoneo a soddisfare *standard* di garanzia che, secondo alcuni, sarebbero più elevati rispetto a quelli previsti dall'art. 25, comma 2, Cost. e che, in ogni caso, ad essi si aggiungono, ma non li sostituiscono[60]. Al fondo, la valorizzazione del circolo ermeneutico tra la regola e i casi, teorizzato dalla filosofia ermeneutica, in forza del quale i contenuti delle regole prodotte dalle fonti scritte sono determinati in gran parte dalle loro applicazioni giudiziali[61].

Il concetto è stato espresso con particolare chiarezza proprio dalla Corte Edu, secondo cui, anche a causa del carattere generale delle leggi, «per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge,

ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione»[62]. La riserva di legge, in questo senso, è soltanto uno dei possibili corollari del principio di legalità, ma la sua funzione pratica può essere adeguatamente sostituita da una versione – come detto – «materiale» della legalità. Essa, non solo si mostrerebbe maggiormente funzionale ai valori della certezza e della prevedibilità della regola, ma sarebbe altresì ontologicamente ineliminabile, essendo del resto già «solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale»[63].

Se la cornice pratica di tale modo di intendere la legalità si rinviene nella struttura del giudizio dinnanzi alla Corte europea, «che considera situazioni e diritti concreti e effettivi, rispetto ai quali un testo normativo astratto poco dice se si prescinde dalla applicazione che i giudici ne hanno fatto al caso del ricorrente»[64], le connesse suggestioni teoriche, inizialmente legate alla peculiarità della *doctrine* elaborata dalla Corte Edu nell'interpretazione «di un *unico* documento giuridico, la Cedu»[65], si sono via via fatte strada tra i giudici comuni ed hanno trovato fertile terreno in dottrina.

In particolare, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, preoccupate dell'esigenza di soddisfare una interazione dialogica tra l'attività ermeneutica del giudice nazionale e di quello europeo, nella prospettiva della più completa tutela dei diritti fondamentali della persona, hanno relativizzato la portata nell'ordinamento interno del principio della riserva di legge, prospettandone una visione allargata, nella quale il dato positivo e quello giurisprudenziale si presentano intimamente connessi, per cui la norma è data dal connubio tra il prodotto dell'attività formale del legislatore (la disposizione) e l'attività concretizzatrice della giurisprudenza[66]. Con la conseguenza che rientrerebbe nella regola della retroattività della *lex mitior* anche l'ipotesi del mutamento giurisprudenziale più favorevole per l'individuo: «il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata».

La tendenza verso la relativizzazione della riserva di legge, in quella sede invocata nella prospettiva dell'interpretazione della disposizione interna in senso conforme alle pronunce della Corte Edu, è stata recentemente respinta dalla Corte costituzionale[67].

Investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale – intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato, per violazione, tra gli altri, del combinato disposto degli artt. 117, comma 1, Cost., e 7, comma 1, Cedu, la Corte ha riconosciuto che il principio convenzionale di legalità penale non è idoneo a soddisfare le *rationes* espresse dalla riserva di legge. Il principio della riserva di legge, infatti, non solo «demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale», ma è implicita a detta attribuzione il dato procedurale-epistemologico connaturato al fatto che lo stesso Parlamento «esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione». Il che, di per sé, «preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale».

L'enunciato, pur non centrale nella motivazione, è sufficientemente chiaro nell'imporre un argine alle tendenze giurisprudenziali sopra richiamate. Esso appare coerente, inoltre, con il già più volte

richiamato disposto costituzionale, che assoggetta il giudice alla legge, con ciò evidentemente impedendo un'assimilazione tra diritto legale e giurisprudenziale, in forza del principio logico di identità che impone di distinguere la legge dalla decisione del giudice che la applica, mentre la tesi giurisprudenziale, pur ipotizzabile in ordinamenti diverso dal nostro, si traduce in un'interpretazione svalutativa della regola costituzionale. Detto in altre parole, se, da un lato, nessuno può essere punito se non in forza di una legge, e se, dall'altro, il giudice è soggetto alla legge, la conclusione è che il giudice può punire solo se la legge glielo consente e impone; viceversa, assimilare il diritto giurisprudenziale alla legge equivale a dire che il giudice è soggetto a se stesso, o addirittura ad altri giudici, come lasciano intendere le S.U. allorquando sostengono che il diritto giurisprudenziale prodotto da un mutamento di giurisprudenza delle stesse S.U. costituirebbe diritto vivente vincolante per le giurisdizioni inferiori[68].

5. *La riserva assoluta di legge e la legge regionale*

Come osservato in precedenza, il fondamento politico della riserva assoluta di legge venne impiegato dalla Corte costituzionale come argomento utile a escludere qualsiasi intervento dei legislatori regionali nella materia penale, ben prima che la novella costituzionale del 2001 attribuisse l'ordinamento penale alla potestà legislativa esclusiva statale (art. 117, comma 2, lett. 1, Cost.).

Se, in quella decisione, la soluzione negativa era sufficientemente chiara, tuttavia l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale ha mostrato come «non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come “materie” in senso stretto»[69]. Si pensi, ad esempio, al settore della tutela dell'ambiente, che non delinea una materia, ma un compito preordinato alla cura di un interesse che non può essere disgiunto dal profilo della sua valorizzazione, rimessa alla potestà concorrente, e che, dunque, produce interferenze normative non del tutto dominabili se si resta su un piano esclusivamente formale[70].

La Corte costituzionale, sulla base di un'interpretazione attenta, più che alla forma, alla *ratio* del riparto delle materie, non ha esitato a confermare il suo precedente orientamento, negando che la trasversalità delle materie rimesse alla potestà legislativa delle Regioni possa giustificare un intervento repressivo di derivazione regionale: «A seguito della riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione tali conclusioni non possono che essere confermate. Se, infatti, è oggi espressamente previsto dall'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost., che la materia dell'ordinamento penale è di esclusiva competenza dello Stato, con la conseguenza che “le Regioni non dispongono di alcuna competenza che le abiliti a introdurre, rimuovere o variare con proprie leggi le pene previste dalle leggi dello Stato in tale materia”, è anche necessario tener conto che “la “materia penale”, intesa come l'insieme dei beni e valori ai quali viene accordata la tutela più intensa, non è di regola determinabile a priori”: essa “nasce nel momento in cui il legislatore nazionale pone norme incriminatrici e ciò può avvenire in qualsiasi settore, a prescindere dal riparto di attribuzioni legislative tra lo Stato e le Regioni” (sentenza n. 185 del 2004). Pertanto, la relativa competenza legislativa statale esclusiva si rivela “potenzialmente incidente nei più diversi ambiti materiali ed anche in quelli compresi nelle potestà legislative esclusive, concorrenti o residuali delle Regioni, le cui scelte potranno risultrne talvolta rafforzate e munite di una garanzia ulteriore, talaltra semplicemente inibite”»[71].

Ne consegue che, se in forza della lettera dell'art. 25, comma 2, Cost., il concetto di legge è privo di alcuna imputazione soggettiva, è il fondamento politico della riserva a impedire alle Regioni di utilizzare la sanzione penale per tutelare i propri interessi. Ciò che, invece, esse possono fare è – come ammesso dalla stessa giurisprudenza costituzionale richiamata – adattare alle peculiarità

dell'ordinamento regionale i presupposti d'applicazione di norme penali statali, nonché a concorrere a definirne gli elementi costitutivi, nell'esercizio delle proprie competenze.

Residua, sul piano teorico, la possibilità che, attraverso mirate novelle dei rispettivi Statuti speciali, che hanno rango costituzionale, una simile possibilità sia ampliata per le Regioni di cui all'art. 116, comma 1, Cost. All'indomani dell'entrata in vigore dei primi Statuti speciali, il dibattito dottrinale aveva portato ad attribuire loro natura derogatoria alla Costituzione, sicché ci si era interrogati sull'ammissibilità del riconoscimento – per tale via – di una potestà penale regionale. La soluzione positiva, pur se distonica con il fondamento politico della riserva di legge, rinviene un appiglio normativo nell'art. 23 dello Statuto speciale della Regione Trentino – Alto Adige, come modificato dalla l. cost. n. 1 del 1971, il quale così dispone: *“La Regione e le Province utilizzano – a presidio delle norme contenute nelle rispettive leggi – le sanzioni penali che le leggi dello Stato stabiliscono per le stesse fattispecie”*. Un'attribuzione, dunque, non piena, ma del tutto eccezionale, soggetta a limiti stringenti per mezzo dei quali risulterebbe comunque garantita la riconduzione della pretesa punitiva alle istanze unitarie che solo lo Stato può prevedere e soddisfare.

