

# Criminalia

*Annuario di scienze penalistiche*

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

CARLO FEDERICO GROSSO

IL FASCINO DISCRETO DELLA CONSERVAZIONE  
(CONSIDERAZIONI IN MARGINE ALL'ASSERTITA CRISI DEL PRINCIPIO  
DI RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE)

SOMMARIO: 1. La *ratio* della riserva di legge in materia penale. – 2. Il principio di riserva di legge alla luce della crisi del sistema della rappresentanza politica. – 3. Il principio di riserva di legge alla luce delle più moderne linee di tendenza in tema di sanzioni penali. – 4. Il principio di riserva di legge in materia penale alla luce del sistema delle fonti di diritto europeo o internazionale. – 5. Il principio di riserva di legge alla luce della funzione interpretativa della giurisdizione. – 6. Davvero sarebbe necessario ricercare, oggi, un “equivalente funzionale” della riserva di legge?

1. *La ratio della riserva di legge in materia penale*

Il principio di riserva di legge enunciato dagli artt. 1 c.p. e 25 comma 2 Cost. non risponde ad un'esigenza di certezza del diritto, che costituisce invece la *ratio* dei principi di stretta legalità e di tassatività delle fattispecie penali, considerati anch'essi espressione del più ampio principio di legalità previsto, nella sua completezza, negli artt. 1 e 2 c.p. e 25 comma 2 Cost. Una legge, com'è accaduto sovente nell'esperienza italiana soprattutto recente, può essere sommaramente incerta a causa dell'oscurità, della farraginosità o della sommarietà della sua formulazione, mentre un regolamento può essere formulato in termini chiari e tassativi.

La riserva di legge in materia penale risponde, invece, all'esigenza, del tutto diversa, di riservare la scelta di criminalizzare le condotte umane all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica. Il Parlamento, eletto a suffragio universale, rappresenta il popolo che lo ha eletto. Attraverso la riserva di legge si vuole pertanto riservare al popolo (che gestisce questa funzione attraverso il suo maggior organo rappresentativo) la scelta di considerare una condotta penalmente rilevante o meno.

La ragione dell'istituzione di questo monopolio dev'essere ulteriormente individuata nella circostanza che la violazione della norma penale comporta la limitazione del diritto fondamentale della libertà personale. In questa prospettiva s'intende riservare appunto al Parlamento, quale organo rappresentativo del

popolo, le scelte che possono incidere su tale sfera di libertà.

Individuata questa *ratio*, ci si deve domandare se la riserva di legge coinvolga nella sua interezza la fattispecie penale (nel senso che la legge debba tipizzare tutti gli elementi del reato e individuare la relativa sanzione, c.d. riserva assoluta di legge), ovvero soltanto la scelta di qualificare come reato un certo fatto (per la cui tipizzazione sarebbe consentito utilizzare enunciati normativi provenienti da fonti diverse dalla legge, c.d. riserva relativa di legge).

Nonostante, soprattutto agli albori dell'entrata in vigore della Costituzione, vi siano state opinioni di segno diverso, a mio avviso la riserva di legge penale dev'essere interpretata in modo rigoroso. È la sua stessa *ratio*, individuabile nella volontà di riservare al legislatore (in quanto rappresentativo della volontà popolare) le scelte che possono incidere sulla libertà personale, ad imporre tale risposta. Se s'intende costituire un monopolio legislativo in materia penale, è infatti giocoforza affermare che esso deve coinvolgere ogni dettaglio della fattispecie, perché altrimenti, contraddicendo il punto di partenza, si consentirebbe a fonti diverse dalla legge d'interferire comunque sulla delimitazione della libertà personale. Si tratta pertanto, sicuramente, di una riserva assoluta, destinata a coinvolgere ogni elemento della fattispecie penale oltre che la sanzione.

