

## Premessa

Il presente studio vuole offrire un contributo alla riflessione sulla condizione attuale della riserva di legge, in termini di significatività e funzionalità, ora che l'interazione tra l'ordinamento costituzionale italiano e la dimensione europea ha prodotto effetti tendenzialmente consolidati.

L'opportunità di tornare su un istituto<sup>1</sup> certamente "classico" del diritto costituzionale emerge dalle sue caratteristiche specifiche: pur nella «significativa stabilità», nel tempo, della sua accezione<sup>2</sup>, esso infatti risulta «strettamente connesso alla dinamica di vertice dei rapporti costituzionali [e] ai principi fondamentali sulla base dei quali tali rapporti si svolgono»<sup>3</sup>. Oggi, dunque, non può ignorarsi la necessità di una rifles-

---

<sup>1</sup> La riserva di legge è qualificata come «istituto» e non come «principio» da G.U. RE-SCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, p. 247 s., spec. p. 248: «"riserva di legge" [...] è espressione che serve per parlare unitariamente delle riserve di legge (al plurale); principio di legalità viceversa non è espressione che riassume determinate regole (non è uno schema generale che riassume molti casi eguali [...]) e non è risolvibile in un elenco di regole e principi minori». Diversamente, si riferisce alla riserva di legge come «principio» (invero solo nel titolo del paragrafo e non anche nella trattazione) G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 54 s., come elemento che – congiuntamente con i principi di gerarchia, legalità e costituzionalità – contribuisce alla determinazione di un ordine sistematico tra le fonti. Anche S. FOIS, "Delegificazione", "riserva di legge" e principio di legalità, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, I, Padova, 1995, p. 727 s., spec. p. 741 s., ricorre all'espressione «principio della riserva di legge», ma sostanzialmente nel senso di istituto fondamentale dell'ordinamento giuridico.

<sup>2</sup> Così R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, (voce) *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, p. 1207 s.

<sup>3</sup> S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 1 s. (ora riprodotta in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, ivi, 2011, ove l'inciso citato è a p. 3). Circa l'opera di Fois – che è risultata fondamentale ai fini del presente studio – occorre una piccola avvertenza. Come si vedrà, benché intesa come versione «provvisoria» (e qualificata come tale dallo stesso A. nei lavori successivi), la monografia di Fois è ampia-

sione su quali siano le sue attuali dinamiche applicative e quali, eventualmente, le sue sorti nell'affermato contesto di inte(g)razione dell'ordinamento costituzionale nell'ambito della dimensione «sovrastatale» europea<sup>4</sup>. Si prenderà dunque in considerazione il «diritto europeo», inteso come inclusivo sia della partecipazione dell'Italia all'Unione europea (con, all'interno di essa, il concorso tra fonti interne e fonti del diritto UE), sia degli effetti della sua appartenenza al Consiglio d'Europa (e quindi, anzitutto, il ruolo esercitato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo), entrambi estremamente rilevanti negli oggetti sui quali la Costituzione individua riserve di legge<sup>5</sup>.

---

mente circolata tra gli studiosi e ha costituito un vero e proprio punto di svolta per la riflessione sull'istituto. Oggi, invece, l'opera originale risulta di non facilissimo reperimento, e perfino le biblioteche più fornite ne hanno avuto solo versioni in fotocopia fino alla riedizione integrale del 2011 che, nell'ambito di una più ampia raccolta di scritti, ne ha consentito una nuova diffusione. La riproduzione nel volume del 2011 non è però anastatica e nei rinvii operati nel presente lavoro si è preferito utilizzare la numerazione delle pagine come presente nella pubblicazione del 1963, anche per un più facile «dialogo» con gli altri scritti che si sono riferiti all'opera originale. Quanto al merito dell'affermazione di Fois citata nel testo v., in maniera non dissimile, F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, I, Genova, 1980, p. 43: «tale istituto ha visto modificarsi la sua struttura e la sua funzione nei diversi ordinamenti in cui è stato positivamente previsto».

<sup>4</sup>Di «sovrastatalità» (per altro, come «necessità» propria dei singoli ordinamenti statali contemporanei, al fine di «svolgere politiche e raggiungere obiettivi che l'autocoscienza democratica dei singoli Stati indica come non più conseguibili con i soli poteri propri») parla A. MANZELLA, *Lo Stato «comunitario»*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 273 s. «Sovrastatale», inoltre, risulta preferibile rispetto a «sovranazionale» proprio perché le sfide che qui interessa affrontare si rivolgono a strumenti e istituti tipici dello Stato-ordinamento.