6. Il fondamento gnoseologico della riserva assoluta di legge e gli atti con forza di legge

Le spiegazioni classiche sul fondamento della riserva assoluta di legge non bastano ad illustrarne il fondamento gnoseologico, che appare in una certa misura assonante a quello che caratterizza le leggi scientifiche[72]. Nonostante il modello procedimentale complessivo sia distante, perché le leggi scientifiche si fondano su valutazioni poste in essere in ambiente asettico da scienziati, mentre le leggi giuridiche si costruiscono secondo le prospettive valutative della politica, entrambe, in ultima analisi, condividono un metodo conoscitivo finalizzato a garantire, sul piano gnoseologico, irrinunciabili esigenze di certezza.

Il procedimento di formazione delle leggi scientifiche è caratterizzato dalla ricorrenza di diverse fasi, alcune delle quali presentano punti di contatto con il procedimento di formazione della legge parlamentare.

Sicuramente estranea al procedimento parlamentare è la sperimentazione. La sperimentazione è una costante del metodo scientifico ed è comune sia ai teorici del metodo neopositivista di tipo induttivo, sia ai teorici del falsificazionismo[73]. Attraverso questa fase l'ipotesi scientifica viene sottoposta a verifica sperimentale, ricostruendo la situazione che la legge scientifica deve regolare. Analoga fase non ricorre nel procedimento di formazione della legge giuridica, che – a differenza della sperimentazione scientifica – si connota principalmente per un approccio di tipo valutativo che, pur quando è finalizzato all'acquisizione degli elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità e l'efficacia dell'ipotesi normativa[74], filtra gli aspetti tecnici dell'istruttoria attraverso le lenti della politica[75].

La più evidente comunanza riguarda, invece, la formalizzazione della legge, che segue alla validazione dell'ipotesi all'esito del procedimento seguito: l'entrata in vigore è il punto di contatto più forte, in quanto rappresenta il momento nel quale la realtà assume una forza particolare essendo formalizzata in precetti di carattere normativo.

Anche la fase di osservazione della realtà, pur con le dovute differenze, è analoga. In ambito scientifico essa è preordinata a studiare la realtà al fine di coglierne i meccanismi di funzionamento, le regolarità.

L'esigenza sottesa è quella di regolare il mondo reale, orientandolo: si indagano i meccanismi di funzionamento per poter orientare la realtà. Anche il legislatore parte dallo studio della realtà, in questo caso sociale, al fine di orientarla: «che una legge debba essere approvata dopo un'accurata istruttoria sulla situazione di fatto che essa intende disciplinare e sugli effetti che è realmente in grado di determinare» è un postulato del diritto, «laddove ha tentato di fare dei processi decisionali delle Assemblee il frutto e il simbolo della razionalità umana, dispiegata pubblicamente»[76].

Un terzo punto di contatto è dato dall'utilizzo del metodo del contraddittorio, che è proprio non solo della comunità scientifica, ma anche delle assemblee politiche. Scriveva Popper che attraverso il confronto «i partecipanti possono avvicinarsi di più alla verità, anche se non raggiungono un accordo»[77]: l'esercizio del contraddittorio è l'aspetto che caratterizza in misura più forte la dialettica parlamentare e non a caso gli studi classici sulla riserva di legge collegano la forza garantista dell'istituto alla sua dimensione parlamentare, al confronto pubblico tra maggioranze e minoranze. Il contraddittorio, quale strumento proprio del metodo scientifico applicato in ambiente giuridico, garantisce altresì che la formulazione del precetto avvenga nel modo più conoscibile e ponderato possibile. Allorquando la Costituzione pone una riserva assoluta di legge, ciò che vuole essere affermato non è solo un principio di ordine politico, ma anche lo statuto gnoseologico della regola giuridica, garantito dalla legge formale ordinaria in forza del metodo seguito per la sua approvazione che, seguendo lo schema «problema – ipotesi – formalizzazione», richiama il modo di procedere della scienza razionale, fondato sullo schema «problemi – teorie – critiche»[78].

La legge parlamentare, dunque, per il suo procedimento di approvazione è l'atto che sul piano gnoseologico è il più forte previsto dall'ordinamento; più forte della legge è solo la Costituzione. Quando la Costituzione introduce una riserva assoluta prescrive che la disciplina della materia sia posta in essere attraverso una fonte che costituisce la migliore delle conoscenze possibili[79], poiché rappresenta il prodotto del contraddittorio tra parti contrapposte. Questo, tra l'altro, vale a differenziare la riserva assoluta dalla relativa, nella quale la materia è regolata, nel dettaglio, da un regolamento, ossia da un atto normativo che non si forma all'esito di un contraddittorio, ma rappresenta il prodotto della volontà unilaterale di un solo soggetto (il Governo). Discorso affatto diverso è se il Costituente si sia reso conto, nell'atto di proposizione delle singole riserve assolute, che il procedimento di formazione della legge è il più garantista non solo dal punto di vista politico, ma anche da quello gnoseologico, in quanto si richiama, per mezzo del contraddittorio, al metodo scientifico. L'interrogativo è irrilevante: non conta l'intenzione storica, ma l'oggettivazione[80]. D'altra parte la conoscenza umana, che procede per inferenze, si avvale di analisi e intuizione[81]. Soprattutto quando si tratta di principi che hanno una portata molto forte e che durano nel tempo, può accadere che la conoscenza si affermi su base intuitiva, ma spesso i procedimenti intuitivi non vengono esternati: lo statuto gnoseologico forte, infatti, è universale.

Se il fondamento gnoseologico della riserva assoluta di legge si identifica nello statuto proprio della legge formale ordinaria, che segue un procedimento di approvazione connotato da un metodo che garantisce la migliore conoscenza possibile, può essere apprezzata su più solide basi la distanza intercorrente tra lo statuto concettuale della riserva e il suo inveramento ad opera della prassi. Essa è senz'altro più evidente nei decreti legislativi che nei decreti-legge, anche in ragione delle diverse linee morfologiche che caratterizzano i due atti.

Per quanto riguarda il decreto-legge, esso suscita infatti minori perplessità, sebbene per ragioni in parte diverse da quelle fatte proprie dalla dottrina dominante che, seguita dalla giurisprudenza, ritiene che anch'esso soddisferebbe le garanzie procedurali proprie della legge: la soluzione viene argomentata sulla base della necessaria partecipazione della volontà parlamentare attraverso il procedimento di conversione in legge, mancando la quale il decreto decade sin dall'inizio ai sensi dell'art. 77, comma 3, Cost. L'idea di fondo, non esplicitata, identifica il decreto-legge con l'ipotesi che, formulata dal Governo, dovrebbe essere verificata o, al contrario, falsificata dal Parlamento.

L'argomentazione, per quanto sottile, non è decisiva. È certamente vero che permane, per disposizione costituzionale, l'intervento parlamentare, ma esso realisticamente può esercitare un'influenza alquanto limitata sul contenuto della legge di conversione, nella quale le modificazioni rispetto al testo del decreto-legge sono assai spesso di origine governativa e non l'esito di un vero e proprio contraddittorio parlamentare. Ciò per tacere dei casi di conversione senza emendamenti, nei quali il testo, pur fatto proprio dal Parlamento, non è stato da esso elaborato: non è stato elaborato, cioè, attraverso il metodo del contraddittorio, idoneo a conferirgli uno statuto gnoseologico forte. Vero è che il decreto-legge è di per sé un atto normativo già produttivo di effetti, talvolta addirittura correttivi di altri decreti-legge non ancora convertiti[82], il cui statuto non è ovviamente assimilabile ad un progetto di legge destinato ad essere oggetto di un contraddittorio informato e approfondito tra maggioranza e minoranze. Il termine di 60 giorni per l'approvazione della legge di conversione impone, infatti, un notevole contingentamento dei tempi, che soprattutto per i decreti-legge aventi ad oggetto materie tecniche impedisce un vero esame. La prassi della combinazione tra maxi-emendamenti, conversione del decreto-legge e questione di fiducia[83], per mezzo della quale l'Esecutivo monopolizza il processo legislativo, sostanzialmente svuota il controllo parlamentare, riducendolo ad una mera presa d'atto dell'azione del Governo: «il risultato finale è che i contenuti normativi sono decisi dal Governo anche se trovano accoglimento in una legge del Parlamento»[84]. Non a caso, come è stato opportunamente rilevato da molti, il decreto-legge è divenuto lo strumento principale per l'attuazione dell'indirizzo politico del Governo[85], il quale al tempo stesso utilizza la decretazione d'urgenza come un formidabile mezzo di comunicazione politica.

La questione è particolarmente rilevante in materia penale, ove la Costituzione pone la riserva assoluta al fine di garantire che la fonte deputata a limitare la libertà dei singoli sia immune da difetti gnoseologici. Ciò non sempre avviene nel caso di utilizzo del decreto-legge[86], senza contare che gli eventuali effetti limitativi della libertà personale del soggetto durante il periodo dei sessanta giorni utili alla conversione non sono di fatto rimovibili[87]. Ciò che viene meno, a causa della decadenza, sono gli effetti giuridici, mai l'evento storico della limitazione di per sé considerato[88] che, appunto, in quanto accadimento, o è stato o non è stato: *tertium non datur*.