Questo precisato, per aderire alle sollecitazioni degli organizzatori di questo dibattito ci si deve domandare quale sia la condizione attuale del principio di riserva di legge alla luce delle modificazioni che sono intervenute, negli anni, su diversi terreni che coinvolgono specificamente tale principio: il tasso di rappresentatività della volontà degli elettori esercitata dal Parlamento, la nuova tipologia delle sanzioni penali, l'irruzione nel diritto penale italiano di norme provenienti da fonti normative europee o internazionali, il ruolo "creativo" che, in determinati periodi, è venuta ad assumere l'attività interpretativa del giudice.

In questa sede parliamo di riserva di legge, non della rilevanza nella materia penale di tutti gli aspetti del principio di legalità. Concentrerò pertanto, ovviamente, la mia attenzione su tale specifico profilo, disinteressandomi degli altri profili (stretta legalità, tassatività) che, pure, potrebbero risentire di talune delle predette modificazioni. Dati i limiti di spazio molto ristretti imposti agli interventi dagli organizzatori del dibattito, cercherò d'altronde di limitare all'essenziale le mie riflessioni.

## 2. Il principio di riserva di legge alla luce della crisi del sistema della rappresentanza politica

L'affermazione secondo cui il Parlamento, votando le leggi, dà voce alla volontà popolare sulla base del potere di rappresentanza acquisito con il voto sembrava dotata di sufficiente efficacia persuasiva quand'era in vigore il modello elettorale proporzionale ed i cittadini sceglievano i rappresentanti indicando le preferenze. Con tale sistema ciascun partito acquisiva un numero di seggi proporzionato al numero dei voti, e la scelta dei rappresentanti corrispondeva, grosso modo, alle indicazioni degli elettori. In questa cornice era dunque, tutto sommato, possibile affermare che il Parlamento costituiva specchio fedele del corpo sociale, e che, quindi, il ragionamento concernente la *ratio* della riserva di legge era nella sostanza salvo.

Quando il sistema proporzionale è stato sostituito da quello maggioritario, e sono stati introdotti premi di maggioranza, il rapporto numerico fra voti espressi e rappresentanti eletti si è alterato. Quando, abolite preferenze e collegi elettorali, i parlamentari sono risultati eletti sulla base della posizione loro assegnata nella lista, il singolo eletto, più che rappresentante dell'elettore, è diventato debitore di chi, ponendoli nella cima della lista, ha loro consentito di diventare deputati.

In questa situazione il Parlamento è diventato specchio meno fedele del corpo sociale. Le distorsioni determinate dai premi di maggioranza e dall'eliminazione della possibilità di scegliere fra i candidati hanno alterato l'immagine riprodotta dallo specchio. Il principio di rappresentanza formalmente è rimasto; nella sostanza è risultato inevitabilmente distorto.

Non solo. Gli scandali nella politica, le corrottele, l'abbassamento del livello culturale e morale dei parlamentari, hanno determinato un'acuta sfiducia dei cittadini nei loro rappresentanti. Si tratta di un profilo ulteriore che ha contribuito ad alterare, nella sostanza, il rapporto fra eletti ed elettori.

Davvero, tuttavia, quest'ampliata lontananza fra il mondo dei rappresentanti e quello dei rappresentati è in grado di mettere in crisi il principio di riserva di legge? Sostenerlo mi sembrerebbe quantomeno azzardato. In realtà, già quando i seggi parlamentari riflettevano, numericamente, i voti dati dagli elettori, ed i parlamentari erano scelti dai cittadini, il principio di rappresentanza della volontà popolare costituiva un'astrazione. Ciò che contava era il concetto, l'immagine, del rapporto eletti/elettori, che doveva comunque esprimere l'idea democratica. Ma nessuno avrebbe mai scommesso che gli elettori, se fosse stato chiesto loro un'opinione su di una scelta politico-criminale, si sarebbero espressi davvero come gli eletti.

Ed allora, purché il sistema faccia appunto salvi i principi fondamentali della democrazia, la maggiore o minore conformità della rappresentanza al corpo sociale dei cittadini non potrà influire seriamente sulla maggiore o minore tenuta del principio di riserva di legge, che risponderà in ogni caso all'“idea” secondo la quale pare opportuno che la limitazione dei diritti fondamentali sia consentita soltanto a chi, sia pure astrattamente, rappresenta il popolo sovrano sulla base di elezioni democratiche.

