

Università degli Studi di Milano
Scuola di Dottorato in Scienze giuridiche
Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale
Curriculum in Diritto costituzionale
Ciclo XXVIII

**IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELL'ORDINAMENTO ITALIANO
ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA**

IUS - 08

Dottoranda: Alessia Valentino
Matr. n. R10373

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Barbara Randazzo

Coordinatore del Dottorato: Chiar.ma Prof.ssa Lorenza Violini

A.A. 2014/2015

*A mio padre,
nel ricordo di mia madre*

INDICE

Premessa	pag. I
----------	--------

Capitolo introduttivo

IL RUOLO DELLA LEGGE NELLO SVILUPPO DEL PENSIERO FILOSOFICO-GIURIDICO

1. Il ruolo della legge nel pensiero filosofico-giuridico pre-illuministico	pag. 2
1.1. Legge divina <i>vs</i> legge della <i>polis</i> : diritto naturale <i>vs</i> diritto positivo	pag. 4
1.2. Governo della legge o governo degli uomini?	pag. 10
1.3. La legge nell'opera di Socrate, Platone e Aristotele	pag. 13
1.4. La legge nella Roma repubblicana: Cicerone e il cittadino "servo della legge"	pag. 18
1.5. Medio Evo ed età cristiana	pag. 21
2. Il principio di legalità nella teoria liberale dello Stato	pag. 24

Capitolo I

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ: ORIGINE, FONDAMENTO E PORTATA

1. L'origine del principio di legalità	pag. 33
1.1. La <i>rule of law</i> britannica e la garanzia della giustizia sostanziale	pag. 33
1.2. Le origini del principio di legalità continentale	pag. 36
2. Natura e portata del principio	pag. 39
2.1. La mera conformità alla legge	pag. 41
2.2. Il contenuto triplice del principio	pag. 43

2.2.1. La preferenza di legge	pag. 43
2.2.2. Principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale	pag. 44
3. Il fondamento del principio di legalità	pag. 46
3.1. L'articolo 101, comma 2, della Costituzione: fondamento della legalità e soggezione del giudice al <i>diritto</i> tra fonti legislative e fonti giurisprudenziali	pag. 50
4. La riserva di legge	pag. 60
4.1. La <i>ratio</i> della riserva di legge: separazione dei poteri o funzione garantista	pag. 61
4.1.1. La riserva di legge come strumento organizzativo delle istituzioni normative	pag. 62
4.1.2. La riserva di legge come espressione del principio garantista	pag. 63
4.1.3. La riserva di legge come estrinsecazione del principio democratico	pag. 66
4.2. La riserva di legge e la rigidità della Costituzione repubblicana	pag. 69
4.3. La portata attuale della riserva nell'ordinamento	pag. 71
5. Principio di legalità e principio d'irretroattività della legge in materia civile. Rinvio	pag. 76

Capitolo II

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE

1. Il principio di legalità in materia penale e i suoi corollari	pag. 86
1.1. Il principio d'irretroattività della legge penale sfavorevole	pag. 90
1.2. Il principio di retroattività della <i>lex mitior</i>	pag. 92

1.3. Il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie incriminatrice	pag. 95
1.4. Il divieto di analogia	pag. 97
2. La riserva di legge in materia penale	pag. 98
2.1. Democraticità e garantismo nella riserva di legge formale	pag. 98
2.2. Natura della riserva prevista dall'articolo 25, comma 2, della Costituzione	pag. 102
2.2.1. Riserva di legge e atti aventi forza di legge	pag. 103
2.2.2. Riserva di legge e fonti secondarie	pag. 108
2.2.3. Riserva di legge e fonti comunitarie: il caso <i>Taricco</i>	pag. 109
2.3. La riserva di legge nella determinazione della pena	pag. 114

Capitolo III

LA NOZIONE DI "BASE LEGALE" NEL LINGUAGGIO DELLA CONVENZIONE EUROPEA. NOTAZIONI PRELIMINARI

1. Principio di legalità e principio democratico nel sistema del Consiglio d'Europa	pag. 116
2. L'accezione sostanzialistica di "legge" strumentale all'effettività della tutela dei diritti	pag. 119
2.1. I requisiti di accessibilità, prevedibilità e chiarezza	pag. 121
2.1.1. Il ruolo della giurisprudenza delle Corti interne per precisare il significato normativo delle disposizioni scritte	pag. 123
2.1.2. La rilevanza delle caratteristiche soggettive del destinatario della previsione normativa	pag. 128
2.1.3. ... le circolari universitarie come "legge": il caso <i>Leyla Sahin</i> <i>c. Turchia</i>	pag. 130

Capitolo IV
LE GARAZIE A CONFRONTO:
IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA CIVILE IN UNA PROSPETTIVA
INTEGRATA

1. Il principio di certezza del diritto e i suoi corollari in materia civile nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo pag. 136
 - 1.1. Il principio d'irretroattività della legge civile pag. 138
 - 1.2. Il principio di parità delle armi pag. 142
 - 1.3. I casi di violazione consentita: le ingerenze ammissibili per "motivi imperativi d'interesse generale" pag. 145
 - 1.4. Conclusione parziale sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito alle leggi d'interpretazione autentica con portata retroattiva pag. 151
2. Giurisprudenza costituzionale e convenzionale a confronto in materia di irretroattività della legge civile: la vicenda del personale ATA e della cc.dd. *pensioni svizzere* pag. 152
 - 2.1. Le prime applicazioni della giurisprudenza europea in materia di leggi d'interpretazione autentica da parte della Corte costituzionale. pag. 154
 - 2.1.1. La prima sentenza sulla vicenda del personale ATA: n. 234 del 2007 pag. 157
 - 2.1.2. La sentenza n. 311 del 2009 (la seconda sentenza sulla vicenda del personale ATA) pag. 158
 - 2.2. I più recenti casi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia contro l'Italia: *Agrati e Arras* pag. 161

2.3. La Corte costituzionale si confronta con la giurisprudenza <i>Agrati e Arras</i>	pag. 164
2.4. Il caso <i>Maggio e altri c. Italia</i> e la sentenza n. 264 del 2012 della Corte Costituzionale: la prima (e unica) applicazione dei “controlimiti” con riferimento alla CEDU	pag. 169
2.4.1. L’intervento del giudice europeo	pag. 172
2.4.2. La successiva pronuncia della Corte costituzionale e l’applicazione dei “controlimiti”	pag. 177
2.4.3. La rilevanza della sequenza temporale delle pronunce e il conseguente diverso apprezzamento dei <i>motivi imperativi d’interesse generale</i>	pag. 179
2.4.4. Il principio di uguaglianza come “controlimite”	pag. 181
3. Principio d’irretroattività della legge civile, rapporti tra le Corti e parametri di legalità	pag. 183

Capitolo V

LA PROSPETTIVA INTEGRATA DELLE GARANZIE DEL PRINCIPIO IN MATERIA PENALE

1. Il principio <i>nullum crimen sine lege</i> nella giurisprudenza della Corte EDU sull’articolo 7 della Convenzione	pag. 187
1.1. La “materia penale” ai sensi della Convenzione	pag. 190
1.2. Il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole	pag. 194
1.3. Il principio di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie penale	pag. 195
1.4. Il divieto di analogia	pag. 197
1.5. Il principio di retroattività della <i>lex mitior</i>	pag. 198

2. La retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole al reo	pag. 200
2.1. Prime “rifrazioni” nell’ordinamento italiano del principio applicato al mutamento giurisprudenziale: la sentenza n. 18288 del 2010 della Corte di cassazione	pag. 203
2.2. Principio di legalità costituzionale e convenzionale a confronto: la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012	pag. 208
2.2.1. Il caso alla base della pronuncia del giudice delle leggi	pag. 208
2.2.2. La dichiarazione d’infondatezza della q.l.c. con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU sull’articolo 7 CEDU	pag. 212
2.2.3. L’ <i>obiter dictum</i> della Corte costituzionale sul principio di legalità convenzionale	pag. 215

Capitolo VI

LE NOVITÀ DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA E IL LORO PROBLEMATICO IMPATTO SULL’ORDINAMENTO PENALE INTERNO

1. Principio di legalità della sanzione: il caso <i>Del Rio Prada c. Spagna</i> e i mutamenti giurisprudenziali favorevoli al reo	pag. 224
1.1. Il caso alla base della pronuncia della Corte EDU e la c.d. <i>dottrina Parot</i>	pag. 225
1.2. La decisione della Corte EDU: l’imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale	pag. 226
2. Principio di legalità e determinatezza della fattispecie incriminatrice: il caso <i>Contrada c. Italia</i> e il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo	pag. 229
2.1. Il caso alla base della pronuncia della Corte EDU e il contrasto giurisprudenziale sul delitto di concorso esterno in associazione mafiosa	pag. 230

2.2. La decisione della Corte EDU e il “reato di creazione giurisprudenziale”	pag. 233
2.2.1. Sull’opportunità di discutere di reato di creazione giurisprudenziale: alcune considerazioni critiche	pag. 235
2.2.2. Il seguito interno: la sentenza della Cassazione sul processo “Infinito”	pag. 237
3. Principio di legalità sovranazionale tra ermeneutica e riserva di legge	pag. 243
4. A mo’ di conclusione	pag. 246
Bibliografia	pag. 250

Premessa

Il principio di legalità è un, se non *il*, principio cardine dello Stato di diritto. Tuttavia, esso non è dogmaticamente immutabile, ma evolve accompagnando le trasformazioni dell'ordinamento giuridico.

Tale principio costituisce nella dottrina giuspubblicistica lo strumento privilegiato per limitare il potere pubblico o - come affermato da Carl Schmitt - per "razionalizzarlo". Nasce con il sorgere degli Stati liberali ed è immanente rispetto ai poteri pubblici, ma la garanzia della supremazia della legge che ad esso si accompagna nell'impostazione continentale risente delle evoluzioni legate all'assetto delle forme di Stato e di Governo degli ordinamenti.

Nell'analisi della portata attuale di tale principio e di quello della riserva di legge, non si può prescindere dal dato positivo: guardare alle norme sulla produzione legislativa e sui rapporti tra i poteri dello Stato è il punto di partenza per ogni successiva determinazione. L'approfondimento è stato condotto osservando come il principio di legalità viva effettivamente nella realtà e quali siano i problemi che si pongono rispetto alla sua attuazione.

Dalla ricerca è emersa la presenza di questioni *endogene* che evidenziano le difficoltà di tenuta del sistema imperniato sulla supremazia della legge parlamentare in ragione del rimando all'ideologia garantista e democratica che essa tradizionalmente implica. Non si possono, infatti, negare le derive cui assistiamo da anni che riguardano l'abuso della decretazione d'urgenza da parte del Governo, la crisi partitica che ha investito il nostro sistema politico, la pessima qualità del testo normativo e la velocità con la quale le discipline mutano nel tempo. Ancora, non si può non tenere conto del nuovo ruolo assunto dai giudici. Il modello del giudice *bouche de la loi*, perseguito dagli illuministi, si è presto rivelato un mito e si è dovuto constatare che il giudice

svolge il ben più complesso compito d'interprete del diritto. Negli ultimi anni, tuttavia, egli ha assunto un ruolo che va ben oltre quello dell'interprete e che potremmo definire di supplenza dell'inerzia legislativa. Talora i giudici sono chiamati a forzare il dato letterale fornendo interpretazioni creative. Tale fenomeno ha assunto un rilievo sempre maggiore tanto da indurre la dottrina a includere la giurisprudenza tra le fonti del diritto.

Quanto alle questioni *esogene*, l'osservazione della realtà in cui il principio di legalità è calato e deve operare ha manifestato che sia innegabile che le dinamiche tra gli organi e la complessità del sistema delle fonti trovino oggi la loro causa primaria nell'inserimento del nostro ordinamento nei sistemi sovranazionali. Tanto l'ordinamento dell'Unione Europea, quanto il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo influenzano la dimensione nazionale e non appare più possibile utilizzare una metodologia che tende a riportare entro le categorie classiche del nostro costituzionalismo le spinte provenienti da tali sistemi.

La Corti di Lussemburgo e di Strasburgo hanno inciso profondamente sulla natura del principio di legalità per come lo conosceva il nostro ordinamento, basandosi su una nozione di legge che contempla accanto al dato legislativo anche il diritto giurisprudenziale.

Una siffatta concezione richiede una rimediazione critica del principio di legalità.

La ricerca svolta muove dall'analisi del principio nell'ordinamento nazionale per poi soffermarsi sulla sua portata nel sistema della CEDU.

Dopo un Capitolo introduttivo che ripercorre, molto sinteticamente, la concezione della legge nella storia del pensiero giuridico, il Primo Capitolo della trattazione è dedicato alla ricostruzione del fondamento e dell'affermazione del principio di legalità negli ordinamenti continentali ed in particolare in quello italiano, osservando come l'esigenza di tutela nei confronti

dello Stato amministrazione abbia configurato tale principio come strumento per limitare l'ingerenza statale e come argine all'utilizzo dei regolamenti.

Si è poi indagato sui corollari del principio di legalità attraverso i quali il principio si è estrinsecato nella prassi: la riserva di legge e il principio d'irretroattività della legge. Con riferimento alla riserva di legge si è indagata la *ratio* originaria per poi valutarne la tenuta nell'assetto attuale. In particolare si è indagato intorno al significato che assumono nell'odierno assetto istituzionale le istanze garantista e democratica al fondo di tale istituto.

Si è poi esaminato il principio d'irretroattività della legge distinguendo la sua portata a seconda che si verta in ambito civile o penale. Con riferimento alla prima, infatti, la copertura a livello legislativo e non costituzionale ha avuto importanti conseguenze soprattutto con riferimento alla prassi dell'utilizzo di leggi d'interpretazione autentica che è invalsa nel nostro ordinamento e genera conseguenze di non scarso rilievo in ragione della loro portata retroattiva.

Nel Secondo Capitolo si è esaminata la portata del principio di legalità in materia penale muovendo dall'interpretazione dell'articolo 25, comma 2, della Costituzione a partire dall'analisi della giurisprudenza costituzionale con riferimento dapprima all'utilizzo degli atti aventi forza di legge, poi delle norme di rango *sub* legislativo e dalle più recenti "influenze" che provengono dal diritto dell'Unione Europea.

Il Terzo Capitolo si è incentrato sull'analisi del significato che la "legge" o meglio la "base legale" possiede nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si è osservato come la Corte di Strasburgo abbia fornito una *nozione autonoma* di tale concetto e che nella prospettiva convenzionale la *legge* può derivare sia dal diritto scritto, sia da quello *non scritto*.

La Corte dei diritti ha, infatti, ritenuto idonee a fornire la "base legale" alle ingerenze statali, anzi, numerose forme che la *legge* può assumere: la

legislazione, la giurisprudenza consolidata, il *common law*, i regolamenti, la circolare, il codice deontologico e la disciplina internazionale.

L'approccio *sostanzialistico* della Corte europea è messo in luce nell'esaminare che i criteri utilizzati per riconoscere sussistente detta "base legale", non essendo un concetto ancorato formalisticamente a una o più fonti, quanto piuttosto alla verifica del grado di prevedibilità e accessibilità e chiarezza della previsione che incide nel godimento del diritto.

Il Quarto Capitolo si è incentrato sull'esplicazione della garanzia del principio di legalità in ambito convenzionale con riferimento alla materia civile. Si è messo in luce come la tutela della legalità in tale ambito passi, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, attraverso il rispetto delle garanzie procedurali di cui all'articolo 6 della CEDU. Esse si estrinsecano nel principio di parità delle armi e d'irretroattività della legge civile, tranne che in presenza di imperativi motivi d'interesse generale che la Corte ha ritenuto sussistenti in casi del tutto eccezionali. Proprio con riferimento a tale ultimo punto si è osservata la differente impostazione della nostra Corte costituzionale che, basandosi sul diverso fondamento del principio in materia civile rispetto a quello penale, ha ritenuto che fosse derogabile in presenza di ragioni valutate in maniera non sempre rigorosa.

Il Quinto Capitolo è dedicato all'esame della portata del principio *nullum crimen sine lege* di cui all'articolo 7 della Convenzione analizzandone la portata e i corollari. In quella sede si è approfondita anche la giurisprudenza europea in tema di mutamento giurisprudenziale e le prime rifrazioni che tale impostazione ha avuto nel nostro ordinamento.

Infine, nel Sesto capitolo si è dato conto delle più recenti statuizioni della Corte EDU in materia di principio di legalità in materia penale con precipuo riferimento alla portata dei mutamenti giurisprudenziali, soffermandosi sulle conseguenze che l'impostazione seguita dalla Corte di Strasburgo ha avuto nel

nostro ordinamento. L'approccio *sostanzialistico* seguito dalla Corte EDU si è scontrato, infatti, in modo significativo con l'impostazione tradizionale seguita nel nostro ordinamento e proprio di tali frizioni si è cercato di dare conto.

Capitolo introduttivo

IL RUOLO DELLA LEGGE NELLO SVILUPPO DEL PENSIERO FILOSOFICO-GIURIDICO

Chi, come Bobbio, fonda giuridicamente i diritti e le leggi sul consenso generale, ritiene sostanziale il problema della loro fondazione storica e ideale, indagando cioè perché il consenso generale si è indirizzato proprio in una specifica direzione.

In questo c'è continuità con la riflessione di Nietzsche per il quale lo strumento più profondo per sottoporre a valutazione critica un discorso morale, qual è fondamentalmente il discorso sui diritti e sulle leggi, è la genealogia. Scrive, infatti, il filosofo: "una dottrina deve essere giudicata non soltanto sulla base delle sue analisi, dei suoi precetti e della sua parte critica, ma anche sulle sue intenzioni implicite, la sua provenienza e le sue affinità. Ogni sistema critico può essere considerato come un sistema di valori impliciti, che le circostanze interne (o la sua propria evoluzione interna) possono fare deviare, nella sua assiologia come nelle sue intenzioni. Ogni precetto morale appare come il sintomo di una mentalità e, in fin dei conti, di una preoccupazione. Bisogna dunque classificare i giudizi morali, rintracciarne la storia e, per questo, rimontare alle sorgenti. Bisogna studiare le condizioni nelle quali sono apparsi i concetti, poi ridiscendere lungo il filo dei tempi fino al presente. Bisogna infine vedere di quale tipo morale questi concetti sono espressione"¹.

¹ F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, a cura di G. Colli e M. Montinari, Adelphi, Milano, 1973.

Appare opportuno, quindi, muovere da un'estremamente sintetica ricostruzione del ruolo che la legge ha avuto nelle concezioni filosofico-giuridiche precedenti alla costituzione dello stato liberale ed è un esercizio, questo, che, come si vedrà, consente di meglio comprendere gli spiegamenti attuali dei concetti oggetto del presente lavoro.

1. Il ruolo della legge nel pensiero filosofico-giuridico pre-illuministico

Sebbene il principio di legalità e lo Stato di diritto abbiano assunto la loro formulazione attuale a partire dalla fine del secolo XVIII, l'ideale del "governo delle leggi" è riconducibile già all'età arcaica. A partire dal V secolo a.C. si svilupparono, infatti, le concezioni sofiste che contrapponevano il diritto della *polis* al diritto degli Dei (ponendo così le basi concettuali alla contrapposizione che ha attraversato la storia del pensiero giuridico tra giuspositivisti e giusnaturalisti), le teorie dei filosofi sul ruolo della legge che per tutto il periodo classico saranno debitrice alle opere di Platone e Aristotele e la disputa che vedeva contrapporsi il governo delle leggi e il governo degli uomini.

Com'è noto i due fili rossi sottesi al principio di legalità possono essere individuati, da una parte, nel rispetto delle esigenze garantiste e, dall'altra, nell'esplicazione del principio democratico.

Il primo di questi due principi è stato ricondotto alla c.d. *libertà dei moderni* che vede nel principio di legalità lo strumento di garanzia delle posizioni giuridiche individuali contro il potere sovrano e rinviene nella raffrontabilità degli atti del potere pubblico con una previa norma generale e astratta il mezzo atto a garantire la non interferenza nella sfera privata da parte di un soggetto terzo². La previa esistenza di una norma che offra il parametro

² S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.* n. 2/2005.

per assicurare la giustiziabilità dell'atto implica un riferimento alla legge in senso sostanziale, di stampo illuminista. L'idea di supremazia della legge come garanzia contro un possibile uso arbitrario del potere trova, tuttavia, una configurazione ben prima del Secolo dei Lumi ed è possibile ravvisarne le basi concettuali già nel periodo arcaico.

Il secondo legame, quello tra principio di legalità e principio democratico sottende, invece, l'idea di legalità intesa come conformità alla legge in senso formale e trova oggi le sue basi concettuali nei concetti di rappresentanza e, come si dirà con riferimento ai sistemi sovranazionali, di cessione di sovranità.

La storiografia delle istituzioni ha mostrato come all'edificazione di un sistema giuridico ispirato al principio di legalità in senso lato, e quindi alle idee di razionalità, impersonalità e oggettività normativa, abbiano dato un contributo fondamentale la cultura e la prassi romana, mentre alla costruzione di un sistema giuridico poggiante sul principio di stretta legalità si sia arrivati solo in età moderna, in particolare, e non senza ambiguità e resistenze, con l'Illuminismo.

Dal punto di vista della storia del pensiero è difficile negare che già nell'antica Grecia fosse presente la consapevolezza della complessità del problema. Nella disputa filosofica platonico-aristotelica sulla superiorità del governo delle leggi o del governo degli uomini, quella distinzione tra governo *sub lege* e governo *per legem*, appare già piuttosto chiaramente identificabile. Tale dibattito va, tuttavia, calato, per essere adeguatamente compreso, entro un contesto di produzione normativa materialmente e formalmente irrazionale in cui prevalgono le consuetudini del diritto sacrale e il nuovo si fa strada attraverso le forme della statuizione carismatica.

1.1. Legge divina vs legge della polis: diritto naturale vs diritto positivo

La legge scritta fu una conquista della Grecia arcaica. È a partire dal VII secolo a.C., infatti, che possono rinvenirsi le prime codificazioni che misero per iscritto il diritto consuetudinario trasmesso, fino a quel momento, per via orale. Com'è stato osservato "lo slittamento del significato del termine *nómos*, inizialmente usato nel senso di consuetudine e poi indicante le leggi scritte della città, è stato associato alla nascita della democrazia"³. La legge scritta, dunque, nasce come conquista contro l'arbitrio di una legge non scritta "promanante dall'alto e controllata da caste protette dal paravento della sacralità"⁴ ed è per questo motivo che "lo sviluppo in direzione di una prassi democratica [...] è andato di pari passo con l'estendersi e il consolidarsi della pratica della «legge scritta»"⁵.

Con riferimento al ruolo della legge nell'antichità arcaica devono seguirsi due direttrici descrittive per ricondurre entro due macro-aree le produzioni di filosofi e pensatori che posero al centro delle loro elaborazioni la legge. Da una parte ci si deve soffermare sulla concezione della legge in sé ("tiranna, sofistica, intellettualistica" per Platone, o "della ragione senza la passione" per Aristotele); dall'altra devono riportarsi le teorie che hanno tentato di rispondere alla domanda "qual è il governo migliore, quello delle leggi o quello degli uomini?", quesito che ha accompagnato tutto il corso della storia del pensiero politico.

La prima direttrice impone di soffermarsi sul rapporto che sin dal V secolo a.C. ha interessato i filosofi, prima ancora dei giuristi, tra leggi positive dello Stato, fatte valere anche con la forza, e norme di condotta che ciascun

³ G. SILVESTRINI, *Il concetto di "governo della legge" nella tradizione repubblicana*, in *Working paper POLIS - Political Theory Series*, n. 12/2000.

⁴ L. CANFORA, *La legge o la natura?* in I. Dionigi (a cura di), *La legge sovrana*, BUR, Saggi, 2006.

⁵ G. SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 5.

essere umano sente di dovere seguire indipendentemente da una previsione legislativa. Contrasto che è stato massimamente espresso nell'*Antigone* di Sofocle e che ha posto le basi per la concezione sofistica della legge.

A partire dal V secolo a.C., infatti, si sviluppa una concezione filosofica che, pur declinata in modo differente da ciascuno dei suoi esponenti, aveva alla base l'idea che la legge naturale/divina fosse superiore e che le leggi positive dovevano essere comparate con le leggi "non scritte". Essa contrapponeva, come esplicitato nell'*Antigone*, il *giusto per legge* e il *giusto per natura*, il *nómos* (nel suo significato originario di creazione umana, artificiale), alla *physis*.

Prima di soffermarsi sulle letture che nel tempo sono state date della tragedia di Sofocle è opportuno fare riferimento al contesto storico nel quale è stata elaborata l'opera.

Le riforme di Pisistrato che stavano interessando il mondo greco fin dall'inizio del V secolo a.C. miravano a modernizzare il governo della città di Atene a sfavore delle leggi arcaiche. Davanti a quest'opera di modernizzazione si formarono due schieramenti: da una parte stavano i sostenitori di un diritto "non scritto e non mutabile, che non è né di ieri né di oggi, ma da sempre, di cui è ignota la rivelazione"⁶ che si radica nella coscienza del singolo e si esplica nella difesa della famiglia, nel culto dei morti e si rafforza nutrendosi di senso dell'onore e di fedeltà. Dall'altra parte, si schieravano i sostenitori delle riforme basate sulle leggi proclamate alla luce del sole ("raggio di sole, luce, la più bella che apparve a questa Tebe dalle sette porte" recita, infatti, il celebre parodo dell'*Antigone*), per valere universalmente: "leggi che esigono ubbidienza uniforme e incondizionata, spezzano l'unità dei legami interpersonali e familiari, travolgono eros, amore coniugale sentimento paterno, fraterno e filiale, ignorano la contiguità del sangue"⁷. Come si può facilmente

⁶ G. ZAGREBELSKY, *Antigone e la legge che smarrisce*, in *La repubblica* del 25 giugno 2003.

⁷ *Ibidem*.

comprendere il rischio di leggi arbitrarie era oggetto di grande preoccupazione e certamente il diffondersi di dottrine relativiste portava a “esaltare il diritto come pura volontà, rischiando di assecondare le propensioni tiranniche della democrazia”⁸.

La tragedia, come noto, narra di Antigone, figlia di Edipo, che vuole seppellire il fratello Polinice morto combattendo contro la patria; la legge di Creonte, re di Tebe, glielo impedisce. La prima fa valere la legge del sangue; il secondo, la legge della città.

Il contrasto che porterà alla morte di Antigone e alla distruzione di Creonte si basa, quindi, sulla contrapposizione di due personaggi forti, portatori di idee inconciliabili: da una parte la figura femminile che afferma nel dialogo iniziale con la sorella Ismene la forza della propria convinzione al punto da essere pronta a subire l’estrema conseguenza: “io il fratello seppellirò e mi sarà bello morire mentre lo faccio”⁹; dall’altro la posizione di Creonte che afferma che “chi tracotante viola le leggi o pensa di dare ordini ai sovrani, mai otterrà lode da me. Quello che la città ha innalzato, lui è necessario ascoltare, in ogni cosa sia grande che piccola, sia giusta che ingiusta”¹⁰. Tale opposizione porterà entrambe le parti alla distruzione: Antigone morirà per ordine di Creonte; il di lui figlio e promesso sposo della fanciulla, Emone, si toglierà la vita alla notizia e la madre e moglie di Creonte farà altrettanto apprendendo della perdita del figlio, fatti che genereranno massima disperazione nel re di Tebe¹¹.

⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e le leggi di Creonte*, in I. Dionigi (a cura di), *La legge sovrana*, BUR, 2006.

⁹ SOFOCLE, *Antigone*, tr. it. a cura di A. Tonelli, Marsilio, Venezia, 2008.

¹⁰ SOFOCLE, *op. cit.*, secondo stasimo, terzo episodio.

¹¹ “Creonte: Ahimè ahimè su nessun altro mortale ricadranno mai queste mie colpe”! Io, io ti ho uccisa, io sono il colpevole. Questa è la verità. Servi portatemi via, presto, cacciate via me che non sono che nulla. / Coro: consigli bene, Se ai può esservi un bene nei mali, che essi quanto più gravi tanto più rapidi passino. / Creonte: Ahi, ahi si faccia infine vedere il termine del mio

Tre sono state le interpretazioni date a questo testo: la prima si basa su una dicotomia: "Antigone sta tutta di qua, dalla parte del bene; Creonte tutto di là, dalla parte del male"¹². Le due figure antitetiche per eccellenza portano con sé due concezioni della legge che sono state nel tempo ricondotte alla legge di natura e alla legge positiva, ma come è stato opportunamente fatto notare, è più indicato valutare quelle posizioni con le categorie del tempo e non con le nostre, contrapponendo, quindi, il *nómos basileus* con il *nómos despotes*: Creonte è un despota e la città deve conformarsi alla sua volontà, si crede onnipotente nel fare e nel disfare la legge e tiene la città sotto il giogo della violenza; la legge di Antigone è, invece, quella della tradizione "il cui fondamento trascende la potenza degli uomini e si confonde con il culto degli dèi"¹³ e questa legge, seppur non impedendo la produzione di leggi scritte da parte degli uomini, è la "pietra di paragone per la loro legittimità morale"¹⁴.

La seconda interpretazione - hegeliana - non sposa la netta divisione tra le due figure centrali dell'opera, ma riconosce la profonda moralità di entrambi poiché "se l'uomo è colpevole solo nel caso in cui gli si offra una possibilità di libera scelta, le antiche figure tragiche sono tutte innocenti"¹⁵. Ciò perché

destino; venga il mio giorno più bello il mio ultimo giorno! Ahi, ahi, possa io non vederne più un altro!", SOFOCLE, *op.cit.*, quinto stasimo, esodo.

¹² G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 31 e ss.

¹³ Ibidem. È interessante notare, come fa l'Autore, che gli dèi di Antigone non sono Zeus e Atena protettori luminosi della città, ma gli dèi dell'Ade: "il conflitto tragico non è tra due potenze trionfanti che avanzano la pretesa di valere l'una al posto dell'altra, ma tra una potenza appartenente al regno dei vivi (rappresentata da Creonte) e l'impotenza del regno dei morti (rappresentata da Antigone): alla fine saranno però i morti a prevalere sui vivi, perché è la morte, non la vita, ad avere valore costitutivo". Questa visione ha al suo fondamento l'uguaglianza dell'uomo nella nullità del suo valore in quanto indefettibilmente destinato al regno di Ade.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem. La tesi, infatti, rimanda all'asserzione hegeliana secondo cui "la forza dei grandi caratteri sta proprio nel fatto che essi non scelgono, ma interamente e per loro natura sono ciò che vogliono e compiono".

entrambi seguono la loro legge “essi sono individui perfettamente morali”¹⁶ che esprimono due esigenze sociali insopprimibili. Il contrasto tra due leggi, quella degli dèi dell’Ade e quella degli dèi della *polis*, deriva dalla comprensione da parte dell’essere umano della possibilità di creare le sue proprie norme, per rendersi arbitro della sua sorte. Le stesse leggi, tuttavia, possono risultare artificiali, imposte e generare conflitti.

La terza interpretazione, del c.d. *dialogo carente*, vede in entrambi i protagonisti due orgogli smisurati¹⁷ ognuno fermo sulla propria posizione. Sarà solo con il finale della tragedia che s’inneggerà al dialogo e alla flessibilità “tra esseri umani immersi nelle circostanze della vita tra le quali devono agire e districarsi con saggezza senza peraltro dimenticarsi di se stessi”¹⁸.

Si giunge così, alla fine dell’opera, al riconoscimento della necessaria coesistenza del diritto di Antigone con le leggi di Creonte e che due sono i pilastri della convivenza tra gli esseri umani: il diritto e la legge poiché: “il diritto senza la legge è cieca conservazione; la legge senza diritto è puro potere dispotico”¹⁹.

Nonostante le analisi successive della tragedia che hanno composto il primo significato dell’opera basato sulla contrapposizione inconciliabile dei due protagonisti, ciò che rileva ai fini di questa breve ricostruzione è vedere come la prima concezione della legge positiva sia legata a una visione negativa della legge scritta: si tratta del c.d. *giusnaturalismo volontaristico* che postula che solo la legge divina è qualificata come la legge giusta assolutamente valida e superiore

¹⁶ G. W. F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, 1807, tr. it. a cura di V. Cicero, Bompiani, Milano, 1995.

¹⁷ Sul punto, P. GROSSI ha affermato: Antigone e Creonte sono “soggetti che non amano mortificazioni provenienti dalla realtà di questo mondo che non sono in dialogo con la natura e con la società, che non tollerano di umiliarsi a semplici capi di un rapporto. Individui dall’assoluta insularità, tendono a proiettare all’esterno una volontà perfettamente definita, che ha già trovato in sé ogni possibile giustificazione”.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p.49.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p.51.

alle leggi scritte in quanto espressione di una volontà superiore a quella umana, mentre le leggi positive sono delle costruzioni artificiali che si oppongono al diritto di natura.

Nel dialogo platonico *Gorgia* il sofista Callicle afferma che le leggi positive sono opera dei deboli riuniti insieme mentre la legge di natura prevede che “il criterio della giustizia è questo: il dominio e la supremazia del più forte sul più debole”²⁰. Le leggi si propongono di neutralizzare i più forti, ponendosi in chiaro contrasto con la natura. Il diritto naturale è, in questo dialogo, concepito come forza e istinto in una versione naturalistica in senso stretto ove il diritto naturale si pone come “principio di condotta esterno all’uomo, che all’uomo è imposto dal di fuori, da una natura intesa oggettivante, realtà estranea al soggetto e che il soggetto subisce passivamente”²¹.

A questa visione del diritto naturale altri sofisti tra cui il filosofo Ippia oppongono la concezione che vede la legge come espressione della ragione, il diritto naturale quindi non si impone dall’esterno, ma è una “norma che l’uomo dà a sé stesso, una norma che all’uomo è data per la sua natura – nel senso di essenza – di uomo”²².

Come si vede i sofisti, portati a mettere in discussione gli istituti tradizionali, a relativizzare ogni concetto e a porsi in una posizione antidogmatica, non si pongono nei confronti della legge dello stato in un atteggiamento di obbedienza passiva; distinguono, sulla base di diverse motivazioni, il giusto per legge e il giusto per natura e ci consegnano un concetto di legge scritta che non è conforme al diritto di natura.

²⁰ PLATONE, *Gorgia*, 38-39, 483 b 484 a., a cura di G. Zanetto, Milano, 1994.

²¹ G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto. 1. Antichità e medioevo*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 28.

²² G. FASSO', *op. cit.*, p. 30.

1.2. Governo della legge o governo degli uomini?

Come si è detto, il secondo filone su cui si sono mossi pensatori, filosofi, storici e giuristi con riguardo alla legge è quello che ha cercato di rispondere alla domanda: “qual è il governo migliore, quello delle leggi o quello degli uomini?”.

È necessario, per prima cosa, escludere da questa ricostruzione la disputa circa la miglior forma di governo, esplicitata nel celebre dialogo di Erodoto avente per protagonisti i tre principi persiani e che ruota intorno alla scelta tra monarchia, aristocrazia e democrazia²³. Il quesito che qui rileva riguarda il *modo* di governare e risponde alla domanda che può essere così riformulata: “buongoverno è quello in cui i governanti sono buoni perché governano rispettando le leggi, oppure quello in cui vi sono buone leggi perché i governanti sono saggi?”²⁴.

Com'è stato ricostruito, a favore della supremazia del governo degli uomini poggia la convinzione secondo la quale a causa della sua generalità, la legge non si prefigura tutti i casi concreti e non può comprendere tutte le possibilità: è, quindi, necessario che ci sia un governante saggio che applichi la legge ai casi concreti. Lo stesso Platone nelle *Leggi* aveva affermato che la legge che mira a valere per tutti i casi e per tutto il tempo, è “simile a un uomo soverchiatore e ignorante che non lascia a nessuno agio di compiere nulla senza una sua prescrizione”²⁵.

La necessità di un governo degli uomini è spiegata dal filosofo col ricorso a una metafora: “allo stesso modo che il timoniere, stando sempre di guardia all'utile della nave e dei naviganti, senza bisogno di leggi scritte, ma avendo

²³ ERODOTO, *Storie*, Milano, 2000

²⁴ N. BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi*, in *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, p. 169 e ss.

²⁵ PLATONE, *Le leggi*, 294ab., a cura di F. Ferrari e S. Poli, Rizzoli, Milano, 2005.

soltanto l'arte per norma, salva i compagni di nave, così e in questo preciso modo, da quelli che hanno una tale attitudine a governare non potrebbe venir fuori una retta forma di governo, mercé la forza dell'arte, che è superiore a quella delle leggi?"²⁶.

A favore del governo delle leggi devono essere riportati i due passi più significativi dei filosofi dell'età classica già citati. Platone afferma: «ho qui chiamati servitori delle leggi quelli che ordinariamente si chiamano governanti, non per amore di nuove denominazioni, ma perché ritengo che data questa qualità dipenda soprattutto la salvezza o la rovina della città. Difatti dove la legge è sottomessa ai governanti ed è priva di autorità, io vedo pronta la rovina della città; dove invece è signora dei governanti e i governanti sono i suoi schiavi, io vedo la salvezza della città e accumularsi su di essa tutti i beni che gli dèi sogliono largire alle città"²⁷. Aristotele, nella *Politica*, ribatte: "è più utile essere governati dal migliore degli uomini o dalle leggi migliori? Coloro che sostengono il potere regio asseriscono che le leggi possono solo dare delle prescrizioni generali, ma non provvedono ai casi che via via si presentano, sicché in qualunque arte sarebbe ingenuo regolarsi secondo norme scritte. Tuttavia ai governanti è necessaria anche la legge che dà prescrizioni universali, perché migliore è l'elemento cui non è possibile esser soggetto di passioni che quello cui le passioni sono connaturate. Ora la legge non ha passioni che invece necessariamente si riscontrano in ogni anima"²⁸.

Come si evince, entrambe le tesi poggiano su un presupposto di base che le rende "interscambiabili". Il primato della legge è fondato sul presupposto che i governanti siano per lo più cattivi, nel senso che tendono a usare il potere per i

²⁶ PLATONE, *Le leggi, cit.*, 296e.

²⁷ PLATONE, *Le leggi, cit.*, 715d.

²⁸ ARISTOTELE, *Politica*, 1286°, in *Politica. Costituzione degli Ateniesi*, a cura di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari, 1972-1993.

propri fini. Viceversa, il primato dell'uomo è fondato sul presupposto del buon governante, il cui ideale è, presso gli antichi, il grande legislatore. Infatti, "se il governante è saggio che bisogno c'è di costringerlo nella rete di leggi generali che gl'impediscono di soppesare i meriti e i demeriti di ciascuno? Certo, ma se il governante è cattivo non è meglio sottoporlo all'impero di norme generali che impediscono a chi detiene il potere di erigere il proprio arbitrio a criterio di giudizio del giusto e dell'ingiusto?"²⁹.

La risposta al quesito non è data, dunque, da un'argomentazione logico-filosofica, ma si fonda sul dato fattuale che nel corso dei secoli certamente migliori sono stati i governi retti da leggi poiché il giudizio sugli uomini che si sono trovati a governare è stato massimamente negativo (configurando, nella ricostruzione di Bobbio, le due figure o del tiranno o dell'autocrate).

Appare opportuno riportare, sul punto, un'ulteriore specificazione dovuta per chiarezza e completezza. Con l'espressione governo della legge s'intendono due fattispecie differenti: il governo *sub leges* e il governo *per leges*. Con il primo s'intende il governo che discende dall'applicazione di norme di legge predefinite; con il secondo concetto si fa riferimento all'attuazione dell'opera governativa per il tramite dello strumento legislativo e cioè attraverso l'uso di norme generali ed astratte e non di comandi individuali e concreti. Operare questa distinzione concettuale è di fondamentale importanza, e vi si tornerà in seguito, con riferimento all'evoluzione del concetto di supremazia della legge in riferimento al principio della *rule of law* nello stato di diritto³⁰.

²⁹ N. BOBBIO, *op. cit.*

³⁰ Sul punto, N. BOBBIO ribadisce che "i pregi del governo *sub lege* consistono, come si è detto, nell'impedire o per lo meno nell'ostacolare l'abuso di potere; i pregi del governo *per leges* sono altri. Anzi è da dire che la maggior parte dei motivi di preferenza del governo della legge sul governo degli uomini, adottati a cominciare dagli scrittori antichi, sono connessi all'esercizio del potere mediante norme generali ed astratte. I valori fondamentali, infatti, cui si sono variamente richiamati i fautori del governo della legge, l'eguaglianza, la sicurezza e la libertà, sono tutti e

1.3. La legge nell'opera di Socrate, Platone e Aristotele

Socrate (Atene, 470/469 a.C. – 399 a.C.), come noto, non scrisse nulla e ciò che ci è pervenuto del suo pensiero lo dobbiamo a quanto riferitoci dai suoi discepoli; egli non elaborò una dottrina sistematica, ma si votò alla ricerca della verità e all'educazione di coloro che condividevano la sua indagine, fino alle estreme conseguenze che lo portarono alla morte. Sebbene si sia interrogato esplicitamente sul significato di legge si può affermare che egli sviluppò un pensiero composito in merito. Da una parte, fa coincidere la legge positiva con la giustizia ed è Senofonte che gli attribuisce, infatti, le parole: "io dico che ciò che è legale è giusto"³¹. Dall'altra, riconosce il valore delle leggi non scritte che "vivono ugualmente in ogni luogo, e non sono poste dagli uomini ma dagli dèi".

Il padre della sofistica, tuttavia, sembra porre sullo stesso piano le leggi positive e le leggi divine e propugna il loro rispetto non in chiave oggettiva, ma come risposta al bisogno morale "la giustizia è per lui l'agire conformemente alla legge, ma non perché la legge sia per sé necessariamente buona, bensì perché anche se è cattiva non si deve violarla", seguendo il proprio interesse personale.

Il valore della legge per Socrate deriva da una duplice componente: la prima che riconosce alla norma scritta un valore assoluto che il filosofo spiega con riferimento ai rapporti genitori/figli indicando così come i cittadini siano in una posizione di inferiorità rispetto alla legge; la seconda che deriva dal consenso dei cittadini. "Vivendo nel territorio dello stato, egli dice, e non

tre garantiti dai caratteri intrinseci della legge intesa come norma generale ed astratta più che dall'esercizio legale del potere".

³¹ SENOFONTE, *Memorabili*, IV, 4, 12-13. In merito, si pensi a quanto riportato da Platone nell'*Apologia di Socrate* ove si legge: "chi obbedisce alle leggi dello stato agisce giustamente, chi disobbedisce loro, ingiustamente" (20, 32 b-e).

lasciandolo pur essendo liberi di farlo, noi accettiamo tacitamente le leggi di esso, e ci impegniamo a rispettarle in ogni caso”³². L’obbligo morale dell’uomo al rispetto delle leggi deriva, dunque, dalla sua stessa volontà. È nel *Critone*, infine, che emerge il pensiero socratico ove il motivo fondamentale di validità della legge non è altro che “la volontà costante dei cittadini di farla essere e di sottomettersi; e la ragione ultima della necessità dell’obbedienza ad essa è la coscienza dell’uomo, è la necessità per lui di non contraddire sé stesso violando la norma che aveva fino ad allora liberamente osservato”³³.

Platone (Atene, 428 a.C. - 347 a.C.), maturò un’idea della legge diversa da quella elaborata dal suo maestro e, prima di lui, dai filosofi sofisti. Un’idea intellettualistica della legge vista come il prodotto di una connessione tra scienza, politica e religione, “opera di intelligenza e di scienza e non strumento di potere”³⁴, che finirà per avere, come si dirà meglio in seguito, un significato essenzialmente etico e sarà “ispiratrice di un giusnaturalismo razionalistico che avrà grande peso nella storia della filosofia del diritto”³⁵.

Partendo dal presupposto che, per Platone, il *nómos* non si risolve nella legge scritta, ma è la legge regolatrice della mente che a sua volta regola la città non con riferimento alla protezione dalle guerre esterne, ma con riguardo alla costruzione di una pace fondata sulla concordia e la reciproca benevolenza deve riconoscersi che il valore della legge per il filosofo ateniese muta nello sviluppo del suo pensiero.

Se nella *Repubblica* lo stato non ha bisogno di leggi per convincere i cittadini ad agire bene perché, in primo luogo, essi vi sono portati in conseguenza dell’opera educativa dello stato stesso e, in secondo luogo, la legge non deve difendere i cittadini dall’arbitrio dei governanti che sono per

³² G. FASSO’, *op. cit.*, p. 41.

³³ G. FASSO’, *op. cit.*, p. 42.

³⁴ G. SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 5.

³⁵ G. FASSO’, *op. cit.*, p. 59.

definizione buoni; in seguito, superata la visione utopistica dello stato e nella maturità del suo pensiero, Platone riconosce la necessità delle leggi. Così, sia nel *Politico*, sia nelle *Leggi*, esse sono lo strumento per guidare i governanti che non possono essere perfetti e anzi diviene l'elemento che distingue i governi migliori dai peggiori, indipendentemente dalla forma di governo prescelta. La sovranità della legge è, dunque, propria della forma di governo migliore³⁶.

Il filosofo, tuttavia, non ignora i limiti del diritto positivo: "la legge non potrà mai cogliere ciò che è il meglio e il più giusto esattamente per tutti e stabilire così ciò che è perfettamente conveniente: giacché la differenza che c'è fra i vari uomini e le varie azioni, e la mancanza di stabilità delle cose umane non permettono che nessuna arte definisca ciò che è valido assolutamente per tutti i casi e per tutti i tempi"³⁷. Proprio questa immutabilità nel tempo delle leggi positive suscita le critiche del filosofo che riconosce la difficoltà di applicare la legge statica al mondo degli uomini che è perpetuamente in movimento. Tuttavia, pur con l'indicato limite, la legge per il filosofo rappresenta la "sacra guida del ragionamento", si oppone a ogni forma di violenza e proprio per questo, condividendo il legalismo greco, egli ritiene le leggi della città assolutamente vincolanti: "per la città, in cui è suddita e senza sovranità la legge, io vedo pronta la distruzione; nella città, invece, in cui la legge sia sovrana dei capi e i capi siano schiavi della legge, io vedo la salvezza di tutti i beni, quanti gli dèi sogliono dare alla città"³⁸.

Anche i magistrati sono rigidamente sottomessi alla legge, ma essi, proprio per l'astrattezza dello strumento legislativo, non hanno solo il compito di applicare la legge, ma anche quello di rinnovarla: "le leggi, infatti, pur

³⁶ Sul punto si osservi che Senofonte riporta, nel *Memorabili* (IV, 6, 12), come già Socrate insegnava distinguendo il regno governato conformemente alla legge e con il consenso dei cittadini, dalla tirannide ove manca il consenso e il governo non è regolato dalle leggi, ma dalla volontà di chi possiede il potere.

³⁷ PLATONE, *Politico*, 33, 294, a cura di G. Giorgini, BUR, Milano, 2005,

³⁸ PLATONE, *Le leggi, cit.*, 715a.

necessarie in quanto imitazioni della scienza che deve reggere l'ordine politico giusto, per la loro stessa natura sono incapaci di adattarsi alla mutevolezza della circostanze e dei casi particolari, di prescrivere ciò che è meglio per ciascuno"³⁹.

Non è un caso quindi che nell'ultima opera platonica - *Le leggi*, appunto - il filosofo attribuisca alla legge un significato che supera quello puramente giuridico e si estende all'etica. Lo stato, che mantiene il compito che aveva nella *Repubblica* di regolare tutti gli aspetti della vita dei cittadini, agisce non più attraverso l'opera dei governanti (perfetti), ma attraverso le legge che "non soltanto comanda e commina sanzioni, ma istituisce, e cura i mali morali"⁴⁰. Così si completa la rivalutazione della legge nella sua adozione "come strumento etico-pedagogico, senza alcun riguardo alla sua funzione giuridica, che a Platone - nonostante gli accenni nel *Politico*, non interessa"⁴¹ - allo scopo di educare tutto il popolo poiché solo così potrà realizzarsi lo Stato *buono*.

Ma cosa garantisce la moralità della legge? Per il filosofo ateniese la legge governa in quanto è ragione, filo aureo che muove gli uomini-marionette mossi solo dagli impulsi. Per questo motivo la teoria platonica della legge è stata definita del *diritto naturale razionale*.

Aristotele (Stagira 384 a. C. - Calcide 322 a.C.), discepolo di Platone, si muove su direttrici diverse rispetto a quelle del suo maestro. Se Platone mira al mondo delle idee, trascendente, il suo allievo cerca soluzioni non perfette per l'anima e la società, ma tese al "vivere bene" basandosi, anche, nella definizione di ciò che è meglio per lo Stato, sullo studio empirico della realtà storica.

Sebbene giungerà a diversa conclusione circa il ruolo della legge, la premessa del pensiero del precettore di Alessandro Magno è la medesima del filosofo ateniese che lo ha formato: la maggior parte degli uomini non ascolta la

³⁹ G. SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁰ G. FASSO', *op. cit.*, p. 57.

⁴¹ *Ibidem*.

voce della ragione, ma segue gli impulsi e risponde alla forza. Per questo motivo lo stato deve educare gli uomini attraverso uno strumento *coattivo* che punisca i disobbedienti. La legge per Aristotele è, dunque, “il mezzo per rendere praticamente efficaci i precetti razionali dell’etica”⁴², è l’etica munita di forza.

Per comprendere il ruolo della legge ci si deve soffermare brevemente sulla concezione dello stato sposata da Aristotele. Egli non mira a configurare uno stato ideale – certamente utopistico – che punti alla giustizia assoluta; per il filosofo di Stagira lo stato deve assicurare le condizioni del vivere bene e tutte le forme di stato possono mirare al conseguimento di quello che sarà definito il “bene comune”.

La legge, dunque, non si pone più come strumento educativo dei cittadini, ma è posta per garantire un’ordinata convivenza sociale: “la legge è l’ordine” e ciò che importa è che “non si comandi più di quanto si sia comandati, e che ciò avvenga alternativamente per tutti in modo uguale”⁴³. La legge “consente di realizzare sia la giustizia in senso lato, come sommatoria di tutte le virtù, sia la giustizia in senso stretto come rispetto dell’uguaglianza”⁴⁴. Il valore della legge non è più etico, ma politico: “giuste sono le leggi delle tre forme di governo rette, e ingiuste nelle tre degeneri”⁴⁵, con giustizia della legge

⁴² G. FASSO', *op. cit.*, p. 67.

⁴³ ARISTOTELE, *Politica*, III, 16, 1287 a, in *Politica. Costituzione degli Ateniesi*, a cura di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari, 1972-1993.

⁴⁴ G. SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 7.

⁴⁵ Le tre forme di governo rette sono la monarchia, l'aristocrazia e la *politia*, mentre le tre forme deviate sono la tirannide, l'oligarchia e la democrazia ove chi è al governo mira solamente al proprio vantaggio. È interessante notare come Aristotele distingue le forme di governo in base non tanto alla loro struttura formale, quanto facendo riferimento alla classe economica che la esprime, i ricchi e i poveri. la conclusione del filosofo, conformemente alla sua teoria del giusto mezzo, è che la forma migliore è quella in cui il potere è nella mani della classe media. In ogni caso, tuttavia, la legge deve essere sovrana rispetto ai governanti che esercitano la sovranità “soltanto in quelle materie nelle quali le leggi non possono disporre con precisione per le difficoltà di prevedere con una norma generale tutti i casi particolari” (*Politica*, III, 11, 1282 b).

intendendosi la sua idoneità a perseguire l'interesse generale. Nell'ideale aristotelico, quindi, non è la legge a governare, ma la ragione e la virtù.

La legge non è, tuttavia, priva di ogni valore morale che Aristotele scorge nel suo essere espressione della ragione: "la sovranità della legge è come la sovranità di Dio e della ragione, mentre la sovranità dell'uomo comporta anche quella dell'animale: perché la cupidigia e le passioni traviano anche gli uomini migliori, quando hanno il potere; e la legge invece è intelligenza senza passioni"⁴⁶.

Non è dunque la legge a educare, ma è importante che ci sia un'educazione civile che porti con sé una spontanea condotta conforme alla legge senza la quale la legislazione non è efficace: "a nulla servono infatti anche le leggi più utili e approvate da tutti i cittadini, se questi non sono abituati ed educati alla costituzione... Quando manca di disciplina l'individuo, ne manca infatti anche lo Stato"⁴⁷.

1.4. La legge nella Roma repubblicana: Cicerone e il cittadino "servo della legge"

Dal *nómos* greco si distingue la *lex* romana: essa consiste in un provvedimento deliberato dall'assemblea del popolo, il comizio, su proposta di un magistrato, ed era munita di approvazione da parte del senato. È, quindi, dotata "di un fondamento nella volontà popolare e [ha] altresì un carattere contrattuale in quanto «*communis rei publicae sponsio*» (Papiniano)"⁴⁸. Le leggi sono solo una delle fonti del diritto che comprendono, inoltre, i senato-consulti, le interpretazioni giurisprudenziali e gli editti dei pretori.

⁴⁶ ARISTOTELE, *Politica, cit.*, III, 13, 1283 b.

⁴⁷ ARISTOTELE, *Politica, cit.*, V, 9, 1310 b.

⁴⁸ G. SILVESTRINI, *op. cit.*, p. 8.

La teoria della legge elaborata da Cicerone (Arpino, 106 a.C. – Roma, 43 a.C.), risente dell'influenza platonica, aristotelica e stoica e si pone, come tutta la sua opera in chiave più ricostruttiva che originale.

Da una parte egli configura la legge come fondamento di una città libera, argine alla volontà arbitraria e al potere dei magistrati. Dal celebre passo del *Pro Cluentio* si evince tutta la forza della concezione ciceroniana della legge. L'intervento del politico e pensatore romano seguiva alla richiesta dell'accusa di non tenere conto della differenza prevista dalla legge Sempronia fra senatori e persone di rango inferiore nel giudicare il suo assistito accusato di avvelenamento. Cicerone afferma che se anche tale distinzione fosse ingiusta, sarebbe "una vergogna molto più grande, in una comunità retta da leggi, trasgredire le leggi. Questa è, infatti, la garanzia di quella dignità che godiamo nello stato, questo il fondamento della libertà, qui la fonte della giustizia [...] Come il nostro corpo senza anima così sarebbe una comunità senza legge". D'altra parte la legge è garanzia dell'uguaglianza grazie alla sua generalità e imparzialità.

Deve aggiungersi che per Cicerone la legge alla quale obbedire non è la sola legge positiva, ma è tutto il diritto, lo *ius*, a costituire il fondamento del vincolo sociale.

La superiorità del diritto, inteso in questo senso, emerge chiaramente dal celebre passo secondo il quale "delle leggi sono ministri i magistrati, delle leggi interpreti i giudici, delle leggi, infine, tutti siamo schiavi perché possiamo essere liberi". L'obbedienza dovuta al diritto deriva dalla concezione stessa di esso non come derivante dalle leggi positive senza una previa valutazione di conformità alla legge naturale: "la legge" secondo Cicerone, "è ragione suprema insita nella natura, che comanda ciò che si deve fare e proibisce il contrario: ragione che, attuantesi nel pensiero dell'uomo, è appunto la legge"⁴⁹. Per

⁴⁹ CICERONE, *De legibus*, I, 6, 18 in N. Marinone, *Opere politiche e filosofiche*, Utet, Torino, 1976.

Cicerone, dunque, non sono leggi quelle dei tiranni e le leggi dei tiranni non diventano giuste nemmeno se ricevono il consenso dei cittadini. Gli uomini potrebbero legiferare con qualsiasi contenuto, anche con un contenuto *ingiusto* e questo non basterebbe a legittimare la fonte come legge. Le legge “non è né un’invenzione di uomini né una deliberazione di popoli, ma è qualcosa di eterno, destinato a governare tutto il mondo con la saggezza del suo comando e del suo divieto”⁵⁰ e “il diritto di natura (*naturae ius*) è quello che non l’opinione ha prodotto, ma che una forza ha impresso (*insevit*) nella natura”⁵¹.

Com’è stato opportunamente notato la concezione ciceroniana riunisce in sé “tutte le possibili concezioni del diritto naturale legge della natura, legge della ragione, legge della divinità”⁵². Ciò appare chiaramente dalla lettura del celebre passo del *De re pubblica* che recita: “vi è una legge vera, ragione retta conforme alla natura, presente in tutti, invariabile, eterna, tale da richiamare con i suoi comandi al dovere e da distogliere con i suoi divieti dall’agire male [...] A questa legge non è possibile che si tolga valore né è lecito che in qualcosa si deroghi, né essa può essere abrogata; da questa legge non possiamo essere sciolti ad opera del Senato o del popolo. Essa non è diversa a Roma o ad Atene, non è diversa ora o in futuro: tutti i popoli, invece, in ogni tempo saranno retti da quest’unica legge eterna ed immutabile. Ed unico comune maestro, per così dire, e sovrano di tutti sarà Dio, di questa legge egli solo è l’autore, l’interprete, il legislatore e chi non gli obbedirà rinnegherà se stesso, e rifiutando la sua natura di uomo, per ciò medesimo incorrerà nelle massime pene, anche se potrà essere sfuggito ad altre punizioni”⁵³.

Da ultimo deve riconoscersi che per Cicerone, la legge naturale non è esterna rispetto all’uomo, ma è “la natura dell’uomo stesso, l’essenza dell’uomo

⁵⁰ CICERONE, *De legibus*, II, 4, 8.

⁵¹ CICERONE, *De inventione*, II, 53, 161, tr. it. a cura di M. Greco, Congedo, Lecce, 1998.

⁵² G. FASSO’, *op. cit.*, p. 106.

⁵³ CICERONE, *De re pubblica*, III, 22, 33, tr. it. a cura di L. Castiglioni, Torino, 1947.

che è la ragione”⁵⁴. La vera *lex*, dunque, è opera di una divinità rinnegando la quale l’uomo rinnegherebbe sé stesso: “nell’obbedire alla legge naturale insomma, secondo Cicerone, l’uomo obbedisce a una legge che è sì «naturale» e «divina», ma che egli si dà da sé stesso; l’uomo che obbedisce al diritto naturale è insomma *autonomo* nel significato esatto della parola: egli si dà da sé le proprie leggi”⁵⁵.

1.4. Medio Evo ed età cristiana

Il Medio Evo è pervaso dalla convinzione della subordinazione della conoscenza umana alla rivelazione divina. Non mancano certo espressioni autonome del pensiero umano o esperienze politiche diverse dall’Impero, ma l’universalismo medievale non prescinde dalla sfera religiosa.

La legge per Tommaso d’Aquino è la legge eterna, divina, ed è conosciuta dall’uomo perché questi la ritrova nella propria ragione. Essa è valida per sé stessa, per la propria intrinseca razionalità e non modificabile nemmeno dalla volontà di Dio.

Per Guglielmo da Occam, invece, il diritto naturale è modificabile dall’arbitrio di Dio “perché la ragione umana non è altro che il mezzo con il quale Dio fa conoscere all’uomo la propria volontà”⁵⁶. Il contrasto teologico che si basa su tali posizioni permane per tutta la durata del Medio Evo.

Con riferimento alla sfera temporale, in Inghilterra si sviluppa il pensiero per cui non è il re – o lo Stato – a fare la legge, perché essa è al di sopra del re. È qui che vede la luce il primo testo che riconosce i diritti della persona umana intesi non più come privilegio o monopolio di ceti o di gruppi, ma come inerenti la persona umana in quanto tale, a partire dal principio che tutti gli

⁵⁴ G. FASSO’, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ G. FASSO’, *Storia della filosofia del diritto. 2. L’età moderna*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 7.

organi dello Stato sono obbligati ad agire secondo la legge: la *Magna Charta (Libertatum)* del 1215.

Con essa si concretizza la qualificazione feudale della civiltà medievale che trova il suo motore primo nel modo in cui venne a conformarsi il potere: un assetto politico-giuridico caratterizzato dall'impotenza del potere centrale, dalla sua incapacità a dare effettività ai propri voleri, dalla crescente influenza di poteri altri e periferici, sia per occupazione di fatto sia per delega formale dall'alto.

Nella *Magna Charta* sono contenute affermazioni il cui enunciato è venuto di fatto assumendo sempre più, nel vissuto e nella coscienza collettiva degli uomini, il valore di "Dichiarazione". In molte sue parti si coglie l'influenza dello *ius commune*, l'amalgama tra diritto romano e diritto canonico. Emerge nella *Charta* una concezione che tende a rendere rilevante il rapporto fra *ius commune* e *iura propria* a causa della contemporanea presenza - in uno stesso ambito territoriale e all'interno di una stessa entità politica - di un diritto universale e di un diritto locale.

La *Magna Charta* rappresenta uno dei canoni di quel "sistema" in cui diritto comune e diritti particolari, non isolati gli uni dall'altro, interagiscono in perenne dialettica integrativa.

In nuce emerge come il diritto cominci ad essere svincolato dalla morsa del Principe e diventi espressione di una società che muta e la esprime e la ordina. In molte parti d'Europa, sono gli *Statuti* che affrontano i problemi reali, concreti, dando la precedenza alla legge locale sulla legge universale. La complessità normativa che caratterizza gli *Statuti* è finalizzata a servire ai bisogni contingenti della vita cittadina e, sempre all'insegna di una grande concretezza, necessita di un rafforzamento dell'agire, da parte di tutti, secondo la legge.

Non furono assenti nel pensiero giuridico medioevale, istanze democratiche, entro, s'intende, i limiti precisi in cui esse potevano trovare cittadinanza nella mentalità fondata su strutture autoritarie e in cui i diritti civili e politici si configuravano come privilegi propri di persone o di gruppi. Marsilio da Padova - ad esempio - nel *Defensor Pacis* (1324), traccia le linee di una concezione politico-giuridica in cui si avvertono in modo preminente (e polemico?) orientamenti di "modernità" suggeriti, in gran parte, dall'esperienza italiana delle città-stato.

Nell'affermazione che la fonte della legge risiede nel popolo, può individuarsi l'orientamento "democratico" del pensiero politico-giuridico di Marsilio da Padova. Va precisato, tuttavia, che egli tende a identificare il popolo con la parte migliore (*valentior pars*). L'autorità di legiferare spetta alla *valenciozem partem* perché da essa soltanto possono provenire buone leggi e perché solo così le leggi saranno meglio e più semplicemente osservate da tutti.

La comunità politica ha origini naturali e trova in sé le condizioni autosufficienti che la giustificano e la rendono possibile. Il potere legislativo pone le norme entro cui ordinare, per il bene comune, la vita della comunità tutta, disciplinata in modo unitario dal potere esecutivo. I problemi che interessano la salvezza eterna, in quanto impegnano la vita interiore di ciascun credente, trascendono i confini della giurisdizione civile.

La crisi strutturale trecentesca è occasione storica provvida che ha permesso l'avvio di un rinnovamento a livello di coscienza collettiva, di una nuova visione del ruolo dell'uomo nella società: la nascita di un modo nuovo di concepire la realtà è rinascita della visione classica del mondo.