La non incompatibilità del decreto-legge con la riserva assoluta di legge può, semmai, essere argomentata sulla base delle ragioni di straordinaria necessità ed urgenza che possono imporre un intervento immediato del legislatore. La clausola generale contenuta nell'art. 77 Cost. è, in questo senso, la spia che consiglia di evitare interpretazioni aprioristiche. Essa fu il prodotto dell'accertamento, in Assemblea Costituente, circa l'imponderabilità dei casi in cui la decretazione d'urgenza si dovesse rendere necessaria, anche al fine di tutelare libertà costituzionali, e che per sua natura sfugge a una regolamentazione stringente: «proporsi di disciplinare il caso di necessità è intrinsecamente contraddittorio, come è stato da altri osservato, perché la necessità per sua natura, potendosi presentare negli aspetti più diversi ed imprevedibili, non può mai essere racchiusa nelle maglie di una regolamentazione che esaurisca tutti i possibili casi»[89].

Riconoscere l'imprevedibilità connaturata all'eccezionalità dei casi non significa aderire a quella risalente tesi, formulata da Santi Romano, che considerava la necessità come fonte suprema del diritto[90]. Significa, al contrario, valorizzare l'elasticità del disposto costituzionale, ove l'espressione "casi straordinari di necessità e d'urgenza" contiene, come è stato esattamente detto, «un elemento di qualificazione delle fattispecie regolate»[91], il quale richiama «situazioni oggettivamente eccezionali, tali da porsi al di fuori delle consuete disponibilità del legislatore ordinario»[92].

La rigidità delle osservazioni sino ad ora svolte può essere pertanto temperata attraverso una stretta interpretazione del modello costituzionale e, dunque, mediante una rigorosa valutazione della necessità ed urgenza dell'intervento. Necessario è sinonimo di doveroso: l'alternativa tra agire e non agire è soltanto apparente, perché il caso concreto non tanto consiglia[93], o sollecita, ma assolutamente impone

un'immediata e «tendenzialmente omogenea»^[94] disciplina in assenza della quale uno o più beni giuridici meritevoli di tutela verrebbero irrimediabilmente lesi. Necessità straordinaria, si è detto, e dunque in alcun modo prevedibile o altrimenti ovviabile. In questo senso il principio di necessità è una derivazione del più generale principio di sussidiarietà orizzontale, inteso come principio politico universale che impone allo Stato di astenersi da ogni forma di ingerenza nella vita dei cittadini, tranne che nelle ipotesi in cui sia necessario il suo intervento^[95].

Ne deriva che nei casi coperti da una riserva assoluta di legge la decretazione d'urgenza è ammissibile solo ove sia l'unico atto che, nel caso concreto, sia idoneo a soddisfare il nucleo duro del concetto di necessità: necessità straordinaria della fonte, perché nessun'altra sarebbe in grado di soddisfare l'esigenza; necessità assoluta di quella particolare disciplina, perché nessun'altra misura sarebbe sufficiente. In difetto, ove il grado di necessità non sia tale da giustificare «il superamento delle categoriche statuizioni sulle riserve di legge [...] il provvedimento deve considerarsi preso fuori o oltre il previsto dall'art. 77»^[96].

Le preoccupazioni maggiori, anche in ragione dell'utilizzo che se ne è fatto nella prassi, sono, però, dovute soprattutto all'impiego dello strumento della delega legislativa. Diversamente dal decreto-legge, l'utilizzo del decreto legislativo nelle materie coperte da riserva assoluta ha storicamente suscitato minori reazioni, anche perché si è sempre sostenuto che attraverso l'approvazione della legge di delegazione vengono determinati i principi e criteri direttivi necessari per vincolare il potere normativo del Governo. Contro questo modo di affrontare il problema è assai facile replicare che l'intervento parlamentare è, nei fatti, addirittura meno incisivo di quello che si ha in caso di conversione del decreto-legge, anche in ragione dell'atteggiamento tenuto dalla Corte costituzionale, che ha escluso più volte un sindacato sul grado di specificazione dei principi e criteri direttivi contenuti nella delega, traducendo tali valutazioni in una *political question*^[97], salvo che nelle ipotesi nelle quali abbia ad oggetto il riordino ed il riassetto di disposizioni preesistenti^[98]. Anzi deve sottolinearsi come la Corte abbia fatto abbondante uso del concetto di «ampia delega»^[99], spingendosi ad affermare che i principi e criteri direttivi enunciati dalla legge di delega possono essere ricostruiti tenendo conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che hanno ispirato il provvedimento, ossia attraverso coordinate generali e solo teleologicamente orientate, che non impediscono «l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante»^[100], pur «nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema»^[101]. Si è parlato, al riguardo, di una sorta di «permeabilità» della legge di delega rispetto ai contenuti del decreto delegato, tale che i silenzi della legge di delega, invece che essere intesi come espressione di una norma inespressa escludente, vengono dalla Corte interpretati come «varchi per l'ingresso di scelte di indirizzo non esplicitamente effettuate dal legislatore parlamentare e pur tuttavia destinate ad entrare nel novero di quelle espressamente compiute»^[102].

Quel che preme sottolineare in questa sede, e senza voler prendere espressamente posizione in ordine alla compatibilità della dottrina della Corte con il disposto dell'art. 76 – esclusa da alcuni, difesa da altri^[103] –, è che è connaturato al concetto stesso di «delega» l'elemento in base al quale la volontà che forma l'atto finale appartiene ad un soggetto diverso dal delegante: se il delegato forma la sua volontà attraverso un procedimento che non è condotto attraverso il metodo che garantisce la migliore conoscenza possibile, l'atto che ne costituisce il prodotto non può essere assimilato agli atti che quel metodo abbiano rispettato. L'irriducibile differenza tra la legge parlamentare e il decreto legislativo si incentra proprio su questo aspetto: la prima è stata approvata mediante un procedimento di formazione che rispecchia il modo di procedere della scienza razionale, il secondo no e, pertanto, è soggetto ad una insufficienza conoscitiva. Sicuramente la prassi più recente conferma il giudizio, in quanto costellata di casi in cui il Governo compie scelte nella materia penale in forza di deleghe non puntuali, se non addirittura in assenza di una delega esplicita da parte del Parlamento^[104].

La considerazione per la quale l'utilizzo del decreto legislativo sarebbe necessario «per disciplinare in modo corretto ed approfondito una materia che richiede competenze di tipo tecnico», lungi dal presentarsi come «decisiva»^[105], è fallace, perché mostra di svalutare sia la *ratio* del fondamento costituzionale dell'istruttoria parlamentare, che soprattutto nella sua attuazione più recente^[106] mira a fornire – quanto meno in via di principio – le conoscenze tecniche necessarie per la redazione del testo, sia la complessità della società moderna, tale per cui ogni materia richiede competenze di tipo tecnico, sicché sostenere coerentemente detta tesi imporrebbe *de facto* l'inutilizzo della legge formale ordinaria.

Vero è che negli ultimi anni si è registrata una tendenza ad una crescita quantitativa dei pareri parlamentari sugli schemi di decreti legislativi, attraverso l'espressa previsione di un obbligo di tal fatta all'interno delle leggi di delega. Inoltre, l'art. 96-*ter* del Regolamento della Camera ha disciplinato il procedimento per l'esame da parte delle commissioni degli schemi di atti normativi del Governo trasmessi alla Camera per il parere parlamentare, disponendo anche la possibilità che essi siano esaminati dal Comitato per la legislazione. Tuttavia, sembra cogliere nel segno la tesi secondo cui l'appesantimento procedurale introdotto dalle leggi di delega non compensa automaticamente l'indebolimento del ruolo parlamentare nella determinazione dei contenuti della legge di delega^[107].

Lo stesso valore dei pareri parlamentari è controverso: se fossero intesi come vincolanti, il decreto legislativo, pur formalmente adottato dall'Esecutivo, diverrebbe un atto duale manifestazione di una co-legislazione tra Parlamento e Governo; ove, invece, se ne riconoscesse l'efficacia obbligatoria, l'unico vincolo per il delegato sarebbe quello di chiedere il parere, potendosene però discostare. In dottrina sono state proposte entrambe le tesi, ma la prima sembra implicare un esercizio della funzione legislativa che non trova riscontro in Costituzione, perché se il parere parlamentare fosse vincolante «l'attività legislativa non sarebbe svolta né dal Governo, cui soltanto può conferirsi la delegazione (art. 76 Cost.), né dal Parlamento nelle uniche sedi (assemblea; commissioni deliberanti) in cui esso può compiere l'attività legislativa»^[108]. La prassi mostra come il Governo si sia più volte discostato dal parere, anche senza motivare sul punto^[109], e la giurisprudenza della Corte costituzionale ha sempre escluso che il parere parlamentare possa svolgere una funzione di interpretazione autentica della legge di delega^[110]. Ma allora i pur numerosi pareri parlamentari sugli schemi di decreti legislativi si rivelano atti consultivi depotenziati^[111], inidonei ad apportare un reale e razionale contributo conoscitivo.