C'è d'altronde un profilo che induce a conservare comunque il principio di riserva di legge. Il principio di riserva assoluta di legge (statuale) è in grado di salvaguardare meglio di altri eventuali principi l'imprescindibile esigenza di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla norma penale. Se, ad esempio, si consentisse alla legge regionale od a regolamenti operanti nei soli confronti di ambiti territoriali o di categorie di persone di essere fonte del diritto penale, con buona pace per l'eguaglianza si rischierebbe di “frantumare” il sistema penale, permettendogli d'incidere in modo diverso a seconda dei territori o delle soggettività. Il che mi sembrerebbe, francamente, poco accettabile.

Fino a questo punto, quindi, non vedo ragioni serie per abbandonare il principio di riserva di legge.

### 3. *Il principio di riserva di legge alla luce delle più moderne linee di tendenza in tema di sanzioni penali*

Secondo le più moderne tendenze della dottrina penalistica, emerse negli ultimi tre progetti di riforma del codice penale elaborati da altrettante commissioni ministeriali, al principio secondo cui il diritto penale deve costituire *extrema ratio* di tutela si tende affiancare quello secondo cui la pena carceraria deve, a sua volta, costituire *extrema ratio* nella repressione dei reati. Ciò significa che una ragionevole riforma del codice penale dovrebbe prevedere un ampio ventaglio di pene alternative, in grado di circoscrivere la pena carceraria soltanto ai casi in cui essa sia assolutamente necessaria.

Nel contempo, è maturata ormai da diversi anni l'idea secondo cui l'illecito penale non dovrebbe essere considerato un sistema separato; occorrerebbe piuttosto procedere all'elaborazione di una teoria unitaria degli illeciti, penali ed amministrativi, rispondenti ai medesimi principi. Tracce di questa prospettiva sono individuabili nella legge n. 689/81, che ha previsto per gli illeciti amministrativi principi generali mutuati dal diritto penale.

Ed allora ci si potrebbe domandare se l'eventuale realizzazione di un sistema

penale aperto all'utilizzazione di pene alternative assimilabili a quelle utilizzate nel diritto amministrativo, induca a sua volta ad abbandonare il principio della riserva di legge in materia penale.

In realtà, ciò che è avvenuto sul terreno del diritto positivo sembra orientare diversamente. La legge n. 689/1981, nel momento in cui ha introdotto nel settore degli illeciti amministrativi regole e garanzie della materia penale, nell'art. 1 ha previsto che "nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione".

Ciò significa che, sia pure con una formulazione meno stringente di quella di cui all'art. 1 c.p., ma in ogni caso corrispondente a quella utilizzata nell'art. 25 comma 2 Cost., la riserva di legge è stata estesa agli illeciti amministrativi. Si è considerato, evidentemente, che pure la sanzione diversa dalla detenzione (usata, questa sì, soltanto nell'ambito del diritto penale) costituisca una limitazione della libertà personale tale da giustificare comunque il monopolio parlamentare.

Semmai, ci si potrebbe domandare se la nozione di riserva di legge estesa ad ogni profilo di limitazione della libertà personale giustifichi quell'assolutezza della riserva di legge che si è imposta nell'interpretazione dominante del concetto operante nel settore del diritto penale. La dizione utilizzata dalla legge n. 689/99, che non parla di "fatto" previsto dalla legge come illecito amministrativo, bensì di "sottoposizione a sanzione amministrativa se non *in forza* di una legge", potrebbe, in effetti, aprire la strada verso una "relativizzazione" della riserva di legge nei confronti di tutte le norme, penali ed amministrative, che prevedono sanzioni consistenti in limitazioni personali diverse dalla detenzione. Con una precisazione ulteriore, tuttavia. Se con riferimento alla materia penale fosse stabilito che in caso d'inosservanza delle prescrizioni si applica il carcere, il tema della riserva di legge in termini assoluti si riproporrebbe con tutta a sua forza.