L'unità (teologica) di pensiero si sfalda e la dimensione giuridica è pienamente investita dal processo di liberazione delle individualità. Con l'Umanesimo, infatti, "l'affermazione, o riaffermazione, dei valori umani

indipendentemente da una loro fondazione trascendente”⁵⁷ si traduce nella ricerca dell’*humanitas* – della cultura e della bellezza delle creazioni umane.

In questo quadro la legge assume una posizione innovativa: essa ha “origine della luce dell’intelletto, dall’esame della ragione, dell’assenso e dalla decisione della volontà, che sono le tre maggiori e più nobili potenze dell’anima”⁵⁸.

Sulla scorta del recupero dei classici si affermano principi cari all’antichità: l’idea che “ciò che riguarda tutti deve essere approvato da tutti”⁵⁹ informa l’ideologia legislativa così che nessuno possa disobbedire a ciò che egli stesso ha stabilito. Il principio democratico pone la legge così intesa come limite al potere del principe.

Mentre in Inghilterra la concezione della legge come norma indipendente e superiore al principe sopravvive, nel Continente prevale una concezione differente. Quella che pone al suo centro il concetto di sovranità, che vede il potere supremo come *legibus solutus*: l’essenza dello Stato sarà vista come slegata da ogni vincolo, anche e soprattutto quello della legge: essa nello Stato assoluto sarà, infatti, intesa come “volontaria creazione dello Stato stesso, non come limite – umano, naturale o divino che sia – al suo potere”⁶⁰.

2. Il principio di legalità nella teoria liberale dello Stato

I secoli XVII e XVIII sono percorsi dalla “grande avventura” del giusnaturalismo moderno, che secondo gli studiosi, non ha alcuna continuità con il giusnaturalismo dell’antichità e del Medio Evo.

⁵⁷ G. FASSÒ, *op. ult. cit.*, p. 17.

⁵⁸ C. SALUTATI, *De nobilitate legum et medicinae*, XIII, a cura di E. Garin, Firenze, 1947.

⁵⁹ N. CUSANO, *La concordanza universale*, in P. Gaia (a cura di) *Opere religiose*, Torino, 1971.

⁶⁰ G. FASSÒ, *op. ult. cit.*, p. 18.

La concezione moderna del giusnaturalismo nasce con Hugo Grozio con la cui opera nasce la filosofia del diritto vera e propria in quanto svincolata dal pensiero teologico.

Grozio fu il primo a tracciare un disegno completo della nuova antropologia giuridica nel *De iure belli ac pacis*. Nelle ampie premesse (*Prolegomeni*), egli fissa dapprima i cardini del rinnovamento metodologico, tutto teso a ricollegare le prove del diritto naturale a nozioni particolarmente evidenti, tali che nessuno possa contestarle. *Evidenza* risulta essere la parola-chiave che continuerà per tutto il Settecento e che è illuminante per comprendere che siamo in un emisfero culturale addirittura capovolto rispetto a quello medioevale: ciò che era pensato come dono di Dio, qui è autonomizzato all'interno della natura sociale. Ciò che è *evidente* non abbisogna di interventi celesti, ma trova in sé la propria giustificazione. Il nuovo giusnaturalismo è rigorosamente laico e in esso si trovano congiunti diritti di proprietà e di libertà.

Il diritto naturale (ri)discende dai caratteri essenziali e specifici della natura umana, e nelle celebri parole del filosofo "sussisterebbe in qualche modo ugualmente anche se ammettessimo [...] che Dio non esistesse o che egli non si occupasse dell'umanità"⁶¹.

Vi è, inoltre, un profondo cambiamento d'impostazione che si sostanzia del *soggettivismo*: fino a Grozio il diritto derivava da una realtà oggettiva - la natura o Dio - estranea al soggetto umano. Da Grozio in poi il diritto naturale diviene norma umana posta dall'autonoma attività del soggetto, libera da ogni presupposto oggettivo ed esplicantesi nella ragione. Appare evidente perché nascano le esigenze di tutela dei diritti naturali soggettivi del singolo.

⁶¹ U. GROZIO, *Prolegomeno 11*, in *I Prolegomeni al De Iure Belli ac Pacis*, tr. e note di S. Catalano, Palumbo, Palermo, 1948.

È l'illuminismo giuridico che definisce una vera politica del diritto, affronta il nodo del rapporto diritto naturale/potere e lo risolve in una radicale innovativa sistemazione delle fonti del diritto. La nuova idea di diritto esprime le esigenze sociali, è figlia delle rivoluzioni moderne: essa stessa si pone come componente della risultante rivoluzionaria.

La rivoluzione liberale inglese del XVII secolo che tende ad affermare i diritti del Parlamento di contro alle tendenze assolutistiche della Corona, trova il suo teorico in John Locke; mentre l'assolutismo è certamente rappresentato dal pensiero di Thomas Hobbes.

Tanto per Hobbes quanto per Locke, teoria politica e teoria del diritto sono intimamente legate.

La concezione fondamentale di Hobbes presuppone una visione dell'uomo estremamente individualistica. L'uomo vive come singolo che agisce unicamente in funzione dei suoi interessi particolari, non ha per natura tendenza alla socialità. Trionfano gli egoismi. Per sopravvivere o per vivere in pace e superare la guerra di tutti contro tutti, tipica dello stato di natura, gli uomini stabiliscono tra loro un patto e cedono il loro diritto di autogoverno ad un uomo o ad un'assemblea, ad un sovrano, secondo un contratto che vincola i contraenti a rispettare i patti, ma non il sovrano al quale i diritti di ciascuno vengono concessi ed affidati con facoltà di pieno arbitrio.

Nello stato di natura quindi non c'è la legge, ma la forza. In una perenne guerra "nulla può essere ingiusto. Le nozioni di diritto e torto, di giustizia e ingiustizia non vi hanno luogo. Dove non c'è autorità non c'è legge e dove non c'è legge non c'è ingiustizia"⁶². Le leggi ammesse sono quelle tese alla ricerca della pace e che consentono all'uomo di difendere sé stesso con ogni mezzo. La legge di natura non è altro che una norma dettata dalla ragione per l'uomo o meglio per i suoi fini egoistici, primo tra tutti, la sopravvivenza.

⁶² T. HOBBS, *Leviatano*, 13, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari, 1974.

Tali leggi di natura non sono leggi propriamente dette perché il filosofo ritiene che “la legge vera e propria è solo il comando di ha potere sugli altri”⁶³.

Lo Stato cui dà vita il patto sociale hobbesiano è chiaramente lo Stato assoluto e la legge non è altro che il comando dell’ autorità: le leggi civili sono “quelle regole per ogni suddito di cui lo Stato, con la parola, con lo scritto o con altra idonea manifestazione di volontà, gli ha ordinato di servirsi per la distinzione del diritto (*right*) dal torto (*wrong*)”⁶⁴.

Per Locke, invece, il principio di legalità s’inserisce nella definizione dello Stato civile e politico in quanto dopo il passaggio dallo stato di natura – “stato di perfetta libertà” – allo Stato gestito dal potere politico che poggia la sua legittimazione sul consenso e sulla fiducia, esso indica la modalità con la quale il potere si deve estrinsecare.

Dopo aver riconosciuto che il fine della società civile consiste nel rimediare agli inconvenienti dello stato naturale attraverso l’ istituzione di un’ autorità riconosciuta, il filosofo inglese, in una delle sue opere più significative – i *Due trattati sul governo*, del 1690 – afferma che “il potere non può avere altro fine né altro criterio che quello di conservare i membri di quella società nelle loro vite, libertà e possessi, e quindi non può esistere un potere arbitrario e assoluto sulle loro vite ed averi, che hanno da essere il più possibile conservati”, e che tale potere può essere solo il potere di fare leggi che mirino alla conservazione del tutto. A ciò si aggiunga, sottolinea Locke, che questo potere “trae origine unicamente dal contratto e dall’ accordo e dal mutuo consenso di quelli che costituiscono la comunità”⁶⁵.

La ricostruzione del filosofo della proprietà privata prevede, dunque, che il potere politico, in quanto istituito dagli uomini al fine di proteggere la loro

⁶³ T. HOBBS, *Leviathan*, 15 e 26.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, Utet, Torino 1960, sez. 3. III, 171.

vita, la loro libertà e i loro beni non può avere più diritti di quelli che gli vengono trasmessi.

Con ciò egli fa riferimento ai diritti fondamentali inviolabili che “non cessano nella società, ma in molti casi diventano più coattivi e per mezzo delle leggi umane hanno connesse con sé penalità note a costringerle e osservarle. Da ciò si evince, quindi, che il potere non può governare con decreti estemporanei e arbitrari, ma è tenuto a dispensare la giustizia e a decidere intorno ai diritti dei sudditi, con leggi promulgate e fisse e giudici autorizzati e conosciuti”⁶⁶.

Il principio di legalità, nella concezione lockiana, mira dunque a garantire sia la certezza del diritto, sia l’eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge⁶⁷: “quale che sia la forma della società politica, il potere dominante deve governare in base a leggi dichiarate e conosciute, e non in base a ordini estemporanei e decisioni indeterminate”⁶⁸.

In linea con questa ricostruzione, Locke disegna i rapporti tra i poteri dello Stato ponendo in una posizione di sottoposizione gerarchica i poteri legislativo ed esecutivo affermando che essi non devono essere semplicemente coordinati, ma che l’esecutivo deve essere subordinato al legislativo giustificando tale affermazione sostenendo che: “sin che il governo sussiste, il potere supremo è il legislativo, perché ciò che può dar leggi ad altri deve necessariamente essergli superiore”⁶⁹ e che “il potere esecutivo, quando non sia collocato in una persona che abbia anche parte nel legislativo, è evidentemente subordinato e responsabile verso di questo, e può essere mutato e trasferito a piacimento”⁷⁰.

⁶⁶ J. LOCKE, TII, 136.

⁶⁷ N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino 1963, p. 260.

⁶⁸ J. LOCKE, TII, 137.

⁶⁹ J. LOCKE, TII, cap. XIII, *Della subordinazione dei poteri della società politica*, 150.

⁷⁰ J. LOCKE, TII, 152.

Come è stato opportunamente osservato “con queste poche proposizioni, semplici e chiare, Locke ha posto i fondamenti di quella dottrina costituzionale che sarà la base di tutti i moderni Stati parlamentari ”⁷¹. La società politica non crea il diritto, ma riconosce i diritti naturali degli uomini e si giustifica come protezione di essi. Il diritto naturale idealmente precede il diritto positivo e ne costituisce il termine di confronto, per stabilirne la validità.

La società naturale presenta motivi di precarietà e soltanto la costituzione della società politica può rimuoverli. Il potere di difesa dei diritti del singolo e l'esigenza di autoconservazione vengono trasferiti alla società politica, ad un potere super individuale che sorge non come rinuncia ai diritti naturali, ma come garanzia di essi contro i tentativi di sopraffazione illiberale.

La costituzione politica in Locke nasce sulla base della garanzia dei diritti. Il problema del controllo del governo da parte dei cittadini diventa, nella civiltà liberale, preminente sia sul piano della elaborazione teorica sia sul terreno dell'esperienza giuridica.

Nell'*Esprit des Lois* di Montesquieu, la soluzione storica a tale problema viene indicata e insieme tipizzata nella *separazione dei poteri* dello Stato in tre distinte funzioni.

Nella sua opera, Charles-Louis de Secondat, ribadisce come l'esigenza prima della società sia quella di limitare il potere sovrano. Il nemico di Montesquieu è, infatti, in tutta la sua opera, il governo immoderato e cioè dispotico che reclama un'obbedienza estrema basandosi sulla paura, ove il despota ha un potere assoluto. Quand'anche, tuttavia, si fosse in presenza di un governo moderato definito dall'autore come quel sistema politico ove il potere politico è frazionato il più possibile tra i vari corpi che compongono lo Stato in modo che nessuno di essi possa arrogarsi un potere incondizionato e tutti concorrano insieme a limitare il potere sovrano, ove le varie istanze sono

⁷¹ G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 64.

equilibrate in modo che non vi sia prevaricazione dell'una sulle altre e ove tutti abbiano la certezza dei loro diritti e dei loro doveri Montesquieu sottolinea come il principale pericolo di abuso ai danni dei singoli proviene da chi detiene il potere supremo, cioè proviene dal potere politico. La libertà dei singoli, che non sia arbitrio, è limitata e consiste non nel poter fare ciò che si vuole, ma è il diritto "di fare tutto ciò che leggi permettono: se un cittadino potesse fare ciò che esse proibiscono, non sarebbe più libero, poiché tutti gli altri avrebbero anch'essi questo stesso potere"⁷².

Nel pensiero liberale, dunque, la legge si pone in primo luogo come limite al potere sovrano e come strumento di salvaguardia della libertà dei cittadini poiché lo Stato deve intervenire il meno possibile nel libero svolgimento e nella libera crescita della società civile. Nella ricostruzione humboldtiana dello *stato minimo*, che disegna la visione più restrittiva dello Stato liberale, più la sfera d'azione dell'individuo è ampia e libera, più la sfera dell'intervento dello Stato è ristretta - e correlativamente - più il progresso dello Stato è assicurato⁷³.

La sovranità viene a risiedere nel legislativo che trova in sé la giustificazione di controllo e di resistenza di fronte all'esecutivo e nel popolo che può, in determinati casi, ritirare consenso e fiducia agli istituti delegati della sovranità.

In tale concezione è possibile individuare la coesistenza di due principi, il liberale e il democratico che, però, ancora non si fondono: il principio, cioè, del Parlamento sovrano come garante di diritti e come organo di controllo e il principio del popolo sovrano, unica fonte o unico titolare della sovranità che può di diritto e deve di fatto, per autogovernarsi, negare consenso e fiducia agli organi del potere che ne disconoscano la sovranità.

⁷² MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, vol. XI, 3.

⁷³ W. VON HUMBOLDT, *Idee per un saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, in Id., *Antologia degli scritti politici*, a cura di F. Serra, Il mulino, Bologna 1961.

Si possono individuare alcuni caratteri fondamentali dello “Stato di diritto”: Costituzione scritta o consuetudinaria che regola l’organizzazione dello Stato e garantisce i diritti civili e politici dei cittadini; principio della distinzione o divisione o coordinazione dei poteri; principio della rappresentanza politica.

Il problema ulteriore sarà quello di inserire, entro la vita dello Stato, i cittadini tutti, in modo che l’esercizio dell’autogoverno si attui veramente come uguale diritto del popolo, inteso, però non più come corpo politico anonimo, indifferenziato entro una impersonale “volontà”, ma come reale e differenziata presenza che si articola e vive in forme, strutture, situazioni sempre concrete nell’ordine civile, sociale, economico, normato da Leggi al cui rispetto tutti sono obbligati.

È certo che il pensiero di Rousseau ha contribuito, in modo fondamentale a caratterizzare l’esigenza moderna e contemporanea di una società in cui la società liberale venga attuandosi e in senso politico e in senso economico come civiltà democratica. Esigenza che sul piano, è stata fatta valere in modo preminente dal “quarto stato” e cioè dalle classi operaie e contadine che, nell’ordine borghese della società, acquistando sempre più coscienza della loro significazione umana e storica, esprimendo un nuovo tipo di cultura alla base della quale c’è la realizzazione di una società che permetta di fatto, e non solo sul piano formale, ai cittadini tutti di inserirsi entro la vita della comunità, uguali nei diritti.

Ora l’itinerario è concluso.

Il nuovo *diritto* a cui tutti devono sottostare, sarà fatto di principi, di grandi orientamenti pensati ed espressi, che a livello di fonti giuridiche si manifesteranno come *leggi*, ossia come voci autorevoli dell’entità sovrana. È la completa riduzione del *droit* a un complesso di *lois*, per usare il contrappunto di cui, ancora a fine Cinquecento, Bodin si serviva.

Le libertà civili e politiche affermatesi nell'età medioevale troveranno giustificazione teorica e riconoscimento giuridico soprattutto nell'età moderna. Il riconoscimento dei diritti sociali e delle garanzie personali per tutti i cittadini è esperienza assai più recente.

I diritti tradizionali di libertà sono ricondotti alla formula: "*libertà di...*": sono diritti che comportano un non intervento del potere statale. I diritti sociali lo richiedono tale intervento. Essi sono stati ricondotti alla formula: "*libertà da...*".

L'eguaglianza derivante dai "*diritti di...*" e dai "*diritti da...*" si pone come intimo tessuto connettivo di una società in cui tutti i cittadini si trovano a svolgere le proprie attività garantiti dalla conquista derivante dal principio di legalità.

Capitolo I

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ: ORIGINE, FONDAMENTO E PORTATA

1. L'origine del principio di legalità

1.1. *La rule of law britannica e la garanzia della giustizia sostanziale*

Nel sistema britannico il principio di legalità - *rule of law* - si è affermato non tanto "in termini di primato della legge rispetto alle altre fonti quanto piuttosto come posizione del *diritto* a parametro e regola generale dell'azione pubblica"⁷⁴. Il diritto è il parametro per valutare il rispetto dei limiti all'azione del potere pubblico.

Partendo da questa considerazione si comprende come la *rule of law* non possa essere considerata l'equivalente del principio di legalità nell'area anglosassone in quanto ivi si pone come strumento di garanzia contro gli abusi statali - tra i quali rientra anche l'attività del legislatore intesa come emanazione della volontà della maggioranza del governo.

Tale impostazione è facilmente comprensibile alla luce dell'evoluzione del principio: la *rule of law*, infatti, è il segno della vittoria del popolo inglese contro la monarchia assoluta. Ciò appare chiaro guardando alle statuizioni contenute nella *Magna Charta* del 1215 che sottomette per la prima volta il

⁷⁴ R. DICKMANN, *Processo legislativo e limiti della legge*, Jovene, Napoli, 2006, p. 30.

potere regio al diritto - *common law* - prodotto dai giudici⁷⁵. L'*antiquity of the common law* consentirà, in seguito alla Gloriosa rivoluzione del 1688 di consolidare la supremazia del Parlamento sul monarca sostanzialmente basandosi sulla superiorità della *rule of law* - che è espressione della sovranità popolare - rispetto al diritto naturale⁷⁶.

Tali premesse consentono altresì di comprendere perché la *rule of law* sia considerata vaga e imprecisa dalla dottrina costituzionalistica: è stato, infatti, affermato che essa opera in favore della legalità (da intendersi come fine a cui essa tende nella sostanza), ma in maniera "formalmente generica e vaga benché concretamente efficace"⁷⁷.

La *rule of law*, secondo lo schema classico implica: *i.* la supremazia della *regular law* cioè della legge del Parlamento; *ii.* l'eguaglianza di fronte alla legge - intesa nella subordinazione dei poteri pubblici ai giudici ordinari che applicano il *common law* e *iii.* la sostanziale protezione dei diritti individuali riconosciuti dall'attività di un giudice indipendente e interprete dei principi anche non scritti.

Alla vaghezza formale del concetto si contrappone, dunque, l'esigenza di tendere a una sostanziale legalità dal punto di vista pratico: "la «rule of law» deriva da tale esigenza perché rispetto ai «rights of individuals», rappresenta la «conseguenza» e non la «fonte», di essi; tende a garantire tale esigenza perché, in maniera empiricamente elastica ma perciò particolarmente efficace si contrappone - al fine di eliminarla - ad ogni forma di potere «arbitrario»

⁷⁵ In ragione dell'origine immemorabile del *common law* le rivendicazioni della Corti - indipendenti e libere - mirano al riconoscimento del giusto processo e della libertà di dibattere in giudizio.

⁷⁶ A.V. DICEY, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, Londra, 1959; F.L. NEUMANN, *The rule of law*, Berg Publishers, Leamington, Heidelberg-Dover, 1986; J. GOLDSWORTHY, *The sovereignty of Parliament*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

⁷⁷ S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffré, Milano, 1963, p. 9. Sul punto anche W. J. JENNINGS, *The law and the Constitution*, University of London Press, Londra, 1955, p. 47 e ss.

implicando ad esempio che «the law must not give the government too much power»⁷⁸.

Da quanto detto sembra potersi affermare che la *rule of law* contenga in sé una pluralità di garanzie connesse alla *giustizia sostanziale*: la legge come limite all'esercizio dei pubblici poteri, l'eguaglianza davanti alla legge, la sottoposizione al *common law* anche non legislativo e, infine, la protezione sostanziale dei diritti individuali. Questo la differenzia non poco dal principio di legalità in senso tecnico tipico delle esperienze continentali che "si può dire che abbia operato, ed in un certo senso continui a operare, in maniera sufficientemente definita dal punto di vista formale ma soltanto indiretta dal punto di vista concreto"⁷⁹.

Appare particolarmente interessante notare, soprattutto con riferimento a quanto si vedrà nel prosieguo della trattazione sul sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come la *rule of law* contenga anche delle garanzie processuali che avevano spinto taluno a ravvedere in essa anche una componente *formale*: "sotto il profilo formale", infatti, "la rule of law è rispettata quando il diritto (law) formalmente perfetto, è anche oggettivamente efficace, nel senso che dispone per il futuro e non ha effetti retroattivi, non è continuamente modificato ma offre una disciplina stabile nel tempo contiene regole aperte, generali e chiare, non incide sull'indipendenza dell'ordinamento giudiziario né limita il diritto di adire l'autorità giudiziaria e non consente ai pubblici poteri una discrezionalità che oltrepassi le regole di legalità"⁸⁰. Si concorda con l'autore citato quando afferma che questa declinazione "formale" in realtà sembra piuttosto attenersi alla dimensione sostanziale dell'efficacia o,

⁷⁸ S. FOIS, *op. cit.*, p. 9, nota 16, ove si rinvia anche a H.W.R. WADE, *Administrative law*, The Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 6.

⁷⁹ S. FOIS, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰ R. DICKMANN, *op. cit.*, p. 32 ove si rinvia anche a J. RAZ, *The rule of law and its virtue*, in *The law quartet review*, vol. 93, 1977, p. 195 ss.

meglio, della giustizia del diritto: “il profilo sostanziale della giustizia della legge pertanto è inerente alle condizioni soggettive dell’esercizio della funzione legislativa ed è difficilmente scindibile dall’esercizio dell’azione di governo”⁸¹.

Deve, quindi, concludersi che la *rule of law* britannica mirando a una tutela sostanziale si compone di due aspetti: da una parte è parametro di risoluzione delle controversie secondo il *common law*, ponendo in essere un sindacato di legittimità pieno; dall’altra, funge da sindacato mediato dell’attività legislativa nella forma del *judicial review* che legittima i giudici a operare una valutazione anche sul piano della giustizia politica delle scelte della maggioranza.

1.2. Le origini del principio di legalità continentale

Nei Paesi di *civil law* il principio di legalità è strettamente connesso alla teoria della separazione dei poteri. Si deve notare sin da subito come vi sia stato chi ha ripartito le esperienze costituzionali distinguendo quelle in cui la separazione era fin da subito profondamente influenzata dai poteri parlamentari e quelli invece in cui vi era un dualismo in cui permanevano rilevanti residui assolutistici – e il riferimento è chiaramente al modello della monarchia costituzionale tedesca. In quest’ultimo assetto autorevole dottrina ha riconosciuto i tratti che possono spiegare l’origine dell’istituto della riserva di legge, come si vedrà *infra* § 4.

Nello stato assoluto, il termine legalità poteva avere un significato solo in senso di dipendenza dalla norma attributiva di competenza in ossequio a quella teoria elaborata dal Kelsen nell’esplicazione del sistema delle fonti nell’ambito della *Teoria pura del diritto*. In quel caso tuttavia legalità e legittimità

⁸¹ Ibidem. Deve ricordarsi che nel sistema inglese azione legislativa e azione della maggioranza di governo coincidono e per tale ragione la legislazione è maggiormente “politica” e meno affidabile sul piano giuridico.

coincidevano. Non si può dunque parlare di legalità nell'accezione odierna in presenza di una forma di Stato ove un organo accentrava in sé i tre poteri fondamentali e ove una garanzia per il singolo, se c'era, era offerta dalla progressiva distinzione della forma degli atti del sovrano e alla creazione del "fisco" che consentiva, quantomeno, una protezione degli interessi privatistici dell'individuo.

La nascita del principio si colloca, quindi, storicamente nel passaggio dallo Stato assoluto, fondato sulla volontà del monarca, allo Stato liberale, fondato sulla supremazia della legge. Il principio nasce come limite all'azione dei pubblici poteri e si esprime attraverso la previsione normativa del fondamento e degli effetti dei loro atti, sì che gli amministrati possano *ex ante* conoscere l'ambito di libertà di cui dispongono, insieme con i diritti e le facoltà di cui sono titolari.

In Francia, dopo la rivoluzione francese, si sviluppa, infatti, l'idea che i poteri pubblici debbano essere esercitati nel rispetto di una legge scritta che sia l'espressione di un'assemblea a sua volta manifestazione della sovranità popolare. Resta, quale unico limite alla legge, la Costituzione che organizza i poteri statali secondo i principi di separazione e autolimitazione. Si venne così a creare un vero e proprio *domain de la loi* che si mantenne inalterato fino alla V Repubblica quando fu sancita la separazione delle competenze legislative da quelle regolamentari temperando "nella mutata forma di governo semipresidenziale l'idea rivoluzionaria della forza formale della legge quale garanzia di onnipotenza del parlamento legislatore"⁸² e si definì il ruolo del *Conseil constitutionnel* che si inserisce nel procedimento di formazione della legge al fianco del legislatore e non come limite ad esso.

È nell'ambito della monarchia costituzionale, tuttavia, che il principio di legalità inizia ad affermarsi: vi era la necessità, infatti, di assicurare il

⁸² R. DICKMANN, *op. cit.*, p. 38.

coinvolgimento dell'organo parlamentare nel disciplinare diritti e libertà sanciti dalla Costituzione in contrapposizione all'esercizio del potere regio. Un tale assetto permane fino alla presa di coscienza, da parte delle assemblee parlamentari, del ruolo delle forze sociali che le componevano e del conflitto, implicito, con l'insindacabilità del potere regio. In questo momento si distinguono le due componenti formali e materiali della legge caricando la seconda di una componente ideologica: "tale differenziazione ha funzionato finché storicamente è esistita una contrapposizione funzionale tra sovrano costituzionale e parlamento. In seguito alla dissoluzione di tale dualismo e grazie anche all'avvento dei regimi parlamentari caratterizzati dal vincolo fiduciario tra parlamento e governo si è affermata con pienezza l'idea della supremazia della legge in senso formale perché si è realizzato il progetto storico volto ad assicurare l'esercizio della sovranità al popolo *per il tramite* dell'organo parlamentare"⁸³.

L'evolversi degli Stati da un modello illuminista a uno liberale ha fatto sì che anche l'autorità indiscutibile della legge - supportata certamente dell'esperienza delle codificazioni - si ridimensionasse in ragione della sopravvenuta esigenza di giustizia sostanziale della legge stessa: nello stato costituzionale liberale la legge e la società sono separate e la prima non può semplicemente governare la seconda.

In tale tipologia statale, l'evoluzione dell'assetto dei poteri con il conseguente rafforzamento del legislativo sull'esecutivo, fa venire meno l'esigenza della distinzione tra legge formale e legge materiale in quanto la legge approvata dalle Camere deve legittimare e limitare ogni altro atto dello

⁸³ E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 269.

stato assumendo una “funzione di coordinamento e garanzia del pluralismo politico accolto in Costituzione”⁸⁴.

È in questo assetto che la legge assume quelle caratteristiche che hanno spinto taluno a parlare di “onnipotenza del legislatore”⁸⁵ precisando che con ciò ci si riferisce alla duplice funzione legislativa: quella di assicurare effettività alle garanzie costituzionali dei diritti individuali e quella di consentire l’esercizio della sovranità.

Si giunge quindi a un quadro di rapporti ove si prevede che sia l’attività amministrativa sia quella giurisdizionale debbano trovare una preventiva giustificazione in una previsione legislativa al fine di garantire la tutela costituzionale dei diritti individuali e che gli atti in cui si sostanziano siano conformi alla legge per garantirne la giustiziabilità⁸⁶.

2. Natura e portata del principio

La nascita del principio di legalità, come lo intendiamo oggi, è, come visto, intrinsecamente connessa alla necessità di regolamentare il rapporto tra legge e poteri dell’esecutivo-amministrazione. Per questo motivo si è ritenuto di iniziare l’analisi oggetto della trattazione dalla modalità con le quali tale principio si realizza con riferimento all’attività amministrativa.

Al di fuori delle ragioni storiche, tale scelta si basa sul convincimento che l’attività giurisdizionale sia “vincolata” e non possieda quel margine di discrezionalità proprio dell’attività amministrativa che necessita di essere delimitato dal limite della legalità; sul punto deve notarsi, inoltre, come alcuni

⁸⁴ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Stato popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 409.

⁸⁵ R. DICKMANN, *op. cit.*, p. 48.

⁸⁶ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 1983, p. 33.

autori vedano, proprio nell'attività giurisdizionale "il principale strumento di garanzia del rispetto del principio di legalità dell'amministrazione"⁸⁷. L'attività giurisdizionale non è vista come l'oggetto che deve stare entro i confini tracciati dal principio di legalità, ma come strumento di attuazione del controllo basato su tale principio. Da ultimo, tale scelta si giustifica perché, come già evidenziato da autorevole dottrina, solo a favore della funzione giurisdizionale c'è un'apposita "riserva" stabilita dalla Costituzione, che non è invece presente a favore dell'attività dell'amministrazione⁸⁸. Sul punto si tornerà ancora nel prosieguo.

Dopo questa premessa, necessaria per delimitare il campo dell'indagine del Capitolo che segue, pare opportuno soffermarsi sulle definizioni che sono state date del principio di legalità nel nostro ordinamento.

Costantino Mortati, padre del costituzionalismo italiano, così definiva il principio oggetto dell'odierna trattazione: "quell'aspetto della preminenza della legge riguardante il rapporto tra la medesima e l'attività degli altri poteri, ed in modo particolare di quelli dell'amministrazione, per esprimere la preferenza della legge sugli atti di quest'ultima, e più propriamente su quelli normativi (i regolamenti) ad essa consentiti"⁸⁹. Tale preminenza della soggezione dei pubblici poteri alla legge ritorna anche nella definizione di un altro costituzionalista, Riccardo Guastini che trae da ciò la logica conseguenza

⁸⁷ S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, pp. 659-703. È di particolare interesse, e lo si illustrerà certamente meglio in seguito, rilevare come l'Autore ponga tra le ragioni che conducono a indagare la portata del principio di legalità con solo riferimento all'azione amministrativa quella per cui "significativamente si ritiene che nei confronti delle decisioni giurisdizionali passate in giudicato non possa in alcun modo porsi la questione di una loro illegittimità (e quindi di una loro legale conformità) rispetto alla norma che pretendono di applicare: considerazione che, tecnicamente, non può essere ricollegata a quella «forza di cosa giudicata» che caratterizza il valore formale dell'atto giurisdizionale tipico distinguendo anche in ciò dal provvedimento amministrativo".

⁸⁸ Sul punto, S. FOIS, *op. cit.*

⁸⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, X, a cura di F. Modugno, A. Baldassarre e C. Mezzanotte, CEDAM, Padova, 1991.

secondo la quale “è invalido ogni atto dei pubblici poteri che non sia conforme alla legge”⁹⁰. Definizioni riunite di recente da Pier Paolo Portinaro che definisce il principio in oggetto come: “espressione tecnica del linguaggio giuridico in base alla quale si designa la subordinazione dei poteri pubblici alla legge e si inferisce l’invalidità di ogni atto imperativo che alla legge non sia conforme”⁹¹.

2.1. La mera conformità alla legge

Dall’analisi di queste prime definizioni appare evidente come sia utile soffermarsi in via preliminare sui concetti di *non contrarietà* e di *conformità* alla legge.

Definendo la legalità come mera *non contrarietà* alla legge si vuole intendere che l’amministrazione “ne doit tenir que des conduites compatibles avec le système des règles législatives, c’est à dire qui ne méconnaissent ne contradisent, ne heurtent, ou n’enfreignent aucune disposition de la loi”⁹². In un tale quadro l’amministrazione può, dunque, compiere tutti gli atti non espressamente vietati dalla legge, compresi quelli non previsti dalla disposizione legislativa.

Se, invece, s’intende la legalità come *conformità* alla legge si delinea un rapporto più stretto tra le fonti, poiché “uno dei termini è il modello, l’archetipo che l’altro deve realizzare”⁹³. Tale concetto che, come rilevato, non descrive una proprietà dell’atto, ma *implica una relazione*, è stato a sua volta declinato secondo

⁹⁰ R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, pp. 84-97.

⁹¹ P. P. PORTINARO, *Legalità, Principio di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma, 1996, p. 1.

⁹² C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil D’État, Études et documents*, , fasc. 11, Parigi, 1957, p. 25 e ss.

⁹³ L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padova, 1996, p. 114.

tre accezioni: la prima e più debole, indicante la sola compatibilità da intendersi come mancanza di antinomie e quindi riconducibile alla mera non contrarietà cui sopra si è accennato; la seconda, intesa come necessità di un previo espresso consenso che presuppone l'esistenza di un'autorizzazione che positivamente fonda l'atto sulla legge; la terza e più forte, che riconosce conformi alla legge solo gli atti che hanno "la forma e il contenuto predeterminati dalla legge"⁹⁴. In quest'ultimo caso l'amministrazione non potrà compiere che gli atti previsti, nel senso di autorizzati, dalla legge e non vi sarà spazio, invece, per gli atti non previsti poiché, non potranno - per definizione - essere conformi a una regolamentazione che non esiste.

La legge dunque può disciplinare il contenuto di un atto con differenti livelli d'intensità: "da un lato può «limitarlo» (in negativo), circoscriverlo entro determinati confini; dall'altro può «vincolarlo» (in positivo), indirizzarlo lungo una strada con una sola uscita, e dunque predeterminarlo interamente"⁹⁵. Nel primo caso permane in capo all'organo titolare del potere conferito dalla legge una discrezionalità contenutistica purché rimanga entro i confini delineati dalla legge; nel secondo caso, non si può più parlare di discrezionalità in quanto vi è un solo atto conforme alla previsione normativa e l'organo non ha potere discrezionale, agisce anzi in modo del tutto vincolato⁹⁶.

⁹⁴ La ricostruzione descritta si trova nell'opera di R. GUASTINI *cit.*

⁹⁵ R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 87.

⁹⁶ Sul punto l'autore da ultimo citato, come già fatto da S. FOIS, vede proprio nella contrapposizione tra azione discrezionale e azione vincolata le caratteristiche proprie del potere amministrativo e di quello giudiziario. In merito l'Autore precisa altresì che "importa sottolineare che il «grado» di conformità alla legge richiesto ad un atto dipende non già dal principio di legalità, bensì dal contenuto della legge che disciplina l'atto in questione", R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 87.

Il concetto di conformità, nella terza accezione tra quelle presentate, necessita di ulteriori precisazioni: la conformità, infatti, può essere vista sotto l'aspetto sostanziale⁹⁷, o formale "in senso lato"⁹⁸.

2.2. *Il contenuto triplice del principio*

La dottrina italiana ha utilizzato l'espressione principio di legalità con riferimento a una pluralità di regole distinte "praticamente connesse, ma logicamente irrelate"⁹⁹. Appare opportuno analizzarle separatamente.

2.2.1. *La preferenza di legge*

La preferenza di legge fa riferimento alla sovraordinazione gerarchica della legge rispetto agli atti dei poteri esecutivo e giurisdizionale. Il principio in esame è stato, infatti, definito come quello in forza del quale "la legge prevale sulle fonti secondarie, determinando un rapporto di gerarchia sostanziale tra l'una e le altre"¹⁰⁰.

Questo principio, anche se non esplicitamente formalizzato, informa tutto il sistema delle fonti, risulta dalle norme che disciplinano la funzione legislativa e risponde alla logica, alla base del costituzionalismo moderno, secondo la quale la legge - in quanto emessa dall'organo rappresentativo - va posta al centro del sistema delle fonti.

⁹⁷ Da intendersi, con C. EISENMANN, come "conformité de leur fond, c'est à dire des leurs normes" (*op. cit.*, p. 32).

⁹⁸ L. CARLASSARE, *op. cit.*, p. 115. L'autrice specifica qui come in questo caso siano necessari sia un *titolo legale* per l'esercizio del potere, sia una valutazione di conformità che comprenda la *forma* e la *procedura* rispetto al modello legislativamente previsto.

⁹⁹ R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 87.

¹⁰⁰ F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2007.

Da una parte il suo fondamento è rinvenibile con riguardo ai regolamenti nell'articolo 4 della Disposizioni preliminari al Codice Civile che recita "i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge"; dall'altra codesto principio si evince dalla lettura delle norme costituzionali in materia. Come ha notato Vezio Crisafulli, infatti, gli articoli 70 e successivi della Costituzione delineano un sistema delle fonti primarie *chiuso* a livello costituzionale che comporta il divieto per il legislatore ordinario di istituire fonti pariodinate (quanto a forza formale, a competenza o a regime giuridico) alla legge. Dunque, come fa notare Federico Sorrentino, è possibile che ci siano delle deroghe a questo principio soltanto in forza di norme costituzionali, che egli rinviene nella generica clausola di cui all'articolo 11 della Costituzione: sono fonti concorrenziali rispetto alla legge, le fonti dell'Unione Europea e le norme straniere richiamate dal diritto internazionale privato.

2.2.2. Il principio di legalità in senso formale e in senso sostanziale

Il principio di legalità nelle democrazie parlamentari, si è affermato assumendo una "portata veramente generale" solo nel suo significato formale che esige l'esistenza di una base legale (diretta o indiretta), per ogni atto dell'amministrazione. Tale principio risulta essere soddisfatto ogniqualvolta esista una norma attributiva del potere "senza esigere invece in alcun modo norme legislative tali da vincolare nel contenuto i poteri attribuiti alla competenza dell'amministrazione"¹⁰¹.

Nella sua accezione sostanziale il principio in questione postula che "è invalida ogni legge che conferisca un potere senza disciplinarlo compiutamente". La legge che soddisfa il principio deve, dunque, contenere una disciplina della materia oggetto del potere attribuito.

¹⁰¹ S. FOIS, *La riserva di legge, cit.*

Sul punto è interessante riportare la posizione che Lorenza Carlassare espose nell'opera *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*. In quella sede, l'Autrice faceva notare come fosse opportuno chiedersi, davanti alla prassi indubitabile ove il principio di legalità aveva assunto un significato solo formale esplicitandosi in una serie di attribuzioni di poteri all'esecutivo, se "la legalità fosse intesa realmente in tale ristretto significato, o se invece l'esistenza di leggi meramente attributive fosse solo la conseguenza della mancata predisposizione da parte dell'ordinamento di strumenti adatti a consentire alla legalità [...] di assumere quel significato". L'Autrice si rispondeva sostenendo che l'affermarsi con portata tendenzialmente generale del principio di legalità in senso formale derivava dall'indubbia difficoltà di costruire tale principio in senso sostanziale, "come limite allo stesso legislatore [...] quando la Costituzione era una legge come tutte le altre, modificabile e derogabile da parte del Parlamento, o anche quando, pur avendo essa un valore superiore, mancavano concretamente nell'ordinamento i mezzi per rendere effettiva tale superiorità"¹⁰² quali la presenza di una Costituzione rigida e la presenza di un controllo di costituzionalità delle leggi.

Sul punto, ovvero sulla necessità di una legge che disciplinasse il contenuto del potere, autorevole dottrina ha affermato che posto che il principio di legalità implica un rapporto di conformità da intendersi come "necessaria congruenza del fondamento del principio in questione individuato nel precetto costituzionale del subordine del giudice alla sola legge cosicché nessun atto da questa diverso può pretendere di imporsi al giudice se non voluto od ammesso dalla legge stessa", e, posto di fronte all'alternativa tra configurare il principio

¹⁰² L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo... cit.*, p. 123. Sul mutato ruolo della riserva di legge nell'ambito di una Costituzione flessibile o di una rigida si veda *infra* § 4.3.

stesso come esigente una conformità sostanziale o formale ha concluso in favore della seconda alternativa¹⁰³.

3. Il fondamento del principio di legalità

Così inquadrati i significati racchiusi nel principio e condividendo l'opinione di chi ha sostenuto che un'affermazione favorevole all'esistenza della legalità sarebbe non solo generica e vuota di vero significato, se non se ne indicasse un fondamento, ma addirittura essa stessa priva di fondamento, appare opportuno soffermarsi sulle teorie che hanno cercato di ricondurre tale principio talvolta a norme di legge ordinaria, talaltra a norme non scritte aventi valore analogo a quello della legge ordinaria - i principi generali dell'ordinamento o le consuetudini - e ancora, ai principi impliciti dell'ordinamento costituzionale o, infine, a specifiche norme costituzionali.

Di estrema importanza, come si vedrà è stato stabilire se tale principio abbia fondamento costituzionale o meno, in quanto solo nel primo caso esso non può subire deroghe o eccezioni da parte delle norme ordinarie e potrebbe essere considerato caratteristica tipica ed essenziale del nostro ordinamento¹⁰⁴.

Quanto alla possibilità di fondare il principio in questione su norme di legge ordinaria autorevole dottrina ha fatto riferimento all'articolo 5 della legge n. 2248 del 1865, all. E, e all'articolo 26 del T.U. Consiglio di Stato poiché in base a tali norme le autorità giudiziarie hanno l'obbligo di valutare che l'azione esecutiva o amministrativa non contrasti con le disposizioni di legge. Senza contare la preliminare obiezione che si incentra sulla validità di tali norme

¹⁰³ S. FOIS, *Legalità (Principio di)*, cit., p. 697.

¹⁰⁴ Si vd. S. FOIS, *op.cit.* ove, prima di analizzare le fonti del principio, l'Autore dimostra come il fondamento debba atteggiarsi in maniera identica sia che si tratti di regolamenti, sia che si tratti di provvedimenti concreti dell'esecutivo-amministrazione.

nell'ordinamento costituzionale, deve rilevarsi come tali disposizioni delineino il principio come estrinsecazione della più generale esigenza di compatibilità e non, come visto, in quella di conformità.

Ancora, gli articoli 3¹⁰⁵ e 4¹⁰⁶ delle Disposizioni preliminari al codice civile fonderebbero il principio affermando, il primo, che i regolamenti sono ammissibili solo se previsti o autorizzati dalla legge e, il secondo, che i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi. Così ragionando, tuttavia, sarebbe necessario distinguere i regolamenti governativi, sempre autorizzati indipendentemente dalla materia che si propongono di regolare, e quelli emanati da altre autorità che invece richiedono una specifica legge autorizzatrice. Entrambe queste ricostruzioni non soddisfano l'esigenza di dare un fondamento globale al principio di legalità.

Per questo motivo, l'analisi si è spostata muovendo dalle singole disposizioni legislative giungendo a esaminare la possibilità di desumere l'esigenza della legalità da principi non scritti.

Con riferimento alla possibilità di configurare il principio di legalità come principio generale dell'ordinamento¹⁰⁷, tuttavia, ciò che si porrebbe alla base della legalità sarebbe la sola compatibilità dei provvedimenti nel senso di una semplice subordinazione dell'amministrazione alla legge. Individuare un tale fondamento della legalità sarebbe superfluo e inutile postulando esso che la legalità deve essere genericamente rispettata nell'esercizio di qualsiasi attività intesa in senso lato.

¹⁰⁵ L'art. 3 delle Disposizioni sulla legge in generale recita: "Regolamenti. Il potere regolamentare del Governo è disciplinato da leggi di carattere costituzionale. Il potere regolamentare di altre autorità è esercitato nei limiti delle rispettive competenze, in conformità delle leggi particolari".

¹⁰⁶ L'art. 4 delle Disposizioni sulla legge in generale recita: "Limiti della disciplina regolamentare. I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi. I regolamenti emanati a norma del secondo comma dell'art. 3 non possono nemmeno dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo".

¹⁰⁷ Sul punto, oltre a S. FOIS, si veda anche V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 133 e ss.

Dalla disamina delle tesi che fondano la legalità al di fuori del dato costituzionale deve riconoscersi come tali tentativi non consentano di giungere a risultati soddisfacenti: in un sistema a Costituzione rigida, infatti, indicare per la legalità un fondamento costituzionale è, in definitiva, l'unica possibilità per riconoscerlo come principio caratterizzante l'ordinamento positivo e quindi per fissare uno dei presupposti indispensabili per qualificare l'ordinamento come "Stato di diritto".

Posto dunque che il fondamento deve essere ricercato nell'ambito della Costituzione sono state esplorate due vie: la prima che tentava di ricondurlo a principi generali non scritti, ma derivanti dallo *spirito* della Carta costituzionale e la seconda che mirava a individuare puntuali norme costituzionali a cui riferirlo.

Si è dunque tentato di fondare la legalità sui concetti di sovranità del Parlamento, Stato di diritto e separazione dei poteri. Con riferimento alla *sovranità del Parlamento* autorevole dottrina ha rilevato che per quanto essa potesse servire a segnare la differenza tra atti legislativi e atti regolamentari "è lo stesso principio chiamato in causa che appare oltremodo dubbio e discutibile" perché "il Parlamento non è più organo al quale possa spettare l'attributo della «sovranità» [...] né simile termine, così come quello di una (incondizionata) «supremazia», può essere attribuito alla «legge» del Parlamento stesso"¹⁰⁸; se anche fosse possibile riscontrare una posizione predominante in capo a tale organo, inoltre, un simile fondamento consentirebbe di affermare la sola *legalità formale* attribuendo alla legge una forza che deriva solo dalla sovranità dell'organo da cui promana. Una siffatta

¹⁰⁸ S. FOIS, *Legalità...*, cit., p. 670.

concezione condurrebbe a un riconoscimento del solo minimo essenziale del principio tale da condurre a un' "auto-distruzione"¹⁰⁹ dello stesso.

Quanto al rinvio allo *Stato di diritto* che viene individuato come fondamento della legalità intesa in senso sostanziale tre sono le critiche che vengono mosse a siffatta prospettazione: in primo luogo, si fa riferimento al carattere eccessivamente vago e generico del concetto che ha spinto taluno a definirlo un "guscio vuoto"¹¹⁰; in secondo luogo, esso non è stato ritenuto idoneo a fondare la legalità, ma la sola giurisdizionalità; in terzo luogo, tale concetto coprirebbe del requisito di legalità anche i regolamenti e non la sola legge in quanto sarebbe logicamente difficile concepire un rapporto di gerarchia e raffrontabilità di atti che si assumono parimenti *normativi*.

Da ultimo, con riferimento alla *separazione dei poteri* quale fondamento per il principio di legalità, alcuni hanno notato come "esistono numerosi validi argomenti per negare che un simile principio (se inteso in senso «sostantivo funzionale») sia effettivamente accolto nel nostro ordinamento"¹¹¹, ma senza arrivare a tanto se ne è indicata l'ambiguità potendo esso allo stesso tempo fondare, da una parte, una teoria dell'eccezionalità della potestà amministrativa regolamentare, e dall'altra, quella dell'istituzionalità di una tale potestà indipendente dalla legge.

Appare chiaro come l'impossibilità di fondare la legalità sui principi suddetti derivi proprio dalla concezione ideologica che essi racchiudono che, inevitabilmente, li conduce a perdere una vera forza e ad assumere significati incerti ed ambigui certamente inadeguati allo scopo prefissato.

Basandosi, quindi, sul c.d. *diritto costituzionale positivo*, autorevole dottrina ha ritenuto di dover fondare il principio con riferimento a specifiche

¹⁰⁹ A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione. Origini, funzioni, caratteri*, Jovene, Napoli, 1983, p. 32 nt. 35.

¹¹⁰ C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 44.

¹¹¹ S. FOIS, *Legalità...*, cit., p. 671.

norma costituzionali. Non essendo possibile, in questa sede, riportare le ragioni che hanno portato all'esclusione quali fondanti degli articoli 76, 13, 97 e 113 appare opportuno soffermarsi sulle conclusioni del lavoro svolto dal Fois e analizzare quanto affermato con riferimento all'articolo 101, comma 2, della Costituzione.

3.1. L'articolo 101, comma 2, della Costituzione: fondamento della legalità e soggezione del giudice al diritto tra fonti legislative e fonti giurisprudenziali

La stretta connessione tra la legalità e la previsione secondo la quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", deriva in prima battuta dal fatto che essendo l'attività giurisdizionale lo strumento con il quale si mira ad assicurare il rispetto dell'ordinamento giuridico, proprio le norme sul suo funzionamento possono rispondere al quesito circa la possibilità per la legalità di ergersi a fondamento dell'ordinamento stesso al cui rispetto ogni attività deve ispirarsi.

Appare di fondamentale importanza, ed è infatti stato al centro di un copioso dibattito dottrinale, individuare cosa debba essere inteso con il termine "legge" ai sensi dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione. Da una parte vi è stato chi ha ritenuto che ivi dovesse essere ricompreso tutto il "diritto" in senso tecnico. Tuttavia, una simile impostazione appare sconfessata da chi ha fatto notare come i riferimenti alla legge, nell'ambito delle numerose riserve contenute nel testo costituzionale, rinviino ad *atti legislativi* in senso tecnico. Ancora, depone in favore di tale conclusione anche osservare come vi sia una strettissima connessione tra primo e secondo comma della norma in questione che può così essere indicata: "nell'esercizio della funzione giurisdizionale il giudice deve fondare le sue decisioni, oltre che sulla Costituzione, solo su (la volontà di) atti attraverso i quali si esprime quella cosiddetta sovranità popolare esercitata (secondo l'art. 1. Cost.) nelle forme e nei limiti della

Costituzione” sottolineando altresì che al di fuori degli istituti di democrazia diretta tale sovranità “avviene attraverso quelle manifestazioni di volontà dell’organo rappresentativo che si traducono in leggi, o attraverso quegli atti (legislativi) dell’esecutivo che per Costituzione sono strettamente ed intimamente condizionati alla volontà legislativa del Parlamento (decreti-legge e decreti legislativi)”¹¹².

Appare dunque evidente come in epoca non recente non vi fossero dubbi sul circoscrivere la portata dell’articolo 101, comma 2, della Costituzione alla sola legge intesa come *atto legislativo*. Un tale assunto, tuttavia, non può essere riportato *sic et simpliciter* nell’ordinamento attuale senza tenere conto dell’evoluzione che il concetto di diritto ha subito negli anni¹¹³.

Deve, infatti, rilevarsi come il diritto giurisprudenziale abbia svolto e stia svolgendo tuttora un ruolo che non si può non considerare nell’analizzare il concreto dispiegarsi nella pratica dell’attività giurisdizionale attuale: il giudice è, infatti, il fulcro del “problema fondamentale del rapporto tra potere e libertà, tra legge e diritti”¹¹⁴ dovendosi egli porre in posizione equidistante tra la *lex* e gli *iura*¹¹⁵.

Acuta analisi ha ravvisato nel dibattito tedesco sul *Richterrecht* – il diritto giudiziale – o meglio sulla sua qualificazione come fonte del diritto – e in quello angloamericano che guarda al *common law* dibattendosi tra principio dello *stare decisis*, da una parte, e tecniche che “sfumano”¹¹⁶ il precedente come il

¹¹² S. FOIS, *Legalità... cit.*, p. 685.

¹¹³ Si concorda con chi ha affermato che la definizione del contenuto normativo dell’articolo 101, comma 2, della Costituzione non può non dipendere preliminarmente “dalla soluzione dei problemi relativi al sistema delle fonti”, così A. PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 139.

¹¹⁴ M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 17.

¹¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 176.

¹¹⁶ L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto: l’esperienza inglese*, in *Rivista di diritto civile* n. 1/1993, p. 135.

distinguishing e *overruling*, dall'altra, le basi per affermare che porre il diritto giurisprudenziale tra le fonti del diritto non significa altro che "arrendersi ai fatti"¹¹⁷.

Per tale ragione, ed estendendo le osservazioni anche all'ordinamento italiano, l'analisi sembra doversi spostare non tanto sull'effettività di una siffatta prospettazione dell'assetto delle fonti del diritto, ma più sulla giustizia di tale conformazione e sui limiti della discrezionalità che il giudice possiede.

Quanto all'effettività di un sistema così delineato sembra che non ci siano dubbi: la giurisdizione è, infatti, uscita dal terreno del controllo per spingersi in quello della mediazione e della regolamentazione del conflitto sociale.

Secondo autorevole dottrina¹¹⁸, due sono le direttrici che hanno consentito questo mutamento e che hanno portato all'assetto attuale: l'indebolimento della legislazione e il rafforzamento della giurisdizione. Giova riportare quelle che, nell'opinione dell'Autore citato, sono le principali cause dell'uno e dell'altro fenomeno.

L'indebolimento della legislazione è stato innanzitutto fatto discendere dalla crisi della statualità intesa non come perdita di soggettività politica degli Stati in conseguenza di un rafforzamento dei sistemi sovranazionali, ma come crisi della politica "trasparente, partecipata e democratica" che sceglie di non prendere alcune decisioni fondamentali tanto da spingere taluno a parlare di "accentuata evanescenza dell'espressione legislativa"¹¹⁹. In questi casi, il silenzio del legislatore ha comportato che decisioni di grande rilievo sociale siano state prese dagli organi giudicanti.

¹¹⁷ D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008, p. 6.

¹¹⁸ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti* n. 1/2013 del 1 marzo 2013, reperibile sul sito www.rivistaaic.it.

¹¹⁹ M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 189.

La crisi della legislazione, è opportuno aggiungere, è una crisi, in parte, quantitativa, e, in parte, qualitativa. Quantitativa in ragione del ruolo sempre più incisivo del diritto dell'Unione Europea, della proliferazione normativa dell'esecutivo, dell'incremento delle leggi provvedimento, della delegificazione, della pratica delle sentenze manipolative da parte della Corte costituzionale, delle norme delle autorità indipendenti, dell'utilizzo di ordinanze contingibili e di altre forme di normazione che si aggiungono a quanto previsto dell'articolo 70 della Costituzione. Qualitativa, in quanto connessa ad un abbassamento della qualità della classe politica nel senso che la normazione non è solo difficilmente leggibile, ma è anche carente di quell'autorità "in grado di conquistarsi la legittimazione e il consenso che gli sono necessari per incidere davvero nella realtà che pretende di governare"¹²⁰.

Il rafforzamento della giurisdizione, d'altra parte, si riviene nel diffondersi di un atteggiamento che vede nelle sentenze vere e proprie fonti del diritto anche in sistemi di *civil law*¹²¹. Ancora: in una lettura particolarmente rigida del divieto di *non liquet* che porta i giudici a pronunciarsi anche in situazioni di oggettiva incertezza in risposta all'esigenza di un intervento autoritativo; nello svilupparsi dell'idea secondo la quale il diritto non tollera lacune¹²²; nell'anomala applicazione del principio di interpretazione conforme con riferimento sia alla Costituzione, sia al diritto dell'unione Europea, sia al

¹²⁰ Ancora M. LUCIANI, *cit.*, ove si rinvia a M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1999, p. 880 ss.

¹²¹ A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto. Artt. 1-9*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2011, p. 705 e ss.

¹²² Ancora M. LUCIANI, *cit.* ove si legge che: "anche quando si ammette l'esistenza di lacune, come accade nei casi regolati dalle ordinanze contingibili e urgenti, o si afferma che esse sanerebbero mere lacune operative (Cons. giust. amm. reg. sic., 28 agosto 1986, n. 129), oppure si sostiene che la loro funzione sia proprio quella di colmarle, con ciò dimostrando la capacità autoriparatoria dell'ordinamento anche quando, per avventura, vi siano lacerazioni del suo tessuto (TAR Lombardia, Milano, Sez. V, 2 aprile 2008, n. 792)".

diritto convenzionale, sia al diritto internazionale¹²³; nell'ampliamento delle questioni sulle quali si ritiene che la giurisdizione sia legittimata a pronunciarsi in ossequio del principio secondo il quale "il difetto assoluto di giurisdizione è ravvisabile solo quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere"¹²⁴ e, infine, nella perdita della distinzione tra esecuzione e attuazione della Costituzione in ragione di quella concezione per cui tutta la Costituzione deve essere attuata.

Con riferimento al ruolo crescente che il giudice ha assunto negli odierni sistemi giuridici, deve ravvisarsi, inoltre, come abbia influito anche la trasformazione dell'ideologia della funzione giudiziale da "professione" a "servizio pubblico"¹²⁵ dovuto, secondo la prospettazione da ultimo citata al consolidamento del carattere statale di ciascun magistrato, insieme a un indebolimento della tradizionale configurazione burocratica del ruolo giurisdizionale.

Tale modello non è andato esente da critiche, che purtuttavia non potevano non qualificare il nuovo ruolo della giurisdizione come un *fatto*: si è, infatti, affermato che "non si può immaginare di affidare alla giurisdizione il compito di sorreggere una comunità politica che non può contare su un corretto funzionamento del circuito della rappresentanza: la supplenza può essere un

¹²³ Con il rischio, per quanto riguarda l'interpretazione conforme a Costituzione che i giudici comuni per evitare che le proprie ordinanze siano dichiarate inammissibili, si sforzino di vedere nelle disposizioni qualcosa che non c'è, ma che la Costituzione vorrebbe ci fosse e, con riferimento al diritto sovranazionale di dimenticarsi che la proliferazione dei diritti della persona non garantisce di per sé una migliore tutela dei diritti dei singoli. Si veda in proposito R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA. VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Torino, Giappichelli, 2009, p. 31; F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 92 ss.

¹²⁴ Cass. civ., Sez. Un., 8 maggio 2007, n. 10375.

¹²⁵ M. R. FERRARESE, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1984, p. 138 ss.

fatto, ma ciò non toglie che questo fatto non corrisponda al modello costituzionale e che, comunque, non può essere questa la soluzione del problema”¹²⁶.

D'altra parte, soprattutto con riferimento al ruolo del giudice non limitato ai confini nazionali, o meglio, quale strumento che importa il diritto sovranazionale nell'ordinamento interno, esso è stato qualificato come l'agente più attivo della mondializzazione al punto da spingere alcuno a definire la giustizia transnazionale come un modo “per continuare la politica attraverso altri mezzi”¹²⁷.

Quanto all'attività giurisdizionale che diviene fonte del diritto con riferimento alle sollecitazioni provenienti dall'integrazione europea¹²⁸ e al ruolo giocato nel nuovo assetto dalle Corti sovranazionali deve osservarsi come “un ruolo decisivo è stato dunque giocato da un fatto ad essa [l'espansione della giurisdizione] endogeno vale a dire «lo sviluppo delle potenzialità insite in quell'attività intellettuale e decisionale, tipica e ineludibile che è l'interpretazione del diritto» così come, per altro verso, da un fattore esterno - idoneo

¹²⁶ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni...*, cit., p. 14.

¹²⁷ J. ALLARD-A. GARAPON, *Le juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Parigi, 2005, p. 81

¹²⁸ Sul punto devono ricordarsi due sentenze del Tribunale costituzionale tedesco che si è espresso con riferimento al rapporto tra sovranità parlamentare e discrezionalità dell'autorità giudiziaria. La prima (commentata da L. VIOLINI, *L'indipendenza del giudice e il rispetto del diritto internazionale secondo una recente decisione del BVerfG: bilanciamento o prevalenza dei principi costituzionali nazionali?*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2005, p. 1040 ss) ove il *Bundesverfassungsgericht*, pur rimarcando l'obbligo costituzionale del rispetto del diritto internazionale, aveva ammesso l'eventualità che il giudice nazionale si veda costretto a discostarsi da una pronuncia della Corte di Strasburgo anche al prezzo di causare la responsabilità internazionale della Repubblica federale; la seconda, resa in materia di estradizione, ove ha affermato che stanti le previsioni dei Trattati dell'Unione Europea, in caso di estradizione di un cittadino tedesco il legislatore dovrà rispettare i limiti posti dalla Costituzione ribadendo l'esistenza di quel margine nazionale che resiste all'internazionalizzazione. Appare chiaro, come rilevato, che debba trovarsi un punto di equilibrio “tra l'esigenza di evitare formature del margine nazionale, da un lato, e quella di ridurre il margine d'incertezza dall'altro” D. BIFULCO, *op. cit.*, p. 106

nondimeno a incidere direttamente sull'interpretazione stessa - e segnatamente il modo di essere del diritto e, più precisamente, del sistema delle fonti, divenuto, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, sempre più complesso"¹²⁹.

Deve ora farsi guardarsi, con riferimento all'estensione dell'attività giurisdizionale delle cui ragioni si è brevemente cercato di dare conto, a come a tale ampliamento si colleghi il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Dal punto di vista delle ripercussioni interne deve notarsi come vi sia chi è spinto fino a fornire una rilettura del principio di legalità di cui all'articolo 101, comma 2, della Costituzione nei termini seguenti: "i giudici sono soggetti soltanto alla legge, a condizione che la legge sia, costituzionalmente legittima, che sia conforme al diritto comunitario e che sia conforme alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo; ovvero come se si dicesse che i giudici sono soggetti soltanto alla legge a condizione che la legge possa venire interpretata in modo da renderla costituzionalmente legittima, ovvero da renderla conforme al diritto comunitario e alla Cedu"¹³⁰.

Appare chiaro che una rilettura siffatta obbliga a guardare alla legalità di cui all'articolo 101, comma 2, della Costituzione con un atteggiamento inverso rispetto a quello che ha caratterizzato tale principio: la "legge" non è più strumento per restringere la portata della disposizione normativa, ma, ricomprendendo al suo interno il diritto - nell'accezione estensiva di legge interpretata - giunge fino a ricomprendervi non solo il diritto sovranazionale,

¹²⁹ D. BIFULCO, *op. cit.*, p. 103 ove l'Autrice rimanda a R. TONIATTI, *Deontologia giudiziaria tra principio d'indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni* a cura di L. Aschettino - D. Bifulco - H. Épineuse - R. Sabato, Jovene, Napoli, 2006, p. 85.

¹³⁰ R. TONIATTI, *Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale*, in *Manuale di ordinamento giudiziario* a cura di G. Di Federico, CEDAM, Padova, 2004, pp. 229-260.

ma anche i principi fondamentali che esso contempla¹³¹, e soprattutto la giurisprudenza della Corte EDU.

Sul punto meritano di essere fatte due considerazioni: la prima con riferimento al sistema britannico e la seconda inerente al nostro ordinamento.

Con riferimento al rapporto tra potere legislativo inglese e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sempre con riferimento al ruolo del giudice deve osservarsi come l'assetto dei rapporti sia mutato in seguito all'introduzione dello Human Rights Act del 1998¹³². In quella sede fu introdotta la sezione 3 ove si prevede che ogni legge debba essere interpretata secondo i "conventional rights": le Corti, dunque, sono chiamate a decidere sulla base di un atteggiamento che si pone non più in senso deferente rispetto alla legislazione, ma che accresce i loro poteri con riguardo sia all'attività dell'esecutivo sia a quella del Parlamento.

