



Rivista N°: 1/2024
DATA PUBBLICAZIONE: 14/03/2024

AUTORE: Marilisa D'Amico*

LE FONTI DEL DIRITTO TRA IERI E OGGI: IL PENSIERO DI LORENZA CARLASSARE**

THE SOURCES OF LAW FROM THE PAST TO THE PRESENT: LORENZA CARLASSARE'S THEORIES

Sommario: 1. Considerazioni introduttive in ricordo della studiosa. 2. Il sistema delle fonti nella ricostruzione originaria di Lorenza Carlassare: la lettura della dottrina. 3. Riserva di legge, forma di Stato e forma di Governo: garanzia e democraticità dello Stato di Diritto. 3.1. La riserva di legge in materia penale nel pensiero di Lorenza Carlassare. 3.2. Riserva di legge e decretazione d'urgenza nella lettura di Lorenza Carlassare. 4. Le evoluzioni del sistema originario delle fonti del diritto: tra novità e scenari aperti. 5. Il diritto giurisprudenziale: fonte del diritto, fonte-fatto e integrazione multilivello. 6. Sistema delle fonti e diritti fondamentali: la garanzia dei diritti tra legislatore e giudici. 7. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive in ricordo della studiosa

Vorrei aprire le mie riflessioni sul contributo di Lorenza Carlassare sul sistema delle fonti, partendo da qualche ricordo personale.

Ho avuto l'occasione di conoscere Lorenza, per la prima volta, nel 1989.

Nei miei viaggi a Padova, quando mi recavo a trovarla, nei momenti anche difficili della mia vita, chiacchieravamo a lungo.

Grazie a lei, ho iniziato ad occuparmi come costituzionalista di tematiche femminili. È stata Lorenza Carlassare a spingermi ad approfondire le vicende legate alla sotto-rappresentanza femminile in politica a partire dalla decisione n. 422 del 1995, prima, e in occasione di un seminario organizzato a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 49 del 2003, poi.

* Ordinaria di diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano

** Relazione al Seminario "Lorenza Carlassare, un anno dopo", Ferrara, 22 settembre 2023.

Ci sarebbero tanti altri episodi, ma mi piace sempre ricordare soltanto che la stima di Lorenza Carlassare nei miei confronti è stata fondamentale, rassicurante.

Per tanto tempo, ho avuto poca fiducia in me stessa come studiosa, e il supporto di Lorenza è stato importante, così come una fortuna averla conosciuta e frequentata per tanti anni.

Venendo al contributo scientifico di Lorenza Carlassare, vorrei riprendere un aspetto già valorizzato da altri prima e meglio di me. Mi riferisco alla sua passione per la Costituzione; una passione che era un tutt'uno con la sua passione di vivere e con l'energia che trasmetteva agli altri. Per lei, insegnare la Costituzione significava testimoniare i valori di fondo e anche le contraddizioni.

In Lorenza Carlassare, vi era un aspetto, a mio avviso, molto affascinante.

Le sue esposizioni pubbliche erano spesso caratterizzate da una ricchezza di argomenti e dalla necessità di toccare l'uditore senza pretendere una eccessiva linearità, mentre i suoi scritti sono, al contrario, sempre stati contraddistinti da grande chiarezza e rigore scientifico. In ogni suo discorso pubblico, relazione, come in ogni saggio, non troviamo mai nulla di scontato. Personalmente, ascoltandola e studiando i suoi scritti, ho sempre appreso qualcosa in più, e qualcosa di originale.

Lorenza si è occupata di tutti i campi del diritto costituzionale, ma uno sicuramente è stato quello delle fonti del diritto, che ha studiato tanto da giovane, pubblicando testi importanti – penso alla voce enciclopedica dedicata ai “Regolamenti”¹ – e che ha continuato ad affrontare anche in anni più recenti. Per citare qualche esempio tra i più significativi, mi piace ricordare le voci enciclopediche dedicate alla riserva di legge, alla nozione di fonte del diritto, al principio di legalità sino ai suoi lavori sui testi unici².

Nel mio contributo, cercherò di cogliere i tratti più significativi anche per la dottrina di oggi spesso disorientata di fronte ad una realtà che, come Lorenza aveva avvertito chiaramente a partire dalle sue considerazioni sulla giurisprudenza costituzionale sui decreti legge³, smarrisce i pilastri costituzionali.

Parto da una considerazione. Come è stato già rilevato da Giuditta Brunelli, anche a mio avviso l'opera che maggiormente contraddistingue i punti centrali della produzione scientifica di Lorenza Carlassare è costituita dal Manuale “Conversazioni sulla Costituzione”, edito

¹ Cfr. L. CARLASSARE, (voce) *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 605 e ss.

² Tra cui, in particolare, L. CARLASSARE, *Sulla natura giuridica dei testi unici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, pp. 42 e ss.; *La promulgazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, in *La Regione e il Governo locale*, (a cura di) G. MARANINI, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 62 e ss.; *Legislazione regionale e principi di fonte regolamentare*, in *Il controllo governativo sulle leggi regionali: problemi e prospettive*, Atti del seminario, Bologna 26 settembre 1979, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 62 e ss.; *Atti governativi di indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le Regioni*, 1982, pp. 1190 e ss.; (voce) *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990; (voce) *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990; *La riserva di legge: presupposti teorici e implicazioni pratiche*, in *Studium iuris*, 1996, pp. 986 e ss.

³ Penso, tra tutti, al tema della reiterazione risolto dalla Corte costituzionale con la celebre sentenza n. 360 del 1996. Cfr., in questa materia, R. ROMBOLI, *La reiterazione dei decreti legge decaduti: una dichiarazione d'incostituzionalità con deroga per tutti i decreti in corso (tranne uno)*, in *Foro it.*, 1996, pp. 3269 e ss.; A. SIMONCINI, *La “fine” della reiterazione dei decreti-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1997, p. 17 e ss.

da Cedam e giunto ormai alla sua quarta edizione⁴. In esso, troviamo le fonti del diritto, a cui viene dedicato il Capitolo n. 9, dopo i Capitoli dedicati alla Costituzione, alla sua storia, alle libertà fondamentali, alla forma di Governo. Il Capitolo dedicato alle fonti del diritto è seguito solo da quello sulla Corte costituzionale.

La collocazione del Capitolo sulle fonti rende in modo chiarissimo quello che Lorenza afferma in apertura e che contraddistingue il suo pensiero, limpido, ripreso poi da tanti altri autori, soprattutto recenti e, cioè, che: “l’assetto delle fonti rispecchia l’assetto di potere esistente fra gli organi o gli enti legittimati a produrre diritto, ossia fra i soggetti che dispongono dell’ordinamento”⁵.

Da qui, l’esigenza fondamentale per insegnare la Costituzione, proprio quale strumento di limite per il potere e di garanzia dei diritti, di far precedere all’assetto tecnico del sistema delle fonti e delle sue regole, il concreto rapporto tra autorità e libertà, la centralità dei diritti nonché il funzionamento della nostra forma di Governo nel rapporto tra Parlamento e Governo, la posizione della Magistratura. Solo così, può essere chiaro un impianto complesso, come quello attuale del nostro sistema delle fonti, che, in altra opera, per Lorenza “è tutto da ripensare”⁶, ma il cui modello deve essere chiaro nelle sue linee essenziali, e nella sua funzione⁷.

Come ricorda anche Andrea Pugiotto, Lorenza affermava che: “chi dispone delle fonti è padrone del sistema”⁸.

E Lorenza, che cala il sistema delle fonti nel contesto storico nazionale, avverte che: “negli ordinamenti a tendenza autoritaria, le fonti governative tendono infatti a prevalere su quelle prodotte dalle assemblee elettive, mentre è caratteristica dei sistemi democratici la preminenza della legge sulle fonti poste dall’esecutivo”⁹.

Nelle pagine che seguono, dopo alcune brevi considerazioni introduttive, mi soffermerò su tre aspetti: la riserva di legge e il “posto” della legge; quelli che Lorenza Carlassare definisce i “nuovi problemi”¹⁰; da ultimo, il posto del diritto giurisprudenziale.

Filo rosso delle mie riflessioni è l’importanza che deve essere attribuita al pensiero di Lorenza Carlassare nel dibattito accademico contemporaneo e quanto i suoi insegnamenti siano e debbano essere tenuti vivi.

2. Il sistema delle fonti nella ricostruzione originaria di Lorenza Carlassare: la lettura della dottrina

⁴ L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Cedam, Padova, la prima edizione è stata pubblicata nel 1996. La quarta è stata pubblicata nel 2020.

⁵ *Ibidem*, p. 182.

⁶ Così L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali II-2, Giuffrè, Milano, 2008, p. 537.

⁷ Condivide un simile approccio di fondo anche F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2022.

⁸ Cfr. A. PUGIOTTO, *In ricordo di Lorenza Carlassare, Maestra del diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022.

⁹ Cfr. L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, cit., p. 182.

¹⁰ Cfr., in particolare, L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 536.

Nel quadro dei temi maggiormente indagati da Lorenza Carlassare, si inserisce senza dubbio, come premesso, lo studio del sistema nazionale delle fonti del diritto.

A partire dai suoi scritti, più o meno risalenti, Lorenza Carlassare ha, infatti, delineato alcuni punti fermi che tuttora orientano la dottrina nella comprensione di alcune torsioni, novità e criticità dell'attuale sistema delle fonti.

Anzitutto, la studiosa, nella sua teoria sul sistema delle fonti, ha sempre enfatizzato alcune questioni, che possono schematicamente ricondursi a due profili fondamentali. Il primo è quello che ritiene che l'assetto delle fonti del diritto rispecchi l'assetto di potere esistente tra gli organi o enti legittimati a produrre diritto e, in particolare, tra Parlamento e Governo, attestando il grado di democraticità dell'ordinamento costituzionale. Il secondo attiene, invece, ai rapporti tra leggi statali e leggi regionali che, a loro volta, riflettono le relazioni, sempre più controverse come attesta il contenzioso davanti alla Corte costituzionale, tra Stato e regioni e, quindi, il livello di decentramento accolto dall'ordinamento giuridico. Decentramento che assume sicura pregnanza anche nella prospettiva della forma di Stato e delle relazioni orizzontali tra organi rappresentativi della volontà popolare.

Occorre premettere che la studiosa non si è limitata a descriverne i tratti principali per rilevarne le correlazioni con il testo costituzionale.

Nella voce enciclopedica dedicata alle fonti del diritto, in modo particolare, Lorenza Carlassare ne offre una definizione precisa e, soprattutto, delinea con precisione il processo che conduce alla individuazione di quali sono le fonti – atto e fatto – dell'ordinamento giuridico. La studiosa descrive, quindi, il processo che conduce alla individuazione della fonte, articolandolo in due fasi che, però – e qui non può non scorgersi l'estremo rigore delle tesi dell'Autrice – debbono sempre essere guidate dal diritto positivo.

