



Scuola dottorale internazionale “Tullio Ascarelli”
Sezione Sistemi punitivi e garanzie costituzionali
Area Diritto costituzionale

XXVIII ciclo (2013-2015)

Tesi di dottorato

**Gli automatismi legislativi nella
giurisprudenza costituzionale**

Candidato: Leonardo Pace

Tutor: Prof. Giovanni Serges

Coordinatore: Prof. Mario Trapani

Anno accademico 2014-2015

Alla mia Famiglia

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	9
-------------------	---

CAPITOLO I

Le dinamiche della giurisprudenza costituzionale

1. Le linee di fondo di un'analisi casistica.....	17
2. Le presunzioni di pericolosità e gli automatismi legislativi.....	18
2.1. Le misure di sicurezza personali e la presunzione di pericolosità.....	18
2.2. L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, i reati c.d. ostativi e le presunzioni di pericolosità.....	24
2.3. La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.....	30
2.4. Presunzioni di pericolosità e fenomeno dell'immigrazione irregolare.....	39
2.5. Quando l'eliminazione dell'automatismo comporta la compressione della posizione soggettiva del destinatario della norma.....	48
3. Quando l'incostituzionalità non dipende dall'irragionevolezza della presunzione di pericolosità, ma ad essere incostituzionale è l'automatismo in sé.....	50
4. Gli automatismi legislativi e la loro adeguatezza rispetto al caso concreto.....	58
4.1. L'adeguatezza della misura di sicurezza rispetto al caso concreto.....	59
4.2. Il limite rigido del divario di età in materia di adozione e il preminente interesse del minore.....	63
4.3. Il preminente interesse del minore e l'incostituzionalità della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale.....	69

CAPITOLO II

Il lungo cammino della ragionevolezza

1. Del perché parlare della ragionevolezza.....	73
2. Dall'uguaglianza all'uguaglianza-ragionevolezza.....	75
3. Il giudizio di ragionevolezza dalle prime ricostruzioni dottrinarie alla sua (completa?) emancipazione dall'articolo 3 della Costituzione.....	82
4. Le letture più recenti della ragionevolezza.....	89

5. Una indispensabile precisazione: una differenziazione utile purché non venga esasperata	92
6. Il bilanciamento di interessi operato dalla Corte costituzionale	93
6.1 (segue) Bilanciamento fra valori o interessi costituzionali? Cenni su una differenziazione teorica: valori, interessi, principi e regole.....	96
7. Eccesso di potere, ragionevolezza e discrezionalità del legislatore	104

CAPITOLO III

Gli elementi di differenziazione

1. Andare oltre la delega di bilanciamento ovvero della necessità di fare un passo indietro	111
2. Giudizi di ragionevolezza e automatismi legislativi	113
3. Gli automatismi e il vizio di irrazionalità	113
3.1. Il vizio di irrazionalità degli automatismi che si fondano sulla presunzione. 113	
3.1.2. Intermezzo: note critiche sulla figura dell' id quod plerumque accidit....	118
3.2. Ancora sugli automatismi irrazionali: quando l'incostituzionalità c'è anche se manca la presunzione	122
4. Gli automatismi legislativi e il vizio di irragionevolezza-inadeguatezza	125
5. Il ruolo del fatto nelle dichiarazioni di incostituzionalità degli automatismi legislativi	134

IV CAPITOLO

Una rappresentazione unitaria del fenomeno

1. Il necessario equilibrio fra riserva di legge e riserva di giurisdizione	147
1.2. La defettibilità delle norme	150
1.3. Il legislatore e il giudice fra denotazione e connotazione	153
1.4. Rivalutare il ruolo dell'equità quale «criterio meta-relazionale» di giudizio	155
1.5. Gli automatismi legislativi e il “potere di comprensione” del giudice	156
1.6. Gli automatismi legislativi non si identificano nella “delega di bilanciamento” ma nella valorizzazione della discrezionalità del giudice (e non solo) nel momento interpretativo-applicativo del diritto	161
2. Gli automatismi legislativi e l'interpretazione conforme.....	168

2.1. Quando la Corte costituzionale spingeva i giudici a fare ricorso all'interpretazione conforme.....	169
2.2. La vicenda della custodia cautelare in carcere per i reati di violenza sessuale di gruppo. Il fuoco incrociato della Corte costituzionale e della dottrina sulla presa di posizione della Corte di cassazione	171
2.3. In difesa della Corte di Cassazione.....	174
3. Il principio di supremazia costituzionale quale spiegazione e fondamento dei fenomeni che qui si analizzano e del loro rapporto di implicazione.....	180

NOTE CONCLUSIVE

Verso una teoria costituzionale degli automatismi legislativi

1. Illustrazione dei risultati finora raggiunti.....	183
2. Gli automatismi legislativi quali vizi di arbitrarietà della legge.....	186
2.1. (segue) Gli automatismi e il maggior grado di attuazione costituzionalmente possibile	188
3. Ancora sul principio di supremazia costituzionale nelle sue varie declinazioni ed implicazioni.....	191
4. Gli automatismi legislativi e il costituzionalismo per valori	194
Bibliografia	197

INTRODUZIONE

L'idea di indagare il tema degli automatismi legislativi è nata dalla lettura del Manuale di Giustizia costituzionale scritto da Valeria Marcenò e Gustavo Zagrebelsky¹.

Le poche, ma densissime pagine, che gli Autori dedicano all'argomento hanno totalmente rapito l'attenzione di chi scrive e non solo hanno aperto una prospettiva sulle nostre personali ambizioni di ricerca, ma ci hanno permesso di acquisire anche maggiore consapevolezza della complessità del diritto e della giustizia costituzionale del nostro tempo.

Quello che del tema ci ha colpiti è la sua vastità, il suo coinvolgere e lambire molteplici piani dell'esperienza costituzionale. Esso riguarda, infatti: il posto della legge e il ruolo del Legislatore; lo spazio di azione della Corte costituzionale e dei giudici comuni; il ruolo del fatto e dell'equità negli odierni ordinamenti; la teoria dell'interpretazione e nello specifico dell'interpretazione conforme a Costituzione; il tema dei valori e dei principi costituzionali e il loro rapporto con le norme, legislative e costituzionali, e, infine, la ragionevolezza, che in più parti i profili qui elencati attraversa.

Tutto questo è in gioco quando si parla di automatismi legislativi e con questi temi la ricerca si è dovuta confrontare. Anche quando non è stato possibile offrire una lettura esaustiva, si è comunque cercato di tracciare almeno le linee essenziali dei temi qui richiamati.

Scrivono Valeria Marcenò e Gustavo Zagrebelsky che la vastità del fenomeno non permette di considerarlo una deviazione occasionale² e i due Autori hanno avuto il merito di essere stati i primi ad affrontarlo compiutamente³ e, soprattutto, a dare al tema la giusta centralità nell'odierna esperienza di giustizia costituzionale.

¹ G. ZAGREBELSKY-V.MARCEÑO, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012.

² G. ZAGREBELSKY-V.MARCEÑO, *op. cit.*, 212.

³ Precedentemente a tale lavoro avevano trattato dell'argomento: R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 88-93, 120-131; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, 194 ss. e G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 343 ss. Hanno affrontato il tema successivamente A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.* 2012, 4909 ss.; M. CARTABIA, *I principi di*

In realtà la questione era stata già posta all'attenzione del mondo giuridico, seppur in maniera embrionale, nel 1967 quando Giuliano Amato così scriveva: «sarà illegittima non solo la legge che non predetermini in modo sufficientemente specifico la discrezionalità dell'applicatore, ma lo sarà altresì quella che, senza lasciargli alcuno spazio, categorizzi direttamente le ipotesi di restrizione della libertà personale, in modo non congruo ai fini che le consentono»⁴.

E l'Autore aveva anche intuito, quasi preconizzando lo sviluppo che la giurisprudenza costituzionale avrebbe assunto solo diversi anni dopo grazie al criterio di adeguatezza, che le fondamenta sulle quali si sarebbe potuto strutturare tale tipo di controllo erano rappresentate da una particolare declinazione del principio di uguaglianza, indicato con il nome di principio di adeguamento.

Principio, quest'ultimo, che impone alla legge – sono sempre parole di Amato – «categorizzazioni congrue con la tutela degli interessi che possono costituzionalmente limitare le libertà individuali, e tali da identificare in modo più possibile specifico le situazioni in cui questa limitazione può aver luogo»⁵.

E difatti lo sviluppo della giurisprudenza in tema di automatismi legislativi ha confermato questa intuizione. Tutta la vicenda ruota intorno al canone della ragionevolezza e non è un caso che i vizi rilevati siano riconducibili a due particolari manifestazioni di tale canone: la razionalità e la ragionevolezza in senso stretto.

La tesi che, infatti, si sostiene in queste pagine è che la giurisprudenza sugli automatismi legislativi costituisca uno sviluppo di quella sulla ragionevolezza e ciò spiega, da un lato, l'attenzione dedicata al canone della ragionevolezza e, dall'altro, lo sforzo di delineare, seppur nella sinteticità che il lavoro ci ha imposto, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale attorno all'art. 3 Cost.

Come abbiamo ricordato poc'anzi, la giurisprudenza costituzionale che sanziona gli automatismi legislativi non è affatto marginale e, soprattutto, a seguito di alcuni

ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Roma, Palazzo della Consulta, ottobre 2013, spec. 12 ss.; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", in www.penalecontemporaneo.it 2014; E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI-M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014, 85 ss.

⁴ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 346.

⁵ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 329-330.

interventi legislativi limitativi della libertà personale, ha assunto negli ultimi anni uno sviluppo davvero considerevole⁶.

In questo lavoro si è cercato di dar conto dell'evoluzione di tale giurisprudenza, partendo dal lontano precedente rappresentato dalla sent. n. 1 del 1971, sulla misura di sicurezza del riformatorio giudiziario applicata ai minori infraquattordicenni.

La stratificazione del materiale giurisprudenziale ha oramai assunto dimensioni notevoli e questo ha reso la sua categorizzazione particolarmente complessa. In molti casi, infatti, le sfumature fra le varie pronunce sono notevoli e diventa difficile accorpare il materiale giurisprudenziale attorno a un nucleo stabile composto da determinati elementi che si ritengono caratterizzanti.

È bene chiarire, poi, che nel tentare di classificare la variegata giurisprudenza non si aveva la presunzione di riuscire a cogliere tutte le possibili sfumature del fenomeno nella sua complessità. Quello che, più modestamente, si è cercato di fare è di indicare i soli modelli di giudizio utilizzati della Corte.

La strada che si è scelta di percorrere (visto che ogni schematizzazione, in quanto tale, è un'operazione di generalizzazione che, consapevolmente o meno, tralascia – o meglio taglia – il particolare) è, pertanto, quella di fornire una mappa quanto più intellegibile del fenomeno.

Non si ha la pretesa, poi, di dare allo schema qui proposto una portata universalizzante, esso, viceversa, è dichiaratamente convenzionale. È evidente, infatti, che la soggettività di chi compie l'opera di schematizzazione influisca su quest'ultima, comportando solo una tendenziale oggettività della descrizione del fenomeno. Qualsiasi rappresentazione di un fenomeno complesso è condizionato dal punto di vista dell'osservatore, oltre che dall'ambito di indagine prescelto e dalle metodologie utilizzate. Chi legge il materiale, in questo caso giurisprudenziale, lo interpreta e lo seleziona, infatti, secondo le proprie categorie di senso e secondo le finalità che si propone. Ciò è inevitabile, se ne abbia consapevolezza o meno, e, pertanto, chi scrive, non ha riaccorso un'oggettivizzazione che, in assoluto, è irraggiungibile, ma ha agito nel senso di selezionare e categorizzare quegli aspetti maggiormente indicativi di un

⁶ Il riferimento è alle modifiche apportate all'art. 275 del c.p.p., III co., secondo periodo, e alla successiva giurisprudenza costituzionale che si è sviluppata su di esso.

fenomeno che, sebbene stabilmente presente da molti anni nell'ordinamento, ancora risulta per larga parte inesplorato.

Sulla scorta di tale consapevolezza, si è cercato di delineare le sole dinamiche giurisprudenziali e ciò spiega la macro suddivisione che qui si propone e che si basa sui tipi di vizi sanzionati: gli automatismi irrazionali e quelli irragionevoli.

Quando è stato possibile, poi, si è cercato di suddividere le varie decisioni in base alla materia⁷ disciplinata dalle norme. Si è consapevoli che questo possa costituire un criterio imperfetto di classificazione, ma lo scotto che si patisce sotto il profilo meramente classificatorio viene compensato dalla possibilità, da un lato, di cogliere l'evoluzione giurisprudenziale in merito alla singola materia e, dall'altro, di mostrare il proficuo dialogo (anche se molte volte si è trattato di una vera e propria messa alle strette) fra la Corte costituzionale e il Legislatore.

Come si metterà puntualmente in evidenza nel primo capitolo, infatti, in quasi in tutte le circostanze qui considerate, il Legislatore è sempre intervenuto a modificare la materia, conformemente alle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale.

Dopo aver indagato le dinamiche e le articolazioni argomentative della giurisprudenza costituzionale, si è portato alla luce una costante nelle pronunce di incostituzionalità: il particolare ruolo ricoperto dal fatto. Quest'ultimo, infatti, viene in considerazione della Corte non solo come lente per indagare la costituzionalità della norma sottoposta alla sua attenzione, ma anche come fattispecie concreta in base alla quale valutare l'adeguatezza della norma rispetto alla realtà che questa è chiamata a disciplinare.

Lo studio sul ruolo del fatto ci ha permesso anche di avvicinarci in modo critico e tentare di superare la figura della delega di bilanciamento⁸, che è lo strumento cui la dottrina fa spesso ricorso per individuare il comune denominatore del fenomeno che ci occupa.

Come si è cercato di dimostrare nel quarto capitolo, il fenomeno che si descrive coinvolge sì il giudice, o comunque il soggetto chiamato ad applicare la norma, ma in

⁷ Con tutta l'ambiguità che tale termine riveste nel diritto costituzionale e non solo.

⁸ Il primo a utilizzare tale figura è stato R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 88-93, 120-131.

un modo diverso e se si vuole del tutto particolare. L'essenza della giurisprudenza che ci occupa, infatti, e che accomuna le varie ipotesi prese in considerazione in questo lavoro, risiede nella possibilità per l'interprete-applicatore di comprendere le caratteristiche del caso concreto.

Partendo dagli studi di Luigi Ferrajoli si è cercato, infatti, di dimostrare che il soggetto chiamato all'applicazione della legge nel *giudizio* (o nel procedimento disciplinare che ne riproduce le caratteristiche) deve essere sempre in grado di connotare le caratteristiche della fattispecie concreta, per evitare applicazioni irragionevoli della norma.

E ciò, inoltre, ci ha indotti a proporre un uso dell'equità che si distacca da quello tradizionalmente predicato: non come correttivo della legge, ma come criterio meta-relazionale di giudizio.

Un criterio, quindi, che non entra in gioco solo nei casi di lacune assiologiche della normativa primaria, ma in ogni processo di applicazione della legge, soprattutto in ambito giudiziale o in situazioni ad esso assimilabili, come meccanismo che permette un'applicazione ragionevole della fattispecie astratta al caso concreto.

L'idea che muove le nostre riflessioni, infatti, è che la giurisprudenza che qui si commenta affermi la necessità che al giudice, o all'interprete-applicatore che svolge una funzione ad esso assimilabile, sia costituzionalmente imposto un certo grado di discrezionalità.

Sulla scorta di ciò, però, è bene chiarire che il tema non si identifica completamente con il problema della discrezionalità del giudice nel generale processo di applicazione del diritto, ma – ci sia consentita l'espressione – prende in considerazione solo una porzione di esso.

Si potrebbe dire che fra il problema della discrezionalità del giudice nell'applicazione del diritto e il tema degli automatismi legislativi ci sia un rapporto di *genus a species*: in tutte le ipotesi di automatismi legislativi è presente una lesione della discrezionalità del giudice, ma non tutti i casi in cui vi sia tale lesione possono essere fatti rientrare nelle ipotesi di automatismi legislativi.

Questa prospettiva, infatti, fa coincidere i casi di automatismi con il problema della discrezionalità del giudice per quello che concerne l'*an* dell'applicazione e non il *quantum*.

Ed è per questa ragione che nel lavoro non è stata affrontata la giurisprudenza costituzionale sulle pene fisse e sulla recidiva⁹.

In questi casi è sì presente un rigido meccanismo legale che imbriglia la discrezionalità del giudice, ma questo incide *primariamente* non tanto sul suo potere di valutazione del fatto (che, poi, trattandosi di applicazione del diritto, il fatto entri comunque in considerazione è fuor di dubbio), ma sul solo potere di modulare le conseguenze giuridiche.

È nella consapevolezza di chi scrive che questa sia una scelta di campo, un'operazione puramente discrezionale riguardo alla direzione che si è voluta dare all'indagine. Scelta che, quindi, può essere messa in discussione da quanti volessero avvicinarsi al tema e che, pure, non è stata seguita da alcuni autori che del tema si sono già occupati¹⁰.

Nell'ultima parte del lavoro si è preso in considerazione il particolarissimo rapporto di implicazione tra il tema che ci occupa e l'interpretazione conforme. In questo modo emerge l'elemento sotteso a tutta la giurisprudenza costituzionale che si è passata in rassegna: il principio di supremazia costituzionale.