L'articolo 3 dello HRA sancisce infatti che, sebbene il Parlamento resti il titolare circa le decisioni sulla validità o meno della norma di legge in contrasto con la Convenzione, "so far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights"¹³³.

Si è passati da un sistema ove la CEDU poteva essere utilizzata solo per risolvere eventuali ambiguità della legge o del *common law*, a un assetto ove

¹³¹ Ciò, sulla scorta delle celebri sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul caso *Cordero* – quanto alla prevalenza dell'interpretazione della CGUE rispetto a quella delle Corti costituzionali nazionali chiamate a pronunciarsi su principi generali analoghi a quelli comunitari e prima ancora *Francovich* sulla responsabilità civile dello Stato per l'errore nell'interpretazione del diritto dell'Unione da parte dei magistrati nazionali. Si vedano, dunque, le sent. CGUE *Cordero c. Fondo de Garantia Salarial*, causa C-81/05, del 7 settembre 2006§ 37-41, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, causa C-224/01 del 30 settembre 2003 e *Francovich c. Repubblica italiana*, causa C-479/93 del 9 novembre 1995.

¹³² Che V.K.D. EDWING nella sua opera *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, in *Modern Law Review*, 62, 1999 p. 79 definisce come "la più importante redistribuzione di potere politico in Gran Bretagna dal 1688".

¹³³ Art. 3, Human Rights Act, 1998.

vige l'obbligo "di interpretare la legge in senso conforme alla Convenzione, a condizione che ciò sia possibile da un punto di vista ermeneutico"¹³⁴.

Deve dunque rilevarsi, che proprio nella patria del precedente vincolante, con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU "si è conferito al giudice un potere rilevante, anzi un obbligo, che è quello di operare un bilanciamento alla stregua di un'interpretazione non letterale bensì adeguatrice, che consenta, cioè, l'applicazione delle leggi interne alla luce di quanto previsto dalla CEDU almeno «fin dove ciò sia possibile»"¹³⁵.

Con riferimento alla seconda questione, nostrana, deve aversi riguardo alle statuizioni della Corte costituzionale ha svolto con riferimento ai rapporti tra giurisprudenza europea e costituzionale (tenendo sempre in considerazione il ruolo del giudice comune, sul quale grava - in forza del sistema delineato nelle sentenze gemelle - l'obbligo di interpretazione convenzionalmente, oltre che costituzionalmente, conforme).

In merito al giudizio davanti a sé, la Corte costituzionale ha affermato che "la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza, affinché si realizzi la necessaria «integrazione delle tutele» (sentenza n. 264 del 2012), che spetta a questa Corte assicurare nello svolgimento del proprio infungibile ruolo"¹³⁶. La Corte costituzionale quindi, ha ribadito il proprio ruolo di Corte di sistema tesa a compiere una valutazione non frazionata dei diritti coinvolti che svolge la propria attività mirando alla

¹³⁴ A. SPERTI, *Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1/2001, p. 97. Sul punto deve tuttavia rammentarsi la previsione all'articolo 4 dello HRA della *declaration of incompatibility* in ragione della quale le Corti superiori possono agire mettendo pressione al parlamento perché modifichi una legge in contrasto con la CEDU, pur non avendo la forza di invalidarla o renderla inefficace.

¹³⁵ D. BIFULCO, *op. cit.*, p. 140.

¹³⁶ Corte Cost., sent. n. 170 del 2013, *considerato in diritto*, § 4.2.

“massima espansione delle garanzie” e ha concentrato nella recente sentenza n. 49 del 2015 la propria attenzione sui “criteri mediante i quali ricavare la portata della giurisprudenza europea, operazione ermeneutica preliminare rispetto all’interpretazione conforme a Convenzione delle norme interne, nonché preliminare al confronto tra giurisprudenze e all’eventuale rilevazione di un dubbio di costituzionalità *ex art. 117, primo comma, Cost.*, e naturalmente distinta dall’attività ermeneutica volta alla definizione della portata delle garanzie costituzionali”¹³⁷.

Non è questa la sede per riportare tali criteri e per sindacarne l’opportunità, ma appare interessante notare come con la sentenza da ultimo citata la Corte costituzionale abbia voluto, ancora una volta, porre in capo al giudice comune l’onere di verificare la conformità a Costituzione della giurisprudenza europea non consolidata, presupponendo che – quanto a quella consolidata – egli sia perfettamente in grado di riconoscerla e, se del caso, discostarsene, sollevando questione di legittimità costituzionale con ciò cedendo “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”¹³⁸ e riversando “sul giudice comune un compito che la Costituzione affida invece al Giudice costituzionale, il quale non può «sbarazzarsene» nascondendosi dietro l’aggettivo «consolidata» o «non consolidata» da giustapporre alla giurisprudenza europea, aggettivo la cui definizione, come si è detto, non è né automatica né immediata, ma il frutto di complesse (ed opinabili) operazioni ermeneutiche”¹³⁹.

¹³⁷ B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell’esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell’applicazione della CEDU*, in *Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti* n. 2/2015 del 29 maggio 2015 reperibile sul sito www.rivistaaic.it, p. 13.

¹³⁸ Corte Cost., sent. n. 49 del 2015, *considerato in diritto*, § 4.

¹³⁹ *Ibidem*.

Deve dunque concludersi che è decisamente mutato il contenuto del termine “legge” di cui all’articolo 101, comma 2, della Costituzione e che tale mutamento può essere ravvisato nell’accresciuta esigenza di giustizia collegata alla crisi del principio di autorità: esso, “cacciato (oltre che dai palazzi della politica) dai luoghi delle microistituzioni sociali, ha trovato ospitalità nelle aule di giustizia”¹⁴⁰.

Appare tuttavia che, proprio in ragione dell’accresciuto ruolo dell’attività giurisdizionale e soprattutto dell’incertezza che caratterizza la definizione dei limiti a tale attività che, quindi, sembra ancora fortemente in balia della discrezionalità del singolo organo giudicante, debba farsi riferimento a quella linea di pensiero che guida l’attività giudiziaria con riferimento all’utilizzo dei precedenti di altre Corti – soprattutto se sovranazionali – mirando alla “necessità di assicurare la giustizia in termini generali nell’interpretazione e nell’applicazione della legge: non nelle ragioni dell’autorità, ma nell’autorità delle buone ragioni poste alla base delle decisioni”¹⁴¹.

4. La riserva di legge

In un ragionamento sul principio di legalità non si può prescindere dal soffermarsi sullo strumento che storicamente è connaturato al suo concreto dispiegarsi nella pratica: la riserva di legge.

Ciò che muove l’analisi odierna è la necessità di riprendere quanto originariamente previsto con riferimento alla *ratio* di tale istituto e alle successive elaborazioni giurisprudenziali che guardavano al suo concreto estrinsecarsi nella pratica quotidiana del diritto per valutare il suo modo di

¹⁴⁰ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione...*, cit., p. 22.

¹⁴¹ M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, il Mulino, Bologna, 1991, p. 98.

adeguarsi al mutare dei confini del diritto che da nazionale sempre di più ha fatto e fa i conti con gli ordinamenti sovranazionali.

Ci si interroga, infatti, sul senso che tale istituto mantiene nell'ordinamento integrato soprattutto, come si vedrà nel prosieguo, con riferimento alla funzione garantista che la riserva svolge nella tutela dei diritti, fondamentali e non, dei consociati.

È doveroso, tuttavia, avvisare il lettore che il *fil rouge* che sottenderà tale ricostruzione è quello che mira a individuare la portata garantista della tutela accordata dalla riserva nelle sue varie tipologie ed evoluzioni.

4.1. La ratio della riserva di legge: separazione dei poteri o funzione garantista

È fondamentale muovere dalla *ratio* della riserva prima di addentrarsi ad indagare il suo contenuto e le sue tipologie, ricordando che parlare di *ratio* e parlare di funzioni non è la stessa cosa e che sul punto si è interrogata da sempre la migliore dottrina giungendo a conclusioni differenti.

La copiosa produzione dottrinale sul tema si è attestata, infatti, su posizioni diverse riconducibili a due macro aree: da una parte privilegiando gli aspetti della riserva connessi alla distribuzione delle competenze tra gli organi di produzione normativa – conformando in modo *organizzativo* l'ordinamento ai principi liberal-democratici di ascendenza illuministica; dall'altra, sottolineando la funzione *garantista* della riserva che trae la sua forza, prima ancora che dalla concreta attuazione pratica, nella sua origine storica. Chi scrive concorda, infatti, con quella dottrina secondo la quale non si può discutere circa la portata e il significato della riserva se non si considera che l'origine storica di tutte le riserve nelle Costituzioni novecentesche è connessa all'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dei cittadini in opposizione all'impostazione

precedente ove le limitazioni al loro godimento derivavano da scelte discrezionali del sovrano¹⁴².

4.1.1. La riserva di legge come strumento organizzativo delle istituzioni normative

Quanto alla prima direttrice guardando cioè al rapporto tra forma di governo e riserva di legge si è osservato come tale legame si estrinsechi nel modo in cui la riserva inquadra i rapporti tra Esecutivo e Legislativo essendo la qualificazione degli atti determinata esclusivamente dai caratteri degli organi dai quali promanavano¹⁴³.

La funzione di distribuzione delle competenze normative assolta in un primo momento dalla riserva di legge è stata così descritta da Vezio Crisafulli che ha affermato che la “riserva di legge, assoluta o relativa che sia [...] si esprime in una «formula organizzativa», come sempre avviene d'altronde quando si regolano i rapporti tra poteri e competenze. In quanto formula organizzativa la riserva di legge non è che una specie del più ampio genere delle «riserve» di competenze in genere [...] le quali pure hanno funzioni di garanzia, sebbene non di libertà o di diritti individuali”¹⁴⁴.

La riserva impone effettivamente un duplice limite: all'Esecutivo in quanto esso non può intervenire in materie riservate alla legge e al Legislativo che non può disciplinare altre materie se non quelle indicategli. Sul punto Sergio Fois ha notato che nella monarchia costituzionale la riserva stabiliva “ciò che solo la legge poteva fare, ma anche e contemporaneamente [a] precisa[re]va

¹⁴² Sul punto si veda P. VIRGA, *Origine, contenuto e valore della dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, p. 270 ss.

¹⁴³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Padova, 1984, p. 61 e L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 1.

¹⁴⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale... cit.*, p. 63.

che la legge doveva fare soltanto questo”¹⁴⁵ esplicitando, quindi, non il criterio gerarchico, ma quello di competenza.

Deve tuttavia osservarsi come l’istituto sia stato successivamente caricato di implicazioni ideologiche che ne hanno di volta in volta esaltato il carattere garantista o democratico.

4.1.2. *La riserva di legge come espressione del principio garantista*

Autorevole dottrina ha rinvenuto la *ratio* della riserva di legge in un’esigenza garantista talora supportando tale affermazione facendo riferimento al principio di uguaglianza formale assicurato solo dall’intervento legislativo¹⁴⁶. Tale funzione sarebbe da ricollegarsi all’ideologia liberal-democratica ottocentesca che collegava la legge all’organo che la emana, sottolineando il carattere rappresentativo dell’organo parlamentare.

Una tale posizione, come spiega Sergio Fois deriva sostanzialmente dal contesto in cui tale istituto si sviluppò nel continente europeo ovvero sia quello della monarchia costituzionale. Nell’approfondita analisi che tale Autore svolge con riferimento alla monarchia costituzionale tedesca, egli evidenzia come il sistema dualistico monarchico-rappresentativo fosse, nella sostanza, predominato dall’autorità regia e che la parità di posizioni si realizzasse solo ove era prevista specificamente e cioè con riguardo all’esercizio della funzione legislativa. Al di fuori di tale sfera il monarca restava il capo dell’esecutivo non come “mero «esecutore» della volontà legislativa, ma quale titolare di poteri tanto propri quanto esclusivi da dover essere considerato, nell’esercizio di questi, del tutto svincolato dalla «legge» in senso tecnico”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ S. FOIS, *La riserva di legge... cit.*, p. 45.

¹⁴⁶ L. PALDIN, *La Potestà legislativa regionale*, CEDAM, Padova, 1958, p. 82.

¹⁴⁷ S. FOIS, *La riserva di legge... cit.*, p. 47.

La legge non poteva che configurare un limite estrinseco all'esercizio del potere regio il che implicava una restrizione del suo contenuto al fine di non minare la "presunzione di competenza" che restava in capo all'Esecutivo e che non consentiva di andare oltre quanto detta formula, più nella sua formulazione letterale che nella sua potenzialità, consentiva.

È solo nel periodo delle monarchie parlamentari che la riserva di legge amplia la propria estensione: le Costituzioni eliminarono quel limite che imponeva di escludere dalla portata della riserva la sfera delle libertà e della proprietà individuale¹⁴⁸ e imposero, invece, che l'amministrazione non potesse ingerirsi in tali sfere in forza di regole consuetudinarie o con regolamenti interpretativi che non avessero un'autorizzazione costituzionale che consentisse - eventualmente - di sopperire alla autorizzazione legislativa, altrimenti necessaria.

Proprio per limitare tale interventi "autonomi" fu fatto valere, oltre al rimando allo Stato di diritto tale da implicare l'azionabilità dei diritti pubblici subiettivi riconosciuta al cittadino nei confronti dell'amministrazione¹⁴⁹, l'espreso riconoscimento nella Carta costituzionale dei singoli diritti inviolabili dell'individuo: "tale riconoscimento ispirato all'ideologia liberale, è infatti essenzialmente, e pressoché esclusivamente indirizzato a garantire a sfera individuale contro l'«esecutivo»"¹⁵⁰. L'esercizio del potere amministrativo poteva incidere su tali diritti solo qualora fosse stato "legalmente autorizzato".

Deve rilevarsi che nei confronti della tesi garantista altra parte della dottrina si è posta criticamente sostenendo che "il fatto di inserire un atto del Parlamento fra gli strumenti di garanzia lascia fortemente perplessi, in quanto

¹⁴⁸ Sull'opportunità di suddividere la produzione legislativa in "legge generale ed astratta", legge come "regola giuridica" e legge quale "intervento nella sfera della libertà e proprietà individuale" si rinvia all'opera di D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961.

¹⁴⁹ Sul punto si veda C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 711.

¹⁵⁰ S. FOIS, *La riserva di legge... cit.*, p. 93.

una simile impostazione trascura che la logica del regime parlamentare ha portato le assemblee legislative dall'area degli organi di garanzia a quella degli organi di governo, essendosi la garanzia spostata più in là, nel capo dello Stato, nella Corte costituzionale e nella magistratura"¹⁵¹. Tale prospettazione trova conforto nell'osservazione del mutamento del ruolo della legge che è divenuto - nella visione dei critici - lo strumento di esercizio dell'indirizzo politico lasciando alla Costituzione l'esercizio della funzione garantista.

Le critiche a tale teoria si sono mosse secondo tre direttrici: la prima affermava che la riserva di legge, intesa come attribuzione di competenza, non può implicare quei requisiti di generalità ed astrattezza della legge che effettivamente consentirebbero un'uguaglianza di trattamento sostanziale.

La seconda sosteneva che una tale impostazione rispondesse a un'esigenza del passato che vedeva la legge come garanzia d'intangibilità da parte del legislatore in una chiave sostanzialmente negativa. Ciò sembrava essere in contrasto con il nuovo assetto costituzionale ove i diritti non costituivano più qualcosa di prefissato e intoccabile, ma erano oggetto di sviluppo, per il tramite proprio della legge, verso livelli più avanzati di contenuto e tutela. La legge "non sarebbe più da considerare come la garante di uno *status* intoccabile, quanto piuttosto come il mezzo democratico per raggiungere più avanzati livelli civili e sociali"¹⁵². L'effettiva funzione garantista veniva svolta, dunque, dalla Costituzione, non dalla legge e, quindi, non dalla riserva.

La terza critica mirava a sconfessare la tesi di chi vedeva nella riserva una garanzia delle minoranze affermando che la tale tutela era una conseguenza e non la *ratio* della riserva¹⁵³.

¹⁵¹ A. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵² A. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 33.

¹⁵³ Per una disamina approfondita di tali posizioni si rinvia al Di Giovine nel "dialogo a distanza" con il Fois in materia, nell'*op. cit.*, capitolo II. Con riferimento a questo punto vi è stato

Non solo Alfonso Di Giovine ha criticato tale fondamento della riserva, ma anche Vezio Crisafulli, nelle sue *Lezioni*, ha apportato argomenti di tipo storico-politico contro tale configurazione secondo i quali “la storia si è già incaricata di demitizzare le promesse ideologiche sicché non è qui necessario indugiare a rammentare, ad esempio, come il dispotismo di un’assemblea (pur se democraticamente formata) possa mettere in pericolo le libertà individuali non meno di quello di un monarca e come perciò le garanzie che dovrebbero essere costituite dallo strumento della legge possano rivelarsi molto spesso illusorie; o quante volte la «rappresentanza politica», che sta al fondo del concetto «politico» della legge, si dissolva in artificiosa finzione, incapace di realizzare una effettiva mediazione tra «paese reale» e «paese legale»¹⁵⁴.

4.1.3. La riserva di legge come estrinsecazione del principio democratico

Devesi riportare la tesi di quella parte della dottrina che ravvede nel principio democratico la *ratio* della riserva sostenendo che la scelta secondo la quale solo un determinato atto può disciplinare certe materie “si riconnette a un’esigenza intrinseca a un regime democratico-parlamentare, ove la sovranità popolare è assunta a fondamento stesso della legittimità dell’ordinamento e in cui al popolo, oltre alla titolarità spetta anche l’esercizio della sovranità, sicché appare logico affidare al parlamento come massimo gestore della sovranità

chi ha notato, in risposta al Fois che sottolineava l’incompatibilità di entrambe le funzioni privilegiando quella che inquadrava la riserva come strumento di tutela della minoranze che tutela dei diritti fondamentali e tutela delle minoranze non sono in contrapposizione: “indubbiamente nei sistemi strutturati sul raccordo governo-maggioranza parlamentare, è proprio la presenza delle forze minoritarie (o comunque escluse dell’area governante) nell’organo da cui la legge emana la principale ragione per cui si ritiene che esse costituisca garanzia maggiore che non con l’atto normativo del governo (adottato fra l’altro, nel chiuso dell’organo, senza pubblicità alcuna). Ciò peraltro non significa che la legge stessa non serva alla tutela dei diritti individuali: la presenza delle minoranze è certamente funzionale alla tutela dei – o anche dei – diritti dei singoli”. Così L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., p. 2.

¹⁵⁴ V. CRISAFULLI, *Lezioni... cit.*, p. 60.

popolare decisioni politiche di fondamentale importanza, come logico appare che queste scelte s'incardino nella legge, e cioè nell'atto tipico del parlamento posto - anche questo in aderenza al principio democratico - al vertice della gerarchia degli atti normativi non aventi natura costituzionale o paracostituzionale"¹⁵⁵.

La fonte legislativa garantisce, in quest'ottica, il miglior contenuto possibile in quanto promanante da organi che esprimono il principio democratico.

Tale impostazione ragiona contestualizzando la scelta dei Costituenti in ragione della volontà di porre un limite all'esecutivo, in rottura con il passato regime. Con riferimento a questa impostazione deve, tuttavia, sottolinearsi che il carico ideologico della riserva è mitigato dal suo inserimento all'interno di una Costituzione rigida e deve rilevarsi, inoltre, come fosse ben presente accanto alla recente esperienza totalitaria anche il modello ove la legge formale agiva *sovraneamente*¹⁵⁶ regolando a suo piacimento il potere discrezionale dell'amministrazione, causando una deriva in senso opposto a quello visto.

Deve riportarsi la critica che Vezio Crisafulli pose a siffatta impostazione affermando che "il dogma dell'esclusiva sovranità dello Stato, come tutti i concetti giuridici del resto, è condizionato da determinate forme di organizzazione politica ed è in funzione di ideologie politiche formatesi, non certo a caso, in paesi ed epoche determinate". Il fondamento della supremazia della legge dunque, non trova le sue basi nella sovranità statale ma, aggiunge l'Autore, nemmeno nella sovranità popolare per il tramite di un riconoscimento del ruolo della legge in quanto frutto dell'organo rappresentativo. Egli

¹⁵⁵ A. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁶ P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, vol. 4, Tubinga 1887-89; 5° ed. 1911-14; trad. franc., Parigi, 1900-04, p. 790.

riconduce “tutti i poteri e quindi anche i momenti di esercizio della sovranità del popolo [...] alla Costituzione”¹⁵⁷.

La prospettazione che fonda la supremazia della legge sulla supremazia del Parlamento riconosce che nel nostro ordinamento la riserva di legge sia lo strumento tecnico per imporre che le più importanti decisioni politiche siano prese *democraticamente* dall’organo *democratico* per eccellenza che è dunque competente a emanare la più qualificata espressione di volontà dello Stato (il fatto che una decisione presa in tal modo sia anche una garanzia per gli individui e per le minoranze è conseguenza pur sempre vera)¹⁵⁸.

Per questo motivo la riserva nel sistema rigido delineato dalla nostra Costituzione non si pone più solo come limite all’esecutivo, ma diventa “eterolimitazione”, posta ad opera di una fonte normativa superiore nei confronti del legislatore ordinario che da essa è condizionato nel senso d’essere obbligato a disciplinare una certa materia, con un’intensità variabile, ma che non potrà mai essere pura e semplice dismissione di competenza, rinuncia, in pratica, a fornire gli elementi caratterizzanti di una certa normativa: il che, come è ovvio, finisce poi per costituire implicitamente anche un limite estrinseco per l’esecutivo”. La legge non era più percepita solo come “atto di rimozione di un

¹⁵⁷ Si vedano sul punto: V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Stato popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 95 e G.U.RESSCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paldin* relazione al convegno *Esposito, Crisafulli, Paldin: tre costituzionalisti nella cattedra padovana*, Padova, 20 giugno 2003, p. 13. Con riferimento, invece, al concetto di legge quale suprema volontà dello Stato manifestata attraverso i rappresentanti del popolo deve rinviarsi a J.J. ROUSSEAU, *Contract social*, Libro I, cap. IV, trad. it., *Discorsi e contratto sociale*, a cura di R. Mondolfo, Cappelli, Bologna 1932, p. 163 e R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté général. Etude sur le concept de la lois dans la Constitution del 1875*, Économisa, Parigi, 1984, p. 110.

¹⁵⁸ Deve rilevarsi come l’autore citato risponda nel prosieguo dell’esposizione della sua teoria alla domanda sul perché gli atti dell’esecutivo non possiedano tale *ratio* democratica al pari di quelli parlamentari affermando che mentre il Parlamento “rappresenta *direttamente* tutto il corpo elettorale, [...] il governo ne rappresenta *indirettamente*, e neppure necessariamente, solo la maggioranza”, A. DI GIOVNE, *op. cit.*, p. 74.

limite precedentemente posto all'assolutezza del potere monarchico, bensì come strumento volto a soddisfare esigenze nuove emergenti dal mutato quadro istituzionale"¹⁵⁹.

In una posizione che unisce in sé parti delle teorie riportate, acuta dottrina ha concluso che "è vano, in questa prospettiva introversa, disputare se l'istituto risponda ad un'esigenza *garantista* o, invece, *democratica*; i due aspetti risultano in concreto storicamente inscindibili e assolutamente compenetrati come elementi essenziali della struttura dello Stato di diritto che entrambe le ideologie, democratica e liberale, hanno concorso a determinare: senza il carattere dell'organo che la emana, la legge, quale strumento di garanzia, sarebbe inconsistente"¹⁶⁰.

4.2. *La riserva di legge e la rigidità della Costituzione repubblicana*

La riserva di legge ha assunto un significato diverso e ulteriore nel passaggio dallo Stato regolato dallo Statuto albertino a quello che si basa sulla Costituzione repubblicana.

Nella vigenza dello Statuto albertino la legge, di pari rango rispetto ad esso poteva discostarsi dai principi ivi previsti che, tuttavia, rimanevano formalmente in vigore. La legge, non sottoposta ad alcun tipo di limite e controllo era "effettivamente sovrana"¹⁶¹: per superare il rinvio costituzionale alla riserva bastava una legge che desse incarico al Governo di disciplinare una certa materia che lo Statuto invece aveva attribuito alla competenza del Parlamento. In un simile contesto la riserva "finisce in sostanza per coincidere col principio di legalità formale, il quale in questo significato minimale,

¹⁵⁹ M.P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 32.

¹⁶⁰ L. CARLSSARE, *Legge (riserva di)*, cit., p. 2.

¹⁶¹ L. CARLSSARE, *Legge (riserva di)*, cit., p. 1.

richiede solo una base legale per l'esercizio di un potere da parte del governo-amministrazione"¹⁶².

La legge da limite dell'Esecutivo diviene strumento di cui esso si giova per il perseguimento del proprio indirizzo politico con l'appoggio della maggioranza parlamentare: l'esperienza statutaria consente di affermare che senza un controllo la supremazia della legge tende a diventare fittizia ove non ci sia un controllo effettivo e la trasformazione dello Stato in regime totalitario non può che confermare tale assunto. L'istituto della riserva di legge, infatti, non bastava, nella degenerazione dei rapporti che vedeva un progressivo spostamento dei poteri in capo all'Esecutivo, a svolgere quella funzione garantista che la connotava in origine risultando di fatto svuotata di significato l'equivalenza: tutela dei diritti = supremazia della legge.

Con l'introduzione della Costituzione repubblicana *rigida* - inderogabile dalla legge ordinaria, non rinforzata *ex* articolo 138 della Costituzione - la riserva si riappropria di tale portata garantista e si differenzia definitivamente dal principio di legalità.

La riserva imposta dalla Costituzione - in ragione dell'affiancarsi al principio di legalità di quello di costituzionalità - fa sì che nessuna autorizzazione al Governo possa consentirgli di esercitare una funzione attribuita specificamente al Parlamento e, soprattutto, che la legge *debba* disciplinare la materia o l'oggetto indicato dal rinvio costituzionale.

È in questo passaggio che si comprende il diverso ruolo che la riserva ha nell'ordinamento attuale essendo limite tanto dell'Esecutivo quanto del Legislativo: "il vincolo positivo sussistente in capo al legislatore e garantito dalla superiorità gerarchica della Costituzione ha consentito di recuperare quell'originaria, e pur incompleta funzione di garanzia della riserva di legge, che era andata persa o comunque aveva subito un forte ridimensionamento

¹⁶² L. CARLSSARE, *Legge (riserva di)*, *cit.*, p. 2.

sotto la vigenza dello Statuto albertino, fase storica nella quale la flessibilità della Costituzione, l'assenza di un sindacato di un legittimità sulle leggi e, soprattutto la posizione di preminenza e libertà assoluta che caratterizzava la figura del legislatore rendevano assolutamente impossibile la configurazione di uno specifico vincolo di contenuto a carico della legge"¹⁶³.

Ancora con riferimento al nuovo assetto entro il quale la riserva si muove e senza anticipare le considerazioni che si svolgeranno oltre in merito all'effettività della portata garantista della riserva con riferimento al procedimento di formazione delle leggi, deve ribadirsi che con l'introduzione della Costituzione rigida venne inserito un ulteriore strumento che consente di vagliare che le scelte racchiuse nell'atto legislativo da una parte rispondano all'obbligo costituzionale di disciplinare la materia e, dall'altro di valutare la ragionevolezza di tale disciplina: il controllo di legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale con il suo controllo – definito come “la funzione di carattere processuale”¹⁶⁴ della riserva – consente di completare la garanzia giurisdizionale offerta dalla raffrontabilità dell'atto amministrativo con la legge essendo il suo controllo teso a evitare i ritardi e a rimediare alle azioni o alle omissioni del sistema politico chiamato ad attuare la Costituzione.

4.3. La portata attuale della riserva nell'ordinamento

Preliminare per la trattazione del contenuto della riserva è distinguere principio di legalità e riserva di legge. Dove il primo è vincolo negativo all'azione (amministrativa) in assenza di un fondamento positivo, quale che sia, la seconda è, infatti, un vincolo di contenuto alla stessa legge formale: “quel che esige il principio di legalità, con particolare riferimento all'azione

¹⁶³ M.P. IADICICCO, *op. cit.*, p. 35.

¹⁶⁴ A. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 48.

amministrativa, [che qui interessa], è che l'esplicazione dell'autorità trovi il proprio *fondamento* positivo, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma, che di solito si ritiene debba essere posta (anche se implicitamente) da legge formale o da atto ad essa equiparato, in omaggio anche a quel concetto «politico» della legge. La riserva di legge esige invece molto di più, e cioè [...] che la legge regoli essa stessa in tutto o in parte, ma comunque in modo sufficientemente preciso così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che sono oggetto”¹⁶⁵.

Deve tuttavia rilevarsi, nel cercare di definire la riserva, che molteplici sono le ambiguità che caratterizzano i suoi formanti e primo tra tutti il significato stesso del termine “legge”.

L'istituto è, per come si è evoluto nel nostro ordinamento, particolarmente complesso e mal si presta a essere ricondotto entro definizioni classiche e per forza di cose riduttive. Tuttavia, esso può essere individuato in “quell'istituto di diritto costituzionale in virtù del quale la disciplina di una certa materia [...] non può essere effettuata se non dalla legge assumendo questa espressione in senso tecnico” e cioè escludendo gli atti normativi ad essa subordinati.

Come si evince anche dall'evoluzione storica di tale istituto, è possibile distinguere una duplice componente della riserva: la prima “«istituzionale organizzativa», la quale si riferisce alle regole di ripartizione dei poteri tra li organi costituzionali; ed una seconda componente, che si connette alla concezione dell'atto legislativo nel suo duplice aspetto formale e sostanziale, quale forma di garanzia dei cittadini nei confronti dell'apparato autoritario dello Stato”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni... cit.*, p. 58.

¹⁶⁶ M.P. IADICICCO, *op. cit.*, p. 24.

Un tale approccio consente di tenere ben presenti entrambe le funzioni della riserva: quella democratica e quella garantista.

Deve rilevarsi, tuttavia, come la funzione garantista della riserva non si è concretizzata con riferimento al contenuto della stessa che, secondo il pensiero illuminista sarebbe “naturalmente” rivolto a garantire i diritti e le libertà degli individui, ma con la predisposizione in Costituzione degli strumenti per realizzare l'autentica tutela dei diritti e delle libertà individuali.

Non potendosi escludere che la riserva sia sottratta, con solo riferimento al suo contenuto, all'arbitrio della maggioranza, è dunque con riguardo all'aspetto *procedurale* che deve essere recuperata l'istanza garantista della stessa.

Con riferimento a tale profilo la garanzia è duplice: da una parte essa si concretizza nella formazione democratica dell'atto; dall'altra, essa deriva dalla previsione della pubblicità dell'atto che ne consente il controllo da parte dell'opinione pubblica¹⁶⁷.

Deve però rilevarsi come questi requisiti assumano nella pratica dei lavori parlamentari un aspetto diverso: l'effettiva partecipazione di tutte le forze politiche rappresentate in Parlamento al fine dell'espressione di una volontà politica unitaria e l'operatività del controllo democratico di tali attività si rivelano in concreto osteggiati e la garanzia partecipativa può variare fino ad esaurirsi¹⁶⁸.

La crisi dei partiti si inserisce, se come causa o come conseguenza non è facile valutare, nella ancora più profonda crisi della partecipazione all'attività

¹⁶⁷ P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, La Piramide, Roma, 1981.

¹⁶⁸ Sul punto si vedano L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Encl. Dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970 e L. VIOLANTE, *Il futuro dei parlamenti*, in *Il Palamento. Storia d'Italia. Annali 17*, Einaudi, Torino, 2001.

dello Stato¹⁶⁹ le cui ragioni non si possono approfondire in questa sede, ma che certamente influiscono in quella caratterizzazione della riserva di legge come strumento che garantisce l'apporto delle minoranze nella formazione degli atti.

Quale ultimo interessante spunto in materia di assetto politico e funzionamento dell'ordinamento deve osservarsi come abbia certamente inciso in materia il passaggio a un sistema maggioritario. È stato, infatti, osservato che "soprattutto nelle democrazie c.d. *maggioritarie*, quando alla formazione di «governi di legislatura» - sostenuti da una solida e ben definita maggioranza politica - non si accompagnano né la previsione di efficaci strumenti di garanzia, che consentano all'opposizione parlamentare di esercitare un controllo politico sul Governo e la maggioranza, né la stabilizzazione di regole convenzionali, che favoriscano l'alternanza dei partiti al potere, la garanzia partecipativa si riduce a ben poca cosa"¹⁷⁰. Ed è proprio in tale prospettiva che guardando all'attuale contesto politico istituzionale si vede come le scelte legislative si concentrino nelle mani della maggioranza portatrice dell'unica volontà comune di Parlamento e Governo.

Appare chiaro che "la valenza partecipativa offerta dalla riserva di legge non costituisca, a tutt'oggi e per l'effettivo atteggiarsi dei rapporti tra maggioranza ed opposizione parlamentare, una reale garanzia di partecipazione alla determinazione del contenuto della legge" e ciò anche in ragione del fatto che il rinvio alla riserva si ritiene rispettato anche mediante l'approvazione di decreti legge e decreti legislativi, atti rispetto ai quali la partecipazione delle opposizioni nel procedimento di formazione è assai modesta.

¹⁶⁹ Sul punto di veda L. CHIEFFI, *I paradossi del costituzionalismo contemporaneo e la "promesse non mantenute" delle democrazie occidentali*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione élites al potere*, Atti del Convegno di Caserta 6-7 maggio 2005, Torino 2006.

¹⁷⁰ A. MANZELLA, *I rischi dell'assolutismo maggioritario*, in *Italianieuropei*, 2002, p. 59 ss.

Le osservazioni che precedono non possono tuttavia condurre a negare *in toto* la valenza garantista della riserva di legge anche se appare evidente come la sua *ratio* garantista sia fortemente svilita dall'attuale assetto ordinamentale tanto che in dottrina alcuno si è spinto a parlare di "parabola discendente"¹⁷¹ dell'istituto.

Ciò che appare chiaro è certamente la necessità di difenderla quale condizione irrinunciabile della democrazia¹⁷². La riserva consente, infatti, di escludere interventi autonomi dell'esecutivo-amministrazione; rende doveroso il dibattito in assemblea che, sebbene non sfoci automaticamente in una tutela delle minoranze, certo consente la manifestazione di reazioni critiche da parte dell'opposizione che possono riverberarsi anche nell'opinione pubblica (potendo essere configurata come un'*opportunità* per le minoranze); infine, obbliga il Governo a tenere conto della compagine della maggioranza nella sua interezza favorendo il raggiungimento di mediazioni.

Il riferimento alla "legge" non può, quindi, comportare un "imperio degli organi cui è affidata la legislazione"¹⁷³, ma al contrario "rappresenta la fonte privilegiata di legittimazione democratica dell'ordinamento, in quanto frutto della volontà di rappresentanti del popolo liberamente eletti"¹⁷⁴.

Si concorda quindi con chi ha affermato che "le distorsioni che l'istituto ha conosciuto nella prassi [...] non possono indurre a ritenere ormai «inattuale» la riserva di legge e con essa il valore democratico che ne costituisce la *ratio* più profonda. La viva consapevolezza della connaturalità della riserva alle

¹⁷¹ R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1223.

¹⁷² N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984, p. 23.

¹⁷³ C. SHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

¹⁷⁴ M.P. IADICICCO, *op. cit.*, p. 44.

moderne democrazie pluraliste dovrebbe invece costituire la vera ragione di difesa «a oltranza» dell'istituto»¹⁷⁵.

Un tale atteggiamento tuttavia, potrebbe sembrare non calato nel concreto dispiegarsi del sistema delle fonti attuale, e certamente al rafforzamento del pluralismo ordinamentale non può non accompagnarsi un ripensamento della riserva, ma ancora prima del ruolo del Parlamento nazionale che certo non può perdere il ruolo “necessario e indefettibile di guida, mediazione e compensazione tra i vari attori istituzionali”¹⁷⁶ muovendosi verso una scelta organizzativa dei poteri pubblici che non prescinda dal testo costituzionale, ma non rimanga avulsa dal contesto degli ordinamenti integrati.

5. Principio di legalità e principio d'irretroattività della legge in materia civile. Rinvio

Dopo aver guardato al principio di legalità in termini generali e con riferimento allo strumento della riserva di legge è doveroso, per completezza dell'esposizione e per preparare la trattazione che seguirà, affrontare l'ulteriore strumento connesso alla legalità come garanzia per il cittadino. Oltre alla riserva di legge è il principio d'irretroattività della legge, infatti, a ergersi a tutela da una parte dell'esigenza di certezza del diritto e, dall'altra del legittimo affidamento che i consociati devono poter riporre nell'attività del legislatore.

“La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”. Con queste parole l'articolo 11 delle Disposizioni sulla legge in generale, preliminari al codice civile, stabilisce quello che è stato considerato *condicio sine qua non*

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ E. CHELI, *La “centralità” parlamentare: crisi e decadenza di un modello*, in *Quaderni costituzionali* - 1, 1981, n. 2, pp. 343-351.

della certezza del diritto, elemento essenziale di civiltà giuridica, fondamento dello stato di diritto assurgendo a principio generale dell'ordinamento.

Tale principio comporta, da una parte “che la legge nuova non possa essere applicata oltre che ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente e ancora in vita se, in tal modo, si disconoscano gli effetti già verificatisi nel passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali e future di esso”¹⁷⁷; dall'altra, che la nuova legge “possa essere applicata ai fatti, agli status e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi [...] debbano essere presi in considerazione in se stessi prescindendo totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati”¹⁷⁸. Fatto salvo, naturalmente, il limite della cosa giudicata.

Nonostante l'importanza riconosciutagli, il principio d'irretroattività in materia civile “non è mai assunto, nel nostro ordinamento, alla dignità di norma costituzionale”¹⁷⁹.

In questo deve ravvisarsi una profonda differenza rispetto al diritto penale, nell'ambito del quale è l'articolo 25 della Costituzione che, al secondo comma, prevede: “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”(sul punto si veda *infra* Capitolo 2, § 1.1).

Ne consegue che, mentre al legislatore è categoricamente preclusa l'emanazione di leggi retroattive in materia penale (se sfavorevoli al reo), in materia civile l'osservanza del principio è rimessa “alla prudente valutazione del legislatore, il quale peraltro, salvo estrema necessità, dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel diritto pubblico che in quello privato, la certezza dei

¹⁷⁷ G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, CEDAM, Padova, p. 26.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Corte Cost., sent. n. 118 del 1957, *considerato in diritto* § 2.

rapporti preteriti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione, ecc.) uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile”¹⁸⁰.

La discrezionalità del legislatore (la sua “prudente valutazione”), non è comunque assoluta, ma è sottoposta al controllo della Corte costituzionale sulla base del principio di ragionevolezza di cui all’articolo 3 della Costituzione (definito da alcuni addirittura quale “unico limite alle leggi retroattive”¹⁸¹); la legge ordinaria, dunque, “non incontra in generale il limite della retroattività, ma sono quello della retroattività «irragionevole»”¹⁸².

Tra le leggi dotate di applicabilità retroattiva, una posizione peculiare spetta a quelle d’interpretazione autentica, emanate dal legislatore “al fine di chiarire il significato di altre disposizioni precedentemente da lui stesso emanate o di norme aventi efficacia pari o inferiore a quelle che egli ha o avrebbe potuto emanare”¹⁸³.

Sulla natura di queste leggi sono state elaborate due diverse teorie: la prima ritiene che esse abbiano carattere meramente dichiarativo e non innovativo dell’ordinamento, poiché si limitano a rendere esplicito il significato di una precedente disposizione di legge, chiarendo l’intenzione originaria del

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ A. CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. Cost.*, 1975, p. 517.

¹⁸² N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, p. 60.

¹⁸³ A. PIZZORUSSO, *Commentario al codice civile. Art. 1-9. Fonti del diritto. Disposizioni preliminari*, Zanichelli, 2011, p. 255 ss. In merito alla qualifica di tali leggi come di leggi interpretative, essa è stata messa in dubbio in quanto la nuova disposizione “non può non avere un qualche effetto innovativo, quanto meno quello di eliminare l’incertezza esistente tra più possibili significati della disposizione emanata per prima”. È proprio il suo dichiarato carattere interpretativo a fornire alla norma quel carattere naturalmente retroattivo che la distingue da una normale legge d’abrogazione.

legislatore; la seconda, invece, le considera precettive in quanto impongono un *significato*, manifestando una nuova volontà del titolare del potere normativo¹⁸⁴.

A seconda della tesi che si decide di sposare, la portata retroattiva della norma interpretata assume significati differenti: nel primo caso, la retroattività è solo “apparente”¹⁸⁵, in quanto la sola legge che continua ad applicarsi è quella originaria (nel significato chiarito dalla nuova legge, che però si considera proprio della norma sin dalla sua emanazione); se si aderisce alla seconda teoria, l’effetto retroattivo è “logicamente incluso”¹⁸⁶.

Peraltro, in dottrina¹⁸⁷ è stata sostenuta la distinzione tra leggi interpretative “che interpretano” e leggi interpretative “che innovano”, affermando che solo le prime avrebbero avuto portata retroattiva. Tale distinzione è, tuttavia, d’impossibile individuazione in concreto e quindi di scarsa utilità pratica, anche ai fini del sindacato di costituzionalità. Da una parte si considera “di pura interpretazione quella legge che si limitasse a ripetere o confermare la scelta ossia l’indirizzo interpretativo dominante o almeno maggioritario”¹⁸⁸, ma, a tal proposito, è stato obiettato che la reazione all’indirizzo maggioritario è uno degli scopi propri delle leggi d’interpretazione autentica. D’altra parte, sarebbe innovativa la legge che “attribuisse alla disposizione un significato del tutto estraneo alla serie di significati che essa disposizione è astrattamente suscettibile di esprimere”¹⁸⁹, ma anche in questo caso, è stato osservato che solo per assurdo una norma d’interpretazione autentica potrebbe non avere nulla in comune con la disposizione che ne forma

¹⁸⁴ Per una disamina completa delle due teorie si veda C. LAVAGNA, *L’interpretazione autentica delle leggi e degli altri atti giuridici*, Roma, 1942, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984.

¹⁸⁵ F. DEGNI, *L’interpretazione della legge*, Jovene, Napoli, 1909, p. 93.

¹⁸⁶ F. CAMMEO, *L’interpretazione autentica* in *Giurisprudenza italiana*, 1907, IV. p. 321.

¹⁸⁷ M. PATRONO, *Legge (vicende della)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, 1973, p. 927 ss.

¹⁸⁸ M. PATRONO, *op. cit.*

¹⁸⁹ M. PATRONO, *op. cit.*

oggetto. A questo punto, rilevando l'impossibilità di distinguere leggi interpretative "che interpretano" dalle leggi interpretative "che innovano", si deve concludere per l'inaccettabilità logica della tesi per cui solo alcune leggi d'interpretazione autentica operano retroattivamente¹⁹⁰.

La dottrina maggioritaria qualifica, comunque, le leggi interpretative come retroattive "per loro stessa natura"¹⁹¹ o "naturalmente retroattive, a differenza delle altre leggi che sono naturalmente irretroattive"¹⁹², tesi avallata dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 118 del 1957.

È possibile, a questo punto, osservare che, se una differenza d'impostazione può essere riscontrata tra leggi retroattive e leggi d'interpretazione autentica - essendo le prime leggi che dispongono per il passato e le seconde leggi che, almeno in teoria, chiariscono ed esplicitano un significato che era già presente nella norma originaria - tale differenza non ha ripercussioni nel momento del sindacato di legittimità. La Corte costituzionale, come si vedrà, fa riferimento alle leggi d'interpretazione autentica come a vere e proprie norme retroattive, giudicando anch'esse, principalmente, sulla base del parametro fornito dal principio di ragionevolezza.

In merito alla portata retroattiva delle leggi d'interpretazione autentica, la Corte costituzionale si è espressa in numerose occasioni sin dai primi anni di attività. Nella sentenza n. 118 del 1957, infatti, si fa riferimento alle "leggi interpretative, e in quanto tali, retroattive", attribuendo ad esse una *naturale portata retroattiva*, direttamente discendente dalla loro funzione.

Il giudice delle leggi, in seguito, ha mutato impostazione in merito alla qualifica di tali norme passando dall'affermare che "è indifferente che il legislatore disponga l'operatività di una legge anche per il passato, anziché

¹⁹⁰ M. PATRONO, *op. cit.*

¹⁹¹ L. PALADIN, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, in *Foro amm.*, 1959.

¹⁹² G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1964, 781.

mediante un'apposita norma, mediante uno strumento diverso, qual è, come nella specie, l'autodefinizione di interpretazione autentica"¹⁹³ a riservarsi di verificare di volta in volta se la qualificazione di una legge come interpretativa sia "realmente rispondent[e] al contenuto dispositivo della medesima"¹⁹⁴. Sono leggi interpretative quelle che "riferendosi e saldandosi con altre disposizioni (quelle interpretate), intervengono esclusivamente sul significato normativo di queste ultime (senza, perciò, intaccarne o integrarne il dato testuale), chiarendone o esplicitandone il senso (ove considerato oscuro) ovvero escludendone o enucleandone uno dei sensi ritenuti possibili, al fine, in ogni caso, di imporre all'interprete un determinato significato normativo della disposizione interpretata"¹⁹⁵. Questa giurisprudenza è stata poi consolidata con le sentenze nn. 155 del 1990 e 246 del 1992.

Quanto alla legittimità costituzionale delle leggi d'interpretazione autentica, in passato se ne era dubitato¹⁹⁶, non solo perché esse rappresenterebbero una violazione del principio d'irretroattività della legge, ma anche perché la Costituzione attribuirebbe la potestà di interpretare le leggi non al legislatore, ma all'ordine giudiziario, con il quale il primo non può interferire¹⁹⁷.

Queste critiche, però, non hanno trovato accoglimento in giurisprudenza: la Corte costituzionale, sempre nella sua prima sentenza sul tema, ha chiarito che "la Costituzione non esclude la possibilità di leggi interpretative, e, come tali, retroattive. Manca nella Carta costituzionale qualsiasi limitazione di ordine

¹⁹³ Corte Cost., sent. n. 36 del 1985 e n.167 del 1986.

¹⁹⁴ Corte Cost., sent. n. 233 del 1988, *considerato in diritto* § 2.

¹⁹⁵ Corte Cost., sent. n. 233 del 1988, *considerato in diritto* § 2.

¹⁹⁶ Per un approfondimento sul punto si vedano: A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici: strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Giuffrè, Milano, 2003 e G. CASTELLANO, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in *Politica del diritto*, 1971.

¹⁹⁷ Sul punto si veda G. MARZANO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti tra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1955 e ancora G. CASTELLANO, *op. cit.*

generale al riguardo. Si tratta, del resto, di un istituto comunemente ammesso da altri ordinamenti statali, che posseggono i caratteri di Stato di diritto e di Stato democratico”¹⁹⁸. In quell’occasione, il giudice delle leggi ha inoltre affermato che non è esatto ritenere che “l’emanazione di leggi interpretative incida necessariamente sul principio della divisione dei poteri, interferendo necessariamente nella sfera del potere giudiziario”¹⁹⁹.

La tesi è stata ribadita con la sentenza n. 155 del 1990, ove si legge che “legislatore e giudice agiscono su piani diversi: l’uno su quello suo proprio introducendo nell’ordinamento un *quid novi* che rende obbligatorio per tutti il significato normativo dato ad un precedente atto legislativo, l’altro applicando al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole di ermeneutica”²⁰⁰. Secondo la giurisprudenza costituzionale, dunque, le leggi d’interpretazione autentica non comportano un’ingerenza del potere legislativo nella sfera riservata a quello giudiziario²⁰¹.

Anzi, nella sentenza n. 525 del 2000²⁰² la Corte costituzionale ha aggiunto che le leggi d’interpretazione autentica che hanno lo scopo di precisare altre

¹⁹⁸ Corte Cost., sent. n. 118 del 1957, *considerato in diritto* § 1.

¹⁹⁹ Corte Cost., sent. n. 118 del 1957, *considerato in diritto* § 1.

²⁰⁰ Corte Cost., sent. n. 155 del 1990, *considerato in diritto* § 3.

²⁰¹ Sempre in merito all’opinione della Corte Costituzionale si veda la sentenza n. 155 del 1990, *considerato in diritto* § 3. Si legge, infatti: “si deve escludere che le attribuzioni del potere giudiziario siano vulnerate, in quanto legislatore e giudice agiscono su piani diversi: l’uno su quello suo proprio introducendo nell’ordinamento un *quid novi* che rende obbligatorio per tutti il significato normativo dato ad un precedente atto legislativo, l’altro applicando al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole di ermeneutica”.

²⁰² Corte Cost., sent. n. 525 del 2000, *considerato in diritto* § 2. La questione riguardava la legittimità art. 21, comma 1, della legge 13 maggio 1999, n. 133 (Disposizioni in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale), nella parte in cui stabiliva l’interpretazione autentica dell’art. 38, comma 2, del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell’art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413), in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 24, secondo comma, della Costituzione. L’articolo stabiliva le modalità di notifica delle sentenze pronunciate dalle commissioni tributarie regionali e dalle commissioni tributarie di secondo

disposizioni normative possono essere adottate non solo in caso di incertezza nell'applicazione del diritto o quando vi siano contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, vincolando, in tal modo, il significato della norma stessa. Come si vedrà, proprio questo è uno degli elementi di differenza rispetto all'impostazione della Corte europea.

Ancora, deve rilevarsi come la Corte costituzionale abbia affermato nella sentenza n. 311 del 1995 che "la riconosciuta natura effettivamente interpretativa di una legge non è sufficiente ad escludere che la stessa determini violazioni costituzionali"²⁰³. La Corte ha, infatti, indicato alcuni limiti che il legislatore deve rispettare nell'emanazione di questa tipologia di leggi e che attengono alla salvaguardia, oltre che di norme costituzionali, di fondamentali valori di civiltà giuridica quali il rispetto del principio generale di ragionevolezza (con il conseguente divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento), del principio di tutela dell'affidamento, della coerenza e certezza dell'ordinamento giuridico e del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario.

grado delle Province autonome di Trento e di Bolzano, ai fini del decorso del termine di cui all'art. 325, secondo comma, del codice di procedura civile.

²⁰³ Corte Cost., sent. n. 311 del 1995, *considerato il diritto* § 3. La questione di legittimità costituzionale riguardava l'art. 12, comma 15, del decreto-legge 18 gennaio 1993, n. 8 (Disposizioni urgenti in materia di finanza derivata e di contabilità pubblica), convertito nella legge 19 marzo 1993, n. 68, nella parte in cui, nel prevedere che l'indennità integrativa speciale, nonché ogni altro emolumento accessorio quiescibile è incluso nei fondi di previdenza a capitalizzazione, stabiliva che non è dovuta la rivalutazione di cui all'art. 1 della legge n. 72 del 1951 con riferimento agli artt. 3, 24, 38, 53, 101, 102 e 104 della Costituzione, in quanto la norma impugnata, d'interpretazione autentica, modifica con effetto retroattivo, ed in senso peggiorativo per gli interessati, il disposto dell'art. 1 della legge n. 72 del 1951 incidendo sulla definizione delle controversie in corso mediante la sovrapposizione d'imperio di una interpretazione della norma opposta a quella risultante da un consolidato indirizzo giurisprudenziale; la norma si porrebbe così in contrasto con il principio della certezza dei rapporti giuridici e con quello secondo cui al potere giudiziario deve essere riconosciuta la facoltà di interpretare la legge.

In merito al limite del giudicato, da ultimo, la Corte ha affermato che, in linea generale, il legislatore non può prendere in considerazione espressamente sentenze passate in giudicato; può emanare leggi che contengono nuove regole astratte, operando sul piano delle fonti. Se però, ha aggiunto il giudice costituzionale²⁰⁴, vi è un rapporto di consequenzialità necessaria tra creazione della norma astratta e incidenza sul giudicato, anche quest'ultima va considerata ammissibile. La Corte, dunque, ha accolto la dottrina per la quale le leggi d'interpretazione autentica sono ammissibili "purché non dispongano direttamente la caducazione di sentenze passate in giudicato, senza la contestuale modifica della legge su cui queste si basavano"²⁰⁵.

Deve quindi osservarsi, con precipuo riferimento al principio d'irretroattività della legge civile che esso, per quanto riconosciuto come fondamento della certezza del diritto ha subito un'evoluzione, soprattutto ad opera della giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di leggi d'interpretazione autentica, tale da renderlo nella pratica molto meno garantista di quanto le intenzioni del legislatore, sebbene non del costituente, avevano prefigurato. Uno sviluppo in tal senso emerge in modo ancora più chiaro dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della sue ripercussioni nel nostro ordinamento. Sul punto si veda *infra* Capitolo IV.

Appare chiaro, guardando a quanto sinora affermato, che il principio di legalità ha subito e sta subendo, sia nella sua concezione ideologica, sia nel concreto dispiegarsi degli strumenti che concretamente dovrebbero attuarlo nella pratica, una restrizione della portata garantista. Sembra altresì, ma ciò sarà meglio chiarito nel procedere del lavoro, che si stia assistendo al "passaggio da un sistema di evidente ispirazione giuspositivistica, fondato sulle fonti

²⁰⁴ Corte Cost., sent. n. 374 del 2000, *considerato in diritto* § 3.

²⁰⁵ N. ZANON, F. BIONDI, *op. cit.*, p. 62.

legislative ad un sistema basato sull'argomentazione, che fa peraltro ampio ricorso a *valori* e che quindi evoca (secondo molto inquietanti) scenari giusnaturalistici"²⁰⁶.

²⁰⁶ O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 1.

Capitolo II

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA PENALE

1. Il principio di legalità in materia penale e i suoi corollari

Nell'odierno Stato di diritto, ove il primato della legge impone che ogni potere dello Stato sia ad essa vincolato, il principio di legalità in materia penale prescrive che sia la produzione delle norme penali, sia la loro applicazione debbano essere oggetto di particolare rigore esaltando, in tale ambito, la funzione di garanzia attribuita alla legge.

La *ratio* di tale rigore è chiara in ragione del carattere di priorità logica che tale principio possiede rispetto alle altre regole che disciplinano la materia penale e, soprattutto, in considerazione dei valori che sono in discussione, primo tra tutti la libertà personale del cittadino.

Il principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, creato da Ulpiano, impone che nessuno possa essere condannato per un'azione che non era prevista come reato al momento della commissione del fatto: la legge penale non ha valore che per l'avvenire e non può applicarsi a fatti anteriori alla sua entrata in vigore.

Come noto, l'affermazione della primazia della legge ha segnato il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato moderno, nel quale la volontà del popolo è sovrana e pone regole valide per tutti, ma è con il Secolo dei Lumi che foro interno e foro esterno vengono definitivamente separati, sancendo così la distinzione tra peccato e reato e consentendo di addivenire a un concetto di legalità come ancora oggi lo intendiamo: imperniato sulla tutela dell'individuo.

I contenuti di base di tale garanzia trovano nell'opera di Cesare Beccaria le prime formulazioni. Beccaria fonda il principio di legalità penale sul primato della legge e sulla soggezione ad essa del giudice: "è la legge, espressione di una sovranità illuminata dalla luce della ragione, lo strumento capace di disegnare con tassativa precisione la mappa del lecito e del proibito e di attribuire con altrettanto rigore a ciascun reato la pena corrispondente"²⁰⁷.

Porre la legge al centro del nuovo ordine politico-sociale costruito attorno all'individuo significa rifiutare il diritto di impronta giusnaturalistica. Tale "strategia di attacco a un ordine gerarchico-cetuale che aveva trovato nella discrezionalità dell'interpretazione giudiziale e nel recondito sapere del giurista uno specchio nel quale riflettersi e un sostegno del quale avvalersi" mirava a concretizzare il principio egualitario rispetto al privilegio oligarchico cui lo *jus* era strettamente legato²⁰⁸.

Nella definizione dei requisiti caratterizzanti la legge Beccaria enuncia come postulato fondamentale la chiarezza della stessa - esigenza che verrà successivamente tradotta in quel corollario che è il principio di determinatezza della fattispecie incriminatrice. La riserva di legge in materia penale, quindi, "non comporta soltanto il monopolio da parte del legislatore, con l'esclusione delle fonti secondarie, ma obbliga lo stesso legislatore a emanare leggi chiare, che determinino in modo preciso reati e sanzioni, in modo da evitare che il giudice possa autonomamente stabilire il confine fra lecito e illecito"²⁰⁹.

Significato fondamentale è attribuito alle codificazioni che, in ambito penale, in ragione di quella funzione educativa del *codice* che doveva consentire

²⁰⁷ P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 2.

²⁰⁸ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005, p. 74 e ss.

²⁰⁹ I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 2015, p. 12.

a tutti i cittadini di poter scegliere tra il giusto e l'ingiusto²¹⁰, assumono una portata di precipua importanza.

Alle esigenze di legalità si affiancano, inoltre, quelle di condanna dell'arbitrio dei giudici e, più in generale, quelle di riforma di un sistema penale che muta perché mutato è il soggetto cui si rivolge: un soggetto libero, proprietario, capace di controllare se stesso e di prevedere e valutare razionalmente le conseguenze delle proprie azioni.

A questo, che rappresentava il punto di riferimento dell'opera sia di Cesare Beccaria, sia di quanto riformulo da Jeremy Bentham nell'opera *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*²¹¹, si aggiungono le questioni sollecitate del riconoscimento della categoria dei cc.dd. *dangereuses*. Per teorici e giuristi nel passaggio dal Settecento all'Ottocento, l'attenzione s'incentra sulla necessità che il diritto debba neutralizzare tali soggetti per il tramite della pena, strumento che si affianca alla legge quale oggetto di previsione legislativa.

Il principio di legalità in materia penale si evolve con il progredire della società: traspaiono immediatamente "le caratteristiche che fanno di quel principio non un dogma, un concetto inerte e immobile, ma l'epicentro di una strategia che si misura con tre diversi aspetti della dinamica politico-giuridica"²¹²: la sovranità, il rapporto tra la norma e la sua interpretazione e i

²¹⁰ Dal punto di vista tecnico tale principio riceve completa formulazione nel pensiero di Paul Johann Anselm von Feuerbach nell'opera *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, del 1847, rist. 1986, ove l'autore condensa il nucleo essenziale del principio nei noti brocardi "*nulla poena sine lege*" e "*nullum crimen sine poena legali*", oggi utilizzati nella formula "*nullum crimen, nulla poena sine lege*". Egli sviluppa a sua volta due importantissimi profili: quello attinente al divieto di analogia e alla necessità che la chiarezza delle leggi comprenda anche la possibilità di punire fatti che siano riconoscibili esternamente e che possano essere compiutamente provati in concreto (escludendo quindi la punizione di "fenomeni", come la magia e le convinzioni religiose).

²¹¹ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1907 rist. I ed. 1823.

²¹² P. COSTA, *op. cit.*, p. 13.

soggetti che ne sono il presupposto. Proprio con riferimento alla centralità del soggetto e sulla scorta delle esperienze totalitarie che hanno svuotato di ogni senso il principio di legalità, nel Novecento l'atteggiamento nei confronti della legge muta nuovamente. L'esigenza di superare il giuspositivismo - accusato di aver favorito un'acritica obbedienza al potere in nome di una concezione meramente formale della validità della legge - conduce all'individuazione di criteri normativi superiori alla legge stessa aventi valore costituzionale e ancora di più, universale - nel senso di internazionale - basati sul concetto di umanità.

La legge diviene dunque strumento di attuazione della Costituzione ove si è cercato di costruire un sistema di legalità penale di livello sovraordinato basato sul binomio legalità-democrazia.

Rinviando a sedi di più approfondita analisi lo sviluppo del pensiero penalistico con riferimento al principio di legalità si deve notare come nel nostro ordinamento il principio *nullum crimen sine lege* trovi un'espressa menzione a livello di legge ordinaria, negli articoli 1 e 199 c.p., che rispettivamente prevedono che *"nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da esse stabilite"*, e che non *"può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla stessa preveduti"*. Soprattutto, però, esso è sancito a livello costituzionale, all'articolo 25, comma 2, che recita: *"nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*.

La scelta di costituzionalizzare tale principio apparve obbligata ai Padri costituenti che dovevano introdurre nel nuovo testo costituzionale quella garanzia di cui il fascismo era stato totale negazione. *In primis* andava affermato il ruolo centrale del Parlamento - organo depositario della sovranità popolare - nelle scelte politico-criminali. Dall'analisi comparata degli atti della Costituente

emerge ripetutamente tale collegamento che si estrinseca sia con riguardo al divieto di retroattività, sia con riguardo al divieto di interpretazione analogica della legge penale²¹³.

Dalla disposizione di cui all'articolo 25, comma 2, della Costituzione che sancisce che il precetto penale e la relativa sanzione devono essere previsti da una norma legislativa entrata in vigore prima della commissione del fatto, la giurisprudenza costituzionale ha tratto molteplici corollari "da un lato, tra i contenuti «storici» del *nullum crimen*, il principio d'irretroattività e i principi di tassatività e determinatezza, dall'altro il principio di riserva di legge con le sue diverse implicazioni, sul fronte della decretazione delegata e della decretazione d'urgenza, delle fonti comunitarie (e sovranazionali), delle fonti subordinate"²¹⁴. A tali corollari vanno aggiunti i principi di materialità e di offensività, mentre discorso a parte deve essere fatto con riferimento alla retroattività della legge penale più favorevole.

1.1. Il principio d'irretroattività della legge penale sfavorevole

Tale principio è stato definito dalla Corte costituzionale "un essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo della «calcolabilità» delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale"²¹⁵.

Esso garantisce il cittadino dagli arbitrii sia del giudice sia del legislatore, imponendo che egli sia posto nelle condizioni di conoscere le responsabilità

²¹³ Sul punto si vedano le sedute della prima Sottocommissione, dal 12 al 19 settembre 1946 e il Resoconto sommario della seduta del 18 settembre 1946 della Commissione per la Costituzione, Prima sottocommissione.

²¹⁴ V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale*, 2014, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it, p. 10.

²¹⁵ Corte Cost., sent. n. 394 del 2006, *considerato in diritto*, § 6.4.

penali che possono derivare dalle sue azioni facendo divieto di applicare la legge penale a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.

Siffatta previsione trova la sua origine storica già nell'opera di Thomas Hobbes che, nel *Leviathan*, rilevava che "in assenza della legge, non c'è alcuna trasgressione della legge medesima, e che la punizione presuppone che l'azione sia stata giudicata trasgressione della legge" dal che consegue che "un male inferto prima dell'emanazione della legge non è una punizione, ma un atto di ostilità"²¹⁶.

È opportuno notare che in ambito penale la tutela connessa a tale principio è espressamente prevista in Costituzione offrendo una garanzia maggiore rispetto a quella prevista in materia civile dall'articolo 11, comma 1, delle Disposizioni sulla legge in generale che recita "*la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*".