7. La riserva assoluta di legge e la qualità costituzionale dell'ordinamento, oggi

L'analisi svolta permette di individuare un punto fermo: ove la Costituzione pone una riserva assoluta di legge, essa prescrive che l'atto normativo chiamato a regolare la materia sia l'esito di un procedimento condotto attraverso il contraddittorio e, quindi, sulla base dello schema dialettico della conferma e confutazione dell'ipotesi.

Non a caso, dunque, la formulazione dell'art. 25, comma 2, Cost. utilizza l'espressione “*in forza di una legge*”, volendo riferirsi esclusivamente all'atto legislativo formale ordinario, mentre ove la Costituzione ha inteso richiamare anche gli atti con forza di legge lo ha fatto espressamente, ponendo in essere un'equiparazione tra la legge e gli atti aventi lo stesso valore o la stessa forza. Si pensi all'art. 75, comma primo, secondo cui il referendum può avere ad oggetto l'abrogazione, totale o parziale, “*di una legge o di un atto avente valore di legge*”, oppure l'art. 134, che attribuisce alla Corte costituzionale il sindacato sulla legittimità costituzionale “*delle leggi e degli atti, aventi forza di legge*”. Il raffronto tra queste disposizioni e l'art. 25, comma 2 (o 13, comma 2: “*nei soli casi e modi previsti dalla legge*”)

Cost., chiarisce la distanza tra la tesi maggioritaria e il testo costituzionale: non si tratta semplicemente dell'utilizzo del noto argomento *a contrario* in funzione produttiva (di una norma di divieto), ma dell'attribuzione al testo normativo del significato precettivo che è ad esso proprio. Se, come osservato, la peculiare natura del decreto-legge quale fonte del diritto fondata sulla necessità potrebbe condurre a relativizzare l'argomento letterale, non altrettanto è a dirsi per il decreto legislativo.

Già sul piano formale, dunque, ritenere che tutti gli atti governativi cui la Costituzione attribuisce forza o valore di legge sarebbero sempre e universalmente equiparati alla legge, senza operare gli opportuni distinguo, significa svalutare[112] e privare di autonomo significato le disposizioni che quella equiparazione espressamente pongono[113], riducendole a un'inutile e ridondante ripetizione, in spregio al principio metodologico espresso dal rasoio di Ockam: *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*[114].

Su un piano sostanziale, invece, si potrebbe anche convenire che i profili garantistici classici della riserva assoluta siano in qualche misura soddisfatti, però permane dal punto di vista conoscitivo un evidente *deficit* dovuto alla mancanza di una vera e propria contrapposizione politica, fondata sul contraddittorio, nel procedimento di approvazione degli atti con forza di legge. Certamente l'abbassamento della qualità del dibattito parlamentare mette in crisi l'efficienza dell'istituto della riserva di legge, perché la fase ricognitiva degli oggetti e delle questioni risulta degradata, e porta ad accorciare la distanza tra la fonte parlamentare e quelle governative, incidendo non solo sulla funzionalità delle riserve rispetto ai classici profili garantisti, ma anche e soprattutto sotto il profilo della conoscenza. Ove, infatti, la dialettica parlamentare sia condotta sulla base di un contraddittorio qualitativamente insufficiente, la legge cessa di essere un efficiente strumento di conoscenza, riducendosi a un atto di decisione pur che sia.

L'attuale sistema politico, fondato su una selezione dei parlamentari gerarchicamente ordinata sulla base delle decisioni dei partiti, ha senz'altro aggravato la malattia, emblematicamente rappresentando la crisi del Parlamento contemporaneo come indissolubile intreccio tra perdita della capacità rappresentativa e difficoltà della funzione legislativa[115]. Si è favorita, così, la trasformazione del Parlamento da «teatro della divisione pluralistica della società», come pur in senso critico lo appellava Schmitt[116], a «teatro della mera formalizzazione della decisione politica», assunta altrove, *in primis* dal Governo[117].

Se la dissonanza dell'orientamento che si è criticato con il modello disegnato in Costituzione si era mantenuta, sino alla fine degli anni Sessanta, entro un livello accettabile, l'allontanamento dalla stilizzazione costituzionale ha raggiunto, oggi, livelli di guardia[118]. Il ritorno alla Costituzione passa attraverso la riconduzione degli istituti al loro statuto concettuale. La valorizzazione del fondamento gnoseologico della riserva assoluta di legge potrà forse contribuire a stimolare valutazioni più stringenti sull'uso degli atti con forza di legge in quelle materie. La perdita di competitività del Parlamento appare un dato strutturalmente radicato, bisogna però continuare a ribadire che la limitazione dei poteri governativi attraverso il rigoroso utilizzo del loro parametro costituzionale di riferimento è il presupposto per la salvaguardia della sistematicità dell'ordinamento e, con essa, dell'idea stessa di Costituzione.

BIBLIOGRAFIA

Azzariti, G. (2010), *Diritto e conflitti*, Roma – Bari, Laterza.

- Balduzzi, R. e Sorrentino, F. (1989), voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, Giuffrè.
- Benelli, F. (2006), *La "smaterializzazione" delle materie*, Milano, Giuffrè.
- Betti, E. (1971), *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè.
- Betzu, M. (2008), *Art. 9*, in Bartole, S. e Bin, R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam.
- Betzu, M. (2012), *Dubbi di incostituzionalità per inconsistenza del delitto di stalking*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2.
- Betzu, M. (2012), *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, Giappichelli.
- Bilancia, F. (2002), *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella Cedu*, Torino, Giappichelli.
- Bin, R. (1981), *Determinazione dei principi nella delega legislativa e norme transitorie*, in *Giur. cost.*
- Bin, R. (2013), *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano, Franco Angeli.
- Bin, R. e Pitruzzella, G. (2011), *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Biondi, F. (2010), *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3.
- Böckenförde, E. W. (1991), *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp.
- Boscarelli, M. (1990), voce *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, Treccani.
- Bricola, F. (1973), voce *Teoria generale del reato*, in *Nss.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, Utet.
- Capaccioli, E. (1983), *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, Cedam.
- Carboni, G. (1970), *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, Giuffrè.
- Caretti, P. (2007), *Il ruolo della legge statale, oggi*, in Ruotolo, M. (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Caretti, P. (2010), *La "crisi" della legge parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1.
- Carlassare, L. (1990), voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, Treccani.
- Carnevale, P. (2010), *La strana permeabilità della legge di delega. Qualche considerazione a margine della sentenza n. 230/2010*, in *Giur. cost.*, n. 4.
- Celotto, A. e Di Benedetto, E. (2006), *Commento all'art. 77*, in Bifulco, R., Celotto, A. e Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. II, Torino, Utet.

- Cheli, E. e Spaziante, V. (1977), *Il Consiglio dei ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in Ristuccia, S. (a cura di), *L'istituzione Governo: analisi e prospettive*, Milano, Edizioni di Comunità.
- Chiavario, M. (1969), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, Giuffrè.
- Ciarlo, P. (1988), *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, Liguori.
- Ciarlo, P. (1998), *Parlamento, Governo e fonti normative*, in *Diritto amministrativo*, n. 3-4, 363 – 384.
- Crisafulli, V. (1971), *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam.
- Crisafulli, V. (1984), *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam.
- Copi, I. (1987), *Introduzione alla logica*, Bologna, Il Mulino.
- Costanzo, P. (2009), *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, Jovene.
- D'Amico, M. (2001), *Commento all'art. 49*, in Bifulco, R., Cartabia, M. e Celotto, A. (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino.
- D'Amico, M. e Arconzo, G. (2006), *Commento all'art. 25*, in Bifulco, R., Celotto, A. e Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, Utet.
- Demuro, G. (2009), *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti*, Torino, Giappichelli.
- Di Cosimo, G. (2013), *Il Governo pigliatutto: la decretazione d'urgenza nella XVI Legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1.
- Di Giovine, A. (1969), *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli.
- Dogliani, M. (1982), *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, Franco Angeli.
- Esposito, C. (1954), *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam.
- Esposito, C. (1962), voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè.
- Feynman, R. P. (1963), *Six Easy Pieces*, California Institute of Technology, Basic Books, trad. it. (2000), *Sei pezzi facili*, Milano, Adelphi.
- Fois, S. (1963), *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, Giuffrè.
- Gazzoni, F. (2013), *Manuale di diritto privato*, XVI, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Giannini, M. S. (1988), *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, Giuffrè.
- Grandi, C. (2010), *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (1994), voce *Legge (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1994.

Guastini, R. (2004), *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* continuato da Schlesinger, P., Milano, Giuffrè.