La prima operazione è costituita dal riconoscimento di quali atti e fatti possono considerarsi idonei ad assumere la qualifica di fonti del diritto. La seconda fase si sostanzia, poi, nella identificazione della fonte a cui appartiene l'atto oppure il fatto ascrivibile nel novero delle fonti del diritto. A questo proposito, Lorenza Carlassare sottolinea due aspetti: in primo luogo, la eterogeneità delle fonti tra ordinamenti giuridici, citando quali esempi il decreto-legge noto in Europa solo all'ordinamento giuridico spagnolo, il decreto legislativo e la legge costituzionale a dimostrazione della non scontata operazione che prelude alla selezione dell'atto oppure fatto idoneo a produrre la norma giuridica. In secondo luogo, Lorenza Carlassare si occupa della qualificazione come fonti del diritto anche di atti espressivi di poteri di autonomia, come nel caso dei regolamenti parlamentari, che, a suo parere, deviano rispetto alla tradizionale costruzione della nozione di fonte del diritto che la vorrebbe, per prima cosa, prodotto di organi rappresentativi della volontà popolare.

Venendo a tratteggiare alcuni filoni del pensiero di Lorenza Carlassare, si può sicuramente affermare che il primo e forse più importante attiene alla lettura che ci consegna l'Autrice della connessione, strettissima ed inscindibile, tra sistema delle fonti, forma di Stato e forma di governo. Lorenza Carlassare lega, infatti, in modo estremamente chiaro la propria concezione della nozione di fonte del diritto al principio di gerarchia reinterpretato nella prospettiva

della Costituzione rigida. La subordinazione della legge, espressione della volontà delle assemblee rappresentative, alla Costituzione costituisce secondo la studiosa tratto centrale di quello che un tempo si era soliti definire il sistema “chiuso” delle fonti del diritto.

Rigidità della Costituzione non significa, però, secondo la studiosa, soltanto subordinazione della legge, cioè derubricazione da fonte del diritto per eccellenza dei sistemi a Costituzione flessibile a fonte-atto, che esprime una volontà condizionata dal rispetto dei principi costituzionali sovraordinati. Per Lorenza Carlassare, viceversa, la legge mantiene un ruolo preponderante nella costruzione del sistema delle fonti per almeno due ragioni: la “legge” esprime la democraticità dell’ordinamento (qui, la connessione con la forma di Stato) e, contestualmente, opera quale limite al potere dell’esecutivo (qui, il collegamento con la forma di governo parlamentare).

Un secondo aspetto caratterizzante il pensiero di Lorenza Carlassare sul sistema delle fonti attiene ai rapporti tra la legge e gli atti ad essa subordinati, così come alle relazioni tra la “legge” e gli atti normativi del Governo inseriti nel novero delle fonti di rango primario: decreti legge e decreti legislativi. La studiosa si dimostra particolarmente diffidente nei confronti di qualsiasi fonte, cioè atto preposto ad esprimere una volontà e ad assumere i contorni di un atto di imperio, che non costituisca il prodotto della attività delle assemblee rappresentative, riproducendo, al contrario, le volontà dell’esecutivo.

Lorenza Carlassare non disconosce la *ratio* delle fonti del diritto in cui si estrinsecano nell’esercizio dei poteri normativi del Governo (artt. 76 e 77 Cost.), ma insiste sulle ineludibili funzioni di controllo del Parlamento, precedenti, nel primo caso attraverso una legge delega che non può allontanarsi dal disegno costituzionale, e successive, nel secondo.

Con riferimento ad entrambe le fonti del diritto appena richiamate, Lorenza Carlassare denuncia alcune deviazioni, sintetizzabili nella tendenza a volersi liberare “dai limiti costituzionalmente imposti”¹¹ come dimostrato, secondo la studiosa, dalla prassi della delegazione legislativa, ma, soprattutto, da quella più grave costituita dal ricorso alla decretazione d’urgenza. Secondo Lorenza Carlassare, infatti, la sanzione della prassi della reiterazione, così come intervenuta a seguito della nota pronuncia della Corte costituzionale del 1996, non ha ridimensionato le criticità esistenti sul piano del rispetto del principio di legalità se si considera la tendenza sempre più frequente ad inserire in uno stesso decreto legge disposizioni afferenti a materie diverse, così da ovviare al divieto di reiterazione ma non di fugare le criticità sul piano dell’esercizio di poteri normativi da parte di organi non espressivi della volontà popolare, così come accade in ipotesi di emanazione di decreti legge in materie riservate al Parlamento. Sempre connessa al decreto-legge è, poi, la rilevata e nota deviazione rispetto ai criteri, che dovrebbero giustificare l’adozione, che la studiosa definisce non a caso “sistematicamente disattesi”¹².

La studiosa, cioè, avverte che i rischi connessi alle “deviazioni” non sono state contenute dalla sanzione di incostituzionalità nel 1996. Ne costituiscono esempi emblematici l’acorpamento di materie diverse entro lo stesso decreto legge, non sorrette dal requisito della

¹¹ Così L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 553.

¹² *Ibidem*.

straordinaria necessità ed urgenza, così come anche al tentativo di aggirare il divieto di reiterazione tramite l'inserimento di distinzioni di lieve entità nel "nuovo" decreto legge.

Si ricollega a questo ultimo aspetto, che investe i rapporti tra legislativo ed esecutivo, e, in sintesi, le relazioni tra sistema delle fonti e forma di governo, un terzo profilo di interesse degli studi di Lorenza Carlassare. L'enfasi, cioè, posta sulla funzione essenziale dell'istituto della riserva di legge, a cui la studiosa assegna una duplicità di funzioni. La riserva di legge sottolinea Lorenza Carlassare, assicura e misura la democraticità di un ordinamento giuridico, poiché delinea, soprattutto, nel caso delle riserve di legge assolute, come (quella in materia penale) – i rapporti tra legislativo ed esecutivo, assicurando che sia il primo e non, invece, il secondo a normare, modificando ed integrando, il sistema legislativo esistente.

Da una seconda prospettiva, la riserva di legge assolve, poi, ad una fondamentale funzione di garanzia. Riservando alle assemblee elettive la disciplina dei diritti fondamentali dei cittadini e delle cittadine, la riserva di legge consente di escludere la soggezione dei primi a determinazioni dell'esecutivo, fronteggiando, così, improprie concentrazioni di potere purtroppo non sconosciute alla storia costituzionale nazionale¹³.

Altro aspetto, il quarto, sul quale tornerò, attiene alla distinzione tra fonte-atto e fonte-fatto, che la studiosa pone in relazione con l'assenza di un vero e proprio atto di volontà, come invece ricorre nelle fonti-atto costituendone un tratto per così dire definitorio. Lorenza Carlassare si sofferma sui caratteri della fonte-fatto per eccellenza, la consuetudine, riprendendone i tratti distintivi, oggettivi e soggettivi, che condivide con la dottrina maggioritaria. Allo stesso tempo, però, la studiosa non disconosce le potenzialità espansive della nozione di fonte-fatto. Qui, si inseriscono le riflessioni sul diritto giurisprudenziale e sulla possibilità di qualificarlo quale fonte del diritto anche nel contesto di un ordinamento giuridico di *civil law*; riflessioni, che rivelano rigore e concretezza nell'analisi delle deviazioni del sistema, da inquadrare sempre in un'ottica di garanzia dei diritti.

Infine, non meno importanti, sono le considerazioni più recenti sul sistema delle fonti, che Lorenza Carlassare dedica alle "novità"¹⁴ e che discendono dall'ormai inarrestabile sistema di pluralismo del diritto e delle sue fonti, generato dall'innesto del diritto euro-unitario, per il tramite dell'art. 11 Cost., e del diritto internazionale, dei diritti umani soprattutto alla luce delle implicazioni connesse all'art. 117, comma 1, Cost.

Se quelli appena ripresi sono alcuni tra i tratti più significativi dell'inquadramento teorico del sistema delle fonti proposto da Lorenza Carlassare, non meno importanti sono le riflessioni che parte della letteratura ha dedicato alle analisi della studiosa. Una rilettura preziosa, se non altro perché consente, secondo una prospettiva diacronica, di tracciare, se vi sono, tratti comuni e, soprattutto, punti di contatto tra le tesi della studiosa e le linee di tendenza di oggi sul funzionamento in concreto del sistema delle fonti.

¹³ Per un approfondimento sulle caratteristiche dell'ordinamento giuridico di epoca fascista con un'attenzione particolare al tema dei rapporti tra quest'ultimo e l'ordinamento costituzionale, si consenta il rinvio a M. D'AMICO, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana*, in M. D'AMICO, A. DE FRANCESCO, C. SICCARDI (a cura di), *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalle leggi antiebraiche: tra storia e diritto*, FrancoAngeli, Milano, 2019, pp. 219 e ss.

¹⁴ V., ulteriormente, L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., pp. 536 e ss., su cui si veda, *infra*, par. n. 4.

Come già ricordato, per Lorenza Carlassare, “chi dispone nelle fonti, è padrone del sistema”. E, da questo punto di vista, Andrea Pugiotto, in uno scritto in ricordo della studiosa, definita non a caso “Maestra di diritto costituzionale”¹⁵, ribadisce la centralità della connessione, sopra accennata, tra sistema delle fonti, forma di Stato e di governo, ribadendo la attualità, nonché l’importanza di riportare il dibattito sul sistema delle fonti alla sua *ratio* originaria. Un sistema delle fonti, che Pugiotto riconduce alla duplicità di funzioni assolute, secondo Lorenza Carlassare, dall’istituto della riserva di legge, che è al tempo stesso limite al potere e garanzia dei diritti.

È sul primo dei due aspetti che si sofferma Pugiotto, richiamando l’attenzione prestata da Lorenza Carlassare all’esigenza di contrastare la monocraticità del potere¹⁶, ponendo l’accento soprattutto sui rapporti tra fonti primarie e secondarie e sulle relazioni tra Parlamento e Governo da realizzare nel pieno rispetto del principio di legalità. Un principio di legalità, che non è solo previa legge, ma legalità sostanziale, che rende l’atto di volontà, di cui sono espressioni le fonti del diritto demandate all’esecutivo, costituzionalmente legittime.

Indugia, invece, sugli effetti che l’apertura dell’ordinamento giuridico al livello sovranazionale produce sul sistema delle fonti Alessandro Pizzorusso nel suo lavoro “Sistematica giuridica e sistema delle fonti del diritto”¹⁷.

Alessandro Pizzorusso richiama, infatti, il progressivo ampliamento del sistema delle fonti per effetto delle relazioni tra l’ordinamento giuridico, l’Unione Europea e il diritto internazionale, che metterebbe in crisi la concezione “chiusa” del sistema delle fonti suggerita nei primi scritti di Lorenza Carlassare.

In linea di continuità, non solo in termini descrittivi ma di condivisione delle tesi dell’autrice, è poi la disamina degli elementi di crisi tra cui ritorna, come già messo in luce da Pugiotto, il rischio di esautoramenti del potere legislativo con conseguente torsione dei contenuti originari della riserva di legge e del principio di legalità, punti fermi, viceversa, delle teorie della Carlassare.

Non si discosta da simili ricostruzioni, la lettura di Roberto Bin nel suo “Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto”¹⁸. Bin è, forse, l’autore che sposa in modo più netto le tesi dell’Autrice evidenziate nei suoi scritti più recenti, a partire dalla voce enciclopedica dedicata al sistema delle fonti che riserva larga parte alla critica dei c.d. fattori di crisi.