<sup>5</sup>L'ampio concetto di *European Law* proposto da A. VON BOGDANDY, *The transformation of European law: the reformed concept and its quest for comparison*, MPIL Research paper series, No. 2016-14, p. 1 s. (e a sua volta frutto di una elaborazione a partire da quanto già anticipato quasi cinquant'anni prima da H. MOSLER, *Begriff und Gegenstand des Europarechts*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 1968, p. 481 s., spec. p. 484, e riaggiornato da B. STIRN, *Vers un droit public européen* [2012], 2° ed., Paris, 2015, ora anche disponibile in inglese, ID., *Towards a European Public Law*, trad. a cura di E. Bjorge, Oxford, 2017), si sostanzia nella coesistenza di (e nella reciproca interazione tra) «Community law – today EU law –, the European Convention on Human Rights, various domestic laws enacting or responding to such transnational law, and, as an ancillary component, European comparative law». Come specificato dallo stesso von Bogdandy, tale approccio non è finalizzato a una mera descrizione e giustapposizione dei sistemi giuridici che insistono su una determinata area geografica (ma che risulta comunque rilevante e definita come «European legal space»: v. p. 11 s.), ma si riflette in una precisa scelta di indirizzo metodologico («not a neutral descriptor; rather, it takes a position and plays a performative role») nel senso di includere

La natura eminentemente strumentale della riserva di legge<sup>6</sup>, nel senso della sua funzionalizzazione rispetto a determinati valori sostanziali<sup>7</sup> (quali, nelle opinioni della dottrina: la garanzia dei diritti individuali<sup>8</sup>, l'uguaglianza formale<sup>9</sup>, il coinvolgimento delle minoranze nel dibattito parlamentare<sup>10</sup>, il principio democratico latamente inteso<sup>11</sup>, la necessaria composizione degli interessi che concorrono all'interno della collettività nazionale<sup>12</sup>), richiede infatti di soffermarsi non tanto sulla attualità di questi, specie per la loro condizione di poter essere ricondotti a principi fondamentali dell'ordinamento e, come tali, permanenti se non del tutto inviolabili. Piuttosto, è necessario interrogarsi circa la perdurante congruità dello strumento (o almeno delle sue declinazioni compatibili

---

il «conventional mind-set» teso a ragionare per ordinamenti in una riflessione che deve essere più ampia al fine di comprendere la complessità derivante dal quadro giuridico contemporaneo. Nella letteratura italiana v. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, spec. p. 38 s., nonché p. 365 s.

<sup>6</sup>F. SORRENTINO, *Regolamenti comunitari e riserva di legge*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1974, p. 245 s., spec. p. 256 (ma v. anche ID., *Lezioni sulla riserva di legge*, I, cit., p. 119): «L'individuazione della *ratio* della riserva non può prescindere dai valori (sostanziali) che con tale istituto la Costituzione afferma e garantisce: che cioè la riserva stessa sia nient'altro che uno strumento diretto a garantire quel valore e che da essi, o meglio dalla necessità della loro garanzia, essa prende luce e significato».

<sup>7</sup>Questa impostazione strumentale della riserva di legge sembra essere stata accolta anche nella giurisprudenza costituzionale sin dalle primissime sentenze della Corte. Si v. la sentenza n. 4 del 1957 (con paragrafazione non numerata): «l'espressione "in base alla legge" contenuta nell'art. 23 della Costituzione, dovendosi interpretare in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale, implica che la legge, che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione, non lasci all'arbitrio dell'ente impostore la determinazione della prestazione» (corsivo aggiunto).

<sup>8</sup>M.S. GIANNINI, *I proventi degli enti pubblici minori e la riserva di legge*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1957, p. 3 s., ora in *Scritti*, IV, 1955-1962, Milano, 2004, p. 225 s., spec. p. 231: «un limite al legislatore in funzione della tutela di particolari posizioni giuridiche fondamentali del cittadino»; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 232.

<sup>9</sup>L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958.

<sup>10</sup>S. FOIS, *La "riserva di legge" ...*, cit., spec. p. 294 s., spec. p. 298.

<sup>11</sup>A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, Torino, 1969, spec. p. 64 s.

<sup>12</sup>A. CERRI, *Problemi generali della riserva di legge e misure restrittive della libertà economica*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 2234 s., spec. p. 2241.

con l'interpretazione fattane dalla giurisprudenza costituzionale) rispetto ai quegli stessi valori richiamati. Si guarderà, dunque, anche a eventuali profili evolutivi dell'istituto stesso, al fine di indagare ove la sua applicazione concreta abbia condotto a una qualche eterogenesi dei fini, consegnando dunque obiettivi o *rationes* nuovi e diversi. Infine, l'enfaticizzazione della dimensione strumentale dell'istituto richiede di interrogarsi circa l'idoneità di strumenti e istanze ulteriori che, in maniera alternativa o collaterale, possano mostrarsi altrettanto idonei alla conservazione o al perseguimento dei medesimi valori sostanziali<sup>13</sup>.