Tale principio, infatti, nella particolare declinazione della presunzione di massima espansione delle libertà, assume una fisionomia tale da permettere alla Costituzione di

⁹ A questa ragione di tipo metodologico se ne aggiunge un'altra di opportunità; il tema della recidiva e in parte anche quello della commisurazione della pena è stato, infatti, ampiamente indagato dalla dottrina penalistica italiana. Fra le molte opere sulla recidiva, e limitandoci solo a quelle successive alla legge n. 251 del 2005 (c.d. *ex Cirielli*), si vedano: S. TIGANO, *La recidiva reiterata fra teoria e prassi*, in www.archiviopenale.it, 2012; V. B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008; M. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 515 ss.; F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, 4097 ss.; D. POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della legge n. 251 del 2005 (c.d. ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, 2006, 2467 ss.; F. RANDAZZO, *Una dissennata retromarcia che crea un diritto differenziato*, in *Guida al diritto*, 1/2006 4 ss. Sulle pene fisse si vedano invece C. ESPOSITO, *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963, 661 ss.; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 34 ss. Nella dottrina costituzionalistica v. G. P. DOLSO, *Principio di eguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurcost.org.*, fasc. III, 2015, spec.757 ss.

¹⁰ G. LEO, *Automatismi legislativi e principi costituzionali*, cit.

pervadere in modo molecolare l'ordinamento¹¹. Ed esso, inoltre, operando congiuntamente al principio di effettività delle garanzie costituzionali, arriva a caricare gli automatismi legislativi di una sorta di presunzione di irragionevolezza.

E ciò, a parere di chi scrive, riabilita e porta prepotentemente sulla scena quelle teorizzazioni che vedevano nella legislazione un'attività funzionalizzata all'attuazione e allo sviluppo della Costituzione.

Il lavoro, poi, si conclude con il tracciato di un possibile cammino che si può e si deve percorrere se si vuole affrontare il tema in esame, ma che chi scrive ha solo avuto modo di intuire e non di affrontare compiutamente: le implicazioni del tema sulla teoria costituzionale e in special modo su una determinata teoria che si fonda su una visione assiologicamente orientata dell'ordinamento.

¹¹ L'espressione è di G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano, 2010, 322.

CAPITOLO I

Le dinamiche della giurisprudenza costituzionale

SOMMARIO: 1. Le linee di fondo di un'analisi casistica. – 2. Le presunzioni di pericolosità e gli automatismi legislativi. – 2.1. Le misure di sicurezza personali e la presunzione di pericolosità. – 2.2. L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, i reati c.d. ostativi e le presunzioni di pericolosità. – 2.3. La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. – 2.4. Presunzioni di pericolosità e fenomeno dell'immigrazione irregolare. – 2.5. Quando l'eliminazione dell'automatismo comporta la compressione della posizione soggettiva del destinatario della norma. – 3. Quando l'incostituzionalità non dipende dall'irragionevolezza della presunzione di pericolosità, ma ad essere incostituzionale è l'automatismo in sé. – 4. Gli automatismi legislativi e la loro adeguatezza rispetto al caso concreto. – 4.1. L'adeguatezza della misura di sicurezza rispetto al caso concreto. – 4.2. Il limite rigido del divario di età in materia di adozione e il preminente interesse del minore. – 4.3. Il preminente interesse del minore e l'incostituzionalità della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale.

1. Le linee di fondo di un'analisi casistica

La prima sentenza che ha acceso l'attenzione della dottrina sul tema degli automatismi è la n. 303 del 1996, ma il fenomeno è più risalente e ha iniziato a delinearasi con la giurisprudenza in tema di misure di sicurezza personali. È da questo momento che inizia a formarsi quello che, con il tempo, sarebbe divenuto un ampio *corpus* giurisprudenziale.

Le molteplici dichiarazioni di incostituzionalità aventi ad oggetto i c.d. automatismi legislativi possono trovare una possibile spiegazione in una duplice serie di fattori: *a)* il sempre più pervasivo utilizzo del canone della ragionevolezza; *b)* una legislazione penale sempre più discriminatoria, strumento di neutralizzazione di condotte ritenute portatrici di un elevato allarme sociale. Quest'ultimo fenomeno è frutto di quel diritto

penale dell'emergenza¹ che, a dispetto dell'etichetta, è divenuto l'ordinario strumento di politica criminale a cavallo del XXI sec.

Ciò detto, è altresì utile premettere che il materiale giurisprudenziale qui raccolto verrà suddiviso in due grandi gruppi: il primo che comprende le sentenze nelle quali la valutazione di costituzionalità è condotta sulle *basi razionali* della disciplina delle rigide previsioni di legge; il secondo avente ad oggetto quelle decisioni nelle quali la Corte ha superato l'automatismo legale, poiché la normativa, seppur in assoluto – e per espressa ammissione della Corte – non incostituzionale, risultava assolutamente inadeguata all'adeguata e concreta tutela di un principio costituzionale. Decisioni, queste ultime, che per la maggior parte, e non a caso, fanno applicazione del principio del *preminente interesse del minore* ed arrivano a sanzionare l'inadeguatezza della norme nella tutela di quest'ultimo.

Tracciate le linee di fondo, possiamo procedere ad analizzare la giurisprudenza costituzionale, partendo dalle pronunce che hanno come *trait d'union* il preventivo vaglio della conformità a Costituzione delle presunzioni assolute di pericolosità, sulle quali gli automatismi si fondavano.

2. Le presunzioni di pericolosità e gli automatismi legislativi

2.1. Le misure di sicurezza personali e la presunzione di pericolosità

E l'analisi prende le mosse dalla giurisprudenza in tema di misure di sicurezza, in quanto è proprio tale disciplina che ha fatto registrare l'ingresso delle presunzioni di pericolosità nell'ordinamento penale per opera del codice Rocco. Di conseguenza, è proprio in tale campo che si sono avute le prime dichiarazioni di incostituzionalità su ipotesi di automatismi applicativi che, come abbiamo appena ricordato, si reggevano su fattispecie presuntive.

Bisogna, innanzitutto, ricordare che nell'assetto originario, l'art. 204 c.p. era composto da due commi, che rappresentavano rispettivamente la regola e l'eccezione dell'applicazione delle misure di sicurezza: il primo comma prevedeva la regola

¹ Sul ricorso all'emergenza per giustificare politiche autoritarie in materia penale si veda, per tutti, S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995.

dell'accertamento in concreto della pericolosità², il secondo comma, invece, contemplava l'eccezione, secondo la quale «nei casi espressamente determinati, la qualità di persona socialmente pericolosa è presunta dalla legge».

Nella realtà, però, il rapporto fra regola ed eccezione era completamente invertito, in quanto le possibilità di accertamento giudiziale in concreto, per come sostanzialmente strutturato il sistema, erano di molto ridotte, tanto che la pratica applicazione di una misura di sicurezza non era legata alla valutazione discrezionale sulla pericolosità, ma «al mero riscontro di fattori indizianti»³.

Pochi anni dopo l'attivazione del controllo di costituzionalità, i giudici di merito, stretti dall'impossibilità di «eludere le drastiche maglie delle presunzioni di pericolosità»⁴, cominciarono con pervicacia ad adire la Corte costituzionale, nel tentativo di far dichiarare nel suo complesso l'illegittimità del meccanismo delle presunzioni di pericolosità⁵.

Nel far ciò, i giudici *a quibus* incentrarono le loro argomentazione essenzialmente sulla violazione dell'art. 13, II co., Cost., in base a questo assunto: il sistema tanto pervasivo delle presunzioni rendeva impossibile una concreta valutazione della pericolosità e pertanto si poteva adottare un atto *solo formalmente* conforme all'obbligo di motivazione sancito da detto articolo per i provvedimenti limitativi della libertà personale.

La Corte costituzionale inizialmente, però, si dimostrò insensibile alle istanze dei giudici di merito.

² Così, infatti, recita il primo comma dell'art. 204 c.p.: «Le misure di sicurezza sono ordinate, previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa».

³ T. PADOVANI, *La pericolosità sotto il profilo giuridico*, in F. FERRACUTI (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, XIII, Milano, 1990, 321.

⁴ T. PADOVANI, *op. cit.*, 321.

⁵ In dottrina, invece, sul contrasto tra le presunzioni di pericolosità e la Costituzione si vedano almeno: M. BOSCARRELLI, *Appunti critici in materia di misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 34 ss.; A. PACE, *Misure di sicurezza e costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 191 ss.; G. VASSALLI, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, *ivi*, 1967, 467 ss. e F. FALZONE, *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, *ivi*, 1972, 1205 ss. Per un'analisi complessiva del concetto di pericolosità sociale si veda, per tutti, M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008. Da ultimo si veda anche M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità, lotta alla povertà*, Napoli, 2012, 30, il quale, incisivamente afferma che la «la “pericolosità sociale” che, a rigore, dovrebbe ritenersi accertata solo all'esito del processo, assume, invece, una connotazione fondamentale nella disciplina legislativa».

Nella sentenza n. 19 del 1966⁶, con specifico riguardo al sistema delle presunzioni legali⁷, può leggersi, infatti, che «è ragionevole che la legge, anche per garantire una eguaglianza di trattamento, detti una regola di giudizio vincolante, in un significativo e proporzionato rapporto logico con il dato da apprezzare». Questa regola si basa sull'«utilizzo di comuni esperienze», riguardanti «condizioni soggettive alle quali il Codice dà il significato di far ritenere probabile o temibile un futuro comportamento criminale».

Ancora più chiaramente, nelle successive sentenze nn. 68 del 1967⁸ e 106 del 1972, il giudice delle leggi «fa quadrato intorno alle presunzioni di pericolosità»⁹. Nella seconda di queste decisioni, la Consulta afferma che il legislatore era stato costretto dalla necessità di tale scelta per le «obiettive difficoltà che ogni giudizio in materia presenta [...] che non consentono di stabilire in astratto se corrisponda meglio al principio di eguaglianza consentire al legislatore la predeterminazione»¹⁰ presuntiva dell'esito della prognosi o invece «affidare solo al giudice di disporre di volta in volta l'irrogazione della misura; dato che il pericolo della diseguaglianza di trattamento non viene meno

⁶ Sulla quale si vedano i commenti di A. PACE, *Misure di sicurezza e costituzione*, cit. e I. CARACCIOLI, *Applicazioni sostanziali della «fungibilità» (a proposito del computo nella misura di sicurezza di pena condonata)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 240 ss.

⁷ Per quanto riguarda, invece, la violazione dell'art. 13, II co. Cost., ha affermato che tale parametro «determina [...] l'esclusiva competenza del giudice all'emanazione del provvedimento e la necessità della sua motivazione ma, quanto ai presupposti, rinvia “ai soli casi e ai modi previsti dalla legge”; in modo che, per la norma costituzionale, spetta alla legge di indicare le circostanze che legittimano le singole misure restrittive della libertà personale».

⁸ Nella quale la Corte afferma che «non può formare materia del giudizio di legittimità costituzionale il controllo della discrezionalità usata dal Codice nel dare regolamento preventivo e generale alle situazioni di cui si discute: tale regolamento attua un sistema di difesa sociale correlativa al fatto che ha dato luogo al procedimento penale e alle condizioni sanitarie dell'imputato riscontrate in quella sede, e deve necessariamente presupporre mere probabilità. In materia, all'accertamento di un pericolo effettivo non si può tendere, ed una certezza non si può ottenere nemmeno quando la valutazione di pericolosità è fatta dal giudice» (*cons. dir.* punto 2). Sulla decisione si veda G. VASSALLI, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, cit., 467 ss.

⁹ L'espressione è di T. PADOVANI, *op. cit.*, 321.

¹⁰ *Cons. dir.* punto 3. E del resto tale affermazione è specchio di quel *self-restraint* della Corte, tutt'oggi presente, nel sindacato delle scelte legislative di politica criminale. Su tale aspetto osserva acutamente V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di studi, Roma 2 - 4 ottobre 2006, quaderno monografico di *Nova juris interpretatio*, Roma 2007, 37, che «per lungo tempo, il diritto penale ha pensato se stesso e si è affermato come *ius exceptum*, come strumento repressivo perentorio e non dialogico, ed ha fatto discendere dal primato dell'autorità pubblica sull'individuo il corollario dell'insindacabilità giuridica delle scelte politiche, sottraendole – più o meno dichiaratamente – ad ogni controllo di razionalità o ragionevolezza, così come ad ogni verifica scientifica sugli impatti applicativi delle incriminazioni».

neanche con questa soluzione, che non offre alcuna certezza ma solo mere probabilità»¹¹.

Il richiamo alla comune esperienza compiuto nella decisione n. 19 del 1966 sarà ripreso e sviluppato nella giurisprudenza successiva, attraverso la formula dell'*id quod plerumque accidit*, con la quale la Corte sinteticamente fa riferimento – ancora oggi – a quelle «valutazioni obiettive e uniformi, desunte dalla comune esperienza, secondo indicazioni socio-criminologiche discrezionalmente apprezzate dal legislatore, che consente di ritenere sussistente la probabilità che soggetti, accomunati da dati connotati soggettivi commettano nuovi reati»¹².

E proprio grazie a tale criterio, inizialmente utilizzato per salvare al normativa dall'incostituzionalità, la Corte ha iniziato a vagliare la ragionevolezza delle varie fattispecie presuntive di pericolosità, aprendo, così, una breccia in tale sistema.

Ed è nella sentenza n. 1 del 1971¹³ che, invocando come parametro di costituzionalità l'art. 3 Cost.¹⁴, per la prima volta la Corte fa perno su tale argomentazione per colpire la presunzione contenuta nell'art. 224, II co., c.p., che rendeva obbligatorio ed automatico il ricovero in riformatorio giudiziario per almeno tre anni per i minori degli anni quattordici. In questa decisione la Corte, infatti, ha rilevato che «la presunzione di pericolosità, che negli altri casi previsti dal codice si basa sull'*id quod plerumque accidit*, non ha fondamento allorché si tratti della non imputabilità del minore di anni quattordici: ché, al contrario, può ben dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna»¹⁵.

¹¹ Corte cost. sent. n. 106 del 1972 *cons. dir.* punto 3. Sul punto è utile riportare le considerazioni generali di A. BEVERE, *Ragionevolezza del trattamento sanzionatorio penale nella legislazione e nella giurisprudenza*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, cit., 1, in ordine all'atteggiamento restio della Corte costituzionale a giudicare la quantificazione della pena. L'Autore, infatti, scrive che «questa posizione trova giustificazione anche nella difficoltà di razionalizzare il passaggio dal piano dell'accertamento del fatto e della tutela del bene giuridico leso al piano quantitativo della misura della pena ottimale alla realizzazione di quella tutela».

¹² G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, 238.

¹³ Sulla quale si veda G. VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971, 1 ss.

¹⁴ Critica il ricorso a tale parametro G. VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, cit., 4.

¹⁵ *Cons. dir.* punto 6.

Su tale scia, ma senza mai mettere completamente in discussione il sistema delle presunzioni di pericolosità nel suo complesso¹⁶, il giudice delle leggi, nelle successive sentenze nn. 139 del 1982 e 249 del 1983, riconosce l'incostituzionalità dell'automatismo delle misure di sicurezza per gli imputati affetti da vizio di mente.

Nella sentenza n. 139 del 1982 la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 222, I co., 204, cpv. e 205, cpv. n. 2, c.p., poiché il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica non era subordinato al previo accertamento, da parte del giudice della cognizione o della esecuzione, della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima al tempo dell'applicazione della misura¹⁷.

In questa decisione la Consulta riconosce la conformità all'*id quod plerumque accidit* solo per la prima delle due presunzioni rientranti nella norma oggetto del giudizio, il nesso fra l'infermità e la pericolosità e non per la seconda: il perdurare dell'infermità psichica¹⁸. Nella sentenza si legge, infatti, che non solo quest'ultima presunzione non è sorretta da «dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione», ma non ha addirittura

¹⁶ Non solo, infatti, ci furono una serie di sentenze che rigettarono le questioni di costituzionalità (indicativa dell'atteggiamento del giudice di costituzionalità è la sentenza n. 100 del 1971, nella quale si legge che «è assurdo pensare che chi ha riportato precedenti condanne non venga considerato più pericoloso del cittadino incensurato, in virtù di una astratta uguaglianza»; sulla posizione della Corte in merito alle presunzioni di pericolosità si veda G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 239 sub nota 160). È opportuno evidenziare, però, che anche quando la Corte ha accolto le questioni di costituzionalità, nelle sentenze 139 del 1982 e 249 del 1983, non è stato mai colpito il sistema della presunzione di pericolosità che si basava su determinati requisiti soggettivi.

¹⁷ E differenti furono le posizioni della dottrina sulla portata di tale decisione: secondo VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, 1210, la legittimità costituzionale di presunzioni di pericolosità presunta dell'adulto non imputabile sarebbe stata fatta definitivamente cadere. Secondo altri, tra cui G. L. PONTI, *Corte costituzionale e presunzioni di pericolosità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 476 ss., e E. MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1590 ss., la decisione si sarebbe limitata a dichiarare costituzionalmente illegittima solamente l'automatica applicazione del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario nei confronti del prosciolto per infermità di mente come regolato dall'art. 222 c.p., rendendo impossibile il più aberrante degli effetti derivante dall'originario art. 222 c.p., vale a dire il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario di una persona ormai sana di mente. Critico verso la decisione si è mostrato anche F. FIANDACA, *Art. 27, terzo comma*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 27-28*, a cura di G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1991, 320.

¹⁸ Orientamento di recente ribadito anche per le misure di prevenzione personale dalla sentenza n. 291 del 2013 (sulla quale si veda D. CHINNI, *Petitum additivo «non corretto sul piano sistematico», limatura della Corte costituzionale sul verso della richiesta e indicazione ai giudici circa l'interpretazione della norma aggiunta*, in *Giur. cost.*, 2013, 4669 ss.), nella quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 12 l. n. 1423 del 1956 nella parte in cui non prevedeva che, «nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura».

fondamento in basi scientifiche, in quanto contrasta con esse «ipotizzare uno stato di salute (anzi di malattia) che si mantenga costante»¹⁹. Ciò «finisce per allontanare la disciplina dalle sue basi razionali», in quanto comporta un'applicazione indiscriminata delle misure in situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti a cui la misura può ragionevolmente riferirsi²⁰. La misura, infatti, era suscettibile di essere applicata anche a quei soggetti per i quali si era registrata una positiva evoluzione della malattia.