In questa sede, oltre a quanto già condiviso da Pugiotto e Pizzorusso, le cui letture vengono riprese nello scritto, Bin pone in stretta connessione, come fa Lorenza Carlassare, la nuova conformazione del principio di gerarchia in rapporto alla rigidità della Costituzione. Sostiene, Bin e, Lorenza Carlassare prima di lui, che sarebbe la frammentazione della nozione di legge, non più prodotto esclusivo delle assemblee rappresentative nazionali, a rompere e

¹⁵ Cfr., ancora, A. PUGIOTTO, *In ricordo di Lorenza Carlassare, Maestra del diritto costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022, cit.

¹⁶ *Ibidem*, XII e ss.

¹⁷ Il riferimento è a A. PIZZORUSSO, *Sistematica giuridica e sistema delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare* (a cura di) G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Jovene, Napoli, 2009, pp. 281 e ss.

¹⁸ Cfr. R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, cit., pp. 35 e ss.

complicare le relazioni tra fonti primarie e secondarie rendendo non più lineare il rapporto di subordinazione delle seconde alle prime.

Altrettanto rilevante, per Bin, è poi la distinzione tra fonti atto e fonti fatto, che Lorenza Carlassare rilegge non tanto per riflettere sui caratteri di novità della consuetudine, bensì per discutere, come già rilevato, della possibilità di includere il diritto giurisprudenziale nel sistema delle fonti. A ciò, si accompagna una riflessione approfondita sul ruolo che assolvono i giudici, sulle tecniche interpretative che preludono alla distinzione tra disposizione e norma, e, tra tutte, sull'interpretazione conforme a Costituzione. È, poi, in particolare, sulla giurisprudenza costituzionale e sulle sue tipologie decisorie, da quelle interpretative alle pronunce manipolative simbolo del ruolo (potenzialmente) creativo della Corte costituzionale che supera il perimetro delle "rime obbligate", su cui indugia Roberto Bin per discutere della proposta di Lorenza Carlassare di includere il diritto giurisprudenziale all'interno del sistema delle fonti. Tema di cui molto si è occupata l'Autrice e su cui tornerò in queste riflessioni¹⁹.

3. Riserva di legge, forma di Stato e forma di Governo: garanzia e democraticità dello Stato di Diritto

Diceva, Lorenza Carlassare, che: "[è] vano 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 dello Stato di diritto [...]: senza il carattere [democratico] dell'organo che la emana, la legge, quale strumento di garanzia, sarebbe inconsistente"²⁰.

Lorenza Carlassare apriva, così, la voce enciclopedica dedicata alla riserva di legge, spendendo poche parole iniziali sulla *ratio*, duplice, della riserva che la studiosa considera "incontroversa"²¹. Per Lorenza Carlassare, cioè, non vi è dubbio che l'istituto debba essere ricondotto nel novero delle garanzie contro illegittime concentrazioni del potere; e, al tempo stesso, affinché la legge possa effettivamente assolvere ad una funzione di garanzia tramite la riserva, che l'organo che la adotta debba essere necessariamente espressivo della volontà popolare.

In estrema sintesi, la legge, a cui fa riferimento Lorenza Carlassare, è la legge formale, cioè il prodotto dell'attività delle assemblee rappresentative, abbracciando una impostazione rigorosa che avvicina il pensiero della studiosa a quello di autorevolissimi esponenti della dottrina penalistica, tra i quali, Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini²².

Se la *ratio* dell'istituto appare incontroversa, non è così, invece, per la sua definizione che, secondo Lorenza Carlassare, si espone ad alcune serie criticità che discendono dalla difficoltà di conciliare la teoria con la prassi concreta sintetizzabile, anzitutto, nelle relazioni tra

¹⁹ Su cui si veda, *infra*, par. n. 5.

²⁰ Cfr. L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., p. 2.

²¹ *Ibidem*, p. 2.

²² Cfr., in particolare, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001.

Parlamento e Governo, che si discosta dalla nozione originaria di riserva di legge, che, viceversa, circoscrive l'istituto soltanto alla nozione di legge formale.

In altre parole, stando alla teoria, la legge dovrebbe essere solo la legge formale, quella approvata dal Parlamento, non potendosi viceversa ritenere soddisfatta l'esigenza garantista e democratica della riserva laddove la disciplina di una data materia venisse demandata, anche in parte, a fonti di tipo diverso (essenzialmente, quelle governative). In questi termini si esprime la studiosa, riferendosi al contrasto tra la definizione tradizionale e originaria della riserva di legge e quella, viceversa, riscontrabile nelle concrete dinamiche tra poteri, che si rivela: “[e]satta, dunque, rispetto ai principi quella prima definizione, ma non vera rispetto alla prassi che conosce un largo impiego di atti legislativi del governo in materia coperta da riserva di legge. Di qui – prosegue Lorenza Carlassare – un certo, giustificato, disagio della dottrina in sede definitoria. È da chiedersi se una simile prassi sia compatibile con i principi costituzionali: qualcuno, invero, lo nega o ne dubita fortemente”²³.

L'analisi della studiosa prosegue, quindi, soffermandosi sul significato da assegnare alla riserva di legge nella prospettiva dei rapporti fisiologici tra Parlamento e Governo.

Per prima cosa, Lorenza Carlassare si interroga sulla ammissibilità degli atti legislativi del Governo, definendo il quesito “retorico alla luce della ratio garantista e democratica della riserva”²⁴. Solo la legge formale, in quanto adottata dall'organo rappresentativo della volontà popolare potrebbe soddisfare la duplice *ratio* della riserva. Tuttavia, osserva la studiosa, la dottrina ha progressivamente ammesso che anche gli atti legislativi del Governo possono soddisfare la *ratio* dell'istituto a motivo della loro soggezione allo scrutinio di costituzionalità da parte della Corte costituzionale²⁵. Seguendo questa impostazione, rileva Lorenza Carlassare, “[s]embrirebbe che la riserva, perduta la sua *ratio* originaria, sia divenuta un principio non più legato ai caratteri dell'organo [...] ma al carattere formale degli atti. Alla ragione politica sarebbe così subentrata una ragione tecnico-giuridica di incerto fondamento”²⁶.

La possibilità che la riserva di legge insieme alla sua *ratio* garantista e democratica possano considerarsi soddisfatte anche qualora la materia, che pure la Costituzione riserva alla “legge”, sia disciplinata non dalla legge formale del Parlamento, ma da atti legislativi del Governo, viene indagata dalla studiosa che riprende le tesi o giustificazioni addotte da parte della dottrina.

Tra queste, Lorenza Carlassare riprende la tesi che ritiene ammissibile la disciplina di materie coperte da riserva di legge anche tramite atti legislativi del Governo in ragione della circostanza che, comunque, l'organo rappresentativo della volontà popolare non sarebbe estromesso dal controllo sul contenuto dell'atto: un controllo parlamentare che è ovviamente precedente, nel caso della legge di delega, oppure successivo, tramite la eventuale adozione della legge di conversione del decreto legge. Tuttavia, Lorenza Carlassare insiste molto sui rischi di una degenerazione nell'uso della decretazione d'urgenza, che continua a destare

²³ Cfr. L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., p. 3.

²⁴ *Ibidem*, p. 3.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

preoccupazioni anche a fronte dell'ormai vietata prassi della reiterazione e, soprattutto, in considerazione del numero consistente di decreti legge di cui il Parlamento di fatto non dispone la conversione. Casi, cioè, in cui l'elemento che si adduce a giustificazione del soddisfacimento delle esigenze sottostanti l'istituto della riserva di legge cioè la successiva conservazione in legge che assolve alla funzione di controllo successivo, viene meno.

I casi di omessa conversione del decreto legge, detto altrimenti, potrebbero rappresentare una ipotesi in cui si dovrebbe o potrebbe discutere della effettiva compatibilità con i principi costituzionali del decreto legge che intervenga nella disciplina di materie coperte da riserva di legge. Se difettasse il controllo parlamentare successivo, non si avrebbe alcun rispetto nè della *ratio* garantista, nè, tantomeno, di quella democratica.

Tutto ciò considerato, Lorenza Carlassare giunge ad ammettere la sostituzione del Governo al Parlamento *ex art. 77 Cost.*, ma insiste che ciò non potrebbe mai verificarsi per la disciplina di materie particolarmente delicate, *in primis*, quelle che investono la tutela dei diritti fondamentali di cui alla Prima Parte della Costituzione, completamente ignorata dalla giurisprudenza costituzionale su fonti di rango secondario come nel caso dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, i c.d. DPCM²⁷.

Simile rigore nella interpretazione della *ratio* della riserva di legge si scorge anche nelle riflessioni dedicate da Lorenza Carlassare ai rapporti tra riserva di legge e atti discrezionali della pubblica amministrazione e di altri organi giudiziari²⁸.

In modo analogo a quanto argomentato in relazione ai rapporti tra riserva di legge e atti legislativi del Governo, la studiosa palesa il proprio sfavore rispetto alla attribuzione ad autorità indipendenti di poteri di produzione normativa, avvertendo dei rischi connessi alla speculare sottrazione di tale potere agli organi eletti.

Sempre ragionando del significato da assegnare alla nozione di "legge", Lorenza Carlassare si occupa, in secondo luogo, dei rapporti tra l'istituto della riserva di legge e la legge regionale, rifiutando l'argomento, addotto da parte della dottrina, che equipara la nozione di legge impiegata nella locuzione "riserva di legge" alla "legge statale"²⁹.

Ad avviso della studiosa, le leggi regionali, a differenza degli atti legislativi del Governo, "sono provviste di tutti i requisiti normalmente individuati come ragioni per cui, alla luce della *ratio* democratica e garantista della riserva, si ritiene la legge l'atto più idoneo a regolare determinati oggetti: il carattere rappresentativo dell'organo, la presenza delle minoranze, l'articolazione e la pubblicità del procedimento, la forza di legge e, quindi, la sindacabilità da parte della Corte costituzionale"³⁰. Sul punto, dando atto della non omogeneità del dibattito in dottrina, Lorenza Carlassare sembra più incline a ritenere soddisfatte le esigenze della riserva di legge per effetto dell'intervento della legge regionale di quanto, all'opposto e come detto, non avvenga con riferimento agli atti legislativi del Governo; atti, che, specie per come trovano realizzazione nella prassi, difficilmente sono soggetti a quel controllo parlamentare da taluni

²⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020; V. LIPPOLIS, *Il rapporto Parlamento-Governo nel tempo della pandemia*, in *Rivista AIC*, 1/2021; sul tema, cfr., anche, M. D'AMICO, *Emergenza, diritti, discriminazioni*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2020.

²⁸ Cfr. L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., p. 5.

²⁹ *Ibidem*, pp. 3-4.

³⁰ *Ibidem*, p. 3.

elevato ad elemento che consentirebbe una interpretazione estensiva della nozione di “legge” anche in favore degli atti aventi forza di legge.