Già da tempo sono stati rilevati numerosi fattori interni all'ordinamento costituzionale che hanno trasformato i fondamenti originari di un istituto nato nello Stato liberale ottocentesco (se non addirittura prima). Questi sarebbero relativi non solo alla rigidità costituzionale (che ha notoriamente esautorato la legge parlamentare dall'essere il centro e il vertice del sistema delle fonti<sup>14</sup>) ma anche alla fungibilità, sul punto, tra legge e atti aventi forza di legge<sup>15</sup> (mediante la quale si è definita la sua natura di riserva di "livello normativo", e non di organo), come pure alla idoneità delle fonti dell'Unione europea (e delle Comunità europee, prima) a intervenire in ambiti riservati alla legge, alla luce della ricostruzione fatta propria dalla Corte costituzionale all'interno del suo "cammino comunitario"<sup>16</sup>. Altrettanto note (e sempre più preoccupanti) sono

---

<sup>13</sup> Quest'ultimo interrogativo, relativamente all'ambito penale, è stato anche al centro di un dibattito tra G. Fiandaca, A. Gargani e C.F. Grosso (*Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, p. 77 s., con nota introduttiva di F. Giunta).

<sup>14</sup> Per tutti, F. MODUGNO, voce *Legge in generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 873 s., spec. p. 874. Sugli effetti della rigidità costituzionale nella distinzione tra riserva e preferenza di legge, A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, cit., p. 16.

<sup>15</sup> In generale v. Corte cost., sentenza n. 184 del 1974, §5. in dir.: «La Costituzione si limita ad istituire in materia una riserva di legge; ed è pacificamente ammesso, ed è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza di questa Corte, che la parificazione alle leggi formali degli atti "aventi forza di legge" [...] abilita tali atti a incidere validamente, al pari delle leggi, nelle materie a queste riservate» (corsivo aggiunto). Significativa è poi, in relazione alla decretazione d'urgenza, l'affermazione contenuta in Corte cost., sentenza n. 330 del 1996, §3.1. in dir., ove si accenna alla soddisfazione della riserva di legge penale alla luce dell'avvenuta conversione parlamentare. Sulle questioni legate invece al rapporto tra riserva di legge e delegazione legislativa v. C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, *passim*.

<sup>16</sup> Si vedrà come la sentenza n. 183 del 1973 si è rivelata cruciale non soltanto ai fini della

le difficoltà degli stessi modi di produzione legislativa, che spesso privano la legge parlamentare di alcune delle sue caratteristiche distintive rispetto al complesso degli atti normativi<sup>17</sup>, specie in relazione al suo procedimento di formazione<sup>18</sup>.

In un simile contesto di ormai consolidata relativizzazione dello strumento legislativo nel sistema costituzionale, sfide ancora nuove e ulteriori per un istituto come la riserva di legge provengono dal rinnovato contesto della progressiva integrazione sovratattuale<sup>19</sup>.

Quanto al diritto dell'Unione europea, particolarmente significative sono state le innovazioni recate dal Trattato di Lisbona<sup>20</sup>. Da un punto di vista generale, si condivide l'impostazione per cui esso avrebbe contribuito al consolidamento di una Costituzione «composita»<sup>21</sup> (o, secon-

---

costruzione della c.d. «dottrina dei controlimiti», ma anche del rapporto tra riserve di legge e fonti europee.

<sup>17</sup> Da ultima, v. l'ordinanza n. 17 del 2019, in cui la Corte costituzionale definisce la legge parlamentare come «momento di conciliazione, in forma pubblica e democratica, dei diversi principi e interessi in gioco» (§ 4.3. in dir.).

<sup>18</sup> Si tornerà diffusamente sul punto al Capitolo secondo, par. II.8. In via generale, sia consentito rinviare, in relazione alla problematica dei maxi-emendamenti (che ormai caratterizza in maniera predominante la decisione legislativa), a quanto già detto ne *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008, spec. p. 259 s.