Tale principio trova, inoltre, conforto legislativo nell'articolo 2 del codice penale che recita "*nessuno può essere punito per una fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato*", disposizione la cui portata è stata estesa riconoscendo come la tutela debba essere operata sia con riferimento all'introduzione di nuove norme incriminatrici sia con riferimento a "quella modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza represso"²¹⁷.

Da quanto detto, emerge la stretta connessione tra principio d'irretroattività e funzione di prevenzione generale e principio di colpevolezza essendo possibile muovere un giudizio di rimproverabilità solo al soggetto che conosceva l'illegittimità della propria azione nel momento in cui l'ha posta in essere.

²¹⁶ T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari, 1974, II, 28, p. 256.

²¹⁷ Corte Cost., sent. n. 394 del 2006, *considerato in diritto*, § 6.4.

1.2. Il principio di retroattività della *lex mitior*

Differente posizione è stata assunta con riferimento al principio di retroattività della *lex mitior*. Sebbene esso sia previsto a livello codicistico²¹⁸ non ha trovato copertura costituzionale nell'articolo 25 della Costituzione.

In particolar modo, deve sottolinearsi che tale principio – contenuto sia nell'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, sia nell'articolo 15 del Patto sui diritti civili e politici e ricondotto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo entro l'ambito di applicazione dell'articolo 7 della CEDU – sia stato garantito dal Giudice costituzionale con riferimento all'articolo 3 della Costituzione e, quindi, come estrinsecazione del generale principio di uguaglianza.

La Corte costituzionale ha affermato, infatti, che tale principio «non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l'ovvia ragione che [...] la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo»²¹⁹.

Proprio per tale ragione, codesto principio non possiede le stesse garanzie di inderogabilità del principio di irretroattività della norma penale sfavorevole dovendosi ritenere che sia possibile derogarlo in presenza di giustificazioni obiettivamente ragionevoli che la Corte ha ravvisato nelle esigenze di tutela di “interessi di analogo rilievo”.

In materia, alcuno ha ritenuto che “la *ratio* dell'articolo 25 della Costituzione è, tuttavia, quella di assicurare il rispetto di un principio superiore, il *favor libertatis*, che, in omaggio alla libertà dell'individuo, gli assicura il trattamento penale più mite previsto dalle leggi entrate in vigore

²¹⁸ L'articolo 2, comma 4, c.p. recita, infatti: “nessuno può essere punito per un fatto che secondo una legge posteriore, non costituisce reato: se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”.

²¹⁹ Corte Cost., sent. n. 394 del 2006, *considerato in diritto*, § 6.4.

successivamente alla commissione del fatto. Pertanto il legislatore, con l'articolo 25 Cost., non ha voluto semplicemente introdurre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, ma intendeva introdurre un principio sovraordinato, riguardante la maggiore tutela della libertà del cittadino"²²⁰ garantita anche dal principio *de quo*.

La portata di tale principio ha assunto un significato diverso in seguito alla sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Scoppola c. Italia* (n. 2) del 2007 ove essa ha registrato "un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale" e che "infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive"²²¹.

In seguito a tale sentenza la Corte costituzionale, pur riconoscendo l'effetto che le statuizioni della Corte EDU avevano nel modificare il contenuto del principio di legalità in materia penale, ha mantenuto ferma la propria posizione.

La Corte costituzionale ha ribadito, infatti, che il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale e ha continuato ad escludere che il principio di retroattività *in mitius* trovi copertura nell'articolo 25, comma 2, della

²²⁰ F. POLI, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* n. 3/2012 del 31 luglio 2012 reperibile sul sito www.rivistaaic.it, p. 4.

²²¹ Corte EDU, sent. *Scoppola c. Italia* (n. 2), ric. n. 10249/03 del 17 settembre 2009, § 106.

Costituzione.

Nella successiva sentenza sul punto, la n. 236 del 2011, la Corte Costituzionale ha affermato che “la regola della retroattività della *lex mitior*, pur avendo rango diverso dal principio d’irretroattività della norma incriminatrice, di cui all’art. 25 comma 2 Cost., non è priva di un fondamento costituzionale” che rinviene, come detto, nell’articolo 3 della Costituzione. Tuttavia, nel cercare di limitare la portata della pronuncia di Strasburgo, il Giudice delle leggi ha affermato che “se la retroattività non può essere esclusa «solo» perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti”²²² rendendo evidente come il principio di uguaglianza sia allo stesso tempo fondamento e limite del nuovo principio di retroattività della legge che importa una modifica *in melius*.

Infine, deve rilevarsi quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 210 del 2013 sui cc.dd. *fratelli minori di Scoppola* ove la Corte costituzionale ha affermato che l’adeguamento alla CEDU “conosce ipotesi di flessione dell’intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato. Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo: «per il principio di eguaglianza, infatti, la modifica mitigatrice della legge penale e, ancor di più, *l’abolitio criminis*, disposte dal legislatore in dipendenza di una mutata valutazione del disvalore del fatto tipico, devono riverberarsi anche a vantaggio di coloro che hanno posto in essere la condotta in un momento anteriore, salvo che, in senso opposto, ricorra una sufficiente ragione

²²² Corte Cost., sent. n. 236 del 2011, *considerato in diritto*, § 13.

giustificativa» (sentenza n. 236 del 2011)²²³.

1.3. Il principio di tassatività e determinatezza della fattispecie incriminatrice

Il principio legalità sarebbe rispettato nella forma, ma eluso nella sostanza se la legge che eleva a reato un dato fatto lo configurasse in termini così generici da non lasciar individuare con sufficiente precisione il comportamento penalmente sanzionato.

Appare chiaro come tale principio miri a evitare che il giudice possa assumere “un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l’illecito”²²⁴ e quindi a salvaguardare i cittadini da eventuali abusi del potere giudiziario.

Deve notarsi come la determinatezza delle norme incriminatrici rappresenti una condizione indispensabile perché il cittadino possa obbedirla, tesa a “garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta”²²⁵.

Sebbene tali termini siano utilizzati come un’endiadi, rinviano a concetti parzialmente differenti: mentre la determinatezza designa una caratteristica attinente alla formulazione della fattispecie, la tassatività riguarda il momento applicativo, avendo la funzione di impedire al giudice l’estensione dell’incriminazione oltre i casi da essa espressamente previsti. È evidente, dunque, come il principio in esame si ripercuota sull’attività del legislatore vincolandolo a descrivere il fatto di reato nella maniera più precisa possibile e

²²³ Corte Cost., sent. n. 210 del 2013, *considerato in diritto*, § 7.3. Per un approfondimento sul punto si vedano E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Giurisprudenza italiana* n. 2/2014 e F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it del 20 dicembre 2013.

²²⁴ Corte Cost., sent. n. 327 del 2008, *considerato in diritto*, § 4.

²²⁵ Corte Cost., sent. n. 327 del 2008, *considerato in diritto*, § 4.

su quella del giudice che deve utilizzare un'interpretazione che rifletta il tipo descrittivo così come legalmente configurato.

Da ultimo su tale principio non si può non fare riferimento alla connessione tra esso e il principio di colpevolezza e di obbligatorietà dell'azione penale. A partire dalla sentenza n. 364 del 1988 sull'errore di diritto la Corte Costituzionale ha affermato, infatti, che la conoscibilità del precetto penale è la condizione fondamentale per poter procedere a un giudizio di rimproverabilità, a sua volta alla base di qualsiasi azione sanzionatoria.

Con riferimento al principio d'irretroattività, la dottrina ha affermato che il principio *de quo* "ha in comune la *ratio* della certezza, intesa come massima predeterminazione della legge: in tanto si può parlare, infatti, di "previa" esistenza del comando, in quanto esso non solo esista, ma sia anche formulato in maniera determinata, così da poter costituire una regola di condotta che non sia oscura, o indecifrabile. In questa prospettiva, si è anzi giustamente rilevato che l'esigenza di determinatezza, costituendo il più stretto vincolo del giudice alla legge, sia proprio da considerarsi come il principio sovraordinato a quello di irretroattività o, almeno, in rapporto con esso come le due facce di una stessa medaglia"²²⁶.

Con precipuo riferimento alla possibilità della giurisprudenza di intervenire in un'ottica di precisazione della portata della norma legislativa è interessante osservare come la Corte costituzionale nella sentenza n. 327 del 2008 abbia affermato come "l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale", posto che "affermare il contrario significherebbe «tradire» entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione - cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* - verrebbe meno giacché,

²²⁶ F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, CEDAM, Padova, 1979, p. 37.

nell'ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia 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”²²⁷.

1.4. Il divieto di analogia

Estrinsecazione del principio di determinatezza e tassatività è il divieto di interpretazione analogica della disposizione penale. Il ricorso all'analogia²²⁸, cioè all'integrazione di una disciplina tramite l'applicazione di una regola applicata in casi o materie simili è normalmente giustificato della sussistenza dell'*eadem ratio*.

Un tale procedimento è, tuttavia, escluso con riferimento alla materia penale dall'articolo 14 delle Disposizioni sulla legge in generale e autorevole dottrina ha ritenuto costituzionalizzato tale principio “se si considera che il criterio ispiratore del divieto di analogia in materia penale obbedisce alla medesima *ratio* di garanzia della libertà del cittadino in generale sottesa al *nullum crimen sine lege*, del quale il divieto in parola rappresenta una delle più importanti proiezioni”²²⁹.

Deve dunque ritenersi interdetto al giudice penale muovere dalla *ratio* incriminatrice per includere nella previsione legale fatti simili che

²²⁷ Corte Cost., sent. n. 327 del 2008, *considerato in diritto*, § 6, corsivi aggiunti. Sul punto si vedano le statuizioni della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 370 del 1990 e 299 del 1992 sul rapporto tra determinatezza e ragionevolezza e le sentenze nn. 263 del 2000 e 519 del 2000 sul percorso ermeneutico da seguire in caso di *deficit* di determinatezza.

²²⁸ L. CAJANI, (voce) *Analogia*, in *Enc. dir.*, II, 1958, p. 360.

²²⁹ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 107.

esplicitamente non vi rientrano, anche qualora ciò sia necessario per colmare una lacuna normativa. Questa regola vale sia per le lacune di carattere *originario*, sia per le lacune riconducibili ad un mutamento sopravvenuto nell'ambito delle situazioni regolate dalla legge penale; come effetto, ad esempio, del progresso scientifico e tecnologico²³⁰.

Non possono esser taciute, da ultimo, le difficoltà che da sempre affliggono dottrina e giurisprudenza nell'individuare il confine tra analogia e interpretazione estensiva della legge penale. Sul punto basti osservare che quando l'attività interpretativa sfocia nella sostanziale creazione normativa essa è inammissibile alla stregua dell'analogia; quando, invece, essa si estende fino al limite delle ipotesi interpretative consentite dal tenore letterale della norma, è ammessa.

2. La riserva di legge in materia penale

La riserva di legge in materia penale impone che reati, pene e misure di sicurezza non possano avere altra fonte che non sia la legge: tale strumento è l'estrinsecazione più ovvia del principio di legalità, considerato nel suo aspetto *formale*.

2.1. Democraticità e garantismo nella riserva di legge formale

Il principio della riserva di legge nel diritto penale è posto a garanzia delle libertà individuali dei consociati e si concretizza nella necessità che il precetto e la sanzione che formano la fattispecie incriminatrice siano individuati

²³⁰ Si pensi, ad esempio, alla disciplina del furto con riferimento alla sottrazione di energia elettrica.

dalla legge. sottrae, quindi, la competenza in materia penale al potere esecutivo.

La riserva di legge comporta un duplice ordine di conseguenze: dal punto di vista negativo, essa esclude le fonti gerarchicamente subordinate alla legge, e, da quello positivo, essa obbliga il legislatore a disciplinare con precisione la materia riservata, in modo da limitare gli spazi di discrezionalità degli organi giurisdizionali e amministrativi²³¹.

In materia penale la riserva di legge si giustifica non tanto con esigenze di certezza, quanto con esigenze di garanzia, sia formali sia sostanziali²³² ed è per questo che si è a lungo discusso con riferimento alla natura formale o materiale di essa.

In merito alla portata garantista del principio di legalità penale²³³ si è affermato, che “lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato”²³⁴. Deve osservarsi a tale proposito che l’intento non giustifica di per sé la scelta dello strumento previsto dai costituenti e cioè la riserva di legge.

Siffatta previsione consente di predisporre una garanzia maggiore “nel senso che il procedimento legislativo appare lo strumento potenzialmente più adeguato a garantire il bene della libertà personale sotto più profili concorrenti: da un lato, potendosi presumere che il Parlamento, quale organo rappresentante della volontà popolare, ricor[r]a alla coercizione penale soltanto in vista della tutela di *interessi rilevanti* per la collettività e la cui protezione

²³¹ L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XVIII, p. 7; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 54.

²³² M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 1965, p. 21; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1993, p. 80.

²³³ Che si basa sull’assunto per cui solo i procedimenti di formazione delle leggi, costituzionalmente previsti, possano garantire un controllo sufficiente dell’uso dello strumento penale diretto soprattutto a impedire che esso venga usato quale mezzo di oppressione delle minoranze o di persecuzione di individui e gruppi ben determinati.

²³⁴ Corte Cost., sent. n. 364 del 1988, *considerato in diritto*, § 16.

valga, quindi, il sacrificio della libertà personale (e degli altri diritti) connesso all'applicazione della pena; dall'altro, l'assemblea parlamentare - essendo aperta al confronto tra la forze di maggioranza e di opposizione, dovrebbe poter consentire alle minoranza di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione"²³⁵.

Tale affermazione parte dal presupposto per cui il principio di legalità si esplicita nella riserva di legge formale in quanto mira a garantire la corrispondenza tra le scelte operate in sede politica e la volontà popolare - risultato ottenuto a seguito del dibattito parlamentare tra le forze politiche. In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale ribadendo che il monopolio del legislativo in materia penale si basa "sul suo essere rappresentativo della società tutta, «unita per contratto sociale»", perché "è la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente o attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì «per il suo bene e nel suo interesse»"²³⁶.

Guardando al rapporto tra legalità e democrazia è stato osservato che "potremmo dunque esprimere il rapporto di tensione tra principio maggioritario e democrazia penale nel seguente modo: le decisioni politiche relative al se e come punire «per essere democratiche devono essere adottate mediante il concorso tra maggioranza e minoranza. Almeno, deve essere possibile il concorso tra la prima e la seconda: il principio di maggioranza come principio funzionale è una regola di chiusura che deve essere sopportata per consentire al sistema di mantenere la sua funzionalità. I presupposti per il superamento del principio di maggioranza, però non devono mai venire

²³⁵ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1251.

²³⁶ Corte Cost., sent. n. 487 del 1989, *considerato in diritto*, § 3.

meno»²³⁷ e ciò sulla scorta della concezione kelseniana della democrazia intesa come compromesso tra maggioranza e opposizione²³⁸.

La riserva di legge in materia penale rappresenta garanzia di quel dibattito democratico che garantisce le minoranze, e contemporaneamente si pone come limite alla produzione normativa stessa “in una prospettiva che non implicherebbe soltanto l’esclusione di possibili arbitrii da parte di altri poteri dello Stato (c.d. “profilo negativo della riserva di legge”), ma altresì una riduzione della sfera del penalmente rilevante congeniale all’idea del diritto penale quale *extrema ratio* di tutela dei beni giuridici (c.d. “aspetto positivo del principio di riserva di legge)”²³⁹.

Sempre con riferimento alla portata del precetto costituzionale in materia si deve rilevare come la Corte costituzionale abbia affermato costantemente che le istanze garantite dalla riserva di legge concernono non solo la fissazione del precetto, ma anche l’individuazione della pena.

²³⁷ G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, ove l’autore fa riferimento a S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 2005, p. 467 e ss.

²³⁸ Sul rapporto tra democrazia e scelte politico-criminali G. FIANDACA, nell’opera citata, si esprime in modo particolarmente critico con riferimento alla prassi invalsa nell’ultima legislatura Berlusconi di emanare leggi *ad personam* e ispirate a “a una politica criminale di stampo populistico e socialmente discriminatoria”. Sottolineando che il rischio che si corre è quello di rinunciare alla dimensione più ricca insita nella riserva accontentandosi di una garanzia meramente procedurale e non anche di contenuto. L’autore evidenzia che “il principio penalistico di riserva di legge, considerato in sé e per sé, non è idoneo a garantire che le scelte di politica criminale siano frutto di un dibattito democratico reale e di un confronto vero tra maggioranza e opposizione” ritenendo che sia necessaria la presenza di alcune condizioni politiche di contesto quali il tendenziale equilibrio delle forze in campo, l’attitudine al dialogo e la possibilità che le scelte politico criminali siano fatte oggetto di un ampio dibattito pubblico anche al di fuori delle sedi politico istituzionali.

²³⁹ V. MANES, *op. cit.*, p. 25.

2.2. Natura della riserva prevista dall'articolo 25, comma 2, della Costituzione

Per quanto attiene la tipologia della riserva di legge in materia penale, essa deve essere intesa come *assoluta* anche se non c'è univocità di posizioni con riferimento a tale requisito. Da una parte, c'è chi afferma che tale previsione non escluda del tutto il concorso del potere normativo secondario nella configurazione del modello di reato qualora esso sia degradato a mero *presupposto di fatto*²⁴⁰; dall'altra, chi esclude che possa esservi una qualsiasi attribuzione in materia penale a una fonte sub-legislativa. Su tale ultimo punto deve osservarsi, tuttavia, che "il rigore della riserva assoluta, sicuramente da condividere nella sua istanza ideologica, non lo è più nel contesto di uno *standard* normativo come quello attuale: proficuo, se contribuisse a trovare finalmente un confine più o meno marcato dell'autentico diritto criminale [...] non è invece realistico né praticabile nel contesto di una normazione penale che persiste a penetrare in ogni settore con una organicità e una capillarità degni di miglior causa"²⁴¹.

Si ritiene necessario definire quale sia il significato tecnico-giuridico del termine "legge" nell'ambito dell'articolo 25, comma 2, della Costituzione osservando se: *i.* possono essere ricompresi in tale concetto anche gli atti aventi forza di legge o se esso si riferisca al solo esito del procedimento di cui agli articoli 70-74 della Costituzione; *ii.* è possibile fare riferimento a fonti subordinate e *iii.* influisce e, se del caso in che modo, il diritto penale comunitario nell'ambito del sistema integrato delle fonti del diritto.

²⁴⁰ B. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Scritti giuridici in onore di A. De Marsico*, Milano, 1960, p. 397 e A.P. PECORARO-ALBANI, *Riserva di legge, regolamento, norme penali in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 283.

²⁴¹ M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale: profili penali*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 170.

2.2.1. Riserva di legge e atti aventi forza di legge

Il rinvio operato dalla Costituzione è alla *legge in senso formale* come espressione della volontà del Parlamento. Deve, tuttavia, rilevarsi che la riserva di legge penale è stata interpretata dalla Corte costituzionale e dalla dottrina come una riserva *di fonte* e non *di organo*: possono essere utilizzati, dunque, anche atti aventi forza di legge nel disciplinare fattispecie politico-criminali²⁴².

Sebbene non vi sia stato un espresso diniego rispetto l'utilizzo degli atti aventi forza di legge, è chiara la preferenza della Corte costituzionale per l'utilizzo dello strumento legislativo che deriva dal procedimento di cui agli articoli 70 e ss della Costituzione. Essa si è espressa in più occasioni affermando che le decisioni di politica criminale dovrebbero essere affidate "al legislatore - e segnatamente al «soggetto-Parlamento», in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale"²⁴³.

In particolare, nella sentenza n. 230 del 2012 il Giudice delle leggi ha colto l'occasione per ribadire che la riserva di legge di cui all'articolo 25 della Costituzione "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"²⁴⁴.

²⁴² Sul punto si veda C. CUPELLI, *La legalità delegata: crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Roma-Napoli, 2012.

²⁴³ Corte Cost., sent. n. 394 del 2006, *considerato in diritto* § 6.1.

²⁴⁴ Corte Cost., sent. n. 230 del 2012, *considerato in diritto* § 7.

Deve, tuttavia, rilevarsi come tali affermazioni siano state fatte in *obiter dicta* mentre, nei casi in cui la questione verteva direttamente sulla possibilità per gli atti aventi forza di legge di disciplinare la materia penale, la Corte costituzionale ha avallato tale modalità²⁴⁵ affermando, per esempio, che: “il rischio di sottrazione al Parlamento del potere e della responsabilità delle scelte in materia penale, che i giudici rimettenti ritengono possa derivare dall’uso del decreto-legge come atto di normazione penale del tutto precario e non imputabile alla volontà del legislatore, non ha, comunque, ragion d’essere per il decreto-legge [...], che è stato convertito in legge”²⁴⁶. La Corte ha evidenziato che il Parlamento non è mai estromesso dall’attività normativa del Governo intervenendo o prima o dopo: indicando i principi da seguire o convertendo in legge quanto previsto dall’Esecutivo e che a favore della qualità di fonte penale di questi due tipi di decreti deporrebbe, a differenza di quanto avviene per i regolamenti governativi, il controllo di costituzionalità previsto anche con riferimento ad essi.

Critiche sul punto sono state espresse da chi ha rilevato che il decreto legislativo si pone nei confronti della legge parlamentare nello stesso rapporto in cui si trovano le fonti normative secondarie e cioè nella posizione di dover rispettare un principio generale per quanto contenuto in un precetto sostanziale. Con riferimento al decreto legge, la medesima dottrina critica ha fatto notare che esso non garantisce minimamente le minoranze; che almeno per tutto il periodo di vigenza del decreto, prima della conversione in legge, è eluso, di fatto, il sindacato dal Parlamento sull’eventuale normazione penale; e che le esigenze di necessità ed urgenza che giustificano il ricorso a siffatto

²⁴⁵ Si vedano le sent. Corte Cost. nn. 26 del 1996, 113 del 1972 e 282 del 1990.

²⁴⁶ Corte Cost., sent. n. 330 del 1996, *considerato in diritto* § 3.1.

strumento “cozzano con quelle esigenze di ponderazione che non possono essere eluse in sede di criminalizzazione delle condotte umane”²⁴⁷.

La Corte costituzionale si è espressa con rinnovato vigore sulle garanzie procedurali che dovrebbero essere connaturate alle scelte legislative di politica criminale e in particolare in tema di atti aventi forza di legge e maxi emendamento con questione di fiducia in due recenti sentenze: le nn. 5 e 32 del 2014²⁴⁸.

Nella sentenza n. 5 del 2014 la condotta censurata dal rimettente consisteva nell’attività del Governo che per il tramite dello strumento del decreto legislativo – senza il supporto della legge di delegazione – era intervenuto abrogando il reato di associazione militare previsto dall’articolo 1 del d.lgs. n. 43 del 1948²⁴⁹. In seguito ad un susseguirsi di attivi governativi di disciplina della materia, con l’ultimo intervento del Governo, in sostanza, veniva reintrodotta il reato che era stato abrogato dal d. lgs. n. 66 del 2010 così importando conseguenze negative per gli imputati nei giudizi *a quibus*.

La Corte costituzionale si è espressa tenendo conto di due principi: il divieto per la Corte stessa di intervenire *in malam partem* – essendo tale intervento concesso solo al legislatore – e il principio della riserva di legge in materia penale che impone, in assenza di delega, all’organo dell’Esecutivo di non disciplinare la materia penale.

La Corte costituzionale ha affermato che una sua pronuncia in materia non sarebbe stata priva di rilevanza in ragione del principio d’irretroattività

²⁴⁷ G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, p. 55. In conformità alla preferenza di legge formale si vedano: F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1973, vol. XIX, p. 7; G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, p. 117.

²⁴⁸ I. PELLIZZONE, *op. cit.*, p. 27.

²⁴⁹ Ciò nell’ambito di un’attiva abrogativa sulla scorta della legge delega n. 246 del 2005 attuata tramite una successione dei decreti legislativi nn. 179 del 2009, 213 del 2010, 66 del 2010 e 20 del 2012.

della norma penale sfavorevole sostenendo: “che la retroattività della legge più favorevole non esclude l’assoggettamento di tutte le norme giuridiche di rango primario allo scrutinio di legittimità costituzionale: «Altro [...] è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l’efficacia spettante alle dichiarazioni d’illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all’interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile» (sentenza n. 148 del 1983 e sul punto, sostanzialmente nello stesso senso, sentenza n. 394 del 2006)”²⁵⁰.

La Corte costituzionale, rilevando il difetto di delega, ha dichiarato l’incostituzionalità del decreto legislativo sottoposto al suo scrutinio per violazione dell’articolo 76 della Costituzione nonostante ciò implicasse un intervento della Corte *in malam partem*

Nella pronuncia, i giudici costituzionali hanno puntualizzato che il principio di riserva di legge “rimette al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, ed è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa. La verifica sull’esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in

²⁵⁰ Corte Cost., sent. n. 5 del 2014, *considerato in diritto* § 5.1. In quella sede la Corte costituzionale, in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale di una legge intermedia (e più esattamente di un decreto legislativo intermedio) che, in contrasto con una direttiva comunitaria, aveva escluso la punibilità di un fatto precedentemente e successivamente previsto come reato. Secondo questa decisione, infatti, “se si stabilisse che il possibile effetto *in malam partem* della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell’ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie [...], ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano”.

materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio *a quo*. Si rischierebbe altrimenti, come già rilevato in altre occasioni da questa Corte, di creare zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, secondo comma, della stessa Costituzione"²⁵¹.

Nella sentenza n. 32 del 2014, la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della legge n. 49 del 2006 di conversione del decreto legge n. 272 del 2005 in ragione dell'assenza del requisito di omogeneità, producendo, anche in questo caso, un intervento *in malam partem*.

In particolar modo, il rimettente contestava l'introduzione nella legge di conversione del decreto legge in materia di "Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno" di disposizioni che aumentavano le sanzioni per i reati concernenti le "droghe leggere" per il tramite di un maxiemendamento sul quale il Governo aveva posto la fiducia.

I giudici costituzionali non hanno esitato a rilevare la profonda distonia di contenuto e scopi tra decreto legge e legge di conversione affermando che "le modifiche introdotte nell'ordinamento apportano una innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni sia sotto quello sanzionatorio" e che "una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove

²⁵¹ Corte Cost., sent. n. 5 del 2014, *considerato in diritto* § 5.2.

si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, *ex art. 72 Cost.*²⁵².

Tali esempi fanno emergere il mutato atteggiamento da parte della Corte costituzionale sul controllo dell'intervento governativo in materia penale attuato con atti aventi forza di legge, poiché, pur ammettendo che esso possa intervenire nel disciplinare tale materia, fa del controllo dell'assemblea un *limite procedurale ineludibile* per garantire il rispetto della riserva di legge di cui all'articolo 25, comma 2, della Costituzione.

2.2.2. Riserva di legge e fonti secondarie

Accanto alle tesi che propendono per una qualificazione netta della riserva di legge in materia penale come assoluta o relativa, si è sviluppata una tesi che la qualifica come "tendenzialmente assoluta": le leggi penali possono essere integrate da parte dei regolamenti, ma soltanto per elementi di tipo tecnico, che in sé escludono la partecipazione della fonte sub-legislativa alle scelte in materia politico-criminale spettanti soltanto al Parlamento.

A partire dalla sentenza n. 282 del 1990 la Corte costituzionale ha assunto un profilo che ha mantenuto nel tempo e che può essere schematizzato come segue: *i.* è compatibile con il principio della riserva l'integrazione tramite elementi di specificazione tecnica: basti pensare, in questa prospettiva, all'articolo 73, comma 1, del Testo unico delle leggi in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope (D.P.R. del 9 ottobre 1990, n. 309), il quale rinvia alle tabelle delle sostanze stupefacenti determinate dal Ministro della Sanità; *ii.* è consentito il rinvio a disposizioni amministrative pre-esistenti sanzionatorie

²⁵² Corte Cost., sent. n. 32 del 2014, *considerato in diritto* § 4.4.

quanto la legge ne abbia disciplinato presupposti, carattere, contenuto e limiti²⁵³ e soltanto se non perduri la facoltà dell'amministrazione di mutare, sostituire o abrogare l'atto stesso; *iii.* è incompatibile con la riserva di legge il rinvio a fonte secondaria per la determinazione di elementi essenziali dell'illecito²⁵⁴.

2.2.3. Riserva di legge e fonti comunitarie: il caso Taricco

Con riferimento alle fonti comunitarie deve osservarsi come il processo di integrazione europea si sia mosso, nell'ambito del diritto penale, nell'ottica della predisposizione di forme omogenee di tutela degli interessi comunitari e della reazione coordinata ai fenomeni di criminalità transnazionale. Ciononostante è fuori di dubbio che le istituzioni europee non possano creare norme incriminatrici in quanto del tutto carenti di legittimazione in tal senso²⁵⁵.

La riserva di legge in materia penale si pone quale limite invalicabile a una previsione che anche in sede di Trattati dovesse consentire una simile produzione normativa.

L'attribuzione all'Unione Europea di competenze in materia penale solleva, quindi, una serie di "problematiche, di natura sostanziale, insiste nel trasferimento di parte della potestà punitiva al livello di governo dell'Unione. L'assenza di partiti politici europei, la mancanza di un organo che eserciti un controllo di costituzionalità accentrato delle fonti europee, l'assenza di diritto primario dell'Unione che assicuri il carattere sussidiario del diritto penale e di altri elementi di rilievo costituzionale che delineano il volto del diritto penale

²⁵³ Sul punto si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 168 del 1971 ove essa si è espressa con riferimento alla conformità costituzionale dell'articolo 650 c.p.

²⁵⁴ Ciò avviene, ad es., quando il precetto rinvenuto in una norma secondaria in ragione del rinvio operato da una norma penale in bianco non abbia le caratteristiche di determinatezza che invece devono assistere le norme penali.

²⁵⁵ F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 11, p. 1433 e ss.

italiano (come la funzione rieducativa della pena, i principi di tassatività e di determinatezza)”²⁵⁶.

Alle obiezioni che sono state espresse sull’attribuzione di competenza in materia penale sono state, a loro volta, opposte tesi che vedono nell’obbligo della procedura di co-decisione e nella possibilità di utilizzare la procedura accessoria solo se “il ravvicinamento delle normative penali degli Stati membri si rivela indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione” garanzie di democraticità sufficienti.

D’altra parte è stato osservato che la mera garanzia procedurale della partecipazione del Parlamento non sarebbe sufficiente in ragione delle modalità di elezione dei rappresentanti con riferimento alla mancanza di partiti politici europei e di un vero e proprio popolo europeo²⁵⁷.

Siffatti ragionamenti tuttavia non tengono conto che la riserva di legge di matrice illuministica non può essere ridotta ad esigenze meramente procedurali. La ricerca di una soluzione più soddisfacente al problema non si deve fermare alla mera constatazione dell’intervento del Parlamento nel trasporre nell’ordinamento nazionale le scelte prese a livello europeo²⁵⁸.

²⁵⁶ I. PELLIZZONE, *op. cit.*, p. 62. Alcune di codeste criticità sono state prese in considerazione nella sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla legge di ratifica del Trattato di Lisbona ove ha affermato che la Germania non potrebbe mai cedere la propria competenza in materia penale, che le norme del Trattato che attribuiscono all’Unione limitate competenze in materia penale devono essere interpretate in modo restrittivo dalle istituzioni tedesche, che la decisione sull’impiego concreto della pena deve rimanere ai Parlamenti nazionali e che debba essere prevista la previa partecipazione del Parlamento nazionale alle decisioni degli organi che riguardino, tra le altre, la materia penale, richiedendo che le leggi di accompagnamento alla ratifica del trattato attribuiscono al rappresentante governativo in Consiglio il potere di votare contro la decisione in questione, se il *Bundestag* non ha prima dato il suo assenso. Si veda BVerfG, giudizio del 30.6.2009 – 2 BvE 2/08.

²⁵⁷ Sul punto si veda B. GUASTAFERRO, *Le declinazioni sovranazionali del principio democratico*, in A. Argenio (a cura di), *Democrazia e totalitarismo*, Napoli, 2012, p. 173 e ss.

²⁵⁸ G. GRASSO, *La Costituzione per l’Europa e la formazione di un diritto penale dell’Unione europea*, in G. Grasso - L. Sicurella, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 702.

Non è questa la sede per approfondire un tema così complesso, basti fare riferimento, quanto alla posizione della Corte costituzionale, alla sentenza n. 28 del 2010, sulle cc.dd. *ceneri di pirite*²⁵⁹. In questo caso “verificata l'impossibilità di procedere ad una interpretazione conforme della previsione legislativa censurata, così come quella di disapplicare quest'ultima ed applicare la previsione comunitaria – nel rispetto appunto del principio per cui gli effetti diretti devono ritenersi esclusi se dall'applicazione della direttiva deriva una responsabilità penale - la Corte ritiene di dover sottoporre a scrutinio la norma interna, negando che possa costituire ostacolo a ciò il possibile effetto *in malam partem* della (eventuale) declaratoria di illegittimità costituzionale, relegato al terreno degli «effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali»²⁶⁰.

Quanto alla posizione della Corte di Giustizia e con riferimento alla tenuta del sistema imperniato sulla riserva di legge appare interessante soffermarsi sulla recente sentenza emessa in merito al caso *Taricco*²⁶¹.

In quella sede la Corte di Lussemburgo ha sostanzialmente affermato l'obbligo per il giudice penale italiano di disapplicare il combinato disposto degli articoli 160 e 161 c.p. qualora ritenga che tale normativa – fissando un

²⁵⁹ In tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo n. 183, comma 1, lett. n), del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), nel testo antecedente alle modifiche introdotte dall'articolo n. 2, comma 20, del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui ricomprendeva nella definizione di sottoprodotti le ceneri di pirite, sottraendo le relative condotte alle disposizioni penali di cui al medesimo decreto, in difformità alle previsioni, sul punto, del diritto comunitario.

²⁶⁰ V. MANES, *op. cit.*, p. 30.

²⁶¹ CGUE, causa C-105/14 del 8 settembre 2015 (Grande Sezione), *Taricco*. In merito si vedano i contributi di A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in www.penalecontemporaneo.it del 29 ottobre 2015; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it del 10 dicembre 2015.

limite massimo al corso della prescrizione, pur in presenza di atti interruttivi, pari di regola al termine prescrizionale ordinario più un quarto - impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di tutela effettiva degli *interessi finanziari dell'Unione* imposti dall'articolo 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione.

Tale sentenza pone, dunque, in capo al giudice, l'obbligo di condannare *nonostante* l'intervento della prescrizione.

Successivamente alla pronuncia la dottrina si è interrogata su come sia "possibile pensare che un fatto ritenuto dal codice penale - e dunque dalla legge penale nazionale - non (più) punibile in seguito al decorso del termine prescrizionale, determinato sulla base dell'insieme delle disposizioni che regolano questo istituto tra cui - appunto - gli artt. 160 e 161 c.p., debba ridiventare punibile per effetto di una norma sovranazionale (l'art. 325) che neppure menziona la pena e il diritto penale, e che la Corte di giustizia ritiene ciononostante di interpretare come fonte di un vero e proprio obbligo di punire chi abbia compiuto frodi in danno del bilancio dell'Unione"²⁶².

Secondo la Corte di Giustizia nessun *vulnus* al principio di legalità potrebbe essere imputato al nuovo assetto delineato dalla sentenza *Taricco* poiché la prescrizione, attenendo alle condizioni di procedibilità, non è coperta dal principio del *nullum crimen sine lege* in quanto i condannati avevano effettivamente commesso i reati loro ascritti e al momento della commissione dei fatti di reato erano passibili della medesima pena irrogata. Secondo i giudici dell'Unione "tanto basta[va] per garantire il rispetto del principio di legalità, nella sua funzione di baluardo delle libere scelte d'azione dell'individuo"²⁶³.

Quanto all'affidamento sul mantenimento del sistema della prescrizione l'Avvocato generale aveva già osservato che "non sussiste [per l'individuo] un

²⁶² F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in www.penalecontemporaneo.it del 14 settembre 2015, p. 9.

²⁶³ F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 9.

affidamento meritevole di tutela” a “che le norme applicabili sulla durata, il decorso e l’interruzione della prescrizione debbano necessariamente orientarsi sempre alle disposizioni di legge in vigore al momento della commissione del reato”²⁶⁴.

Il problema, dal punto di vista interno, si è posto poiché la giurisprudenza della Corte costituzionale è, invece, consolidata nel senso di far rientrare la prescrizione nell’ambito coperto dalla riserva di legge di cui all’articolo 25, comma 2, della Costituzione²⁶⁵ e poiché si profila un contrasto in ragione della sola legittimazione in capo al legislatore a disciplinare tale materia con l’esclusione anche del diritto dell’Unione Europea.

Appare chiaro anche da questa sintetica ricostruzione come il portato della sentenza *de qua* sollevi numerosi dubbi di costituzionalità che hanno portato alcuno ad affermare che “è innegabile che la Corte di Giustizia approdi a una soluzione del tutto impraticabile da un punto di vista costituzionale, tenuto conto che porta alla violazione di alcuni principi supremi della Costituzione italiana, ovvero i principi di uguaglianza e della riserva di legge in materia penale, capaci di integrare i controlimiti all’ingresso nel nostro ordinamento del diritto dell’Unione europea”²⁶⁶.

Sul punto vi è chi ha prospettato come soluzione quella dell’impiego della teoria dei *controlimiti*²⁶⁷ non nascondendosi, tuttavia, una serie di criticità, tra cui quella preliminare inerente “il problema che [...] non potrebbe non porsi – di fronte alla concreta prospettiva di un tale conflitto, in relazione alla questione ora all’esame – che concerne l’esatta individuazione del protagonista

²⁶⁴ Conclusioni dell’Avvocato generale Juliane Kokott del 30 aprile 2015, § 119.

²⁶⁵ Si vedano, *ex multis*, le sent. Corte Cost. nn. 393 del 2006 e 324 del 2008 e D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2015, p. 20 ss. e C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in *www.sidi-isil.org*.

²⁶⁶ I. PELLIZZONE, *op. cit.*, p. 79.

²⁶⁷ F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 11.

del conflitto medesimo: il giudice comune (e dunque il giudice penale, chiamato a decidere sull'inflizione della pena nei confronti dell'imputato di un reato prescritto), ovvero la Corte costituzionale?"²⁶⁸.

Vale la pena osservare che, in seguito alla statuizione della Corte di Giustizia erano astrattamente prefigurabili sia la sollevazione di una questione di legittimità costituzionale sia la disapplicazione della norma interna in contrasto con l'articolo 325 del TFUE come interpretato dalla sentenza *Taricco*. Ebbene entrambe hanno trovato applicazione nell'ordinamento: la prima ad opera della Corte d'Appello di Milano²⁶⁹ e la seconda per mano della Terza Sezione della Corte di cassazione²⁷⁰.

Appaiono evidenti i problemi sollevati da una siffatta intromissione del diritto dell'Unione Europea con riferimento non solo alla riserva di legge in materia penale, ma anche a vere e proprie esigenze di uguaglianza sottesa a tutti i principi che regolano la materia penale. Deve quindi registrarsi un'incertezza in punto di rapporti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione in materia penale che certamente l'esito della vicenda da ultimo riportata potrà contribuire a chiarire.

2.3. La riserva di legge nella determinazione della pena

La riserva di legge in materia penale implica non solo l'individuazione della fattispecie incriminatrice, ma anche, la predeterminazione legislativa della

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Corte d'appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto reperibile all'indirizzo http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1442596551Ord_rim_18.9.15.pdf. Sul punto si veda F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in www.penalecontemporaneo.it del 21 Settembre 2015.

²⁷⁰ Cass., III sez. pen., udienza del 17 settembre 2015, Pres. Amedeo, Rel. Scarcella, Imp. Pennacchini.

sanzione applicabile in caso di commissione del reato, conformemente alla tradizione del diritto penale di derivazione illuministica, recepita nell'articolo 1 c.p. e, con esso, del principio "*nulla poena sine proevia lege poenali*".

Non solo, devono essere oggetto di specifica predeterminazione le sanzioni, ma dottrina e giurisprudenza concordano con l'esigenza che tale previa individuazione debba riguardare oltre le pene principali anche quelle accessorie e i cc.dd. *effetti penali della condanna*.

Il principio di determinatezza trova la sua applicazione, in questa sede, poiché si ritiene che la sanzione debba essere prestabilita in forma non generica, e articolata entro limiti minimi e massimi ragionevoli. Da ciò è stata fatta conseguire l'illegittimità costituzionale delle norme penali con sanzione *indeterminata*, anche soltanto nel massimo²⁷¹.

Da ultimo deve ricordarsi che l'articolo 25, comma 3, della Costituzione, conferma, inoltre, l'estensione, già operata dall'articolo 199 c.p., del principio di legalità alle misure di sicurezza.

²⁷¹ F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 773.

Capitolo III

LA NOZIONE DI “BASE LEGALE” NEL LINGUAGGIO DELLA CONVENZIONE EUROPEA. NOTAZIONI PRELIMINARI

1. Principio di legalità e principio democratico nel sistema del Consiglio d'Europa

Il principio di legalità nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non assume le caratteristiche formali che si è visto aver caratterizzato l'origine di tale principio negli Stati continentali e che informano a tutt'oggi il nostro ordinamento, estrinsecandosi nell'istituto della riserva di legge.

Un equivalente di tale strumento di garanzia potrebbe essere rinvenuto solo da un osservatore poco attento, nell'ambito del sistema convenzionale, in quel riferimento alla “base legale” che rende legittima l'ingerenza statale nel godimento di un diritto qualora sussistano anche uno scopo legittimo e la c.d. *necessità in una società democratica* della misura, secondo il processo argomentativo seguito dalla Corte EDU per valutare l'esistenza di una violazione soprattutto degli articoli da 8 a 11 della Convenzione.

La “base legale” non si esaurisce nella necessaria sussistenza della sola legge, tecnicamente intesa come il prodotto dell'attività di un Parlamento depositario della funzione legislativa, ma costituisce una *nozione autonoma* comprensiva di qualunque atto produttivo di regole giuridiche.

La concezione della “legge”, ai sensi della Convenzione, non solo è stata pienamente giustificata dalla Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza, ma è *scelta logicamente obbligata* nel sistema della CEDU per due ordini di motivi.

In primo luogo, in ragione dell'assenza, nel sistema del Consiglio d'Europa, di meccanismi di rappresentanza democratica diretta per la formazione delle Istituzioni²⁷² e, in secondo luogo, con riferimento alla presenza tra gli Stati contraenti di Paesi di *common law* ove la legge non ha le caratteristiche formali proprie dei sistemi continentali e che porta a escludere la possibilità di una sovrapposizione concettuale tra "base legale" e riserva di legge.

Con specifico riferimento alla conformazione del principio di legalità in ambito convenzionale i redattori della Convenzione erano consapevoli che, tra gli Stati contraenti, solo alcuni adottavano il modello continentale di "legge", mentre i Paesi di *common law* seguivano una concezione di diritto di tipo giurisprudenziale. Tale principio non poteva, quindi, estrinsecarsi per il tramite di un mero rinvio alla legge - né nella forma della preferenza né in quella della riserva - tenuto conto che non sempre vi è una "legge" cui fare riferimento.

Per questi motivi il concetto di *law* nella Convenzione e nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo assume un'accezione ibrida, composita, che ha spinto alcuno a definirla quale un *Giano bifronte* "che cerca di compendiare la certezza della tassatività [...] di stampo continentale con la fluidità del diritto pretorio basato sul *case law*", in ragione dell' "esigenza, sottesa al diritto convenzionale, di assicurare la positivizzazione di una sorta di *minimo comune denominatore* di legalità in grado di non essere estraneo a nessuno dei due - in sé diversi - modelli giuridici succitati"²⁷³.

²⁷² Con riferimento alle istituzioni del Consiglio d'Europa manca, infatti, una cessione di sovranità da parte degli stati firmatari la CEDU ed esse, dunque, non sono un'espressione del principio di democraticità inteso sia, dal basso verso l'alto, come strumento per la creazione di organismi rappresentativi, sia, dall'alto verso il basso, come strumenti di garanzia dell'imparzialità e della maggiore ponderazione delle disposizioni che da tali organi promanano e che sono destinate a produrre effetti nei confronti della collettività.

²⁷³ S.E. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prima riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in *Cultura penale e spirito europeo* del 14 aprile 2015, reperibile sito www.archiviopenale.it, p. 9, corsivo aggiunto.

È stato osservato, inoltre, che tale sistema, “introduce una riserva di legge senza la necessità della... legge, un principio di legalità in cui si deroga alla riserva di legge per permettere che altre declinazioni dello stesso principio (la tassatività, la sufficiente determinatezza del precetto penale, l’irretroattività, il divieto di analogia) possano avere diritto di cittadinanza nei modelli giuridici di tipo pretorio”²⁷⁴.

Un’altra fondamentale differenza tra il nostro ordinamento e il sistema della Convenzione risiede nel fatto che il concetto di “legge” e il principio di legalità, poggiano nel sistema sovranazionale, sulle stesse basi. Non vi sono, infatti, nel sistema sovranazionale garanzie differenti con riferimento alla materia – civile o penale – oggetto del rinvio alla legge.

Il concetto di “legge” cui fa riferimento la Corte EDU è lo stesso e le garanzie che derivano dal rispetto del principio di legalità non si declinano in maniera differente. Dall’analisi che seguirà, tuttavia, si evincerà come nella pratica il principio di legalità in materia penale si sia esplicitato in modo più garantista e gli sia stata riconosciuta portata inderogabile. Nell’attuazione del principio di legalità in materia civile, invece, la Corte di Strasburgo ha fatto riferimento a principi che informano il sistema basandosi non solo sulla legalità, ma anche sulla certezza del diritto e sull’affidamento giustificando, in talune specifiche ed eccezionali occasioni, la deroga a siffatte garanzie.

Prima di analizzare come si è dispiegato nella giurisprudenza della Corte EDU il principio oggetto della trattazione è necessario definire cosa s’intenda con il termine “legge” nel sistema della Convenzione europea.

²⁷⁴ S.E. GIORDANO, *op. cit.*, p. 9.

2. L'accezione sostanzialistica di "legge" strumentale all'effettività della tutela dei diritti

Come noto, i caratteri della "base legale" non si trovano indicati nel testo delle disposizioni della Convenzione che, pure, vi fanno riferimento²⁷⁵, ma sono stati di volta in volta riconosciuti sussistenti dalla Corte EDU nell'interpretazione e applicazione della Convenzione a singoli casi concreti sottoposti alla sua valutazione.

È opportuno approfondire quali siano le caratteristiche che la legge deve possedere perché possa essere considerata "base legale" ai sensi della Convenzione e quali altre tipologie di fonti normative rientrino nel concetto di legge per la CEDU.

A questo proposito la Corte europea ha elaborato una *nozione autonoma* di "legge" ai sensi della Convenzione, che muove da una "sostanziale equiparazione del diritto giurisprudenziale alla legge, frutto della «fusione di orizzonti» tra universi di *civil law* e di *common law*"²⁷⁶, riconducendo entrambi alla nozione convenzionale di "law".

²⁷⁵ Il riferimento testuale alla "base legale" emerge nel testo convenzionale agli articoli da 8 a 11, 1 del Protocollo n. 1 e 2 del Protocollo n. 4 della CEDU che fanno riferimento, nell'indicare a quali condizioni lo Stato può ingerirsi nel godimento dei diritti di volta in volta tutelati dalle disposizioni convenzionali, a che l'ingerenza sia "prévues par la loi" nelle versione francese del testo convenzionale e "prescribed by law" per gli articoli 9 §2, 10 §2 e 11 §2 della CEDU e in "accordance with the law" per articoli 8 § 2, 1 P 1 e 2 P 4 nella versione inglese della CEDU. Ciò a conferma del fatto che le due versioni della Convenzione, per quanto egualmente autentiche non sono esattamente sovrapponibili e che la Corte di Strasburgo deve quindi interpretarle "in a way that reconciles them as far as possible and is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty" (Sent. Corte EDU, [GC], *Sunday Times c. Regno Unito*, cit., § 48).

²⁷⁶ V. MANES, *Sub Art. 7*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012, p. 274. Sul punto si vedano, inoltre, F. MATSCHER, *Il concetto di legge secondo la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, 1996; J.J. CREMONA, *The interpretation of the word "law" in the jurisprudence of the European Court on Human Rights*, in *Selected Papers 1946-1989*,

In primo luogo, dunque, deve rilevarsi come legge scritta e diritto di derivazione giurisprudenziale si equivalgano nella prospettiva della Corte di Strasburgo. Con riferimento al diritto giurisprudenziale la Corte di Strasburgo, in una risalente sentenza, ha, infatti, affermato che “the word «law» in the expression «prescribed by law» covers not only statute but also unwritten law. Accordingly, the Court does not attach importance here to the fact that contempt of court is a creature of the common law and not of legislation. It would clearly be contrary to the intention of the drafters of the Convention to hold that a restriction imposed by virtue of the common law is not «prescribed by law» on the sole ground that it is not enunciated in legislation: this would deprive a common-law State which is Party to the Convention of the protection of Article 10 (2) (art. 10-2) and strike at the very roots of that State’s legal system”²⁷⁷. E ancora, con specifico riferimento al principio di legalità in materia penale che: “when speaking of «law», Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written and unwritten law”²⁷⁸.

In ragione di tali statuizioni la dottrina ha riconosciuto che: “alla fonte legislativa - o comunque all’atto normativo scritto frutto di un particolare procedimento di produzione (*statutory law*) - va equiparata la fonte giurisprudenziale (*judicial law*) perché è comunque il «diritto vivente» - scritta o giurisprudenziale che ne sia la fonte - che deve rispondere ai requisiti di legalità richiesti”²⁷⁹.

1990; DELMAS-MARTY, *Légalité pénal et prééminence du droit selon la Convention Européenne des sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, in *Droit pénal contemporain - Mélanges en l’honneur d’André Vitu*, 1989.

²⁷⁷ Sent. Corte EDU, [GC], *Sunday Times c. Regno Unito (n. 1)*, ric. n. 6538/74 del 26 aprile 1979, § 47. In quell’occasione la Corte EDU faceva riferimento alla “base legale” di cui all’articolo 10 § 2 CEDU, ma tale valutazione è stata ripetuta con riferimento a tutte le disposizioni convenzionali che si riferiscono alla “law”.

²⁷⁸ Sent. Corte EDU, [GC], *Kononov c. Latvia*, ric. n. 36376/04 del 17 maggio 2010, § 185.

²⁷⁹ V. MANES, *Sub Art. 7, cit.*, p. 274.

2.1. I requisiti di accessibilità, prevedibilità e chiarezza

La Corte EDU ha affermato in più occasioni che ciò che rileva in merito alla qualificazione della norma non è tanto il rango della disposizione nazionale nel sistema delle fonti interne di ciascun ordinamento, ma caratteristiche insite nelle disposizioni stesse. La Corte di Strasburgo, infatti, “adotta un approccio di tipo sostanziale, volto alla verifica dell’esistenza, nel diritto dello Stato, di una norma giuridica che abiliti l’ingerenza e della sua qualità intrinseca”²⁸⁰.

In particolare la Corte EDU ha affermato che: “the expressions «prescribed by law» and «in accordance with the law» in Articles 8 to 11 of the Convention not only require that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refer to the *quality of the law* in question”²⁸¹ che deve essere compatibile con lo Stato di diritto, espressamente menzionato nel preambolo della Convenzione²⁸².

²⁸⁰ F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte Cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230 in Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti* n. 3/2013 del 13 settembre 2013, p. 21.

²⁸¹ Sent. Corte EDU, *Maestri c. Italia*, ric. n. 39748/98 del 17 febbraio 2004, § 30, corsivi aggiunti. Con riferimento alla diversa previsione alcuni autori hanno fatto notare come ci sia una “significant difference” tra la formulazione di cui all’articolo 8 §2 CEDU e quella degli articoli 9 §2, 10 §2 e 11 §2 CEDU. In particolare è stato affermato che “the first [in accordance with the law], could carry the meaning «not unlawful» whereas the second [prescribed by law], could implied that some specific authorization in required”. Tuttavia gli autori hanno evidenziato come una differenza poteva rileva soprattutto per gli inglesi, ma che tale impostazione è stata abbandonata a partire dalla sentenza *Malone c. Regno Unito* e che le due formulazioni devono essere alle lette allo stesso modo. Il riferimento è a C. OVEY - R.C.A.A. WHITE, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 220.

²⁸² Sent. Corte EDU, *Malone c. Regno Unito*, ric. n. 8691/79 del 2 agosto 1984 § 66. Sul punto si vedano anche le sentenze *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70 del 21 febbraio 1975, § 34 e *Silver e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 del 25 marzo 1983 §§ 85 e ss.

Alla legalità *formale* si affianca, dunque, un requisito che attiene alla “qualità della legge”²⁸³ essendo la portata prescrittiva nell’ordinamento nazionale condizione necessaria, ma non sufficiente perché una norma possa essere considerata legge ai sensi della Convenzione.

I requisiti che le fonti normative, tra cui la legge, devono possedere affinché la Corte di Strasburgo possa considerarle “base legale”, sono stati rinvenuti nell’accessibilità e nella prevedibilità che passa attraverso una formulazione chiara e precisa della disposizione.

La Corte EDU ha affermato, infatti, che “in the Court’s opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression «prescribed by law». Firstly, the law must be adequately accessible: *the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case*. Secondly, a norm cannot be regarded as a «law» unless it is formulated with sufficient precision *to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail*”²⁸⁴. Il soggetto deve poter disporre di informazioni sufficienti sulla norma giuridica che si applica alla sua condotta e deve poter prevedere le conseguenze delle proprie azioni in ragione della formulazione sufficientemente precisa della disposizione.

Con riferimento al requisito dell’accessibilità, esso viene valutato dalla Corte EDU in relazione al grado di pubblicità della fonte nella quale la norma è contenuta e al numero e alle caratteristiche dei destinatari. Nella sentenza *Vogt c. Germania* si legge, infatti, che “the Court reiterates that the level of precision

²⁸³ A. GUAZZAROTTI, *Sub Art. 11*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, CEDAM, Padova, 2012, p. 436.

²⁸⁴ Sent. Corte EDU, [GC], *Sunday Times c. Regno Unito*, cit., § 49, corsivi aggiunti. Si vedano anche le sentenze *Larissis e altri c. Grecia*, ric. n. 23372/94 del 24 febbraio 1998, § 40, *Hashman e Harrup c. Regno Unito*, [GC], ric. n. 25594/94, del 25 novembre 1999, § 31 e *Metropolitan Church of Bessarabia e altri c. Moldavia*, ric. n. 45701/99, del 13/12/2001, § 109.

required of domestic legislation [...] depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed”²⁸⁵. Il testo della normativa deve essere accessibile per il destinatario, ma la Corte EDU ammette che egli possa conoscerla anche tramite l’ausilio di esperti.

Il requisito della prevedibilità è, invece, strettamente legato alla modalità di formulazione della norma: essa deve essere il più possibile chiara e precisa. “Chiarezza e precisione sono, infatti, corollari della prevedibilità della norma”²⁸⁶ e sono valutati dalla Corte in relazione al tipo di fonte dalla quale la norma promana e al settore della disciplina posta, nonché al numero e alle caratteristiche dei destinatari²⁸⁷.

2.1.1. Il ruolo della giurisprudenza delle Corti interne per precisare il significato normativo delle disposizioni scritte

La Corte di Strasburgo ha consapevolezza che la formulazione di una norma non potrà mai essere perfettamente chiara o assolutamente precisa o altresì in grado di disciplinare preventivamente ogni suo possibile ambito di applicazione. Per questa ragione ha ritenuto che l’interpretazione giurisprudenziale fornita dai giudici nazionali potesse specificare i contenuti della norma in relazione alle singole circostanze concrete.

La Corte EDU è tenuta, qualora la norma sia una norma legislativa nell’ordinamento statale, ad accettare l’interpretazione che ne viene data dalle Corti nazionali: “this is not because the Court is not a «fourth instance», or higher court of appeal above the national courts. It is rather because questions

²⁸⁵ Sent. Corte EDU, [GC], *Vogt c. Germania*, ric. n. 17851/91 del 26 settembre 1995, § 48.

²⁸⁶ F. COLOMBI, *cit.*, p. 21.

²⁸⁷ C. PITEA, *Sub Art. 8*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, CEDAM, Padova, 2012, p. 305.

of national law are for the Court simply questions of fact”²⁸⁸ e poi valutarla alla stregua dei parametri sopra indicati.

Sul punto in dottrina si è efficacemente osservato che in ambito CEDU “la legalità risulta compatibile con un’interpretazione oggettivamente estensiva (ed anche analogica) del testo legislativo qualora tale estensione normativa sia già consolidata nella giurisprudenza pregressa e, in quanto tale, sicuramente prevedibile *ex ante* dai potenziali destinatari”²⁸⁹ e questo è un importantissimo punto da tenere in considerazione soprattutto in vista del ruolo del mutamento giurisprudenziale (che sarà oggetto di analisi *infra* Capitolo V).

Proprio con riferimento a queste caratteristiche è stata riconosciuta la differenza tra la “base legale” e la riserva di legge in materia penale in quanto “l’articolo 7 della Convenzione non vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l’interpretazione giudiziaria, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile”²⁹⁰. Anzi, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che “there will always be a need for elucidation of doubtful points and for adaptation to changing circumstances. Indeed, in certain Convention States, *the progressive development of the criminal law through judicial law-making is a well-entrenched and necessary part of legal tradition. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen*”²⁹¹. È evidente come di non poco momento siano le implicazioni che una tale impostazione comporta soprattutto agli occhi dello studioso che si

²⁸⁸ C. OVEY, R.C.A.A WHITE, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, cit., p. 223.

²⁸⁹ M.V. SCOLETTA, *El principio de legalidad penal europeo in Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, p. 264.

²⁹⁰ S.E. GIORDANO, *op. cit.*, p. 10.

²⁹¹ Sent. Corte EDU, [GC], *Kononov c. Latvia*, cit., § 185, corsivo aggiunto.

muove nell'ambito di una cornice costituzionale come la nostra che prevede la soggezione del giudice alla sola legge indipendentemente dall'interpretazione datane dalla giurisprudenza.

Sempre con riferimento al diritto scritto e al ruolo delle Corti nazionali atte ad interpretarlo, deve rilevarsi come la Corte EDU abbia dovuto risolvere questioni relative sia all'*eccessiva vaghezza* di alcune disposizioni legislative, sia alla portata normativa di atti che non erano qualificati come legge nell'ordinamento nazionale. Ciononostante, come si vedrà, la Corte EDU ha raramente riconosciuto non sussistente la "base legale", dimostrando un atteggiamento piuttosto tollerante nei confronti degli Stati.

In particolare, a partire dal caso *Kokkinakis c. Grecia*, ove si faceva valere l'indeterminatezza di una disposizione penale incriminatrice del reato di proselitismo abusivo, la Corte di Strasburgo ha affermato che: "the Court has already noted that the wording of many statutes is not absolutely precise. The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague (see, for example and mutatis mutandis, the Müller and Others v. Switzerland judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, p. 20, para. 29). Criminal-law provisions on proselytism fall within this category. The interpretation and application of such enactments *depend on practice*"²⁹².

La Corte di Strasburgo, partendo dalla presa d'atto del margine d'imprecisione che inevitabilmente connota le norme, ha riconosciuto che "molte leggi ricorrono per forza di cose a nozioni elastiche [...], potendo la prassi giurisprudenziale costante integrare il tenore letterale di simili disposizioni; la natura pubblica e accessibile di tale giurisprudenza

²⁹² Sent. Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88 del 25 maggio 1993, § 40, corsivi aggiunti.

permetterebbe agli interessati di regolare la propria condotta”²⁹³. Per determinare la portata del dato letterale deve, dunque, essere utilizzata la giurisprudenza che ne ha progressivamente specificato il contenuto.

Nel caso *Jobe c. Regno Unito* la Corte EDU ha riconosciuto la mancanza di una base legale in ragione dell’assenza di un apparato giurisprudenziale tale da chiarire la portata di una norma in materia di terrorismo di recente introduzione nell’ordinamento britannico.

Il ricorrente era un cittadino del Gambia, arrestato a Birmingham nel 2006 e poi condannato per essere stato trovato in possesso di supporti digitali dal titolo: “Military Training manual, Al Qaeda Training Manual, How Can I Train Myself For Jihad?, a ways to Serve and Participate in Jihad”. Al ricorrente venne applicato l’articolo 58 §1 del *Terrorism Act* a norma del quale commette reato chi raccoglie informazioni utili a commettere o a preparare un atto terroristico o possiede materiale finalizzato a tale scopo “senza giustificato motivo”. Nel caso di specie, le giustificazioni addotte dal ricorrente non erano state ritenute plausibili dagli inquirenti²⁹⁴.

Il soggetto aveva adito la Corte EDU facendo valere l’indeterminatezza della scriminante della “defence” di “reasonable excuse”. La Corte EDU ritenne la previsione dell’articolo 58 §3 del *Terrorism Act* contraria all’articolo 7 CEDU affermando che: “when new offences are created by legislation there will always be an element of uncertainty as to the meaning of that legislation until it is interpreted and applied by the criminal courts”²⁹⁵, riconoscendo implicitamente il ruolo fondamentale dell’interpretazione giurisprudenziale nella definizione della portata della norma di nuova creazione

²⁹³ A. GUAZZAROTTI, *Sub Art. 9*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, CEDAM, Padova, 2012, p. 374.

²⁹⁴ Il ricorrente sosteneva che era mosso da curiosità antropologica e dalla volontà di arruolarsi nell’esercito del suo Paese.

²⁹⁵ Dec. Corte EDU, *Jobe c. Regno Unito*, ric. n. 48278/09 del 14 giugno 2011.

Nel caso *Hashmann e Harrup c. Regno Unito*, la Corte di Strasburgo ha, invece, ritenuto troppo vaga la previsione che imponeva di mantenere un atteggiamento che non fosse *contra bonos mores*: in quell'occasione ha affermato che "nor can the Court agree that the Government's other examples of behaviour which is defined by reference to the standards expected by the majority of contemporary opinion are similar to conduct *contra bonos mores* as in each case cited by the Government the example given is but one element of a more comprehensive definition of the proscribed behaviour" e che "the order by which the applicants were bound over to keep the peace and not to behave *contra bonos mores* did not comply with the requirement of Article 10 § 2 of the Convention that it be «prescribed by law»"²⁹⁶.

Ancora, con riferimento al requisito della "sufficient precision" appaiono interessanti due sentenze rese nei casi *Kruslin c. Francia* e *Huving c. Francia*. In quelle occasioni la Corte EDU, pur avendo ammesso che vi fosse in Francia una base legale per le intercettazioni telefoniche, rilevò come non fossero indicati dei limiti investigativi per l'autorità giudiziaria e che ciò era contrario alla Convenzione. Proprio perché "tapping and other forms of interception of telephone conversations represent a serious interference with private life and correspondence" essa "must accordingly be based on a «law» that is particularly precise. It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated"²⁹⁷.