L'irrazionalità in questo caso²¹ risiedeva nel fatto che l'applicazione della misura avveniva solo successivamente all'espiazione della pena detentiva. In queste ipotesi si determinava, pertanto, una dilatazione dell'intervallo temporale tra il momento dell'accertamento dell'infermità psichica e la concreta applicazione della misura di sicurezza²².

Come abbiamo visto, la Corte non ha mai messo in discussione il sistema delle presunzioni di pericolosità nel suo complesso, ma è stato proprio grazie alla sua giurisprudenza e alla forte critica, nella psichiatria forense e nella criminologia²³, della correlazione fra infermità psichica e pericolosità sociale che è stato possibile il definitivo superamento della presunzioni di pericolosità, e del conseguente automatismo applicativo, in tema di misure di sicurezza personale.

Fatto questo che è avvenuto per opera della legge n. 633 del 1986 «Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà» (c.d. legge Gozzini)²⁴, la quale all'art. 31 ha definitivamente

¹⁹ *Cons. dir.* punto 8.

²⁰ *Cons. dir.* punto 8.

²¹ Irrazionalità della presunzione di persistenza dell'infermità che la Corte, nella sentenza n. 249 del 1983, ha riscontrato anche per le ipotesi di vizio parziale di mente, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 204, II co. c.p. e 219, I co. c.p., nella parte in cui prevedeva il ricovero obbligatorio e automatico in casa di cura e di custodia del condannato a pena diminuita per vizio parziale di mente in rapporto a determinati delitti, senza, pertanto, dare al giudice il potere di verificare il persistere della pericolosità sociale al momento dell'applicazione della misura.

²² La necessità dell'accertamento della concreta pericolosità viene ribadito dalla Corte nella sentenza n. 1102 del 1988 anche per il momento della concreta esecuzione della misura. In questa decisione infatti, la Consulta dichiara l'incostituzionalità dell'art. 219, III co., c.p., «nella parte in cui, per i casi ivi previsti, subordina il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia al previo accertamento della pericolosità sociale, derivante dalla seminfermità di mente, soltanto nel momento in cui la misura di sicurezza viene disposta e non anche nel momento della sua esecuzione».

²³ Per un quadro complessivo della presa di coscienza dell'insostenibilità scientifica del binomio pazzia-pericolosità si vedano almeno, con la bibliografia ivi citata, F. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, spec. 22 ss. e M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 107 ss.

²⁴ Per un commento alla legge Gozzini si veda, almeno, M. CANEPA-S. MERLO, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1991.

sancito che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa»²⁵.

2.2. L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario, i reati c.d. ostativi e le presunzioni di pericolosità

Le presunzioni di pericolosità e il connesso automatismo applicativo è stato oggetto di scrutinio di costituzionalità anche con riguardo alla disciplina prevista dall'art. 4-bis della 26 luglio 1975, n. 354 (ord. penit.)²⁶, il quale si inserisce in quel processo di generale ripensamento delle novità introdotte dalla appena richiamata legge Gozzini. Quest'ultima, come è noto, aveva completato il processo di rinnovamento dell'ordinamento penitenziario, già avviato dalla nuova legge sull'ordinamento penitenziario del 1975, al fine di dare piena attuazione ai principi costituzionali vigenti in materia. Con essa, infatti, si voleva perseguire una politica di contenimento della pena detentiva, per mezzo dell'accentuazione dell'aspetto premiale delle misure alternative alla detenzione. Aspetto questo che venne criticato da più parti, in quanto si riteneva che in tal modo si perseguivano semplicemente obiettivi di decarcerizzazione a scapito del recupero sociale del condannato²⁷.

²⁵ Sul punto, però, mette acutamente in luce M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 107, che il passaggio da un sistema che si basava sulle presunzioni di pericolosità ad un altro che prevede la prognosi affidata al giudice e al perito «si fonda su piedi di argilla: il presupposto soggettivo delle misure di sicurezza finisce per catalizzare su di sé i problemi di legittimazione del controllo penale e la sua gestione finisce per essere la patata bollente che giudici e psichiatri si passano reciprocamente». Sulle difficoltà di accertamento in concreto della pericolosità sociale si rinvia, anche per bibliografia ivi citata, a M. T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, spec. 6 ss. Sulla portata dell'articolo in esame, poi, sono emerse in dottrina diverse interpretazioni, per una disamina delle quali si veda A. CALABRIA, voce *Pericolosità*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 459 ss.

²⁶ Per una critica serrata ed analitica all'articolo in esame si veda A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI-A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016, 65 ss.

²⁷ Ben presto, infatti, non solo vennero messe in discussione le scelte compiute dalla legge Gozzini, ma venne addirittura criticata «la stessa filosofia di fondo», così V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in V. GREVI (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994, 3. Dava forza a questo atteggiamento di opposizione alla riforma anche l'impiego, non sempre rigoroso da parte della magistratura di sorveglianza, del potere discrezionale che gli era stato riconosciuto in sede di applicazione delle misure alternative (così R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, Bologna, 2011, 166). Un'anticipazione della manovra riformatrice si è avuta con l'art. 13 della l. n. 55 del 1990 che ha ristretto l'ambito di applicazione dei permessi premio. Tale norma, infatti, aveva inserito nell'art. 30-ter ord. penit. il comma 1-bis, poi abrogato, con il quale si statuiva che «per i condannati per reati commessi per

La circostanza che ha legittimato l'abbandono della filosofia espressa dalla legge Gozzini, e che si è concretizzata con l'introduzione dell'art. 4-bis, è stata la necessità di contrastare la recrudescenza del fenomeno mafioso nei primi anni '90²⁸. Ma è bene precisare che la norma, così introdotta, è divenuta negli anni il manifesto, in ambito penitenziario, delle politiche securitarie che hanno fatto stabilmente il loro ingresso nell'agenda politica a partire dal 2002²⁹.

E, infatti, con una serie di interventi, sempre adottati nel dichiarato intento di combattere le varie emergenze criminali, la portata normativa dell'articolo è stata notevolmente estesa, tanto che adesso ricomprende una serie eterogenea di reati ostativi che precludono l'accesso alle misure rieducative³⁰.

finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, di criminalità organizzata, nonché per il reato indicato nell'articolo 630 del codice penale, devono essere acquisiti elementi tali da escludere la attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata». Faceva, in tal modo, la sua comparsa quel regime probatorio differenziato che sarebbe stato adottato dall'art. 4-bis nella sua prima formulazione. Per una precisa analisi di questo processo di ripensamento delle innovazioni della legge Gozzini si veda, fra i tanti, F. DELLA CASA, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in V. GREVI (a cura di) *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, cit., 73-89.

²⁸ Per un'analisi del difficile rapporto tra l'efficienza della risposta punitiva dello Stato e le garanzie individuali si veda, per tutti, S. MOCCIA (a cura di), *Criminalità organizzata e riposte ordinamentali: tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999.

²⁹ G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, liberamente consultabile in http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezza-sociale-e-populismo-penale_27-06-2014.php, afferma, infatti, che l'art. 4-bis ord. penit. è divenuto lo strumento sul piano penitenziario del «governo dell'insicurezza sociale». Sul punto sia consentito rinviare al nostro L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, 2/2015.

³⁰ Dopo una prima fase, in cui la Corte costituzionale è intervenuta a correggere la portata della norma, con le sentenze che noi qui richiamiamo, una serie di interventi legislativi (vale a dire il d.l. n. 341 del 2000, la legge 92 del 2001 e la legge 189 del 2002), inizialmente episodicamente fondati su «contingenti emergenze» (M. PAVARINI-B. GUAZZALOCA, *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004, 183) e poi con una revisione organica ad opera della legge n. 279 del 2002, hanno nuovamente ampliato la portata operativa della norma. La legge appena richiamata ha introdotto una serie di reati ulteriori cui applicare il più rigido regime penitenziario quali: la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.), l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.) ed ha trasportato i reati di terrorismo, anche internazionale – ora espressamente menzionati –, dalla seconda alla prima fascia (per una critica a quest'ultima modifica si veda D. PETRINI, *Il regime di "carcere duro" diventa definitivo. Commento articolo per articolo alla l. 23.12.2002 n. 279 – Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2/2003, 233; C. CESARI-G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, in V. GREVI-G. GIOSTRA-F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, IV ed., Padova, 2011, 70 e F. FIORENTIN, *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in La Giustizia penale*, 2003, 446). A pochi anni da un'ulteriore modifica, operata dalla legge n. 38 del 2006, che fra i reati ostativi ha introdotto quelli in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e di pedopornografia anche a mezzo internet, l'assetto dell'articolo è stato fortemente modificato dal d.l. n. 11 del 2009 recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori" (c.d. pacchetto sicurezza del 2009) e dalla legge di conversione n. 38 del 2009, la quale ha parzialmente corretto la disciplina introdotta con la decretazione d'urgenza. Il d.l. n. 11 del 2009 aveva riportato, infatti, fra i reati di prima fascia alcuni reati sessuali ritenuti di particolare allarme sociale,

La struttura della norma in esame si basa su una serie di ipotesi presuntive secondo una precisa scansione dei gradi di pericolosità dei reati, al cui apice è prevista «una presunzione pressoché assoluta di pericolosità sociale»³¹, per i delitti di certa riferibilità alla criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Per questi delitti, c.d. di prima fascia, la presunzione di pericolosità è superabile solo per mezzo di un contegno positivo del detenuto, la collaborazione, salvo il caso – previsto anche grazie all’opera della giurisprudenza costituzionale che ora analizzeremo – che la collaborazione sia impossibile o irrilevante. Per gli altri reati ai quali la norma fa riferimento, i c.d. reati di seconda fascia, l’accesso alle misure rieducative è, invece, ammesso «purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (*ex co. 1-ter*) e, per i reati sessuali, solo «sulla base dei risultati dell’osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno» (*ex co. 1-quater*).

Ciò detto, è preliminarmente opportuno rilevare che le dichiarazioni di incostituzionalità hanno riguardato il solo meccanismo predisposto per i reati di certa

prevedendo anche per i *sex offenders* la collaborazione come unico percorso per accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative, e aveva inserito fra i reati di seconda fascia alcuni reati sessuali di minore gravità (scelta, questa, criticata in dottrina; sul punto si vedano: G. FIORILLI, *Effettività della pena per i pedofili e gli autori dei reati a sfondo sessuale: obiettivo raggiunto?*, in *Giust. Pen.*, 2/2009, 606 e A. DELLA BELLA, in S. CORBETTA-A. DELLA BELLA-G.L. GATTA (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, 2009, 438. Per quanto concerne l’estraneità di questi reati a quelli di seconda fascia, si veda B. GORS, *D.l. 23.2.2009 n. 11, conv. con modif. in l. 23.4.2009 n. 38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Leg. pen.*, 2009, 464). Da ultimo, il d.l. n. 7 del 2015 (d.l. antiterrorismo) così come modificato dalla legge di conversione n. 43 del 2015, ha inserito tra i reati ostativi di cui al primo comma quelli *ex art. 12*, commi 1 e 3 del d.lgs. 286 del 1998 (T.U. immigrazioni), vale a dire il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina (art. 12 co. 1) e il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina ai fini di profitto (art. 12, co. 3). E, infine, nel tempo trascorso fra l’adozione del decreto e la sua conversione è stata approvata la legge 23 febbraio 2015, n. 19 (Divieto di concessione dei benefici ai condannati per il delitto di cui all’art. 416 *ter* del codice penale), che all’art. 1 interviene sull’art. 4-*bis* aggiungendo al novero dei c.d. reati ostativi – accanto all’art. 416 *bis* c.p. – il delitto di scambio elettorale politico mafioso, introdotto all’art. 416 *ter* c.p. Per un’analisi dettagliata sulle modifiche legislative dell’art. 4-*bis* ord. penit. si vedano C. CESARI-G. GIOSTRA, *Sub Art. 4-bis*, cit., 53 e, se si vuole, L. PACE, *L’art. 4-bis dell’ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell’insicurezza sociale»*, cit.

³¹ B. GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione d’emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992, 130.

referibilità al crimine organizzato e hanno sostanzialmente avallato³² il regime penitenziario differenziato³³.

Ed è nella prima delle decisioni avutesi in materia, la sentenza n. 306 del 1993³⁴, che la Corte pone la struttura argomentativa che sorreggerà tutta la successiva giurisprudenza³⁵.

In questa decisione viene salvato il meccanismo presuntivo, che faceva perno sulla collaborazione, poiché ritenuto l'unico indice legale dal quale desumere la cessazione della pericolosità dell'individuo e, in forza di ciò, non viene intaccato l'automatismo che nega l'accesso alle misure rieducative in presenza di determinati reati. In altri termini, viene fatto salvo, nella sua generalità, quel meccanismo che preclude al magistrato di sorveglianza qualsiasi controllo sulla concreta evoluzione del percorso rieducativo del condannato e che comporta, quindi, una sostanziale compressione dell'ideale rieducativo sancito dall'art. 27, III co., Cost.³⁶, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale³⁷.

³² Sebbene la Corte abbia mostrato preoccupazione per l'eco del diritto penale d'autore insito nella disciplina, come espressamente dichiara nella sent. n. 306 del 1993, *cons. dir.* punto 11: «...appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di “tipi di autore”, per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita».

³³ Sul punto si vedano: G. CASAROLI, *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto penale*, III, Torino, 1994, 15; B. GUAZZALOCA, *Criterio del “doppio binario”, utilizzo della “prezialità” e “degiurisdizionalizzazione” del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995, 141.

³⁴ C. E. PALIERO, «L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative», in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 153, ha affermato che questa sentenza ha una portata che trascende il tema in esame e coinvolge l'intera filosofia della pena; egli scrive, infatti, che deve essere considerata come «la pietra angolare del subsystema ermeneutico-costituzionale sulla filosofia della pena», in quanto ha abbandonato la vecchia impostazione che relegava la rieducazione alla sola fase dell'esecuzione della pena.

³⁵ M.R. COPPETTA, *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 5/1997, 1225, scrive che «il salvataggio di tutto l'impianto normativo del comma 1 dell'art. 4-bis ord. penit., operato dall'iniziale approccio della Corte, per espresse ragioni di politica criminale, ha palesemente ipotecato la portata dei successivi interventi». Come ha rilevato M. MARGARITELLI, «Limitata partecipazione al fatto criminoso» e accesso ai benefici penitenziari, in *Giur. cost.*, 1994, 3210, alla Consulta è mancato il coraggio, avendo rinunciato «ad effettuare una operazione di chirurgia legislativa radicalmente demolitoria di tutto quanto estraneo ed incompatibile con il principio di rieducazione».

³⁶ Per un'analisi maggiormente approfondita sul punto sia consentito rinviare al nostro L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, cit.

³⁷ Il giudice delle leggi, infatti, pur giustificando la scelta del legislatore di privilegiare le finalità di prevenzione generale (attribuendo determinati vantaggi ai soli detenuti che collaborano con la giustizia), per far fronte ad una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, rileva che «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario» (*cons. dir.* punto 11).

Nonostante questa preoccupazione, la Corte considera sostanzialmente legittima la presunzione di pericolosità sociale dei soggetti che commettono determinati tipi di reato e, pertanto, conclude per la non incostituzionalità della collaborazione quale presupposto per accedere ai benefici e alle misure alternative. Solo da questa, infatti, si desume l'assenza di pericolosità sociale, perché essa viene considerata l'unico elemento dal quale dedurre, con un certo grado di certezza, l'interruzione dei contatti con la criminalità organizzata.

E sulla scorta di ciò, è stata dichiarata irragionevole solo l'altra presunzione, risultante implicitamente dalla revoca automatica del beneficio³⁸: la *mancata collaborazione* quale indice presuntivo della persistente pericolosità sociale³⁹. La dichiarazione di incostituzionalità ha colpito, infatti, l'art. 15, II co., del d.l. n. 306 del 1992, il quale statuiva la revoca delle misure alternative alla detenzione concesse prima dell'entrata in vigore del decreto (1992) ai detenuti che avessero commesso uno dei delitti indicati dall'416-*bis* I co., c.p. – delitti di criminalità organizzata – e non collaborassero con la giustizia.

Punto di partenza delle argomentazioni della Corte è l'affermazione che in materia di esecuzione penale vige il principio in base al quale «l'effetto della revoca [...] deve essere proporzionato (oltre che al *quantum* di afflittività che da essi è derivato) alla gravità oggettiva e soggettiva del comportamento che ha determinato la revoca»⁴⁰ e ciò in forza dei principi di «proporzionalità e individualizzazione della pena, cui l'esecuzione deve essere improntata, i quali a loro volta discendono dagli artt. 27, primo

³⁸ Sul punto A. ACCONCI, *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994, 494, scrive che non si comprende perché le argomentazioni addotte valgano solo per la revoca del beneficio e non anche per la concessione. I principi di colpevolezza, individualizzazione e di proporzionalità, la cui violazione, infatti, ha determinato l'incostituzionalità della revoca automatica, vengono violati anche negando l'accesso ai benefici penitenziari a quel detenuto che non ha collaborato con la giustizia.

³⁹ Il giudice delle leggi riconosce, infatti, che la mancata collaborazione può essere incolpevole, poiché può essere causata da altri fattori indipendenti dalla volontà dell'individuo e pertanto non è idonea a costituire un valido indice di pericolosità specifica. La Consulta in un'altra occasione (sentenza n. 445 del 1997) ha affermato molto chiaramente che agli identici risultati – vale a dire la dimostrazione dell'assenza di collegamenti con la criminalità organizzata – «non può non pervenirsi ove sia stata la stessa condotta penitenziaria a consentire di accertare il raggiungimento di uno stadio del percorso rieducativo adeguato al beneficio da conseguire». Poiché, però, la regola presuntiva, collaborazione/assenza di collegamenti con la criminalità organizzata, è ritenuta valida, in caso di mancata collaborazione sarà necessario un accertamento sull'esistenza o meno di collegamenti con la criminalità e quindi sulla sussistenza o meno della sua pericolosità, che dovrà essere compiuto dal giudice. In altre decisioni (cfr. le sentt. nn. 357 del 1994 e 68 del 1995), la Corte chiaramente ha affermato la necessità del controllo del giudice, non risultando di per sé idonei gli indici legislativi previsti.