Anche sotto il profilo dell'eventuale irrompere nell'ambito del diritto penale di pene alternative alla detenzione, il principio di riserva di legge non dovrebbe, pertanto, risultare stravolto; tutt'al più, vi potrebbe essere una spinta a rendere "relativa" la riserva nei confronti delle norme penali che dovessero prevedere sanzioni alternative non convertibili in detenzione.

#### 4. *Il principio di riserva di legge in materia penale alla luce del sistema delle fonti di diritto europeo o internazionale*

Anche l'irrompere del diritto comunitario e dei vincoli internazionali sul terreno del diritto penale interno solleva interrogativi sulla tenuta del principio di riserva di legge in materia penale. Si tratta, in realtà, d'interrogativi più seri di quelli affrontati, in quanto tale irruzione ha determinato una profonda modificazione del sistema delle fonti del diritto penale.

La Comunità Europea può emanare norme vincolanti per gli Stati membri (regolamenti, direttive, decisioni) ovvero non vincolanti (raccomandazioni, pareri). Le norme vincolanti possono essere, a loro volta, direttamente applicabili agli Stati (cioè senza che sia necessario un atto formale di recepimento o d'attuazione), ovvero non essere immediatamente applicabili (in quanto per diventare applicabili sul terreno del diritto interno devono costituire oggetto di provvedimenti nazionali di recepimento o d'attuazione). I trattati internazionali, per essere operativi nei singoli Paesi, devono a loro volta essere ratificati dal Parlamento.

Poiché sia le norme comunitarie sia i trattati internazionali possono contemplare norme penali, ci si deve di conseguenza porre il problema di come reagisca, nei loro confronti, il principio di riserva di legge in materia penale.

La questione suscita problemi d'intensità diversa a seconda che si tratti di norme destinate a diventare operative in Italia soltanto in seguito ad una legge che recepisca la normativa sovranazionale, ovvero di norme sovranazionali automaticamente operative sul terreno del diritto penale interno.

Il primo fenomeno si manifesta sia con riferimento ai trattati internazionali, le cui norme per diventare operative in Italia presuppongono di regola un atto di ratifica da parte del Parlamento, sia con riferimento a numerose norme comunitarie (si consideri che le direttive, di regola, al pari delle convenzioni internazionali, per diventare operative in Italia presuppongono un atto di ricezione parlamentare).

Il secondo fenomeno, originariamente circoscritto, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione Europea sta acquistando un peso maggiore, e se il processo d'integrazione europea dovesse intensificarsi, è verosimile che sia destinato a diventare regola di produzione normativa diretta sul terreno dei diritti interni di ciascun Stato membro.

A titolo di esempio dell'ampliamento dell'efficacia diretta del diritto internazionale convenzionale e del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, mi limito a ricordare che l'art. 6 comma 1 del Trat-

tato sull'Unione Europea stabilisce che "l'Unione riconosce i diritti di libertà ed i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2000 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati", sancendo in questo modo che tutte le norme della Carta, in quanto disposizioni aventi la medesima efficacia del TUE, sono destinate ad operare appunto direttamente in ciascun Stato membro.

D'altro canto, con riferimento al tema dei rapporti tra diritto interno, norme della Convenzione Europea e diritto comunitario, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale in materia, la Convenzione (come interpretata dalla Corte europea) e il diritto comunitario (come interpretato dalla Corte di Giustizia) devono essere ormai considerati prevalenti sul diritto interno e vincolanti nell'interpretazione che di tale diritto può dare il giudice italiano.

Tornando ora specificamente al tema della riserva di legge in materia penale, si può rilevare che nei casi nei quali la normativa internazionale o comunitaria diventa operativa in Italia soltanto dopo che il Parlamento l'ha recepita, da un punto di vista formale non sembrerebbero sorgere particolari problemi: con la ratifica legislativa, parrebbe possibile rilevare, la riserva di legge in materia penale è in ogni caso rispettata.

In realtà, la questione presenta qualche profilo di maggiore complessità. Con la ratifica di una direttiva, atto obbligatorio per gli Stati membri, il Parlamento recepisce comunque norme che non corrispondono a scelte, elaborazioni o decisioni assunte autonomamente; esso si limita a rispettare un obbligo che gli deriva dall'aver lo Stato italiano aderito all'Unione Europea. In questa prospettiva si potrebbe di conseguenza sostenere che il principio di riserva di legge, salvo nella forma, si stempera comunque nella sostanza.