La Corte EDU non era soddisfatta né con riferimento alla qualità della legge francese né con riguardo all'attività giurisprudenziale in materia, evidenziando che proprio qualora uno Stato consenta una limitazione del godimento di un diritto fondamentale (in questo caso legittimando le

²⁹⁶ Sent. Corte EDU, *Hashman e Harrup c. Regno Unito*, cit., §§ 39 e 41.

²⁹⁷ Sent. Corte EDU, *Kruslin c. Francia*, ric. n. 11801/85) del 24 aprile 1990, § 33. Sul punto si veda anche sent. Corte EDU, *Huwig c. Francia*, ric. n. 11105/84 del 24 aprile 1990, §§ 31 e ss.

intercettazioni telefoniche), deve emanare una legge *particolarmente precisa* quanto ai limiti di tale facoltà, mentre in quel caso “French law, written and unwritten, does not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public authorities”²⁹⁸.

A partire dal caso *Malone c. Regno Unito* la Corte EDU ha affermato che c’è uno stretto legame tra la precisione della normativa rilevante e la protezione contro le interferenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche e che i singoli devono essere tutelati maggiormente quando l’esercizio del potere pubblico sia segreto.

In questi casi: “in particular, the requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly. Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence”²⁹⁹.

2.1.2. *La rilevanza delle caratteristiche soggettive del destinatario della previsione normativa*

La prevedibilità della normativa deve essere parametrata anche con riferimento al soggetto destinatario della previsione.

Un caso che ben evidenzia l’esplicazione di tale concetto è il caso *Soros c. Francia* ove la Corte di Strasburgo ha escluso la violazione dell’articolo 7 della

²⁹⁸ Sent. Corte EDU, *Kruslin c. Francia*, cit., § 36.

²⁹⁹ Sent. Corte EDU, *Malone c. Regno Unito*, cit., § 67.

Convenzione in ragione dei precedenti giurisprudenziali delle Corti nazionali e, soprattutto, delle *qualità personali e professionali* del destinatario della norma.

In particolare il ricorrente, cittadino americano, era stato condannato per *insider trading* in ragione di alcune operazioni che aveva svolto nel 1988 su titoli di credito di una banca francese, basandosi su informazioni ricevute in ragione della sua partecipazione a un gruppo di investitori interessato all'acquisto della banca in questione dal quale era poi fuoriuscito.

Il ricorrente aveva adito la Corte dei diritti affermando che all'epoca dei fatti, la normativa vigente non lo qualificava come "insider secondario", né riteneva che egli fosse in possesso di informazioni "privilegiate": la norma non era, quindi, sufficientemente precisa e il fatto che non vi fossero precedenti giurisprudenziali in materia non lo poneva nelle condizioni di prevedere che sarebbe incorso in sanzioni.

Sul punto la Corte EDU affermò che "la prévisibilité de la loi ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte détermine (...). Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte"³⁰⁰.

La Corte EDU concluse per la non violazione essendo egli un *soggetto qualificato*, che avrebbe dovuto almeno dubitare della liceità della propria condotta e, di conseguenza, astenersi dal porla in essere³⁰¹.

³⁰⁰ Sent. Corte EDU, *Soros c. Francia*, ric. n. 50425/06 del 6 ottobre 2011, § 53.

³⁰¹ Sul punto si veda A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in *Riv. Trim Dir. Pen.* nn. 3-4/2012, p. 258 ove si legge come: "i giudici di Strasburgo abbiano qui voluto porre l'accento sugli obblighi cd. strumentali di conoscenza delle leggi penali che gravano sui loro destinatari [...] obblighi sui quali la Corte costituzionale italiana aveva a suo tempo posto l'accento nella fondamentale sentenza n. 364 del 1988. Sembra, altresì, che la Corte abbia fatto proprio l'orientamento invalso anche nella nostra

2.1.3. ... le circolari universitarie come "legge": il caso Leyla Sahin c. Turchia

Dopo aver analizzato quali caratteristiche deve possedere la legge affinché sia riconosciuta come "base legale" per la Corte EDU e aver osservato come la giurisprudenza delle Corti interne contribuisca a definirne la portata, è opportuno soffermarsi su alcune statuizioni della Corte di Strasburgo in presenza di un atto che non riveste la qualità di legge all'interno dello Stato, ma che tuttavia, è considerato "base legale" ai sensi della Convenzione.

Il caso più rilevante in materia è certamente *Leyla Sahin c. Turchia*. La ricorrente era una studentessa che affermava di appartenere a una famiglia tradizionale di praticanti musulmani e che indossava il velo per rispettare un precetto religioso. Dopo quattro anni di studi in medicina a Bursa, nell'agosto 1997 si trasferì presso l'Università di Istanbul. Il 23 febbraio 1998 una circolare del rettore di quell'ateneo disponeva che non sarebbero stati accettati a corsi, tirocini ed esercitazioni quegli studenti che si fossero presentati con il capo coperto o con la barba, prevedendo anche sanzioni per i disobbedienti allo scopo - secondo il provvedimento - di salvaguardare il diritto di tutti gli studenti di frequentare l'Università in un clima di uguaglianza e armonia, al riparo dalle pressioni psicologiche che l'uso di simboli religiosamente qualificati può suscitare.

In ragione del divieto che le veniva costantemente opposto di partecipare alle lezioni e di sostenere gli esami, la ricorrente richiese l'annullamento della circolare, ma il Tribunale amministrativo rigettò la sua richiesta. Nell'impossibilità di studiare in tale facoltà ella proseguì gli studi a Vienna e propose ricorso alla Corte dei diritti asserendo di essere vittima di una

giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) secondo cui il soggetto che, al momento della commissione del fatto, versi in una situazione di dubbio sull'esistenza o sui contenuti della norma penale deve comunque astenersi dall'azione".

violazione dell'articolo 9 della Convenzione che sancisce il diritto di professare la propria credenza religiosa.

In particolar modo, quanto al profilo che qui interessa, la ricorrente affermò che non vi fosse alcuna legge scritta che vietasse il porto del velo per poter fruire dell'istruzione universitaria, sia al momento della sua iscrizione sia successivamente. Basandosi sulle prescrizioni del regolamento universitario il porto del velo non poteva essere considerato un'infrazione e poiché né la legge, né il regolamento disciplinare attribuivano al rettore il potere di limitare l'accesso alle aule alle studentesse che portavano il velo, tali previsioni erano da considerarsi illegittime. Secondo la ricorrente l'ingerenza nel godimento del suo diritto non era prevedibile e non si basava su una legge ai sensi della Convenzione.

La Corte EDU, tuttavia, dopo aver ribadito la non necessità di una qualifica nell'ordinamento interno e la necessità, invece, dei requisiti di accessibilità e prevedibilità della norma per poter fondare una base legale rilevante, affermò che con riferimento all'espressione "prescribed by law" la Corte ha sempre inteso il termine "law" nella sua *accezione materiale e non formale* includendovi sia il "diritto scritto" ricomprendendo al suo interno anche testi di rango *sub* legislativo³⁰², sia atti regolamentari emanati da un ordine professionale o su delega del legislatore, nell'esercizio di un potere normativo autonomo³⁰³, sia il "diritto non scritto" elaborato dell'attività dei giudici³⁰⁴

In particolare in quell'occasione, la Corte EDU affermò che la legge è il testo in vigore così come interpretato dalle autorità giurisdizionali competenti e, per questa ragione, valutò non solo le norme scritte in diritto turco

³⁰² Sent. Corte EDU, *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, ric. nn. 2832/66, 2835/66 e 2899/66 del 18 giugno 1971, § 93.

³⁰³ Sent. Corte EDU, *Barthold c. Germania*, ric. n. 8734/79 del 25 marzo 1985, § 46.

³⁰⁴ Sent. Corte EDU, *Sunday Times c. Royaume-Uni (no 1)*, cit., § 47, *Kruslin c. Francia*, cit., § 29 e *Casado Coca c. Spagna*, ric. n. 15450/89 del 24 febbraio 1994, § 43.

concernenti il porto del velo islamico, ma anche il contesto giurisprudenziale in cui la circolare del rettore dell'università di Istanbul si inseriva.

La Corte EDU, dopo aver riaffermato che “la portata della nozione di prevedibilità dipende in gran parte dal testo di cui si tratta, dal settore che copre e dal numero e dalla qualità dei suoi destinatari”, che “esiste inevitabilmente un elemento d'interpretazione giudiziaria, poiché occorrerà sempre delucidare i punti oscuri ed adattarsi alle circostanze particolari” e, ancora, che “da solo, un certo dubbio a proposito di casi limite non basta a rendere l'applicazione di una disposizione legale imprevedibile”³⁰⁵ sottolineò che la disposizione in questione non urtava con l'esigenza di prevedibilità ai fini della Convenzione per il semplice fatto che si prestava a più di un'interpretazione e che le funzioni affidate alle giurisdizioni mirano precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero esistere quanto all'interpretazione delle norme, considerando le evoluzioni della prassi quotidiana.

Proprio con riferimento all'esistenza di una giurisprudenza della Corte costituzionale turca che censurava la pratica di coprirsi il volto con il velo la Corte EDU riconobbe, quindi, che la posizione dell'Università di Istanbul non era imprevedibile e doveva ritenersi che vi fosse una base legale a fondamento del divieto del porto del velo.

Con riferimento alla mancanza di una disposizione *legislativa* la Corte osservò che “non le compete[va] di pronunciarsi sull'opportunità delle tecniche scelte dal legislatore di uno Stato convenuto per regolamentare questo o quel settore; il suo ruolo si limita a verificare se i metodi adottati e le conseguenze che comportano sono in conformità con la Convenzione”. Quanto allo strumento usato la Corte EDU precisò che le circolari del rettore di un istituto universitario sono strumenti con i quali può rivelarsi difficile elaborare una

³⁰⁵ Sent. Corte EDU, *Leyla Sahin c. Turchia*, ric. n. 44774/98 del 10 novembre 2005, § 91.

normativa particolarmente precisa o rigida; che esse non possono restringere un diritto fondamentale senza una base legale di copertura; che, tuttavia, tale base legale è stata rinvenuta dalla Corte di Strasburgo dapprima nell'articolo 17 della legge n. 2547 del 1988³⁰⁶ e poi, soprattutto, nella giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto.

Tali osservazioni sono state sufficienti per il giudice europeo per affermare che l'ingerenza controversa aveva una base legale nel diritto turco, accessibile e prevedibile.

Nel commentare il caso in esame è stato osservato che: "la Corte non esita a far coincidere l'espressione legge con regolamenti, circolari, orientamenti giurisprudenziali. La legge, afferma la Corte al § 77, non è che la norma in vigore così come viene interpretata dai giudici nazionali. In questo caso la circolare si deve leggere alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e di quella dei giudici amministrativi unanimemente concorde nel ritenere in contrasto con il principio di laicità sancito dall'art. 2 della Costituzione turca, l'indossare il velo negli istituti scolastici"³⁰⁷. Da questa osservazione l'Autrice citata ha notato come "l'individuazione stessa del provvedimento restrittivo legislativo anche in leggi «in senso sostanziale» dimostra che si è adottato un concetto *souple* di legalità che mal si concilia con l'istituto, ancora bene merito, della riserva di legge"³⁰⁸.

Affermazione con la quale non si può che concordare, tranne che per il fatto che la *flessibilità* della concezione convenzionale di legge - base legale - non avrebbe dovuto, visto il contesto in cui è stata elaborata, conciliarsi con la riserva di legge essendo istituti *ontologicamente differenti*.

³⁰⁶ Tale articolo recita: "a condizione non di essere contrario alle leggi in vigore, l'abbigliamento è libero negli istituti dell'insegnamento di grado universitario".

³⁰⁷ D. TEGA, *La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sulla questione del velo islamico: un monito, non troppo rassicurante, per il futuro (caso Şahin c. Turchia)* in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 15 luglio 2004.

³⁰⁸ *Ibidem*.

Da quanto detto emerge come la nozione di “base legale” elaborata dalla Corte EDU si aggiunga a quelle *nozioni autonome* che caratterizzano l’attività giurisprudenziale della Corte dei diritti nell’ottica di mirare a una tutela effettiva e concreta delle posizioni dei singoli. Per tale ragione, quindi, “quello che conta agli occhi della Corte europea non è tanto se e dove sia scritta, nell’ordinamento statale, la garanzia o la limitazione di un diritto convenzionale, ma se e come operi concretamente, in quell’ordinamento, quella garanzia o quella limitazione”³⁰⁹.

La “base legale”, dunque, si considera integrata tanto dal diritto scritto, quanto da quello giurisprudenziale, da norme espressamente qualificate come legge negli ordinamenti nazionali e da norme diverse purché accessibili, prevedibili e sufficientemente chiare e precise. La “base legale” si considera integrata, inoltre, dalla disposizione interpretata dalla giurisprudenza ed è valutata in ragione anche delle qualità personali del destinatario.

Tutto ciò basta a differenziarla profondamente dall’istituto della riserva di legge che informa il nostro ordinamento.

Quello che resta ancora da indagare riguarda le conseguenze che tale differenza importa per l’esplicazione del principio di legalità, ovvero se principi di legalità che usano i due strumenti appena ricordati garantiscano una medesima tutela o se vi sia una maggior tutela con riferimento un principio che si basa sul rapporto legalità-riserva di legge o se una tutela altrettanto forte possa essere portata da un principio che si fonda sul rapporto legalità-base legale.

Sullo sfondo di questa domanda si cela evidentemente il problema più profondo del rapporto tra *legislatio* e *jurisdictio* cui si è accennato in precedenza

³⁰⁹ F. COLOMBI, *cit.*, p. 22.

e di cui certamente il rinvio al diritto giurisprudenziale di origine convenzionale è solo uno degli aspetti, ma non tra i meno significativi.

Capitolo IV

LE GARANZIE A CONFRONTO: IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ IN MATERIA CIVILE IN UNA PROSPETTIVA INTEGRATA

1. Il principio di certezza del diritto e i suoi corollari in materia civile nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo

Il principio di legalità in materia civile non è espressamente sancito dalla Convenzione europea: come la Costituzione italiana, anche la CEDU lo prevede solo in ambito penale, com'è noto, all'articolo 7 della Convenzione.

In materia civile, non essendovi un'enunciazione altrettanto esplicita, è possibile affermare che le statuizioni della Corte di Strasburgo in materia possono essere riferite al concetto più generale di certezza del diritto. Esso, secondo la teoria generale del diritto, consiste, infatti, "dal punto di vista dei consociati, nella prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei loro comportamenti e quindi dai provvedimenti ad essi relativi, e dal punto di vista del legislatore, nella coerenza tra obiettivi e risultati concreti della legislazione: si risolve dunque soprattutto in un'esigenza, intrinseca all'idea stessa di diritto, di conoscibilità delle norme da parte dei destinatari di esse che però non risulta pienamente realizzabile, non solo per ragioni pratiche, ma perché va bilanciata

con l'esigenza di risolvere le controversie secondo giustizia, la quale richiede regole differenziate per ambiti elastiche e modificabili nel tempo"³¹⁰.

Le garanzie contenute nell'articolo 6 della Convenzione delineano un quadro di tutele processuali, relative sia ai diritti civili, sia all'accusa penale, che rappresentano "una componente essenziale di un nucleo più ampio di regole intese a garantire l'individuo nei confronti di un uso arbitrario del potere da parte degli organi dello Stato: dalla pubblicità del processo alla basilare presunzione di innocenza, al diritto ad essere tempestivamente informati, in una lingua comprensibile, della natura e dei motivi dell'accusa, al diritto di difesa, al diritto ad essere assistiti da un interprete, al diritto di produrre testimoni a discarico e di esaminare o far esaminare i testimoni a carico, vengono sanciti una serie di diritti che, accanto all'affermazione del principio del giudice precostituito per legge e di quello che esige l'imparzialità del tribunale, assumono una chiara centralità ai fini della definizione di «processo equo»"³¹¹.

Tale assunto si basa sull'idea secondo la quale le garanzie di cui all'articolo 6 della CEDU, "costituiscono lo *standard* minimo di garanzie della persona in rapporto all'esercizio della giurisdizione posto che il c.d. giusto processo, sia civile che penale, è indubbiamente un elemento fondamentale di quella preminenza del diritto richiamata sin dal Preambolo come parte del patrimonio comune delle Alte Parti contraenti"³¹².

Possiamo così affermare che le due linee giurisprudenziali in cui più si è spesa la Corte EDU con riferimento al principio di legalità in materia civile

³¹⁰ R. SCHIAVOLIN, *Il principio di certezza del diritto e la retroattività delle norme impositrici*, in A. Di Pietro e T. Tassani (a cura di), *I principi europei del diritto tributario*, CEDAM, Padova, 2013, p. 27.

³¹¹ S. ANGIOI - F. RAIMONDI, *La ragionevole durata del processo in Europa. Genesi, effetti e sviluppi della legge Pinto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, p. 3.

³¹² A. TAMIETTI, *Sub. Art. 6* in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012, pag. 173.

hanno riguardato, in un'ottica generale, senza entrare nelle specifiche branche del diritto civile, la sua estrinsecazione nel principio d'irretroattività della legge e, più in generale in quello di parità delle armi nel processo, entrambi ricondotti nell'ambito di applicazione dell'articolo 6 CEDU, che sancisce il diritto ad un equo processo.

Nell'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di principio di legalità è parso opportuno, quindi, analizzare quanto affermato con riferimento a tali corollari del principio di legalità che sono sembrati a chi scrive particolarmente indicativi dell'atteggiamento del giudice dei diritti sul punto.

Come si avrà modo di notare le statuizioni della Corte EDU in materia sono state espresse dalla Corte europea in occasione di ricorsi presentati in casi in cui l'asserita violazione derivava da un'ingerenza dello Stato in controversie pendenti operata per il tramite dell'emanazione di leggi d'interpretazione autentica. Argomento, quello delle leggi retroattive, che, come visto (*supra* capitolo I, § 5), ha interessato in modo significativo anche il nostro ordinamento.

1.1. Il principio d'irretroattività della legge civile

Il *leading case* in materia di principio d'irretroattività della legge civile è rappresentato dal caso *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia* del 1994³¹³: la Corte di Strasburgo, in quell'occasione, ha, da un lato, ricondotto per

³¹³ Sent. Corte EDU, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia*, ric. n. 13427/87 del 9 dicembre 1994. Il ricorso prende le mosse a motivo della asserita violazione dell'articolo 6 CEDU in ragione di un intervento legislativo che andava a modificare retroattivamente la disciplina contrattuale tra Stato e privati. Era, infatti, stato stipulato un contratto tra Stratis Andreatis e il Governo greco - durante il periodo monarchico - che prevedeva che lo Stratis avrebbe costruito un impianto petrolifero e che lo Stato si sarebbe impegnato a espropriare i terreni necessari alla società Raffinerie greche Stran di cui Stratis Andreatis era l'unico proprietario. A seguito del ripristino della democrazia in Grecia, il Governo ritenne pregiudizievole per l'economia nazionale il contratto stipulato con lo Stratis e lo dichiarò nullo.

la prima volta tale principio entro le garanzie di cui all'articolo 6 della Convenzione, riconoscendo "carattere civile" alla violazione perpetrata dallo Stato con le leggi retroattive; dall'altro, sancito la rilevanza, in materia, del principio di parità delle armi, derivante proprio dall'articolo 6 CEDU, che "implica l'obbligo di offrire a ogni parte processuale una possibilità ragionevole di presentare la sua causa in condizioni che non la pongano in una posizione di netto svantaggio rispetto alla controparte"³¹⁴ (sul punto si veda *infra* § 1.2.).

Nella citata sentenza la Corte di Strasburgo era chiamata a pronunciarsi sulla presunta violazione dell'articolo 6 della Convenzione in quanto il ricorrente affermava che l'approvazione da parte del Parlamento greco di una legge d'interpretazione autentica con portata retroattiva che, modificando la procedura di risoluzione delle controversie tra lo Stato e i privati, interferiva nel giudizio di cui era parte, fosse contraria al suo diritto ad un equo processo sancito dalla Convenzione. Il Governo, per contro, eccepiva la non rilevanza di tale articolo.

In via preliminare, la Corte EDU doveva valutare se la Convenzione era applicabile e, nello specifico, se la fattispecie poteva essere ricondotta entro

La Società Raffinerie greche Stran si rivolse, quindi, al Tribunale di Grande Istanza di Atene per ottenere il rimborso di quanto già speso per la costruzione dell'impianto. Il Governo oppose che la questione doveva – secondo la norma che disciplinava i contratti tra Stato e privati – essere risolta in sede arbitrale. In sede di arbitrato fu riconosciuto il diritto della società Stran a essere rimborsata. Lo Stato si rivolse, nuovamente, al Tribunale di Grande Istanza di Atene chiedendo l'annullamento della sentenza arbitrale, ma la richiesta fu negata. Lo Stato si rivolse, dunque, alla Corte di Cassazione chiedendo una sospensione della decisione – dopo che il giudice relatore aveva già espresso un parere favorevole al ricorrente – in quanto un progetto di legge che riguardava la fattispecie era in quel momento sottoposto all'esame del Parlamento. La legge che venne approvata prevedeva la nullità di tutte le condizioni e le clausole riguardanti i contratti stipulati tra il 1967 e il 1974 (periodo nel quale era stato stipulato il contratto tra lo Stratis e lo Stato), facendo venire meno l'obbligo di rivolgersi all'arbitrato nel caso di questioni da dover dirimere, dal che conseguiva che le sentenze arbitrali eventualmente intervenute non erano più né valide né efficaci. La Corte di Cassazione non dubitando della costituzionalità di questa legge annullò gli effetti della sentenza arbitrale. A questo punto il ricorrente si rivolse alla Commissione europea a norma dell'articolo 25 della Convenzione.

³¹⁴ Sent. Corte EDU, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia*, cit., § 46.

l'ambito di applicazione dell'articolo 6 §1 CEDU, che prevede che *“ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”*.

Per questo motivo, affermò che la nozione di *“diritti e obbligazioni di carattere civile”* contenuta nell'articolo 6 della Convenzione non doveva essere interpretata come un semplice riferimento al diritto interno dello Stato e che tale norma deve essere applicata indipendentemente dalla tipologia di parti, essendo determinante che l'esito del procedimento fosse decisivo per diritti e obbligazioni aventi carattere privato.

In particolar modo, la Corte di Strasburgo rilevò come l'azione del ricorrente non mirava solo al rimborso di quanto dovuto, ma anche al riconoscimento dell'obbligazione contrattuale dello Stato. La Corte EDU, infatti, sottolineò, in merito alla pretesa di ricorrenti, che *“il loro diritto a ricevere le somme concesse dal tribunale arbitrale [è] era dunque un «diritto civile» ai sensi dell'articolo 6, a prescindere dalla natura del contratto tra i ricorrenti e lo Stato greco”*³¹⁵.

Riconoscendo il carattere civile del diritto fatto valere dal ricorrente, la Corte EDU affermò che la lamentata violazione era ammissibile con riferimento all'articolo 6 CEDU.

Nel merito, la legge d'interpretazione autentica, che nella prospettazione del Governo greco era giustificata dalla presenza di decisioni giudiziarie contrastanti, dall'ampiezza che aveva assunto il dibattito e dai motivi di ordine pubblico sottesi alla questione, per la Corte EDU costituiva un'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia.

³¹⁵ Sent. Corte EDU, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia*, cit., § 46.

In particolare, la Corte di Strasburgo ritenne che tale intervento, realizzato dallo Stato tramite l'emanazione della legge avente portata retroattiva, aveva impedito un esame giudiziario effettivo e era "inseparabile da un rischio di arbitrarietà e incompatibile con i principi generali del diritto internazionale e con la nozione di preminenza del diritto insita nella Convenzione"³¹⁶. La Corte dichiarò, quindi, la violazione dell'articolo 6 CEDU affermando che "il principio di preminenza del diritto e la nozione di processo equo, consacrati dall'articolo 6, si oppongono a tutte le ingerenze del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia aventi lo scopo di influenzare l'esito di una controversia"³¹⁷.

L'applicabilità dell'articolo 6 CEDU a casi come questo è stata ribadita pochi anni dopo, nel caso *Papageorgiou c. Grecia*³¹⁸. In quell'occasione la Corte europea dei diritti sottolineò come l'intervento legislativo, che annullava la possibilità di rimborso delle somme che la società in cui lavorava il signor Papageorgiou aveva trattenuto presso di sé, avesse avuto come conseguenza diretta quella d'intervenire nella controversia pendente, rendendo vana la prosecuzione del giudizio.

Anche in casi successivi la Corte europea dei diritti si è espressa in merito a interferenze legislative nell'amministrazione della giustizia attraverso

³¹⁶ Sent. Corte EDU, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia*, cit., § 42.

³¹⁷ Sent. Corte EDU, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia*, cit., § 49.

³¹⁸ Sent. Corte EDU, *Papageorgiou c. Grecia*, ric. n. 24628/94 del 22 ottobre 1997. Il ricorso prende le mosse dall'azione proposta dal signor Papageorgiou e da altri dipendenti dell'Impresa Pubblica per l'Elettricità greca (DEI) finalizzato al rimborso di alcune somme che detta società aveva loro trattenuto dallo stipendio a favore dell'Organismo per l'impegno della mano d'opera (OAED) dal 1982 al 1987. A sua volta la DEI chiamò in causa la OAED e, nella causa ove furono riuniti i due procedimenti venne stabilito che il Papageorgiou doveva essere rimborsato. Nel giudizio d'Appello davanti al Tribunale di Grande Istanza di Atene, l'ammontare del rimborso venne sensibilmente ridotto. Durante la pendenza del processo in Cassazione fu adottata una legge che, sostanzialmente, faceva venire meno la possibilità di rivendicare quanto versato all'OAED essendo tutte le richieste formulate prescritte e tutte le procedure giudiziarie che le avevano ad oggetto annullate. La Corte di Cassazione, in conformità a questa legge, dichiarò nulla la procedura riguardante il Papageorgiou che decise di rivolgersi alla Corte di Strasburgo.

l'utilizzo di leggi d'interpretazione autentica con portata retroattiva e il parametro di riferimento è stato l'articolo 6 della Convenzione.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza del caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* del 1997 ove la Corte ha affermato di essere particolarmente attenta al pericolo derivante dall'uso della legislazione retroattiva che ha l'effetto di influenzare le controversie in cui lo Stato è parte – soprattutto quando l'effetto è quello di rendere impossibile per il ricorrente il riconoscimento di quanto richiesto – e che il rispetto dello Stato di diritto e la nozione di un processo equo richiedono che tutte le ragioni addotte per giustificare tali misure siano trattate con il grado massimo possibile di circospezione³¹⁹.

1.2. Il principio di parità delle armi

La garanzia della parità delle armi, nel senso di un giusto equilibrio tra le parti nell'ambito di un processo, è espressione di un principio generale valido tanto in ambito penale quanto in campo civile³²⁰.

Questa conclusione è stata raggiunta dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*³²¹ ove aveva censurato la disparità di

³¹⁹ Con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU in materia di leggi d'interpretazione autentica deve rilevarsi come l'articolo 6 non sia l'unico parametro convenzionale che rileva: anche l'articolo 1 del Protocollo 1 CEDU, che sancisce il diritto di proprietà, è stato invocato nei casi in cui l'intervento legislativo retroattivo ha comportato per i ricorrenti conseguenze negative di carattere patrimoniale. Con riferimento a tale diritto, infatti, è possibile qualificare l'azione del legislatore come ingerenza qualora esso non trovi "un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona" e quando manchi "un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito da qualsiasi misura che privi una persona della sua proprietà" (Sent. Corte EDU, *Agrati e altri c. Italia*, ric. nn. 43549/08, 6107/09 et 5087/09 del 7 giugno 2011, § 82)

³²⁰ Così A. TAMIETTI, *op. cit.*, p. 175.

condizioni processuali che derivava dal divieto di chiamare a testimoniare, nei processi in cui la società Dombo era parte, l'ex direttore generale della società, in osservanza della regola che impedisce alla parti di testimoniare nei processi che li riguardano.

La Corte EDU, dopo aver sottolineato che “gli Stati contraenti godono di maggiore libertà in materia di contenzioso civile rispetto a quello penale” rilevò che “alcuni principi relativi al concetto di «giusto processo» in materia civile emergono dalla giurisprudenza stessa della Corte. Pertanto, il requisito della «parità delle armi», nel senso di un «giusto equilibrio» tra le parti, vale, in linea di principio, sia nella materia civile, sia in quella penale”³²².

Nelle pronunce successive tale orientamento è stato rafforzato. Nella sentenza *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche de Castille et autres c. Francia*, per esempio, la Corte ha evidenziato i rischi inerenti all'impiego di una legislazione retroattiva che ha quale effetto quello di influire sullo sviluppo giudiziario di una controversia nella quale lo Stato è parte.

L'asserita violazione del principio di parità delle armi a seguito d'interventi legislativi che interferiscono nell'amministrazione della giustizia è stata lamentata, da principio, nei soli casi in cui lo Stato era parte della

³²¹ Sent. Corte EDU, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, ric. n. 14448/88 del 27 ottobre 1993. Il caso riguardava un ricorso sottoposto alla Corte di Strasburgo dalla società Dombo la quale aveva, per un certo periodo, intrattenuto rapporti economici con la Banca Nederlandsche Middenstandsbank. In particolare, tali rapporti erano stati portati avanti dal direttore generale della società e da un rappresentante della banca. La questione si poneva a seguito della revoca da parte della banca di un credito che era stato accordato alla società in base a un accordo orale con il suo direttore generale, al quale la banca aveva, in seguito, tolto la fiducia accordata con la conseguenza di congelare i conti della società. La banca, dal canto suo, affermava di essere stata essa stessa ingannata del direttore generale della società in merito alla sussistenza di alcune garanzie necessarie per un'ipoteca. Nei procedimenti davanti alle Corti nazionali al direttore generale della società fu impedito di testimoniare, mentre ciò fu consentito al funzionario della banca che aveva stretto con lui gli accordi orali alla base di numerose operazioni oggetto di verifica nei procedimenti davanti alle autorità giudiziarie. Per questo motivo la società si rivolse alla Corte EDU.

³²² Sent. Corte EDU, *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, cit., § 32.

controversia (tale riferimento si giustificava proprio in base all'esigenza di non "svantaggiare" la parte privata). In seguito, la Corte EDU ha esteso l'esigenza del rispetto del principio di parità delle armi - e il correlato divieto di leggi retroattive - alle controversie tra privati: anche con riferimento a queste, infatti, il legislatore deve astenersi da *ogni* ingerenza.

Nel caso *Vezone c. Francia*, per esempio, il ricorso aveva alla base l'asserita violazione dell'articolo 6 della Convenzione in ragione di un intervento legislativo retroattivo in materia finanziaria. In particolare, l'oggetto della questione riguardava le modalità di restituzione di un prestito che i ricorrenti avevano ricevuto da un istituto di credito. L'intervento legislativo retroattivo aveva modificato i termini dell'offerta di prestito imponendo ai ricorrenti la restituzione di quanto ricevuto dalla banca, pagamento che i ricorrenti non erano in grado di sostenere.

La Corte di Strasburgo ha giudicato illegittimo tale intervento affermando che "non si può parlare di parità delle armi tra due soggetti privati, avendo lo Stato dato ragione ad uno di loro, adottando la legge impugnata"³²³.

Tale tesi, che fa riferimento al ruolo del legislatore quale garante del principio di legalità e di organo posto in posizione terza rispetto ai privati, è stata ribadita nel successivo caso *Ducret c. Francia*, che riguardava un prestito che il ricorrente aveva richiesto a una società al fine di poter acquistare un immobile. La società gli aveva sottoposto un'offerta preliminare di prestito che egli aveva accettato e, in ragione della quale, era stato stipulato il contratto stimando il rimborso in centottanta rate. A seguito di alcune difficoltà finanziarie, il ricorrente non fu più in grado di adempiere al pagamento concordato per il rimborso del prestito. Il ricorrente aveva citato la società in giudizio asserendo che non aveva tenuto fede al piano di restituzione del prestito che gli aveva presentato nell'offerta preliminare. Mentre il ricorso era

³²³ Sent. Corte EDU, *Vezone c. Francia*, ric. n. 66018/01 del 18 aprile 2006, § 34.

sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione, il legislatore aveva emanato una legge in materia finanziaria con portata retroattiva che sostanzialmente affermava la regolarità dell'offerta di prestito e il dovere del ricorrente di rimborsare la società.

Anche in quella sede, la Corte di Strasburgo, investita della questione, ha riconosciuto la responsabilità dello Stato allorquando il legislatore si ingerisce nel processo influenzando l'esito del giudizio³²⁴.

1.3. I casi di violazione consentita: le ingerenze ammissibili per motivi imperativi d'interesse generale

Dal divieto d'ingerenza per il legislatore nelle controversie pendenti in cui lo Stato è parte deriva, dunque, l'illegittimità convenzionale della retroattività della legge civile. Tale principio, tuttavia, non è assoluto e, a partire dalla sentenza *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* del 1997, la Corte di Strasburgo ha affermato che l'ingerenza del legislatore è ammessa allorquando sussistono imperativi motivi d'interesse generale tali da giustificarla³²⁵.

Il problema che sorge è, a questo punto, quello di individuare i casi in cui possono ritenersi esistenti gli imperativi motivi d'interesse generale che giustificano l'intervento legislativo.

Nel caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, la Corte di Strasburgo era chiamata a decidere sulla legittimità di un intervento legislativo attuato con legge d'interpretazione autentica che, nella prospettazione dei ricorrenti, aveva

³²⁴ Sent. Corte EDU, *Ducret c. Francia*, ric. n. 40191/02 del 12 giugno 2007, § 34.

³²⁵ A. TAMIETI, *op. cit.*, p. 175.

lo scopo di impedire l'accesso al giudice per chiedere la restituzione di una doppia tassazione imposta loro da una serie di atti governativi.

In questo caso la Corte europea dei diritti ha affermato che non vi era stata violazione dell'articolo 6 della Convenzione. L'adozione di una disposizione interpretativa di portata retroattiva era, infatti, giustificata allorché lo Stato, al fine - di interesse generale - di garantire il pagamento delle imposte, aveva inteso porre rimedio al rischio che l'intenzione originaria del legislatore fosse sovvertita da disposizioni successive³²⁶.

Nel caso *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X Et Blanche De Castille e altri c. Francia*³²⁷ la Corte di Strasburgo ha sottolineato la differenza tra l'intervento discrezionale del legislatore e quello teso al ripristino della normativa così come originariamente intesa dal legislatore per ovviare a un errore tecnico di diritto.

Il ricorso prendeva le mosse dalla richiesta di alcuni istituti scolastici privati e degli insegnanti che vi lavoravano affinché lo Stato rimborsasse

³²⁶ Le società ricorrenti fecero valere il fatto che l'intervento legislativo, che sostanzialmente impediva loro di essere rimborsate, era seguito a una pronuncia delle autorità interne, nei confronti di una società che versava nelle medesime loro condizioni, che aveva statuito la restituzione del doppio importo che era stato ingiustamente pagato.

³²⁷ Sent. Corte EDU, *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X Et Blanche De Castille e altri c. Francia*, ric. nn. 42219/98 e 54563/00 del 27 maggio 2004. Il ricorso era sorto in merito all'asserita violazione dell'articolo 6 della CEDU in quanto una legge d'interpretazione autentica con portata retroattiva aveva modificato le modalità di tassazione a carico degli istituti privati e dei loro dipendenti. L'oggetto della richiesta di alcuni istituti scolastici privati e degli insegnanti che vi lavoravano era, infatti, relativo al pagamento di una tassazione previdenziale. Tale pagamento, in un primo tempo - a seguito, cioè, della parificazione tra enti privati e enti pubblici e relativo al pagamento delle misure socio-assistenziali - era stato riferito alla competenza statale. Tuttavia, nella realtà, non era mai stata interrotta la tassazione a carico degli istituti privati che iniziarono, dunque, a ricorrere in via amministrativa nei confronti dello Stato chiedendo il rimborso di quanto - ingiustamente, secondo i ricorrenti - pagato per il periodo successivo alla parificazione. Il Consiglio di Stato, inizialmente, accordò il rimborso chiesto dai ricorrenti. A questo punto intervenne una legge dello Stato, avente portata retroattiva, che fissò, per le cause iniziate, ma non ancora giudicate, a 0,062% la percentuale di tassazione a carico del Governo (invece che pari a 1,5% come era stabilito in precedenza). Le altre cause pendenti davanti al Consiglio di Stato furono, quindi, risolte facendo riferimento a quest'ultima legge, motivo, questo, che aveva portato i ricorrenti a rivolgersi alla Corte di Strasburgo.

quanto pagato a titolo di tassazione previdenziale sebbene tale pagamento non fosse loro imputabile in ragione della parificazione tra istituti privati e istituti statali. Lo Stato era intervenuto con una legge d'interpretazione autentica che, operando retroattivamente, aveva fissato a un livello inferiore rispetto a quanto previsto in precedenza la percentuale di tassazione a carico del Governo. I ricorrenti lamentavano la violazione dell'articolo 6 della Convenzione in ragione della violazione del principio di parità delle armi, d'illegittimo intervento legislativo in cause in cui lo Stato è parte e della non sussistenza degli imperativi motivi d'interesse generale tali da giustificare l'intervento.

Dopo aver sottolineato che, al tempo dell'instaurazione del ricorso, non tutti i ricorrenti avevano ottenuto una sentenza da parte delle giurisdizioni interne che avesse riconosciuto loro il diritto al rimborso integrale, la Corte di Strasburgo affermò che non era stato negato ai ricorrenti il diritto al rimborso *tout court*, ma che era intervenuta una variazione del tasso sulla cui base calcolarne l'ammontare. Con le parole dei giudici di Strasburgo "i ricorrenti non potevano, ragionevolmente, invocare la possibilità, nel corso di un procedimento, di esercitare un «diritto» tecnicamente imperfetto o carente senza che, in ragione del rispetto dell'equità del procedimento, il legislatore possa intervenire per specificare le condizioni per ottenere tale diritto ei suoi limiti"³²⁸.

Nel caso *Forrer-Niederthal c. Germania*³²⁹, relativo alla presunta espropriazione di un terreno operata dallo Stato tedesco a seguito della

³²⁸ Sent. Corte EDU, *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X Et Blanche De Castille e altri c. Francia*, cit., § 69.

³²⁹ Sent. Corte EDU, *Forrer-Niederthal c. Germania*, ric. n. 47316/99 del 20 febbraio 2003. La questione aveva ad oggetto una vicenda di presunta espropriazione statale di un terreno che la ricorrente faceva valere essere di sua proprietà per ragioni successorie. Il terreno in questione era di proprietà della nonna della ricorrente ed era situato nella Repubblica Democratica Tedesca. Nel 1960 il terreno fu iscritto nel registro delle "proprietà del popolo" in quanto alla morte della proprietaria, gli eredi non vennero adeguatamente informati e/o rappresentati e non agirono per evitarlo. A seguito della riunificazione della Germania, avvenuta il 3 ottobre

riunificazione delle due Germanie, è stato ritenuto giustificato l'intervento legislativo di carattere generale volto a regolamentare i conflitti sorti a seguito della riunificazione e ad assicurare, così, in maniera duratura, pace e certezza del diritto. Il motivo che giustificava l'ingerenza del legislatore è stato riscontrato dalla Corte EDU proprio in questa ragione di carattere storico epocale.

Al contrario, gli imperativi motivi d'interesse generale non sono stati ritenuti esistenti nei casi *Zielinsky e Pradal e Gonzales c. Francia* e *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais c. Francia*.

Nel primo caso, sorto con riguardo alla legittimità di un intervento legislativo che diminuiva nettamente l'ammontare del tasso in base al quale doveva essere calcolata l'indennità accessoria per alcuni agenti di pubblica sicurezza che lavoravano in zone particolarmente pericolose³³⁰, la Corte

1990, il terreno passò nella proprietà della Repubblica Federale Tedesca. La Corte federale – prima – e la Corte costituzionale – poi – chiamate a occuparsi della questione fecero riferimento all'articolo 237 paragrafo 1 della legge introduttiva al codice civile come ripreso dalla legge del 27 luglio 1997 sulla "preservazione e modernizzazione degli spazi abitabili" che aveva lo scopo di "rétablir la sécurité et la paix juridiques en Allemagne en préservant les droits acquis dans les cas où les transferts de propriété en «propriétés du peuple» effectués à l'époque de la RDA n'étaient entachés que de vices formels ou d'importance mineure. Il poursuivait donc sans conteste un but d'intérêt général (voir la décision *Teuschler précitée*)"³²⁹. E affermò, in aggiunta che: "dans la période d'incertitude juridique liée à la réunification allemande, le législateur a voulu trancher en préservant les droits acquis si les transferts *de facto* de propriétés en «propriétés du peuple» en RDA n'étaient entachés que de vices formels ou d'importance mineure. En revanche, l'article 237 § 1 de la loi introductive au code civil s'assurait que de tels vices étaient pris en compte si le terrain ne pouvait valablement être transformé en «propriété du peuple» «d'après les principes généraux du droit, les règles de procédure et la pratique administrative en vigueur», ou si cette transformation était «clairement incompatible avec les principes de l'Etat de droit» ". In ragione di tale interpretazione la ricorrente riteneva che fosse stata violato il suo diritto di proprietà e si rivolse alla Corte di Strasburgo.

³³⁰ Sent. Corte EDU, *Zielinsky e Pradal e Gonzales c. Francia*, ric. nn. 24846/94 34165/96 34166/96 34167/96 34168/96 34169/96 34170/96 34171/96 34172/96 34173/96 del 28 ottobre 1999. La disputa era sorta tra le Istituzioni demandate alla sicurezza sociale e i loro agenti circa l'applicazione di un protocollo firmato nel 1953 dai rappresentanti dei fondi di previdenza sociale nella zona di Strasburgo e i rappresentanti regionali dei sindacati. Con tale protocollo veniva istituito a favore degli agenti degli organismi di sicurezza una "indennità a difficoltà

europea dei diritti dell'uomo dichiarò all'unanimità la violazione dell'articolo 6 della Convenzione in quanto, nel caso di specie, le giustificazioni di tipo economico - riguardanti il rischio di mettere in pericolo l'equilibrio finanziario e la prospettiva che un aumento esponenziale dei costi del personale avrebbe comportato una corrispondente riduzione del fondo per fornire vantaggi nei casi specifici quale quello in questione - che lo Stato aveva posto alla base del suo intervento non furono considerate di importanza generale tale da giustificare un'ingerenza.

Lo stesso si può dire per il caso *SCM scanner de l'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*³³¹ ove lo Stato era intervenuto in una controversia tra una compagnia assicurativa e i ricercatori di una clinica di Lione in merito alla richiesta di questi ultimi di essere rimborsati dopo l'annullamento di un decreto di modifica degli atti medici approvati.

La Corte EDU ribadì il divieto d'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia e della violazione del principio della parità delle armi in particolare affermando che "l'articolo 27 della legge del 19

particolare" (IDP), giustificata dalla complessità dell'attività dei dipartimenti di legge locali di Haut-Rhin, Bas-Rhin e della Moselle. A seguito dell'adozione di due emendamenti nel 1963 e il 1974, la IDP venne sensibilmente ridotta. Dopo numerose sentenze contraddittorie dei vari tribunali del lavoro, la Corte d'Appello di Metz accolse le domande degli agenti. In tre sentenze del 1992, la Corte di Cassazione annullò, tuttavia, tali sentenze precedenti e ordinò il trasferimento dei casi al giudice di merito affinché valutasse il tasso in base al quale sarebbe stato calcolato l'ammontare di quanto dovuto agli agenti se non fosse stata ridotta l'IDP. Intervenne a questo punto una legge che fermò a 3,95% il tasso (in precedenza riconosciuto attorno al 6% e addirittura al 12%), per questo motivo gli agenti si rivolsero alla Corte di Strasburgo.

³³¹ Sent. Corte EDU, *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, ric. n. 12106/03 del 21 giugno 2007. Nel caso la Corte EDU è intervenuta in merito a una controversia che vedeva alcuni ricercatori di una clinica di Lione opporsi al Governo ritenendo che esso fosse intervenuto illegittimamente in una controversia che li riguardava. I ricorrenti avevano fatto domanda presso una compagnia assicurativa affinché li rimborsasse dopo l'annullamento di un decreto di modifica degli atti medici approvati. Mentre era ancora in corso il procedimento, il Governo francese approvò una legge che faceva sì, nella sostanza, che venisse bloccato il rimborso ai ricercatori.

dicembre 1997” (legge di interpretazione autentica) “ha dunque consentito di sostenere la posizione assunta dallo Stato nella causa in corso, regolando il merito della questione e rendendo inutile qualsiasi prosecuzione del procedimento”³³².

Con specifico riferimento agli imperativi motivi d’interesse generale, adottati dal Governo per giustificare l’intervento, la Corte notò come essi dipendessero unicamente dalla necessità di salvaguardare l’equilibrio finanziario del ramo della sanità inerente ai regimi previdenziali obbligatori. A tal proposito affermò che “in principio una motivazione di carattere finanziario non permette di per sé di giustificare un simile intervento legislativo (si veda: *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres, cit.* § 59)” e che “la correlazione tra il rischio finanziario e il procedimento pendente non è stata stabilita. In effetti, il governo non fornisce alcuna informazione sul numero di ricorsi di annullamento pendenti dinanzi al giudice amministrativo, né alcuna valutazione concreta, e quindi credibile, del costo di un virtuale esito favorevole del presente procedimento”³³³.

È doveroso notare che la Corte EDU non fa un’affermazione di principio secondo la quale le ragioni finanziarie non possono mai giustificare una violazione, ma solo che in questo specifico caso il Governo le aveva avanzate senza dettagliarle. È possibile quindi chiedersi se, *a contrario*, laddove sussistano esigenze di equilibrio della finanza pubblica effettivamente stringenti e adeguatamente illustrate, la Corte potrebbe esprimersi in favore dello Stato.

³³² Sent. Corte EDU, *SCM Scanner de l’Ouest Lyonnais e altri c. Francia, cit.*, § 30.

³³³ Sent. Corte EDU, *SCM Scanner de l’Ouest Lyonnais e altri c. Francia, cit.*, § 31.

1.4. Conclusione parziale sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito alle leggi d'interpretazione autentica con portata retroattiva

Deve rilevarsi come, nei giudizi riguardanti il principio d'irretroattività della legge civile sono stati richiamati, da una parte, l'articolo 6 e, dall'altra, l'articolo 1 Protocollo 1 della Convenzione.

Per quanto riguarda l'articolo 6 CEDU, esso rileva su un duplice piano. In primo luogo, il divieto d'ingerenza da parte del legislatore nell'amministrazione della giustizia, derivante direttamente dal diritto all'equo processo, implica il divieto di leggi d'interpretazione autentica aventi portata retroattiva che influenzino controversie nelle quali lo Stato è parte.

In secondo luogo, dal principio sancito nell'articolo 6 CEDU discende anche il principio di parità delle armi, il quale postula che le parti processuali devono essere in equilibrio tra loro e che una parte non deve essere posta in una posizione di netto svantaggio rispetto all'altra.

Tale principio comporta, quindi, che lo Stato non solo non possa, quando è esso stesso parte di una controversia, approfittare della propria posizione preminente attraverso un uso improprio della funzione legislativa, ma, anche, che esso si mantenga in una posizione imparziale davanti a controversie sorte tra privati, non intervenendo con leggi che favoriscano una parte rispetto ad un'altra.

Come visto, tuttavia, l'intervento del legislatore può essere giustificato in presenza d'imperativi motivi d'interesse generale, riconosciuti esistenti laddove occorra garantire conformità all'intenzione originaria del legislatore, correggere un errore tecnico di formulazione della legge o in presenza di ragioni storiche epocali di portata generale. Tali motivi non sussistono, invece, quando sono invocate mere esigenze di carattere economico-finanziario dello Stato.

Inoltre rileva, in materia, l'articolo 1 Protocollo 1 della Convenzione quando l'ingerenza del legislatore si ripercuote sul profilo economico, incidendo sugli "interessi patrimoniali individuali di un gruppo di persone, da un lato, e sulla finanza pubblica, dall'altro"³³⁴ non essendo necessario che i ricorrenti siano titolari di una lesione di un bene materiale, ma essendo sufficiente che essi siano titolari di una speranza legittima frustrata dell'intervento legislativo.

Appare evidente come una tale giurisprudenza miri a garantire la prevedibilità dell'esito giudiziario in ragione del rispetto del principio di legalità e che tanto il principio d'irretroattività della legge civile, quanto quello - processuale - di parità delle armi contribuiscano a tutelare il cittadino da ingerenze arbitrarie, operando sostanzialmente come argini del potere legislativo in materia civile.

2. Giurisprudenza costituzionale e convenzionale a confronto in materia di irretroattività della legge civile: la vicenda del personale ATA

Con riferimento a quanto affermato in materia di principio di legalità in materia civile - con specifico riferimento all'irretroattività della legge - nella giurisprudenza della Corte costituzionale e con riguardo a quanto detto in questa sede sull'elaborazione della Corte EDU in materia, appare interessante analizzare un caso che ha riguardato il nostro Paese e che ben evidenzia la posizione delle due Corti sul tema che è esplicitazione, come visto, del principio di legalità in materia civile.

³³⁴ Per una prospettazione differente di veda: R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 3753 e ss.

Dall'esame della giurisprudenza della Corte costituzionale e di quella della Corte di Strasburgo emerge che l'atteggiamento delle due Corti si basa su impostazioni completamente differenti.

Nella prospettiva della Corte europea dei diritti, infatti, le leggi d'interpretazione autentica rappresentano l'eccezione alla regola generale che vieta l'intervento legislativo nelle controversie pendenti e gli imperativi motivi di interesse generale che le giustificano sono riconosciuti sussistenti in casi del tutto eccezionali.

Dal punto di vista della nostra Corte costituzionale, per contro, l'intervento legislativo attuato tramite leggi d'interpretazione autentica è pacificamente riconosciuto come una delle modalità di cui il legislatore dispone per sopperire a lacune o a errori nella formazione della legge e l'eccezione è rappresentata dai quei casi che il Giudice costituzionale non riconduce entro la qualifica di imperativi motivi d'interesse generale e che, quindi, costituiscono motivo di illegittimità costituzionale della legge interpretativa.

Il contrasto tra queste impostazioni è stato evidenziato da due recenti casi sottoposti all'attenzione della Corte di Strasburgo: *Agrati e altri c. Italia* e *Arras e altri c. Italia*. Casi che hanno dato modo alla Corte europea di vagliare la correttezza dell'applicazione che della sua giurisprudenza in materia aveva fatto la Corte costituzionale.

Si analizzeranno quindi, dapprima le sentenze della Corte costituzionale che hanno applicato la giurisprudenza europea, in seguito le sentenze della Corte di Strasburgo *Agrati* e *Arras* e, infine, la reazione dei giudici di Palazzo della Consulta. Si vedrà, quindi, come l'applicazione della giurisprudenza europea da parte della Corte costituzionale è stata poi sconfessata dalla Corte EDU nei casi *Agrati* e *Arras* e come la Corte costituzionale non si è adeguata alla posizione di quella di Strasburgo in tutti i casi.

2.1. Le prime applicazioni della giurisprudenza europea in materia di leggi d'interpretazione autentica da parte della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale si è espressa, riconoscendo la legittimità delle leggi d'interpretazione autentica, nel 2007 con la sentenza n. 234, primo atto dell'intricata vicenda riguardante il personale ATA.

La questione sottoposta all'attenzione della Corte nel 2007 riguardava la legittimità costituzionale del comma 218 dell'art. 1 della legge n. 266 del 2005 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, legge finanziaria per il 2006), valutandola in rapporto agli articoli 3, 24, 36, 42, 97, 101, 102, 103, 104 e 113 della Costituzione e ai principi del diritto comune del lavoro e della disciplina generale dei rapporti di lavoro, di ragionevolezza, di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche rilevando l'impossibilità di accedere ad una lettura conforme a Costituzione della disposizione medesima.

L'intervento legislativo attuato con la legge n. 266 del 2005 stabiliva le modalità di retribuzione del personale ATA trasferito dalle dipendenze degli Enti locali a quelle del Ministero dell'Istruzione. In particolare, fino al 1999 (fino alla legge n. 124 del 3 maggio di quell'anno), il personale ATA era alle dipendenze della funzione pubblica territoriale e percepiva uno stipendio base integrato da alcune specifiche indennità accessorie previste dalla normativa contrattuale di riferimento. A partire dal 1° gennaio del 2000 i lavoratori passarono alle dipendenze del Ministero dell'Istruzione che fornisce ai suoi dipendenti, per le medesime mansioni svolte dal personale ATA, uno stipendio base progressivo secondo l'anzianità di servizio.

La prestazione dei lavoratori in questione, prima disciplinata dal Contratto Collettivo Nazionale degli enti locali passò ad essere disciplinata dal CCNL della Scuola, e, sebbene nella legge n. 124, e in particolare nell'articolo

8³³⁵, fosse previsto che ad essi doveva essere riconosciuta l'anzianità di servizio ottenuta presso l'autorità locale di origine a ogni fine giuridico e economico, il Ministero – senza tenere alcun conto dell'anzianità acquisita dai lavoratori al servizio delle collettività locali fino al 31 dicembre 1999 e, dunque, senza calcolare il trattamento finanziario sulla base di questa anzianità – assegnò loro un'anzianità fittizia trasformando la retribuzione percepita presso gli enti locali in data 31 dicembre 1999 in anni di anzianità dei richiedenti. Inoltre, per trasformare la retribuzione di base in anni di anzianità fittizi, il Ministero tolse

³³⁵L'articolo 8 della legge 124/1999 (Trasferimento di personale ATA degli enti locali alle dipendenze dello Stato) recita: "1. Il personale ATA degli istituti e scuole statali di ogni ordine e grado è a carico dello Stato. Sono abrogate le disposizioni che prevedono la fornitura di tale personale da parte dei comuni e delle province. 2. Il personale di ruolo di cui al comma 1, dipendente dagli enti locali, in servizio nelle istituzioni scolastiche statali alla data di entrata in vigore della presente legge, è trasferito nei ruoli del personale ATA statale ed è inquadrato nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali corrispondenti per lo svolgimento dei compiti propri dei predetti profili. Relativamente a qualifiche e profili che non trovino corrispondenza nei ruoli del personale ATA statale è consentita l'opzione per l'ente di appartenenza, da esercitare comunque entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge. A detto personale vengono riconosciuti ai fini giuridici ed economici l'anzianità maturata presso l'ente locale di provenienza nonché il mantenimento della sede in fase di prima applicazione in presenza della relativa disponibilità del posto. 3. Il personale di ruolo che riveste il profilo professionale di insegnante tecnico-pratico o di assistente di cattedra appartenente al VI livello nell'ordinamento degli enti locali, in servizio nelle istituzioni scolastiche statali, è analogamente trasferito alle dipendenze dello Stato ed è inquadrato nel ruolo degli insegnanti tecnico-pratici. 4. Il trasferimento del personale di cui ai commi 2 e 3 avviene gradualmente, secondo tempi e modalità da stabilire con decreto del Ministro della pubblica istruzione, emanato di concerto con i Ministri dell'interno, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e per la funzione pubblica, sentite l'Associazione nazionale comuni italiani (ANCI), l'Unione nazionale comuni, comunità ed enti montani (UNCCEM) e l'Unione delle province d'Italia (UPI), tenendo conto delle eventuali disponibilità di personale statale conseguenti alla razionalizzazione della rete scolastica, nonché della revisione delle tabelle organiche del medesimo personale da effettuare ai sensi dell'articolo 31, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni; in relazione al graduale trasferimento nei ruoli statali sono stabiliti, ove non già previsti, i criteri per la determinazione degli organici delle categorie del personale trasferito. 5. A decorrere dall'anno in cui hanno effetto le disposizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 si procede alla progressiva riduzione dei trasferimenti statali a favore degli enti locali in misura pari alle spese comunque sostenute dagli stessi enti nell'anno finanziario precedente a quello dell'effettivo trasferimento del personale; i criteri e le modalità per la determinazione degli oneri sostenuti dagli enti locali sono stabiliti con decreto del Ministro dell'interno, emanato entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, di concerto con i Ministri del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, della pubblica istruzione e per la funzione pubblica, sentite l'ANCI, l'UNCCEM e l'UPI".

dall'ultima busta paga dei richiedenti tutti gli elementi accessori dello stipendio percepiti in modo stabile fino al 31 dicembre 1999.

I Tribunali di merito di prima e seconda istanza accolsero le richieste dei richiedenti tese al riconoscimento dell'anzianità maturata alle dipendenze degli enti locali.

La Corte di Cassazione, invece, rigettò la richiesta dei lavoratori. Era accaduto, infatti, che tra la data in cui erano stati presentati i ricorsi e le date delle sentenze della Corte di Cassazione erano intervenuti, dapprima, un accordo tra l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle singole amministrazioni (ARAN) e le maggiori sigle sindacali italiane e, in un secondo momento, la legge n. 266 del 23 dicembre 2005 (Legge finanziaria per il 2006). Nell'accordo, prima, e nella legge, poi, quanto previsto nella legge n. 124 del 1999 venne annullato³³⁶.

La legge finanziaria fu sottoposta al vaglio di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale che si espresse nel senso della non fondatezza della questione nella sentenza n. 234 del 2007 .

³³⁶ Nell'articolo 1, comma 218, della legge finanziaria per il 2006 - legge di interpretazione autentica - si legge, infatti: *"Il comma 2 dell'articolo 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) statale è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999 costituito dallo stipendio, dalla retribuzione individuale di anzianità nonché da eventuali indennità, ove spettanti, previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro del comparto degli enti locali, vigenti alla data dell'inquadramento. L'eventuale differenza tra l'importo della posizione stipendiale di inquadramento e il trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, come sopra indicato, viene corrisposta ad personam e considerata utile, previa temporizzazione, ai fini del conseguimento della successiva posizione stipendiale. È fatta salva l'esecuzione dei giudicati formati alla data di entrata in vigore della presente legge".* Questa norma d'interpretazione autentica ebbe come effetto quello di fornire al personale ATA trasferito un trattamento economico inferiore rispetto a quello che avrebbe avuto secondo l'originaria interpretazione della Cassazione (e in ossequio dell'articolo 8 legge 124 del 1999).

2.1.1. La prima sentenza sulla vicenda del personale ATA: n. 234 del 2007

Con particolare riferimento alla natura interpretativa della norma censurata la Corte costituzionale affermò, come già aveva fatto in passato, che “non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva), ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva. Infatti, il divieto di retroattività della legge – pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell’ordinamento, cui il legislatore ordinario deve in principio attenersi – non è stato elevato a principio di dignità costituzionale, salva, per la materia penale, la previsione dell’articolo 25 della Costituzione”³³⁷. Ne consegue che il legislatore può emanare sia disposizioni di interpretazione autentica che determinano la portata precettiva della norma interpretata rimanendo entro l’ambito della stessa, sia disposizioni innovative con efficacia retroattiva, purché trovino “adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti[no] con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti”³³⁸.

La Corte rilevò, dunque, la ragionevolezza delle leggi d’interpretazione autentica laddove esse si limitino ad assegnare alla disposizione interpretata un significato in essa già contenuto – riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario – e concluse che l’interpretazione data dalla legge n. 266 del 2005 all’art. 8 della legge n. 124 del 1999 (che stabiliva le modalità del trasferimento) rientrasse tra le opzioni ermeneutiche già offerte da quest’ultima. In particolare, il giudice delle leggi sostenne che “il passaggio da un sistema ad un altro di progressione economica del pubblico impiego, in quanto importa una riduzione ad omogeneità di elementi per se stessi non omogenei, implica una scelta di coefficienti da operare sulla base di numerose variabili, ivi

³³⁷ Corte Cost., sent. n. 234 del 2007, *considerato in diritto* § 9.

³³⁸ *Ibidem*.

comprese le disponibilità finanziarie, e quindi con ampia discrezionalità” concludendo che “in definitiva, la disposizione dell'articolo 8, comma 2, della legge 124 del 1999, rappresentava una deroga al principio generale vigente all'epoca della sua entrata in vigore, rispetto alla quale la norma ora censurata si presenta come ripristino della regola generale”³³⁹.

2.1.2. *La sentenza n. 311 del 2009 (la seconda sentenza sulla vicenda del personale ATA)*

La questione della retroattività delle leggi d'interpretazione autentica, che era già stata sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale nel 2007, fu nuovamente portata all'attenzione del giudice delle leggi nel 2009, questa volta, tuttavia, avendo come parametro di riferimento l'articolo 117, comma 1, della Costituzione e, quale parametro interposto, l'articolo 6 CEDU.

La sezione lavoro della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 22260 del 4 settembre 2008, sottopose, infatti, nuovamente all'attenzione della Corte costituzionale la questione di legittimità dell'articolo 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005 (già oggetto della precedente sentenza n. 234 del 2007), ritenendo che la norma censurata violasse il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia.

I rimettenti affermarono che non era necessario che la disposizione retroattiva fosse “esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso”, né che tale scopo fosse stato comunque enunciato, essendo, invece, sufficiente a ritenere fondato il conflitto con l'articolo 6 della Convenzione europea che nel procedimento fosse applicata la disposizione denunciata, che lo stesso Stato fosse parte nel giudizio e che, dall'applicazione

³³⁹ Corte Cost, sent. n. 234 del 2007, *considerato in diritto* § 15.1.

della norma come interpretata autenticamente, fosse derivata la positiva definizione della controversia.

Dopo aver esposto i termini del rapporto tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo sulla base della sua costante giurisprudenza a partire dalle sentenze gemelle, il giudice delle leggi valutò la portata e la natura della norma censurata facendo riferimento alle sue precedenti sentenze (in particolare alla sentenza 234/2007 e alle ordinanze 400/2007 e 212/2008) e giunse a dichiarare la questione non fondata.

La Corte costituzionale ribadì che la disciplina di cui all'articolo 8 della legge n. 124 del 1999 rispondeva all'esigenza di armonizzare il passaggio retributivo del personale ATA salvaguardando, per quanto attiene al profilo economico, i livelli retributivi maturati e attribuendo agli interessati, a partire dal nuovo inquadramento, i diritti riconosciuti al personale ATA statale. Lo scopo dell'intervento legislativo attuato con la legge n. 266 del 2005 era quello di rendere, almeno tendenzialmente, "omogeneo il sistema retributivo di tutti i dipendenti ATA, al di là delle rispettive provenienze e, comunque, salvaguardando il diritto di opzione per l'ente di appartenenza nel caso di mancata corrispondenza di qualifiche e profili"³⁴⁰.

La Corte costituzionale ricostruì la giurisprudenza della Corte europea in tema di leggi d'interpretazione autentica, facendo riferimento sia al divieto d'ingerenza del legislatore in controversie pendenti, sia al principio di parità della armi, entrambi discendenti dall'articolo 6 CEDU, e prestando particolare attenzione ai casi³⁴¹ nei quali l'intervento dello Stato non era stato considerato lesivo dell'articolo 6 della Convenzione.