Guastini, R. (2010), *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da Schlesinger, P., Milano, Giuffrè.

Hempel, C. G. (1966), *Philosophy of Natural Science*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall.

Laband, P. (1894), *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, Freiburg und Leipzig.

Lavagna, C. (1985), *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet.

Manetti, M. (2012), *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in *Decisione conflitti controlli: procedure costituzionali e sistema politico*, Atti del XXV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Parma, 29 – 30 ottobre 2010, Napoli, Jovene.

Marinucci, G. e Dolcini, E. (2001), *Corso di diritto penale*, Vol. I, Milano, Giuffrè.

Martines, T. – Silvestri, G. – De Caro, C. – Lippolis, V. – Moretti, R. (2005), *Diritto parlamentare*, Milano, Giuffrè.

Napoleoni, V. (2012), *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*, n. 3-4.

Paladin, L. (1958), *La potestà legislativa regionale*, Padova, Cedam.

Paladin, L. (1979), *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, Zanichelli, Il Foro Italiano.

Paladin, L. (1996), *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, in *Quaderni cost.*

Paladin, L. (1996), *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, Il Mulino.

Palazzo, F. C. (1993), voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, Utet.

Passaglia, P. (2006), *Commento all'art. 72*, in Bifulco, R., Celotto, A. e Olivetti, M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. II, Torino, Utet.

Perrone, A. (2005), *Il procedimento formativo dei decreti legislativi nell'analisi delle leggi delega e della prassi parlamentare*, in *Giur. cost.*, n. 3.

Petrocelli, B. (1959), *Norma penale e regolamento*, in *Riv. dir. proc. pen.*, p. 373 ss.

Piccione, D. (2010) *I molti paradossi dei maxi-emendamenti, e le (poche) soluzioni possibili ai paradossi da questi generati*, in Lupo, N. (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, Cedam.

Pittaro, P. (2008), *Art. 25, comma secondo*, in Bartole, S. e Bin, R. (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam.

Pizzorusso, A. (1977), *Delle fonti del diritto. Art. 1 – 9*, in *Commentario del codice civile Scialoja –*

Branca, Bologna – Roma, Zanichelli, Il Foro Italiano.

Pizzorusso, A. (2011), *Delle fonti del diritto. Art. 1 – 9*, seconda ed., in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, Zanichelli, Il Foro Italiano.

Platone, *Teeteto*, trad. it. a cura di Fulci, L. (2012), Roma, Armando.

Poggi, A. (1995), *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, Jovene.

Popper, K. R. (1963), *Conjectures and Refutations: the Growth of Scientific Knowledge*, London, Routledge, trad. it. (1972), *Congetture e confutazioni*, Bologna, il Mulino.

Popper, K. R. (1969), *Scienza e filosofia*, Torino, Einaudi.

Popper, K. R. (2000), *La scienza e i suoi nemici*, Roma, Armando.

Romano, M. (1974), *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, Giuffrè.

Romano, S. (1909), *Sui decreti legge e la stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e di Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, ora in Romano, S. (1950), *Scritti minori*, I, Milano, Giuffrè.

Romboli, R. (2000), *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione "adeguatrice" e l'applicazione diretta)*, in Pitruzzella, G., Teresi, F. e Verde, G. (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, Giappichelli.

Romboli, R. (2006), *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Simoncini, A. (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, Edizioni Università di Macerata.

Romboli, R. (2008), *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro it.*, I.

Romboli, R. (2008), *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (e della legge di conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e gli effetti di alcune affermazioni della Corte*, in *Foro it.*, I.

Rossi, E. (2011), *Quali possibili rimedi per la decretazione d'urgenza?*, in Zaccaria, R. (a cura di), *Fuga dalla legge?*, Brescia, Grafo.

Schmitt, C. (1931), *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, trad. it. (1981), *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè.

Sorrentino, F. (2009), *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam.

Spasari, M. (1966), *Diritto penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè.

Staiano, S. (1990), *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Napoli, Liguori.

Stella, F. (1975), *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè.

Tarli Barbieri, G. (2009) *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in *La delega legislativa. Atti del*

seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008, Milano, Giuffrè.

Vignudelli, A. (2011), *Interpretazione e Costituzione*, Torino, Giappichelli.

Zagrebelsky, G. (1990), *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet.

Zagrebelsky, V. (2011), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in Manes, V. e Zagrebelsky, V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè.

[1] *Il presente articolo è stato prodotto durante l'attività di ricerca finanziata con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F.S.E. 2007-2013 - Obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano, Linea di Attività I.3.1 "Avviso di chiamata per il finanziamento di Assegni di Ricerca"*.

[2] R. P. Feynman, *Six Easy Pieces*, California Institute of Technology, 1963, trad. it. *Sei pezzi facili*, Milano, 2000.

[3] A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto. Art. 1 – 9*, seconda ed., in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 2011, p. 328.

[4] Il riferimento è alla teoria formale-sostanziale elaborata da P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, Freiburg und Leipzig, 1894, p. 75 ss.

[5] Secondo S. Staiano, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Napoli, 1990, p. 191, è proprio al contesto culturale in cui maturò la formulazione dell'art. 76 Cost. che deve ascriversi «il disporsi del fenomeno della delega secondo linee non del tutto corrispondenti al modello costituzionale».

[6] Per l'espressione E. Cheli e V. Spaziante, *Il Consiglio dei ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in S. Ristuccia (a cura di), *L'istituzione Governo: analisi e prospettive*, Milano, 1977, p. 49; P. Ciarlo, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988, *passim*.

[7] D. Piccione, *I molti paradossi dei maxi-emendamenti, e le (poche) soluzioni possibili ai paradossi da questi generati*, in N. Lupo (a cura di), *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, Padova, 2010, p. 99.

[8] Corte cost., sent. n. 22 del 2012.

[9] Più in generale, sulla problematica evoluzione del controllo di costituzionalità avente ad oggetto la decretazione d'urgenza si v., per tutti, R. Romboli, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata, 2006, p. 107 ss.

[10] P. Ciarlo, *Parlamento, Governo e fonti normative*, in *Diritto amministrativo*, n. 3-4 del 1998, p. 363.

[11] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, (1984), p. 55 ss.

[12] Cfr., tra gli altri, R. Balduzzi – F. Sorrentino, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1212 ss.

[13] S. Fois, *La “riserva di legge”. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 44.

[14] E. W. Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M., 1991, p. 37.

[15] Cfr. L. Carlassare, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 2, secondo cui «Il che non significa che non sia importante, peraltro, mettere in risalto la duplice valenza del principio e sottolineare la teorica autonomia delle sue componenti: in alcuni casi di riserva è proprio la *ratio* democratica quella prevalente, anche se non l'unica».

[16] Come invece, ancora di recente, testualmente ribadito da R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2010, p. 132.

[17] S. Fois, *La “riserva di legge”*, cit., p. 295 ss.

[18] Come ritenuto da A. Di Giovine, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, p. 64 ss.

[19] L. Paladin, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, p. 82.

[20] In questo senso è soprattutto la giurisprudenza costituzionale antecedente alla riforma del Titolo V della Costituzione. Cfr. Corte cost., sent. n. 539 del 1990.

[21] Si v. S. Fois, *La “riserva di legge”*, cit., p. 294 ss., nonché, per la dottrina successiva, G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, p. 54.

[22] I limiti così posti, infatti, spiegavano i loro effetti esclusivamente sulle fonti secondarie.

[23] L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 188.

[24] Corte cost., sent. n. 487 del 1989.

[25] Cfr. Corte cost., sentt. n. 221 del 1976 e n. 21 del 1980.

[26] G. Zagrebelsky, *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., p. 56.

[27] La tripartizione è seguita anche da L. Carlassare, voce *Legge (riserva di)*, cit., p. 7 ss.

[28] Nello stesso senso, ancora recentemente, Corte cost., sent. n. 230 del 2012, ha ribadito che il principio della riserva assoluta di legge «demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione».

[29] C. Esposito, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 95 s.

[30] B. Petrocelli, *Norma penale e regolamento*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1959, p. 373.

Si tratta della nota tesi della «disobbedienza come tale», alla quale è stata opposta un'obiezione decisiva: portata alle sue estreme conseguenze, questa tesi potrebbe anche legittimare un sistema penale ridotto a una sola norma, che ponesse ai cittadini l'obbligo penalmente sanzionato di obbedire a tutto ciò che prescriverà l'Autorità amministrativa, con il risultato per il quale in tali casi il fatto non è autonomamente e compiutamente descritto dalla norma di legge, ma dalle disposizioni richiamate, che finirebbero per contenere il precetto.

[31] Ossia il principio di identità, plasticamente enunciato nel Teeteto di Platone:

«Socrate: Prendiamo il suono e il colore: non è forse questo il primo pensiero che ti viene in mente a proposito di entrambi, che entrambi sono?»