Oltre agli indagati rapporti tra la riserva di legge e gli atti legislativi del Governo, nonché tra riserva di legge e leggi regionali, Lorenza Carlassare affronta un altro tema, a suo avviso, centrale per la comprensione dell’istituto della riserva di legge. L’equivoco, cioè, denunciato dalla studiosa, tra riserva di legge e criterio di competenza, che costituirebbe il prodotto di una erronea interpretazione del significato della *ratio* democratica dell’istituto della riserva di legge. Lorenza Carlassare insiste, infatti, sulla differenza “ontologica”³¹ tra riserva di legge e criterio di competenza, osservando che la impropria assimilazione tra i due deriverebbe dall’utilizzo del verbo “attribuire”³² in luogo di “riservare”³³ quando ci si occupa della riserva di legge. Un equivoco da cui “potrebbero derivare conseguenze di non trascurabile peso”³⁴.

E, infatti, la riserva di legge non si risolve nella mera attribuzione di una competenza, ma in una riserva di potere. Con le parole della studiosa, cioè, “[l]a Costituzione attribuisce una competenza normativa a fonti diverse dalla legge [...], in nome dell’autonomia di certi enti o organi [...], sottraendola così alla legge, unica fonte dotata di competenza generale. In conseguenza di tale sottrazione, quest’ultima trova un limite negativo nella sfera ‘riservata’ ad altre fonti e ad essa preclusa [...]. Anche la riserva di legge costituisce un limite per il legislatore, ma di significato inverso a quello costituito dall’esistenza di fonti parallele: in quest’ultimo caso la legge non può disciplinare la materia, ad essa, per Costituzione, sottratta; nel primo, invece, deve disciplinare la materia che le è riservata, e non può spogliarsene autorizzando fonti diverse”³⁵.

Questa lettura della riserva di legge, che la differenza da una mera riserva di competenza, viene ulteriormente corroborata da Lorenza Carlassare, ricordando come la riserva di legge si leghi in modo indissolubile al criterio gerarchico, operando cioè tra fonti “separate, destinate a non incontrarsi”³⁶.

In altre parole, secondo Lorenza Carlassare, prestare attenzione alla distinzione terminologica tra riservare e attribuire è fondamentale per comprendere il significato reale dell’istituto, che non può essere assimilato ad un criterio di ripartizione di competenze e che, all’opposto, sta a rappresentare un limite invalicabile nei rapporti tra poteri dello Stato, presidiando la democraticità della legge e impedendo che la regolamentazione di determinate materie venga illegittimamente demandata a fonti legislative governative e, nei casi ancora più gravi, a fonti secondarie e *sub*-secondarie³⁷.

Lorenza Carlassare prende, poi, in considerazione le proposte classificatorie delle riserve di legge, concentrandosi essenzialmente sulle nozioni di: riserva di legge formale; riserva di legge relativa; riserva di legge assoluta.

³¹ *Ibidem*, p. 4.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, p. 4.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Non vi è un riferimento esplicito ai regolamenti del governo oppure ad altre fonti *sub*-secondarie, come le circolari oppure i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Sulla nozione di “riserva di legge formale” – come nei casi delle leggi di bilancio; di delega; di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali³⁸ –, la studiosa sottolinea che in queste ipotesi sarebbe più corretto parlare di riparto di competenze invece che ricorrere alla *ratio* democratica e garantista della riserva di legge tradizionalmente intesa. Osserva, Lorenza Carlassare, che si tratta di ipotesi in cui la Costituzione riserva alle Camere il potere di intervenire in determinate materie, a loro estranee, quale espressione del controllo esercitato da queste ultime sull’operato del governo. In altre parole, una “riserva” che non risponde alla sua *ratio* classica, a cui ho fatto riferimento sino ad ora, ma ad un significato diverso. Secondo la studiosa, in questo caso, ci si trova, cioè, “del tutto fuori dallo schema, dal meccanismo, dalla funzione della riserva di legge”³⁹.

Spunti ulteriori riguardano, poi, le criticità connesse alla eterogeneità delle altre tipologie di riserva. Lorenza Carlassare ritiene il tenore letterale delle disposizioni costituzionali non idoneo, a suo dire “insicuro”⁴⁰, per distinguere le riserve assolute da quelle relative.

Per quanto attiene a queste ultime, il tema principale il carattere sufficiente della disciplina dettata dalla fonte, che ammette di essere integrata da quella subordinata a soddisfare le esigenze proprie della riserva di legge come limite al potere. Si tratta, cioè, di chiedersi quale debba essere la linea di confine, che preserva la *ratio* garantista e democratica della riserva di fronte ad ipotesi di compartecipazione nella disciplina di una materia di fonti di rango secondario adottate dall’esecutivo.

In generale, osserva Lorenza Carlassare, le criticità derivano dalla inadeguatezza del dato letterale che si scorge nel testo costituzionale ad orientare quanto alla qualificazione di una riserva come relativa e assoluta.

Se il tenore letterale dei principi costituzionali non aiuta, Lorenza Carlassare considera invece quanto mai utile l’apporto della giurisprudenza costituzionale nel chiarire i contorni delle nozioni di riserva di legge relativa, a partire dall’interpretazione dell’art. 23 Cost., sino al contributo offerto nella delineazione dei caratteri essenziali della riserva di legge assoluta emblematicamente rappresentata dall’art. 13 Cost. e alle specificità che connotano la riserva di legge assoluta in materia penale ex art. 25 Cost.⁴¹

Infine, un profilo interessante, su cui si sofferma Lorenza Carlassare, riguarda i rapporti, ancora una volta quindi anche tra poteri, fra l’istituto della riserva di legge e la Corte costituzionale nell’esercizio del sindacato sulla costituzionalità delle leggi e degli atti ad essa equiparati⁴².

L’interrogativo, che si pone la studiosa, è se, nelle materie in cui la Costituzione riserva alla legge la disciplina di una data materia, possa o meno ammettersi un intervento “creativo” da parte della Corte costituzionale tramite decisioni di accoglimento di tipo manipolativo.

³⁸ Cfr. L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., pp. 4-5.

³⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Su cui si veda, *infra*, par. n. 3.1.

⁴² Cfr. L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., p. 9 e ss.

La teoria delle rime obbligate, sostenuta da alcuna dottrina⁴³, esclude che tale intervento sia un problema dal momento che la Corte costituzionale non creerebbe nulla, limitandosi piuttosto a ricavare una risposta che già esiste nell'ordinamento giuridico. Secondo questa tesi, quindi, il rispetto da parte della Corte costituzionale delle rime obbligate costituirebbe un presidio contro un potenziale conflitto tra istituto della riserva di legge e operato della Corte costituzionale.

Dall'altro, anche a voler ammettere, come sosteneva Alessandro Pizzorusso, la funzione creatrice della Corte, la studiosa rileva, che non si potrebbe parimenti porsi un problema di rispetto della riserva di legge, dal momento che, se si ammette che la sentenza di accoglimento è fonte, sicuramente quest'ultima non potrà essere considerata di rango *sub*-legislativo ponendo un problema di violazione del criterio di gerarchia a cui si è ancora l'istituto della riserva di legge. Con considerazioni particolarmente interessanti alla luce della giurisprudenza costituzionale più recente, ritiene, infine, Lorenza Carlassare, che sarebbe difficile immaginare che la Corte costituzionale offra garanzie inferiori rispetto al legislatore in punto di tutela dei diritti fondamentali.

Secondo Lorenza Carlassare, in definitiva, può, quindi, ammettersi una decisione manipolativa in una materia coperta da riserva di legge, poiché la sentenza di accoglimento è considerata fonte del diritto e di pari grado.

3.1. La riserva di legge in materia penale nel pensiero di Lorenza Carlassare

Come premesso, la studiosa indugia sulla riserva di legge assoluta in materia penale. E, infatti, spunti ulteriori si traggono se si guarda all'istituto della riserva nei suoi rapporti con i principi di tassatività e determinatezza.

Lorenza Carlassare affianca, così, alla natura quale riserva assoluta dell'art. 25, comma 2, Cost., un contenuto ulteriore mutuato dai penalisti. Ci si riferisce, cioè, anche ai principi di tassatività e di determinatezza che, a suo avviso, si verrebbero ad affiancarsi alla riserva di legge assoluta completandone natura e significato, almeno stando ai contenuti della norma costituzionale in esame. Ad avviso della studiosa, sarebbe, così, errata l'interpretazione prevalente tra i costituzionalisti che terrebbe distinta la riserva di legge – afferente ai rapporti tra parlamento ed esecutivo e intesa quale garanzia per il cittadino nei confronti dell'esecutivo – e tassatività, quale garanzia che mira a tutelare il cittadino dinanzi agli abusi del potere giudiziario.

Secondo la studiosa, quindi, “determinatezza e tassatività non sono [...] principi autonomi e distinti dalla riserva di legge, ma il suo modo di operare rispetto a atti concreti”⁴⁴. Vengono riprese a conferma alcune decisioni della Corte costituzionale, tra cui la sentenza n. 91 del 1981 sul reato di plagio, in cui Lorenza Carlassare palesa tutta la propria criticità nei confronti della giurisprudenza costituzionale.

⁴³ Cfr., per primo, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, pp. 1694 e ss.

⁴⁴ Cfr. L. CARLASSARE, (voce) *Legge (riserva di)*, cit., p. 7.

Per Lorenza Carlassare, “il significato vero del limite non si coglie con chiarezza: alle volte essa [cioè la Corte costituzionale] sembra ritenerne precluso un certo tipo di sentenze (per la loro struttura), altre volte sentenze cui conseguano effetti sfavorevoli. Tale giurisprudenza – prosegue la studiosa – non consente di ricavare principi chiari e sicuri: da un lato perché le ragioni addotte in motivazione sono spesso molteplici, dall’altro perché talora la stessa formula viene impiegata in relazione a situazioni assai diverse tra loro”⁴⁵.

La studiosa, guardando alla giurisprudenza costituzionale in materia penale, prosegue, poi, osservando che: “la questione [...] non ha raggiunto un grado di elaborazione soddisfacente e [che] è ancora lontana dal trovare univoche soluzioni [...]. Non solo varia il senso in cui viene invocato l’art. 25, comma 2, Cost. [...], ma a volte il limite per la Corte sembra derivare da altri principi preesistenti, solo parzialmente coincidenti, seppure collegati, coll’art. 25 medesimo [...], mentre altre volte sembra confondersi con il diverso e generale limite derivante dal necessario rispetto della discrezionalità del legislatore”⁴⁶.

Le considerazioni proposte in generale sulla portata della riserva di legge assumono ovviamente un significato del tutto peculiare se riferite alla materia penale, laddove come noto insiste una riserva di particolare pregnanza, ai sensi dell’art. 25, secondo comma, Cost.

In questo contesto, sul versante delle tecniche di normazione, vi è un dato di ordine generale, con cui occorre necessariamente confrontarsi: il ricorso agli atti aventi forza di legge si è “normalizzato” a tal punto nel corso degli ultimi anni da diventare lo strumento ordinario con cui configurare inedite fattispecie incriminatrici o riformulare quelle già esistenti. Nella legislatura corrente, sono molteplici gli esempi di simile modo di legiferare⁴⁷, che confermano anche l’idea che il Governo prediliga gli atti aventi forza di legge perché, tramite essi, risulta evidentemente più facile dare risposte all’elettorato in tempi rapidi e, soprattutto, certi.