³⁴⁰ Corte Cost., sent. n. 311 del 2009, *considerato in diritto* § 7.

³⁴¹ La Corte costituzionale fece, in particolare, riferimento ai casi "Forrer-Niederthal contro Germania" (sentenza del 20 febbraio 2003), ove il riassetto patrimoniale venne giustificato dal ricorrere di ragioni storiche epocali, nel caso di specie, la riunificazione tedesca; dei casi "Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri contro Francia" (sentenza del 27

Su questa base, i giudici di Palazzo della Consulta esclusero che l'esistenza di un principio secondo cui le norme retroattive sarebbero di per sé in contrasto con la Convenzione europea.

Nel caso di specie, per esempio, il legislatore nazionale non solo non aveva determinato alcuna *reformatio in malam partem* di una situazione patrimoniale in precedenza acquisita, dal momento che i livelli retributivi già raggiunti vengono oggettivamente salvaguardati, ma aveva perseguito legittimamente l'esigenza di armonizzare le diverse situazioni lavorative, conformemente, tra l'altro, al principio costituzionale di parità di trattamento nella disciplina dei rapporti di lavoro³⁴².

Inoltre, da un lato, secondo la Corte, sussisteva un dibattito giurisprudenziale che rendeva incerta l'interpretazione della norma e, dall'altro, non poteva essere sollevata alcuna lamentela circa il rispetto del giusto processo, protetto dall'articolo 6 CEDU, in quanto i dipendenti ATA aveva avuto persino la possibilità di avvalersi della garanzia dell'incidente di costituzionalità³⁴³.

Infine, occorre considerare il "margine di apprezzamento"³⁴⁴, che, secondo il giudice costituzionale, non può non lasciare ai singoli Stati contraenti

maggio 2004), "National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society contro Regno Unito" (sentenza del 23 ottobre 1997), ove l'intervento del legislatore era giustificato dall'esigenza di porre rimedio a un'imperfezione tecnica della legge interpretata e in particolare, nell'ultima sentenza citata, con "l'intento di riaffermare l'intento originale del Parlamento".

³⁴² Corte Cost., sent. n. 311 del 2009, *considerato in diritto* § 9.

³⁴³ Corte Cost., sent. n. 311 del 2009, *considerato in diritto* § 9.

³⁴⁴ La teoria del "margine di apprezzamento elaborata dalla Commissione nel rapporto sul caso "Grecia contro Regno Unito" del 1958 e poi sviluppata a partire da "Handyside contro Regno Unito" prevede il riconoscimento da parte della Corte che la Convenzione di un certo potere discrezionale degli Stati che si esprime attraverso la previsione delle misure limitative dell'esercizio dei diritti ammesse espressamente, in particolare dagli artt. 8, 9, 10, 11. Il margine di apprezzamento resta quindi assoggettato al controllo europeo sulle condizioni di legittimità che si evincono dai §§2 degli articoli sopra ricordati, vale a dire: *i*) la previsione legale della misura limitativa del diritto, *ii*) lo scopo legittimo della limitazione; *iii*) la proporzionalità della

“quanto meno una parte” del compito e dell’onere d’identificare i motivi imperativi d’interesse generale che giustificano l’impiego di leggi retroattive, interessi che, tra l’altro “sono alla base dell’esercizio del potere legislativo”, perché implicano “una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti”³⁴⁵.

2.2. I più recenti casi della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia contro l’Italia: Agrati e Arras

La Corte europea dei diritti dell’uomo è stata investita di questioni riguardanti leggi d’interpretazione autentica e si è espressa in materia anche con le sentenze nei casi *Agrati e altri c. Italia* del 7 giugno 2011 e *Arras e altri c. Italia* del 14 febbraio 2012.

Nei casi sopracitati l’Italia è stata condannata per la violazione dell’articolo 6 della Convenzione poiché la Corte di Strasburgo ha ritenuto illegittimo l’intervento legislativo in controversie pendenti attuato con leggi d’interpretazione autentica. Dalla lettura di queste sentenze si evince chiaramente il disfavore della Corte europea dei diritti nei confronti di questa pratica invalsa nel nostro ordinamento.

Nel caso *Agrati*, prosecuzione della vicenda del personale ATA, oggetto delle sentenze n. 234 del 2007 e n. 311 del 2009, la Corte di Strasburgo ha

misura rispetto al suo scopo (“misura necessaria in una società democratica”). Si veda, in proposito B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale* in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti* n. 4/2011 del 29/11/2011.

³⁴⁵ Corte Cost., sent. n. 311 del 2009, *considerato in diritto* § 9.

riconosciuto la violazione sia dell'articolo 6 sia dell'articolo 1 Protocollo 1 CEDU³⁴⁶.

In merito alla violazione dell'articolo 6 della Convenzione, la Corte EDU verificò se sussistessero gli imperativi motivi d'interesse generale, che avrebbero potuto giustificare l'intervento legislativo retroattivo.

Tali motivi, nella prospettazione del Governo, consistevano nella necessità di ovviare a un'imperfetta formulazione della legge originaria, che aveva determinato una discriminazione tra gli impiegati provenienti dalle collettività locali e quelli già dipendenti dello Stato.

I giudici di Strasburgo rilevarono, tuttavia, che la legge d'interpretazione autentica era giunta a *cinque anni* dalla norma originaria e a seguito di una serie di pronunce della Corte di cassazione che non si esprimevano a favore dello Stato.

Non persuasa dall'argomentazione dello Stato, la Corte europea affermò che nessuno degli argomenti addotti era sufficiente a convincerla della legittimità e della proporzionalità dell'ingerenza e che non esistevano imperativi motivi d'interesse generale tali da giustificarla, concludendo per la violazione dell'articolo 6 CEDU³⁴⁷.

³⁴⁶In dottrina si vedano: M. MASSA, *Agrati, Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in www.forumcostituzionale.it; A. RUGGERI, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia)*, in www.forumcostituzionale.it e S. FOA', *Un conflitto d'interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale*, in www.federalismi.it.

³⁴⁷È, tuttavia, possibile chiedersi se lo Stato italiano non avrebbe potuto invocare il precedente *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X Et Blanche De Castille e altri c. Francia*, citato, per smontare la ricostruzione del ricorrente, affermando che al personale ATA trasferito non era stato negato il riconoscimento dell'anzianità *tout court*, ma che l'intervento legislativo aveva solo modificato le condizioni dell'ottenimento di quanto spettante. Non solo, in base alla motivazione contenuta nella sentenza *SCM scanner de l'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, citato, – ove la Corte europea dei diritti non ha riconosciuto alle ragioni finanziarie addotte dallo Stato quali giustificazioni per il suo intervento legislativo retroattivo qualifica di imperativo motivo d'interesse generale a causa della loro genericità e scarsa concretezza – è possibile chiedersi, ragionando *a contrario*, se una

Nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Arras e altri c. Italia*, la Corte di Strasburgo si è pronunciata nuovamente a favore dei ricorrenti asserendo l'illegittimità di un intervento legislativo attuato tramite legge d'interpretazione autentica.

La Corte EDU ha dichiarato la violazione dell'articolo 6 della Convenzione in quanto l'intervento legislativo - giunto a dodici anni dall'emanazione della legge di cui forniva l'interpretazione autentica - nella sua visione, come in quella dei ricorrenti, trovava la sua ragion d'essere nell'intento di contrastare il consolidato orientamento giurisprudenziale dei giudici italiani.

La Corte di Strasburgo, infatti, dopo aver sottolineato il ruolo del legislatore affermando che "il problema sollevato nel caso di specie è fondamentalmente quello del processo equo, e nel parere della Corte, la responsabilità dello Stato rileva sia in qualità di legislatore, se influisce sul processo o sul risultato giudiziale della controversia, sia in qualità di autorità giudiziaria in caso di violazione del diritto a un processo equo, anche nei casi di giudizi tra privati"³⁴⁸, rilevò che la legge d'interpretazione autentica, con la sua entrata in vigore aveva determinato la sostanza delle controversie e la sua applicazione da parte dei vari tribunali ordinari aveva reso inutile, per un intero gruppo di individui che erano nella stessa posizione dei ricorrenti, proseguire con il contenzioso.

Appare chiaro, dalle statuizioni da ultimo riportate, lo stretto rapporto che lega, per il Giudice dei diritti le garanzie processuali *ex* articolo 6 CEDU e le esigenze di prevedibilità, di certezza del diritto e, quindi, di legalità in senso sostanziale che la Corte di Strasburgo mira a tutelare nell'ambito del diritto all'equo processo.

migliore identificazione delle esigenze di carattere generale d'interesse pubblico che avevano spinto il legislatore a intervenire non avrebbe potuto spingere la Corte di Strasburgo a una più attenta valutazione delle ragioni dello Stato.

³⁴⁸ Sent. Corte EDU, *Arras e altri c. Italia*, ric. n. 17972/07 del 14 febbraio 2012, § 44.

Per quanto riguarda la sussistenza degli imperativi motivi d'interesse generale invocati dallo Stato a giustificazione dell'intervento, la Corte di Strasburgo rilevò che non vi fosse un conflitto giurisprudenziale in quanto i giudici nazionali nelle varie formazioni, e in particolar modo la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, concordavano nella non applicabilità delle disposizioni della legge del 1992 a coloro che erano andati in pensione prima del 1990.

La tesi della necessità dell'intervento al fine di omogeneizzare il sistema pensionistico non era, d'altra parte, sufficiente per la Corte di Strasburgo poiché, per quanto l'intento del legislatore fosse quello di omogeneizzare il sistema pensionistico - argomento che la Corte riconosce essere di interesse generale - ciò non costituiva ragione giustificatrice per superare i pericoli insiti nell'uso della legislazione retroattiva, che ha l'effetto di influenzare la decisione giudiziaria di una controversia pendente. La Corte ritenne, in definitiva, che lo Stato non aveva presentato altre argomentazioni in grado di giustificare un intervento a favore del Banco di Napoli.

2.3. La Corte costituzionale si confronta con la giurisprudenza Agrati e Arras

Come si è visto, la Corte costituzionale si è occupata in più occasioni, negli ultimi anni, delle leggi d'interpretazione autentica, interpretando la CEDU, richiamata come parametro interposto, in maniera differente rispetto a quella della Corte di Strasburgo, assumendo un atteggiamento che potrebbe definirsi *deferente* nei confronti del legislatore.

In seguito alle sentenze *Agrati* e *Arras*, la Corte costituzionale ha dovuto prendere atto del mancato accoglimento della sua lettura delle norme Convenzionali da parte della Corte appositamente istituita per interpretarle e ha avuto diverse occasioni per confrontarsi con le pronunce europee.

Nella sentenza n. 257 del 2011, tuttavia, ha comunque rigettato la questione relativa a una legge d'interpretazione autentica che, per il calcolo della pensione dei braccianti agricoli, imponeva di tener conto del più basso salario percepito.

Secondo il giudice delle leggi, la normativa interpretativa aveva riaffermato un principio già presente nell'ordinamento per gli operai agricoli a tempo determinato (sia pure limitatamente alla liquidazione delle prestazioni temporanee) e, quanto alla norma interpretata, aveva enucleato una delle possibili opzioni ermeneutiche, superando una situazione di oggettiva incertezza e in assenza di una consolidata giurisprudenza dei giudici comuni.

Un'altra questione relativa al tema in esame è stata affrontata nella sentenza n. 303 del 2011, con riferimento al risarcimento del danno dovuto al lavoratore nel caso di mancata conversione del contratto di lavoro a tempo determinato alla scadenza del termine.

L'articolo la cui legittimità era sottoposta al vaglio da parte della Corte costituzionale era il n. 32 della legge n. 183 del 2010 (c.d. "collegato lavoro"). Esso prevedeva che tale risarcimento doveva ragguagliarsi ad una indennità onnicomprensiva da liquidare tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Inoltre, il limite massimo dell'indennità sarebbe dovuto essere ridotto alla metà in presenza di contratti collettivi di qualsiasi livello (purché stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale), che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie. Tali disposizioni trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della predetta legge.

Nonostante molti giudici di merito avessero ritenuto che la norma era applicabile solo al primo grado - facendo, così, salve le situazioni in cui il

lavoratore si era già visto riconoscere il risarcimento previsto dalla normativa precedente, la Corte di Cassazione disattese quell'impostazione e, ritenendo la legge applicabile anche ai giudizi pendenti, sollevò questione di costituzionalità con riferimento alla violazione del principio del giusto processo e del diritto ad una equa retribuzione.

Per dichiarare la non fondatezza della questione, il Giudice delle leggi argomentò che le sentenze della Corte EDU avrebbero censurato l'utilizzo delle leggi retroattive solo allorquando parte in causa sarebbe lo Stato (come nella sentenza *Agrati*), fattispecie differente rispetto al caso riguardante l'articolo 32 del Collegato lavoro³⁴⁹.

Altre due questioni che hanno indotto la Corte costituzionale a confrontarsi con la giurisprudenza europea sono state quelle decise con le sentenze nn. 15 e 78 del 2012.

Nella prima, la Corte costituzionale era chiamata a esprimersi in merito alla legittimità di una legge retroattiva che imponeva la doppia contribuzione INPS per i casi di svolgimento contemporaneo, anche in un'unica impresa, della duplice attività di amministratore e di socio (o familiare coadiutore di socio) esercente attività di vendita³⁵⁰.

³⁴⁹ Codesta impostazione è assolutamente in contrasto con quanto affermato dalla Corte EDU nelle sentenze *Ducret c. Francia* e *Venzon c. Francia* cui la recente sentenza *Arras e altri c. Italia* fa, infatti, esplicito riferimento.

³⁵⁰ La questione riguardava la legittimità costituzionale dell'articolo 12, comma 11, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, sollevata, con ordinanza della Corte d'appello di Genova, in funzione di giudice del lavoro, in riferimento agli articoli 3, 24, primo comma, 102, 111, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'articolo 6 della CEDU.

Nella seconda, la questione riguardava la legge n. 10 del 2011 in merito alla decorrenza dei termini per la prescrizione dei diritti nascenti in merito alle operazioni bancarie regolate dall'articolo 2935 c.c.³⁵¹.

In entrambi i casi, la Corte costituzionale ha ricostruito le cause di giustificazione dell'impiego delle leggi d'interpretazione autentica, rammentando che si ritiene violato il principio di ragionevolezza allorché "1) manchi una norma specifica da interpretare, quale condizione dell'esercizio del potere di legislazione a fini interpretativi [...]; 2) la soluzione interpretativa prescelta dal legislatore non potrebbe essere inclusa tra quelle legittimamente desumibili dalla disciplina complessiva dell'istituto"³⁵².

Nello specifico, nella sentenza n. 15 del 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione, mentre nella sentenza n. 78 del 2012 ha rilevato l'incostituzionalità della legge censurata .

Nella prima sentenza in esame, la Corte costituzionale ha ritenuto che "la norma censurata si è limitata ad enucleare una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo", superando una situazione di oggettiva incertezza e contribuendo così a realizzare "principi d'indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale, quali sono la certezza del diritto e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge". Il fatto che la legge avesse

³⁵¹ La legge stabiliva che "in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'articolo 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restituzione d'importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto". Si introduceva, così, una disciplina che, menomando i poteri di reazione processuale dei clienti del sistema bancario, assicurava un ingiustificato privilegio per le banche, determinando, nella prospettiva del rimettente, un'inammissibile disparità di trattamento tra due categorie di soggetti. L'illegittimità costituzionale riguardava l'articolo 2, comma 61, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie), convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10 con riferimento agli artt. 3, 24, 101, 102, 104, 111 e 117 comma 1 in riferimento all'articolo 6 della CEDU.

³⁵² Corte Cost., sent. n. 78 del 2012, *considerato in diritto* § 1.

avuto riflessi anche sul gettito contributivo dell'INPS costituiva, secondo i giudici di Palazzo della Consulta, "circostanza indiretta e di mero fatto, non idonea ad incidere sulla legittimità dell'intervento legislativo"³⁵³.

Nella sentenza n. 78 del 2012, invece, la Corte costituzionale ha riconosciuto, l'illegittimità costituzionale della norma censurata, giudicando inesistenti gli "imperativi motivi d'interesse generale", in quanto questa "lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili al citato articolo 2935 cod. civ., ad esso nettamente deroga, innovando rispetto al testo previgente, peraltro senza alcuna ragionevole giustificazione"³⁵⁴.

La Corte ha rilevato, inoltre, che l'efficacia retroattiva della deroga rendeva asimmetrico il rapporto contrattuale di conto corrente poiché, retrodatando il decorso del termine di prescrizione, "finisce per ridurre irragionevolmente l'arco temporale disponibile per l'esercizio dei diritti nascenti dal rapporto stesso, in particolare pregiudicando la posizione giuridica dei correntisti che, nel contesto giuridico anteriore all'entrata in vigore della norma denunciata, abbiano avviato azioni dirette a ripetere somme ai medesimi illegittimamente addebitate"³⁵⁵.

Come si evince dall'analisi di queste sentenze, la Corte costituzionale sembra particolarmente attenta a "salvare leggi che, in ragione del contenimento della spesa pubblica, incidono sui processi in corso in modo favorevole allo Stato e sfavorevole ai diritti dei cittadini"³⁵⁶. L'attenzione della Corte costituzionale alle esigenze di bilancio non può, tuttavia, essere la ragione giustificatrice di un atteggiamento così poco rigoroso in materia poiché le

³⁵³ Corte Cost., sent. n. 15 del 2012, *considerato in diritto* § 3.3.

³⁵⁴ Corte Cost., sent. n. 78 del 2012, *considerato in diritto* §§ 12 e 13.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ L. CAPPUCCIO, *Differenti orientamenti giurisprudenziali tra Corte EDU e Corte costituzionale nella tutela dei diritti*, in AA.VV., *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, a cura di C. Decaro - N. Lupo - G. Rivosecchi, Torino 2012, p. 65.

pronunce in quest'ambito, oltre a ledere i diritti patrimoniali dei cittadini, ledono anche i loro diritti fondamentali, come quello a una tutela giurisdizionale effettiva (e al correlato principio di parità delle armi), all'uguaglianza e alla certezza del diritto e alla tutela dell'affidamento.

Lo strumento di cui la Corte costituzionale avrebbe dovuto avvalersi, qualora avesse voluto mantenere ferma la sua posizione, era quello di dichiarare che l'articolo 6 CEDU - come interpretato dalla Corte europea - non può integrare il parametro di cui all'articolo 117, co. 1, della Costituzione.

Una siffatta prospettazione appariva a chi scrive, all'epoca - non così lontana - dei fatti di cui si è trattato, "di difficile attuazione pratica" in ragione del dubbio sulla possibilità di utilizzare l'articolo 81 Costituzione come un parametro adeguato nel giudizio di bilanciamento.

Tale quesito ha trovato una parziale risposta nel seguito interno della sentenza resa dalla Corte EDU sul caso *Maggio e altri c. Italia* in materia delle cc.dd. *pensioni svizzere* che appare opportuno esaminare approfonditamente.

2.4. Il caso *Maggio e altri c. Italia* e la sentenza n. 264 del 2012 della Corte Costituzionale: la prima (e unica) applicazione dei "controlimiti" con riferimento alla CEDU

La vicenda delle cc.dd. *pensioni svizzere* rende palesi sia le problematiche legate all'uso delle leggi d'interpretazione autentica, sia le difficoltà che sorgono qualora la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti si trovino in contrasto su una medesima fattispecie. Per poter comprendere tali aspetti è opportuno, dapprima, analizzare la vicenda giudiziaria nel suo complesso e, in seguito, soffermarsi su alcuni aspetti problematici da essa sollevati.

In materia di leggi d'interpretazione autentica e quindi di strumenti per aggirare il principio di legalità in materia civile, con riferimento alle cc.dd.

pensioni svizzere si è pronunciata in prima battuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 172 del 2008, in seguito, la Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza sul caso *Maggio e altri c. Italia* del 31 maggio 2011 e, infine, di nuovo, la Corte costituzionale con la sentenza n. 264 del 2012³⁵⁷.

Prima di passare all'esame della vicenda giudiziaria, è opportuno definire che cosa s'intenda con *pensioni svizzere*.

Con il D.P.R. n. 488 del 1968 il sistema pensionistico italiano è passato da contributivo a retributivo. In base a questo secondo sistema, la pensione si calcola applicando un coefficiente - proporzionato al numero complessivo di settimane di contribuzione vantate dall'interessato - alla retribuzione annua pensionabile, vale a dire alla retribuzione annua media percepita dal lavoratore durante un periodo di riferimento.

Per quanto riguarda il lavoro svolto all'estero, fino a prima della legislazione che è stata oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale, colui che svolgeva il proprio lavoro in Svizzera e percepiva un dato stipendio, versava un contributo stabilito dalla legge elvetica, inferiore rispetto al contributo richiesto dalla legislazione italiana con riferimento alla medesima retribuzione (misurato nell'8% dovuto in Svizzera, contro il 25% previsto in Italia).

In seguito all'Accordo aggiuntivo alla Convenzione tra l'Italia e la Svizzera relativo alla sicurezza sociale del 14 dicembre 1962, concluso a Berna il 4 luglio 1969 e ratificato con legge n. 283 del 1973, si era affermato un orientamento giurisprudenziale - seguito anche dalla Corte di cassazione³⁵⁸ - secondo il quale il lavoratore italiano, nel momento in cui chiedeva il riconoscimento del lavoro svolto in Svizzera - chiedendo all'I.N.P.S. il

³⁵⁷ Si noti che a differenza di quanto accaduto nella vicenda riguardante il personale ATA, in questo caso l'ultima pronuncia della Corte costituzionale è successiva alla pronuncia della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie.

³⁵⁸ Cfr. le sentenze della Corte di cassazione nn. 4623 e 20731 del 2004 e n. 7455 del 2005.

trasferimento dei contributi ivi versati in suo favore – aveva diritto a ottenere che la pensione venisse determinata con il metodo retributivo sulla base della *retribuzione effettivamente percepita* in Svizzera, nonostante i contributi accreditati fossero stati versati secondo l’aliquota prevista dalla legislazione elvetica.

Tale giurisprudenza è sempre stata contestata dall’ente nazionale per la previdenza e sul punto è intervenuta, infine, la legge n. 296 del 2006 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria per il 2007), che, all’articolo 1 comma 777, prevede che la retribuzione percepita all’estero – e che deve essere posta alla base del calcolo della pensione – debba essere ricalcolata tenendo conto dello stesso rapporto percentuale tra i contributi versati e la retribuzione percepita in vigore nel nostro Paese nello stesso periodo, fatti salvi i trattamenti già liquidati.

Immediatamente dopo l’emanazione di tale legge d’interpretazione autentica contenuta nella legge finanziaria per il 2007 venne sollevata questione di legittimità costituzionale e su di essa la Corte costituzionale si pronunciò con la sentenza n. 172 del 2008. In quel caso, il Giudice delle leggi dichiarò non fondata la questione sollevata con riferimento agli artt. 3, 35, 38 Cost. e al principio di ragionevolezza.

Per quanto attiene all’asserito contrasto con il principio di ragionevolezza, la Corte costituzionale affermò che, avendo la norma d’interpretazione autentica esplicitato un concetto già contenuto nella disposizione oggetto dell’interpretazione, tale attività non poteva definirsi irragionevole né lesiva del legittimo affidamento del cittadino in quanto era costante l’opposizione dell’I.N.P.S. alla giurisprudenza della Corte di cassazione cui le parti private facevano riferimento.

Con riguardo al principio di uguaglianza il Giudice delle leggi rilevò che la previsione, contenuta nell’articolo 1 comma 777 della legge n. 296 del 2006 secondo la quale sono fatti salvi i trattamenti già liquidati, era garanzia del

rispetto dei diritti già acquisiti dai lavoratori e che, dunque, non si creavano disparità tra categorie di lavoratori.

Infine, con riferimento, agli artt. 35 e 38 Cost., la Corte costituzionale affermò che non vi erano profili d'incostituzionalità relativamente al primo articolo in quanto la norma oggetto non prevedeva un trattamento deteriore per il lavoro svolto all'estero, ma anzi "assicura[va] la razionalità complessiva del sistema previdenziale, evitando che, a fronte di una esigua contribuzione versata nel Paese estero, si possano ottenere le stesse utilità che chi ha prestato attività lavorativa esclusivamente in Italia può conseguire solo grazie ad una contribuzione molto più gravosa"³⁵⁹. Da ultimo, per quanto concerne il profilo relativo all'articolo 38 Cost., la Corte costituzionale rilevò che il sistema pensionistico delineato dalla norma di interpretazione autentica non potesse considerarsi insufficiente per le esigenze di vita del lavoratore e ciò bastava ad escludere l'incostituzionalità con riferimento a questo parametro³⁶⁰.

2.4.1. *L'intervento del giudice europeo*

Dopo la pronuncia della Corte costituzionale, sulla medesima questione è intervenuta, anche, la Corte di Strasburgo che si è espressa con la sentenza sul caso *Maggio e altri c. Italia* del 31 maggio 2011³⁶¹.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a pronunciarsi sulla lamentata violazione degli artt. 6, 13, 14 e 1 Protocollo 1 della CEDU, ha dichiarato la violazione del solo articolo 6 della CEDU – che sancisce il diritto all'equo processo – con riferimento alla lesione del principio di *parità delle armi*

³⁵⁹ Corte Cost., sent. n. 172 del 2008, *considerato in diritto* § 2.

³⁶⁰ Si noti, inoltre, che già in questa sentenza la Corte costituzionale fece riferimento all'articolo 81 Cost. con riguardo all'esigenza della sostenibilità finanziaria del sistema.

³⁶¹ Questa sentenza precede di una settimana la sentenza del caso *Agrati e altri c. Italia* che è del 7 giugno 2011.

da esso discendente e obbligando lo Stato a conferire un equo indennizzo alle parti che hanno subito la violazione (secondo quanto previsto dall'articolo 41 della Convenzione), e alla rifusione delle spese.

Le doglianze dei ricorrenti riguardanti l'articolo 6 della Convenzione erano le seguenti: la giurisprudenza precedente alla legge finanziaria per il 2007 era consolidata nel senso di definire il trattamento pensionistico dei lavoratori trasferiti sulla base della "retribuzione effettiva" percepita in Svizzera; la riduzione conseguente all'applicazione della nuova legge era consistente e pari al 25% della pensione, quindi sproporzionata; la legge d'interpretazione autentica si applicava anche alle richieste avanzate prima della sua entrata in vigore producendo così un effetto retroattivo. A ciò essi aggiungevano, con riferimento all'obiezione circa il perseguimento tramite la legge retroattiva di un interesse generale, che non vi era stato miglioramento alcuno per il sistema pensionistico italiano.

Nella sua valutazione, la Corte di Strasburgo ripercorse gli, ormai noti, principi generali in materia secondo i quali "benché non sia precluso al corpo legislativo di disciplinare, mediante nuove disposizioni retroattive, diritti derivanti da leggi in vigore, il principio dello stato di diritto e la nozione di processo equo contenuti nell'Articolo 6 precludono, tranne che per imperativi motivi di interesse generale, l'interferenza del corpo legislativo nell'amministrazione della giustizia con il proposito di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia"³⁶² citando tra i suoi precedenti le sentenze che avevano sancito che il principio di parità delle armi deve essere garantito di regola nell'ambito civile come in quello penale.

La Corte EDU analizzò, quindi, la collocazione temporale della legge d'interpretazione autentica e i suoi effetti affermando che la promulgazione di

³⁶² Sent. Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, ric. nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08 del 31 maggio 2011, §43.

tale legge in pendenza di controversie tra coloro che avevano lavorato in Svizzera e lo Stato “in reality determined the substance of the disputes and the application of it by the various ordinary courts made it pointless for an entire group of individuals in the applicants’ positions to carry on with the litigation”³⁶³.

Dopo aver riconosciuto l’effetto svantaggioso dell’azione statale, la Corte EDU passò a interrogarsi sulla presenza o meno dei *motivi imperativi d’interesse generale* che, qualora sussistenti, avrebbero potuto giustificare siffatto intervento. La Corte di Strasburgo non riscontrò la sussistenza di tali motivi né nell’esigenza di rafforzare la giurisprudenza minoritaria dell’I.N.P.S. – che, anzi, definì “soggettiva e parziale”³⁶⁴ – né, con riferimento alla tesi del Governo, nella necessità dell’intervento al fine di ristabilire un equilibrio del sistema pensionistico, poiché, pur riconoscendo l’esistenza di un motivo di interesse generale, non ravvisò un grado di imperatività tale da giustificare l’utilizzo di una legislazione retroattiva avente l’effetto di determinare le sorti di controversie pendenti nelle quali lo Stato è parte³⁶⁵.

Relativamente alla violazione dell’articolo 1 Protocollo 1 della Convenzione, la Corte EDU, dopo aver ripercorso la propria giurisprudenza sulla definizione di “bene” ai sensi della Convenzione, passò a esaminare la fattispecie con riferimento alla legittimità dell’ingerenza, seguendo lo schema

³⁶³ Sent. Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, cit., § 44.

³⁶⁴ Sent. Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, cit., § 48.

³⁶⁵ Sent. Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, cit., § 49 ove si legge: “as to the Government’s argument that the Law had been necessary to re-establish an equilibrium in the pension system by removing any advantages enjoyed by individuals who had worked in Switzerland and paid lower contributions, while the Court accepts this to be a reason of general interest, the Court is not persuaded that it was compelling enough to overcome the dangers inherent in the use of retrospective legislation, which has the effect of influencing the judicial determination of a pending dispute to which the State was a party”.

classico basato sulla sussistenza della base legale, dello scopo legittimo e della proporzionalità dell'ingerenza³⁶⁶.

Con riferimento alla definizione di *bene* la Corte EDU riaffermò che “«Possessions» can be «existing possessions» or assets, including, in certain well-defined situations, claims. For a claim to be capable of being considered an «asset» falling within the scope of Article 1 of Protocol No. 1, the claimant must establish that it has a sufficient basis in national law, for example where there is settled case-law of the domestic courts confirming it. Where that has been done, the concept of «legitimate expectation» can come into play”³⁶⁷. La Corte di Strasburgo sottolineò, inoltre, che sebbene dalla Convenzione non discenda un diritto a ottenere una pensione per le attività prestate in uno Stato diverso da quello convenuto, “a «claim» concerning a pension can constitute a «possession» within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 where it has a sufficient basis in national law, for example where it is confirmed by a final court judgment”³⁶⁸.

Dopo aver riconosciuto alla pretesa dei ricorrenti la qualifica di *bene* ai sensi della Convenzione, la Corte EDU si concentrò sulle modalità dell'ingerenza statale. In merito alla sussistenza di una base legale tale da giustificare l'attività dello Stato, affermò che “the Court has previously acknowledged that laws with retrospective effect which were found to constitute legislative interference still conformed with the lawfulness requirement of Article 1 of Protocol No.1”³⁶⁹.

³⁶⁶ Sul percorso argomentativo seguito della Corte di Strasburgo nel motivare le sue pronunce si veda: B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale la Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 96 e ss.

³⁶⁷ Sent. Italia Italia, *Maggio e altri c. Italia*, § 54.

³⁶⁸ Sent. Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, cit., § 55.

³⁶⁹ Sent. Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, cit., § 60.

Quanto allo scopo legittimo, la Corte EDU riconobbe che il fine perseguito dalla legge n. 296 del 2006 era d'interesse pubblico consistendo nella volontà di garantire un sistema previdenziale sostenibile e bilanciato.

Da ultimo, con riferimento alla proporzionalità dell'ingerenza, la Corte europea dei diritti, dopo aver fatto riferimento al contesto nel quale si inserisce il regime previdenziale e cioè al regime di solidarietà nei confronti dei più vulnerabili, rilevò che l'ingerenza poteva ritenersi proporzionata in quanto la perdita subita dai ricorrenti era inferiore alla metà della pensione stessa percepita. La Corte definì tale riduzione "ragionevole e commisurata"³⁷⁰.

Inoltre, la Corte di Strasburgo affermò che, sebbene quantitativamente la pensione dei ricorrenti fosse diminuita, la legge finanziaria per il 2007 non aveva pregiudicato i diritti pensionistici nella loro *essenza* e fece un'osservazione di portata più generale: "the Court notes that the applicant had in fact paid lower contributions in Switzerland than he would have paid in Italy, and thus he had had the opportunity to enjoy more substantial earnings at the time. Moreover, this reduction only had the effect of equalizing a state of affairs and avoiding unjustified advantages (resulting from the decision to retire in Italy) for the applicant and other persons in his position. Against this background, bearing in mind the State's wide margin of appreciation in regulating the pension system and the fact that the applicant only lost a partial amount of pension, the Court considers that the applicant was not made to bear an individual and excessive burden"³⁷¹.

In definitiva il Giudice di Strasburgo dichiarò la violazione dell'articolo 6 della Convenzione perché l'intervento dello Stato attuato tramite una legge d'interpretazione autentica con portata retroattiva che s'ingeriva in controversie pendenti tra lo Stato e i pensionati non era giustificato da *imperativi motivi*

³⁷⁰ Sent. Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, cit., § 62.

³⁷¹ Sent. Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, cit., § 63.

d'interesse generale, mentre non dichiarò la violazione dell'articolo 1 Protocollo 1 della Convenzione ritenendo che il sacrificio sopportato dai ricorrenti non pregiudicasse i loro diritti pensionistici tenuto conto anche dell'ampio margine di apprezzamento di cui gode ogni Stato nel disciplinare il proprio regime pensionistico e del fatto che i ricorrenti avevano perso solo una parte dell'ammontare della pensione.

2.4.2. *La successiva pronuncia della Corte costituzionale e l'applicazione dei "controlimiti"*

Sulle cc.dd. *pensioni svizzere* è intervenuta, nuovamente, la Corte costituzionale con la sentenza n. 264 del 2012 ove ha giudicato della costituzionalità dell'art 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007), con riferimento al solo articolo 117, primo comma, della Costituzione avente come parametro interposto l'articolo 6 § 1 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare, nella sentenza *Maggio e altri c. Italia*.

Dapprima, la Corte costituzionale ha riaffermato l'impossibilità di sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, ma, subito dopo, ha rivendicato la *propria competenza* "a valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano"³⁷².

Dunque, il fulcro della motivazione della Corte consiste, da una parte, nel riconoscimento della propria *esclusiva competenza a effettuare un bilanciamento* tra l'interesse tutelato dal parametro interposto, che entra nel giudizio

³⁷² Corte Cost., sent. n. 264 del 2012, *considerato in diritto* § 4.2.

costituzionale per il tramite dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, e gli altri interessi costituzionalmente protetti; d'altra parte, nell'affermazione che essa è *tenuta al bilanciamento* in ragione del suo ruolo di *Corte di sistema* a differenza della Corte di Strasburgo, *Corte dei casi concreti*.

Per quanto attiene al bilanciamento di valori effettuato dalla Corte, i principi costituzionali cui essa ha fatto riferimento sono quello contenuto nell'articolo 81 - con riguardo all'esigenza di razionalità complessiva del sistema finanziario - e, soprattutto, quelli di uguaglianza e proporzionalità che "per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali"³⁷³.

Si noti che la Corte costituzionale ha posto a sostegno della sua tesi anche la sentenza della Corte di Strasburgo nella parte in cui non ha dichiarato la violazione dell'articolo 1 Protocollo 1 della CEDU. Il Giudice delle leggi ha ripreso, infatti, la motivazione della sentenza *Maggio* nel punto in cui riconosce che la legge n. 296 del 2006 persegue un fine legittimo e cioè quello di armonizzare il sistema pensionistico così "evitando che i ricorrenti possano beneficiare di vantaggi ingiustificati"³⁷⁴. Proprio per questo la Corte costituzionale ha concluso che la declaratoria di infondatezza si poneva in continuità con la *sostanza*³⁷⁵ della sentenza della Corte di Strasburgo che ha negato accoglimento alla domanda dei ricorrenti di riconoscimento del criterio di calcolo della contribuzione ad essi più favorevole.

³⁷³ Corte Cost., sent. n. 264 del 2012, *considerato in diritto* § 5.3.

³⁷⁴ Corte Cost., sent. n. 264 del 2012, *considerato in diritto* § 5.4.

³⁷⁵ Sul punto si veda: A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)**, in *Giur. Cost.*, del 17 dicembre 2012.

2.4.3. La rilevanza della sequenza temporale delle pronunce e il conseguente diverso apprezzamento dei motivi imperativi d'interesse generale

Nell'analizzare la vicenda ora descritta va sottolineata anzitutto la fondamentale importanza della successione nel tempo delle pronunce delle Corti. Sulle cc.dd. *pensioni svizzere*, la sentenza della Corte costituzionale giunge, infatti, *in seguito* alla pronuncia della Corte europea dei diritti in merito alla medesima fattispecie a differenza di quanto era accaduto con riferimento alla vicenda del personale ATA ove la Corte costituzionale si era espressa solo *prima* della Corte di Strasburgo.

Le implicazioni di tale successione si comprendono chiaramente guardando alla struttura della sentenza n. 311 del 2009 rispetto a quella della n. 264 del 2012. Con riferimento all'articolo 117, primo comma, della Costituzione nella sentenza n. 311 la Corte costituzionale ripercorre la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito all'esistenza dei cc.dd. *motivi imperativi d'interesse generale* tali da giustificare un intervento legislativo attuato con una legge d'interpretazione autentica³⁷⁶ svolgendo così un vero e proprio controllo di "convenzionalità"³⁷⁷. Nella sentenza n. 264 la Corte costituzionale non ha svolto

³⁷⁶ La Corte ha citato numerosi precedenti della Corte EDU tra i quali il caso *Zielinski e altri c. Francia*, ove, sebbene la Corte non abbia inteso enunciare un divieto assoluto d'ingerenza del legislatore ha negato la sussistenza dei *motivi imperativi d'interesse generale* in quanto il mero rischio finanziario, non consentiva di per sé che il legislatore si sostituisse alle parti sociali del contratto collettivo, oggetto del contenzioso; inoltre, la Corte Cost. fece riferimento al caso *Forrer-Niederthal c. Germania* ove gli *imperativi motivi d'interesse generale* posti alla base dell'intervento governativo erano da ravvisarsi nella riunificazione della Germania, il caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* ove la legislazione retroattiva era stata usata per correggere un'imperfezione tecnica della legge interpretata, il caso *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia* del ove l'intervento stata poneva fine a un errore tecnico di diritto.

³⁷⁷ Puntualmente censurato dalla Corte di Strasburgo che, nella sentenza *Agrati e altri c. Italia* al § 62, ha affermato: "S'agissant de la décision de la Cour constitutionnelle, la Cour rappelle qu'elle ne saurait suffire à établir la conformité de la loi no 266 de 2005 avec les dispositions de la Convention".

un'analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, prendendo la sentenza del caso *Maggio* come il punto fermo dal quale partire e da cui semmai, discostarsi.

Nel caso delle cc.dd. *pensioni svizzere*, l'intervento della Corte costituzionale s'inserisce nel sistema del *dialogo tra le Corti* e costituisce, di fatto, l'ultimo tassello di questo dialogo. Con riferimento all'intervento della Corte costituzionale, nella sentenza in commento viene ripreso quanto già affermato nella sentenza n. 317 del 2009 ove il Giudice delle leggi aveva sottolineato che "la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali - compresi nella previsione generale ed unitaria dell'articolo 2 Cost. - si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea"³⁷⁸. In questo senso deve essere, infatti, letta l'affermazione secondo la quale "a differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una *valutazione sistemica*, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata"³⁷⁹.

³⁷⁸ Corte Cost., sent. n. 317 del 2009, *considerato in diritto* § 7.

³⁷⁹ Corte Cost., sent. n. 264 del 2012, *considerato in diritto* § 5.4, corsivi aggiunti. A questo proposito si deve osservare che la parte del giudizio *a quo* in cui si è inserito l'incidente di costituzionalità potrà rivolgersi alla Corte di Strasburgo dopo aver esperito i rimedi interni.

2.4.4. Il principio di uguaglianza come “controlimite”

Il bilanciamento operato dalla Corte costituzionale tra la norma convenzionale (*rectius*, l’articolo 117, primo comma, della Costituzione, che a essa rinvia), e i principi costituzionali è stato attuato impiegando il sistema dei cc.dd. “controlimiti”. Tale espressione appare forse impropria atteso che il termine è stato coniato dalla Corte costituzionale con riferimento ai principi supremi dell’ordinamento rispetto alle disposizioni del Concordato e al diritto dell’Unione europea e non con riferimento al sistema del Consiglio d’Europa e che potrebbe generare confusione sulla sua portata considerato che, invece, per la CEDU i limiti sono ben più ampi.

A partire dalle note sentenze gemelle e come ripreso in numerose altre sentenze è stato espressamente stabilito l’obbligo gravante sulla Corte costituzionale di non consentire che continui ad avere efficacia nell’ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale rientra nella fila del ragionamento secondo il quale “nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela” e ancora che: “il risultato complessivo dell’integrazione delle garanzie dell’ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall’incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali”³⁸⁰.

Quanto al valore costituzionale che, nel caso specifico, ha spinto la Corte costituzionale a bloccare l’ingresso nel nostro ordinamento della norma

³⁸⁰ Corte Cost., sent. n. 317 del 2009, *considerato in diritto* § 9.

convenzionale, come interpretata nella sentenza *Maggio*, esso è da ricercarsi nell'applicazione del principio di uguaglianza.

Con la sentenza in esame, infatti, è la Corte costituzionale a ergersi a tutela dell'equilibrio del sistema finanziario e, soprattutto, del principio di non discriminazione a differenza di quanto era avvenuto con riferimento alla vicenda del personale ATA ove era stata la Corte di Strasburgo, dichiarando la violazione della Convenzione, a rispondere alle esigenze di uguaglianza e proporzionalità che devono caratterizzare il sistema delle retribuzioni.

Con l'applicazione dell'articolo 1 comma 218 della legge d'interpretazione autentica n. 266 del 2005 si andava, infatti, a creare una disparità di trattamento tra il personale ATA che era alle dipendenze degli Enti Locali e quello aveva svolto le medesime mansioni presso il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca in quanto al primo non veniva conteggiata l'anzianità di servizio nel computo dello stipendio, mentre al secondo sì.

L'articolo 1 comma 777 della legge n. 296 del 2006, invece, ristabilisce la parità di trattamento tra lavoratori. È conforme, infatti, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità che alla medesima durata della prestazione di lavoro e al medesimo stipendio percepito corrisponda lo stesso valore di contributi versati. Se tale rapporto di proporzionalità manca, la pensione per le due categorie di lavoratori (nella fattispecie quelli che hanno lavorato in Svizzera e quelli che hanno lavorato in Italia), deve essere di un importo differente. Il rischio, che appare immediatamente, è quello di avallare, altrimenti, una prassi che consenta l'elusione della legislazione contributiva mediante lo svolgimento di lavoro in Stati aventi una legislazione contributiva più favorevole di quella italiana.

A ciò si aggiunga che la stessa Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione dell'articolo 1 Protocollo 1 della CEDU, che, si ricordi, tutela il diritto

di proprietà, nella sentenza sul caso *Agrati* e non in quella sul caso *Maggio*. Nel primo caso la dichiarazione di violazione del diritto di proprietà discendeva dal fatto che il diverso trattamento retributivo del personale ATA trasferito rispetto a quello rimasto alle dipendenze del M.I.U.R era la conseguenza dell'applicazione della legge d'interpretazione autentica con portata retroattiva. Nel caso *Maggio*, il riconoscimento della violazione in sede europea del solo articolo 6 della Convenzione e il mancato riconoscimento della violazione del diritto di proprietà si spiega guardando alla sentenza come il modo per la Corte EDU di condannare lo strumento (la legge d'interpretazione autentica), ma non il risultato che nella pratica consentiva di non creare una disparità tra chi aveva lavorato in Svizzera e chi non si era trasferito. Il giudice di Strasburgo ha, infatti, affermato che: "il ricorrente, di fatto, aveva versato in Svizzera contributi inferiori rispetto a quelli che avrebbe versato in Italia e che, pertanto, all'epoca aveva avuto l'opportunità di beneficiare di guadagni più sostanziosi. Inoltre, questa riduzione ha solamente uniformato la situazione, evitando che il ricorrente e chiunque si trovasse nella sua stessa situazione potesse beneficiare di vantaggi ingiustificati (in conseguenza della decisione di andare in pensione in Italia)"³⁸¹.

3. Principio d'irretroattività della legge civile, rapporti tra le Corti e parametri di legalità

Sebbene, dunque, come già accennato, nella quasi totalità dei casi che hanno visto la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo attestarsi su posizioni differenti, tale contrapposizione altro non era che la diversa graduazione di una tutela che entrambe le Corti garantivano, nella vicenda

³⁸¹ Sent. Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, cit., § 63.

seguita al caso *Maggio* sembra potersi parlare di un contrasto vero e proprio con riferimento all'utilizzo di leggi d'interpretazione autentica con portata retroattiva che s'ingeriscono in controversie pendenti di cui lo Stato è parte.

Laddove, infatti, la Corte europea ha affermato che, pur accettando che vi fosse un motivo di interesse generale, “non è convinta del fatto che esso fosse sufficientemente imperativo da superare i pericoli inerenti all'utilizzo della legislazione retroattiva, che ha l'effetto di influenzare la determinazione giudiziaria di una controversia pendente in cui lo Stato era parte” e che “lo Stato ha violato i diritti dei ricorrenti di cui all'Articolo 6 § 1 intervenendo in modo decisivo per garantire che l'esito del procedimento in cui esso era parte gli fosse favorevole”³⁸², la Corte costituzionale ha risposto che “nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti [...] rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro come sopra integrato *prevale quella degli interessi antagonisti*, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi *quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva*”³⁸³.

A ciò si aggiunga che le Corti si sono pronunciate sulla *medesima fattispecie*, avendo riguardo ai *medesimi parametri* (principio di parità delle armi e diritto di proprietà), giungendo a esiti opposti e producendo effetti differenti per chi le ha adite: da una parte si è obbligato lo Stato a indennizzare i lavoratori e dall'altra parte, mantenendo in vigore la legge d'interpretazione autentica con portata retroattiva, ai lavoratori non verrà riconosciuto alcun diritto d'indennizzo.

Tale contrasto, sembra essere giustificato dalla Corte costituzionale dalla differenza, intrinseca al sistema delle due Corti, tra una tutela “parcellizzata” –

³⁸² Sent. Corte EDU *Maggio e altri c. Italia*, cit. §§ 47 e ss, corsivi aggiunti.

³⁸³ Corte Cost., sent. n. 264 del 2012, *considerato in diritto* § 5.3, corsivi aggiunti.

quella della Corte di Strasburgo - e una tutela "di sistema" - come è, invece, quella garantita dalla Corte costituzionale stessa. Infatti, nella sentenza n. 264 del 2012, la Corte costituzionale, proprio ribadendo il suo ruolo di *Corte di sistema*, ha confermato di voler effettivamente esercitare quel sindacato sulla costituzionalità delle norme convenzionali prefigurato dalle sentenze gemelle del 2007 e sottolinea che l'esercizio di questo bilanciamento è necessario, da una parte, per salvaguardare il *sistema nel suo complesso* - e, si noti, che la tutela del "sistema" passa attraverso la preminenza del principio di uguaglianza - e, d'altra parte, per garantire i diritti fondamentali in una prospettiva di *tutela integrata*.

Deve quindi concludersi, con riferimento alla portata delle garanzie di cui all'articolo 6 CEDU in materia di principio di legalità, che esse si sono tradotte in uno stretto scrutinio sulla possibilità di intervento da parte dei governi nazionali con lo strumento delle leggi d'interpretazione autentica.

Sebbene, infatti, tale strumento consenta di rispettare il principio di legalità *formale*, non soddisfa le esigenze *sostanziali* che il principio implica a livello europeo sovranazionale. L'utilizzo della legge come strumento per ingerirsi in controversie pendenti in cui lo Stato è parte rappresenta un *escamotage* che la Corte di Strasburgo ha mostrato di non voler tollerare. La scelta di riconoscere sussistenti gli imperativi motivi di interesse generale che giustificano la legislazione retroattiva solo con riferimento a casi eccezionali - si rammenti il caso *Forrer-Niederthal c. Germania* riguardante le conseguenze della riunificazione della Germania - rende evidente come la Corte EDU guardi a tale prassi con sfavore.

Altrettanto evidente è che l'atteggiamento interno è attestato su posizioni decisamente differenti. Ciò si evince dalle difese del Governo che a Strasburgo hanno fatto valere ragioni di mera opportunità chiarificatrice e dalla posizione della nostra Corte costituzionale. In molteplici decisioni, infatti, essa ha dato

rilievo alla forma con la quale lo Stato si è espresso e non ha riscontrato nella prassi delle leggi d'interpretazione autentica alcuna inopportunità; ciò anche quando gli interessi in gioco erano meramente economici e non certo posti alla salvaguardia di valori quali la certezza del diritto o il legittimo affidamento.

Capitolo V

LA PROSPETTIVA INTEGRATA DELLE GARANZIE DEL PRINCIPIO IN MATERIA PENALE

1. Il principio *nullum crimen sine lege* nella giurisprudenza della Corte EDU sull'articolo 7 della Convenzione

Il principio di legalità in materia penale è sancito dall'articolo 7 della CEDU rubricato per l'appunto *nulla poena sine lege*³⁸⁴. La formulazione di tale articolo rispecchia sostanzialmente quella dell'articolo 11 § 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sostanziandosi primariamente sul divieto di retroattività della norma penale.

Il principio *nullum crimen sine lege* è riconosciuto dalla stessa Corte europea dei diritti come “an essential element of the rule of law”, e, nell'accezione minima riconducibile al divieto di retroattività della legge penale sfavorevole, è tale da occupare “a prominent place in the Convention system of protection”³⁸⁵. Appartiene cioè al c.d. *nocciolo duro* della Convenzione.

Il principio si specifica nell'esigenza che l'*an*, il *quomodo* e il *quantum* della punizione trovino il proprio fondamento in una legge, nazionale oppure

³⁸⁴ Sul punto, A. BERNARDI, *Sub Art. 7*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2001, p. 251; P. ROLLAND, *Article 7*, in L. E. Petitti- E. Decaux - P.H. Imbert (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Parigi, 1995, p. 293; V. MANES, *Sub Art. 7* in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2012, p. 257.

³⁸⁵ Sent. Corte EDU, *Liivik c. Estonia*, ric. n. 12157/05 del 25 giugno 2009, § 92.

internazionale, già in vigore al momento del fatto. Peraltro, al secondo paragrafo dell'articolo in commento si prevede un'eccezione al principio appena esposto, consentendosi la punizione della persona responsabile di un fatto che, al momento in cui è stato commesso, doveva considerarsi criminale secondo i principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili³⁸⁶.

Il dato testuale dell'articolo 7 CEDU fa, dunque, precipuo riferimento al solo principio d'irretroattività della legge penale sfavorevole, ma giurisprudenza e dottrina sono unanimi nel ritenere che esso consacri, più in generale, i principi di legalità del reato e della pena.

Come detto, la concezione della legalità penale che emerge dalla formulazione della norma e dall'interpretazione giurisprudenziale che ne ha dato la Corte di Strasburgo "non sembra coincidere del tutto con quella generalmente accolta negli ordinamenti penali continentali, ma appare invece dotata di aspetti e caratteristiche peculiari che la rendono in qualche modo più «debole»"³⁸⁷.

Oltre all'assenza di riferimenti agli altri corollari del principio di legalità in materia penale che la dottrina penalistica tradizionalmente distingue non vi è alcun riferimento alla legalità in senso formale³⁸⁸. Ciò non stupisce per i motivi

³⁸⁶ Deve rilevarsi che la Corte EDU si è avvalsa di tale deroga in casi concernenti fatti avvenuti durante la guerra mondiale o nell'immediato dopo guerra. Sul punto si veda D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Article 7: freedom from retroactive criminal offences and punishment*, in D. Harris - M. O'Boyle - C. Warbrick (Ed.), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2009 (Second edition), p. 339

³⁸⁷ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 57.

³⁸⁸ Con riferimento, in particolare al termine legge indicato nella rubrica dell'articolo 7 CEDU deve rinviarsi, infatti, a quanto affermato in precedenza sul concetto di *law* nell'ambito della Convenzione (si veda *supra* § 2 del presente Capitolo). In particolar modo deve ricordarsi quanto affermato con riferimento alla ricomprensione in tale concetto tanto del diritto scritto, quanto di quello giurisprudenziale e che entrambe le fonti del diritto devono possedere quelle caratteristiche di *accessibility* e *predictability* di cui si è detto. Da ultimo non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a

che si sono indicati sopra con riferimento al significato del termine *legge* in ambito convenzionale, ma impone di ragionare sulle conseguenze garantistiche connesse a tale configurazione.

Il ridimensionamento della portata del principio - la sua asserita "debolezza" - deriva da una pluralità di cause: la mancanza dell'esplicito riconoscimento dei corollari quali il principio di determinatezza e il divieto di analogia *in malam partem*; la concezione della legge che ricomprende il diritto giurisprudenziale oltre a quello scritto e che affianca al "diritto interno" anche quello internazionale³⁸⁹; la previsione di cui al secondo paragrafo dell'articolo 7 CEDU che prevede che non potrà mai essere considerata contraria al principio di legalità una condanna per un'azione o omissione considerata criminale in base ai "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili" anche in assenza di un'espressa previsione sia nazionale sia internazionale³⁹⁰.

Appare, inoltre, chiaro che il principio della riserva di legge sia del tutto estraneo alle garanzie del principio di legalità in materia penale nel sistema convenzionale: "anche a voler restringere al massimo la portata di tale constatazione, dunque, non si potrebbe fare a meno di ammettere che il principio di legalità in ambito europeo deve dirsi rispettato nella sua essenza, al

condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Sent. Corte EDU, *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, [GC], ric. nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98 del 22 marzo 2001, § 50).

³⁸⁹ Ciò consente al giudice nazionale di condannare un soggetto per violazione dei cc.dd. *crimini internazionali* costituenti reato secondo il diritto internazionale consuetudinario o convenzionale e non anche per il diritto interno.

³⁹⁰ L'indeterminatezza di tale previsione ha suscitato perplessità in dottrina che ha sottolineato il rischio di indebolimento del principio di legalità previsto al paragrafo 1 dell'articolo 7 CEDU. Entro tale vago riferimento alcuni hanno ricompreso, infatti, i principi generalmente riconosciuti dai singoli stati contraenti, altri i principi consuetudinari del diritto internazionale, altri ancora i principi comuni in materia di *crimina iuris gentium*. Deve rilevarsi come siano state rare le applicazioni dell'articolo 7 § 2 CEDU e connesse principalmente al periodo bellico e con riferimento a crimini gravissimi. Sul punto si vedano la sentenza della Corte EDU *De Becker c. Belgio*, ric. n. 241/56 del 27 marzo 1962 e la decisione della Commissione *Touvier c. Francia*, ric. n. 29420/95 del 13 gennaio 1997.

di fuori dell'incidenza del diritto internazionale, qualora la punibilità di un comportamento si fondi sulla legge, o, nei paesi di *common law* su incriminazioni già consolidate nella giurisprudenza nazionale³⁹¹.

Ai fini del prosieguo della trattazione è necessario ricostruire la portata dei restanti corollari del principio per poter analizzare correttamente i casi limite ove la sua applicazione ha finito per scontrarsi con le esigenze degli ordinamenti nazionali quali quelle di certezza del diritto, di legittimo affidamento e di difesa soprattutto con riferimento al ruolo della giurisprudenza. Preliminare a ogni ricostruzione è l'esigenza di delimitare il campo di applicazione della disposizione convenzionale analizzando che cosa s'intende per *materia penale* ai sensi della Convenzione.

1.1. La "materia penale" ai sensi della Convenzione

Per guardare al concetto di *materia penale* devono essere abbandonate le istanze formalistiche-definitorie proprie del nostro ordinamento (si pensi agli articoli 17 e 39 del codice penale): la *materia penale* cui l'articolo 7 CEDU³⁹² fa riferimento è stata collegata dalla giurisprudenza della Corte EDU alla previsione di cui all'articolo 6 della CEDU, per questo le garanzie relative ai reati devono ritenersi applicabili a tutta la materia penale.

Quanto alla definizione di *criminal matter* il Giudice europeo si è espresso copiosamente sul punto: l'esigenza di risolvere tale questione definitoria è, infatti, essenzialmente, pratica. Qualora i concetti di reato, pena e accusa penale venissero interpretati alla luce del solo diritto interno di ciascun Stato membro,

³⁹¹ E. NICOSIA, *op. cit.*, p. 63.

³⁹² Gli articoli della Convenzione ove si fa riferimento alla *materia penale* sono - oltre agli articoli 6 (nell'ambito del diritto ad un processo equo) e 7 oggetto della trattazione - l'articolo 4 del Protocollo n. 7 che sancisce il principio del *ne bis in idem*, l'articolo 2 del Protocollo n. 7 che sancisce il diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale e l'articolo 3 del Protocollo n. 7 che sancisce il diritto al risarcimento in caso di errore giudiziario.

assumerebbero un contenuto diverso a seconda dello Stato di volta interessato dalla pronuncia della Corte EDU andando evidentemente contro all'esigenza di assicurare uno *standard* minimo comune e l'eguaglianza nella tutela dei diritti fondamentali. La Corte EDU ha affermato, infatti, che "the legal characterization of the procedure under national law cannot be the sole criterion of relevance for the applicability of the principle [...]. Otherwise, the application of this provision would be left to the discretion of the Contracting States to a degree that might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention"³⁹³.

Per questa ragione la nozione di *materia penale* costituisce una di quelle cc.dd. *nozioni autonome*³⁹⁴ che individuano il contenuto dei concetti rilevanti nell'ambito della Convenzione.

Tre sono i criteri che la Corte europea dei diritti ha individuato per riconoscere se si è in presenza di una *materia penale* ai sensi della CEDU: si tratta dei cc.dd. *Engel criteria*, dal nome della celebre pronuncia della Corte di Strasburgo ove per la prima volta sono stati indicati³⁹⁵.

Il primo criterio è rappresentato dalla *qualificazione formale della fattispecie nell'ordinamento interno*. Occorre verificare innanzitutto se il procedimento, la sanzione o l'illecito - a seconda della norma convenzionale di cui si lamenta la

³⁹³ Sent. Corte EDU, *Zolotukhin c. Russia*, [GC], ric. n. 14939/03 del 10 febbraio 2009, § 52.

³⁹⁴ Con riferimento a tale nozione deve rilevarsi come Corte EDU, nello stabilire quale sia la portata delle garanzie convenzionali, tenga in particolare considerazione lo scopo e l'oggetto della Convenzione (in ossequio all'interpretazione c.d. teleologica individuata nella Convenzione di Vienna del 1963 in materia di criteri interpretativi dei trattati internazionali - articolo 31). Ha avuto così origine l'elaborazione da parte della Corte di criteri definitivi *propri e diversi* rispetto a quelli utilizzati dai vari ordinamenti nazionali: più che di una scelta, si è trattato, quindi, di una vera e propria necessità. Si è potuto assistere alla predisposizione ad opera della Corte di Strasburgo di un linguaggio giuridico proprio in grado di consentirle un'interpretazione uniforme della Convenzione nei confronti di tutti gli Stati contraenti. Sul punto si veda B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., p. 79.

³⁹⁵ Sent. Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/718, 5102/71, 5354/72, 5370/72 del 8 giugno 1976.

violazione nel caso di specie – siano formalmente qualificati dall'ordinamento come penali.

Tale assunto non è altro che il punto di partenza per la valutazione della Corte di Strasburgo, in quanto il fatto che un illecito, sanzione o procedimento abbia una qualifica differente non preclude alla Corte di riqualificarli. Il riconoscimento a livello interno, tuttavia, agevola la Corte EDU nel senso che, qualora vi sia una siffatta qualificazione di diritto interno, essa evita di procedere all'analisi della "sostanza" dell'illecito (o sanzione o procedimento), ritenendo applicabili le garanzie convenzionali³⁹⁶.

Il secondo e il terzo criterio guardano alla sostanza della previsione e consentono di superare le definizioni formali.

Il secondo criterio rimanda alla *natura dell'infrazione o dell'illecito*. Innanzitutto, peso preponderante nella valutazione della Corte EDU hanno gli interessi che sono oggetto di tutela da parte della norma: laddove si tratti di interessi generali normalmente tutelati dal diritto penale la Corte EDU ammette la natura sostanzialmente penale dell'illecito. A questo riguardo vengono in rilievo anche gli scopi – dissuasivi e repressivi – perseguiti dalle disposizioni. Inoltre, particolare attenzione è posta dalla Corte EDU alla generalità del precetto e dai suoi destinatari: il fatto che un illecito sia previsto da una norma indirizzata alla generalità dei cittadini piuttosto che ad un gruppo in particolare può giocare un ruolo importante nello scrutinio dei giudici³⁹⁷.

³⁹⁶ Al § 81 della sentenza *Engels* si legge, infatti, che: "*the «autonomy» of the concept of «criminal» operates, as it were, one way only*".

³⁹⁷ C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, CEDAM, Padova, 2001, p. 128.

Il terzo criterio, infine, fa riferimento, alla *natura e gravità della sanzione*: la prima da valutarsi con riferimento agli scopi perseguiti e la seconda guardando ai profili sostanzialmente contenutistici della stessa³⁹⁸.

Quanto alla gravità della sanzione deve farsi riferimento alla differenza tra sanzione detentiva, che importa una presunzione di gravità della sanzione³⁹⁹, e sanzione pecuniaria, sottoposta a scrutinio più stringente da parte della Corte EDU che tuttavia ha riconosciuto quale indice di gravità anche il solo considerevole ammontare della stessa⁴⁰⁰. Con riferimento a quest'ultimo tipo di sanzione la Corte di Strasburgo ha valutato una pluralità di fattori oltre alla quantificazione economica, quali la menzione nel casellario giudiziale e la possibilità di conversione in pena detentiva limitativa della libertà in caso d'inadempimento.

Da ultimo, deve rilevarsi come la Corte di Strasburgo si sia espressa in più occasioni affermando che il secondo e il terzo criterio debbano essere considerati *alternativi* e non cumulativi con ciò intendendo che basta che ricorra uno solo di essi per ritenere applicabili le garanzie convenzionali in materia penale⁴⁰¹.

³⁹⁸ Deve notarsi come lo scopo della sanzione pare avere acquisito una posizione centrale nella valutazione della Corte: la finalità repressiva della sanzione ha assunto, infatti, un ruolo indubbiamente da protagonista. Sul punto si vedano V. MANES, *Sub Art. 7, cit.*, p. 263 e la sent. Corte EDU, *Lauko c. Slovacchia*, ric. n. 26138/95 del 2 settembre 1998.

³⁹⁹ Tale presunzione non esclude che vi possano essere delle eccezioni. Sul punto si veda V. MANES, *Sub Art. 7, cit.*, p. 265.