Il problema d'altronde si complica ove si consideri che a livello europeo non vi è, fino ad ora, una totale coincidenza fra l'istituzione parlamentare, come tale quantomeno astrattamente rappresentativa della volontà popolare europea, e l'organo deputato ad elaborare e ad approvare le norme destinate ad operare all'interno degli Stati membri: la procedura che conduce all'elaborazione ed all'approvazione della normativa comunitaria costituisce, di regola, il risultato dell'attività congiunta di diverse istituzioni europee (Parlamento, Consiglio, Commissione), alcune delle quali non sono rappresentative della popolazione, bensì dei governi (Consiglio), od esprimono il "governo" (svincolato dal Parlamento) della Comunità stessa (Commissione). Il che significa che anche a livello europeo, al momento della formazione della normativa comunitaria, chi la elabora e determina non è soltanto l'istituzione rappresentativa della popolazione ma sono, soprattutto, istituzioni che non hanno alcuna legittimazione popolare



diretta. Anche all'origine è, pertanto, ravvisabile una frattura rispetto a ciò che costituisce *ratio* della riserva di legge in materia penale.

Il problema si pone, d'altronde, in una dimensione ancora più stringente nei casi d'inserimento diretto ed automatico della norma penale sovranazionale nel diritto penale interno. Qui il principio della riserva di legge in materia penale sembrerebbe andare in crisi anche nella forma e non soltanto nella sostanza.

Conclusivamente, non v'è dubbio che il proliferare di fonti sovranazionali del diritto, che s'affiancano a quelle tradizionali interne ai singoli Paesi, complica il contesto in cui si colloca un istituto, come quello di riserva di legge in materia penale, che è stato enunciato quand'esistevano soltanto fonti di diritto interno, e che deve ora fare i conti con una situazione più variegata e complessa.

Ancora una volta, prima di sbarazzarci di un principio che svolge una funzione utilissima di garanzia, sarei tuttavia cauto. Quando la norma sovranazionale diventa operativa in Italia soltanto dopo la sua ratifica, a far ritenere rispettato il vincolo costituzionale di cui all'art. 25 comma 2 Cost. è comunque sufficiente il dato formale costituito dall'intervento del Parlamento italiano. Per il caso di un'eventuale, ulteriore, proliferazione delle ipotesi d'ingresso automatico di norme penali sovranazionali nel diritto interno, deve esservi, a sua volta, l'auspicio che tale ampliamento si realizzi unitamente ad un'evoluzione istituzionale in grado di assicurare al Parlamento europeo la medesima funzione in materia di produzione legislativa che compete, oggi, ai Parlamenti nazionali.

Se ciò avvenisse, le questioni concernenti il rispetto del principio di riserva di legge sarebbero tutto sommato risolte, poiché la "copertura legislativa" della norma penale sarebbe comunque assicurata, direttamente all'origine, a livello europeo.

##### *5. Il principio di riserva di legge alla luce della funzione interpretativa della giurisdizione*

Un ultimo profilo nel quale si potrebbe cogliere un'incidenza preoccupante di elementi estranei sul principio di riserva di legge è individuabile nell'attività interpretativa della magistratura. A me sembra che, se s'intendono correttamente i rapporti fra la sfera della legiferazione, riservata al Parlamento, e quella dell'interpretazione ed applicazione delle leggi, assegnata all'ordine giudiziario, tale tema non dovrebbe suscitare peraltro problemi.

Affronterò, prima di tutto, la questione sul terreno, tradizionale, dei rapporti fra attività legislativa ed attività giurisdizionale dei magistrati ordinari con rife-

rimento al diritto penale interno. Accennerò poi al tema della funzione esercitata dalla Corte Costituzionale ed ai problemi suscitati, in materia di giurisdizione, dall'irrompere sul terreno del diritto penale interno delle fonti di diritto internazionale e comunitario.