<sup>19</sup> G. SCACCIA, *Appunti sulla riserva di legge nell'esperienza costituzionale tedesca*, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 219 s., spec. p. 219, segnalava la necessità di una «globale riconsiderazione» del tema, specie in prospettiva istituzionale organizzativa, alla luce della «comunicazione del sistema delle fonti nazionali con il diritto comunitario». Analogo «invito» è presente nella chiosa di R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, (voce) *Riserva di legge*, cit., p. 1223, i quali rimandavano ai «costituzionalisti di domani» la valutazione dell'impatto di centri decisionali nazionali e sovranazionali sulle competenze del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali degli Stati membri.

<sup>20</sup> Appena prima della firma del Trattato di Lisbona, proprio sul tema v. M.P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2007.

<sup>21</sup> Così L.F.M. BESSELINK, *A Composite European Constitution*, Groningen, 2007. In realtà, l'espressione rievoca l'approccio già usato da I. PERNICE nei lavori in francese, ove appunto presentava la propria idea di una «*Constitution composée de l'Europe*» (v. il saggio, scritto insieme a F. MAYER, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2000, p. 623 s., nonché ID., *Fondement du droit constitutionnel européen*, Berlin, 2004, spec. p. 30 s.), che nelle versioni in lingua inglese – nonché nelle traduzioni in italiano – tuttavia diventava «*multilevel constitutionalism*» (*Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, p. 511 s.), consegnando un'idea di stratificazione piuttosto che di integrazione. Coerenti con l'approccio di Besselink appaiono anche lavori più risalenti di A. MANZELLA, che anticipava l'idea di una

do alcuni, di una *compound Constitution*<sup>22</sup>), vale a dire una architettura istituzionale e procedurale nella quale sono presenti fonti propriamente europee e fonti nazionali, che fanno reciprocamente rinvio le une alle altre e, anzi, si presuppongono vicendevolmente<sup>23</sup>. Più nello specifico, il Trattato di Lisbona ha introdotto una categoria di atti giuridici dell'Unione europea dichiaratamente qualificati come «legislativi»<sup>24</sup>, la cui giustapposizione rispetto alla legalità propria degli Stati membri non poteva non suscitare interesse nella prospettiva adottata in questa sede. Certamente le due prospettive di legalità sono diverse, perché diversi sono i presupposti sulla base dei quali esse sono state concepite e si stanno evolvendo nel momento presente. Eppure, si è ritenuto che riesaminare, oggi, le sorti della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale, fosse

---

«unione di costituzioni» (*Dopo Amsterdam. L'identità costituzionale dell'Unione europea*, in *Il mulino*, 1997, p. 906 s.) e, alla luce dell'evoluzione dei Trattati europei concludeva per una «unitarietà costituzionale» realizzata all'interno dell'ordinamento europeo (*L'unitarietà costituzionale dell'ordinamento europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, p. 659 s.). Nello stesso senso, v. l'impostazione nel senso di una Costituzione «composita» proposta da N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Costituzione e pareggio di bilancio. Il Filangieri. Quaderno 2011*, a cura di V. Lippolis, N. Lupo, G.M. Salerno e G. Scaccia, Napoli, 2012, p. 89 s., spec. p. 91, nonché nel volume *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, a cura di N. Lupo e C. Fasone, Oxford, 2016 o anche in N. LUPO-G. PICCIRILLI, *Conclusion: 'Silent' Constitutional Transformations: The Italian Way of Adapting to the European Union*, in *The Italian Parliament in the European Union*, a cura di N. Lupo e G. Piccirilli, ivi, 2017, p. 317 s.

<sup>22</sup> Benché si tratti di un lessico che sembra quasi «passato di moda», v., in questo senso, A. von BOGDANDY-J. BAST, *The constitutional approach to EU law. From taming intergovernmental relationships to framing political processes*, in *Principles of European Constitutional Law*, a cura degli stessi autori, 2 ed., Oxford-München, 2009, p. 1 s., nonché L. AZOULAI, *The force and forms of European legal integration*, EU working paper n. 06/2011, disponibile al sito internet <http://ssrn.com/abstract=1899484>, spec. p. 15, e R. SCHÜTZE, *An introduction to European law*, Cambridge, 2012, spec. p. 105.

<sup>23</sup> Insistono sulla interdipendenza (nel senso della reciproca necessarietà) del contributo di fonti europee e di fonti interne (almeno rispetto all'approccio adottato con il *Fiscal compact*, ma con considerazioni che sembrano potersi generalizzare) L.F.M. BESSELINK-J.H. REESTMAN, *The Fiscal compact and the European Constitutions: "Europe speaking German"*, in *European constitutional law review*, 2012, p. 1 s., spec. p. 7. In termini analoghi, alla luce dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte delle Corti costituzionali, M. CARTABIA, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling*, in *German Law Journal*, 2015, p. 1791 s.