⁴⁰⁰ La *natura* e la *gravità* della sanzione devono essere valutate in relazione al massimo edittale della sanzione; se è vero, infatti, che la sanzione concretamente applicata rientra fra gli elementi presi in considerazione dalla Corte nel suo accertamento, importanza primaria, però, andrebbe accordata alla sanzione in astratto comminata dalla legge.

⁴⁰¹ Sul punto si veda la sentenza Corte EDU, *Lutz c. Germania*, ric. n. 9912/82 del 25 agosto 1987 ove si legge che "the second and third criteria adopted in the judgments in the Engel and Others case and the Öztürk case are alternative and not cumulative ones: for Article 6 (art. 6) to apply in virtue of the words "criminal charge", it suffices that the offence in question should by its nature be "criminal" from the point of view of the Convention, as in the instant case, or should have made the person concerned liable to a sanction which, in its nature and degree of

Amplissima è la casistica giurisprudenziale in cui la Corte di Strasburgo ha esteso la portata della *materia penale*, e non questa la sede per approfondire secondo quali direttrici. Ciò che rileva, tuttavia, è notare il *carattere funzionale* di tale qualificazione: sono spesso le specificità del caso concreto, infatti, a portare la Corte EDU a qualificare una misura come sostanzialmente penale e ad ampliare, di conseguenza, la portata delle garanzie penalistiche⁴⁰².

1.2. Il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole

Dopo aver indicato l'ambito di applicazione del principio di legalità si deve passare ad analizzare i suoi formanti e poi, i suoi corollari.

L'articolo 7 CEDU vieta espressamente l'applicazione di una norma che crei un illecito penale qualificando come reato un'azione od omissione che non erano tali al momento della loro commissione. La giurisprudenza è concorde nel far rientra in tale previsione anche il divieto di ultrattività della norma con ciò impedendo che continui ad essere applicata una norma penale abrogata o modificata *in melius* dopo l'abrogazione o la modifica.

Con riferimento alla portata del mutamento giurisprudenziale *in malam partem* quella concezione debole del principio di legalità aveva portato la Corte a esprimersi raramente nel senso della rilevanza di un siffatto mutamento ai fini del riconoscimento di una violazione del principio di legalità, sul punto si veda, più diffusamente *infra* § 2..

severity, belongs in general to the «criminal» sphere". Qualora, tuttavia, l'analisi separata di ciascun criterio non sia sufficiente per giungere alla conclusione circa la sussistenza di un'accusa penale la corte EDU ha fatto riferimento ai due criteri in senso cumulativo: sul punto si veda la sentenza Corte EDU *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01 del 23 novembre 2006.

⁴⁰² Deve, tuttavia, notarsi una certa propensione della Corte EDU a riconoscere la natura penale a procedimenti, sanzioni e illeciti qualificati come disciplinari, amministrativi, fiscali dagli ordinamenti nazionali, mentre l'atteggiamento del Giudice dei diritti muta con riferimento misure di prevenzione personali - vero e proprio campo di non intervento e alla confisca. Sul punto si veda, E. NICOSIA, *op. cit.*, p. 55.

Tale principio ha trovato applicazione anche in casi in cui la condanna inflitta dalle autorità statali per un fatto in ragione del determinarsi di un determinato evento successivo alla commissione del fatto stesso⁴⁰³.

Infine, deve rilevarsi come tale principio non riguardi solo i reati, ma anche le pene. Anche tale concetto deve ritenersi svincolato dalle qualificazioni degli ordinamenti interni. Essa consiste in generale in una misura imposta in conseguenza della condanna per un illecito penale, ma vigono per la sua qualificazione i criteri che sono stati esposti *supra* in materia di determinazione della *materia penale*⁴⁰⁴. Deve rilevarsi come la giurisprudenza in materia di nulla pena sine lege si sia incentrata più spesso con riferimento alla modifica della qualificazione della sanzione che in merito alla sua effettiva applicazione retroattiva. La Corte di Strasburgo ha dovuto, in più occasioni, valutare la compatibilità a Convenzione dell'applicazione di una misura sanzionatoria giustificata dallo Stato convenuto proprio in ragione della mancata qualificazione della stessa in termini di *pena* nel diritto interno⁴⁰⁵.

1.3. Il principio di tassatività e sufficiente determinatezza della fattispecie penale

Il principio di determinatezza della fattispecie penale s'inscrive in pieno nel principio di legalità con riferimento precipuo al requisito di prevedibilità.

⁴⁰³ Dec. Corte EDU, *Baragiola c. Svizzera*, ric. n. 17265/90 del 21 ottobre 1993 e sent. Corte EDU, *Veeber c. Estonia* (n. 2), ric. n. 45771/99 del 21 gennaio 2003, § 34-37.

⁴⁰⁴ Valgano quali esempi chiarificatori la qualificazione come pena dell'ordine di confisca emanato insieme a una condanna di pena detentiva e il prolungamento di pena detentiva finalizzato a garantire il pagamento di un'ammenda.

⁴⁰⁵ Sul punto si vedano le sentenze Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90 del 26 febbraio 1995 in tema di confisca e *Jamil c. Francia*, ric. n. 15917/89 del 8 giugno 1995 in tema di aumento di pena detentiva per il pagamento di un'ammenda. In merito all'applicazione retroattiva della pena la cui natura non era contestata si veda la sentenza Corte EDU, *Ecer e Zeyrek c. Turchia*, ric. nn. 29295/95 e 29363/95 del 27 febbraio 2001.

Con riferimento alla chiarezza del precetto penale, afferma la Corte EDU che l'articolo 7 § 1 "non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato. Consacra altresì, in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro"⁴⁰⁶.

Tale principio può dirsi rispettato allorché ciascuno sia messo in grado in base alla formulazione della pertinente disposizione e, se del caso, avvalendosi della relativa interpretazione da parte dei tribunali, di conoscere quali azioni od omissioni possano comportare responsabilità penale.

La portata del principio è stata ridimensionata dalla Corte stessa che in materia di determinatezza non ha assunto un atteggiamento rigoroso. Nel caso *Cantoni c. Francia* ove ha ammesso che "il testo delle leggi non può [...] presentare una assoluta precisione. Una delle tecniche normative tipiche consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Così numerose leggi si servono per forza di cose di norme più o meno elastiche, al fine di evitare una rigidità eccessiva e di potersi adattare ai mutamenti di situazione"⁴⁰⁷.

La Corte EDU ha riconosciuto, dunque, che residua sempre ed inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria essendo possibile che vi siano dei punti oscuri delle formulazioni normative nonché l'esigenza di adeguarsi all'evoluzione del contesto e ai cambiamenti di situazione.

Con precipuo riferimento al ruolo della giurisprudenza in materia penale, inoltre, la Corte di Strasburgo ha affermato che sebbene via sia una differenza tra Paesi di *common law* e paesi "continentali" essa si sostanzia in un

⁴⁰⁶ Sent. Corte EDU, *Kokkinas c. Grecia*, ric. n. 14307/88 del 25 maggio 1993, § 52.

⁴⁰⁷ Sent. Corte EDU, *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91 del 15 novembre 1996, § 31.

diverso ruolo esercitato dalla legge scritta e dalla giurisprudenza: la legge scritta riveste importanza nei primi, la giurisprudenza gioca, invece, tradizionalmente un ruolo considerevole nei secondi “à telle enseigne que des branches entières du droit positif y résultent, dans une large mesure, des décisions des cours et tribunaux”⁴⁰⁸. E ancora che, in un assetto ordinamentale ove vige il diritto scritto, “la «loi» est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l’ont interprété en ayant égard, au besoin, à des données techniques nouvelles”.

La funzione decisionale svolta dalle giurisdizioni nazionali è necessaria poiché la Corte EDU è ben consapevole che “aussi clair que le libellé d’une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe inmanquablement un élément d’interprétation judiciaire” e che essa “faudra toujours élucider les points douteux et s’adapter aux changements de situation. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s’accompagne parfois d’une rigidité excessive”. Partendo da questi presupposti la Corte EDU riconosce la necessità che il diritto “s’adapte[r] aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l’interprétation et l’application dépendent de la pratique”⁴⁰⁹. Ciò a patto che “il risultato sia coerente con la sostanza dell’illecito e ragionevolmente prevedibile”⁴¹⁰.

1.4. Il divieto di analogia

Ulteriore corollario del principio di legalità è il divieto di analogia *in malam partem* che impone di non interpretare la legge penale in maniera estensiva a svantaggio dell’imputato e di non ricorrere all’analogia. A tale

⁴⁰⁸ Sent. Corte EDU, *Kruslin c. Francia*, ric. n. 11801/85 del 24 aprile 1990, § 29.

⁴⁰⁹ Sent. Corte EDU, *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04 del 12 febbraio 2008, § 141.

⁴¹⁰ Sent. Corte EDU, *C.R. c. Regno Unito*, ric. n. 20190/92 del 21 novembre 1995, § 34.

proposito la Commissione ha affermato la propria competenza a sindacare l'interpretazione della legge penale nazionale effettuata dalle giurisdizioni interne qualora essa abbia avuto come conseguenza l'applicazione analogica di una norma penale.

Nella sentenza sul caso *Coëme e altri c Belgio* si legge, infatti, che: "S'il [il principio *nullum crimen sine lege*] interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie"⁴¹¹.

È stato autorevolmente affermato che la giurisprudenza della Corte EDU abbia delineato un obbligo di "interpretazione ragionevole"⁴¹² della norma penale che ha finito per costituire un sotto-criterio per valutare la prevedibilità della legge. Sono stati rari i casi in cui la Corte EDU ha reinterpretato in modo autonomo la legge nazionale denunciando l'interpretazione analogica datane dalle corti nazionali, essendosi più spesso pronunciata circa la prevedibilità o meno di un'interpretazione estensiva della stessa.

1.5. Il principio di retroattività della *lex mitior*

La portata garantista del principio di legalità è stata ulteriormente estesa dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento alla portata della norma penale sopravvenuta favorevole al reo.

Dal 1978 la Commissione europea dei diritti dell'uomo aveva ritenuto che, a differenza dell'articolo 15 § 1 del Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici, l'articolo 7 della Convenzione non sancisse il diritto di

⁴¹¹ Sent. Corte EDU, *Coëme e altri c Belgio*, ric. nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96) del 22 giugno 2000, § 145.

⁴¹² A. BENARDI, *Sub Art. 7, cit.*, p. 263.

beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato.

La Corte EDU, tuttavia, nel 2007 è intervenuta con un *overruling* e nella sentenza *Scoppola c. Italia (n.2)* ha riconosciuto che vi era stata un'evoluzione in materia nelle giurisprudenze delle Corti nazionali degli Stati contraenti che richiedeva – in ossequio al principio per cui la Convenzione deve essere interpretata ed applicata in modo da renderne le garanzie concrete e effettive, e non meramente teoriche ed illusorie – che il principio di retroattività della *lex mitior* fosse ricompreso nell'ambito delle garanzie convenzionali in materia penale. Per questo, la Corte EDU ha sancito il principio per cui quando la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato

In particolar modo secondo la Corte di Strasburgo “è coerente con il principio della preminenza del diritto, di cui l'articolo 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che il giudice di merito applichi ad ogni atto punibile la pena che il legislatore ritiene proporzionata. Infliggere una pena più severa solo perché essa era prevista al momento della perpetrazione del reato si tradurrebbe in una applicazione a svantaggio dell'imputato delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo. Ciò equivarrebbe inoltre a ignorare i cambiamenti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e continuare a infliggere pene che lo Stato e la collettività che esso rappresenta considerano ormai eccessive”⁴¹³.

⁴¹³ B. RANDAZZO, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 13 – 15 ottobre 2011.

2. L'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo

Da quanto detto circa la portata del principio del *nullum crimen nulla poena sine lege* e del contenuto del termine *legge* in ambito convenzionale deve notarsi come il “primo fondamentale corollario di questa impostazione, dunque, sia che la garanzia dell'irretroattività si applica anche al diritto giurisprudenziale e in particolare tanto alla «nuova interpretazione» giurisprudenziale su una normativa «oscura» quanto al mutamento giurisprudenziale sfavorevole e imprevedibile (il c.d. *overruling* con effetti *in malam partem*) perché entrambe le ipotesi possono essere equiparate all'introduzione di un nuovo precetto normativo”⁴¹⁴.

Tale principio, con precipuo riferimento al mutamento giurisprudenziale sfavorevole e imprevedibile è stato affermato dalla Corte di Strasburgo per la prima volta nella sentenza sul caso *S.W. c. Regno Unito*. In quell'occasione il ricorrente lamentava la violazione dell'articolo 7 della Convenzione poiché era stato accusato di violenza sessuale nei confronti della moglie in asserito contrasto con la giurisprudenza consolidata che ravvisava nel rapporto coniugale una causa di non punibilità per il reato di violenza sessuale.

La Corte EDU non dichiarò la violazione dell'articolo 7 CEDU in ragione della prevedibilità dell'evoluzione giurisprudenziale nel senso dell'incriminazione della violenza operata anche dal coniuge affermando che “*moreover, there was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This*

⁴¹⁴ V. MANES, *Sub Art. 7, cit.*, p. 274.

evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law”⁴¹⁵.

Più di recente la Corte EDU ha utilizzato la stessa argomentazione nella sentenza sul caso *Pessino c. Francia* ove ha riconosciuto la violazione dell’articolo 7 della CEDU in presenza di un mutamento giurisprudenziale e di un’incertezza interpretativa in ambito urbanistico. In quell’occasione la Corte di Strasburgo ha affermato che in ragione della mancanza di preve pronunce delle autorità nazionali in materia e del fatto che la decisione sfavorevole al reo era stata presa solo sulla base del riferimento ai lavori preparatori della legge in questione, non ravvisava la violazione dell’articolo 7 CEDU. In particolar modo riconobbe che “il en résulte que, faute au minimum d’une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible, les exigences de l’article 7 ne sauraient être regardées comme respectées à l’égard d’un accusé. Or le manque de jurisprudence préalable en ce qui concerne l’assimilation entre sursis à exécution du permis et interdiction de construire résulte en l’espèce de l’absence de précédents topiques fournis par le Gouvernement en ce sens”. La Corte EDU ha riconosciuto, inoltre, che “il résulte ainsi de tout ce qui précède que, même en tant que professionnel qui pouvait s’entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu’au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale”⁴¹⁶.

Alla luce di tali statuizioni circa l’impossibilità di prevedere il mutamento giurisprudenziale, la Corte dei diritti ha evidenziato attraverso la tecnica del *distinguishing* la differenza tra il caso in oggetto e il precedente *S.W. citato*: in quel caso l’*overruling* era stato ritenuto prevedibile in quanto “la Cour avait pris soin de noter dans ces arrêts [...] le caractère par essence avilissant du

⁴¹⁵ Sent. Corte EDU, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92 del 22 novembre 1995, § 43, corsivi aggiunti.

⁴¹⁶ Sent. Corte EDU, *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02) del 10 ottobre 2006, §§ 35 e ss.

viol, si manifeste que la qualification pénale de ces actes, commis par des maris sur leurs épouses, devait être regardée comme prévisible et non contraire à l'article 7 de la Convention, à la lumière des objectifs fondamentaux de celle-ci, «dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines»⁴¹⁷. Nel caso francese, invece, nulla faceva presumere il mutamento giurisprudenziale, essendo di fatto impossibile per il ricorrente prevederlo.

Con riferimento alla prevedibilità del mutamento giurisprudenziale, la Corte si muove secondo una direttrice che “sembra testimoniare un effetto di propagazione dello spirito di *common law* - e dell'esigenza di «prevedibilità sociale» ad esso sottesa - ben oltre l'ambito delle «norme di cultura» e lascia ritenere che a fronte di «reati artificiali» ed in assenza di *Kulturnorme* che possano orientare la condotta dei consociati - il mutamento giurisprudenziale possa essere persino «indiziato» di imprevedibilità entrando in collisione con la garanzia del *nullum crimen*”⁴¹⁸.

Da ultimo, con riferimento alle conseguenze che l'applicazione di tale estensione del principio comporterebbe nel nostro ordinamento, è stato osservato con riferimento al *judicial law* e, in particolare al ruolo dei mutamenti giurisprudenziali, che “se, per un verso [...] il contrasto di tipo *sincronico* (due o più interpretazioni difformi della medesima norma coesistono nel medesimo intervallo temporale) compromette gli obiettivi del principio di determinatezza, impedendo ai consociati di calcolare con sicurezza le conseguenze giuridico-penali della propria condotta, non meno «disturbante», su altri fronti, è il contrasto di tipo *diacronico* (*overruling*: una linea interpretativa «affermata» in un determinato lasso temporale viene smentita da una decisione successiva, che origina una «svolta» giurisprudenziale)”⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Sent. Corte EDU, *Pessino c. Francia*, § 37.

⁴¹⁸ V. MANES, *Sub Art. 7, cit.*, p. 275.

⁴¹⁹ 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*

Tale disturbo si estrinseca anche con riferimento ai mutamenti *in bonam partem*, come quello che si vedrà essere stato oggetto della pronuncia della Corte costituzionale n. 230 del 2012, nell'esclusione del rilievo penalistico di una determinata tipologia di comportamenti, previamente ritenuti illeciti. In un tale caso "la «sofferenza», del sistema si manifesta [...] in relazione ai giudicati di condanna formati in applicazione della linea interpretativa poi sconfessata", poiché "stride, in effetti, *prima facie*, col comune senso di giustizia che taluno si trovi ad essere irrevocabilmente condannato e a dover scontare una pena per un fatto che, di lì a poco, il massimo organo della nomofilachia e una giurisprudenza assolutamente uniforme – fermo restando il dato normativo – riconoscono essere, in realtà, penalmente lecito"⁴²⁰.

2.1. Prime rifrazioni⁴²¹ nell'ordinamento italiano del principio applicato al mutamento giurisprudenziale: la sentenza n. 18288 del 2010 della Corte di cassazione

Prima di analizzare i casi decisi più di recente dalla Corte EDU con riferimento al ruolo del mutamento giurisprudenziale appare interessante soffermarsi sulle prime rifrazioni del principio sancito dalla Corte europea nel nostro ordinamento tanto ad opera della Corte di cassazione quanto della Corte costituzionale.

Con la sentenza n. 18288/2010 la Corte di cassazione ha deciso un caso ove si era verificato un mutamento di giurisprudenza in materia di applicazione dell'indulto a condannati in uno Stato estero.

Il condannato era un cittadino straniero che aveva ottenuto il riconoscimento di una sentenza emessa all'estero al fine di poter scontare la

Corte di Strasburgo Nota a Corte costituzionale, 8 ottobre 2012 (dep. 12 ottobre 2012), n. 230, Pres. Quaranta, Rel. Frigo in Riv. Trim. Dir. Pen., nn. 3-4 del 2012, p. 166.

⁴²⁰ Ibidem.

⁴²¹ L'espressione è di V. MANES, *Sub Art. 7, cit.*, p. 276.

pena nel nostro ordinamento. Dopo l'inizio dell'esecuzione, egli chiese che gli venisse applicata la legge n. 241/2006 (di amnistia e indulto), ma tale richiesta fu rigettata da parte della Corte d'Appello di Milano in ossequio alla giurisprudenza di legittimità, allora prevalente, in base alla quale la pena detentiva inflitta con la sentenza straniera di condanna e posta in esecuzione in Italia non sarebbe condonabile poiché l'articolo 10 della Convenzione di Strasburgo sul trasferimento delle persone condannate stabilisce che lo Stato di esecuzione deve, in linea di principio, conformarsi alla natura giuridica e alla durata della sanzione così come stabilite dallo Stato di condanna, e l'articolo 12 del medesimo atto, avente natura eccezionale, non contempla espressamente l'indulto tra i benefici che lo Stato di esecuzione può accordare⁴²².

Sul punto intervennero, tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di cassazione che, modificando il proprio precedente orientamento, ammisero l'applicabilità dell'indulto anche a soggetti condannati all'estero in ragione di esigenze che tenevano conto della natura di clemenza del provvedimento e del principio di uguaglianza che deve essere assicurato tra i condannati in fase di esecuzione della pena. Alla luce di tale mutato orientamento, il condannato chiese nuovamente di essere ammesso a beneficiare dell'indulto.

La Corte di cassazione si espresse con la sentenza n. 18288/2010, essendo stata chiamata a decidere se "il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite renda ammissibile o no la riproposizione della

⁴²² Come riportato da F. BIONDI nel commento a tale sentenza *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, nota 1, si trattava di un orientamento giurisprudenziale costante della Cassazione: v., con riferimento all'applicazione dell'indulto concesso nel 2006, Cass., Sez. I, n. 10266/2008; Cass., Sez. I, n. 2106/2007; Cass., Sez. I, n. 47005/2007; Cass., Sez. I, n. 42420/2007; Cass., Sez. I, n. 40804/2007; Cass., Sez. I, n. 19444/2007; Cass., Sez. VI, n. 17804/2007; Cass., Sez. I, n. 19076/2007; Cass., Sez. I, n. 17583/2007. Posizioni dissonanti si ritrovano, invece, in qualche decisioni dei giudici di merito: v. Corte App. Roma, 21/9/2006, e Corte App. Catanzaro, 1/12/2006, in *Foro It.*, 2007, II, 60.

richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata"⁴²³ e diede una soluzione positiva a tale quesito.

La Corte di cassazione era certamente consapevole del compito che doveva svolgere che rinvenne precisamente nello "stabilire se il mutamento di giurisprudenza ad opera del massimo Organo di nomofilachia possa costituire quell'elemento di novità idoneo a superare la preclusione del cd. «giudicato esecutivo»"⁴²⁴.

Essa sostenne che la risposta affermativa fosse "imposta dall'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa comunitaria in senso conforme alle previsioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla Corte di Strasburgo"⁴²⁵. La Corte di cassazione fece precipuo riferimento alla statuizioni della Corte EDU in merito al principio di legalità e in particolare al concetto di legalità *materiale* entro il quale essa riconduce tanto il diritto di produzione legislativa quanto quello di derivazione giurisprudenziale.

L'elemento di novità per la Cassazione è rappresentato proprio dall'*overruling* delle Sezioni Unite stesse "che, modificando l'orientamento in senso negativo fino ad allora espresso dalla quasi unanime giurisprudenza di legittimità, hanno ritenuto applicabile l'indulto anche alle persone condannate all'estero e trasferite in Italia per l'espiazione della pena con la procedura stabilita dalla Convenzione di Strasburgo"⁴²⁶.

Sulla scorta dell'obbligo d'interpretazione convenzionalmente conforme gravante sui giudici in ragione delle sentenze gemelle, la Corte di cassazione ricondusse il diritto vivente alla "giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in

⁴²³ Sent. Corte di cassazione SS.UU. pen., n. 18288 del 21 gennaio 2010.

⁴²⁴ Ibidem.

⁴²⁵ Ibidem.

⁴²⁶ Ibidem.

ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall'ordinamento giudiziario"⁴²⁷.

Ritenne, infine, che costituisse nuovo "elemento di diritto" – ex articolo 666 c.p.p. – anche "il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il «diritto vivente»"⁴²⁸, dovendosi con ciò intendere quello che "assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima".

Il carattere di stabilità delle pronunce della Cassazione conferisce loro, dunque, quelle caratteristiche che la Corte EDU rinviene nel diritto vivente e che, quindi, costituiscono mutamento giurisprudenziale rilevante e inapplicabile retroattivamente "tanto più se tale operazione è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali"⁴²⁹.

Sul punto meritano di essere ricordate le critiche di chi, pur in accordo con l'esigenza di garantire l'uguaglianza dei condannati, dubitava dell'impianto teorico su cui si fondava la sentenza in ragione delle conseguenze che siffatto approccio comportava con riferimento alla soggezione del giudice alla sola legge nell'esercizio indipendente della sua funzione.

⁴²⁷ Nella sentenza citata, con riferimento alle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione si legge che "tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire «quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini». Per le decisioni di legittimità predomina sul «criterio quantitativo» quello «qualitativo del grado» e della funzione rivestiti dall'Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente «anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite», posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all'affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza".

⁴²⁸ Ibidem, corsivi aggiunti.

⁴²⁹ Ibidem.

La dottrina in materia ha osservato che il fatto “che il diritto di origine giurisprudenziale contribuisca alla costruzione del sistema normativo ormai non può essere contestato. Una volta svelata l’ideologia giuspositivista, secondo cui, ricorrendo alle regole dell’interpretazione, è possibile giungere ad una univoca soluzione nell’applicazione della legge al caso concreto, la maggioranza della dottrina ammette che il giudice, sia pure entro i limiti consentiti dal dato testuale, contribuisce alla «creazione» del diritto”⁴³⁰. Da ciò tuttavia, non trae la conclusione, che invece sembra essere quella della Cassazione che dà, nella sostanza, valore al precedente vincolante, peraltro definito tale dallo stesso organo che emana la sentenza. Siffatto atteggiamento della Cassazione ha sollevato dubbi poiché “se si impone a tutti i giudici di adeguarsi al principio di diritto espresso nella sentenza resa a Sezioni Unite, si viola il principio di indipendenza funzionale interna dei giudici”⁴³¹.

Inoltre, deve rilevarsi come acuta dottrina, avesse all’epoca sollevato ulteriori dubbi circa la trasposizioni di tali statuizioni in materia penale *sostanziale* affermando che “si aprirebbero scenari del tutto nuovi rispetto a una problematica, quella della retroattività occulta, che non ha storicamente trovato soluzione nelle strette maglie dell’applicazione dell’articolo 5 c.p.” riconoscendo, altresì, che “un progressivo riconoscimento della prospettiva convenzionale non farebbe che confermare il declino a cui sembra avviato il principio della riserva di legge anche negli ordinamenti continentali”⁴³².

⁴³⁰ F. BIONDI, *op. cit.*, p. 4.

⁴³¹ *Ibidem*.

⁴³² V. MANES, *Sub Art. 7, cit.*, p. 277 ove l’A. rinvia a F. PALAZZO, (voce) *Legalità* in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 3373 e ss, ove quest’ultimo A. nota il passaggio da un significato “storico” a uno “universale” del termine “law”.

2.2. Principio di legalità costituzionale e convenzionale a confronto: la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012

Con la sentenza n. 230 del 2012 – ove la Corte costituzionale si è, per alcuni, posta quale “novella Penelope, che mostra di voler tessere e sfilare, secondo occasionali convenienze, la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU”⁴³³ – essa si è espressa con riferimento alle conseguenze del mutamento giurisprudenziale operato dalla Corte di cassazione. In tale sede il Giudice delle leggi ha svolto alcune considerazioni di sistema che si ritengono di fondamentale importanza.

2.2.1. Il caso alla base della pronuncia del giudice delle leggi

La questione sottoposta al vaglio di legittimità sulla quale si è pronunciato il Giudice delle leggi con la sentenza n. 230 del 2012, era stata sollevata dal Tribunale di Torino che dubitava, tra l’altro, della conformità a Costituzione dell’articolo 673 c.p.p.⁴³⁴ nella parte in cui non prevedeva l’ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o del decreto penale di condanna o della sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti), in caso di mutamento giurisprudenziale, intervenuto con decisione delle Sezioni Unite

⁴³³ L’espressione è di A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte Cost. n. 230 del 2012)* reperibile sul sito www.diritticomparati.it. Si veda ivi, del medesimo autore *Ancora a margine di Corte Cost. n. 230 del 2012, post scriptum*.

⁴³⁴ L’art. 673 c.p.p. recita: “*Revoca della sentenza per abolizione del reato. 1. Nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell’esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti. 2. Allo stesso modo provvede quando è stata emessa sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere per estinzione del reato o per mancanza di imputabilità*”.

della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non era più previsto dalla legge penale come reato⁴³⁵.

La vicenda giurisprudenziale alla base dell'ordinanza del remittente atteneva, in particolare, alla definizione del campo di applicazione soggettivo della fattispecie criminosa prevista dall'articolo 6, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 ("Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"), come modificato dalla legge n. 94 del 2009 ("Disposizioni in materia di sicurezza pubblica").

Nella sua formulazione originaria la disposizione assoggettava a sanzione penale lo straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non avesse esibito un documento d'identificazione "ovvero" il permesso di soggiorno (o altro documento equivalente). Detta prescrizione era pacificamente applicata dalla giurisprudenza sia agli stranieri regolari, sia a quelli irregolari. La modifica legislativa del 2009 aveva sostituito alla disgiuntiva "ovvero" la congiunzione "e", rendendo così necessaria l'esibizione congiunta di entrambi i documenti, anziché alternativamente di uno solo di essi, al fine di non incorrere nel reato.

Tale sostituzione diede origine a un contrasto fra le Sezioni della Corte di cassazione circa la perdurante applicabilità della fattispecie criminosa in parola agli stranieri irregolarmente presenti sul territorio dello Stato, i quali, secondo l'orientamento più favorevole, proprio per la loro condizione irregolare, non avrebbero potuto in alcun modo ottemperare all'ordine di esibizione e sottrarsi alla commissione del reato, non essendo chiaramente in possesso del permesso di soggiorno o simili.

Le Sezioni Unite, con sentenza n. 16453/2011, risolsero il problema esegetico nel senso dell'inapplicabilità della fattispecie criminosa risultante

⁴³⁵ Quanto ai rapporti tra giudicato e sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo si vd. V. SCIARABBA, *Il giudicato e la Cedu. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, CEDAM, Padova, 2012.

dalla novella legislativa agli stranieri irregolari, stante la mutata *ratio* della nuova norma.

Nel giudizio incidentale, il giudice *a quo* era chiamato a pronunciarsi sull'istanza di revoca parziale di una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, formulata dal pubblico ministero sulla base del principio affermato dalle Sezioni Unite⁴³⁶.

I parametri che integravano l'articolo 117, comma 1, della Costituzione erano gli articoli 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 6 (diritto a un processo equo) e, soprattutto, 7 (*nulla poena sine lege*) della CEDU.

L'argomento, com'è noto, non era nuovo all'esame della Corte costituzionale che, in tema di principio d'irretroattività della legge penale o, meglio, di retroattività della legge penale più favorevole, si era espressa da ultimo con la sentenza n. 236 del 2011, sui cc.dd. *fratelli minori di Scoppola*.

In questo caso l'esigenza di applicare una disciplina più favorevole al reo nasceva non dalla sopravvenienza di una norma di favore, ma da un mutamento giurisprudenziale della Corte di cassazione che era intervenuto in seguito al passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna escludendo l'applicabilità ai fatti come quello oggetto della decisione di una norma incriminatrice prima considerata applicabile e, quindi in effetti, applicata.

Ciononostante il giudice *a quo* riteneva applicabili le norme convenzionali indicate.

In particolare, il rimettente riteneva che il nostro ordinamento dovesse adeguarsi al dettato della Corte di Strasburgo con riferimento al principio di retroattività della *lex mitior*, fatto rientrare nella portata dell'articolo 7 della

⁴³⁶ È, inoltre, bene notare che il fatto giudicato con la sentenza passata in giudicato era stato commesso in data successiva a quella di entrata in vigore della legge n. 94 del 2009 e, dunque, in un momento nel quale la norma incriminatrice di cui all'art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 286 del 1998 risultava già formulata nei termini attuali: il che escludeva l'applicazione dell'articolo 2 c.p.

Convenzione nella celebre sentenza resa contro l'Italia nel caso *Scoppola c. Italia* (n. 2) e che doveva integrare il parametro costituzionale poiché, secondo gli insegnamenti delle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, le norme della CEDU “devono essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione”⁴³⁷. Ancora, il rimettente riteneva che la tardiva liberazione del ricorrente del giudizio *a quo* costituiva violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza sancito dall'articolo 5 della CEDU e che la divergenza interpretativa delle disposizioni applicabili al caso di specie violava il diritto all'equo processo⁴³⁸.

Tale richiesta non appariva peregrina, secondo il giudice *a quo*, considerato che “la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto estensibile l'istituto anche al caso di sopravvenienza di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che affermi l'incompatibilità della norma incriminatrice interna con il diritto dell'Unione avente effetto diretto per gli Stati membri, stante la sostanziale equiparabilità di detta pronuncia – la quale impedisce in via generale ai giudici nazionali di fare applicazione della norma considerata – ad una legge sopravvenuta, con portata abolitrice del reato”⁴³⁹

⁴³⁷ Corte Cost., sent. n. 348 del 2007, *considerato in diritto* § 4.6.

⁴³⁸ Gli altri parametri asseritamente violati dalla norma oggetto erano, nella prospettazione del rimettente gli articoli 3 e 25 c. 2 della Costituzione che fondano il principio «di (tendenziale) retroattività della normativa penale più favorevole» (sent. n. 230 del 2012, *ritenuto in fatto*, § 1); il principio di eguaglianza di cui all'articolo 3 c. 1 della Costituzione in quanto persone che hanno commesso lo stesso fatto verrebbero ad essere trattate in modo diverso in ragione della circostanza, puramente casuale, dell'ordine di trattazione dei processi; l'articolo 13 della Costituzione perché la norma “privilegia[ndo] ragioni di «tutela dell'ordinamento» – quali quelle di certezza del diritto e di stabilità delle decisioni – rispetto a «precise esigenze di libertà della persona»” (sent. n. 230 del 2012, *ritenuto in fatto*, § 1), e, infine, l'articolo 27 c. 3 della Costituzione in quanto la perdurante esecuzione della pena non sarebbe più funzionale ad alcuno dei fini costituzionali cui essa dovrebbe tendere.

⁴³⁹ Corte Cost., sent. n. 230 del 2012, *considerato in diritto* § 5.

sebbene mai, in precedenza, la Corte costituzionale avesse riconosciuto una tale portata al mutamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione.

2.2.2. La dichiarazione d'infondatezza della q.l.c. con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU sull'articolo 7 CEDU

La Corte costituzionale dopo aver ricordato che la Convenzione riveste una posizione sub-costituzionale nel nostro sistema gerarchico delle fonti e che l'introduzione delle norme convenzionali nel nostro ordinamento è consentita a meno che esse non contrastino con altre norme sancite dalla Costituzione italiana e, ancora, che resta "la spettanza a questa Corte di un «margine di apprezzamento e di adeguamento», che - nel rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo - le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento in cui l'interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi"⁴⁴⁰, ha esaminato il merito della questione con precipuo riferimento alla portata del principio di legalità in ambito convenzionale.

Quanto alla questione di legittimità sollevata con riferimento all'articolo 117, comma 1, della Costituzione come integrato dall'articolo 7 della CEDU "la soluzione si presentava alquanto lineare e immediata, mancando in radice la norma convenzionale interposta invocata dal rimettente. Pare però a chi scrive che il giudice costituzionale abbia utilizzato questa sede come occasione per compiere affermazioni che non avrebbe avuto alcun bisogno di fare ai fini del rigetto della questione e che, contro l'economia della motivazione, rendono inutilmente complesso il ragionamento ivi svolto"⁴⁴¹.

Per risolvere la questione rilevante ai fini della soluzione del giudizio incidentale la Corte costituzionale ha dapprima ricostruito il parametro

⁴⁴⁰ Corte Cost., sent. n. 230 del 2012, *considerato in diritto* § 7.

⁴⁴¹ F. COLOMBI, *op. cit.*, p. 4.

interposto. Esso risultava dalla combinazione di due orientamenti della Corte europea sull'interpretazione dell'articolo 7 CEDU. Il primo, più recente, è quello che considera quale corollario implicito della citata norma convenzionale – che testualmente sancisce il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole, ma che è stata da tempo ritenuta espressiva del più generale principio di legalità dei reati e delle pene – il (diverso) principio di retroattività della norma penale più favorevole al reo⁴⁴². Il secondo, risalente e consolidato, è quello che interpreta il principio convenzionale di legalità penale in modo “sostanziale”, ricomprendendo nella nozione di “*law*” sia il diritto di fonte legislativa sia quello di origine giurisprudenziale.

L'equiparazione tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale fatta dalla Corte EDU autorizzava, secondo il giudice *a quo*, ad applicare il principio di retroattività della *lex mitior* anche alla successione di interpretazioni giurisprudenziali e non alla sola successione di leggi penali nel tempo, finendo per intersecare i due principi ora riportati.

A tale osservazione la Corte costituzionale risponde rilevando come i giudici di Strasburgo, nell'enunciare il principio di retroattività *in bonam partem* con riferimento alle leggi, lo hanno espressamente circoscritto a quelle “adottate prima della pronuncia definitiva”⁴⁴³, ponendo *il giudicato* quale *limite insuperabile* all'applicabilità di esso (diversamente da quanto prevede, nel nostro ordinamento, l'articolo 2, comma 2 c.p. per il caso di *abolitio criminis*).

La stessa limitazione avrà valore naturalmente – in forza di quella equiparazione fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, di cui si è detto – anche con riferimento ai mutamenti giurisprudenziali favorevoli, con la

⁴⁴² Sul punto si veda l'*overruling* nella sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2), [GC], ric. n. 10249/03 del 17 settembre 2009, ove la Corte EDU ha affermato che: “where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant”.

⁴⁴³ Sent. Corte EDU, *Scoppola c. Italia* (n. 2), *cit.*, § 109.

conseguenza che, pur ammettendo la necessità convenzionale di una loro applicazione retroattiva al pari delle leggi, ciò potrà avvenire solo fino a che sul caso non sia intervenuta una sentenza definitiva.

Ciò che più rileva è che la stessa Corte europea ha escluso che, in caso di sopravvenuta risoluzione di un contrasto giurisprudenziale da parte di un tribunale supremo nazionale, l'esigenza di assicurare la parità di trattamento possa prevalere sulle esigenze connesse all'intangibilità del giudicato.

Nella sentenza *Perez Arias c. Spagna*, la Corte EDU aveva, infatti, affermato che: "étendre le principe d'égalité en l'application de la loi à se qui résulte des décisions postérieurs impliquerait la révision des toutes les arrêts définitifs antérieurs qui seraient contradictoires avec plus récents, conduite qui serait contraire au principe de sécurité juridique"⁴⁴⁴.

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

Ciò consentì - e sarebbe stato bastevole - al Giudice delle leggi di concludere che la norma convenzionale interposta, invocata dal rimettente quale parametro di legittimità della disposizione interna, non avesse in realtà alcun riscontro nella giurisprudenza europea tale da integrare il parametro costituzionale.

È di particolare interesse notare come la Corte costituzionale abbia respinto la q.l.c. anche con riferimento all'asserita contrarietà all'articolo 3 della Costituzione della disposizione censurata ritenendo che non fosse discriminatoria la perdurante punizione di chi ha commesso un fatto che non costituisce reato

⁴⁴⁴ Sent. Corte EDU, *Pérez Arias c. Spagna*, ric. n. 32978/03 del 28 giugno 2007, § 27.

alla stregua del “diritto vivente” sopravvenuto, determinato da una decisione dell’organo della nomofilachia. Tali previsioni sono “coerenti con un sistema costituzionale che - conforme alla tradizione degli ordinamenti di *civil law* - non attribuisce efficacia vincolante, ma solo «persuasiva», al precedente giurisprudenziale e di contro ammette la ragionevole assegnazione di una forza derogatrice del principio di certezza del diritto, *sub specie* di intangibilità della *res iudicata*, a soli eventi oggettivamente «stabili» e di portata cogente «generale»: così l’abrogazione legislativa o la dichiarazione di incostituzionalità”⁴⁴⁵.

2.2.3. *L’obiter dictum della Corte costituzionale sul principio di legalità convenzionale*

Come si evince dalla lettura di quanto sopra il rinvio alla giurisprudenza della Corte EDU era da solo sufficiente per la dichiarazione d’infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all’articolo 7 CEDU.

Il Giudice delle leggi ha colto, invece, l’occasione per affermare che l’equiparazione fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, che caratterizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia, rende il principio convenzionale di legalità penale “meno comprensivo” del corrispondente principio costituzionale.

La Corte costituzionale ha fatto valere, “arrivando sostanzialmente a rivendicare il maggior pregio dell’opzione politico-istituzionale alla base del nostro assetto democratico *tout court*”⁴⁴⁶ e che al sistema convenzionale resta, infatti, estraneo il principio - di centrale rilevanza nell’ordinamento interno -

⁴⁴⁵ D. FALCINELLI, *La stabilità della norma scritta, la temporaneità della iuris dictio: statica e dinamica del “delitto” e del “castigo”* reperibile sul sito www.diritti-cedu.unipg.it, p. 6.

⁴⁴⁶ F. ROMOLI, *Prime annotazioni a Corte Cost. n. 230 del 2012. La legalità penale: Strasburgo e il “vallo italico”*, reperibile sul sito www.archiviopenale.it, p. 5.

della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'articolo 25, comma 2, della Costituzione⁴⁴⁷.

Da un tale confronto fra le due legalità emergerebbe, secondo la Corte costituzionale, un vero e proprio "scarto di tutela" tra quella assicurata dalla nostra Costituzione (maggiore) e quella derivante dalla Convenzione europea (minore). Tale "scarto di tutela [...] preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale"⁴⁴⁸ e impedisce, quindi, l'ingresso del principio di legalità convenzionale nel nostro ordinamento.

La Corte costituzionale sposa dunque quella concezione di stampo illuministico che vedeva nella legge l'espressione della volontà generale della nazione "manifestata dai rappresentanti degli interessi - in gran parte convergenti - delle varie parti della nazione, alla cui formazione tutti i cittadini avevano la possibilità e il diritto di concorrere paritariamente e, per ciò stesso, strumento infallibile di garanzia dei diritti umani attraverso la loro «giusta» limitazione"⁴⁴⁹.

Di seguito si riportano le critiche che sono state mosse alla sentenza riportata.

⁴⁴⁷ Corte Cost., sent. n. 230 del 2012, *considerato in diritto* § 7, ove si legge: "principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, 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".

⁴⁴⁸ Ibidem.

⁴⁴⁹ F. COLOMBI, *cit.*, p. 10 ove si rimanda anche a V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovra-nazionali*, CEDAM, Padova, 2008, 10, 15.

i. *Sul mancato riconoscimento da parte della Corte EDU del mutamento giurisprudenziale in favor*

La prima critica riguarda l'argomentazione di stretto merito della Corte costituzionale che, come notato da alcuni, sembrava avere la "necessità di dimostrare che i mutamenti di giurisprudenza registratisi in tale ambito non esprimano un vincolo giuridico insuperabile *dal punto di vista della CEDU*, vale a dire, a conti fatti, della giurisprudenza europea"⁴⁵⁰ fino a giungere alla conclusione, apparentemente lapidaria, per cui mai la Corte EDU ha riferito "in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza".

Deve notarsi, tuttavia, come vi è stato chi ha criticamente osservato che "la circostanza per cui «la Corte di Strasburgo non ha mai sinora riferito, in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza», ma solo alle leggi, non pare di per sé escludere l'applicabilità, ai sensi della Convenzione, del principio in questione anche al diritto giurisprudenziale"⁴⁵¹. Infatti, come peraltro lo stesso Giudice costituzionale riconosce, nel sistema convenzionale non c'è differenza fra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale. Una volta ricompreso il principio di retroattività *in mitius* fra le garanzie di cui all'articolo 7 CEDU, tale principio si applica ogniqualvolta esista una "base legale" ai sensi di tale articolo, dunque, anche se di origine giurisprudenziale.

Sul medesimo punto si è segnalato, inoltre, che "pare lecito dubitare della correttezza dell'affermazione della Corte costituzionale secondo cui anche il principio convenzionale di retroattività *in mitius* ammetterebbe deroghe

⁴⁵⁰ A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta*, cit., p. 3.

⁴⁵¹ F. COLOMBI, cit., p. 5.

oggettivamente giustificate (affermazione che era stata compiutamente elaborata nella sentenza n. 236 del 2011)”⁴⁵².

L’articolo 15 §2 della CEDU sancisce, come visto, l’inderogabilità delle garanzie di cui all’articolo 7 CEDU, cui è stato ora ricondotto il principio di retroattività *in mitius*, nemmeno in situazioni di urgenza.

A conferma di ciò si ricordi “nell’opinione dissenziente allegata alla sentenza *Scoppola*, i giudici di minoranza contestano duramente alla maggioranza di non aver tenuto in considerazione, nel ricondurre entro l’alveo dell’art. 7 Cedu il principio di retroattività *in mitius*, la differenza essenziale di fondamento e di importanza che corre fra questo principio e quello invece espressamente sancito nella disposizione (l’irretroattività della legge penale più severa e, quindi, la legalità dei reati e delle pene) e, così facendo, di aver stravolto la ratio dell’art. 7 Cedu, rendendo assoluto e inderogabile un principio che, per sua natura, non lo è”⁴⁵³.

ii. *Sulla maggior democraticità della riserva di legge*

La riserva di legge richiede *formalmente* che la disciplina di alcune limitazioni ammesse al generale godimento dei diritti fondamentali venga definita da una determinata fonte e cioè quella legislativa. Ciò in ragione non tanto della valutazione circa una miglior definizione dei requisiti di tipo contenutistico, ma con riferimento alle caratteristiche formali di tale fonte che, come si è visto, sono state ravvisate, per quanto qui interessa, dalla Corte costituzionale in garanzie di tipo procedurale inerenti tanto alle modalità di formazione dell’atto, quanto in ragione del controllo che su di essa può essere estrinsecato dal Giudice delle leggi stesso.

⁴⁵² F. COLOMBI, *cit.*, pp. 5 e 6.

⁴⁵³ *Ibidem*.

Quanto all'asserita maggior democraticità insita nell'istituto della riserva di legge si è osservato, tra l'altro che, la riserva di legge non è *ex* articolo 25 della Costituzione una riserva assoluta: essa fa riferimento alla legge, ma anche agli atti aventi forza di legge ed è per questo che la dottrina maggioritaria⁴⁵⁴ annovera tra le fonti del diritto penale sia il decreto legge, sia il decreto legislativo riconoscendo che per entrambe tali fonti sussiste di un controllo parlamentare in grado da garantire il rispetto della volontà delle minoranze e che sono entrambe parimenti sottoponibili al vaglio di costituzionalità ad opera della Corte costituzionale⁴⁵⁵.

La riserva di legge, non è dunque, nemmeno in materia penale una riserva d'assemblea e di tale dato non può non tenersi conto ragionando di democraticità.

Anche nello svolgimento dell'attività legislativa parlamentare sono state individuate "frequenti distorsioni"⁴⁵⁶ del procedimento che non depongono certo a favore di un garantismo insito nella procedura; si pensi ai cc.dd. *maxi emendamenti* supportati dalla questioni di fiducia

Tuttavia, non è solo da un punto di vista formale che è stata rilevata l'inadeguatezza della riserva di legge a rappresentare effettivamente gli

⁴⁵⁴ P. PITTARO, *Art. 25, co. 2 e 3*, in S. Bartole e R. Bin (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 2008, 256; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 54; M. GALLO, *Appunti di diritto penale, Vol. I, La legge penale*, Torino, 1999; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, 102 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011, 42; T. PADOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 1999, 22 ss; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2000, 41 ss.

⁴⁵⁵ La Corte costituzionale ha affermato il proprio sindacato sia sulla legge di delega, per quanto concerne l'adeguatezza dei principi e criteri direttivi in essa contenuti (sent. Corte Cost. nn. 224/1990 e 341/2007), sia sul decreto legislativo, per quanto attiene al rispetto degli stessi da parte del legislatore delegato (sent. Corte Cost. nn. 113/1972, n. 282/1989, n. 267/1999, n. 134/2003), sia sul decreto legge come convertito dalla legge di conversione, con riguardo alla sussistenza dei casi straordinari di necessità ed urgenza (sent. Corte Cost. nn. 29/1995, n. 171/2007 e n. 128/2008).

⁴⁵⁶ N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 318.

interessi e i bisogni della società: la crisi delle istituzioni democratiche ha, infatti, influito decisamente sulla fiducia dei cittadini nei confronti dell'istituzione parlamentare soprattutto come sede delle scelte politiche sottese alla definizione della ipotesi di criminalizzazione e, di conseguenza, del procedimento legislativo ordinario come mezzo idoneo alla trasposizione normativa di tali scelte. Appare chiaro che dietro questa crisi del Parlamento, vi è quella ancora più profonda del sistema partitico che, nel nostro Paese, si è accompagnata ad una seria perdita di autorevolezza e legittimazione delle classi dirigenti dei partiti stessi.

Quanto, invece, alla controllabilità da parte della Corte costituzionale, esso "sembra essere, allo stato, lo strumento che meglio degli altri consente alla riserva di legge di realizzare, *ex post*, la sua funzione di garanzia per l'individuo. Una garanzia, dunque, che si concretizza e diventa effettiva in un momento successivo ed antitetico a quello del controllo democratico"⁴⁵⁷.

Non si può nascondere, infine, come tale impostazione ponga in capo al giudice ordinario, e alla sua discrezionalità nell'esercitare la sua funzione di filtro rispetto all'instaurazione del giudizio costituzionale, l'effettivo controllo sulla legge con il limite, se di limite si può parlare, costituito dall'obbligo di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ F. COLOMBI, *cit.*, p. 19.

⁴⁵⁸ Tale operazione è stata definita "anomala" da M. LUCIANI, che ha affermato che il paradigma dell'"interpretazione conforme a [...] si è affermato, da tempo, in modo indiscusso, imponendo una lettura delle fonti, di volta in volta, "conforme a Costituzione", "conforme al diritto comunitario" (ora dell'Unione); "conforme a Convenzione" (europea dei diritti dell'uomo), "conforme al diritto internazionale". Queste forme di "interpretazione conforme a" hanno in comune il fondamento sull'esigenza di uniformazione del diritto al contenuto precettivo di fonti prevalenti su quelle interpretate in forza del principio gerarchico o di quello di separazione delle competenze. Ciascuna, però, presenta anche profili di specifica particolarità. [...] In questo modo, però: a) si è lacerata la legalità legale, non più semplicemente modellata (come si dovrebbe) dalla legalità costituzionale, ma da questa interamente sostituita; b) il giudice comune si è sostanzialmente sostituito al giudice costituzionale, rimpiazzando l'incidentalità e il controllo accentrato con un controllo para-diffuso di costituzionalità; c) il

Con riguardo al controllo del Giudice delle leggi, devono rilevarsi alcune difficoltà che caratterizzano il sindacato di costituzionalità degli atti aventi forza di legge i quali, come si è visto, rappresentano la parte preponderante della produzione legislativa anche in tema di diritti fondamentali. Controllo che per il decreto legge avviene in caso di “evidente mancanza”⁴⁵⁹, mentre sono finora sfuggiti ad un preciso scrutinio della Corte costituzionale i caratteri dei principi e criteri direttivi contenuti nella legge di delega. “La dichiarazione di incostituzionalità, finisce così per essere sostituita, in troppe circostanze, da un sindacato caso per caso, con effetti imprevedibili”⁴⁶⁰.

Pare quindi che si possa concludere affermando che la riserva di legge rinvii a una fonte che nel suo concreto funzionamento garantisce una tutela effettiva ed intensa non esclusivamente riconducibile alla democraticità cui la Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012 ha, invece, fatto, specifico rinvio.

giudice costituzionale, a sua volta, ha indebitamente ridotto il raggio di applicazione di una previsione che appare essenziale per la certezza del diritto come quella di cui all’art. 136 Cost., che impone l’annullamento delle leggi illegittime. Viene così esperita anche sul terreno della giurisdizione costituzionale una qualche forma di abdicazione, con la conseguenza che si sono determinati i medesimi effetti prodottisi sul piano della legislazione e concretatisi nella sollecitazione all’allargamento degli spazi reclamati dal giudice comune. La prova che tutto questo sia accaduto sta nel conclamato appannamento del sindacato incidentale di costituzionalità, che non solo è stato frequentemente segnalato dai Presidenti della Corte costituzionale in molte delle più recenti conferenze stampa di fine anno, ma è agevolmente registrabile anche solo sfogliando la Gazzetta Ufficiale, che ogni settimana ci consegna (relativamente) poche ordinanze di rimessione e (relativamente) poco significative. Per la verità, il fenomeno è così evidente che la stessa Corte costituzionale (a partire almeno dalla sent. n. 77 del 2007, in tema di *translatio iudicii*) ha mostrato qualche cenno di opportuno ripensamento, ma temo che occorrerà molto tempo perché si abbia una salda inversione di tendenza. Sino a che questa non si determinerà, eventuali eccessi di protagonismo della giurisdizione (comune) potranno passare anche da questo canale” in *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)* in *Rivista dell’associazione italiana dei costituzionalisti* n. 3/2012 del 3 luglio 2012 reperibile sul sito www.rivistaaic.it.

⁴⁵⁹ Sul punto si vedano le sent. Corte Cost. nn. 29 del 1995, 171 del 2007 e 128 del 2008. Da ultimo e con riferimento al limite dell’omogeneità si veda la n. 22 del 2012.

⁴⁶⁰ N. ZANON, *op. cit.*, p. 320.

iii. *Sulla forza del diritto giurisprudenziale*

La Corte costituzionale, con la sentenza *de qua*, sembra voler sottolineare la “necessaria «soggettività» del fenomeno interpretativo, rimarcando come l’indirizzo espresso dalla decisione delle Sezioni Unite, pur nella sua particolare forza «orientativa», resta intrinsecamente «instabile», potendo essere contraddetto in qualunque momento da qualsiasi giudice”⁴⁶¹. In tale prospettiva sembra voler ricordare ai giudici “che le pronunzie della Cassazione non vanno prese per oro colato e che la loro forza è pur sempre meramente «persuasiva», non autenticamente «prescrittiva», rimettendosi in tal modo a punto gli equilibri istituzionali: sia quelli di ordine generale, avuto cioè riguardo ai rapporti tra giudici ed altri poteri dello Stato (fugace, ma significativo, il richiamo al principio della separazione dei poteri) e sia quelli interni all’ordine giudiziario, segnatamente fra giudici di merito e giudice della legittimità”⁴⁶².

Alcuni hanno, tuttavia, sottolineato che la stessa Corte costituzionale, con riferimento proprio al diritto di derivazione convenzionale avesse riconosciuto una rilevanza differente alla produzione giurisprudenziale.

Il riferimento è alla sentenza n. 113 del 2011 ove la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede “un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario ai sensi dell’art. 46 paragrafo 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad un sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo”⁴⁶³. In tale occasione la Corte ha affermato, infatti, che “la necessità della riapertura andrà

⁴⁶¹ D. FALCINELLI, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶² A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta, cit.*, p. 1.

⁴⁶³ Corte Cost., sent. n. 113 del 2011, *considerato in diritto*, § 8.

apprezzata - oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata [...] - *tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta*⁴⁶⁴.

Ancor più rilevante quanto affermato nella sentenza n. 150 del 2012 dalla stessa Corte costituzionale ove si legge che l'intervenuto mutamento nella giurisprudenza della Corte EDU si poneva come un "un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta"⁴⁶⁵. *Novum*, che in quell'occasione impose alla Corte la restituzione degli atti al giudice *a quo*.

⁴⁶⁴ Corte Cost., sent. n. 113 del 2011, *considerato in diritto*, § 8.

⁴⁶⁵ A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta*, *cit.*, p. 1.

Capitolo VI

LE NOVITÀ DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA E IL LORO PROBLEMATICO IMPATTO SULL'ORDINAMENTO PENALE INTERNO

Dopo aver analizzato le statuizioni dei giudici interni in merito alle conseguenze del mutamento giurisprudenziale appare fondamentale riportare le statuizioni in materia della Corte di Strasburgo.

Sul punto verranno analizzate due emblematiche sentenze che mostrano come la Corte EDU abbia applicato le garanzie del principio di legalità in materia penale con riferimento al mutamento giurisprudenziale tanto in materia di determinazione della sanzione, quanto con riferimento alla definizione della fattispecie incriminatrice.

1. Principio di legalità della sanzione: il caso *Del Rio Prada c. Spagna* e i mutamenti giurisprudenziali favorevoli al reo

Con riferimento al mutamento giurisprudenziale che interviene sulla quantificazione della *pena* deve analizzarsi la sentenza resa dalla Corte EDU nel caso *Del Rio Prada c. Spagna* del 21 ottobre 2013⁴⁶⁶.

⁴⁶⁶ Deve rilevarsi che sul punto la Corte era intervenuta in precedenza con la sentenza *Camilleri c. Malta*, ric. n. 42931/10 del 22 gennaio 2013.

1.1. Il caso alla base della pronuncia della Corte EDU e la c.d. dottrina Parot

La ricorrente del caso di specie - Inés Del Rio Prada - è un'esponente del terrorismo separatista basco che fu arresta nel 1987 e condannata per ventitré omicidi e diversi tentati omicidi a una pena complessiva che, sommata aritmeticamente, ammontava a più di tremila anni di reclusione.

L'articolo 70, comma 2, del codice penale spagnolo prevedeva, tuttavia, il limite massimo del cumulo della pene (anche pronunciate all'esito di procedimenti penali distinti, ma connessi), in applicazione del quale l'entità della sanzione complessiva applicabile alla ricorrente era di anni trenta di reclusione.

La ricorrente iniziò a scontare la pena e in ragione dell'istituto della *redención de penas por trabajo* che consente al condannato di ottenere una riduzione pari a un giorno di pena per ogni due giorni di lavoro intramurario e, nel 2008 presentò richiesta di liberazione anticipata. La previsione della *redención*, tuttavia, era stata abrogata con l'introduzione nel 1995 del nuovo codice penale spagnolo, sebbene mantenuta in vigore in via transitoria per i soggetti condannati prima della novella legislativa. Nel 2006 era, inoltre, intervenuta una sentenza del *Tribunal supremo* che, in un caso riguardante il terrorista *Parot*, aveva inaugurato una *nuova interpretazione* secondo la quale lo sconto di pena doveva essere calcolato con riferimento a ciascuna singola sanzione concretamente inflitta al richiedente e non alla sanzione complessiva individuata sulla base dell'articolo 70, comma 2, del codice penale spagnolo.

Nella pratica, per la ricorrente, tale mutamento importò una vanificazione del beneficio in quanto spostava la data di liberazione al 2017.

La ricorrente adì, dunque, la Corte europea dei diritti che si pronunciò, dapprima, con sentenza della Terza Sezione, in seguito alla quale il Governo

spagnolo chiese che la questione fosse portata all'attenzione della Grande Camera che, infine, si esprime con sentenza del 21 ottobre 2013.

1.2. La decisione della Corte EDU: l'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale

La Corte di Strasburgo dovette affrontare prima di entrare nel merito della violazione la questione preliminare circa la possibilità di qualificare come "pena" la disciplina della liberazione anticipata e anche in questo caso è evidente quanto essa tenga conto del ruolo della prassi giurisprudenziale.

Dopo aver ribadito i principi generali in materia di pena con particolare riferimento alla portata delle vicende che possono intervenire durante l'esecuzione della stessa, la Corte EDU ha affermato la differenza intercorrente tra pena in senso stretto e modalità di esecuzione sottraendo queste ultime all'ambito di applicazione dell'articolo 7: "dans leur jurisprudence, la Commission européenne des droits de l'homme comme la Cour ont établi une distinction entre une mesure constituant en substance une «peine» et une mesure relative à l'«exécution» ou à l'«application» de la peine"⁴⁶⁷.

Con precipuo riferimento alla liberazione anticipata la Corte riconobbe la mancanza di una finalità repressiva della misura che non consentiva di considerarla "sévère" e, quindi, "pena" inflitta al soggetto. Ha ribadito che: "les questions relatives à l'existence, aux modalités d'exécution ainsi qu'aux justifications d'un régime de libération relevaient du pouvoir reconnu aux États parties à la Convention de décider de leur politique criminelle"⁴⁶⁸.

La Corte di Strasburgo ha distinto le misure relative all'esecuzione dalle misure che costituiscono sanzione, ma ha, anche, riconosciuto che non è sempre facile distinguere tra esse. Se il principio d'irretroattività non valesse anche con

⁴⁶⁷ Sent. Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, [GC], ric. n. 42750/09 del 21 ottobre 2013, § 83.

⁴⁶⁸ Sent. Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit, § 84.

riferimento alle misure relative all'esecuzione, infatti, gli Stati "seraient libres d'adopter - par exemple en modifiant la loi ou en réinterprétant des règles établies - des mesures qui redéfiniraient rétroactivement et au détriment du condamné la portée de la peine infligée, alors même que celui-ci ne pouvait le prévoir au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine"⁴⁶⁹.

Per tale ragione la Corte di Strasburgo nella sentenza *Del Rio Prada* decise che per valutare se una misura sull'esecuzione dovesse essere giudicata meramente tale o intrinsecamente come una "pena" doveva aversi riguardo al diritto vigente nello Stato al momento della comminazione.

Venendo al punto centrale della questione, con riferimento al mutamento giurisprudenziale inaugurato con la dottrina *Parot*, la Corte dei diritti s'incentrò sull'analisi della giurisprudenza vigente al momento in cui la ricorrente aveva iniziato a scontare la sua pena osservando come fosse giurisprudenza costante quella di considerare nell'applicazione dei benefici penitenziari la pena risultante dall'applicazione dell'articolo 70, comma 2, del codice penale alla stregua di una "peine nouvelle et autonome".

Proprio con riferimento a questa prassi consolidata la Corte EDU osservò che "la requérante a pu croire, pendant qu'elle purgeait sa peine d'emprisonnement [...], que la peine infligée était celle résultant de la durée maximale de trente ans dont il fallait encore déduire les remises de peine à accorder pour travail en détention" e ciò anche alla stregua delle pronunce che l'*Audencia Nacional* aveva reso nei suoi confronti e della sentenza di condanna che stabiliva il termine di liberazione nel 2017. Ancora, la Corte EDU fece riferimento al fatto che la riduzione del termine di carcerazione in ragione del lavoro intramurario fosse prevista dall'articolo 100 del c.p.

⁴⁶⁹ Sent. Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit, § 89.

La Corte dei diritti, insistette sul fatto che la liberazione anticipata inciderebbe in modo significativo sulla durata della carcerazione e non solo sulle sue modalità di svolgimento, che il tribunale di sorveglianza aveva in più occasioni ribadito le modalità di liberazione anticipata e che tale sconto non derivava da scelte discrezionali, ma era automaticamente e obbligatoriamente applicabile e non ritrattabile in quanto “les jours de remise de peine déjà octroyés étaient réputés purgés et faisaient partie de la situation juridique acquise du détenu”⁴⁷⁰.

Infine, con riferimento al ruolo della dottrina *Parot* la Corte EDU affermò che essa era sicuramente sfavorevole alla ricorrente sostanzialmente spostando dal 2008 al 2017 la data della scarcerazione; che si trattava di un *revirement* operato da un tribunale e non per legge e che vi era un solo precedente conferente in materia, del 1994, nonostante il quale la prassi fino al 2006 era stata costante nel fare riferimento alla pena cumulata e che la dottrina *Parot* era stata elaborata dieci anni dopo l’abrogazione della norma che prevedeva il sistema della *redención de penas por trabajo* avvenuta con l’entrata in vigore del nuovo codice del 1995. La Corte di Strasburgo concluse che “au moment où ont été prononcées les condamnations de la requérante et où celle-ci a reçu notification de la décision de cumul et plafonnement des peines, rien n’indiquait l’existence d’une tendance perceptible dans l’évolution de la jurisprudence allant dans le sens de l’arrêt du Tribunal suprême du 28 février 2006”⁴⁷¹ e dichiarò la violazione dell’articolo 7 della Convenzione.