Secondo un insegnamento che risale alla fine del '700, al Parlamento compete la funzione di produrre le leggi, alla magistratura quella di applicare le leggi approvate dal Parlamento. Secondo l'originaria impostazione illuministica della ripartizione dei poteri, il giudice doveva, tuttavia, limitarsi ad essere "bocca della legge", non essendogli consentito d'interferire sull'attività di 'creazione normativa' attraverso sue eventuali interpretazioni personali (o funzionali) delle leggi.

Questo concetto rigido si è, con il tempo, ammorbidito, ed ai giudici è stata riconosciuta un'importante funzione interpretativa della legge, propedeutica alla sua applicazione al caso concreto. La magistratura, si è sostenuto, per applicare una legge deve innanzitutto interpretarla, utilizzando i criteri tradizionali dell'interpretazione letterale, logica, storica e sistematica, ed attraverso l'interpretazione attribuire alla norma il suo significato 'reale' fra gli eventuali suoi diversi significati possibili.

Se si eccettuano alcune forzature emerse nei periodi di maggiore tensione politica o sociale (nei quali in sede di giurisdizione si è dato libero sfogo alla "funzione creatrice del giudice", o all'interpretazione "funzionale agli scopi politici o pratici che s'intendeva perseguire"; cosa del tutto diversa, si badi, sono stati i tentativi d'interpretazione diretti ad adeguare la legislazione ordinaria ai dettami costituzionali, poiché essi hanno in ogni caso operato all'interno del sistema complessivo di legalità), nel configurare questo (circoscritto) contributo della giurisdizione alla formazione del contenuto della norma si è, comunque, insistito sui limiti dell'interpretazione. Essa non può mai essere 'libera', deve tenere rigorosamente conto del dato letterale, pur potendo essere 'estensiva' non può stravolgere la lettera della legge. C'è, quindi, un 'limite esegetico', si sostiene, costituito dalla dizione lessicale, che non può essere superato se si vuole evitare di confondere i confini fra la funzione di creazione legislativa (di competenza parlamentare) e quella interpretativa/applicativa (di competenza giurisdizionale).

Questi principi sono enunciati con chiarezza dalla Costituzione, che riserva la funzione legislativa al Parlamento, assicura alla magistratura indipendenza da ogni altro potere dello Stato, ma enuncia senza ambiguità che anche l'ordine giudiziario è soggetto alla legge (stabilendo, nell'art 101 comma 2, che "il giudice è soggetto *soltanto* alla legge", la Costituzione enuncia la garanzia d'indipendenza del potere giudiziario da ogni altro potere dello Stato, ma chiarisce che la

magistratura deve rispettare comunque la legge, applicandola e mai forzandola).

Se questi sono i principi costituzionali, io credo che nel nostro sistema giuridico non vi sia spazio per concezioni che mettano in dubbio “l’esistenza della legalità quale parametro di giudizio preesistente all’interpretazione e indisponibile da parte del giudice”. Ecco perché, sul terreno della funzione esercitata dalla magistratura ordinaria in sede d’interpretazione ed applicazione della legge penale interna italiana, non è prospettabile un problema di crisi del principio di riserva di legge determinato dall’interferenza interpretativa dei giudici sulla produzione normativa.

Se una tale interferenza si è manifestata, o i magistrati hanno tenuto un comportamento loro non consentito, o si è trattato di patologia dovuta al modo improprio con il quale il Parlamento ha legiferato (più il legislatore legifera male, creando norme oscure, contraddittorie, illeggibili, più dà, infatti, spazio all’attività “creatrice” del giudice; rimedio appropriato alla cattiva gestione del potere legislativo non è, tuttavia, la legittimazione di una funzione impropria della magistratura, bensì l’eliminazione della cattiva gestione).

Problemi particolari, con riferimento al principio di riserva di legge in materia penale, non sono d’altronde suscitati neppure dalla funzione di controllo della legittimità costituzionale delle leggi esercitata dalla Corte costituzionale. La Corte, dichiarando illegittima una legge, o stabilendo con le sentenze interpretative quale è il contenuto costituzionalmente corretto delle norme, non vanifica l’attività parlamentare, non contraddice la *ratio* della riserva di legge, ma, semplicemente, garantisce l’osservanza dei principi fondamentali che lo stesso Parlamento ha dato al Paese approvando la Costituzione.