<sup>24</sup> Art. 289(2) TFEU. V., su tutti, J. BAST, *New categories of acts after the Lisbon reform: dynamics of parliamentarization in EU law*, in *Common market law review*, 2012, p. 885 s.

inscindibile dall'affrontare anche questa prospettiva, non solo per la coincidenza nominalistica tra gli atti menzionati, quanto perché entrambe le idee di legalità risalgono alla radice delle dinamiche di vertice dei rispettivi ordinamenti, ora indiscutibilmente interconnessi.

Proseguendo nella individuazione del campo di indagine, riprendere lo studio della riserva di legge alla luce degli ulteriori spunti emergenti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo costituisce un modesto tentativo di raccogliere l'invito lanciato negli ultimi studi di Louis Favoreu, teso a stimolare l'aggiornamento delle ricerche sull'impatto della CEDU sugli ordinamenti nazionali e sulla riflessione sui diritti costituzionali rispetto a come si era abituati a concepirli<sup>25</sup>. Più in generale, la trasformazione della riserva di legge, alla luce delle dinamiche richiamate, potrebbe essere riconosciuta quale elemento del generale processo di evoluzione del diritto pubblico europeo qualificato da Alec Stone Sweet come creazione di un «*cosmopolitan legal order*», ossia un ordinamento transnazionale caratterizzato da una sovranità decentrata. L'emergenza di quest'ultimo avrebbe messo in crisi alcuni dei pilastri tradizionali del costituzionalismo (continentale) europeo, conducendo addirittura alla «distruzione» (o, forse, alla erosione) di una delle dottrine che ha dominato il dibattito costituzionalistico e la stessa strutturazione degli ordinamenti europei continentali, quale appunto la scelta di affidare alla legislazione parlamentare (con conseguente esclusione di altre fonti del diritto) la disciplina dei diritti fondamentali<sup>26</sup>. I presuppo-

---

<sup>25</sup> L. FAVOREU, *Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme*, in AA.VV., *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, I, Bruxelles, 2004, p. 789 s., che appunto risulta essere uno degli ultimi studi pubblicati dal giurista francese, spec. p. 811: «Le temps semble venu d'un *aggiornamento* général auquel doivent être associés tous les acteurs de la protection des droits fondamentaux sans considération des disciplines ou de domaines réservés [...]. A nous de susciter une réflexion générale à laquelle doivent être associées les jeunes générations».

<sup>26</sup> A. STONE SWEET, *A cosmopolitan legal order: Constitutional pluralism and rights adjudication in Europe*, in *Global constitutionalism*, 2012, p. 53 s.: «the incorporation of the European Convention of Human Rights generated constitutional pluralism and inter-judicial competition within the national order; it destroyed doctrines that underpinned centralized sovereignty (e.g. legislative supremacy, the monopoly of constitutional courts over the domain of rights protection); and it enhanced judicial power with respect to legislative and executive power». Di tenore simile la proposta di lettura del ruolo della Corte di Strasburgo come «norm-broker» avanzata da M. HAMILTON-A. BUYSSE, *Human Rights Courts as Norm-brokers*, in *Human Rights Law Review*, 2018, p. 205 s., spec. p. 224 s., ove si riferisce anche

sti che, nella ricostruzione di Stone Sweet, avrebbero contribuito a un simile risultato sono essenzialmente due. Da una parte, la possibilità – riconosciuta dal Protocollo n. 11 – di ricorsi individuali alla Corte di Strasburgo. Dall'altra, le modalità con cui è avvenuta l'incorporazione della CEDU negli ordinamenti statali, ossia il fatto che questa sia stata progressivamente e generalmente (e, com'è noto, almeno in Italia dopo la revisione costituzionale del 2001 e la svolta giurisprudenziale del 2007) collocata ad un livello ultra-legislativo<sup>27</sup>. L'elemento che lega i due presupposti richiamati è appunto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nella sua peculiare condizione di intervenire sulla base di ricorsi individuali (e dunque, in qualche modo inevitabilmente "contro" gli ordinamenti nazionali e i rimedi da questi offerti) e con effetti che sono stati resi tali da imporsi al giudice nazionale e allo stesso legislatore nazionale, in forza dello *status* conferito al diritto convenzionale nell'ordinamento interno. Inoltre, l'angolo di prospettiva proprio della Corte EDU (ossia quello di un giudice sovranazionale dei diritti fondamentali, che necessariamente non potrà entrare nelle specificità dei sistemi giuridici dei singoli Paesi<sup>28</sup>) costituisce una sfida specifica per istituti come la riserva di legge, che appunto sono intrinsecamente connessi con le dinamiche proprie di ciascun singolo ordinamento. Il risultato di questa triangolazione tra individui, Corte EDU e – nel dare seguito alle decisioni di quest'ultima – giudici comuni, avrebbe l'effetto di imporre, dall'esterno, ulteriori standard di tutela dei diritti fondamentali, riducendo enormemente la capacità dei Parlamenti di intervenire nella loro disciplina, nonché "tagliando fuori" le Corti costituzionali rispetto al loro ruolo di interpreti esclusivi dei diritti sanciti nelle Carte costituzionali nazionali.