⁴⁰ *Cons. dir* punto 13, sulla scorta di quanto già sostenuto nelle sentt. 343 del 1987 e 282 del 1989.

e terzo comma e 3 della Costituzione»⁴¹. Questo perché – continua la Corte – «l'uguaglianza di fronte alla pena significa infatti “proporzione” della pena rispetto alle “personali” responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono»⁴².

Alla luce di questi principi, far derivare dalla mancata collaborazione la revoca del beneficio risulta incostituzionale, poiché la conseguenza giuridica è del tutto slegata dalle personali responsabilità del soggetto. Accertato, infatti, che la mancata collaborazione può anche essere incolpevole, la revoca automatica del beneficio si pone in contrasto con il principio generale di proporzione tra la misura e la gravità oggettiva e soggettiva del comportamento, risultando, al contrario, sempre necessario il controllo giurisdizionale sulla concreta e attuale pericolosità del condannato⁴³.

Anche la giurisprudenza successiva, che pure ha avuto il merito di adeguare la disciplina in questione ai principi costituzionali, non ha mai posto in discussione il meccanismo della collaborazione quale chiave di accesso al percorso rieducativo.

Quando, infatti, è ritornata sulla questione, la Corte ha dichiarato che la condizione sufficiente perché il sistema sia conforme a Costituzione è solo quella di subordinare l'accesso alle misure rieducative ad una collaborazione *oggettivamente esigibile*. Su questo presupposto la normativa è stata dichiarata costituzionalmente illegittima solo quando l'accesso ai benefici risultava precluso, perché un'utile collaborazione con la giustizia non era più oggettivamente possibile, sia per la limitata partecipazione al fatto criminoso⁴⁴ sia perché i fatti erano stati completamente accertati con sentenza irrevocabile di condanna⁴⁵.

Altre pronunce hanno cercato di contenere al massimo gli effetti deteriori della disciplina, dichiarando l'incostituzionalità delle preclusioni automatiche che impedivano l'accesso a determinati benefici penitenziari solo, però, per quei detenuti che *avevano già usufruito o avevano maturato i requisiti* per usufruirne prima

⁴¹ *Cons. dir* punto 13 punto 13, in base a quanto già dichiarato nelle precedenti sentt. nn. 50 del 1980 e 203 del 1991.

⁴² Questo è quanto la Corte aveva già affermato nella sentenza n. 299 del 1992.

⁴³ Poiché, però, la Corte riconosce validità empirica alla presunzione che vede nella collaborazione un indice della rottura dei legami con la criminalità organizzata e, pertanto, della fine della pericolosità sociale, in caso di mancata collaborazione sarà in ogni caso necessario un accertamento giudiziale sull'esistenza o meno di collegamenti con la criminalità organizzata e quindi sulla sussistenza o meno della pericolosità del soggetto, non risultando di per sé idonei gli indici legislativi previsti. Solo se questo controllo si conclude con esito positivo, potrà essere disposta la revoca della misura. E ciò è stato ribadito anche nelle successive sentt. nn. 357 del 1994 e 68 del 1995.

⁴⁴ Corte cost. sent. n. 357 del 1994.

⁴⁵ Corte cost. sent. n. 68 del 1995.

dell'entrata in vigore dell'art. 4-*bis*. L'automatismo preclusivo è stato dichiarato, infatti, non conforme al principio rieducativo, *ex art. 27. III co., Cost.*, in quanto, impedendo al magistrato di sorveglianza di effettuare un accertamento in concreto del grado di rieducazione raggiunto dal detenuto, comportava un'ingiustificata interruzione del percorso rieducativo⁴⁶.

Nel momento in cui si scrive il sistema dei reati c.d. ostativi è oggetto di ripensamento ad opera del legislatore. Sembra, pertanto, che, come avvenuto per le misure di sicurezza con la legge Gozzini, anche in ambito penitenziario verrà superato il sistema degli automatismi. È, infatti, attualmente all'esame del parlamento il d.d.l. n. 2798, il quale delega al Governo l'adozione di decreti legislativi per la riforma della disciplina del processo penale e dell'ordinamento penitenziario. L'art. 26 del disegno di legge prevede alla lettera c) l'«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo».

2.3. La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere

Il controllo di costituzionalità sulle presunzioni di pericolosità e sui connessi automatismi applicativi si registra anche in quel lungo filone giurisprudenziale in tema di custodia cautelare obbligatoria in carcere *ex art. 275, III co., secondo periodo, c.p.p.*

Prima di procedere alla sua analisi è, però, indispensabile fare un rapido richiamo al sistema costituzionale di riferimento e al sistema ordinario previsto dal codice di

⁴⁶ Nella sent. n. 504 del 1995 la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma in analisi nella parte in cui precludeva ad un detenuto, che ne aveva già usufruito prima dell'entrata in vigore dell'art. 4-*bis*, la possibilità di concessione di ulteriori permessi premio, in quanto non era in grado di offrire un'utile collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit. Nella sentenza n. 137 del 1999, invece, la Corte ha colpito il meccanismo preclusivo che impediva ai detenuti di accedere ai permessi premio anche se prima dell'entrata in vigore della norma avessero maturato i termini di ammissibilità per la concessione di tale beneficio. La Consulta è intervenuta anche al riguardo del beneficio della semilibertà con la sentenza n. 445 del 1997, nella quale ha ritenuto incostituzionale la preclusione a tale beneficio per quei condannati che, prima della data di entrata in vigore, avevano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non era stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata.

procedura penale, al fine di meglio comprendere la lunga serie di decisioni che si sono succedute in materia.

Il quadro costituzionale di riferimento è composto dai principi dell'inviolabilità della libertà personale, art. 13, I co., Cost., e della presunzione di non colpevolezza, art. 27, II co., Cost., dai quali si deduce che la disciplina delle misure cautelari deve essere ispirata al criterio del «minor sacrificio necessario» della libertà personale, nel senso che essa deve essere contenuta necessariamente entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto⁴⁷. Per il legislatore ciò comporta un duplice vincolo: strutturare il sistema cautelare secondo il modello della pluralità graduata, predisponendo una gamma alternativa di misure con un diverso grado di incidenza sulla libertà personale e prevedere meccanismi “individualizzanti” nel trattamento cautelare, coerenti e adeguati alle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete⁴⁸. E il sistema ordinario stabilito dal codice di procedura penale risulta conforme ai principi costituzionali vigenti in materia.

L'art. 275 c.p.p. sancisce, infatti, i principi: di *proporzionalità* della misura concretamente applicabile all'entità del fatto o alla sanzione che sia stata o si ritenga possa essere applicata⁴⁹ e di *adeguatezza* della misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare in concreto. In base a questi principi, il giudice è tenuto a scegliere la misura meno afflittiva tra quelle idonee a soddisfare le esigenze cautelari e a far ricorso alla custodia cautelare in carcere solo quando ogni altra misura risulti inadeguata⁵⁰.

La discrezionalità del giudice, nella valutazione della sussistenza delle esigenze cautelari e nella scelta della misura restrittiva più adeguata alle esigenze del caso

⁴⁷ Così Corte cost. sent. n. 295 del 2005.

⁴⁸ Corte cost. sent. n. 265 del 2010.

⁴⁹ P. BALDUCCI, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1215, afferma che tale principio, «tra i criteri di scelta delle misure, ha permesso di dare indubbia rilevanza alle circostanze del caso concreto: l'entità del fatto e della sanzione irrogabile consentono infatti di valorizzare anche un grado tenue di intensità del *periculum libertatis* al fine di applicare misure solitamente giustificate soltanto dai livelli massimi di rischio per le esigenze indicate nell'art. 274 c.p.p.».

⁵⁰ E. CRIVELLI, *op. cit.*, 92. Sul punto, infatti, D. ROCCHI, *La trasformazione della presunzione di adeguatezza in tema di custodia cautelare per omicidio volontario*, *www.archiviopenale.it*, 3/2014, 3-4, afferma che «il fulcro del meccanismo di applicazione delle misure cautelari risiede, infatti, nel delicato equilibrio tra la discrezionalità dell'organo giudicante e la necessità di preservare i principi costituzionali di inviolabilità della libertà personale ex art. 13 Cost., da un lato, per il quale è prevista una deroga nei commi 2 e 5, con la detenzione *ante iudicium* ed i conseguenti corollari di tipicità, riserva di legge e di giurisdizione e, dall'altro, di presunzione di non colpevolezza, sancito dall'art. 27, co. 2, Cost., che rappresenta una barriera rispetto ad ogni assimilazione della coercizione cautelare alla pena».

concreto, è stata, però, già all'inizio degli anni '90 messa in discussione da diverse logiche normative di tipo emergenziale⁵¹, in relazione ad alcune fattispecie delittuose di particolare allarme sociale⁵². Dopo una breve parentesi, nella quale si era proceduto ad una mitigazione della disciplina ad opera della legge n. 332 del 1995⁵³, si è nuovamente inasprito il regime della custodia cautelare con il d.l. 23 febbraio 2009 n. 11 (c.d. pacchetto sicurezza), con il quale si è ampliato in modo significativo il catalogo dei reati per i quali è prevista l'applicazione obbligatoria della custodia cautelare in carcere, se sussistono gravi indizi di colpevolezza e non siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari⁵⁴.

Il sistema introdotto dalla novella del 2009 prevedeva due tipi di presunzioni: una relativa, che riguarda le esigenze cautelari («salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari») e una assoluta, di adeguatezza della sola custodia in carcere, riguardo alla misura applicabile. Se, infatti, vi erano gravi indizi e non riusciva a dimostrare l'insussistenza di esigenze cautelari (vale a dire a superare la presunzione relativa), l'unica misura applicabile era la custodia in carcere.

Nei fatti, al sistema ordinario, descritto dalla prima parte dell'articolo, si era affiancato un sistema speciale⁵⁵, che, per particolari tipi di reati, imponeva al giudice, in caso vi fossero gravi indizi, di disporre la misura più rigorosa, senza alcuna alternativa.

⁵¹ In verità un intervento che andava in questa direzione si era avuto già agli inizi degli anni Novanta con il d.l. 13 maggio 1991 n. 152, il quale, introducendo il secondo periodo del terzo comma dell'art. 275 c.p.p., modificò il regime probatorio riguardante la sussistenza delle esigenze cautelari che giustificavano l'applicazione della custodia carceraria per una serie, disomogenea, di illeciti, fra i quali i reati c.d. di mafia.

⁵² L. SCOMPARIN, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, in *Giur. cost.*, 2011, 3730. Questo trova una spiegazione, come mette in rilievo acutamente E. VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Quest. giust.*, 2011, 291, nel fatto che l'automatismo custodiale ha «un impatto ideologico e culturale potente, che si diffonde ben oltre il suo ambito applicativo, incentivando l'impiego della custodia in carcere in una logica punitiva».

⁵³ La legge, infatti, aveva ridotto l'elenco dei reati per i quali veniva esclusa la possibilità di applicare una misura diversa dalla custodia carceraria, circoscrivendo la presunzione di adeguatezza ai delitti di cui all'art. 416-bis c.p. e a quelli commessi «avvalendosi delle condizioni previste» dalla medesima disposizione ovvero «al fine di agevolare» l'attività dell'associazione mafiosa.

⁵⁴ Il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, infatti, ha modificato nuovamente il comma 3 dell'art. 275 c.p.p. introducendo la presunzione di adeguatezza della custodia carceraria per le ipotesi previste dall'art. 51, co. 3-bis e co. 3-quater, e dagli artt. 575, 600-bis, co. 1, 600-ter, escluso il co. 4, e 600-quinquies, c.p. Con la legge n. 94 del 2009 è stato, poi, esteso il regime della custodia obbligatoria in carcere anche alle ipotesi aggravate di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

⁵⁵ Così Corte costituzionale sent. 265 del 2010, che parla di «disciplina derogatoria, costituente vero e proprio regime cautelare speciale di natura eccezionale». La Corte ha espresso tali considerazioni rispetto al sistema antecedente la novella del 1995, ma esse valgono pienamente anche per quello introdotto con il «pacchetto sicurezza» del 2009. Una lucida critica a questo sistema speciale è rappresentata dalle parole

La Corte costituzionale sin da subito è intervenuta ed in pochi anni ha letteralmente smantellato l'impianto della riforma, con una serie di pronunce che hanno colpito le singole ipotesi di custodia cautelare obbligatoria introdotte⁵⁶. Tutte le decisioni sono sorrette dalla medesima esplicita *ratio*, che può essere così sintetizzata: «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»⁵⁷.

Anche la disciplina delle misure cautelari deve ispirarsi al principio "del minor sacrificio necessario", ricavabile – come abbiamo già visto – dalla lettura combinata degli articoli 13, I co., e 27, II co., Cost., in base al quale la compressione della libertà personale deve essere contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto⁵⁸. E ciò viene perseguito mediante la trasformazione della presunzione da assoluta a relativa, vale a dire in una presunzione superabile mediante l'acquisizione di «elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»⁵⁹.

di S. FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in G. SPANGHER-C. SANTORIELLO (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009, 73, il quale afferma che «l'art. 275 nel testo vigente è costellato di presunzioni di adeguatezza, di deroghe a questa e di regole in deroga alle deroghe, che dei criteri generali originariamente segnati si rischia di dover dire più in termini di indicazione tendenziale piuttosto che di effettività». E la spiegazione di tale sistema è illustrata da F. GIUNCHEDI, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia e nuovi equilibri*, in *Giur. it.*, 3/2013, 710-714: «il catalogo, originariamente sorto per fronteggiare determinate forme di criminalità tendenzialmente caratterizzate dalla matrice mafiosa o comunque connotate da una forte caratura criminale del presunto autore, si è via via espanso in considerazione di provvedimenti legislativi – alquanto disomogenei e discutibili in relazione al tipo di intervento – legati vieppiù alla necessità di placare pulsioni della collettività, spesso conseguenza dell'enfaticizzazione mediatica, e talvolta costituenti veri e propri slogan politici, che hanno segnato inesorabilmente la limitazione massima della libertà personale, senza possibilità alcuna di considerare misure che garantirebbero ugualmente di assolvere all'esigenza cautelare individuata nell'ipotesi concreta».

⁵⁶ Oltre alle decisioni richiamate nel testo la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della custodia cautelare obbligatoria in carcere anche per altre ipotesi, con le sentt. nn.: 231 del 2011, per i delitti di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope; 331 del 2011, per il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina; 110 del 2012, per i reati di associazione di cui all'art. 416 c.p. finalizzato alla contraffazione di prodotti industriali e al loro commercio e, infine, n. 232 del 2013 per il reato di violenza sessuale di gruppo *ex 609-octies*.

⁵⁷ Così Corte cost. sent. n. 139 del 2010 *cons. dir.* punto 4.

⁵⁸ M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 3.

⁵⁹ Questa è la formula additiva presente in tutte le decisioni in tema di custodia carceraria obbligatoria.

Come si può facilmente intuire, anche in questo caso il superamento della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria ha comportato il conseguente superamento dell'applicazione automatica della misura. In altri termini, poiché la presunzione di adeguatezza altro non significa se non l'automatica e obbligatoria applicazione della misura nelle ipotesi legislativamente previste, rilevata l'incostituzionalità della presunzione, perde qualsiasi giustificazione l'obbligatorietà e l'automaticità della sua applicazione.

In queste decisioni la Corte costituzionale ricorre al *topos* argomentativo dell'*id quod plerumque accidit* e lo sviluppa ulteriormente. La Consulta, infatti, respinge la questione di legittimità costituzionale solo se ritiene che la presunzione abbia una capacità predittiva adeguata, perché ha un elevato grado di coincidenza con i dati di esperienza generalizzati. Allo stesso tempo, però, cerca di dare maggior rigore a tale formula, valutando (poi vedremo che l'operazione suscita comunque delle perplessità⁶⁰) la corrispondenza fra la previsione legislativa e il substrato fattuale da quest'ultima rappresentato, in termini di "corrispondenza statistica".

Al fine di comprendere tutta la giurisprudenza che si sviluppa, è opportuno partire dall'analisi delle considerazioni con le quali la Corte ha riconosciuto la legittimità della presunzione legislativa della custodia cautelare per il reato di mafia⁶¹, che costituisce il *tertium comparationis* in tutti i giudizi che hanno riguardato le misure contenute nell'art. 275, III co., secondo periodo, c.p.p.⁶². Solo per questa ipotesi, infatti, la Corte ha ritenuto sussistente la corrispondenza ai dati di comune esperienza.

⁶⁰ Vedi *infra* cap. III, par. 3.1.2.

⁶¹ E la Corte costituzionale segue quanto tracciato dalla Corte di Strasburgo, la quale per la prima volta afferma che la custodia carceraria trova la sua giustificazione nelle connotazioni sociologiche di tale reato e risulta l'unica misura cautelare idonea a neutralizzarle. La Corte EDU, II sez., 6 novembre 2003, ric. 60851/00, *Pantano c. Italia*, parr. 69-70, aveva ritenuto giustificabile la disciplina alla luce della «natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso», in quanto la carcerazione «tende a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine», al fine di minimizzare il rischio che continuino a persistere contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali. Su tale scia, la Corte si discosta dagli argomenti utilizzati nel suo precedente in materia, l'ordinanza n. 450 del 1995. In questa decisione aveva affermato, al riguardo dell'individuazione della misura da applicare, che la scelta può «essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto della ragionevolezza [...] e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti». Principio che ha ribadito nelle successive sentt. nn. 130 del 2003 e 40 del 2002. Per un commento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si veda su tutti, G. MANTOVANI, *Dalla Corte europea una legittimazione alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Legisl. pen.*, 2004, 513 ss.