Ora, da parte sua, la Corte costituzionale non ha mai ostacolato il consolidamento di una simile prassi, riconoscendo senza particolari incertezze, ai fini del rispetto della riserva di legge in materia penale, anche gli atti normativi del Governo⁴⁸. Nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, nondimeno, non mancano alcuni precedenti che, pur nella specificità dei singoli casi, attestano una volontà della Corte di valorizzare il significato più profondo della riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.

In una importante decisione del 2012, la n. 230, la Corte ha avuto modo di rimarcare che il principio della riserva di legge demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell’individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: “vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall’intera collettività nazionale, il quale

⁴⁵ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Cfr. il c.d. “decreto rave” n. 162 del 31 ottobre 2022, recante *Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali.*; oppure c.d. “decreto Cutro” n. 20 del 10 marzo 2023, recante *Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all’immigrazione irregolare.*

⁴⁸ Sul tema sia consentito il rinvio a M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016.

esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento [...] che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione"⁴⁹.

A partire dal 2014, poi, la Corte ha assunto una serie di pronunce, che hanno messo in evidenza la centralità dell'istituzione parlamentare nella fase genetica delle fattispecie penali, anche quando il governo decide di ricorrere agli strumenti di cui agli artt. 76 e 77 Cost.

Nella sentenza n. 32 del 2014, ad esempio, la Corte, chiamata a scrutinare la legittimità della riforma dei reati in materia di stupefacenti realizzata per il tramite di un maxi-emendamento interamente sostitutivo di un decreto-legge, ha osservato che: "una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost."⁵⁰.

Sempre nel 2014, la Corte ha inaugurato un interessante filone, poi ribadito negli anni successivi⁵¹, ad esempio con le sentenze n. 127 del 2017 e n. 174 del 2021, per cui il sindacato di costituzionalità non può essere precluso invocando il principio della riserva di legge in materia penale quando, deducendo la violazione dell'art. 76 Cost., si propone una questione di legittimità costituzionale di una norma penale adottata dal Governo su delega del Parlamento. La riserva di legge, infatti, nelle chiare parole della Corte, "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". In questa prospettiva, allora, la verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in 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*.

In tempi ancora più recenti, e sempre occupandosi del rapporto tra legge delega e decreto legislativo in materia penale, la Corte ha precisato, nella sentenza n. 175 del 2022, che, nella materia penale, è più elevato il grado di determinatezza richiesto per le regole fissate nella legge delega e il controllo del rispetto, da parte del Governo, dei principi e criteri direttivi, è anche strumento di garanzia della riserva di legge e del rispetto del principio di stretta legalità, spettando al Parlamento l'individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili.

La traiettoria evolutiva della riserva di legge in materia penale si può apprezzare anche dalla prospettiva della tipologia di decisioni che la Corte ha ritenuto di poter assumere in questa materia.

Storicamente, infatti, l'art. 25, secondo comma, Cost., è stato inteso dal Giudice costituzionale come un limite al proprio sindacato, non solo rispetto alle decisioni con possibili effetti in *malam partem* ma anche, e più in generale, con riguardo ad interventi di tipo manipolativo. In tempi più recenti, però, i tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia restituiscono

⁴⁹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 230 del 2012, punto n. 7 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Cfr. Corte cost., sentenza n. 32 del 2014, punto n. 4.4. del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Cfr., ad esempio, Corte cost., sentenze n. 127 del 2017 e n. 174 del 2021.

dati diversi. Dalla nota sentenza n. 236 del 2016, sul delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, comma 2, c.p., si sono susseguiti numerosi interventi della Corte costituzionale con cui sono state censurate le scelte di dosimetria sanzionatoria, attraverso una valorizzazione del combinato disposto tra gli artt. 3 e 27 Cost.

Sul versante processuale, la dottrina ha registrato questa evoluzione facendo riferimento al passaggio dalla "rime obbligate" alle "rime possibili" o "adeguate"⁵².

Nella sentenza n. 222 del 2018, ad esempio, si legge che, per consentire l'intervento del Giudice costituzionale, di fronte a un riscontrato vulnus ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e ratio, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*.

Per la Corte, infatti, "essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato [...] sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte 'precisi punti di riferimento' e soluzioni 'già esistenti' – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non "costituzionalmente obbligate" – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia"⁵³.

3.2. Riserva di legge e decretazione d'urgenza nella lettura di Lorenza Carlassare

Lorenza Carlassare, nella sua analisi sull'istituto della riserva di legge, si è, poi, diffusamente occupata di un altro aspetto specifico: i rapporti tra la riserva di legge e il decreto-legge, quale angolo prospettico per eccellenza per studiare e analizzare le concrete modalità con cui la riserva di legge agisce quale reale limite al potere, cioè all'esercizio di poteri legislativi sprovvisti di controllo parlamentare da parte del Governo.

In particolare, nel suo scritto intitolato "La riserva di legge come 'limite' alla decretazione d'urgenza", la studiosa affronta questo profilo, partendo da due interrogativi e, cioè: se il Governo può "legiferare senza confini", e se "nel silenzio dell'art. 77 Cost. non esistono limiti di materia ricavabili altrove"⁵⁴. La studiosa pone criticamente l'accento sulla circostanza che la dottrina per lo più "tace" sul limite costituito dalla riserva di legge rispetto alla decretazione

⁵² Cfr., in particolare, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 3/2021, spec. pp. 87 e ss.; A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti comparati*, 2/2022, pp. 557 e ss.; M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi*, 3/2021, pp. 54 ss., e F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 286 e ss.

⁵³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 222 del 2018, punto n. 8.1 del *Considerato in diritto*; su questi temi, v. anche S. BISSARO, *Corte costituzionale e "materia penale"*, FrancoAngeli, Milano, 2022.

⁵⁴ Cfr. L. CARLASSARE, *La riserva di legge come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 425-463.

d'urgenza⁵⁵, mentre osserva come la giurisprudenza costituzionale, pure in assenza di un "supporto teorico", abbia iniziato a sindacare la ricorrenza dei presupposti ex art. 77 Cost., viceversa prima lasciati al solo Parlamento e ad una prassi che la studiosa contesta in modo severo, quella, cioè, relativa al ricorso al decreto legge in materia di bilancio.

Con riferimento alla ricerca di possibili argini ad una prassi, che vedeva e vede una progressiva degenerazione nel ricorso alla decretazione d'urgenza, Lorenza Carlassare ricorda con favore la proposta emersa in occasione dei lavori della commissione bicamerale poi conclusasi in un nulla di fatto⁵⁶.

La studiosa, tuttavia, insiste sulla doverosità di una ricerca dei limiti alla decretazione d'urgenza, in assenza dei quali si priverebbe l'ordinamento giuridico della "unica via per razionalizzare un potere ormai sregolato e arbitrario, riportandolo entro i confini dei principi per evitare la distruzione totale delle regole giuridiche e dei connotati stessi della nostra forma di Stato"⁵⁷.

Lorenza Carlassare si spinge oltre, ritenendo che la prassi attuale e il ricorso a queste fonti "anomale" hanno reso "irriconoscibile" la stessa forma di governo parlamentare. Secondo Lorenza Carlassare, ricercare dei limiti per arginare la degenerazione della decretazione d'urgenza non si risolve e non rende necessario stilare una lista di "materie" vietate, bensì sarebbe sufficiente ritornare a ragionare a partire dalla *ratio* della riserva di legge⁵⁸ che, in quanto tale, non può mai essere soddisfatta da "un atto legislativo del Governo"⁵⁹.

Lorenza Carlassare nega, da un lato, che la riserva di legge operi come limite solo nei confronti delle fonti secondarie e, dall'altro, critica l'interpretazione estensiva della nozione di legge che includerebbe nella stessa anche gli atti aventi forza di legge. Si dice, così, che "non sta certamente nella 'forza formale' dell'atto da cui la disciplina proviene la *ratio* della riserva di legge. Lorenza Carlassare, quindi, interpreta la riserva di legge alla stregua di una "riserva d'atto (la legge) dovuta alla natura dell'organo che lo emana e alla pubblicità del procedimento legislativo [...]"⁶⁰. Ne discende che, se questa è la *ratio*, la riserva di legge, "un decreto governativo (dotato o meno di forza di legge) non può mai costituire analoga garanzia"⁶¹.

In definitiva, Lorenza Carlassare parifica decreto-legge e regolamento governativo: entrambi non soddisfano e annullano la *ratio* della riserva di legge. Questa visione della riserva di legge, ritiene Lorenza Carlassare, non è però dominante in dottrina che viceversa tende a "neutralizzare" la funzione di garanzia dell'istituto.

Per Lorenza Carlassare, ancora, "il fatto che il decreto abbia valore di legge non significa nulla ai fini della 'riserva'"⁶² e ciò poiché, a suo avviso, "non sta nel livello dell'atto, nella sua collocazione nella gerarchia delle fonti la garanzia. Anzi, proprio per la maggior libertà, incisività, e capacità innovativa rispetto ad un regolamento o ad altra fonte secondaria che gli

⁵⁵ *Ibidem*, p. 429.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 431.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 432.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 433 e ss.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 434.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 439.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, p. 444.

deriva appunto dalla sua 'forza', il decreto-legge rappresenta un pericolo maggiore per i diritti, le libertà, le autonomie, le istituzioni e le strutture che mediante la riserva la Costituzione intende tutelare"⁶³.

La studiosa prosegue, soffermandosi sulle anomalie del decreto-legge che, non a caso, appare sconosciuto all'esperienza comparata⁶⁴ e che, a suo avviso, presenta una formulazione ambigua – quella di cui all'art. 77 Cost. –, che avrebbe favorito interpretazioni contrastanti a seguito di un dibattito in Assemblea Costituente nella quale da un lato si sentiva l'esigenza di attribuire questo strumento al Governo, ma, dall'altro, anche l'esigenza di limitarne fortemente il possibile utilizzo.

Da qui l'anomalia dell'atto, il suo ambiguo significato e la degenerazione che ha conosciuto nella prassi.

Tornando ai limiti, Lorenza Carlassare svolge, infine, alcune riflessioni su quelli ricavabili dall'art. 72 Cost. e dalla legge n. 400 del 1988 ai sensi dell'art. 15, comma 2⁶⁵, concludendo che tali limiti di materia sono stati regolarmente disattesi.

Tuttavia, la studiosa insiste nel ribadire che il silenzio della disposizione costituzionale non può essere interpretato nel senso di ammettere che il Governo possa, senza alcun limite, fare ricorso alla decretazione d'urgenza. E, non a caso, precisa l'Autrice, che tutti i diritti devono considerarsi sottratti alla decretazione d'urgenza e non solo quelli contemplati dalla Prima Parte della Carta costituzionale.