Teeteto: Sì.

Socrate: E poi anche che ciascuno dei due è altro dall'altro, ma identico a se stesso?» (trad. it. a cura di L. Fulci, Roma, 2012, p. 102).

[32] Corte cost., sent. n. 36 del 1964: «Atti e provvedimenti dell'Amministrazione aventi per oggetto determinazioni di prezzi, denominazioni tipiche di prodotti, modifiche a norme della circolazione stradale, ecc., rispondenti a valutazioni di carattere tecnico o contingente, in connessione con precetti penali posti a garanzia della loro osservanza (sent. n. 103 del 1957, sent. n. 4 del 1958, sent. n. 15 del 1962, sent. n. 31 del 1962, ecc.) sono stati ritenuti legittime manifestazioni dell'attività normativa dell'Amministrazione, e le loro specifiche statuizioni considerate al di fuori del precetto penale, il quale deve ritenersi già integralmente costituito con la generica imposizione di obbedienza a quegli atti e provvedimenti».

[33] Cfr., tra i molti, M. Boscarelli, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 2; M. Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 11.

[34] R. Bin – G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, p. 327, secondo cui la materia «dovrà essere integralmente regolata dalla legge formale ordinaria o da atti ad essa equiparati».

[35] Come già li definiva V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, (1971), p. 57.

[36] Cfr., tra gli altri, soprattutto F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss.mo dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 42 ss.; G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Vol. I, Milano, 2001, p. 104; M. Romano, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974, p. 171.

[37] Cfr. F. C. Palazzo, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, secondo cui «poiché è davvero impossibile una totale estromissione delle fonti secondarie nell'individuazione degli estremi costitutivi di molte fattispecie, il problema è quello di individuare i contributi non legislativi rispettosi della funzione garantista della riserva per distinguerli da quelli che tali non sono».

[38] Corte cost., sentt. n. 333 del 1991 e n. 133 del 1992.

[39] Corte cost., sent. n. 26 del 1966.

[40] Corte cost., sent. n. 299 del 1992.

[41] Così F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 52.

[42] La distinzione tra i due concetti, a dispetto del comune sostantivo, è oltremodo nota. Si v., tra i classici, M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1988, p. 493 s.: la discrezionalità

tecnica «non ha proprio nulla di discrezionale, [...] chiamandosi così per un errore storico della dottrina».

[43] A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto. Art. 1 – 9*, in *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, Bologna – Roma, 1977, p. 247 s.

Diversamente, secondo R. Balduzzi – F. Sorrentino, voce *Riserva di legge*, cit., p. 1214, «Nell'attuale quadro istituzionale la riserva di legge finisce dunque col discriminare non tanto le competenze legislative del Parlamento da quelle dell'esecutivo, apparendo quindi in minima parte funzionale ad assicurare la partecipazione delle opposizioni, quanto piuttosto gli atti normativi primari (in quanto parificati alla legge) dagli atti normativi secondari (ad essa subordinati)».

[44] Rimangono assolutamente minoritari, infatti, gli autori che escludono l'ammissibilità degli atti legislativi del Governo nelle materie coperte da riserva assoluta di legge. Tra questi, si v. F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 41; G. Carboni, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, p. 249 ss.; L. Carlassare, voce *Legge (riserva di)*, cit., p. 3; G. Marinucci – E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Vol. I, Milano, 2001, p. 37 ss., i quali evidenziano come la stessa Corte costituzionale abbia più volte affermato come la tecnica della delega legislativa attribuisca in ogni caso al potere esecutivo scelte politiche e come la determinazione di principi e criteri direttivi non possa eliminare uno spazio di discrezionalità libera in favore del legislatore delegato.

[45] L. Carlassare, voce *Legge (riserva di)*, cit., p. 3.

[46] Sia consentito rinviare diffusamente a M. Betzu, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2012, capitolo III.

[47] Cass. civ., S. U., 11 luglio 2011, n. 15144.

Critico F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XVI, Napoli, 2013, p. 51 s.: «Il pericolo, specie in materia di persone e famiglia, è che il giudice, anziché esercitare umilmente e serenamente la propria delicata funzione, imponga la tirannia dei propri valori, mascherata con la formula della interpretazione costituzionalmente orientata, mentre, per una elementare esigenza di certezza, spetterebbe, se del caso, alla Corte costituzionale il compito di stabilire con valore *erga omnes* quale sia la portata delle norme sulle quali dovrebbe esercitare il controllo. Ma la Corte ha dato vita ad un inestricabile garbuglio, decidendo di misurarsi non più con la legge, ma con il c.d. diritto vivente, affidato agli umori e ai valori dei giudici, neo *Freirechtsbewegung*, secondo il modello della legislazione per principi. [...] I giudici, in tal modo, in nome del popolo italiano (art. 101 Cost.) hanno deciso in base ai valori non già fissati in leggi, frutto di mediazione ad opera dei rappresentanti del popolo stesso, ma espressione della propria visione del mondo, con efficacia per le (sole) parti del giudizio e sostanziale violazione dell'art. 3 Cost., oltre che del fondamentale principio della separazione dei poteri».

[48] Cass. pen., S. U., 20 settembre 2012, n. 36258.

[49] Cfr. da una parte Cass. pen., S. U., 21 giugno 2000, Primavera, secondo cui perché possa parlarsi di quantità "ingente" di stupefacente, è necessario che «la quantità di sostanza tossica, oggetto della specifica indagine nel dato procedimento, superi notevolmente, con accento di eccezionalità, la quantità usualmente trattata in transazioni del genere, nell'ambito territoriale nel quale il giudice del fatto opera»; dall'altra Cass. pen., sez. VI, 19 maggio 2011, n. 31351, che invece si spinge addirittura a individuare un dato ponderale non presente nella disposizione: «il carattere ingente del quantitativo, e cioè la sua eccezionale dimensione rispetto alle usuali transazioni, può certamente essere suscettibile di essere, di volta in volta, confrontato dal giudice di merito con la corrente realtà del mercato; ma, stando a dati di comune esperienza, apprezzabili a maggior ragione dalla Corte di cassazione, sede privilegiata, in

quanto terminale di confluenza di una rappresentazione casistica generale, deve ritenersi che non possono, di regola, definirsi ingenti quantitativi di droghe leggere [...] oramai parificate dal punto di vista sanzionatorio alle così dette droghe pesanti, che, presentando una percentuale di principio attivo corrispondente ai valori medi propri di tale sostanza, siano inferiori ai cinquanta chilogrammi».

[50] A. Poggi, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Napoli, 1995, p. 274.

[51] Scrive R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Milano, 2013, p. 7 s.: «La legge è espressione del parlamento, massima sede di rappresentanza democratica: la fedeltà alla legge è quindi il *medium* che giustifica il potere del giudice in un sistema democratico. Se questa fedeltà diviene opaca, se le valutazioni del giudice possono svolgersi senza uno stretto vincolo alla legge, se la sua discrezionalità si sovrappone a quella del legislatore, il sistema non regge più e l'opera del giudice perde qualsiasi giustificazione».

[52] Sulla quale si v., per tutti, R. Romboli, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione “adeguatrice” e l'applicazione diretta)*, in G. Pitruzzella, F. Teresi e G. Verde (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, p. 635 ss.

[53] Corte cost., sent. n. 327 del 2008.

[54] “1.Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.

2.Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

3.Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato”.

Per un puntuale commento all'articolo si v. M. D'Amico, *Commento all'art. 49*, in R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 334 ss., la quale opportunamente sottolinea come la rinuncia al principio della riserva di legge potrebbe condurre al risultato paradossale di riconoscere formalmente il principio di legalità e, al contempo, svuotarlo di significato, con inevitabili riflessi anche sui singoli Stati.

[55] M. Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 87 s.

[56] Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 febbraio 2004, *Maestri contro Italia*, secondo la quale anche le delibere del CSM dotate del carattere delle generalità soddisfano il principio di legalità.

[57] Corte Edu, 22 novembre 1995, *S.W. e C.R. contro Regno Unito*.

[58] Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, par. 99; 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, par. 29.

[59] C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 84.

[60] Cfr. V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes – V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 107, secondo cui la diversa latitudine del principio di legalità espresso dalla Cedu non darebbe per questo luogo a un conflitto insanabile con i principi costituzionali in materia penale.

[61] Secondo F. Bilancia, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella Cedu*, Torino, 2002, p. 52, nell'esperienza della Corte Edu la giustizia del caso concreto è il «veicolo di definizione dei contenuti effettivi dei diritti e delle libertà in Europa».

[62] Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, par. 100.

[63] Corte Edu, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, par. 101, a sua volta richiama la precedente decisione del 24 aprile 1990, *Kruslin contro Francia*, par. 29.

[64] V. Zagrebelsky, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., p. 89.

[65] G. Demuro, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti*, Torino, 2009, p. 69.