⁶² E. CRIVELLI, *op. cit.*, 96.

La Corte costituzionale nella sentenza n. 265 del 2010 dichiara, infatti, che in queste ipotesi la deroga alla disciplina ordinaria trova la sua ragione nella struttura della fattispecie e nelle sue connotazioni criminologiche. L'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice. Ciò rappresenta una «generale regola d'esperienza sufficientemente condivisa», dalla quale deriva che, per soddisfare l'esigenza cautelare, risulta adeguata «solo la custodia in carcere (non essendo le misure “minori” sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità)»⁶³. In sintesi, la Corte inizialmente rileva la regola di esperienza, supportata dal dato statistico, in base alla quale il fenomeno mafioso è essenzialmente caratterizzato dal forte vincolo fra gli associati e dall'intenso collegamento con il territorio. Secondariamente evidenzia che, proprio in base a tale regola di esperienza, la presunzione di adeguatezza della custodia carceraria è valida, in quanto questa è l'unica misura in grado di neutralizzare i rischi di persistenza dei contatti con l'organizzazione e il territorio. Da ultimo, e in modo del tutto automatico, l'automatismo dell'applicazione della misura supera il controllo di costituzionalità.

Le modalità di giudizio della Corte in tutte le altre decisioni sono quelle che qui abbiamo riportato. E l'aspetto interessante di queste decisioni – come già ricordato – risiede nella maggiore pervasività che acquista la valutazione della “corrispondenza statistica”, in quanto la Corte sempre più approfonditamente indaga le basi razionali delle singole ipotesi di custodia cautelare in carcere⁶⁴, come emergerà da quanto ci apprestiamo a riportare.

⁶³ *Cons. dir.* punto 10. E ancora, nella sentenza n. 231 del 2011: sono il «dato empirico sociologico», le «peculiari connotazioni» fattuali, inglobate nella disciplina, che «forniscono una congrua base statistica alla presunzione considerata». Il sodalizio criminoso di stampo mafioso, infatti, «sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre [...] una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale» (*Cons. dir.* punto 4.1).

⁶⁴ In forza di ciò, L. SCOMPARIN, *op. cit.*, 3734 ha sostenuto, in senso critico, che portando «alle logiche conseguenze l'affermazione sulle connotazioni statistiche [...] i giudici costituzionali avrebbero dovuto escludere la coerenza di ogni presunzione in materia, e dunque anche di una presunzione soltanto relativa di adeguatezza della custodia carceraria».

Nella stessa sentenza n. 265 del 2010⁶⁵ le regole di valutazione, elaborate con specifico riguardo alla custodia cautelare per il reato di mafia, vengono applicate e conducono ad un esito differente per la diversa ipotesi della custodia obbligatoria in carcere per alcuni reati sessuali⁶⁶.

A questi reati, infatti, è sottesa una regola di esperienza differente rispetto a quella dei reati di mafia, la quale prevede che «i fatti concreti, riferibili alle fattispecie in questione [...] non solo presentano disvalori nettamente differenziabili, ma anche e soprattutto possono proporre esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con diverse misure». I fatti presi in considerazione dalla disposizione incriminatrice «possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura». Inoltre, quando si manifestano «all'interno di specifici contesti (ad esempio, quello familiare o scolastico o di particolari comunità)», le esigenze cautelari possono trovare risposta in quelle misure diverse dalla custodia carceraria, che prevedono l'«esclusione coatta in vario modo e misura dal contesto medesimo»⁶⁷.

⁶⁵ Sulla quale, fra i tanti, si vedano almeno G. SPANGHER, *La «neutralizzazione» della pericolosità sociale. Prime riflessioni*, *Giust. pen.*, 2010, I, 407 ss.; P. TONINI, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, *Dir. pen. proc.*, 2010, 949 ss.

⁶⁶ La Consulta ha dichiarato, infatti, l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p. «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». Vale a dire, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo nella parte in cui prevedeva una presunzione assoluta, anziché relativa, per i reati di induzione alla prostituzione minorile o di favoreggiamento o sfruttamento della stessa, di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenni.

⁶⁷ Corte cost. sent. n. 265 del 2010 *cons. dir.* punto 10. Tali conclusioni hanno trovato ulteriore sviluppo nella sentenza n. 164 del 2011 (a commento della decisione si veda G. LEO, *Sulle presunzioni di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 957 ss.; P. BALDUCCI, *op. cit.*, e A. MARANDOLA, *Omicidio volontario e inadeguatezza della (obbligata) custodia in carcere*, in *Studium Iuris*, 2012, 286 ss.), la quale si caratterizza «per lo spazio motivazionale che viene assegnato a quei profili, [...] sullo sfondo della precedente declaratoria, le cui caratteristiche potrebbero fornire un'adeguata base statistica per giustificare una presunzione assoluta in materia cautelare» (L. SCOMPARIN, *op. cit.*, 3735). In questa decisione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 275 c.p.p. nella parte in cui prevedeva una presunzione assoluta anche per il delitto di omicidio volontario. Anche in questo caso, la Corte rileva che la presunzione assoluta non risponde ad un dato di esperienza generalizzato e, pertanto, per tale figura si riscontra la «carezza di una adeguata “base statistica”». La Consulta mette in evidenza che il reato in questione non implica o presuppone «necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità [...] per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice». Al contrario, esso «può bene essere, e sovente è, un fatto meramente individuale, che trova la sua matrice in pulsioni occasionali o passionali», anche se – continua la Corte – i fattori emotivi scatenanti possono risultare correlati a speciali contingenze o a tensioni maturate in tempi più o meno lunghi in specifici contesti, quale quello familiare o socio-economico. In forza di tali rilievi «in un numero tutt'altro che

La Consulta si spinge ancora più a fondo nell'utilizzo dei dati di esperienza nella n. 213 del 2013, con la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della custodia cautelare obbligatoria per il reato di sequestro di persona.

La Corte in questa occasione riporta l'evoluzione del delitto in questione ed osserva che, attualmente, numerosi sono i casi nei quali i fatti riconducibili al modello legale sono molto diversi da quelli efferati, compiuti dalla criminalità organizzata e con richieste di riscatto molto elevate, che avevano spinto il legislatore ad inasprire la risposta normativa negli anni 1974-1980⁶⁸. Spesso può, addirittura, mancare il necessario collegamento dell'agente con una struttura associativa permanente e neppure si può escludere che il sequestro sia frutto di una iniziativa meramente individuale. E, inoltre, come la generalità dei casi dimostra, il sequestro ascrivibile ad una pluralità di persone può comunque mantenere un carattere puramente episodico ed occasionale. In sostanza, conclude la Corte, la fattispecie criminosa può assumere le più disparate connotazioni concrete e ciò vale ad escludere che la presunzione assoluta di adeguatezza possa ritenersi sorretta da una congrua base statistica.

Un'attenzione particolare meritano le due sentenze che ora passiamo in rassegna, le quali, muovendosi nell'ambito dello stesso modulo argomentativo, ed anzi proprio grazie ad esso, dichiarano l'incostituzionalità di due ipotesi di custodia cautelare in carcere. La decisione sono interessanti perché incidono su un terreno liminare a quello della custodia per reati di mafia e rendono ancora più evidente il modo con cui la Corte utilizza l'argomento della congruenza alle basi statistiche.

Nella prima di queste due pronunce, la sentenza n. 57 del 2013⁶⁹, la Corte dichiara l'incostituzionalità della custodia cautelare obbligatoria per delitti commessi avvalendosi del metodo mafioso o al fine di agevolare le attività delle associazioni

marginale di casi», le esigenze cautelari troverebbero risposta anche in misure diverse da quella carceraria, che «valgano a neutralizzare il “fattore scatenante” o ad impedirne la riproposizione». Anche nei casi in cui i fatti sono legati a particolari contesti, sono presenti altre misure idonee ad «operare una forzosa separazione» dell'indagato o dell'imputato.

⁶⁸ Come ricorda la stessa Corte (*cons. dir.* punto 5), questi ultimi, infatti, hanno fatto registrare una marcata flessione a partire dalla seconda metà degli anni '80. Sono altri gli episodi, marcatamente dissimili sul piano criminologico e del tasso di disvalore, che oggi hanno assunto rilievo. Questi si caratterizzano essenzialmente «per la marcata “occasionalità” dell'iniziativa delittuosa».

⁶⁹ Sulla quale si vedano, fra i tanti, R. ADORNO, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare “obbligatorio”: cade la presunzione assoluta anche per i reati di “contesto mafioso”*, in *Giur. cost.*, 2013, 2408 ss.; G. LEO, *Illegittima la previsione della custodia “obbligatoria” in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013 e, infine, N.E. LA ROCCA, *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in *www.archiviopenale.it*, 2013.

previste dall'art. 416-bis. Queste fattispecie – rileva la Consulta – si collocano nel contesto mafioso, ma non ne presuppongono necessariamente l'«appartenenza» poiché è possibile che l'autore di tali delitti sia estraneo ad un'associazione di tipo mafioso. Tale evidenza empirica fa venir meno il fondamento giustificativo della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. Il semplice impiego del metodo mafioso o il tenere condotte che agevolino le attività delle associazioni mafiose – continua la Corte – non è equiparabile alla partecipazione all'associazione. Ciò depone a sfavore della presunzione assoluta di idoneità, in quanto è solo alla partecipazione che è collegato «il dato empirico, ripetutamente constatato, della inidoneità del processo, e delle stesse misure cautelari, a recidere il vincolo associativo e a far venir meno la connessa attività collaborativa».

La presa d'atto che il mero «contesto mafioso», in cui si colloca la condotta criminosa addebitata all'indiziato, non basta ad offrire una congrua “base statistica” alla presunzione sorregge anche la sentenza n. 48 del 2015⁷⁰, nella quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, c.p.p., nella parte in cui prevedeva la custodia cautelare obbligatoria in carcere anche per il soggetto indiziato di concorso esterno in associazione mafiosa. La Consulta rileva, infatti, che per il concorrente esterno non è «in nessun caso ravvisabile quel vincolo di “adesione permanente” al gruppo criminale che [...] è in grado di legittimare, sul piano “empirico-sociologico”, il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria, quale unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente delinquenziale di appartenenza e a neutralizzarne la pericolosità»⁷¹.

Anche in questa materia i numerosi interventi della Consulta, secondo uno schema che, come abbiamo visto nelle pagine precedenti, si ripete, hanno imposto nei confronti del legislatore la necessità di intervenire, per riscrivere la materia. È infatti entrata in vigore da poco la legge n. 47 del 2015 che, fra le altre misure, ha riscritto il secondo periodo del terzo comma dell'art. 275 c.p.p. secondo le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale.

La nuova norma prevede la presunzione di adeguatezza assoluta della custodia

⁷⁰ Sulla quale si vedano i commenti di G. LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015 e P. GIORDANO, *Privilegiato il modello di custodia a “pluralità graduata”*, in *Guida al diritto*, 17/2015, 77 ss.

⁷¹ *Cons. dir.* punto 7.

cautelare in carcere per i soli reati di mafia (art. 416-*bis* c.p.), associazione sovversiva (art. 270 c.p.) e associazione con finalità di terrorismo anche internazionale e di sovversione dell'ordine democratico (art. 270-*bis* c.p.). Per i reati in precedenza contemplati, su molti dei quali la Consulta era intervenuta, è venuta meno, quindi, la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere, essendo stato previsto che questa possa essere applicata solo se, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari non possano essere soddisfatte con altre misure⁷².

2.4. Presunzioni di pericolosità e fenomeno dell'immigrazione irregolare

Sempre sulla spinta dell'emergenza, l'area della presunzione di pericolosità sociale si è estesa anche al campo del contrasto dell'immigrazione irregolare e alle questioni di sicurezza pubblica (ritenute) ad essa connesse⁷³. E ciò, come spesso accade quando

⁷² Così infatti statuisce l'art. 4, I co., della legge: «Il secondo periodo del comma 3 dell'articolo 275 del codice di procedura penale è sostituito dai seguenti: «Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-*bis* e 416-*bis* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Salvo quanto previsto dal secondo periodo del presente comma, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, del presente codice nonché in ordine ai delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, escluso il quarto comma, 600-*quinqies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti contemplate, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies* del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure». Per un inquadramento generale della legge si vedano: G. SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015; P. BORRELLI, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, *ivi*; E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (D.d.l. 1232b)*, in www.archiviopenale.it, 2015.

⁷³ C. SALAZAR, *Leggi statali, leggi regionali e politiche per gli immigrati*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2010, IV, 3239, parla di «processo di fagocitazione delle politiche nazionali sull'immigrazione in quelle sulla sicurezza», che hanno avuto come momento culminante l'introduzione dell'aggravante della clandestinità (introdotta al numero 11-*bis* dell'art. 61, c.p., dall'art. 1, lett. f), d.l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito con modificazioni in l. 24 luglio 2008, n. 125 e dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 249 del 2010) e del reato di immigrazione clandestina (all'art. 10-*bis* TUIM, introdotto dall'art. 1 della legge 15 luglio 2009 n. 94 e sul quale la Corte si è pronunciata per l'inammissibilità e l'infondatezza delle questioni, con la sentenza n. 250 del 2010). Bisogna mettere in evidenza, però, che nel momento in cui si scrive è in attesa di attuazione la legge di delega n. 67 del 2014, che all'art. 2, co. III, let. b), che così statuisce: «abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previsto dall'articolo 10-*bis* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia». La letteratura sull'aggravante della clandestinità e sul reato di immigrazione clandestina è molto vasta, oltre alla appena citata opera di C. SALAZAR, si veda, almeno, M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2010, 147 ss. e, anche per ulteriori richiami bibliografici, T. GUARNIER, *Su di un caso di certiorari. Riflessioni critiche sul sindacato costituzionale del c.d. reato di immigrazione clandestina*, in *Dir. soc.*,

vengono introdotte le presunzioni di pericolosità, ha comportato la previsione di una serie di automatismi, sia applicativi sia ostativi, che in più di un'occasione sono stati oggetto del controllo di costituzionalità.

Prima di analizzare la giurisprudenza costituzionale sul punto è necessario, però, fare un breve cenno all'evoluzione normativa in questo settore⁷⁴.

Nella formulazione originaria del testo unico sull'immigrazione (d.lgs. n. 286 del 1998) era consentito, sia al giudice sia alla pubblica amministrazione, di valutare in concreto la pericolosità sociale del soggetto al fine di disporre l'allontanamento (nel caso del giudice) o negare la permanenza nel territorio allo straniero (nel caso della pubblica amministrazione)⁷⁵. Con la legge n. 189 del 2002 (c.d. Bossi-Fini), invece, il quadro è visibilmente mutato e centrale nella disciplina è divenuto il meccanismo dell'automatismo espulsivo⁷⁶. Alla possibilità, originariamente prevista, della misura di sicurezza dell'espulsione, comminata dal giudice quando il soggetto era ritenuto pericoloso, è stata, infatti, affiancata un'ipotesi di espulsione amministrativa da

2011, 247 ss. Sulle ripercussioni che, invece, l'utilizzo del modello securitario in materia di immigrazione ha sull'universo carcerario si vedano M. RUOTOLO, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso*, in *Dir. soc.*, 2012, 569 ss e P. GONNELLA, *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, Napoli, 2014. Sempre T. GUARNIER, *op. ult. cit.*, in merito alle politiche migratorie, molto lucidamente rileva la tendenza del legislatore «a concepire l'intervento statale circa il fenomeno migratorio soprattutto in termini di contenimento, di gestione dei flussi, di previsione dei requisiti per la concessione di carte e permessi di soggiorno e di sanzione per i comportamenti trasgressivi degli stessi, trascurando per di più l'altro lato di quel fenomeno: quella della tutela di situazione e di rapporti giuridici particolarmente deboli, tanto per la spesso problematica situazione di fatto in cui la maggior parte dei migranti versa, quanto per la peculiarità tutta giuridica della disciplina di molte delle relazioni che li vedono coinvolti» (p. 248). Più in generale sul rapporto fra politiche emergenziali e tutela dei diritti fondamentali si veda S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009.

⁷⁴ Per una esaustiva e sintetica ricostruzione dell'evoluzione della disciplina si veda C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in AA.VV., *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 2012, 28-40.

⁷⁵ Così M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XV, 3/2013, 41, il quale scrive che «al giudice penale spettava l'espulsione *post delictum*; all'amministrazione, invece, l'espulsione in funzione di prevenzione *ante o preter delictum*, [ma] in nessuna delle due ipotesi, l'automatismo espulsivo era ammesso»; nello stesso senso anche C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, cit., 29. Il TUIM ha, infatti, confermato l'abrogazione, già avvenuta ad opera della legge n. 40 del 1998, dell'art. 7 del d.l. n. 416 del 1989, il quale prevedeva l'espulsione automatica da territorio dello Stato in una serie di ipotesi. Su tale disciplina si è pure pronunciata la Corte costituzionale, rigettando la questione con la sentenza n. 353 del 1997, in quanto riteneva necessaria – come già affermato nella sentenza n. 129 del 1995 – la valutazione di pericolosità sociale soltanto per la misura di sicurezza.

⁷⁶ Sul modello securitario di tale legge si veda, almeno, A. ALGOSTINO, *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della fortezza*, in *Dir. pubbl. comp. ed eu.*, 2003, 639-640.

applicarsi in modo automatico e che, peraltro, coincide in larga parte con l'ambito di applicazione della disciplina della misura di sicurezza appena richiamata⁷⁷.

In base al meccanismo così introdotto, viene previsto che, in caso di condanna penale, allo straniero regolarmente soggiornante sul territorio sia automaticamente revocato il permesso di soggiorno e, in conseguenza di ciò, altrettanto automaticamente, comminata l'espulsione⁷⁸.

Oltre a tali automatismi applicativi, le varie leggi di regolarizzazione hanno previsto diverse ipotesi di automatismi ostativi, che imponevano il rigetto automatico della domanda di regolarizzazione, presentata dai lavoratori stranieri che avessero riportato una condanna penale.