Problemi particolari non suscita neppure, l’ho già accennato, l’attività del giudice ordinario quando, anziché trasmettere gli atti alla Corte costituzionale, ritenendo possibile farlo utilizzando gli strumenti ordinari dell’ermeneutica, fra più significati possibili di un testo normativo opta per l’interpretazione più conforme al dettato costituzionale.

Con riferimento specifico al tema della riserva di legge in materia penale, problemi particolari (ulteriori rispetto a quelli esaminati al n. 4 trattando delle fonti del diritto comunitarie ed internazionali) non dovrebbe d’altronde suscitare, neppure, l’attività giurisdizionale che il giudice italiano è chiamato ad esercitare di fronte all’irrompere diretto sul terreno del diritto interno italiano di norme sovranazionali. Su questo terreno, semmai, potrebbero nascere problemi specifici con riferimento all’esigenza di certezza del diritto (che, come ho pure già rilevato – *retro*, n. 1 –, nulla ha a che vedere con la riserva di legge e la sua *ratio*) o della discrezionalità giudiziale.

Com'è noto, nell'ambito dell'ordinamento giuridico "multilivello" emergente dal sovrapporsi di fonti del diritto di origine comunitario od internazionale a fonti di diritto interno, il giudice nazionale è diventato, talvolta, garante dell'immediata applicazione in Italia delle norme sovranazionali, e della, corrispondente, disapplicazione di norme interne che siano in contrasto con le norme comunitarie o convenzionali.

Non è, ovviamente, questa la sede per approfondire i dettagli di tale fenomeno. Sia sufficiente ricordare come sia stata la stessa Corte costituzionale a stabilire (nelle c.d. "sentenze gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007) che i giudici comuni sono tenuti a ricorrere all'interpretazione "conforme" al fine di armonizzare la legislazione nazionale alla CEDU, per cui in caso di potenziale contrasto tra una norma di diritto interno ed una norma della Convenzione il giudice deve tentare di risolverlo in via interpretativa adottando un significato della norma interna conforme al significato della norma della CEDU (quale si ricava dalla giurisprudenza della Corte Europea); mentre, nel caso d'insanabilità del contrasto, quando esso non sia cioè risolvibile attraverso un'operazione ermeneutica, il giudice è tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale in quanto essa, irrimediabilmente contrastante con la CEDU, contraddice l'art. 117 comma 1 Cost. (c.d. incostituzionalità per violazione di norma interposta). E rammentare come sia stata, di nuovo, la Corte costituzionale a stabilire, nell'ancora più recente ed incisiva sentenza n. 80/2011, che il giudice ordinario può applicare direttamente la Carta sui diritti fondamentali, e disapplicare la norma interna che la contraddica, sia pure limitatamente alle materie di competenza dell'Unione Europea e previo eventuale coinvolgimento della Corte Europea, senza dovere passare attraverso il controllo di legittimità della Corte costituzionale.

Questa realtà, che produce un grande ampliamento dei poteri del giudice ordinario, crea sicuramente incertezza giuridica ed attribuisce alla magistratura ordinaria compiti non marginali (ed ampiamente discrezionali) sul terreno dell'innovazione dei contenuti normativi. A ben vedere, siamo tuttavia pur sempre nell'ambito della specificazione di ciò che "è dato giuridicamente", cioè dell'interpretazione e dell'applicazione, all'interno del sistema giuridico ormai formato da un insieme di norme nazionali e sovranazionali, di ciò che costituisce davvero "la normativa complessivamente vigente".