[66] Cass. pen., S. U., 13 maggio 2010, n. 18288.

[67] Corte cost., sent. n. 230 del 2012. Per un primo commento si v. 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*, n. 3-4 del 2012, p. 173.

[68] Così ledendo l'indipendenza funzionale interna del giudice, che rappresenta – essa sì – un principio costituzionale idoneo a impedire che la fonte convenzionale in contrasto possa integrare il parametro di costituzionalità: F. Biondi, *La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione ha lo stesso "valore" della fonte del diritto scritto? Quando l'interpretazione conforme alla Cedu pone dei dubbi di costituzionalità*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 3/2010.

[69] Corte cost., sent. n. 407 del 2002. Nella dottrina, tra gli altri, si v. F. Benelli, *La "smaterializzazione" delle materie*, Milano 2006.

[70] Cfr. M. Betzu, *Art. 9*, in S. Bartole – R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 70 ss.

[71] Corte cost., sent. n. 63 del 2012. In precedenza, cfr. Corte cost., sent. n. 185 del 2004.

[72] La legge scientifica è la «legge di copertura» della realtà esplicativa del fenomeno di derivazione sussistente tra un antecedente e un conseguente. Il concetto è ampiamente utilizzato nei rami del diritto in cui più si avverte il rapporto tra norma e realtà.

Cfr. Cass. pen., S. U., 11 settembre 2002, n. 30328, che ha accolto la celebre teoria formulata da F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, p. 100 ss.: «un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo se esso rientri nel novero di quelli che, sulla base di una successione regolare conforme ad una generalizzata regola di esperienza o ad una legge dotata di validità scientifica – "legge di copertura" –, frutto della migliore scienza ed esperienza del momento storico, conducano ad eventi "del tipo" di quello verificatosi in concreto.

Il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi "universali" (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi "statistiche" che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di "alto grado di credibilità razionale" o "probabilità logica", quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili».

[73] Si v., rispettivamente, C. G. Hempel, *Philosophy of Natural Science*, Englewood Cliffs, 1966, secondo cui «le affermazioni che costituiscono una spiegazione scientifica devono essere suscettibili di una verifica empirica», e K. R. Popper, *Conjectures and Refutations: the Growth of Scientific Knowledge*, London, 1963, trad. it. *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1972, secondo cui «il criterio dello status scientifico di una teoria è la sua falsificabilità o confutabilità, o controllabilità».

[74] Cfr. l'art. 79, comma 4, del Regolamento della Camera dei deputati, come modificato nel 1997, che elenca analiticamente i diversi elementi attraverso i quali si svolge l'istruttoria nelle commissioni nell'ottica dell'acquisizione degli elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità e l'efficacia dell'ipotesi normativa:

“a) la necessità dell'intervento legislativo, con riguardo alla possibilità di conseguirne i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge”, ossia la raggiungibilità dei risultati prefissati attraverso altri mezzi;

“b) la conformità della disciplina proposta alla Costituzione, la sua compatibilità con la normativa dell'Unione europea e il rispetto delle competenze delle regioni e delle autonomie locali”, ossia il rispetto di norme di grado superiore, che l'ipotesi normativa non può violare e che sono assimilabili, nel ragionamento scientifico, alle leggi generali di copertura non ancora falsificate;

“c) la definizione degli obiettivi dell'intervento e la congruità dei mezzi individuati per conseguirli, l'adeguatezza dei termini previsti per l'attuazione della disciplina, nonché gli oneri per la pubblica amministrazione, i cittadini e le imprese”, ossia il rapporto tra costi e benefici esplicabile attraverso il principio di efficienza e proporzionalità dell'azione normativa;

“d) l'inequivocità e la chiarezza del significato delle definizioni e delle disposizioni, nonché la congrua sistemazione della materia in articoli e commi”, ossia l'intelligibilità dell'ipotesi giuridica intesa come qualità della legislazione (su di essa, per tutti, P. Costanzo, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione (con riferimenti comparati e all'UE)*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, Napoli, 2009, p. 177 s.).

[75] T. Martines – G. Silvestri – C. De Caro – V. Lippolis – R. Moretti, *Diritto parlamentare*, Milano, 2005, p. 270.

[76] M. Manetti, *Procedimenti, controlli costituzionali e conflitti nella formazione degli atti legislativi*, in *Decisione conflitti controlli: procedure costituzionali e sistema politico*, Atti del XXV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Parma, 29 – 30 ottobre 2010, Napoli, 2012, p. 7.

[77] K. R. Popper, *La scienza e i suoi nemici*, Roma, 2000, p. 70.

[78] K. R. Popper, *Scienza e filosofia*, Torino, 1969, p. 146.

[79] Scriveva Popper che l'antico ideale scientifico dell'epistème, ossia della conoscenza assolutamente

certa, è un mero idolo, perché anche le teorie scientifiche sono sempre delle ipotesi o congetture contrapposte alla «conoscenza indubitabile» (K. R. Popper, *Congetture e confutazioni*, cit., p. 180).

[80] Si v. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971, p. 264: «nel continuare a parlare di “volontà” della legge e nel considerare “volontarie” tutte le norme giuridiche, non si tiene presente che né nella nomogenesi né nella legge emanata è dato verificare la presunta “volontà”». L’interprete, infatti, non è in alcun modo vincolato dalla volontà politica del legislatore – pur costituente – di cui la disposizione è il prodotto concreto, ma solo alla disposizione medesima come testo oggettivo: cfr. R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, p. 150 s. Sul tema, più recentemente, anche A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011, p. 183 ss.: «La questione propriamente relativa all’*esistenza* di un’intenzione del legislatore in quanto soggetto collettivo ha sapore decisamente metafisico».

[81] Cfr. I. Copi, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1987, p. 480 ss.: «Nessuno ha mai preteso di formulare un complesso di regole per l’invenzione o la scoperta delle ipotesi. È evidente che un tale complesso di regole non potrebbe mai essere formulato, perché è proprio questo l’aspetto *creativo* della ricerca scientifica. La capacità di creare è funzione dell’immaginazione e del talento individuale e non può essere ridotto a un processo meccanico. [...] Non esistono formule per scoprire le nuove ipotesi, ma ci sono certe regole alle quali possiamo attenderci si conformino le ipotesi accettabili».

[82] Prassi opportunamente stigmatizzata da P. Caretti, *La “crisi” della legge parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2010, p. 6.

[83] Secondo il Rapporto 2012 sulla legislazione più di un terzo delle leggi di conversione sono state approvate attraverso un voto di fiducia.

[84] G. Di Cosimo, *Il Governo pigliatutto: la decretazione d’urgenza nella XVI Legislatura*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 1/2013, p. 7.

[85] Si v., tra gli altri, E. Rossi, *Quali possibili rimedi per la decretazione d’urgenza?*, in R. Zaccaria (a cura di), *Fuga dalla legge?*, Brescia, 2011, p. 98.

[86] Esemplare in tal senso è l’art. 612-bis c.p., non a caso introdotto per mezzo di un decreto-legge, che prevede il delitto di atti persecutori, c.d. *stalking*. Per l’incostituzionalità della fattispecie sia permesso rinviare a M. Betzu, *Dubbi di incostituzionalità per inconsistenza del delitto di stalking*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2012.

[87] Ciò è ammesso incidentalmente dalla stessa Corte costituzionale. Cfr. Corte cost., sent. n. 360 del 1996, secondo cui il decreto-legge può essere «tale da produrre effetti non più reversibili nel caso di una mancata conversione finale».

[88] Cfr., tra gli Autori che pur sostengono la compatibilità tra decreto-legge e riserva assoluta di legge, soprattutto F. C. Palazzo, voce *Legge penale*, cit.: «l’unico — ma indiscutibile — motivo di perplessità deriva dal fatto che gli eventuali effetti prodotti sulla libertà personale del soggetto durante il periodo di vigenza prima della decadenza per mancata conversione (o della conversione con emendamenti), non sono di fatto rimovibili ad onta del disposto dell’ultimo comma dell’art. 77 Cost.».

[89] Sono le parole di Costantino Mortati, espresse durante la seduta del 17 ottobre 1947, in *Atti dell’Assemblea Costituente*, IV, p. 3339.

[90] S. Romano, *Sui decreti legge e la stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e di Reggio*

Calabria, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, p. 251, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, p. 297 ss., contro il quale si v. le forti critiche di C. Esposito, voce *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 834.

[91] C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, p. 292.

[92] L. Paladin, *Art. 77*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1979, p. 56.

[93] Cfr. A. Celotto – E. Di Benedetto, *Commento all'art. 77*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. II, cit., p. 1518 s., i quali lamentano come «il significato della clausola generale “casi straordinari di necessità ed urgenza” è stato, negli anni, completamente snaturato, in forza di una interpretazione estensiva o – addirittura – super-estensiva del presupposto legittimante», avallata «dalla dottrina, in quanto la prassi – a tal fine – si è avvalsa non poco delle “condiscendenti elaborazioni dei costituzionalisti”: è stato, infatti, proprio il contributo degli studiosi a spalancare le porte all'abuso, fornendo argomentazioni eccellenti per una interpretazione “lassista” della locuzione costituzionale».