In conclusione, riprendendo gli argomenti spesi in apertura, la studiosa riafferma che "non solo le fonti secondarie, ma anche i decreti con forza legge devono considerarsi esclusi dalle materie che la Costituzione riserva alla legge del Parlamento"⁶⁶. Inutile ricordare come, purtroppo, la prassi e la stessa giurisprudenza costituzionale non abbiano affatto seguito questa impostazione, con vistose deviazioni dal modello costituzionale che Lorenza Carlassare ha così limpidamente descritto e interpretato.

4. Le evoluzioni del sistema originario delle fonti del diritto: tra novità e scenari aperti

"Tutto, insomma, sembra da ripensare"⁶⁷. Con queste parole, Lorenza Carlassare commentava l'evoluzione del sistema delle fonti nella già più volte citata voce Enciclopedica. Con parole diverse, ma alludendo agli stessi fenomeni, Paolo Grossi ci avvertiva che "il contenuto della crisi è chiaro: crisi delle fonti del diritto, ossia di quel castello cementato di legalità entro il quale, da fine Settecento, si è creduto di rinchiudere il complesso delle fonti", chiarendo bene che tale crisi significa "crisi dello Stato, quale produttore esclusivo del diritto e della legge (...)"⁶⁸.

Lorenza Carlassare intende ripensare il sistema delle fonti, alla luce della perdita di centralità del diritto dello Stato: le "nuove" questioni toccano infatti il rapporto del diritto statale con la dimensione sovranazionale, da un lato, e con le sue articolazioni territoriali, dall'altro.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 446 e ss.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 457-458 e ss.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 462.

⁶⁷ Cfr. L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto*, cit., p. 537.

⁶⁸ Così, P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015, IX.

Rispetto a questi “nuovi problemi”⁶⁹, Lorenza Carlassare ne delinea un insieme variegato e complesso, che potrà cogliere solo in parte ma che costituisce un’importante chiave interpretativa per leggere molte vicende degli anni più recenti, come vedremo fra poco.

Come si è appena accennato, tali questioni possono essere distinte a seconda che riguardino, in primo luogo, i rapporti tra le fonti statali e le “altre” fonti, cioè del diritto euro-unitario ed internazionale, da un lato, regionali e degli enti locali “minori”, dall’altro. In secondo luogo, la studiosa evidenzia alcune “questioni” di carattere più generale, che interessano il funzionamento complessivo del sistema delle fonti interne.

In relazione al primo gruppo di questioni, Lorenza Carlassare si sofferma sull’impatto dell’apertura dell’ordinamento giuridico costituzionale al sistema sovranazionale, soprattutto, dal lato delle interferenze con il diritto internazionale. Occupandosi dell’ingresso del diritto internazionale, ex art. 117, comma 1, Cost., la studiosa enfatizza in modo particolare le relazioni tra l’ordinamento giuridico interno e il sistema del Consiglio d’Europa, occupandosi dei rapporti con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e degli effetti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Lorenza Carlassare sottolinea la centralità della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, più che delle disposizioni convenzionali sancite dal trattato. Ad avviso della studiosa, infatti, le problematiche che derivano dalle relazioni tra l’ordinamento interno e il sistema CEDU non possono essere confinate ad un mero discorso di rapporto tra fonti del diritto.

Piuttosto, l’analisi dovrebbe più correttamente guardare al rapporto “tra giudici”, giudici e Corti interne nei confronti della Corte europea dei diritti dell’uomo e della sua giurisprudenza. La ragione di simile mutamento di impostazione si motiva, secondo Lorenza Carlassare, poiché non sono le disposizioni sancite dalla Convenzione EDU di per se stesse, bensì le pronunce della sua Corte a produrre il “diritto”, secondo quanto avviene nel contesto degli ordinamenti giuridici di *common law*.

La lettura di Lorenza Carlassare unisce, quindi, dato normativo e giurisprudenziale per cogliere le specificità della produzione normativa del sistema CEDU e inquadrarle entro il diverso sistema delle fonti del diritto dell’ordinamento costituzionale. Lorenza Carlassare coglie questa trasformazione sino ad affermare che, oggi, “[i]l dato normativo va insieme al contributo giurisprudenziale”⁷⁰.

Le frizioni tra il primo e il secondo possono, quindi, essere approfondite su due piani, ripresi entrambi dalla studiosa: quello del progressivo avvicinamento tra sistemi di *civil* e *common law*, anche per effetto della dimensione sempre più globale assunta dalla tutela dei diritti fondamentali; sotto altro versante, lo spazio assunto dal diritto giurisprudenziale su ritornerà più avanti in queste pagine⁷¹.

Casi emblematici di questa tendenza, quanto ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sono rappresentati negli anni più recenti dal noto caso c.d.

⁶⁹ Cfr., L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 536.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 567.

⁷¹ Cfr. *infra* par. n. 6, dove tale profilo verrà ripreso discutendo dei casi e dei rapporti tra giudici, Corti e legislatore inquadrandoli nel prisma del principio di legalità e dell’istituto della riserva di legge.

“Taricco” e dalla giurisprudenza sulla c.d. doppia pregiudizialità, a partire dall’obiter dictum della sentenza n. 269 del 2017⁷². Non meno rilevanti sono state e sono le intricate e controverse dinamiche che si sono instaurate tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo. Pensiamo all’evoluzione della giurisprudenza costituzionale, che ha ridimensionato i rapporti tra le due Corti e gli effetti interni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo muovendo dalla impostazione tracciata nelle c.d. sentenze “gemelle”, n. 348 e n. 349 del 2007, sino alla famosa decisione n. 49 del 2015. In quest’ultima decisione, il Giudice costituzionale ha, infatti, chiarito che non è sufficiente una singola pronuncia della Corte EDU per produrre effetti vincolanti sul piano dell’ordinamento giuridico interno, rendendosi all’opposto imprescindibile il carattere “consolidato” della sua giurisprudenza oppure il ricorso, sempre da parte della Corte EDU, alla procedura della sentenza c.d. “pilota”. E proprio facendo leva su questa decisione, la Corte di Strasburgo ha poi ritenuto che la possibilità per un cittadino italiano di sottoporre al giudice comune un dubbio sulla compatibilità con i principi della Convenzione può non costituire un “rimedio efficace”, a dimostrazione del fatto che il rapporto tra giudici italiani ed europei nella costruzione di uno spazio di tutela comune continua ad essere ricco di potenzialità, ma anche di insidie⁷³.

Altra novità investe, poi, il ruolo e lo spazio acquisito dal diritto euro-unitario. Lorenza Carlassare indugia meno qui sulle “novità”, forse anche a motivo della maggiore analogia esistente tra i due sistemi e sul ruolo prioritario che riveste il diritto positivo nel secondo.

Valorizza, però, il ruolo determinante assolto dalla Corte di Giustizia UE nell’avvicinare sistemi giuridici tra di loro molto diversi e nell’aver, così facendo, favorito quella progressiva commistione tra sistemi giuridici di *civil* e di *common law*, anzitutto, per il tramite del riferimento alle c.d. tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Tra le questioni che, secondo la studiosa, nel corso dei decenni hanno contribuito ad innovare la conformazione originaria del sistema delle fonti, vi è il tema, richiamato in apertura, degli effetti prodotti dall’espansione della democrazia tramite l’ampliamento delle competenze legislative regionali e, quindi, del progressivo allargamento della partecipazione al processo decisionale ad altri soggetti seguito alla riforma costituzionale del Titolo V. Un’“espansione della democrazia”, come la definisce la studiosa, che avrebbe tradito la sua *ratio* originaria; conservato il ruolo preponderante della legge statale per effetto del numero consistente di materie che rimangono comunque riservate alla potestà legislativa concorrente con ampi margini di contenimento della potestà legislativa regionale per opera dello Stato⁷⁴; e, in ultima

⁷² Sul caso Taricco, per tutti, AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, (a cura di) A. BERNARDI e C. CUPELLI, Jovene, Napoli, 2017, mentre sulla “regola 269”, per tutti, v. A. RUGGERI, *Il giudice e la ‘doppia pregiudizialità’: istruzioni per l’uso*, in *Federalismi*, 6/21, e G. SCACCIA, *Sindacato accentratore di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea*, in C. AMALFITANO, M. D’AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali. Dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 147 ss.

⁷³ Sul tema sia consentito il rinvio a M. D’AMICO, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 2017, XI, pp. 1 e ss.; e, anche, M. D’AMICO, *Comunità di diritti*, in G. AMATO, N. VEROLA (a cura di), *Europa tra presente e futuro*, Treccani, Roma, 2023, pp. 110 e ss.

⁷⁴ Cfr. L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto*, cit., p. 563, ove l’A. evidenzia che, in questo ambito, il ruolo significativo della legge statale è legato anche al carattere spesso trasversale delle materie di competenza esclusiva dello Stato.

istanza, reso la Corte costituzionale arbitro dell'aumento del contenzioso Stato-Regioni, rendendo la risoluzione dei conflitti tra enti la funzione preponderante esercitata dal Giudice costituzionale.

Ad avviso della studiosa, la prima conseguenza del richiamato ampliamento del sistema delle fonti sarebbe da cogliere in relazione alla nozione di "legge" che, da fonte del diritto per eccellenza, avrebbe assunto una nuova natura, smarrendo la propria vocazione universale e generale.

Una seconda novità, che la studiosa riconduce ancora una volta al fenomeno dell'"ampliamento" del sistema delle fonti, riguarderebbe il rapporto, anche questo "nuovo", tra la legge regionale e atti normativi del governo, che, osserva la studiosa, si vedono compressi potendo essere adottati soltanto nelle materie riservate alla competenza legislativa esclusiva statale.

Lorenza Carlassare dà, poi, conto di un terzo profilo di novità che interessa le relazioni tra lo Stato e gli enti territoriali minori secondo il disegno tracciato dall'art. 114 Cost. La studiosa sottolinea la problematicità del carattere "più o meno esclusivo" delle competenze degli enti locali minori e ribadisce, anche in questo caso, il ruolo suppletivo, e però problematico, della Corte costituzionale.

Lasciando sullo sfondo le novità collegate dai rapporti che le fonti del diritto statale intrattengono con altre fonti, la studiosa delinea ulteriori profili di novità del sistema delle fonti, questa volta, come anticipato, di impianto sistematico.

Un primo aspetto concerne la definita "frantumazione dei tipi"⁷⁵ di fonte del diritto, che riflette le denunciate difficoltà legate alla definizione di una sistemazione "sicura e coerente alle diverse forme delle fonti dell'ordinamento italiano attribuendo a ciascuno una posizione"⁷⁶. Ciò seguirebbe a fenomeni di integrazione tra fonti di tipo diverso, quali quelle sopra descritte, che non renderebbero agevole l'operatività dei criteri tradizionali di composizione delle antinomie e, in primo luogo, del criterio di gerarchia. Ci avverte, così, Lorenza Carlassare che "non è retta"⁷⁷ la linea, che conduce dalla Costituzione alla base della piramide delle fonti del diritto; che la suddivisione delle fonti del diritto in "sotto-tipi" priva di linearità e di coerenza l'organizzazione delle fonti; che sottopone a tensione e torsioni l'operatività del criterio di gerarchia. Una simile frammentazione in sottotipi è considerata particolarmente problematica dalla studiosa non solo sul versante dei rapporti tra la legge ordinaria, le fonti atipiche e le leggi rinforzate, ma anche a livello di fonti super-primarie, come si verifica nelle relazioni tra la Costituzione e le leggi costituzionali la cui approvazione disciplina l'art. 138 Cost.