Prima che la disciplina venisse profondamente modificata dalla legge Bossi-Fini, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 58 del 1995, aveva dichiarato incostituzionale il meccanismo presuntivo previsto a carico dello straniero nel testo unico in materia di stupefacenti (D.P.R. n. 309 del 1990). In questa decisione il giudice delle leggi, seguendo la giurisprudenza in tema di misure di sicurezza, aveva confermato la necessarietà dell'accertamento giudiziale sulla pericolosità sociale anche dello straniero che aveva subito una condanna penale⁷⁹. La disciplina censurata, infatti, non conteneva «altro presupposto legale, per la determinazione presuntiva della pericolosità sociale del soggetto, che il fatto della condizione di straniero del condannato»⁸⁰.

Della decisione merita particolare attenzione un passaggio nel quale, mettendo in evidenza le conseguenze irragionevoli di tale presunzione, la Corte ha modo di

⁷⁷ Sul punto si veda ancora M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, cit., 43.

⁷⁸ L'art. 13, co. II, let. b) TUIM, prevede, infatti, che «l'espulsione è disposta dal prefetto, caso per caso, [...] quando il permesso di soggiorno è stato revocato o annullato o rifiutato» e il permesso di soggiorno, ai sensi dell'art. 5, V co., TUIM «è revocato quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato», i quali sono sanciti dall'art. 4, III co, TUIM, che, per ciò che qui interessa, statuisce che «non è ammesso in Italia lo straniero [...] che risulti condannato per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite [e, infine, per i] reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale».

⁷⁹ E specificamente, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 86, co. 1, del D.P.R. n. 309 del 1990 nella parte in cui obbligava il giudice ad emettere, contestualmente alla condanna per reati in materia di stupefacenti, l'ordine di espulsione dallo Stato eseguibile a pena espiata. Anche in considerazione del fatto che ciò precludeva al giudice di merito la possibilità di concedere la sospensione condizionale della pena inflitta, pur in quelle ipotesi nelle quali sussistevano le condizioni soggettive e oggettive per beneficiare di tale misura.

⁸⁰ *Cons. dir.* punto 3.

affermare che la comminazione dell'espulsione, senza la valutazione del giudice, frapponesse «ingiustificati ostacoli, non soltanto alla libertà personale, ma anche alle possibilità di sviluppo della personalità del condannato in vista dell'eventuale superamento della sua condizione come soggetto socialmente pericoloso»⁸¹.

Tale decisione, però, rimane un precedente isolato e nella sentenza n. 148 del 2008⁸² la Corte arriva ad un esito completamente opposto grazie alla diversa qualificazione giuridica data alla misura. Come si legge nella decisione, infatti, il «rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, previsto dalle disposizioni in oggetto, non costituisce sanzione penale, sicché il legislatore ben può stabilirlo per fatti che, sotto il profilo penale, hanno una diversa gravità, valutandolo misura idonea alla realizzazione dell'interesse pubblico alla sicurezza e tranquillità, anche se ai fini penali i fatti stessi hanno ricevuto una diversa valutazione»⁸³.

La Corte, pertanto, non solo giustifica l'espulsione amministrativa, nonostante sia funzionalmente equivalente alla misura di sicurezza dell'espulsione, sulla base della sua natura amministrativa e non penale, ma arriva addirittura ad affermare che essa è «un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione

⁸¹ *Cons. dir.* punto 3.

⁸² Il *dictum* della sentenza n. 148 del 2008 è assolutamente in linea con l'atteggiamento deferente verso le scelte legislative in materia di regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale, secondo l'assunto, espresso nella sentenza n. 62 del 1994, e ripreso costantemente, che tale "materia" «è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli». Cfr., oltre a quelle richiamate nel testo, le decisioni nn. 146 del 2002, 9 del 2005, 463 del 2005, 158 e 414 del 2006, 44 e 218 del 2007.

⁸³ La Consulta arriva a tale conclusione premettendo che «non sia manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione di reati di non scarso rilievo». Prima di tale decisione la Corte si è pronunciata sulla disciplina della sanatoria in due occasioni: la sentenza n. 78 del 2005 (sulla quale si veda *infra*) e nella sentenza n. 206 del 2006. In quest'ultima decisione il giudice delle leggi è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma che escludeva dalla procedura di regolarizzazione i lavoratori che fossero risultati destinatari di un provvedimento di espulsione con accompagnamento coatto alla frontiera. La norma, però, non è stata ritenuta incostituzionale, in quanto l'automatismo da essa previsto non era manifestamente irragionevole, poiché il suo presupposto, vale a dire l'accompagnamento alla frontiera, «non era correlato a lievi irregolarità amministrative ma alla situazione di coloro che avessero già dimostrato la pervicace volontà di rimanere in Italia in una posizione di irregolarità tale da sottrarli ad ogni normale controllo o di coloro che tale volontà lasciassero presumere all'esito di una valutazione dei singoli casi condotta sulla base di specifici elementi (sottrazione ai controlli di frontiera e mancanza di un documento d'identità)». Per un quadro unitario di queste decisioni e per i punti di contatto con la sentenza n. 172 del 2012, di cui fra breve pure daremo conto nel testo, si veda N. VETTORI, *Pericolosità sociale, automatismi ostativi e diritti dello straniero: un'importante evoluzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro amm. CdS*, 2012, 2488 ss.

e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa»⁸⁴.

A seguito di tale orientamento della giurisprudenza costituzionale si è delineato un meccanismo perverso, in base al quale lo straniero, che ha subito una condanna penale, viene in ogni caso allontanato dal territorio dello Stato, a prescindere da qualsiasi valutazione sulla sua concreta pericolosità sociale. Nel caso, infatti, in cui il giudice non dovesse ritenere esistente la pericolosità sociale del soggetto e, pertanto, non dovesse comminare la misura di sicurezza dell'espulsione, a tale esito si arriverebbe ugualmente in fase amministrativa di rinnovo del permesso di soggiorno⁸⁵.

Come è stato acutamente affermato, «i limiti di questo approccio formalistico sono evidenti», in quanto «tutte le misure di prevenzione *post delictum* esistenti nell'ordinamento sono configurate come misure penali di sicurezza, ad eccezione dell'automatismo espulsivo, con conseguenze dirompenti: solo in quest'ultimo caso vengono cancellate le garanzie (divieto di presunzioni di pericolosità, competenza giudiziale, contraddittorio) previste dagli artt. 199 e ss. del codice penale»⁸⁶.

Il sistema, così delineato, toglie qualsiasi consistenza pratica alla valutazione di (non) pericolosità espressa dalla magistratura e assume una valenza profondamente discriminatoria, tanto che, davvero, la normativa – come è stato causticamente sostenuto – sembra rispondere unicamente alla logica del “purché se ne vadano”⁸⁷.

Oltre che sotto il profilo della ingiustificata disparità di trattamento e della irragionevolezza intrinseca della presunzione di pericolosità⁸⁸, la decisione della Corte è

⁸⁴ La Corte riporta quanto già affermato nell'ord. n. 146 del 2002. Sul punto si vedano le lucide riflessioni di M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, cit., 45 ss e ID., *Le libertà degli altri. La regolarizzazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, 289 *sub* nota 194.

⁸⁵ Mette in evidenza M. SAVINO, *Le libertà degli altri*, cit., 287, di come «accade spesso – come in effetti era accaduto ai due extracomunitari ricorrenti nei giudizi principali – che la revoca automatica del permesso di soggiorno riguardi rei stranieri che hanno ottenuto la sospensione della loro pena, beneficio che può essere concesso soltanto se, avuto riguardo alla gravità del reato, “il giudice presume che il colpevole si asterrà dal commettere nuovi reati”. In simili casi, la valutazione di pericolosità formulata in astratto dalla legge finisce per contraddire quella effettuata in concreto dal giudice».

⁸⁶ Ancora M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, cit., 47.

⁸⁷ A. PUGIOTTO, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2009.

⁸⁸ In questo senso M. SAVINO, *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, cit., 45 ss. e 53, il quale mette acutamente in evidenza che se una misura, sia essa penale o amministrativa, ha la finalità di prevenire la commissione di nuovi reati, l'accertamento in concreto della pericolosità è sempre necessario «poiché non si può escludere che tra la commissione dell'ultimo fatto di reato e la decisione di espulsione “intervengano circostanze comportanti il venir meno o una rilevante attenuazione della minaccia che il comportamento della persona colpita dal provvedimento di espulsione costituirebbe per l'ordine

criticabile in base ad un ulteriore argomento, desumibile dalla stessa giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi.

Come abbiamo visto, la Consulta ha salvato dall'incostituzionalità la normativa, facendo leva sulla natura amministrativa della misura. In questo modo ha potuto affermare la conformità a Costituzione dell'automatismo, in quanto espressione del principio di legalità, al quale l'azione della pubblica amministrazione deve sempre conformarsi.

Il ragionamento della Corte sembra, pertanto, lasciar presupporre che il suo controllo sulle ipotesi di automatismi applicativi di natura amministrativa possa essere – almeno in questo campo – meno penetrante a causa dello scudo rappresentato dal principio di legalità.

Questa presa di posizione trova una smentita se si guarda ad alcune pronunce di costituzionalità in tema di rigide previsioni di legge, che in più di una occasione sono state dichiarate incostituzionali, poiché, annullando la discrezionalità del soggetto chiamato ad applicare la norma, determinavano una compressione di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela⁸⁹.

Il riferimento è alla giurisprudenza costituzionale sulla sanzione disciplinare dell'automatica destituzione d'ufficio a seguito di una condanna penale⁹⁰, la quale si basa su tale assunto: l'ordinamento impone la necessità di adeguare la misura sanzionatoria anche se di carattere amministrativo, la quale, pertanto, deve rispondere ai principi di proporzione e di adeguatezza rispetto al caso concreto⁹¹.

Tutte le misure che comportano una compressione dei diritti costituzionalmente garantiti, pertanto, anche se di natura amministrativa, perché e solo in quanto sanzioni, sono equiparabili alle sanzioni di natura penale, almeno per quanto riguarda i profili di costituzionalità⁹². Ciò che in altri termini viene affermato in questo filone

pubblico”». A sostegno di quanto sostenuto l'Autore richiama un passo della sentenza della Corte giust., cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Orfanopoulos*, punto 78.

⁸⁹ La figura della delega di bilanciamento (sulla quale si veda *infra*) non è, infatti, una categoria che ha riguardato i poteri del solo giudice ordinario, come chiaramente risulta da una serie di pronunce di incostituzionalità che hanno riconosciuto un ampliamento dei poteri valutativi del soggetto applicatore della norma.

⁹⁰ Sulla quale *infra*, par. 3.

⁹¹ Nella sentenza n. 270 del 1986, infatti, la Corte, pur rigettando la questione, ha chiaramente affermato che «l'ordinamento appare vieppiù tendenziale, oggi, verso la esclusione di sanzioni rigide, non graduate – cioè – in rapporto al caso concreto».

⁹² E continua la Corte, «tutto ciò, in adempimento del principio di uguaglianza, non può impingere nella mera area punitiva penale bensì incide largamente anche nel campo amministrativo (sentenze n. 95 del

giurisprudenziale è che, a prescindere dall'inquadramento formale della misura (amministrativa o penale) e del soggetto che è chiamato ad applicarla (giudice o pubblica amministrazione) quando questa assume la connotazione sostanziale della sanzione, vale a dire la risposta punitiva dello Stato verso un comportamento o una situazione *contra ius*, deve essere data la possibilità all'organo applicatore di modulare i suoi effetti rispetto alle caratteristiche del caso concreto.

E ciò non può non valere anche per la misura amministrativa dell'espulsione, la cui afflittività, e cioè il suo rientrare, anche se latamente, nel terreno delle sanzioni, è dimostrato proprio dalla sua sovrapposibilità con una misura dalla chiara marca penale, quale la misura di sicurezza dell'espulsione⁹³.

Sempre alla luce di questa giurisprudenza emerge, poi, il motivo di fondo che ha spinto la Corte a salvare la normativa dall'incostituzionalità: le ragioni di sicurezza pubblica. E del resto il giudice delle leggi si è sempre dimostrato deferente rispetto alle scelte legislative, basando tale *self-restraint* sul preciso assunto che tale "materia" «è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico...»⁹⁴. A quanto ci consta, infatti, quando si è avuto il rigetto della questione di costituzionalità in materia di destituzione automatica, la Corte ha eretto a motivo fondante proprio «l'interesse collettivo attinente alla sicurezza pubblica»⁹⁵ che porta ad escludere la violazione dei principi di cui all'art. 3 Cost., vale a dire l'interesse del singolo alla graduazione della sanzione.

Anche se, a dire il vero, un'apertura molto importante, seppur parziale, è stata compiuta dalla Corte con due successive sentenze nn. 172 del 2012 e 202 del 2013⁹⁶.

1967 e n. 50 del 1980)», *cons. dir.* punto 4.b. E da ultimo è stato ribadito dalla sentenza n. 98 del 2015, *cons. dir.* punto 2.3, in cui la Corte espressamente afferma che il carattere di «automatismo e non gradualità» è «non poco contrastante con i principi di proporzionalità e di adeguatezza che devono, in linea generale, essere osservati anche nella disciplina delle sanzioni amministrative».

⁹³ E, inoltre, tale argomentazione distorce la natura del principio di legalità, il quale, negli ordinamenti liberal-democratici «opera sempre in funzione di tutela del singolo, proteggendo il suo spazio di libertà da indebite ingerenze dell'autorità pubblica, ovvero delimitando la discrezionalità delle istituzioni quando il godimento di diritti o la realizzazione di interessi dipenda da un comportamento attivo dei pubblici poteri», così A. CARMINATI, *Non sempre l'esperienza insegna: "vecchi" problemi di illegittimità nella nuova "sanatoria" dei lavoratori immigrati irregolari*, in *www.rivistaaic.it*, 2012, 16.

⁹⁴ Così Corte costituzionale sentenza n. 62 del 1994, *cons. dir.* punto 4.

⁹⁵ Corte costituzionale sent. n. 112 del 2014, *cons. dir.* punto 2.2.

⁹⁶ Secondo R. CHIERCHI, *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2013, 9 e 4, queste due sentenze, insieme alla 245 del 2011, segnerebbero la fine dell'approccio deferente della Corte costituzionale verso le norme direttamente connesse all'interesse alla regolarizzazione e al controllo dei flussi migratori. Presupposto di tale affermazione è la constatazione da parte dell'Autore che la giurisprudenza costituzionale sulle norme

Nella prima delle due decisioni è stata dichiarata l'incostituzionalità della norma sul divieto di regolarizzazione dei rei stranieri (sancita dall'art. 1-ter, co. 13, lett. c), del d.l. n. 78 del 2009, come convertito con modifiche, dalla legge n. 102 del 2009), nella parte in cui stabiliva il rigetto automatico dell'istanza di regolarizzazione in caso di condanna per i reati per i quali l'art. 381 c.p.p. prevede l'arresto facoltativo in flagranza.

La Corte, innanzitutto, ricorda che le presunzioni assolute, per essere conformi al principio di ragionevolezza, devono rispondere a dati di esperienza generalizzati riassumibili nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. Circostanza, questa, che non necessariamente è riscontrabile nel caso al suo esame, vale a dire per i reati di cui all'art. 381 c.p.p., poiché non necessariamente sono sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi. Ciò, come risulta dall'analisi fin qui svolta, rappresenta una costante nelle dichiarazioni di incostituzionalità sugli automatismi che si basano su presunzioni assolute di pericolosità. Tale affermazione, però, ha tutt'altra valenza rispetto allo specifico tema dell'immigrazione. Come ha messo in luce attenta dottrina, infatti, la specifica valutazione della pericolosità sociale dell'immigrato era stata effettuata solo nel caso dell'espulsione giudiziale, nella ricordata sentenza n. 58 del 1995, e «non era stata ritenuta necessaria nell'ambito dei procedimenti amministrativi di rilascio dei permessi e delle espulsioni prefettizie»⁹⁷.

Ma il giudice di costituzionalità si spinge ancora oltre⁹⁸ e afferma che negare ogni potere di valutazione, per ipotesi per le quali «sia agevole ipotizzare, ed accertare, l'esistenza di situazioni contrarie alla generalizzazione posta a base della presunzione assoluta che fonda l'automatismo», rischia – ed ecco il secondo profilo di incostituzionalità – di pregiudicare gli interessi di soggetti terzi ai quali il lavoratore

relative allo straniero rivela una duplice tendenza: «quando il giudizio ha ad oggetto norme legislative che non sono direttamente connesse all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori, la Consulta esercita un controllo penetrante sulla legittimità costituzionale delle norme sfavorevoli agli stranieri; quando invece le norme oggetto del giudizio sono connesse all'interesse alla regolazione e al controllo dei flussi migratori, lo scrutinio di legittimità costituzionale tende a essere deferente, a garanzia della discrezionalità del legislatore». Tendenza che ha subito un «processo di erosione nei giudizi in cui si lamenta la violazione della libertà personale, del diritto di difesa (in misura meno pregnante) e, altresì, in alcune sentenze in cui il giudice *a quo* lamentava la lesione di diritti fondamentali protetti non solo dalla Costituzione ma anche dalla Cedu».

⁹⁷ Così A. CARMINATI, *op. cit.*, 16.

⁹⁸ Sul punto fa notare N. VETTORI, *op. cit.*, 96, per la prima volta, rispetto alla giurisprudenza in materia, in questa occasione la Corte non arresta il suo giudizio al profilo estrinseco attinente all'attendibilità dell'indice di pericolosità sociale previsto dalla legge, ma scende a valutare il rapporto sostanziale regolato dalla norma; vale a dire: i diritti dello straniero e le esigenze di cura del datore di lavoro. Argomenti, questi, che secondo A. CARMINATI, *op. cit.*, 15, hanno lo scopo di suffragare l'intervento ablativo che ha spinto la Corte «sul confine dell'area delle scelte propriamente politiche».

extracomunitario in attesa di regolarizzazione prestava attività di assistenza, in ragione del «peculiare e forte legame» che si viene a creare se tale attività sia stata svolta per un tempo apprezzabile.