Infine, e più nello specifico, l'attualità della riflessione sulle sorti della

---

alla Corte EDU l'attitudine a sviluppare quell'«deliberative role that human rights courts can and ought to perform when opportunity for norm development arise». Lo stesso lessico usato da Stone Sweet ritorna anche nel volume di A. SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014.

<sup>27</sup> Sullo *status* della CEDU negli ordinamenti degli Stati membri, il riferimento obbligato è al volume *A Europe of Rights. The impact of the ECHR on national legal systems*, curato dallo stesso A. Stone Sweet e da H. Keller, Oxford, 2008, spec. p. 685 s.

<sup>28</sup> Seppur da un diverso angolo di prospettiva, è questa la critica di J. WALDRON, *The core of the case against judicial review*, in *Yale Law Journal*, 2005-2006, p. 1346 s., spec. p. 1353, n. 20, il quale sottolinea come la massima parte dell'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo sia diretta non alla «judicial review of legislative action» ma alla «judicial review of judicial action».

riserva di legge sembra essere ulteriormente suffragata dal considerevole numero di studi che nell'ultimo periodo è stato prodotto in relazione alle sorti del principio di legalità, specie in materia penale<sup>29</sup>. In tali studi, la dottrina si è misurata appunto con la "tenuta" di uno dei profili in astratto più invalicabili dell'ordinamento costituzionale nazionale rispetto a influenze esterne. Proprio dall'ambito penale, tra l'altro, un caso recentemente portato all'attenzione della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte costituzionale ha suscitato notevole interesse al fine di chiarire il ruolo della riserva di legge nelle dinamiche di interazione tra diritto interno e diritto europeo. Nella celeberrima "saga" giurisprudenziale nata a partire dalla compatibilità con il diritto dell'Unione europea della disciplina interna sulla prescrizione relativamente ai reati di frode fiscale<sup>30</sup> sono venute a scontrarsi opposte visioni relativamente al rapporto tra effettività dei principi costituzionali e garanzia del primato (e dell'effetto diretto) del diritto dell'Unione europea contrastante con i precetti interni. Come si vedrà, sembra possibile rinvenire nella posizione assunta dalla Corte costituzionale sul caso una idea di riserva di legge in qualche modo avanzata in precedenti pronunce relative al rapporto tra Italia e altri ordinamenti: una idea dell'istituto che sembra essere funzionale all'individuazione del perimetro minimo (nel senso di "necessario") per la giurisdizione costituzionale, e che viene ora a riflettersi come condizione (e garanzia) della *Verfassungsgerichtsbarkeit* nelle giunture che pongono in comunicazione l'ordinamento costituzionale e la dimensione sovrastatale.

---

<sup>29</sup> V., tra gli altri, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015; Rule of Law. *L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino e V. Villa, Bologna, 2016; *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Milano, 2017.

<sup>30</sup> La "saga Taricco" deriva da eventi molto recenti e tutto sommato concentrati nell'arco di poco più di quattro anni: il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo, originato a partire dal processo in cui il sig. Taricco era imputato è datato 17 gennaio 2014; nei mesi seguenti sono giunte la decisione della Corte di giustizia (causa C-105/14, dell'8 settembre 2015), il "seguito" nei giudici nazionali (con pronunce di diverso orientamento), fino alla rimessione della questione di legittimità alla Corte costituzionale (da parte della Corte d'appello di Milano e della Corte di cassazione, terza sezione penale) e al successivo rinvio pregiudiziale (ordinanza n. 24 del 2017, del 23 novembre 2016), cui è seguita la successiva (nuova) decisione della Corte di giustizia (causa C-42/17, caso *M.A.S. e M.B.*, del 5 dicembre 2017) e l'ulteriore "replica" della Corte costituzionale (con sentenza n. 115 del 2018, del 31 maggio del 2018).