La studiosa si sofferma, poi, sul funzionamento concreto delle fonti del diritto entro l'ordinamento giuridico nazionale in rapporto alle prassi degli organi di vertice dello Stato. Definisce, quindi, "gravissime"⁷⁸ le questioni che derivano, a suo avviso, dalle "molteplici 'deviazioni' dal dettato costituzionale di cui si sono resi (e si rendono) responsabili gli organi al vertice dello Stato"⁷⁹. Simile questione, che, per la sua gravità, costituisce un rischio per il "corretto

⁷⁵ L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto*, cit., p. 559.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 559.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 538.

⁷⁹ *Ibidem*.

funzionamento della forma di governo e per la stessa forma di Stato⁸⁰, secondo Lorenza Carlassare, impone di “individuare rimedi efficaci per riportare l’esercizio del potere normativo al livello di razionalità e legalità richiesto da uno Stato democratico di diritto a difesa delle persone e delle loro posizioni costituzionalmente garantite”⁸¹.

Per quanto attiene, invece, alle questioni aperte, la studiosa prende in considerazione la persistente attualità delle caratteristiche originarie del sistema delle fonti. L’opportunità, cioè, di continuare ad immaginare il sistema delle fonti del diritto alla stregua di un sistema “chiuso”; la pregnanza della distinzione tra fonti-atto e fonti-fatto; la nozione di norma, che si sarebbe progressivamente distanziata dalle caratteristiche della generalità e dell’astrattezza.

Con riferimento al primo tema, l’opportunità di considerare “chiuso” il sistema delle fonti del diritto, Lorenza Carlassare enfatizza la necessità di preservare la nozione “ristretta” e tradizionale di fonte del diritto, soffermandosi se mai sulle “connessioni” con altre tipologie di fonti del diritto. È il caso delle c.d. fonti materiali, espressione utilizzata dalla studiosa per indicare l’insieme di fattori economici, sociali, politici e storici che contribuiscono alla creazione della norma⁸². Lorenza Carlassare precisa che tali fattori, influenzano il contenuto della norma, ma si tratta di un concetto che va tenuto ben distinto dalla nozione tradizionale di fonte del diritto.

Questa visione sostanzialistica, che vorrebbe includere nel novero della nozione di fonte del diritto qualsiasi elemento che in qualche modo interferisce nella costruzione della fonte viene fermamente respinta da Lorenza Carlassare. La fonte in senso materiale difetterebbe, infatti, di quell’elemento costitutivo che è invece essenziale per la nozione di fonte del diritto; il suo essere, cioè, il prodotto dell’esercizio di un potere che la Costituzione attribuisce ad un organo dell’ordinamento giuridico rappresentativo della volontà popolare.

La “politicalità”⁸³ del concetto di fonte del diritto tradizionalmente intesa verrebbe a mancare. Per Lorenza Carlassare, la fonte deve essere, infatti, anzitutto “lo strumento tramite il quale si esercita un potere normativo”⁸⁴, il potere di fare le leggi. Sulla distinzione tra fonti atto e fonti fatto, rinvio a quanto verrà ripreso dirò con riferimento al ruolo del diritto giurisprudenziale⁸⁵.

Lorenza Carlassare ritiene che la sentenza, la decisione del giudice, non si potrebbe definire un atto normativo in quando difetta dell’elemento che qualifica in senso ontologico l’atto normativo stesso e, cioè, come già detto, l’essere espressione dell’attività di organi titolari del potere di produzione. Per tale ragione, la giurisprudenza dovrebbe essere piuttosto equiparata ad un fatto normativo similmente a quanto si sostiene per la consuetudine.

Infine, venendo alla nozione di norma, nelle sue riflessioni, la studiosa si sofferma su alcune ipotesi o rischi di deviazione dall’idealtipo della norma generale e astratta – a garanzia di eguaglianza e, quindi, dice Lorenza Carlassare, di “universalità – come si verifica nel caso

⁸⁰ *Ibidem*, p. 538.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*, p. 547.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Su cui si veda, *infra*, par. n. 5.

emblematico delle c.d. leggi-provvedimento e dell'esercizio sempre più massiccio di poteri normativi da parte di organi diversi dalle Assemblee rappresentative elettive⁸⁶.

5. Il diritto giurisprudenziale: fonte del diritto, fonte-fatto e integrazione multilivello

L'analisi di Lorenza Carlassare si è, poi, dilungata su un profilo nuovo, che supera la concezione chiusa del sistema delle fonti.

Ad avviso della studiosa, infatti, la classica esclusione della giurisprudenza dal sistema delle fonti nazionale sarebbe da riconsiderare⁸⁷.

Il legame sempre più stretto tra legislatore e giudici ha, così, indotto la studiosa ad interrogarsi sulla possibilità di qualificare come fonte del diritto anche il c.d. "diritto giurisprudenziale"⁸⁸, quale fonte fatto. Il riferimento al diritto giurisprudenziale, nel pensiero di Lorenza Carlassare, non è scevro di attenzioni ai rapporti tra quest'ultimo e il diritto positivo e, quindi, tra il primo e la nozione di norma giuridica, né pare porsi in rapporto di dubbia compatibilità con i tratti essenziali della teoria delle fonti del diritto accolta dalla studiosa. Il diritto giurisprudenziale, cioè, sostiene Lorenza Carlassare, sarebbe da ricomprendere nel novero degli atti e dei fatti idonei a produrre norme giuridiche, senza che ciò contraddica i capisaldi dello Stato di diritto e, in primo luogo, i principi di costituzionalità, di legalità e, non da ultimo, l'istituto della riserva di legge⁸⁹.

Ad avviso della studiosa, in primo luogo, il diritto giurisprudenziale dovrebbe essere equiparato ad una "fonte fatto", nella misura in cui se ne volessero valorizzare le analogie con la consuetudine, pure nella consapevolezza della eterogeneità che caratterizza i tratti essenziali che connotano le due fonti e la rispettiva collocazione nella gerarchia delle fonti.

Lorenza Carlassare qualifica, così, il diritto giurisprudenziale quale fonte fatto "nel senso improprio in cui lo è la consuetudine, dove fatto e norma coincidono, pur nelle diversità evidenti"⁹⁰.

Se la studiosa è incline a ricomprendere il diritto giurisprudenziale nel novero del sistema delle fonti, allo stesso tempo e tuttavia, rimane sullo sfondo l'interrogativo sulla bontà di simile qualificazione.

Secondo Lorenza Carlassare, la sentenza non potrebbe essere definita a tutti gli effetti un atto normativo in senso proprio, in quanto la decisione del giudice difetta dell'elemento che qualifica l'atto normativo, il suo essere, cioè, il prodotto dell'attività di organi titolari del potere di produzione, in estrema sintesi, delle assemblee rappresentative⁹¹. Non è, quindi, un caso, che Lorenza Carlassare si interroghi sulla possibilità di qualificare quale fonte fatto le sentenze

⁸⁶ Per un approfondimento su questo tema, si consenta il rinvio al mio M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 4/2018.

⁸⁷ Si tratta di uno degli interrogativi che si pone l'A. in apertura del suo (voce) *Fonti del diritto*, cit., p. 537.

⁸⁸ Su cui si veda, L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto*, cit., pp. 544 e ss.

⁸⁹ Cfr., sul tema, M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019; A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta online*, 3/2019.

⁹⁰ Cfr., L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto*, cit., p. 545.

⁹¹ *Ibidem*, p. 542.

di accoglimento della Corte costituzionale. Secondo la studiosa, soltanto le c.d. sentenze monitorate che rimangono inascoltate dal legislatore non potrebbero essere incluse tra le fonti fatte. Discorso diverso sarebbe, invece, da svolgere con riferimento alle decisioni manipolative che, al contrario, chiuderebbero il problema potendo essere viceversa ricomprese nel quadro del c.d. “diritto giurisprudenziale”.

Il tema non è, quindi, tanto l’equiparazione delle sentenze di accoglimento meramente caducatorie della Corte costituzionale alle fonti fatte, a cui consegue l’annullamento della norma della cui costituzionalità si dubita, bensì delle decisioni monitorie o, ancora, delle sentenze additive e additive di principio. Una questione aperta che, in verità, potrebbe forse estendersi a tutte le decisioni manipolative che il legislatore, colpevolmente, decide di ignorare.

Vi è, poi, un secondo aspetto molto importante su cui insiste Lorenza Carlassare. La studiosa avverte, infatti, dell’esigenza che non si addivenga ad una impropria valorizzazione dell’interpretazione giurisprudenziale a cui potrebbe affiancarsi il rischio di una illegittima “svalorizzazione del testo”⁹². Si tratta piuttosto di valorizzare il diritto giurisprudenziale, ma sempre a partire da un riferimento al testo. La tesi, cioè, è quella che rifiuta una visione a senso unico del diritto giurisprudenziale, che ne enfatizzi la funzione “creatrice”, per sottolineare, viceversa, che il contributo del diritto giurisprudenziale non può mai spingersi sino a forgiare “un nuovo concetto di Costituzione, che risorge dalle ceneri del documento”⁹³.

Tutto ciò premesso, esistono per la studiosa ragioni che militano in favore dell’apertura del sistema delle fonti al diritto giurisprudenziale e che giustificano il cambio di paradigma rispetto ad una impostazione del sistema delle fonti, viceversa, ancorata in modo pressoché esclusivo al diritto positivo, alla norma scritta seppure integrata da ipotesi residuali di fontifatto (la consuetudine).

Nel novero di siffatte ragioni si colloca, anzitutto, secondo la studiosa, l’apporto significativo del diritto giurisprudenziale nella enucleazione di diritti “nuovi”, ricavati in via interpretativa dai principi costituzionali, senza però mai superare “le rime obbligate”. Non è, infatti, sottovalutato dalla studiosa come il diritto giurisprudenziale, nel suo essere essenzialmente “dinamico”⁹⁴, “spesso precede il diritto legislativo”⁹⁵.

Un’estensione del sistema delle fonti e del diritto giurisprudenziale, che Lorenza Carlassare amplia, da ultimo, sino a ricomprendere, oltre alla giurisprudenza nazionale, anche quella sovranazionale con particolare riferimento alla produzione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea.

Questa nuova visione del ruolo dei giudici e delle Corti, nazionali e sovranazionali, sul piano della produzione normativa sarebbe, infine, responsabile, secondo Lorenza Carlassare, di una tra le più importanti novità dell’evoluzione del sistema delle fonti del diritto nazionale. Penso al già evocato ingresso entro il sistema costituzionale delle fonti del diritto internazionale, euro-unitario e, in particolare, del ruolo “trainante” della Corte di Giustizia dell’Unione

⁹² *Ibidem*, p. 544.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 545.

⁹⁵ *Ibidem*.

Europea che avrebbe prodotto il progressivo affievolimento delle distanze tra sistemi di *civil* e di *common law*.