Tutto ciò porta alla dichiarazione di incostituzionalità della norma per contrasto con l'art. 3 Cost., «nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto dell'istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati per i quali l'art. 381 cod. proc. pen. permette l'arresto facoltativo in flagranza, senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato»⁹⁹.

Di particolare rilievo è la sentenza n. 202 del 2013¹⁰⁰, nella quale la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell' art. 5, V co., del TUIM nella parte in cui non permetteva la valutazione discrezionale della pubblica amministrazione nell'adozione del provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo anche nei casi in cui lo straniero avesse legami familiari sul territorio italiano. La norma impugnata, infatti, prevedendo la possibilità della valutazione discrezionale della pubblica amministrazione solo nei casi in cui lo straniero aveva esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o nel caso fosse titolare del permesso di soggiorno di lungo periodo, escludeva tale possibilità in tutti gli altri casi che, pur in mancanza del requisito formale legislativamente richiesto, erano a quelli sostanzialmente assimilabili.

Come risulta evidente da quanto appena scritto, in questa occasione si è colpito solo indirettamente l'automatismo, in quanto oggetto della questione non è stato quest'ultimo, ma le norme che vi derogavano. Il giudice rimettente, infatti, ha chiesto alla Corte di estendere l'ambito di applicazione di tali deroghe a beneficio di coloro che si trovavano in una situazione simile sul piano fattuale¹⁰¹.

A tale scelta è sottesa una vicenda tutta interna alla giustizia amministrativa, la quale, preso atto della chiusura della Corte costituzionale sugli automatismi espulsivi, ha cominciato a propugnare un'interpretazione convenzionalmente conforme, con il

⁹⁹ La Corte costituzionale ha, invece, fatto salvi gli automatismi nei casi in cui il soggetto in attesa di regolarizzazione avesse commesso un reato per il quale l'art. 380 c.p.p. prevede l'arresto obbligatorio in flagranza.

¹⁰⁰ Sulla quale oltre alle altre opere citate si veda G. SIRIANI, *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare*, *Giur. cost.*, 2013, 2835 ss.

¹⁰¹ Così M. SAVINO, *L'espulsione dal territorio dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 25.

richiamo all'art. 8 CEDU, che aveva lo scopo di attenuare l'automatismo contenuto nella norma. Ed è stata soprattutto la giurisprudenza del Consiglio di Stato a perseguire tale via, che, però, suscitava non pochi sospetti di travalicamento del canone dell'interpretazione conforme, risolvendosi, piuttosto, in una disapplicazione della disposizione¹⁰².

La Corte costituzionale, seppure ammonisce il Consiglio di Stato, per la sostanziale disapplicazione della norma interna a favore della norma CEDU, ne fa proprio l'orientamento interpretativo e accoglie la questione dichiarando incostituzionale la norma oggetto di scrutinio, sia perché ingenera una «disparità di trattamento di situazioni consimili», fra extracomunitari formalmente ricongiunti e quelli comunque congiunti sia perché comporta un'«illegittima compromissione di diritti fondamentali legati alla tutela della famiglia e dei minori, in violazione sia degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., sia dell'art. 8 della CEDU» (il quale «esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente, per quanto rileva nel caso in esame, alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale»¹⁰³).

Conclusivamente si può rilevare che questa affermazione, seppure ha il merito di aver eliminato un'altra ipotesi di automatismo, ha, però, permesso alla Corte di non rinnegare la sua pregressa giurisprudenza in materia e non compiere un decisivo passo verso l'affermazione dell'incostituzionalità *tout court* degli automatismi espulsivi.

2.5. Quando l'eliminazione dell'automatismo comporta la compressione della posizione soggettiva del destinatario della norma

Una breve considerazione meritano anche due casi nei quali l'analisi sui presupposti empirici della disciplina, seguita dalla dichiarazione di incostituzionalità, ha comportato

¹⁰² Così ancora M. SAVINO, *L'espulsione dal territorio dello Stato*, cit., 26-27. Per la ricostruzione della giurisprudenza del Consiglio di Stato si veda V. PICALARGA, *Brevi note sulla recente giurisprudenza amministrativa in tema di rilascio-rinnovo del permesso di soggiorno, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013*, in www.osservatorioaic.it, 2014.

¹⁰³ Così Corte cost. sent. n. 202 del 2013 *cons. dir.* punto 5. Per la giusta contestualizzazione di tale pronuncia nel quadro sovranazionale e, specificamente, per la comune tendenza alla flessibilizzazione si veda A RUGGERI, *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in www.giurcost.org, 2013, 34 ss.

la compressione e non l'espansione della posizione soggettiva del destinatario della norma.

Il riferimento è alle sentenze nn. 438 e 439 del 1995, con le quali si è superata la presunzione di incompatibilità assoluta con il carcere, rispettivamente nei casi di condanna definitiva e nei casi di custodia cautelare, per i soggetti affetti da AIDS.

Le basi argomentative vengono tracciate nella prima di queste due decisioni ed è pertanto su di essa che concentreremo la nostra attenzione¹⁰⁴. Nella sentenza n. 438 del 1995 la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena per i soggetti affetti da AIDS conclamata o con situazione di grave deficienza immunitaria, secondo quanto stabilito da un decreto interministeriale¹⁰⁵.

La Consulta preliminarmente ricostruisce la *ratio* sottesa alla norma, individuandola in una duplice esigenza di tutela: quella della collettività carceraria e quella del singolo individuo affetto da AIDS. Fatto ciò, afferma l'inidoneità della disciplina a perseguire la tutela dei beni cui essa è rivolta. Noi qui concentreremo la nostra attenzione solo sulle argomentazioni riguardanti il secondo dei beni tutelati: la tutela del singolo.

La tutela del soggetto affetto da AIDS è perseguita attraverso la presunzione – come già detto – della incompatibilità di tale condizione di malattia con la condizione carceraria. Il Giudice delle leggi, però, rileva che tale presunzione è priva di un «adeguato fondamento» e rende, pertanto, «del tutto evanescente la razionalità» della norma¹⁰⁶, poiché errata nei suoi presupposti empirici. La scienza medica, infatti, già al tempo della pronuncia aveva sottolineato che la fase acuta della malattia (presa in considerazione dalla norma oggetto di giudizio) è caratterizzata da una grande varietà di quadri clinici, fra i quali sono presenti situazioni di quasi normalità e pertanto del tutto

¹⁰⁴ Nella sentenza n. 439 del 1995 la Corte, invece, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 286-bis, I co., c.p.p., nella parte in cui stabiliva il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone ivi indicate, anche quando erano sussistenti le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, IV co., c.p.p. e l'applicazione della misura fosse potuta avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti.

¹⁰⁵ E specificamente ha dichiarato l'incostituzionalità «dell'art. 146, I co., numero 3, del codice penale, aggiunto dall'art. 2 del decreto-legge 14 maggio 1993, n. 139, convertito dalla legge 14 luglio 1993, n. 222, nella parte in cui prevede che il differimento ha luogo anche quando l'espiazione della pena possa avvenire senza pregiudizio della salute del soggetto e di quella degli altri detenuti».

¹⁰⁶ La Corte, infatti, afferma che è «la rigida presunzione stabilita dal legislatore ad apparire priva di adeguato fondamento e tale, dunque, da rendere del tutto evanescente la razionalità di una norma dalla cui concreta applicazione possono pertanto generarsi inaccettabili disparità di trattamento», *cons. dir.* punto 3.

compatibili con la detenzione¹⁰⁷. E – continua la Corte – di fronte «ad un identico stato morboso [...] le variabili cliniche possono essere tante quanto l'intera casistica è in grado di offrire». E ciò era confortato da lavori scientifici in materia, secondo i quali «la stessa fase dell'AIDS conclamata present[a] quadri clinici molto vari, alcuni dei quali, specie se ben trattati, possono regredire anche per lungo tempo»¹⁰⁸.

3. Quando l'incostituzionalità non dipende dall'irragionevolezza della presunzione di pericolosità, ma ad essere incostituzionale è l'automatismo in sé

Sempre il giudizio sulle basi razionali della disciplina, da un lato, ci permette di accostare alle pronunce appena analizzate un altro gruppo di decisioni e, dall'altro, ci consente di condurre un'analisi unitaria su di esse, nonostante i profili di eterogeneità delle varie decisioni, dovuti alla diversità di “materie” disciplinate dalle norme oggetto delle varie pronunce di costituzionalità.

Rispetto alle decisioni già passate in rassegna la Corte non giudica la razionalità del presupposto – la presunzione di pericolosità – sul quale l'automatismo si fonda, ma la razionalità dell'automatismo stesso, e cioè di quel modello di costruzione della norma che lega inesorabilmente alcune conseguenze giuridiche al verificarsi di determinati fatti. Ciò, naturalmente, non è stato il frutto di una scelta argomentativa, discrezionalmente operata della Corte, ma è dipeso dal fatto che, in tutti questi casi, la costruzione della norma non si basava su un meccanismo presuntivo e, pertanto, non è stato necessario demolire primariamente quest'ultimo per superare l'automatismo.

Le prime sentenze che meritano di essere analizzate sono quelle in tema di sanzioni disciplinari, alle quali si è già fatto cenno nelle pagine precedenti. In questi casi la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità del sistema sanzionatorio, presente in vari

¹⁰⁷ Sul punto si veda A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative penali*, in *Giur. cost.*, 1995, 3461.

¹⁰⁸ Sono sempre parole della Corte costituzionale *cons. dir.* punto 3, la quale, significativamente, aggiunge che «è altrettanto sintomatico che la stessa Commissione nazionale per la lotta all'AIDS abbia finito per riconoscere che “il quadro clinico delle infezioni da HIV è caratterizzato da una estrema dinamicità e variabilità di situazioni”, al punto che “pazienti affetti dalla infezione HIV in uno stato epidemiologicamente non classificabile come AIDS [...] versano in condizioni clinicamente gravi”, tali da necessitare di quegli stessi provvedimenti che la Commissione medesima indicava per i soggetti in fase di AIDS».

settori dell'ordinamento, che prevedeva la comminazione di una sanzione disciplinare, quale conseguenza automatica dell'adozione di una sentenza penale di condanna.

La sentenza capostipite in materia è la n. 270 del 1986, nella quale la Corte, pur rigettando la questione¹⁰⁹, ha affermato la necessità di adottare «criteri normativi idonei alla commisurazione delle misure sanzionatorie conseguenti alla irrevocabile condanna penale [...] quale esigenza – ex art. 3 Cost. – di adeguatezza tra illecito e irroganda sanzione»¹¹⁰. Questo perché «l'ordinamento appare vieppiù tendenziale, oggi, verso la esclusione di sanzioni rigide, non graduate – cioè – in rapporto al caso concreto». E ciò – continua la Consulta – vale tanto per il sistema penale, quanto per il sistema amministrativo.

Nella successiva sentenza n. 971 del 1988 la Corte cristallizza tale assunto, accogliendo la questione di costituzionalità, e afferma che la necessaria gradualità della sanzione deve essere perseguita per mezzo del procedimento disciplinare, in difetto del quale «ogni relativa norma risulta incoerente, per il suo automatismo, e conseguentemente irrazionale ex art. 3 Cost.».

Come è evidente, in questo caso la Corte non solo dichiara l'incostituzionalità dell'automatismo, ma afferma che questo (*rectius*: o meglio l'irrazionalità insita nella comminazione automatica di una sanzione) possa essere superata soltanto se la gravità della condotta possa essere giudicata «nella naturale sede di valutazione: il procedimento disciplinare»¹¹¹.

Nelle successive pronunce la Corte estenderà il principio della gradualità della sanzione in luogo della sua automatica irrogazione anche al campo delle professioni inquadrare in ordini o collegi professionali¹¹².

¹⁰⁹ E si noti bene, per la sola ragione che la Corte riteneva un tale intervento lesivo della discrezionalità del legislatore.

¹¹⁰ *Cons. dir.* punto 4c.

¹¹¹ Così Corte costituzionale sent. n. 971 del 1988. In questo senso si veda anche la sentenza n. 16 del 1991.

¹¹² Sulla base di tale principio sono state, infatti, dichiarate incostituzionali le norme che prevedevano la destituzione di diritto del notaio (sentenza n. 40 del 1990), la radiazione di diritto del dottore commercialista (sentenza n. 158 del 1990), la cancellazione dal registro dei lavoratori portuali (sentenza n. 220 del 1995); la sospensione automatica dall'impiego e dall'abilitazione degli ufficiali di riscossione dei tributi nei cui confronti fossero pendenti procedimenti penali per taluni reati (sentenza n. 239 del 1996); la cessazione dal servizio continuativo per perdita del grado del personale appartenente al corpo dei carabinieri, conseguente alla pena accessoria della rimozione (sentenza n. 363 del 1996); l'automatica radiazione di diritto dall'albo dei ragionieri e periti commerciali degli iscritti che avessero riportato condanna penale per alcuni tipi di reato (sentenza n. 2 del 1999). A questo filone si può ascrivere anche la sentenza n. 329 del 2007 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che prevedeva l'automatico divieto di concorrere ad altro impiego nell'amministrazione dello Stato a

Merita di essere analizzata anche la sentenza n. 197 del 1993, interessante per il bilanciamento compiuto dalla Consulta al fine di superare il rigido automatismo. Essa, infatti, chiaramente afferma che la finalità di salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, la tutela della libera determinazione degli organi elettivi, del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, tutte esigenze di rilievo generale soddisfatte dalla legge in cui era contenuta la disposizione sottoposta a scrutinio di costituzionalità, non valgono a «superare [...] l'esigenza che la valutazione della compatibilità del comportamento del pubblico dipendente con le specifiche funzioni da lui svolte nell'ambito del rapporto di impiego *vada* ricondotta – al fine di garantire [...] il rispetto dell'art. 3 della Costituzione – alla naturale sede del procedimento disciplinare»¹¹³.

Il principio di uguaglianza, permeato dalla “razionalità” che in tali ipotesi si esplica come “necessaria proporzionalità”, *vale da solo*¹¹⁴, pertanto, a prevalere nel bilanciamento con le esigenze di carattere generale.

È interessante tale affermazione della Corte perché in questa circostanza la necessità della razionalità è risultata prevalente anche rispetto ad altri elementi che generalmente vengono adottati al fine di derogare all'articolo 3 Cost., come risulta chiaramente dalla già ricordata¹¹⁵ sentenza n. 112 del 2014, nella quale proprio gli interessi della collettività hanno permesso di salvare dalla incostituzionalità la previsione della destituzione di diritto quale conseguenza automatica dell'applicazione di una misura di sicurezza personale.

Un altro gruppo di pronunce, nelle quali la Corte giudica sulla razionalità della disciplina, è quello che vede come *trait d'union* delle norme oggetto di costituzionalità

seguito della dichiarazione di decadenza dell'impiegato. Si segnala, da ultimo, la sentenza n. 170 del 2015, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sanzione del trasferimento obbligatorio ad altra sede o ad altro ufficio quando il magistrato fosse stato condannato per un comportamento che avesse arrecato un ingiusto danno o indebito vantaggio a una delle parti, in violazione dei generali doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio. Anche in questa ipotesi, la Consulta ha rilevato che in molti casi la sanzione applicata automaticamente poteva risultare sproporzionata rispetto all'illecito disciplinare concretamente compiuto. Su quest'ultima decisione si vedano le osservazioni di F. RIMOLI, *La sanzione disciplinare ai magistrati tra ragionevolezza, proporzionalità ed eguaglianza*, commento a Corte cost. sent. n. 170 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015,1333 ss. e F. ZAMMARTINO, *Sul trasferimento disciplinare dei magistrati da parte del CSM alla luce della sentenza n. 170/2015 della Corte costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2015.

¹¹³ *Cons. dir.* punto 3.

¹¹⁴ La Corte, infatti, per vincere il peso della sicurezza e dell'ordine pubblico non ha utilizzato nell'argomentazione nessun altro parametro se non l'articolo 3 Cost. Tale particolarità risulta evidente se si confronta la decisione con la sent. n. 48 del 1994 (cfr. *cons. dir.* punto 4), nella quale la Consulta risolve il bilanciamento con le esigenze di ordine pubblico ricorrendo al ben più pregnante parametro di costituzionalità qual è l'articolo 27 Cost., nella veste del principio di non colpevolezza

¹¹⁵ Si veda *supra*.

l'automatica applicazione di una sanzione sulla base della mera denuncia della commissione di un determinato reato¹¹⁶.

Nella sentenza n. 173 del 1997 la Corte costituzionale dichiara, infatti, l'incostituzionalità della sospensione automatica della detenzione domiciliare speciale in base alla semplice *notitia criminis*, vale a dire nel momento in cui la denuncia fosse pervenuta al magistrato di sorveglianza e senza che quest'ultimo potesse compiere «un accertamento, sia pure incidentale e limitato alla verifica del *fumus boni iuris* sulla esistenza del reato»¹¹⁷.

L'automatismo, pertanto, «non preceduto da alcun accertamento giudiziale neppure in via di delibazione, urta indubbiamente contro il principio di ragionevolezza»¹¹⁸. E alla luce del contrasto con tale canone che la disposizione denunciata va vista con riguardo anche ad altri parametri costituzionali, nella specie gli artt. 27 e 32 Cost. Nella sentenza, infatti, si legge che la «brusca e automatica sospensione» del trattamento interrompe «senza sufficiente ragione un percorso risocializzativo e riabilitativo»¹¹⁹ o,

¹¹⁶ Chi, come M. CENTINI, *Automatismi sanzionatori tra principio di non colpevolezza e principio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2006, ha letto tali decisioni, unitamente a quelle in materia di destituzione di pubblici impiegati, ha individuato due criteri che si contemperano nella valutazione di costituzionalità degli automatismi. L'Autore, infatti, sostiene che «al necessario *fumus* di colpevolezza per il reato presupposto (comunque mai soddisfatto da una denuncia, quale mera *notitia criminis*), si aggiunge la necessaria coerenza – in termini di necessaria implicazione logica – tra presupposto e conseguenza, valutata nel segno della *ratio* dell'automatismo e, in ultimo, della funzionalità del bene protetto dalla norma che questo automatismo prevede. Tale implicazione logica a volte è presunta [...] altre volte se ne richiede la verifica in sede di procedimento disciplinare o giurisdizionale».