L'insieme degli spunti richiamati stimola una ripresa dello studio della riserva di legge, provando ad accostarsi a essa da una prospettiva, si spera, in qualche modo innovativa. Tradizionalmente, infatti, si è impostato il suo studio concentrandosi sulla seconda parte della locuzione che lo descrive, ossia su cosa fosse la «legge» (in senso formale, in senso sostanziale/materiale) e su come dovesse essere interpretata la «riserva» in funzione del fatto che dovesse operare in favore della «legge» (e quindi su quale fosse il conseguente rapporto con le altre fonti...).

Tra gli obiettivi di questo studio c'è quello di seguire la prospettiva in qualche modo opposta.

Si vuole, dunque, approfondire cosa possa significare l'aver utilizzato la «legge» al fine di individuare aree «riservate», nonché – a maggior ragione – quali siano le conseguenze, oggi, di una simile scelta. In altre parole: ci si intende interrogare su come debba essere interpretato un istituto – e quali finiscano per esserne i risvolti nel quadro costituzionale vigente, anche alla luce della sua interazione con la dimensione sovratattuale – mediante cui è individuato un notevole numero di ambiti materiali o di oggetti, prevedendo su di essi l'intervento necessario del legislatore<sup>31</sup> (ormai posto in concorrenza con una pluralità di ulteriori soggetti normatori); il tutto, tenendo presente l'ulteriore conseguenza – *ex art.* 134 della Costituzione – di consentire indirettamente, sugli stessi oggetti, l'intervento del giudice costituzionale in sede di sindacato di legittimità.

A questo fine, si è ritenuto opportuno operare alcune scelte preliminari e di metodo, delimitando in qualche modo l'ambito di analisi, anche in ragione della volontà di non riproporre percorsi già battuti dai copiosi studi precedenti sullo stesso tema. Come si vedrà, il primo capitolo assume come punto di partenza il dibattito svoltosi in dottrina nei primi decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, quando un imparagonabile fervore intellettuale ha condotto a porre le basi della riflessione sull'istituto, ricostruendone le radici storiche e anticipando alcuni punti di approdo della riflessione su di esso che sembrano essere stati forse non del tutto valorizzati negli studi successivi<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., p. 251, per il quale «la parola chiave» della locuzione che descrive l'istituto è anzitutto «riserva», e solo successivamente la parola «legge».

<sup>32</sup> Come si dirà nel Capitolo primo, la scelta di prendere le mosse dell'analisi a partire dalla dottrina italiana del periodo repubblicano non vuole certo ignorare la fondamentale

I capitoli secondo e terzo analizzano una parte della amplissima giurisprudenza costituzionale sulla riserva di legge, approfondendo i percorsi seguiti per la sua identificazione, e mostrando quale specifica lettura sia stata fatta propria dalla Corte costituzionale, in un senso non sempre coincidente con gli auspici della dottrina. In essi si cercherà di far emergere come proprio la riserva di legge abbia avuto un ruolo cruciale nell'evoluzione della progressiva "apertura" dell'ordinamento alla interazione con la dimensione sovrastatale, costituendosi come presidio per l'intervento del giudice delle leggi a tutela dei principi supremi del sistema costituzionale.

La seconda parte del volume indaga le prospettive della legalità al di là dell'ordinamento costituzionale e nel quadro dello spazio giuridico continentale, guardando dunque sia alla creazione di quella categoria di «atti legislativi» tra gli atti di diritto derivato dell'Unione europea, già menzionata, sia al concetto di «legge» emergente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Come si dirà meglio nel testo<sup>33</sup>, l'integrazione tra analisi della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano e indagine circa l'esistenza di istituti omologhi o analoghi all'interno della dimensione sovrastatale è finalizzata non tanto allo studio di quest'ultima, quanto alla comprensione delle dinamiche evolutive della riserva di legge derivanti dall'interazione con essa (e, dunque, come questo lavoro "annuncia" sin dal suo titolo, allo studio delle «influenze» prodotte in quelle sedi rispetto alle «evoluzioni» dell'istituto all'interno dell'ordinamento costituzionale).

L'obiettivo di un simile accostamento è perciò quello di rispondere all'interrogativo circa la possibilità che la riserva di legge finisca per acquisire, oggi, un ruolo rinnovato o, forse, completamente nuovo, spostandosi dalla regolazione dei rapporti tra fonti interne, alla individuazione del perimetro necessario della giurisdizione costituzionale, offrendo così alla Corte costituzionale strumenti per una effettiva giustiziabilità

---

riflessione sull'istituto svoltasi in precedenza, soprattutto al di fuori dell'Italia, e nella dottrina tedesca a cavallo tra XIX e XX secolo anzitutto. Tuttavia, in considerazione dello specifico profilo che si intende analizzare (l'interazione tra riserva di legge e dimensione sovrastatale), nonché della prospettiva che si è intesi assumere (il punto di vista offerto dalla giurisprudenza costituzionale), si è ritenuto di non ripercorrere ulteriormente le radici storiche dell'istituto. Si tornerà sul punto, con maggiore dettaglio nella giustificazione metodologica, al par. I.1.