6. Sistema delle fonti e diritti fondamentali: la garanzia dei diritti tra legislatore e giudici

Alla luce della ricostruzione proposta da Lorenza Carlassare del sistema delle fonti e delle sue più recenti linee evolutive, appare ora utile muovere verso una lettura di quelle tesi allo scopo di valutarne la tenuta alla luce di due elementi, che hanno assunto crescente importanza almeno negli ultimi due decenni. Mi riferisco alla competizione o concorrenza tra legge e diritto giurisprudenziale nella tutela dei diritti fondamentali, soprattutto di quelli c.d. “nuovi”, e al progressivo scolorimento dei confini tra potere legislativo e potere esecutivo, tramite violazioni più o meno importanti del principio di gerarchia e, prima ancora, della riserva di legge.

Vi sono due filoni che meritano di essere considerati, nella cui prospettiva sono venuti in rilievo negli ultimi anni alcuni interessanti esempi concreti, con il coinvolgimento di istituzioni giudiziarie, sia nazionali che sovranazionali.

Il primo di questi filoni è contraddistinto da vicende, che mettono in luce il ruolo centrale assolto dal diritto giurisprudenziale rispetto al diritto positivo; vicende che, di riflesso, espongono a tensione il concetto di fonte del diritto, la natura chiusa del sistema delle fonti, avvicinando il nostro ordinamento quale ordinamento di *civil law* a quelli di *common law*. Lungo questo orizzonte, non si può dimenticare che proprio Lorenza Carlassare aveva posto l'accento sulle novità prodotte dal riformato testo dell'art. 117, comma 1, Cost. e sulla circostanza che, spesso, la tutela dei diritti viene assicurata a livello sovranazionale, scavalcando il principio rappresentativo. Se guardiamo al recente passato, sono molteplici e di grande rilievo i casi in cui, nella tutela dei diritti fondamentali, le Corti europee si sono ritagliate un ruolo da protagoniste, ad esempio, in materia di: diagnosi genetica preimpianto, Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*; unioni non matrimoniali tra persone dello stesso sesso, Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*; fecondazione medicalmente assistita tipo eterologo, Corte EDU, *S.H. e altri c. Austria*; sulla controversa tematica della gestazione per altri e della tutela del nato all'estero da tale pratica, in relazione alla quale, accanto alle pronunce della Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia* e *C. c. Italia*, si è pronunciata anche la Corte costituzionale, con le sentenze n. 33 del 2021 e n. 79 del 2022⁹⁶. Vicende emblematiche delle potenzialità di un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali, che possono essere catalogate tenendo a mente anche un ulteriore elemento e, cioè, la tipologia del destinatario delle indicazioni che promanano dal diritto giurisprudenziale sovranazionale. In alcuni casi, infatti, le pronunce dei giudici europei hanno prodotto un effetto diretto sull'attività normativa interna, tramite interventi del legislatore nazionale che hanno dato seguito alle decisioni delle Corti sovranazionali, come nella vicenda originata dalla già citata sentenza della Corte EDU, *Oliari e altri c. Italia*, poi seguita dall'approvazione della legge n. 76 del 2016, c.d. “Legge Cirinnà”.

⁹⁶ Cfr. sul tema anche Corte cost., sentenza n. 272 del 2017.

In altri casi, invece, chi ha recepito il contenuto di sentenze adottate da Corti sovranazionali è stata la Corte costituzionale con una influenza, cioè uno scambio, tra diritto giurisprudenziale sovranazionale nazionale. Ciò è avvenuto, ad esempio, in occasione della sentenza n. 96 del 2015⁹⁷, con cui la Corte costituzionale si è messa in dialogo con la pronuncia della Corte europea resa in *Costa e Pavan c. Italia*.

Pure se in un ambito diverso, come quello della “materia penale”, come noto presidiato da garanzie e regole particolari, si sono registrate negli ultimi anni analoghe forme di confronto con la giurisprudenza convenzionale⁹⁸. Oltre al già citato caso c.d. “Taricco”, possono essere ricordate le pronunce n. 32 del 2020, sul perimetro applicativo della garanzia della irretroattività sfavorevole, e nn. 253 del 2019 e 97 del 2021, sull’ostatività penitenziaria, con le quali la Corte costituzionale ha preso in considerazione e tratto importanti argomenti a sostegno della propria conclusione rispettivamente da Corte EDU *Del Rio Prada c. Spagna* e *Viola c. Italia*.

Concentrando, invece, l’attenzione sul fronte interno, emerge anche un dato ulteriore, che investe in particolare il raccordo tra il legislatore e la Corte costituzionale e che contribuisce ad evidenziare l’impatto sempre più rilevante della giurisprudenza, questa volta interna, nella conformazione del sistema e dei suoi principi ispiratori. Nella sua riflessione sulle sentenze della Corte costituzionale, all’interno della voce dedicata alle fonti del diritto, Lorenza Carlassare aveva rilevato che queste ultime “quando è necessario l’intervento del legislatore non sempre riescono a produrre effetti e restano inattuate”⁹⁹, ponendo in questo modo l’accento su un aspetto che si è rivelato nel tempo assai problematico.

Negli ultimi anni, infatti, proprio per reagire a tale eventualità e per superare la possibile inerzia del legislatore, la Corte costituzionale ha sperimentato una tecnica decisoria innovativa: cd. del rinvio a data certa o, per altri, della doppia pronuncia. Dal punto di vista pratico, con questa tecnica si intendono contemperare due diverse esigenze: da un lato, lasciare al legislatore in caso di questioni particolarmente delicate la possibilità di intervenire con soluzioni che siano in grado di ricondurre a conformità costituzionale la normativa sottoposta al giudizio di costituzionalità; dall’altro, consentire alla Corte di pronunciarsi nel merito, qualora, nel termine fissato con l’ordinanza di rinvio, il legislatore non abbia dato alcun seguito alla prima decisione. La Corte ha fatto ricorso a questa tecnica in tre distinte occasioni: con le ordinanze n. 207 del 2018, n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021, rispettivamente, in materia di fine vita, di sanzione detentiva per la diffamazione mezzo stampa, e di ergastolo ostativo. In tutti e tre i casi, dopo aver accertato l’esistenza di profili di contrasto con la Costituzione, la Corte ha ritenuto in prima battuta di rinviare la trattazione per consentire al legislatore di intervenire, sulla base di un principio di leale collaborazione tra i poteri dello Stato.

Le riflessioni di Lorenza Carlassare sulle fonti e sulla tenuta della riserva di legge mostrano la loro profonda attualità anche se si considera un profilo diverso, il quale parimenti

⁹⁷ Con sentenza n. 96 del 2015, la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui non consentivano il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all’art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche.

⁹⁸ Cfr., per tutti, V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁹⁹ Cfr., su questo specifico profilo, L. CARLASSARE, (voce) *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, cit., p. 545.

mette in evidenza le criticità che alcune dinamiche della produzione normativa sono in grado di determinare sulla *ratio* più profonda della riserva. Penso ora ai casi di deroga e di violazione del criterio di gerarchia delle fonti, come testimoniato in modo emblematico dalla gestione dell'emergenza legata alla pandemia da Covid-19¹⁰⁰, che si è caratterizzata non solo e non tanto per l'espansione dei poteri normativi del Governo e per il corrispondente esautoramento delle Assemblee rappresentative, ma, soprattutto, per il ricorso massiccio e pressoché esclusivo a fonti di rango secondario¹⁰¹.

Tutto ciò, riporta alla mente quanto Lorenza Carlassare osservava sulla traiettoria evolutiva del principio di legalità e sulla progressiva centralità assunta dall'esecutivo. Gli esempi sono molteplici ed è interessante notare che, nella più recente giurisprudenza costituzionale, vi è traccia di alcune prese di posizione che mirano a contrastare questa tendenza di fondo, restituendo all'istituzione parlamentare e alla "legge" il ruolo cardine che il disegno costituzionale ha loro riconosciuto. In questa sede, vorrei fare riferimento alla recente sentenza n. 25 del 2023, in materia di profilassi vaccinale per militari, conclusasi con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 206-*bis* cod. ordinamento militare, introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 91 del 2016, "nella parte in cui autorizza la sanità militare a imporre al personale militare la somministrazione di specifiche profilassi vaccinali, senza che esse siano previamente individuate in via legislativa". Al centro della questione, la natura della riserva di legge posta dalla Costituzione all'art. 32 Cost. e del conseguente grado di "precisione" richiesto al legislatore. Di grande interesse le affermazioni che la Corte ha proposto sul punto: un'attività regolatoria secondaria, si legge, è senz'altro legittima, con riferimento ad aspetti della materia che richiedono puntuali determinazioni, ma il carattere relativo di una riserva di legge "non relega la legge sullo sfondo: quest'ultima non può ridursi ad una prescrizione normativa 'in bianco', senza che risultino definiti contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini"¹⁰².

7. Conclusioni

Riprendere il pensiero rigoroso di Lorenza Carlassare significa, almeno per me, tenere sempre a mente che il costituzionalismo è una scienza prescrittiva e non descrittiva; che la sua funzione deve essere quella di limitare il potere, di assicurare la divisione dei poteri e di garantire i diritti, come lei aveva spiegato in modo magistrale in una lezione introduttiva del mio corso di diritto costituzionale circa una decina di anni fa.

¹⁰⁰ La letteratura sul tema è assai ampia: cfr., in particolare, V. ONIDA, *Costituzione e coronavirus. La democrazia nel tempo dell'emergenza*, Piemme, Milano, 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi*, 6/2020; A. RUGGERI, *Il coronavirus contagia anche le categorie costituzionali e ne mette a dura prova la capacità di tenuta*, in *Diritti regionali*, 1/2020; e I. MASSA PINTO, *La tremenda lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *Questione giustizia*, 18 marzo 2020.

¹⁰¹ Su cui, v. L. CARLASSARE, (voce) *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., pp. 605 e ss.

¹⁰² Cfr. Corte cost., sentenza n. 25 del 2023, punto n. 7.1 del *Considerato in diritto*; Cfr., anche, Corte cost., sentenza n. 5 del 2021.

E, soprattutto, che le deviazioni dal modello costituzionale, così evidenti nel sistema delle fonti, che rispecchia l'assetto fra poteri e la democraticità del nostro Stato costituzionale, non possono autorizzare scientificamente una dottrina che crei principi non contenuti e non ammissibili nella nostra Carta costituzionale; che giustifichi palesi violazioni della lettera della Costituzione e del suo spirito; che ossequi la giurisprudenza in qualsiasi situazione, anche quando si discosta visibilmente dai propri precedenti e a sua volta giustifichi le "ragioni dello Stato", in antitesi ai principi della Carta.

Le torsioni del sistema delle fonti sono, in definitiva, anche quelle di una dottrina che, nel complesso, non è stata rigorosa. Proprio in questa prospettiva, come abbiamo anticipato, l'insegnamento di Lorenza Carlassare si fa davvero prezioso nel ricordare a tutti e tutte noi che il rigore nell'approccio allo studio delle questioni giuridiche può andare di pari passo con l'esercizio di una piena libertà di manifestazione del pensiero, lungo un percorso, non solo accademico, autenticamente ispirato ai principi della nostra Costituzione.