La pronuncia della Corte EDU è stata accolta con riserva da parte di quella parte della dottrina spagnola preoccupata delle applicazioni estensive

⁴⁷⁰ Sent. Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit, § 101.

⁴⁷¹ Sent. Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit, § 117. Deve rilevarsi come, in ossequio al dispositivo della sentenza - ove la Spagna era stata condannata anche per violazione dell’articolo 5 della CEDU per ingiusta detenzione, la *Audiencia Nacional* ha immediatamente (in data 22 ottobre 2013) disposto la liberazione della ricorrente nonostante il clima di forte dissenso nell’opinione pubblica. Corsivo aggiunto

che ne potevano derivare sulla base di quanto già avvenuto in Italia con riferimento ai cc.dd. *fratelli minori di Scoppola*; altra parte della dottrina ha invece ravvisato in essa una pronuncia coraggiosa e condivisibile. Coraggiosa “perché volt[e]a a valorizzare il principio di legalità della pena anche rispetto ad una persona condannata per crimini gravissimi e tuttora vivi nella memoria collettiva, oltre che nella consapevolezza delle reazioni negative che tale presa di posizione avrebbe suscitato nell'opinione pubblica”⁴⁷². Condivisibile “perché la *doctrina Parot* [...] pare effettivamente un *espediente interpretativo volto ad irrigidire retroattivamente un trattamento sanzionatorio che, nel tempo, è stato ritenuto sempre più inadeguate rispetto ai reati presupposto*”⁴⁷³ e che “piuttosto che essere orientata ad esigenze special-preventive, nel caso in esame la regolamentazione dei benefici penitenziari sembra essersi prestata piuttosto a dare ingresso «postumo» ad istanze general-preventive (negative e, soprattutto, simbolico-comunicative), con una conseguente violazione delle garanzie fondamentali del reo”⁴⁷⁴.

2. Principio di legalità e determinatezza della fattispecie incriminatrice: il caso *Contrada c. Italia* e il mutamento giurisprudenziale sfavorevole al reo

La sentenza resa nei confronti del nostro Paese sul caso *Contrada c. Italia* (n. 3) del 14 maggio 2015, mette in evidenza numerose problematiche connesse alla legalità in materia penale tra cui la tipizzazione e la determinatezza delle fattispecie penalistiche, il significato e l'ambito operativo del principio *nullum crimen sine lege*, il principio di retroattività della norma penale incriminatrice,

⁴⁷² F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in www.penalecontemporaneo.it del 30 ottobre 2013.

⁴⁷³ *Ibidem*, corsivi aggiunti.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

nonché il *minimum* di tipizzazione richiesto alla fattispecie penalistiche di parte speciale, segnatamente nella specie del concorso esterno nel reato associativo⁴⁷⁵. Per tale motivo è imprescindibile darne conto nella trattazione attuale.

2.1. Il caso alla base della pronuncia della Corte EDU e il contrasto giurisprudenziale sul delitto di concorso esterno in associazione mafiosa

Il caso origina dalla vicenda di Bruno Contrada che era stato condannato con sentenza del Tribunale di Palermo del 5 aprile 1996 alla pena di dieci anni di reclusione per concorso in associazione di stampo mafioso con riferimento a fatti accaduti tra il 1979 e il 1988. Il Tribunale ritenne che, nella sua posizione di funzionario di polizia e, in seguito, di capo dal gabinetto dell'Alto commissario per la lotta alla mafia e, infine, di direttore aggiunto dei servizi segreti civili (SISDE), avesse sistematicamente contribuito all'attività e alla realizzazione degli scopi criminali dell'associazione mafiosa "Cosa nostra" fornendo delle informazioni sullo stato delle investigazioni e delle operazioni di polizia di cui erano destinatari alcuni membri dell'organizzazione.

Il ricorrente propose appello eccependo che all'epoca dei fatti contestatigli il concorso esterno in associazione di stampo mafioso come categoria di reato non era prevedibile in quanto risultato di un'elaborazione giurisprudenziale successiva. Con sentenza del 4 maggio 2001, la Corte d'Appello di Palermo annullò la condanna del ricorrente perché il fatto non costituiva reato.

⁴⁷⁵ Deve avvisarsi che l'approfondimento delle più recenti e interessanti conclusioni della Corte EDU che hanno ricondotto la confisca alla nozione di pena ai sensi dell'articolo 7 CEDU e che si inseriscono nel discorso che si sta svolgendo (si vd la sentenza *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09 del 29 ottobre 2013) e che hanno dato luogo alla recente sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sono volutamente omesse in questa sede poiché si attende la presa di posizione definitiva della Grande Camera su tale intricata questione.

Su rinvio della Corte di Cassazione, una diversa sezione della Corte d'Appello di Palermo confermò, con sentenza del 25 febbraio 2006, il giudizio di condanna del ricorrente ritenendo che il Tribunale di prima istanza avesse applicato correttamente i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia. La Corte d'Appello fece valere che l'esistenza della previsione normativa che punisce il concorso esterno in associazione di stampo mafioso era stata elaborata dalla Corte di Cassazione in due sentenze, del 1994 e 1995, poi confermata nel 2002 e nel 2005. Inoltre, come già nella sentenza del 4 maggio 2001, la Corte d'Appello aveva rilevato la differenza tra la nozione di concorrente esterno in associazione di stampo mafioso - con la quale si indica una persona che opera sistematicamente con gli associati - e quella di mero connivente - con la quale si indica colui che aiuta, in casi determinati, un associato. Il ricorso del ricorrente fu, infine, rigettato dalla Corte di Cassazione l'8 gennaio 2008.

Il ricorrente adiva la Corte di Strasburgo lamentando che la nozione di concorso esterno in associazione di stampo mafioso era stato il risultato di un'elaborazione giurisprudenziale posteriore ai fatti per i quali era stato condannato.

Prima di analizzare le statuizioni della Corte EDU è necessario riportare brevemente l'evoluzione della fattispecie criminosa per la quale il ricorrente era stato condannato.

La fattispecie di concorso eventuale nel reato associativo, com'è noto, non esiste nel nostro codice penale, ma è di creazione meramente giurisprudenziale e "nasce dalla presa di coscienza, intorno alla fine degli anni '80 del secolo scorso, della capacità «metastatica» e trasversale delle organizzazioni criminali nei confronti di ogni livello sociale"⁴⁷⁶ dal combinato disposto tra gli articoli 110 e 416 *bis* del codice penale. Come osservato da

⁴⁷⁶ S.E. GIORDANO, *op. cit.*, p.1.

autorevole dottrina, infatti, “la questione del concorso esterno in associazione mafiosa è socio-criminologica e storico-politica”⁴⁷⁷ e necessitava, per poter essere efficace, di uno strumento sanzionatorio duttile e adattabile alla complessa realtà cui mirava: esso sanzionava, infatti, una serie di comportamenti atipici che, in assenza della prova dell'*affectio societatis*, sarebbero rimasti impuniti.

Generalmente la fattispecie si riferisce alla condotta del soggetto non facente parte dell'associazione criminale quale partecipe, che contribuisce con la propria opera o altra attività alla sua conservazione e al suo consolidamento.

Il problema su cui si è espressa la giurisprudenza e che ha dato origine a un lungo dibattito riguardava essenzialmente la possibilità di innestare su un reato necessariamente plurisoggettivo – qual è quello di cui all'articolo 416bis c.p. – un modello incriminatorio a concorso eventuale – quello di cui all'articolo 110 c.p.

Con precipuo riferimento al fenomeno mafioso “l'innata e spiccata capacità delle organizzazioni criminali sussumibili sotto la fattispecie di cui all'art 416-bis c.p. di innestare trame, spesso intricate, con esponenti del mondo della politica, dell'imprenditoria, delle professioni, della pubblica amministrazione, senza che tali soggetti «estranei» possano ritenersi intranei alla *societas sceleris* mafiosa, ha indotto a concepire il concorso «esterno» nel delitto di associazione mafiosa quale modello criminoso sotto cui sussumere, in presenza di determinati elementi fattuali, talune forme di contiguità all'associazione criminale stessa, idonee in misura essenziale a determinare

⁴⁷⁷ C. VISCONTI, *Il concorso “esterno” nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 1303. Sul punto merita ricordare che l'esigenza storica di punire tale condotta nasce negli anni Settanta con riferimento alle organizzazioni terroristiche che negli anni di piombo operavano nel Paese e “esplode” negli anni Ottanta e Novanta in conseguenza della conoscenza della portata del fenomeno mafioso.

l'effetto di una gravissima lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice"⁴⁷⁸.

Come riportato dalla Corte EDU, si svilupparono tre linee di pensiero sul punto: la prima che escludeva l'applicabilità della fattispecie di concorso esterno all'associazione di tipo mafioso ⁴⁷⁹; la seconda che, invece, l'ammetteva⁴⁸⁰ e la terza che, pur ammettendola in astratto, chiedeva una delimitazione della disciplina per prevenire decisioni discrezionali.

La giurisprudenza precedente alla composizione operata dalla Corte di cassazione con la sentenza Demitry del 1994 registrava tutti gli atteggiamenti con un lieve prevalenza per l'ammissibilità del concorso eventuale⁴⁸¹. Con la sentenza del 1994 la Cassazione ha risolto il contrasto ritenendo definitivamente ammissibile la figura del concorrente esterno nel reato associativo mafioso e definendo i requisiti del contributo dell'*extraneus*.

2.2. La decisione della Corte EDU e il "reato di creazione giurisprudenziale"

La Corte di Strasburgo si è pronunciata sul punto non ponendosi sostanzialmente il problema circa la compatibilità tra il concorso esterno in associazione mafiosa e il principio di legalità convenzionale. Ciò non stupisce sulla scorta di quanto affermato in materia di significato del termine "legge" ai sensi della CEDU e del ruolo della giurisprudenza nell'implementazione del significato delle norme penali.

Appare opportuno tuttavia soffermarsi su alcune statuizioni che la Corte EDU svolge in questa sentenza che si ritengono particolarmente rilevanti poiché

⁴⁷⁸ S.E. GIORDANO, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁷⁹ Ciò poiché la partecipazione dell'*extraneus* comportando un contributo causale all'attività dell'associazione si risolve per forza di cose nella commissione del fatto tipico.

⁴⁸⁰ Riconoscendo una differenza tra colui che è stabilmente inserito nell'associazione e colui che si limita a occasionali prestazioni che agevolano il conseguimento degli scopi criminosi.

⁴⁸¹ S.E. GIORDANO, *op. cit.*, p. 4.

qui, a differenza che nei casi precedenti in cui si trattava di mutamenti giurisprudenziali che influivano su aspetti di diritto penale processuale o dell'esecuzione, ciò che viene in rilievo è l'effetto che il portato giurisprudenziale svolge con riferimento alla determinazione stessa della fattispecie incriminatrice.

Dopo aver ripercorso i principi generali sull'articolo 7 CEDU la Corte ha affermato che il punto centrale della questione fosse "quella di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale"⁴⁸² ponendo immediatamente la questione in termini di prevedibilità dell'incriminazione.

La Corte EDU giunge a dichiarare la violazione riconoscendo che è stato solo con la sentenza Demitry del 1994 che la Cassazione ha apertamente riconosciuto siffatto delitto e che quindi, poiché "all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile", egli "non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti"⁴⁸³.

È, dunque, in ossequio ai principi di determinatezza della fattispecie e d'irretroattività della legge - *rectius* del mutamento giurisprudenziale - sfavorevole che la Corte dei diritti ha dichiarato la violazione dell'articolo 7 della Convenzione⁴⁸⁴.

⁴⁸² Sent. Corte EDU, *Contrada c. Italia* (n. 3), ric. n. 66655/13 del 14 aprile 2015, § 64.

⁴⁸³ Sent. Corte EDU, *Contrada c. Italia* (n. 3), *cit.*, § 75.

⁴⁸⁴ Con riferimento a questa qualificazione della sentenza Demitry quale spartiacque della giurisprudenza in materia di concorso esterno deve osservarsi come si apra la strada per i condannati per tale delitto anteriormente al 1994 della richiesta di un ulteriore pronunciamento

Muovendosi in una prospettiva più generale, appare chiaro come siffatta sentenza ponga dei problemi di non poco momento circa le conseguenze che si produrranno con riferimento al principio di determinatezza della fattispecie penale. Alcuni hanno affermato che “il concetto di tassatività, alla luce di questa innovativa sentenza, potrebbe arrivare a comprendere, in una corretta ermeneutica convenzionalmente orientata, non solo la chiarezza e puntualità della disposizione legislativa ma anche l’univocità della interpretazione della stessa fornita secondo il cosiddetto «diritto vivente»”⁴⁸⁵.

Restano tuttavia aperte alcune questioni con riferimento agli scenari che si produrranno nel diritto interno: ci si chiede, infatti, se una siffatta statuizione della Corte dei diritti possa influire sull’ermeneutica penale al punto da incidere sugli obblighi interpretativi gravanti sul giudice. Ancora, ci si interroga sulla possibilità di configurare un obbligo di sollevazione della questione di legittimità costituzionale per contrasto con l’articolo 25 Costituzione ogni qual volta venga in rilievo un’elaborazione giurisprudenziale che completa il precetto o addirittura lo crea e se tale questione debba essere risolta tenendo conto dei requisiti di conoscibilità e prevedibilità nella valutazione del giudice costituzionale.

2.2.1. Sull’opportunità di discutere di reato di creazione giurisprudenziale: alcune considerazioni critiche

Deve aggiungersi una considerazione su un fatto che la Corte EDU sembra prendere come un dogma e che, invece, appare a chi scrive di dubbia circolazione nel nostro ordinamento: il c.d. *reato di creazione giurisprudenziale*. In

della Corte EDU mirante alla condanna dello Stato italiano al risarcimento della violazione, dovendo, tuttavia, – come nel caso dei cc.dd. *fratelli minori di Scoppola* – sussistere i requisiti di ricevibilità del ricorso ex articolo 35 CEDU.

⁴⁸⁵ S.E. GIORDANO, *op. cit.*, p. 18.

un sistema ove vige la riserva di legge in materia penale il principio di legalità dovrebbe porsi in contrasto con una tale commistione tra creazione interpretazione e applicazione della legge.

Se in un sistema di *common law* una *judge-made law* è certamente idonea a creare fattispecie incriminatrici, altrettanto non sembra potersi – quantomeno – *pacificamente* affermare in un ordinamento come il nostro. Sul punto si è affermato che “se è vero che, nell’ottica di un sistema sovranazionale tendente all’armonizzazione degli ordinamenti europei, la giurisprudenza della Corte, in una prospettiva finalizzata alla «fusione degli orizzonti» tra sistemi di *civil e common law*, ammette la sostanziale equiparazione tra fonte legale e fonte giurisprudenziale, è vero anche che non è possibile mutuare un principio di un ordinamento ed applicarlo indiscriminatamente in un altro”⁴⁸⁶. Stante il divieto di analogia in materia penale, che impedisce al giudice di colmare una lacuna normativa basandosi su una proposizione normativa destinata a regolare casi simili o fatti analoghi, *a fortiori* non potrà trovare accoglimento una fattispecie incriminatrice di origine giurisprudenziale.

Secondo tale tesi critica una siffatta configurazione farebbe sorgere un paradosso: “da un lato si applicherebbe un crisma del principio di legalità alla giurisprudenza (mettendo quindi sullo stesso piano fonte legislativa e fonte giurisprudenziale); dall’altro si precluderebbe ai giudici qualsiasi possibilità, in un ordinamento di *civil law* come quello italiano, di applicare il diritto utilizzando un’interpretazione (sfavorevole) difforme rispetto a quella della giurisprudenza costante, precludendo, così, la formazione di orientamenti interpretativi più rigorosi e comunque diversi, o perché innovativi o perché modificativi”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell’Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 3 luglio 2015, p. 12.

⁴⁸⁷ G. MARINO, *op. cit.*, p. 13.

2.2.2. Il seguito interno: la sentenza della Cassazione sul processo "Infinito"

La sentenza della II sezione penale della Corte di cassazione n. 34147 del 4 agosto 2015 esprime con chiarezza la frizione tra l'impostazione interna e quella sovranazionale sulla portata del principio di legalità data dall'impossibilità di conciliare due linguaggi che si basano su assunti completamente differenti.

In questa pronuncia la Corte di cassazione risponde alle statuizioni della Corte EDU sul caso *Contrada* facendo valere la sussistenza nell'ordinamento italiano di una norma di legge – l'articolo 110 c.p. – come ragione per negare l'assenza di una "base legale" prevedibile che sia tale anche alla luce della giurisprudenza europea. Il Supremo Collegio mostra così di non aver colto che il contenuto del principio di legalità in ambito europeo convenzionale è di tipo *sostanzialistico* e non si risolve nella mera constatazione della presenza *formale* di una norma di legge.

La sentenza della Cassazione riguarda il processo c.d. *Infinito*⁴⁸⁸ in tema di concorso esterno in associazione mafiosa in merito alle infiltrazioni della 'ndrangheta in Lombardia.

⁴⁸⁸ Gli imputati nel processo "infinito" erano I. Perego e C. Chiriaco per fatti commessi con continuità a partire dal 2005. Al primo imputato era stato contestato in un primo momento il reato di associazione a delinquere di stampo mafioso e poi – in seguito alla modifiche dell'imputazione da parte della Corte d'Appello di Milano – quello di concorso esterno in associazione mafiosa. Ciò che gli veniva addebitato era "l'aver favorito l'ingresso nella società di Strangio (capo e organizzatore dell'associazione di stampo mafioso denominata "Lombardia"), quale amministratore delle società del Gruppo Perego; di aver richiesto l'intervento di quest'ultimo per indurre imprenditori concorrenti a ritirare le offerte; di intrattenere rapporti privilegiati sia con esponenti politici che con pubblici dipendenti, al fine di ottenere, anche a mezzo di regalie ed elargizioni di somme di denaro, l'aggiudicazione di commesse pubbliche, sia in generale affinché la PEREGO fosse favorita nei rapporti con la pubblica amministrazione; di dare direttive ai dipendenti e di organizzare lo smaltimento illecito di rifiuti, anche tossici, derivanti da bonifiche e demolizioni di edifici in discariche abusive". Cercando, quindi, di ottenere vantaggi per la propria società – che la Corte d'Appello definì "preda e strumento" di interessi mafiosi. Al secondo imputato veniva sin da subito

Gli imputati del caso di specie chiedevano alla Corte di cassazione di sollevare questione di legittimità costituzionale degli articoli 110 e 416bis del codice penale nella parte in cui, secondo l'interpretazione giurisprudenziale in atto dominante, incriminano il concorso esterno in associazioni di tipo mafioso, per asserito contrasto con l'articolo 25, comma 2, della Costituzione e con l'articolo 117, comma 1, della Costituzione integrato dall'articolo 7 della CEDU, per violazione del principio di legalità.

In questa sede la Corte di cassazione - "sconfessando in poche battute pagine e pagine di ermeneutica giuridica e mostrando un disinteresse forte per le regole disciplinanti i rapporti con la giurisdizione europea, nonché una presa di distanza netta dai suoi canoni interpretativi - ha inteso «bacchettare» la Corte di Strasburgo per la sua «giuridicamente inesatta», *se presa nella sua absolutezza*, ricostruzione «presuntivamente» giurisprudenziale della tipicità del concorso esterno in associazione mafiosa"⁴⁸⁹.

La Corte di cassazione è partita col rilevare che, nella prospettazione delle difese, tale q.l.c. trovava fondamento nella pronuncia della Corte EDU sul caso *Contrada c. Italia* ove la Corte di Strasburgo aveva affermato che il reato di

contestato il reato di concorso esterno in associazione mafiosa sin dal primo grado di giudizio perché "con la piena consapevolezza di favorire il sodalizio criminoso, contribuiva con condotte costanti e reiterate nel tempo al mantenimento in vita e al rafforzamento della capacità operativa dell'associazione mafiosa. In particolare, quale direttore sanitario della ASL di Pavia, Carlo Antonio Chiriaco costituiva elemento di raccordo tra alti esponenti della 'ndrangheta lombarda (...) e alcuni esponenti politici; favoriva gli interessi economici della 'ndrangheta garantendo appalti pubblici e proponendo varie iniziative immobiliari; si prestava a riciclare denaro provento di attività illecite degli associati; procurava voti della 'ndrangheta a favore di candidati in occasione di competizioni elettorali comunali e regionali; forniva protezione a imprese amiche e compiva atti di ritorsione nei confronti di imprese "nemiche"; si metteva a disposizione per ogni esigenza sanitaria degli esponenti della 'ndrangheta e dei loro familiari". Egli dunque, aveva agito per agevolare i membri dell'associazione criminosa nello svolgimento del proprio incarico professionale di dipendente pubblico.

⁴⁸⁹ A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 2 ottobre 2015, p. 4.

concorso esterno in associazione era un reato di creazione giurisprudenziale facendo valere sul punto che ciò *non era stato oggetto di contestazione tra le parti*⁴⁹⁰.

La Cassazione avrebbe potuto giungere alla conclusione della manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale seguendo un percorso argomentativo meno criticabile, ma ha colto l'occasione per esprimersi ancora una volta sul tema oggetto della presente trattazione.

Per distinguere il caso in esame da quello oggetto di scrutinio da parte della Corte EDU, sarebbe bastato, infatti, far notare il mutato dato temporale tra la vicenda che aveva per protagonista Bruno Contrada (1979-1984), e quella oggetto del processo in corso. Sebbene prima della sentenza Demitry del 1994 poteva essere ritenersi esistente un'incertezza interpretativa in merito alla configurabilità del reato di concorso esterno in associazione mafiosa – incertezza posta dalla Corte EDU alla base della dichiarazione di violazione dell'articolo 7 CEDU – essa non poteva più ritenersi sussistente con riferimento agli anni di esplicazione delle condotte incriminate nel caso di specie, successive al 2005.

Si noti peraltro che la stessa Cassazione nella sentenza in esame ripercorre ampiamente la giurisprudenza e la dottrina elaborate nel tempo in tema di concorso esterno in reato plurisoggettivo necessario. Sembra, invero, che essa si affanni a voler dimostrare come vi sia un consenso generalizzato sulla configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa senza rendersi conto che ciò consente implicitamente di notare come prima – ai tempi delle sentenze sul caso *Contrada* – siffatta certezza non ci fosse: anzi, è proprio la stessa Cassazione ad ammettere che la sentenza Demitry era stata necessaria e

⁴⁹⁰ Sent. Corte EDU, *Contrada c. Italia, cit.*, § 66. Nemmeno il Governo in sede di difesa davanti alla Corte EDU aveva infatti proposto una ricostruzione differente circa l'origine del reato in questione.

per precisare “*canoni, astrattamente ineccepibili*” che “*in concreto possono risultare di nebulosa applicazione*”⁴⁹¹.

Il ragionamento della Supremo Collegio si svolge con riferimento all’astratta configurabilità del concorso esterno in una fattispecie plurisoggettiva necessaria senza fare alcun riferimento alla specificità del caso concreto. La narrazione, anzi, “è stata posta su un altro piano, parallelo a quello della Corte EDU, in cui si è dato conto degli interventi interpretativi giurisprudenziali – negando loro, in una concezione chiaramente onnilegislativa e neoilluministica, ogni valenza anche solo latamente creativa – senza mai operare una mediazione tra la regola giuridica così affermata e i fatti presi in esame”⁴⁹².

L’utilizzo di un’argomentazione che guardava al ruolo effettivamente svolto dalla giurisprudenza, tuttavia, avrebbe implicato l’aver compreso e trasposto le categorie utilizzate dalla Corte di Strasburgo; avrebbe voluto dire ragionare di prevedibilità e utilizzare quale strumento per valutarne il grado di consolidamento l’evoluzione giurisprudenziale.

Niente di tutto ciò emerge, invece, dalla ricostruzione della Corte di cassazione.

Essa ribadisce che “la punibilità del concorso eventuale di persone nel reato nasce, nel rispetto del principio di legalità, sancito dall’art. 1 c.p. e dall’art. 25 Cost., comma 2, dalla combinazione tra le singole norme penali incriminatrici speciali che tipizzano reati monosoggettivi, e l’art. 110 c.p., principio generale del concorso di persone applicabile a qualsiasi tipo di reato”⁴⁹³. Sottolinea, inoltre, la *struttura unitaria* del concorso di persone nel reato e la forza “estensiva” dell’articolo 110 del codice penale che consente di punire fatti “atipici” allorquando ciascun concorrente abbia posto in essere non

⁴⁹¹ Cass. II Sez. Pen. n. 34147/2015, p. 45.

⁴⁹² A. ESPOSITO, *cit.*, p. 16.

⁴⁹³ Cass. II Sez. Pen. n. 34147/2015, p. 42.

l'intera condotta tipica, ma soltanto una frazione di essa. Possono, pertanto, assumere rilevanza penale tutte le condotte, anche se atipiche (ovvero singolarmente non integranti quella tipizzata dalla norma penale incriminatrice), poste in essere da soggetti diversi, che, se valutate complessivamente, siano risultate conformi alla condotta tipica descritta dalla norma incriminatrice, ed abbiano contribuito causalmente alla produzione dell'evento lesivo da essa menzionato. Per questo motivo "l'evento del reato concorsuale deve essere considerato come effetto della condotta combinata di tutti i concorrenti, anche di quelli che hanno posto in essere atti privi dei requisiti di tipicità"⁴⁹⁴.

Ciò che fonda l'argomentazione della Corte di cassazione, dunque, è la *giustificazione normativa* del reato di concorso esterno data dal combinato disposto della norma di parte generale - l'articolo 110 c.p. - e di quella di parte speciale - l'articolo 416bis c.p.

La Cassazione cita a sostegno della propria posizione anche la recente sentenza n. 48 del 2015 della Corte costituzionale mostrando, tuttavia, di non volerne cogliere per intero il significato. Il Giudice delle leggi, in quell'occasione, ha effettivamente affermato che il concorso esterno in associazione mafiosa non è, come postulato dalla Corte EDU nella citata sentenza *Contrada*, un reato di creazione giurisprudenziale, ma scaturisce "dalla combinazione tra la norma incriminatrice di cui all'art. 416bis c.p. e la disposizione generale in tema di concorso eventuale nel reato di cui all'art. 110 c.p."; tuttavia, esso prosegue affermando che tale figura "sia stata (e, per vari profili, resti) al centro di un amplissimo dibattito giurisprudenziale e dottrinale, scandito da reiterati interventi delle sezioni unite della Corte di cassazione"⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ Ibidem.

⁴⁹⁵ Corte Cost., sent. n. 48 del 2015, *considerato in diritto* § 7.

Ciononostante la Suprema Corte conclude affermando che vi è una “matrice esclusivamente ed inequivocabilmente normativa dell’incriminazione” e che l’interpretazione giurisprudenziale ha agito *solo* in merito alla portata dell’estensione di volta in volta coperta dall’articolo 110 c.p.

Tale copertura normativa è per la Cassazione sufficiente ad affermare la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dalle difese degli imputati. Ciò in quanto “il c.d. «concorso esterno» in associazioni di tipo mafioso non è un istituto di (non consentita, perché in violazione del principio di legalità) creazione giurisprudenziale, ma è incriminato in forza della generale (perché astrattamente riferibile a tutte le norme penali incriminatrici) funzione incriminatrice dell’art. 110 c.p., che estende l’ambito delle fattispecie penalmente rilevanti, ricomprendendovi quelle nelle quali un soggetto non abbia posto in essere la condotta tipica, ma abbia fornito un contributo atipico, causalmente rilevante e consapevole, alla condotta tipica posta in essere da uno o più concorrenti, secondo una tecnica normativa ricorrente”⁴⁹⁶.

Appare chiaro come questa sentenza dimostri che vi sia un problema di linguaggio parlato dalle Corti: da una parte la Corte europea dei diritti che non guarda al *veicolo* (legislativo o giurisprudenziale) che porta la norma, ma valuta quest’ultima secondo i criteri di accessibilità e prevedibilità guardando alla conoscenza del precetto normativo che il soggetto avrebbe potuto effettivamente avere al momento della commissione del fatto; dall’altra, la Corte di cassazione che risponde facendo valere l’esistenza del *veicolo* – l’articolo 110 c.p. – senza preoccuparsi di valutare se tale previsione risponda alle esigenze di legalità sostanziale, guardando *oltre* il dato formale.

⁴⁹⁶ Cass. II Sez. Pen. n. 34147/2015, p. 49.

3. Principio di legalità sovranazionale tra ermeneutica e riserva di legge

Tra riserva di legge, principio di legalità ed ermeneutica penale sembra potersi affermare che si sia creato un circolo le cui componenti rinviano l'una l'altra.

In primo luogo, con riferimento al ruolo del mutamento giurisprudenziale sorge il problema dei criteri per identificare un *orientamento stabilizzato*. Quante pronunce sono necessarie? Con una felice immagine di acuta dottrina tale problema è stato stigmatizzato nel seguente modo “come è impossibile stabilire quanti chicchi fanno un mucchio così sarebbe difficile stabilire quante sentenze fanno un orientamento consolidato”⁴⁹⁷

Nel caso *Contrada*, la pronuncia che ha cambiato le sorti della giurisprudenza è solo una, la sentenza Demitry del 1994, ma la sua portata è data dalla “funzione nomofilattica rinforzata” dell'organo dal quale essa promana. Non si può che concordare con quella dottrina che ravvede nella qualità del precedente e non nel numero di pronunce concordi la vera forza del precedente stesso⁴⁹⁸.

In secondo luogo, muovendosi sul piano delle conseguenze dell'impostazione della Corte è stato affermato che non sono argini alla giurisprudenza della Corte EDU né la riserva di legge ex articolo 25 della Costituzione né il formalismo interpretativo e che anzi la giurisprudenza della Corte di Strasburgo viene indicata come “manifesto vivente all'antiformalismo”⁴⁹⁹.

Una parte della dottrina ha ritenuto che “abbandonate le semplificate visioni di stampo dichiarativo (in base alle quali il giudice si limiterebbe ad

⁴⁹⁷ O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 12 giugno 2015, p. 9.

⁴⁹⁸ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, editoriale scientifica, 2007, p. 25.

⁴⁹⁹ O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo... cit.*, p. 11.

estrapolare dalle parole del testo la loro volontà univoca [...] *nessuna differenza* sembra residuare tra le ipotesi di nuova incriminazione per via legislativa e quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale”⁵⁰⁰.

A tali affermazioni si oppone altra parte della dottrina che, pur riconoscendo il superamento del modello del giudice-bocca della legge e il ruolo sempre maggiore dell’ermeneutica giurisprudenziale, individua alcuni spunti problematici su cui appare opportuno riflettere.

Innanzitutto, questa dottrina non nasconde il rischio di passare dal sistema illuministico a un sistema che può facilmente degenerare sulla spinta di istanze ideologiche o soggettive. Riconosce, inoltre, che “i vincoli posti dai principi di origine illuministico-liberale (fra di essi la riserva di legge in materia penale) fanno parte dei principi del nostro ordinamento. Stanno nella nostra precomprensione di ordinamenti di *civil law*” e che il principio di legalità si estrinseca in quello della riserva di legge e di soggezione del giudice solo alla legge. Sul punto, riconoscendo che “le garanzie effettive di legalità dovrebbero passare innanzi tutto attraverso la tenuta e la capacità di prestazione di tale principio, si tratta di capire, con l’aiuto di una buona ermeneutica, che cosa i principi dicono e chiedono, quali impegni ne derivino per gli interpreti di un ordinamento di *civil law* caratterizzato da principi illuministico-liberali”⁵⁰¹.

Inoltre, con riferimento alla ruolo dell’ermeneutica in materia penale, l’Autore da ultimo citato perviene alla conclusione secondo la quale “con quale valore formale il formante giurisprudenziale si collochi nel sistema delle fonti di un dato ordinamento positivo, la teoria dell’interpretazione *non è competente* a stabilirlo. La teoria formale del diritto può dire che la giurisprudenza è fonte nel senso astratto della teoria pura kelseniana: ha un suo posto nella costruzione a gradini (*Stufenbau*). La pratica ermeneutica si porrà il problema di

⁵⁰⁰ Ibidem.

⁵⁰¹ D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge* in www.penalecontemporaneo.it del 13 luglio 2015, p. 3.

descrivere, nella misura più oggettiva possibile, il sistema delle fonti, così come costruito dall'ordinamento che ci interessa"⁵⁰².

Si ribadisce così che nel nostro sistema di *civil law* l'interpretazione giurisprudenziale non ha valore formale di legge. Sebbene dunque il ruolo della giurisprudenza sia mutevole e vi siano state autorevolissime pronunce che hanno riscontrato l'impossibilità di sovrapporre il nostro sistema a quello convenzionale con riferimento alla portata del mutamento giurisprudenziale – basti il riferimento alla sentenza n. 230 del 2012 della Corte costituzionale – e altre statuizioni sia interne sia, soprattutto, della Corti sovranazionali che puntano a equiparali, ciò che rileva è porre un primo fondamentale paletto riconoscendo che *“lo statuto della giurisprudenza nel sistema delle fonti non lo stabilisce la teoria dell'interpretazione, ma dipende da scelte (di politica del diritto) relative alla struttura dell'ordinamento. L'argomentazione (una buona ermeneutica) non è una alternativa a uno o altro sistema formale delle fonti, ma è una pratica che dovrebbe accompagnare la vita di qualsiasi sistema di fonti normative. Lo stato di salute della riserva di legge (buono o cattivo che sia) non dipende di questioni di metodo”*⁵⁰³.

Ciò posto deve riscontrarsi che c'è una parte della dottrina che ha affermato che riconoscere la crisi non solo della legge ma anche del sistema basato sulla riserva “non significa – non vogliamo essere fraintesi – che sia giunto il momento di abbandonare la riserva di legge (ad oggi, lo strumento in astratto ancora più soddisfacente e comunque in linea con la nostra storia penalistica), ma che sia opportuno assecondarne una lettura in chiave di maggiore complessità, se non di possibile *relativizzazione*”. E ancora “che la componente creativa dell'interpretazione giurisprudenziale [...] – una realtà, sostenuta da ragioni difficilmente confutabili sul piano teorico – possa

⁵⁰² D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 5, corsivi aggiunti.

⁵⁰³ D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 5.

sopperire al crescente *deficit* di legittimazione delle scelte legislative di criminalizzazione⁵⁰⁴ muovendosi, quindi, verso il superamento del sistema di legalità penale com'è stato finora e dilatando l'istituto della riserva di legge fino a farvi comprendere a tutti gli effetti il diritto giurisprudenziale.

Dall'altra parte si pone chi ravvede, a partire dalla presa d'atto delle componenti creative dell'interpretazione giudiziaria e dell'aspirazione a un sistema fondato sull'argomentazione, le basi per una "*difesa* della riserva di legge penale e del vincolo di soggezione alla legge, per quello che tale vincolo possa realisticamente significare"⁵⁰⁵.

Deve notarsi, infine, che il punto su cui entrambe le impostazioni sembrano convergere è quello *dell'esigenza di una stabilizzazione della giurisprudenza*: poiché la giurisprudenza (non il legislatore) ha il vincolo della motivazione, e il legislatore (non la giurisprudenza) ha il potere politico di radicare e sradicare la pianta legislativa⁵⁰⁶. La facoltà creatrice dovrebbe, nella prospettiva di tale autorevole dottrina, riconoscere alla giurisprudenza di Cassazione una peculiare capacità di vincolo ai mutamenti, cosa che sarebbe garanzia di libertà e di uguaglianza.

4. A mo' di conclusione

L'inserimento dell'ordinamento interno nel contesto sovranazionale, tanto europeo comunitario che convenzionale, impone di ripensare le categorie classiche in una diversa e più ampia prospettiva.

⁵⁰⁴ O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione* in *Riv. Trim. Dir. Pen.*, n. 1/2013, p. 164, corsivi aggiunti.

⁵⁰⁵ D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 5, corsivi aggiunti.

⁵⁰⁶ A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta... cit.*, e *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in *www.consultaonline.it*.

Lungi dall'aver svolto detto compito di ripensamento, più modestamente nel presente lavoro si è piuttosto provato a mettere ordine tra le categorie del diritto oggetto d'indagine anzitutto sul piano linguistico e concettuale comparando l'approccio tradizionale con quello che viene definendosi a livello europeo.

L'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, soprattutto dopo le note sentenze gemelle del 2007, ha comportato una serie di conseguenze gravide di significato sulla tenuta dell'ordinamento e di taluni suoi imprescindibili connotati.

Il rispetto del principio di legalità rappresenta un esempio tra i più significativi di tale influenza soprattutto per quanto attiene la portata della garanzia dell'istituto della riserva di legge.

Ciò che è emerso dalla comparazione della portata del principio di legalità in ambito nazionale e sovranazionale attiene al diverso ambito in cui tale garanzia spiega la sua efficacia e soprattutto agli strumenti che ne consentono l'attuazione. Si evince chiaramente dal confronto tra la riserva di legge e la base legale è che essi non offrono ai diritti tutele di diversa intensità, ma forniscono due tipi di tutela completamente differenti, nella struttura e nei risultati.

Il sistema interno predilige una concezione di tipo *formalistico* della garanzia, fondata sulle caratteristiche proprie della fonte cui è demandata la disciplina delle limitazioni dei diritti fondamentali. Il sistema della Convenzione, invece, mosso dall'imprescindibile esigenza di offrire una tutela quanto più effettiva ed effettivamente applicabile nei 47 Stati membri, adotta necessariamente un approccio *sostanzialistico*, fondato sulla verifica del concreto atteggiarsi della garanzia all'interno del singolo ordinamento nazionale, a prescindere dalla struttura e dagli istituti che lo connotano.

Ciò deriva evidentemente dalle profonde diversità fra i due sistemi cui appartengono.

La Convenzione adotta, infatti, nella tutela dei diritti, una prospettiva "individualistica". Il suo obiettivo è unicamente quello di tutelare l'individuo nei confronti del potere esercitato dallo Stato, alla cui giurisdizione l'individuo è soggetto; essa, pertanto, si focalizza solo sui rapporti fra l'individuo e lo Stato. Ne consegue che alla Corte di Strasburgo nulla importa di come si articola il potere e di come si distribuiscono le funzioni fra i vari poteri ed organi all'interno del singolo Stato. Ai fini della tutela convenzionale l'unica cosa che conta è come e quanto incida in concreto l'esercizio di quei poteri e di quelle funzioni sul godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione ai singoli. In questa prospettiva, alla Corte europea non importa quale organo, autorità o potere dello Stato, e con quale forma, stabilisca una certa limitazione ad un diritto fondamentale del singolo, ma solo se e come il singolo poteva conoscere e *prevedere* quella limitazione.

L'atteggiamento delle Corti interne è profondamente differente. La Corte costituzionale ha mostrato di voler mantenere un approccio che tenga conto del "sistema". Ciò è dovuto al fatto che, a differenza del sistema convenzionale, il nostro è un ordinamento giuridico nel senso stretto del termine, nel quale la tutela dei diritti è sì un obiettivo primario, ma che si inserisce in un complesso e strutturato sistema di poteri, che costituiscono lo Stato. La Costituzione non è solo una Carta dei diritti, ma è anche una Carta dei poteri, dei quali deve garantire l'equilibrio.

La Corte di cassazione sembra difendere l'impostazione formalistica e di ciò ha dato prova nella recente sentenza sul processo *Infinito*. Tale approccio è emerso ancora più chiaramente poiché la Suprema Corte si è espressa con riferimento alle statuizioni rese dalla Corte di Strasburgo in un caso analogo a quello sottoposto al suo giudizio, il caso *Contrada*. La Corte di cassazione ha

risposto al quesito circa la sussistenza o meno di una norma che fondasse l'incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa e trovandola nell'articolo 110 c.p. non ha sentito l'esigenza di andare oltre indagando in merito al ruolo della giurisprudenza nella "creazione" della fattispecie. La Suprema Corte, dunque, senza fare esplicito riferimento alla tutela del sistema, ha agito utilizzando le categorie formali che tradizionalmente informano l'ordinamento senza aprirsi alle sollecitazioni di Strasburgo. In particolare la Corte sembra non tenere conto del linguaggio della Corte europea.

Da qui l'urgenza di una messa a punto di un "dizionario giuridico" che permetta alle Corti di apprezzare correttamente le reciproche giurisprudenze e di dialogare in modo proficuo ed efficace in vista dell'integrazione tra i diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali.

BIBLIOGRAFIA DELLE OPERE

J. ALLARD-A. GARAPON, *Le juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, Parigi, 2005.

C. AMALFITANO, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?*, in www.sidi-isil.org.

S. ANGIOI, F. RAIMONDI, *La ragionevole durata del processo in Europa. Genesi, effetti e sviluppi della legge Pinto*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011.

L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto: l'esperienza inglese*, in *Rivista di diritto civile* n. 1/1993.

ARISTOTELE, *Politica in Politica. Costituzione degli Ateniesi*, a cura di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari, 1972-1993.

R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, (voce) *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989.

G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 64.

J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1907 rist. I ed. 1823.

A. BERNARDI, *Sub Art. 7*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2001.

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

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.

- F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffré, Milano, 2006.
- N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino 1963.
- N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Einaudi, Torino, 1984.
- N. BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi*, in *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984.
- F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1973, vol. XIX.
- L. CAJANI, (voce) *Analogia*, in *Enc. dir.*, vol. II, 1958.
- L. CANFORA, *La legge o la natura?*, in I. Dionigi (a cura di), *La legge sovrana*, BUR Saggi, 2006.
- F. CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giurisprudenza italiana*, 1907, IV.
- R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, in *Giur Cost.* 2011.
- R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté général. Etude sur le concept de la lois dans la Constitution del 1875*, Économisa, Parigi, 1984.
- L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990.
- L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, CEDAM, Padova, 1996.
- G. CASTELLANO, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in *Politica del diritto*, 1971.
- M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Giuffré, Milano, 2004.

- A. CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. Cost.*, 1975.
- L. CHIEFFI, *I paradossi del costituzionalismo contemporaneo e la "promesse non mantenute" delle democrazie occidentali*, in L. Chieffi (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione élites al potere*, Atti del Convegno di Caserta 6-7 maggio 2005, Torino 2006.
- E. CHELI, *La "centralità" parlamentare: crisi e decadenza di un modello*, in *Quaderni costituzionali* n. 1/1981, n. 2.
- E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, CEDAM, Padova.
- CICERONE, *De inventione*, tr. it. a cura di M. Greco, Congedo, Lecce, 1998.
- CICERONE, *De legibus* in N. Marinone, *Opere politiche e filosofiche*, Utet, Torino, 1976.
- CICERONE, *De re pubblica* tr. it. a cura di L. Castiglioni, Torino, 1947.
- A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale (art. 7 Cedu)*, in *Riv. Trim Dir. Pen.* nn. 3-4/2012.
- F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte Cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* n. 3/2013 del 13 settembre 2013.
- P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, Tomo I, Giuffrè, Milano, 2007.
- P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari*, La Piramide, Roma, 1981.
- J.J. CREMONA, *The interpretation of the word "law" in the jurisprudence of the European Court on Human Rights*, in *Selected Papers 1946-1989*, 1990.

V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Stato popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffré, Milano, 1985.

V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Padova, 1984.

V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. Cost.*, 1962.

C. CUPELLI, *La legalità delegata: crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Roma-Napoli, 2012.

N. CUSANO, *La concordanza universale*, in P. Gaia (a cura di) *Opere religiose*, Torino, 1971.

F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli, 1909.

DELMAS-MARTY, *Légalité pénal et prééminence du droit selon la Convention Européenne des sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Droit pénal contemporain – Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, 1989.

A.V. DICEY, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, Londra, 1959.

R. DICKMANN, *Processo legislativo e limiti della legge*, Jovene, Napoli, 2006.

O. DI GIOVINE, *Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 5 novembre 2012.

O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *www.penalecontemporaneo.it* del 12 giugno 2015, p. 9.

O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen.* n. 1/2013.

V.K.D. EDWING, *The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*, in *Modern Law Review*, 62, 1999.

L. ELIA, (voce) *Governo (forme di)*, in *Encl. Dir.*, vol. XIX, Giuffré, Milano, 1970.

C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil D'État, Études et documents*, fasc. 11, Parigi, 1957.

ERODOTO, *Storie*, Milano, 2000.

A. ESPOSITO, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in www.penalecontemporaneo.it del 2 ottobre 2015.

L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore*, in www.penalecontemporaneo.it del 10 dicembre 2015.

G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto. 1. Antichità e medioevo*, Laterza, 2006.

G. FASSO', *Storia della filosofia del diritto. 2. L'età moderna*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

D. FALCINELLI, *La stabilità della norma scritta, la temporaneità della iuris dictio: statica e dinamica del "delitto" e del "castigo"*, reperibile sul sito www.diritticedu.unipg.it.

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

M. R. FERRARESE, *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 1984.

G. FIANDACA- E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2013.

G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, n. 36, Tomo I, Giuffré, Milano, 2007.

S. FOA', *Un conflitto d'interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale*, in *www.federalismi.it*.

C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, CEDAM, Padova, 2001.

S. FOIS, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Milano, 1963.

S. FOIS, (voce) *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973.

M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. I, *La legge penale*, Torino, 1999.

S.E. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in *Archivio penale* n. 2/2015.

J. GOLDSWORTHY, *The sovereignty of Parliament*, Clarendon Pres, Oxford, 1999.

G. GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in G. Grasso-L. Sicurella (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano, 2007.

U. GROZIO, *I Prolegomeni al De Iure Belli ac Pacis*, tr. e note di S. Catalano, Palumbo, Palermo, 1948.

B. GUASTAFERRO, *Le declinazioni sovranazionali del principio democratico*, in A. Argenio (a cura di), *Democrazia e totalitarismo*, Napoli, 2012.

R. GUASTINI, (voce) *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Utet, Torino, 1994.

A. GUAZZAROTTI, *Sub Art. 11*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012.

A. GUAZZAROTTI, *Sub Art. 9*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012.

G. W. F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, 1807, tr. it. A cura di V. Cicero, Bompiani, Milano, 1995.

T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari, 1974.

M.P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006.

G. INSOLERA- N. MAZZACUVA- M. PAVARINI- M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997.

W. J. JENNINGS, *The law and the Constitution*, University of London Press, Londra, 1955.

P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, vol. 4, Tubinga 1887-89; 5° ed. 1911-14; trad. franc., Parigi, 1900-04.

E. LAMARQUE, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Giurisprudenza italiana* n. 2/2014.

C. LAVAGNA, *L'interpretazione autentica delle leggi e degli altri atti giuridici*, in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984.

J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, Utet, Torino, 1960.

M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1999.

M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti* n. 3/2012 del 3 luglio 2012 reperibile sul sito www.rivistaaic.it.

M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista dell'associazione italiana dei costituzionalisti* n. 1/2013 del 1 marzo 2013, reperibile sul sito www.rivistaaic.it.

D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tubingen, 1961.

V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale*, 2014, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it

V. MANES, *Sub Art. 7*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012.

A. MANZELLA, *I rischi dell'assolutismo maggioritario*, in *Italianieuropei*, 2002.

F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2011.

G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in www.penalecontemporaneo.it del 3 luglio 2015.

G. MARZANO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti tra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1955.

M. MASSA, *Agrati, Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in www.forumcostituzionale.it.

F. MATSCHER, *Il concetto di legge secondo la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Scritti in onore di Guido Gerin*, 1996.

F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in www.penalecontemporaneo.it del 30 ottobre 2013.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, tr. it. a cura di S. Cotta, Torino, Utet, 1952 (rist.: 2004).

C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffré, Milano, 1964.

C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, X, a cura di F. Modugno, A. Baldassarre e C. Mezzanotte, CEDAM, Padova, 1991.

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 Nota a Corte costituzionale, 8 ottobre 2012 (dep. 12 ottobre 2012), n. 230, Pres. Quaranta, Rel. Frigo, in Riv. Trim. Dir. Pen., nn. 3-4 del 2012.*

F.L. NEUMANN, *The rule of law*, Berg Publishers, Leamington, Heidelberg-Dover, 1986.

E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2006.

F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, a cura di G. Colli e M. Montinari, Adelphi, Milano, 1973.

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, Bologna, 1983, p. 33.

C. OVEY, R.C.A.A WHITE, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2010.

T. PADOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 1999.

A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2000.

L. PALADIN, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, in *Foro amm.*, 1959.

L. PALDIN, *La Potestà legislativa regionale*, CEDAM, Padova, 1958.

F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza in diritto penale*, CEDAM, Padova, 1979.

F. PALAZZO, (voce) *Legalità*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006.

S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.* n. 2/2005.

M. PATRONO, (voce) *Legge (vicende della)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, 1973.

A.P. PECORARO-ALBANI, *Riserva di legge, regolamento, norme penali in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959.

I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 2015.

B. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Scritti giuridici in onore di A. De Marsico*, Milano, 1960.

C. PITEA, *Sub Art. 8*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012.

P. PITTARO, *Art. 25, co. 2 e 3*, in S. Bartole e R. Bin (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 2008.

A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto. Artt. 1-9*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 2011, p. 705 e ss.

A.PIZZORUSSO, *La Costituzione ferita*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

PLATONE, *Gorgia*, 38-39, 483 b 484 a., a cura di G. Zanetto, Milano, 1994.

PLATONE, *Le leggi*, 294ab, a cura di F. Ferrari e S. Poli, Rizzoli, Milano, 2005.

F. POLI, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* n. 3/2012 del 31 luglio 2012 reperibile sul sito www.rivistaaic.it.

P. P. PORTINARO, (voce) *Legalità, Principio di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1996.

A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici: strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Giuffrè, Milano, 2003.

D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011.

D. PULITANÒ, *Il nodo della prescrizione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2015.

D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it del 13 luglio 2015.

B. RANDAZZO, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*, Madrid 13 - 15 ottobre 2011 reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it

B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale la Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012.

B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti* n. 2/2015 del 29 maggio 2015 reperibile sul sito www.rivistaaic.it.

G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1964.

G.U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paldin*, relazione al convegno *Esposito, Crisafulli, Paldin: tre costituzionalisti nella cattedra padovana*, Padova, 20 giugno 2003.

P. ROLLAND, *Article 7*, in L. E. Petitti- E. Decaux - P.H. Imbert (a cura di), *La Convention europeenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Parigi, 1995.

M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale: profili penali*, Giuffrè, Milano, 1974.

R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in G. Campanelli (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Giappichelli, Torino, 2009.

F. ROMOLI, *Prime annotazioni a Corte Cost. n. 230 del 2012. La legalità penale: Strasburgo e il "vallo italico"*, in www.archiviopenale.it

J.J. ROUSSEAU, *Contract social*, Libro I, cap. IV, trad. it., *Discorsi e contratto sociale*, a cura di R. Mondolfo, Cappelli, Bologna 1932.

A. RUGGERI, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia)*, in www.forumcostituzionale.it del 14 giugno 2011.

A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte Cost. n. 230 del 2012)* reperibile sul sito www.diritticomparati.it del 15 ottobre 2012.

A. RUGGERI, *Ancora a margine di Corte Cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, reperibile sul sito www.diritticomparati.it del 26 ottobre 2012.

A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in www.giurcost.org del 17 dicembre 2012.

C. SALUTATI, *De nobilitate legum et medicinae*, XIII, a cura di E. Garin, Firenze, 1947.

A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione. Origini, funzioni, caratteri*, Jovene, Napoli, 1983.

R. SCHIAVOLIN, *Il principio di certezza del diritto e la retroattività delle norme impositrici*, in A. Di Pietro e T. Tassani (a cura di) *I principi europei del diritto tributario*, CEDAM, Padova, 2013.

A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005.

C. SHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, CEDAM, Padova, 2008.

V. SCIARABBA, *Il giudicato e la Cedu. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, CEDAM, Padova, 2012.

M.V. SCOLETTA, *El principio de legalidad penal europeo in Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Pamplona, 2010.

G. SILVESTRINI, *Il concetto di "governo della legge" nella tradizione repubblicana*, in *Working paper POLIS - Political Theory Series*, n. 12/2000.

SOFOCLE, *Antigone*, tr. it. a cura di A. Tonelli, Marsilio, Venezia, 2008.

F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino, 2007.

A. SPERTI, *Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna*, in *Rivista di diritto civile*, n. 1/2001.

A. TAMIETTI, *Sub. Art. 6*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, Padova, 2012.

M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, il Mulino, Bologna, 1991.

M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, 2007.

D. TEGA, *La Corte di Strasburgo torna a pronunciarsi sulla questione del velo islamico: un monito, non troppo rassicurante, per il futuro (caso Şahin c. Turchia)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 15 luglio 2004.

R. TONIATTI, *Deontologia giudiziaria tra principio d'indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in L. Aschettino – D. Bifulco – H. Épineuse – R. Sabato (a cura di) *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni* a cura di, Jovene, Napoli, 2006.

R. TONIATTI, *Le interazioni della giurisdizione ordinaria con la giurisdizione costituzionale e con le giurisdizioni europee comunitaria e convenzionale*, in G. Di Federico (a cura di) *Manuale di ordinamento giudiziario*, CEDAM, Padova, 2004.

A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in www.penalecontemporaneo.it del 29 Ottobre 2015.

F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in www.penalecontemporaneo.it del 14 settembre 2015.

F. VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in www.penalecontemporaneo.it del 20 dicembre 2013.

F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005.

F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in www.penalecontemporaneo.it del 21 Settembre 2015.

L. VIOLANTE, *Il futuro dei parlamenti*, in *Il Palamento. Storia d'Italia. Annali 17*, Einaudi, Torino, 2001.

L. VIOLINI, *L'indipendenza del giudice e il rispetto del diritto internazionale secondo una recente decisione del BVerfG: bilanciamento o prevalenza dei principi costituzionali nazionali?*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2005.

P. VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I.

C. VISCONTI, *Il concorso "esterno" nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico criminali*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 1995.

P. J. A. VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, del 1847, rist. 1986.

W. VON HUMBOLDT, *Idee per un "saggio sui limiti dell'attività dello Stato"*, Berlino, 1792 tr. it. F. Serra, Bologna, 1961.

H.W.R. WADE, *Administrative law*, The Clarendon Press, Oxford, 1961.

G. ZAGREBELSKY, *Antigone e la legge che smarrisce*, in *La repubblica* del 25 giugno 2003.

G. ZAGREBELSKY, *Il diritto di Antigone e le leggi di Creonte*, in I. Dionigi (a cura di), *La legge sovrana*, BUR, 2006.

G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984.

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988.

N. ZANON - F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2014.

N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 318.

GIURISPRUDENZA

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Sent. *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70 del 21 febbraio 1975.

Sent. *Hashman e Harrup c. Regno Unito*, [GC], ric. n. 25594/94, del 25 novembre 1999.

Sent. *Ecer e Zeyrek c. Turchia*, ric. nn. 29295/95 e 29363/95 del 27 febbraio 2001.

Sent. *Jamil c. Francia*, ric. n. 15917/89 del 8 giugno 1995.

Sent. *Metropolitan Church of Bessarabia e altri c. Moldavia*, ric. n. 45701/99, del 13/12/2001.

Sent. *Kononov c. Latvia*, [GC], ric. n. 36376/04 del 17 maggio 2010.

Sent. *Sunday Times c. Regno Unito*, [GC], ric. n. 6538/74 del 26 aprile 1979.

Sent. *Vogt c. Germania*, [GC], ric. n. 17851/91 del 26 settembre 1995.

Sent. *Arras e altri c. Italia*, ric. n. 17972/07 del 14 febbraio 2012.

Sent. *Barthold c. Germania*, ric. n. 8734/79 del 25 marzo 1985.

Sent. *C.R. c. Regno Unito*, ric. n. 20190/92 del 21 novembre 1995.

Sent. *Cantoni c. Francia*, ric. n. 17862/91 del 15 novembre 1996.

Sent. *Coëme e altri c. Belgio*, ric. nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96) del 22 giugno 2000.

Sent. *Contrada c. Italia (n. 3)*, ric. n. 66655/13 del 14 aprile 2015.

Sent. *Del Rio Prada c. Spagna*, [GC], ric. n. 42750/09 del 21 ottobre 2013.

Sent. *Dombo Beheer B.V. c. Paesi Bassi*, ric. n. 14448/88 del 27 ottobre 1993.

Sent. *Ducret c. Francia*, ric. n. 40191/02 del 12 giugno 2007.

Sent. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71, 5101/718, 5102/71, 5354/72, 5370/72 del 8 giugno 1976.

Sent. *Forrer-Niederthal c. Germania*, ric. n. 47316/99 del 20 febbraio 2003.

Sent. *Kafkaris c. Cipro*, ric. n. 21906/04 del 12 febbraio 2008.

Sent. *Kokkinakis c. Grecia*, ric. n. 14307/88 del 25 maggio 1993.

Sent. *Kruslin c. Francia*, ric. n. 11801/85 del 24 aprile 1990.

Sent. *Huvig c. Francia*, ric. n. 11105/84 del 24 aprile 1990.

Sent. *Lauko c. Slovacchia*, ric. n. 26138/95 del 2 settembre 1998.

Sent. *Leyla Sahin c. Turchia*, ric. n. 44774/98 del 10 novembre 2005.

Sent. *Liiwik c. Estonia*, ric. n. 12157/05 del 25 giugno 2009.

Sent. *Maestri c. Italia*, ric. n. 39748/98 del 17 febbraio 2004,

Sent. *Maggio e altri c. Italia*, ric. nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08 del 31 maggio 2011.

Sent. *Malone c. Regno Unito*, ric. n. 8691/79 del 2 agosto 1984.

Sent. *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X Et Blanche De Castille e altri c. Francia*, ric. nn. 42219/98 e 54563/00 del 27 maggio 2004.

Sent. *Papageorgiou c. Grecia*, ric. n. 24628/94 del 22 ottobre 1997.

Sent. *Pérez Arias c. Spagna*, ric. n. 32978/03 del 28 giugno 2007.

Sent. *Pessino c. Francia*, ric. n. 40403/02 del 10 ottobre 2006.

Sent. *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia*, ric. n. 13427/87 del 9 dicembre 1994.

Sent. *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92 del 22 novembre 1995.

Sent. *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, ric. n. 12106/03 del 21 giugno 2007.

Sent. *Soros c. Francia*, ric. n. 50425/06 del 6 ottobre 2011.

Sent. *Casado Coca c. Spagna*, ric. n. 15450/89 del 24 febbraio 1994.

Sent. *Vezon c. Francia*, ric. n. 66018/01 del 18 aprile 2006.

Sent. *Zielinsky e Pradal e Gonzales c. Francia*, ric. nn. 24846/94 34165/96 34166/96 34167/96 34168/96 34169/96 34170/96 34171/96 34172/96 34173/96 del 28 ottobre 1999.

Sent. *Zolotukhin c. Russia*, [GC], ric. n. 14939/03 del 10 febbraio 2009.

Sent. *Larissis e altri c. Grecia*, ric. n. 23372/94 del 24 febbraio 1998.

Sent. *Silver e altri c. Regno Unito*, ric. nn. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75 del 25 marzo 1983.

Sent. *Scoppola c. Italia (n. 2)*, [GC], ric. n. 10249/03 del 17 settembre 2009,

Sent. *Welch c. Regno Unito*, ric. n. 17440/90 del 26 febbraio 1995

Dec. *Baragiola c. Svizzera*, ric. n. 17265/90 del 21 ottobre 1993.

Sent. *Camilleri c. Malta*, ric. n. 42931/10 del 22 gennaio 2013.

Sent. *Veeber c. Estonia* (n. 2), ric. n. 45771/99 del 21 gennaio 2003.

Dec. *Jobe c. Regno Unito*, ric. n. 48278/09 del 14 giugno 2011.

Sent. *De Becker c. Belgio*, ric. n. 241/56 del 27 marzo 1962.

Dec. *Touvier c. Francia*, ric. n. 29420/95 del 13 gennaio 1997.

Sent. *Streletz, Kessler e Krenz c. Germania*, [GC], ric. nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98 del 22 marzo 2001.

Sent. *De Wilde, Ooms e Versyp c. Belgio*, ric. nn. 2832/66, 2835/66 e 2899/66 del 18 giugno 1971.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

CGUE, causa C-105/14 del 8 settembre 2015 (Grande Sezione), *Taricco*.

Corte Costituzionale

Sent. n. 26 del 1996.

Sent. n. 113 del 1972.

Sent. n. 282 del 1990.

Sent. n. 393 del 2006.

Sent. n. 324 del 2008.

Sent. n. 29 del 1995.

Sent. n. 171 del 2007.

Sent. n. 128 del 2008.

Sent. n. 22 del 2012.
Sent. n. 246 del 2005.
Sent. n. 179 del 2009.
Sent. n. 213 del 2010.
Sent. n. 66 del 2010.
Sent. n. 20 del 2012.
Sent. n. 113 del 2011.
Sent. n. 118 del 1957.
Sent. n. 118 del 1957.
Sent. n. 118 del 1957.
Sent. n. 15 del 2012.
Sent. n. 155 del 1990.
Sent. n. 170 del 2013.
Sent. n. 172 del 2008.
Sent. n. 210 del 2013.
Sent. n. 230 del 2012.
Sent. n. 230 del 2012.
Sent. n. 233 del 1988.
Sent. n. 233 del 1988.
Sent. n. 234 del 2007.
Sent. n. 236 del 2011.
Sent. n. 264 del 2012.
Sent. n. 311 del 1995.
Sent. n. 311 del 2009.
Sent. n. 317 del 2009.
Sent. n. 32 del 2014.
Sent. n. 327 del 2008.
Sent. n. 370 del 1990.

Sent. n. 299 del 1992.
Sent. n. 263 del 2000.
Sent. n. 519 del 2000.
Sent. n. 330 del 1996.
Sent. n. 348 del 2007.
Sent. n. 36 del 1985.
Sent. n.167 del 1986.
Sent. n. 364 del 1988.
Sent. n. 374 del 2000.
Sent. n. 394 del 2006.
Sent. n. 487 del 1989.
Sent. n. 5 del 2014
Sent. n. 525 del 2000.
Sent. n. 78 del 2012.
Sent. n. 224/1999.
Sent. n. 341/2007.
Sent. n. 113/1972.
Sent. n. 282/1989.
Sent. n. 267/1999.
Sent. n. 134/2003.
Sent. n. 29/1995.
Sent. n. 171/2007.
Sent. n. 128/2008.

Giurisprudenza di legittimità

Cass. civ., Sez. Un., n. 10375/2007.

Cass. pen., Sez. Un., n. 18288/2010.

Cass., pen., n. 4623/2004.

Cass., pen., n. 20731/2004.

Cass., pen. n. 7455/2005.

Cass., pen. n. 34147/2015.