<sup>33</sup> Spec., al Capitolo quarto, il par. IV.1.

delle “giunture” tra ordinamento costituzionale e ordinamenti “altri” (seppure interconnessi), a presidio della garanzia e dell’effettività dei principi supremi della Carta costituzionale.

\* \* \*

*È solo con la “seconda” monografia che acquista senso l’utilizzo di una qualificazione ordinale, da applicarsi – retrospettivamente – anche al lavoro precedente, prima identificabile unicamente con l’articolo determinativo. E, così, si prova a dare conferma dell’esistenza – o, almeno, del tentativo – di un percorso di ricerca.*

*Ogni studio è, poi, un percorso esso stesso, specie quando viene a intrecciarsi con una fase storica decisamente complicata per chi si avvicina alla carriera universitaria. Questo, in particolare, era stato immaginato nel 2010 e abbozzato negli anni successivi, per poi essere sostanzialmente accantonato in una certa fase. Infine, è stato ripreso e sviluppato in concreto a partire dal settembre del 2015.*

*Alcune tappe, più di altre, hanno contribuito a conferirgli la veste attuale. Richiamarle ora vuol costituire un ringraziamento nei confronti di chi, in quelle sedi, è intervenuto con suggerimenti e commenti che hanno aiutato a chiarirne i confini e a individuarne gli scopi. Ricerche preliminari sono state effettuate durante il periodo trascorso nell’autunno del 2013 come Emile Noël Fellow presso lo Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law and Justice della NYU School of Law, dove ho avuto la possibilità di esporre lo stato di avanzamento del lavoro in due occasioni, raccogliendo poi in un working paper i risultati provvisori. Ulteriori parti sono state presentate il 21 marzo 2014, presso il Centro di studi sul Parlamento della LUISS Guido Carli. Quando il testo era pressoché definito, ne ho esposto le tesi principali in un panel sulle tendenze in atto del sistema delle fonti, nell’ambito della Inaugural Conference dell’Italian Chapter di ICON-S, svoltasi a Roma il 23 e 24 novembre 2018. In ciascuna di queste occasioni ho ricevuto spunti utilissimi per la ricalibrazione e migliore finalizzazione del lavoro, come pure preziosi sono stati gli articolati pareri ricevuti nella fase di referaggio del manoscritto.*

*Giunto a questa conclusione, sento il piacere di rivolgere alcuni ringraziamenti più specifici, diretti a coloro che mi hanno guidato e accompagnato in questo percorso, ferma restando la mia esclusiva responsabilità di ogni mancanza che inevitabilmente recherà questo lavoro.*

*Anzitutto a Nicola Lupo, per il confronto costante su queste e altre tema-*

*tiche, nonché per i continui stimoli a sfruttare al meglio l'opportunità di crescita personale costituita dal lavoro di ricerca.*

*Ad Andrea Manzella, Raffaele Bifulco, Pasquale Costanzo, Vito Cozzoli, Carmela Decaro e Gian Candido De Martin, ai quali tengo a rimarcare la mia gratitudine per le molteplici occasioni nelle quali, a vario titolo, mi hanno dimostrato la loro fiducia e assicurato il loro sostegno.*

*Sono poi debitore di numerosissimi spunti derivanti dalla lettura e dalla – per me – vantaggiosissima occasione di incontro con studiosi come Leonard F.M. Besselink, Peter L. Lindseth e Robert Schütze, dai quali ho tratto insegnamenti che ho provato ad applicare allo studio dell'ordinamento italiano.*

*Alcuni amici e colleghi hanno offerto un aiuto particolare a questo lavoro, leggendolo e commentandone alcune parti, o comunque supportandomi nel corso della sua stesura. Tra questi non posso non ringraziare Daniele Chinni, Marco Croce, Patrizio Ivo D'Andrea, Federica Fabrizzi, Giampiero Falletta, Pietro Faraguna, Cristina Fasone, Daniele Gallo, Renato Ibrido, Donato Messineo, Simone Neri, Emanuele Passaro, Giovanna Perniciaro e Guido Rivoecchi.*

*I ringraziamenti più sentiti vanno però ai miei genitori, a Maddalena (tra le molte cose, attenta rilettrice) e a Caterina.*

*Questo lavoro è dedicato alla memoria di Aniceto.*