[94] In questo senso sembra essere anche la più recente giurisprudenza costituzionale, che collega il riconoscimento dell'esistenza dei presupposti fattuali, di cui all'art. 77 Cost., ad una intrinseca coerenza delle norme contenute nel decreto-legge, o dal punto di vista oggettivo e materiale, o dal punto di vista funzionale e finalistico, tale per cui la disomogeneità dell'atto appare un possibile sintomo dell'evidente mancanza della straordinaria necessità ed urgenza.

Cfr. Corte cost. sentt. n. 171 del 2007, n. 128 del 2008 e, da ultimo, n. 22 del 2012, secondo cui «La urgente necessità del provvedere può riguardare una pluralità di norme accomunate dalla natura unitaria delle fattispecie disciplinate, ovvero anche dall'intento di fronteggiare situazioni straordinarie complesse e variegate, che richiedono interventi oggettivamente eterogenei, afferenti quindi a materie diverse, ma indirizzati all'unico scopo di approntare rimedi urgenti a situazioni straordinarie venutesi a determinare.

Da quanto detto si trae la conclusione che la semplice immissione di una disposizione nel corpo di un decreto-legge oggettivamente o teleologicamente unitario non vale a trasmettere, per ciò solo, alla stessa il carattere di urgenza proprio delle altre disposizioni, legate tra loro dalla comunanza di oggetto o di finalità. Ai sensi del secondo comma dell'art. 77 Cost., i presupposti per l'esercizio senza delega della potestà legislativa da parte del Governo riguardano il decreto-legge nella sua interezza, inteso come insieme di disposizioni omogenee per la materia o per lo scopo.

L'inserimento di norme eterogenee all'oggetto o alla finalità del decreto spezza il legame logico-giuridico tra la valutazione fatta dal Governo dell'urgenza del provvedere ed “i provvedimenti provvisori con forza di legge”, di cui alla norma costituzionale citata. Il presupposto del “caso” straordinario di necessità e urgenza inerisce sempre e soltanto al provvedimento inteso come un tutto unitario, atto normativo fornito di intrinseca coerenza, anche se articolato e differenziato al suo interno. La scomposizione atomistica della condizione di validità prescritta dalla Costituzione si pone in contrasto con il necessario legame tra il provvedimento legislativo urgente ed il “caso” che lo ha reso necessario, trasformando il decreto-legge in una congerie di norme assemblate soltanto da mera casualità temporale».

In dottrina si v., per tutti, R. Romboli, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro it.*, 2008, I, col. 1422 ss.; Id., *Ancora una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge (e della legge di conversione) per evidente mancanza dei presupposti: qualche interrogativo sul significato e gli effetti di alcune affermazioni della Corte*, in *Foro it.*, 2008, I, col. 3044 ss., secondo cui «Se riferiti specificamente al decreto legge, credo non si possa non convenire sul fatto che si tratta di due requisiti (quello della omogeneità e quello della necessità ed urgenza) tra loro differenti, potendosi facilmente darsi l'ipotesi di un decreto legge dal

contenuto assolutamente omogeneo, ma privo delle condizioni di necessità ed urgenza, nonché quella di un decreto dal contenuto palesemente disomogeneo, ma fondato su autonome e distinte ragioni di necessità e urgenza, ricordate nell'epigrafe o nel preambolo o nella relazione di presentazione.

Se ciò fosse condivisibile, allora l'alternativa che verrebbe a porsi sarebbe la seguente: o l'omogeneità (del decreto legge) è da ritenere requisito costituzionalmente necessario ed allora la sua mancanza dovrebbe essere sanzionata dalla corte a prescindere da un qualsiasi suo collegamento con la mancanza di necessità ed urgenza oppure il carattere disomogeneo del decreto ed in particolare la natura di norma "intrusa" della disciplina impugnata, non rilevante di per sé, assume, insieme ad altri, la funzione di "sintomo" della "evidente mancanza" di necessità ed urgenza, specie quando, come nel caso delle decisioni in esame, la motivazione circa la sussistenza di tale condizione appare interamente rivolta a giustificare un intervento normativo su una materia diversa e quindi "disomogenea" rispetto a quella impugnata».

[95] Quando, invece, mediante il decreto-legge si vogliono introdurre norme penali, incidendo dunque su una materia sicuramente coperta da riserva assoluta di legge, la necessità di cui all'art. 77, comma 2, Cost. si intreccia con l'omonimo principio del diritto penale – *nullum crimen, nulla poena sine necessitate* – e richiede una valutazione ancora più stringente. In questo senso, la limitazione, ad esempio, della libertà personale, che l'art. 25, comma 2, Cost. affida alla legge, è qualificabile come *extrema ratio*, sicché il ricorso alla pena è giustificato esclusivamente allorquando la tutela del bene giuridico non sia in alcun modo, né in minima parte, ottenibile attraverso sanzioni extrapenali. La valutazione concerne il bisogno di pena: bisogno assoluto, non altrimenti ovviabile.

[96] C. Esposito, voce *Decreto-legge*, cit., p. 841.

[97] Come osservava criticamente L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 214.

[98] Cfr. Corte cost., sent. n. 293 del 2010.

[99] F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 170 s., che richiama Corte cost., ord. n. 490 del 2000, secondo cui «la delega legislativa non fa venire meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri fissati nella legge delega».

[100] Corte cost., sent. n. 426 del 2006.

[101] Corte cost., sentt. n. 230 del 2010, n. 341 del 2007, n. 426 e n. 285 del 2006.

[102] P. Carnevale, *La strana permeabilità della legge di delega. Qualche considerazione a margine della sentenza n. 230/2010*, in *Giur. cost.*, n. 4 del 2010, p. 3611 ss.

[103] Indubbio, invece, è l'allontanamento della delega legislativa dal modello dell'art. 76 Cost.: cfr., tra i molti, L. Paladin, *Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri*, in *Quaderni cost.*, 1996, p. 7; R. Bin, *Determinazione dei principi nella delega legislativa e norme transitorie*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 384 ss.; S. Staiano, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, cit., p. 16.

[104] Si v., sul punto, M. D'Amico – G. Arconzo, *Commento all'art. 25*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, p. 539, che citano per la prima ipotesi le leggi comunitarie e per la seconda il Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (D.Lgs. n. 490 del 1999).

[105] Come ritiene P. Pittaro, *Art. 25, comma secondo*, in R. Bin – S. Bartole (a cura di), *Commentario*

breve alla Costituzione, Padova, 2008, p. 256.

[106] Cfr. P. Passaglia, *Commento all'art. 72*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. II, Torino, 2006, p. 1389 s.

[107] A. Perrone, *Il procedimento formativo dei decreti legislativi nell'analisi delle leggi delega e della prassi parlamentare*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2005, p. 2309 ss.

[108] E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 45. Del medesimo avviso è F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 178.

[109] Cfr. Corte cost., sent. n. 156 del 1985, secondo cui la mancata motivazione delle ragioni per le quali il Governo si è discostato dal parere parlamentare non costituisce vizio di incostituzionalità del decreto delegato.

[110] Cfr. G. Tarli Barbieri, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in *La delega legislativa. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, p. 160.

[111] Cfr., in termini perplessi, A. Perrone, *op. cit.*

[112] Le interpretazioni che conducono ad intendere il diritto costituzionale «come una semplice registrazione-legittimazione dell'esistente» presentano evidenti «profili svalutativi» per M. Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, p. 91 ss..

[113] Si v. R. Guastini, voce *Legge (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1994: «se l'intera disciplina costituzionale della legge si estendesse ai decreti legislativi e ai decreti-legge, non vi sarebbe necessità di specificare che si può chiedere referendum (non solo su leggi, ma anche) su atti aventi forza di legge, e che sono soggetti al controllo della Corte costituzionale (non solo le leggi, ma anche) gli atti aventi forza di legge».

[114] Sulla semplicità, quale criterio da utilizzare per giudicare il valore o l'accettabilità di un'ipotesi, si v. I. Copi, *Introduzione alla logica*, cit., p. 486 ss.

[115] G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, Roma – Bari, 2010, p. 192 s.

[116] C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931, trad. it. *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, p. 115 ss.

[117] Cfr. G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, cit., p. 193, secondo cui la riduzione del Parlamento a «“fabbrica delle leggi”», ovvero a semplice produttore di decisioni di maggioranze, determinerebbe una progressiva degenerazione del carattere costituzionale dell'ordinamento complessivo».

[118] Giustamente P. Caretti, *Il ruolo della legge statale, oggi*, in M. Ruotolo (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, 2007, p. 49, parla di una «torsione fortissima del modello costituzionale».