Il tema della riserva di legge, in questa situazione, è tuttavia specificamente coinvolto nella misura in cui la norma sovranazionale non possieda le caratteristiche della legge, e non rispetti pertanto *ratio* ed esigenze sottese al principio di riserva di legge stabilito dalla nostra Costituzione per la materia penale. Non è invece coinvolto dall'eventuale attività del magistrato chiamato ad applicare la

norma sovranazionale (ritenuta di rango superiore a quella nazionale) o a disapplicare quella nazionale (perché appunto in contrasto con quella sovranazionale che possiede quel rango). Quest'attività, che sicuramente aumenta i poteri del giudice e l'incisività della giurisdizione, solleva, come dicevo, problemi sul terreno della certezza del diritto e della legittimazione del giudice ordinario. Ma si tratta di problemi diversi da quelli specificamente sottoposti all'attenzione di questo dibattito, concentrato, secondo l'indicazione dei suoi organizzatori, sul tema della riserva di legge.

6. *Davvero sarebbe necessario ricercare, oggi, un "equivalente funzionale" della riserva di legge?*

Alla luce delle considerazioni che ho sviluppato, il mio pensiero emerge con sufficiente chiarezza. È vero che la riserva di legge è una categoria storica e non logica del diritto penale e che, in teoria, potrebbe essere abbandonata. Non credo che il suo abbandono porti tuttavia, al momento, vantaggi tangibili nel sistema della produzione normativa in materia penale. Potrebbe, anzi, cagionare danni.

Sul terreno della *ratio*, si può affermare che la riserva di legge, nonostante l'appannamento del principio di rappresentanza politica del Parlamento, risponde comunque all'esigenza d'assicurare al destinatario del precetto penale quantomeno la sicurezza della provenienza (appunto "legislativa") della norma, e pertanto la legittimità della limitazione della libertà personale nella quale si concreta, di regola, la pena. D'altro canto, intesa come riserva di legge "nazionale", impedisce utilmente che il diritto penale si frantumi, assumendo contorni diversi a seconda del luogo o dei soggetti ai quali risulta applicabile.

L'eventuale evoluzione del diritto penale verso una più ampia utilizzazione di pene alternative alla detenzione, non è d'altronde d'ostacolo al mantenimento del principio. Anzi, nel momento in cui il legislatore, con la legge n. 689/81, ha pensato di codificare la "parte generale" dell'illecito amministrativo, non ha esitato a prevedere, all'art. 1, che le sanzioni amministrative possono essere applicate soltanto se previste dalla legge.

Diverso è il problema che scaturisce dall'interferenza sulla produzione del diritto penale nazionale di fonti normative di emanazione europea o internazionale. La proliferazione di queste fonti mette maggiormente in crisi il principio di riserva di legge in materia penale. Secondo quanto ho rilevato, penso che esso dovrebbe essere tuttavia affrontato non tanto sul terreno dell'abbandono o della

modifica del principio di riserva di legge, quanto su quello di una più adeguata articolazione dei meccanismi di produzione normativa europea.

Quanto, infine, al problema della legittimazione dell'attività giurisdizionale a fronte di una riserva di legge che vieta ogni attività interpretativa che sconfini nella produzione normativa, tale questione con riferimento alla tradizionale funzione interpretativa del diritto penale interno non ha neppure ragione di essere posta. Se il giudice, nell'interpretare la legge, sconfinava arbitrariamente in un'attività di creazione legislativa compie un'attività illecita. Punto e basta.

Con riferimento all'attività alla quale il giudice ordinario è talvolta chiamato, oggi, in materia di applicazione diretta in Italia della normativa comunitaria o convenzionale, e di corrispondente disapplicazione delle norme di diritto interno che siano in contrasto con le norme sovranazionali di rango superiore, essa pone problemi specifici sul terreno del rispetto certezza del diritto o della legittimazione del giudice, non su quello della riserva di legge (che potrebbe essere messa in crisi soltanto se la fonte sovranazionale applicata in Italia dovesse risultare priva di ogni impronta legislativa, sia essa nazionale od europea).

D'altro canto, esiste davvero, oggi, la possibilità d'individuare regole, ugualmente garantistiche, in grado di sostituire la funzione esercitata dal principio di riserva di legge in materia penale? Ne dubito. Ed allora, pur con le sue ammaccature, teniamoci stretto il vecchio principio, comunque utilissimo.

Edizioni ETS  
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di maggio 2012