¹¹⁷ Entrambe le citazioni sono parole della Corte cost. sent. 173 del 1997 *cons. dir.* punto 3.

¹¹⁸ *Cons. dir.* punto 3.

¹¹⁹ Così, sempre Corte cost. sent. 173 del 1997 *cons. dir.* punto 3. Indicativa della compresenza in questa materia degli artt. 3 e 27 Cost è la recente sentenza n. 179 del 2013, nella quale eguale peso hanno i profili attinenti ai due parametri. In questa decisione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, III co., del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 per violazione degli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui non prevedeva che «se il condannato lo richiede, il giudice può ammetterlo a svolgere il lavoro di pubblica utilità fuori dall'ambito della provincia in cui risiede». La norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità, infatti, imponeva al giudice il vincolo territoriale per il lavoro di pubblica utilità, stabilendo che quest'ultimo dovesse essere svolto nella Provincia di residenza del condannato. Sebbene il rigido vincolo territoriale era in contrasto anche con l'art. 3 Cost. perché rendeva la norma incoerente, per contrasto tra la *ratio* della norma (circoscrivere la discrezionalità del giudice) e la disciplina del lavoro di pubblica utilità, che può applicarsi solo su richiesta del condannato, le argomentazioni che ci sembrano risultare rilevanti per il tema degli automatismi sono quelle riguardanti, da un lato, la contraddittorietà intrinseca della disciplina e, dall'altro, l'art. 27 Cost. Per quanto riguarda il primo profilo, vi è una contraddizione tra la previsione astratta della disciplina, nella parte in cui afferma che il lavoro di pubblica utilità debba svolgersi «con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato» e la concreta applicazione della norma, che, imponendo la residenza come luogo nel quale svolgere il lavoro, può concretamente ledere le esigenze da essa stessa enunciate, le quali, peraltro, trovano anche una copertura costituzionale. Ma ancora più interessante, per i fini che qui rilevano, è il contrasto con l'art. 27 Cost.; sul punto la Corte afferma che «la previsione di un vincolo territoriale, privo di una adeguata giustificazione [...] impedendo al giudice una efficace modulazione della pena e dissuadendo il condannato dall'intraprendere un percorso che avrebbe potuto

per quanto attiene la lesione del diritto alla salute, «fare bruscamente cessare» il regime delle misure alternative «rappresenta indubbiamente una lesione, o quanto meno un grave rischio di lesione» della salute del condannato.

Ma l'irrazionalità di un sistema che fa dipendere dalla semplice *notitia criminis* conseguenze giuridiche tanto gravose ai danni del soggetto denunciato è tanto marcata che, nella successiva giurisprudenza sul tema, è divenuto motivo assorbente di tutti gli altri profili di costituzionalità. Così, infatti, ha chiarito la Corte costituzionale nelle successive sentenze nn. 78 del 2005¹²⁰ e 466 del 2005¹²¹, nelle quali l'incostituzionalità è stata dichiarata in base alla sola lesione del canone della ragionevolezza, seppur altri parametri di costituzionalità erano stati invocati dal giudice *a quo*¹²².

In un'altra serie di casi, invece, il controllo sulla razionalità della disciplina viene condotto sulla base del principio rieducativo, che assorbe tutti gli altri profili di costituzionalità. In queste decisioni la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di quelle norme che, a seguito della condanna, prevedevano la revoca automatica del beneficio, senza, cioè, che il magistrato di sorveglianza potesse valutare se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, fosse compatibile o meno con il mantenimento del beneficio¹²³. Quanto appena rilevato può essere spiegato dal fatto che

consentirne l'emenda risocializzazione», compromette le finalità rieducative che per giurisprudenza costante della Corte costituzionale valgono tanto per la legislazione penitenziaria tanto e soprattutto per i casi di «volontaria prestazione di attività non retribuita a favore della collettività». Sulla decisione si veda M. RUOTOLO, *Brevi note sulla «addizione tra virgolette» compiuta dalla Corte in materia di lavoro di pubblica utilità*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 2621 ss.

¹²⁰ In questa decisione la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'automatico rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario alla presentazione di una denuncia per uno dei reati per i quali gli articoli 380 e 381 c.p.p. prevedono l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza. Per un commento alla decisione si veda M. MALENA, *Il diritto degli stranieri tra criterio di ragionevolezza e principio di uguaglianza*, in www.forumquadernicotituzionali.it, 2005.

¹²¹ In questa decisione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che prevedeva l'arresto e l'espulsione alla frontiera dello straniero a seguito della denuncia per il reato di reingresso nel territorio nazionale, senza speciale autorizzazione del ministro dell'interno.

¹²² Le varie ordinanze di rimessione della questione poi decisa con la sent. n. 78 del 2005 avevano infatti invocato una lunga serie di parametri di costituzionalità, quali gli artt. 2, 3, 4, 13, 16, 24, 27, 29, 35, 41 e 97 Cost. L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Gorizia che ha sollevato la questione poi decisa con la sent. n. 466 del 2005, aveva, invece, invocato come parametri gli artt. 2, 3 e 27 Cost. Sebbene, infatti, l'invocazione di molti di questi parametri possa essere considerata ultronea, soprattutto rispetto a quelli generalmente invocati quando si cerca di colpire le rigide previsioni di legge, sicuramente la Corte avrebbe potuto argomentare anche in punto di lesione dell'art. 27 Cost., sotto il profilo del principio di non colpevolezza, parimenti a quanto fatto nella sent. n. 173 del 1997.

¹²³ Il riferimento è alle sentt. nn. 186 del 1995 e 418 del 1998. Nella prima decisione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 54, terzo comma, ord. penit., nella parte in cui prevedeva «la revoca della liberazione anticipata nel caso di condanna per delitto non colposo commesso nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio anziché stabilire che la liberazione anticipata è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile

l'art. 27 Cost.¹²⁴, in questa come in altre circostanze, sembra svolgere il ruolo di «specifico punto di emersione» del complesso di valutazioni di razionalità strumentale e assiologica compiute dalla Corte e tende ad assumere «le fattezze di una verifica a tutto campo della razionalità politico-criminale complessiva della fattispecie»¹²⁵.

L'ultimo blocco di questo filone è rappresentato da alcune pronunce di incostituzionalità di una serie di automatismi c.d. preclusivi, vale a dire di quelle rigide previsioni di legge che precludono l'accesso ad un beneficio a determinate categorie di soggetti che dovrebbero essere, a seconda dei casi, inclusi o esclusi dall'ambito di applicazione della norma.

La decisione dalla quale partiamo è la sentenza n. 109 del 1997, nella quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che escludeva anche ai minori l'affidamento in prova al servizio sociale e l'ammissione alla semilibertà nei casi in cui, per violazione delle prescrizioni di legge, vi era stata la conversione della pena sostitutiva con la pena detentiva¹²⁶.

La norma, infatti, ancora oggi si basa su una presunzione di inadeguatezza delle misure alternative rispetto ai condannati che subiscono la conversione della pena sostitutiva. Per ammissione della stessa Corte costituzionale, però, la presunzione di tale presunzione non è di per sé irrazionale e, pertanto, incostituzionale. L'incostituzionalità, nel caso al suo esame, risiedeva nella sua applicazione indiscriminata anche ai minori, vale a dire a soggetti per i quali l'ordinamento prevede particolari forme di tutela, che impongono una valutazione individualizzata e flessibile in ordine al loro trattamento. Quello che, in altri termini, in questa ipotesi era in discussione non era la razionalità della presunzione, ma l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo della norma.

con il mantenimento del beneficio». La Corte, infatti, rileva che l'automatismo attua un meccanismo meramente sanzionatorio che persegue come unico obiettivo la buona condotta del soggetto fino al punto di arrivare a relegare così «nell'ombra proprio quella funzione di impulso e di stimolo ad una efficace collaborazione nel trattamento rieducativo che costituisce l'essenza stessa dell'istituto». Nella seconda pronuncia, invece, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale «dell'art. 177, primo comma, del codice penale, nella parte in cui prevede la revoca della liberazione condizionale nel caso di condanna per qualsiasi delitto o contravvenzione della stessa indole, anziché stabilire che la liberazione condizionale è revocata se la condotta del soggetto, in relazione alla condanna subita, appare incompatibile con il mantenimento del beneficio».

¹²⁴ Secondo quanto sostenuto da A. TESAURO, *op. cit.*, 4914.

¹²⁵ Così ancora A. TESAURO, *op. cit.*, 4914.

¹²⁶ La questione di costituzionalità ha avuto ad oggetto l'art. 64 della legge n. 689 del 1981, il quale dispone che «l'affidamento in prova al servizio sociale e l'ammissione al regime di semilibertà sono esclusi per il condannato in espiazione di pena detentiva per conversione effettuata ai sensi del primo comma dell'articolo precedente».

L'irrazionalità della disciplina risiedeva, infatti, nell'aver incluso nel novero dei destinatari della norma anche soggetti che avrebbero dovuto essere esclusi o, in altri termini, nell'aver precluso a questi soggetti l'accesso alle misure risocializzanti in base ad un rigido automatismo che impediva al giudice di valutare le esigenze del caso concreto¹²⁷.

E sulla stessa lunghezza d'onda si colloca anche la sentenza n. 350 del 2003¹²⁸, nella quale la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che non permetteva la concessione della detenzione domiciliare nei confronti della madre e del padre condannati convivente con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante.

In questo caso la norma è risultata incostituzionale non perché estendeva l'applicazione di un regime restrittivo ad una determinata categoria di soggetti, ma, al contrario, poiché restringeva la platea dei destinatari che potevano accedere al beneficio, prevedendo che questo potesse essere concesso solo alle madri di figli inferiori di anni dieci e con loro conviventi. Dall'applicazione della norma erano, pertanto, escluse quelle situazioni a questa ragionevolmente assimilabili, come quella dalla quale era sorta la questione di legittimità costituzionale, vale a dire madre di figlio superiore agli anni dieci, ma con *handicap* totalmente invalidante¹²⁹.

Come è evidente, anche in questo caso il cuore della questione è rappresentato dall'estensione dell'ambito di applicazione della norma. Il vizio, infatti, origina nella riscontrata disparità di trattamento, che è risultata costituzionalmente insostenibile poiché la formulazione rigida della norma precludeva «al giudice, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, di valutare l'esistenza delle condizioni

¹²⁷ E così anche nella successiva sentenza n. 450 del 1998, nella quale il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che precludeva anche ai minori la concessione dei permessi premio se condannati per uno dei delitti *ex 4-bis* ord. penit., prima che avessero scontato la metà della pena. La Corte, infatti, afferma che la disciplina «è stata dettata dal legislatore in modo indiscriminato, senza riguardo, ancora una volta, alle specifiche esigenze, costituzionalmente imposte, dell'esecuzione minorile. Essa viene a contrastare con tali esigenze, risolvendosi in un automatismo incompatibile con la necessità di valutazioni flessibili e individualizzate, in ordine all'impiego di un istituto – il permesso premio – inteso a consentire a condannati, che non risultino socialmente pericolosi, di “coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro”», così *cons. dir.* punto 3.

¹²⁸ Sulla quale si veda F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giur. it.*, 2004, 2240 ss.

¹²⁹ La Corte, infatti, espressamente afferma che la disciplina determina «un trattamento difforme rispetto a situazioni familiari analoghe ed equiparabili fra loro, quali sono quella della madre di un figlio incapace perché minore degli anni dieci, ma con un certo margine di autonomia, almeno sul piano fisico, e quella della madre di un figlio disabile e incapace di provvedere da solo anche alle sue più elementari esigenze, il quale, a qualsiasi età, ha maggiore e continua necessità di essere assistito dalla madre rispetto ad un bambino di età inferiore agli anni dieci»; così *cons. dir.* punto 3.2.

necessarie per un'effettiva assistenza psico-fisica da parte della madre condannata nei confronti del figlio portatore di handicap accertato come totalmente invalidante»¹³⁰.

E un percorso argomentativo molto simile è presente anche in una delle ultime sentenze di questo ampio *corpus* giurisprudenziale in tema di automatismi legislativi. Il riferimento è alla sentenza n. 239 del 2014¹³¹, nella quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis ord. penit., nella parte in cui non escludeva dal divieto di concessione dei benefici penitenziari, da esso stabilito, la misura della detenzione domiciliare speciale prevista dall'art. 47-*quinquies* e della detenzione domiciliare di cui dall'art. 47-*ter*, comma 1, lettere a) e b), della medesima legge penitenziaria.

Il regime preclusivo eretto dall'art. 4-bis ord. penit., non avendo escluso dal suo ambito di applicazione una misura finalizzata in modo prevalente alla tutela del soggetto debole, qual è la detenzione domiciliare speciale, non solo accomunava «fattispecie tra loro profondamente diversificate», ma traslava «il “costo” della strategia di lotta al crimine organizzato [...] su un soggetto terzo, estraneo tanto alle attività delittuose che hanno dato luogo alla condanna, quanto alla scelta del condannato di non collaborare».

Sul punto ritorneremo più compiutamente nel terzo capitolo, quello che ora preme mettere in luce è che le argomentazioni intorno al preminente interesse del minore¹³²

¹³⁰ *Cons. dir.* punto 3.2.. La Corte dichiara l'incostituzionalità perché rileva il contrasto con il principio di ragionevolezza. Sul perché, nonostante la Corte parli di irragionevolezza, qui si utilizza la figura dell'irrazionalità si veda *infra*, Cap. III, par. 3.2.

¹³¹ Sulla quale si vedano F. FIORENTIN, *La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014; F. CASSIBBA, *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in www.archiviopenale.it, 1/2015; F. SIRACUSANO, *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, commento a Corte cost. sent. n. 239 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014, 3940 ss. e, infine, sia consentito rinviare al nostro L. PACE, *La “scure della flessibilità” colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, *ivi*, 3948 ss.

¹³² La Corte, infatti, ne ribadisce la rilevanza costituzionale (come confermato dalle sentt. nn. 32 del 2012 e 7 del 2013, puntualmente richiamate dalla Consulta) e sovranazionale. Riguardo a quest'ultima, il giudice delle leggi richiama l'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176), l'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva con legge 20 marzo 2003, n. 77. Queste previsioni sono state alla base anche della sentenza n. 7 del 2013 (unitamente alle Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa su una “giustizia a misura di minore”, adottate il 17 novembre 2010, nella 1098^a riunione dei delegati dei ministri) grazie all'invocazione dell'art. 117 I co. Cost. Particolarmente significativo, poi, è un passo della decisione nel quale la Corte afferma che la sussistenza e la consistenza di tale interesse «venga verificata, per l'appunto, in concreto – così come richiede la citata disposizione – e non già collegata ad indici presuntivi – quali quelli prefigurati dalla norma censurata – che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni».

sono preliminari alla ricostruzione della *ratio* dell'istituto della detenzione domiciliare speciale: la tutela del soggetto debole, qual è il minore per l'appunto¹³³. E ciò al precipuo fine di dimostrare l'irriducibilità dell'istituto alla logica dell'art. 4-*bis* ord. penit., che è – almeno per i reati c.d. di prima fascia, come nel caso da cui era sorta la questione di legittimità costituzionale – quella di incentivare le condotte collaborative di certe tipologie di detenuti.

Il giudizio, pertanto, anche in questa occasione ha avuto di mira le basi razionali della disciplina e, specificamente, ha investito la compatibilità costituzionale dell'ambito di estensione del regime preclusivo.

4. Gli automatismi legislativi e la loro adeguatezza rispetto al caso concreto

Nella giurisprudenza fin ora esaminata la Corte costituzionale ha rivolto, seppur con accenti diversi, l'attenzione principalmente al fondamento razionale della disciplina, vale a dire alla capacità che le varie norme avevano di rappresentare e, di conseguenza, adeguatamente regolare il reale.

Nelle decisioni che ora analizzeremo, invece, la prospettiva della Corte costituzionale muta considerevolmente, seppure, in definitiva, l'esito della decisione è sempre lo stesso: l'ampliamento dei poteri valutativi del giudice.

In questi casi, infatti, la Consulta concentra la propria valutazione sull'adeguatezza della norma a disciplinare il caso concreto ovvero sulla ampiezza dei poteri che la norma riconosce al giudice nel compiere il bilanciamento dei vari interessi che nei casi concreti entrano in conflitto.

¹³³ La Corte afferma, infatti, che, sebbene «partecip(i) [...] alla finalità di reinserimento sociale del condannato», ha il fine di permettere «al minore in tenera età di instaurare un rapporto quanto più possibile “normale” con la madre», *cons. dir.* punto 8. E ancora: «è indubbio che nell'economia dell'istituto assuma un rilievo del tutto prioritario l'interesse di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, quale quello del minore in tenera età ad instaurare un rapporto quanto più possibile “normale” con la madre (o, eventualmente, con il padre) in una fase nevralgica del suo sviluppo. Interesse che – oltre a chiamare in gioco l'art. 3 Cost., in rapporto all'esigenza di un trattamento differenziato – evoca gli ulteriori parametri costituzionali richiamati dal rimettente (tutela della famiglia, diritto-dovere di educazione dei figli, protezione dell'infanzia: artt. 29, 30 e 31 Cost.)».

4.1. L'adeguatezza della misura di sicurezza rispetto al caso concreto

La prima pronuncia che merita di essere richiamata è la nota sentenza n. 253 del 2003¹³⁴, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 222 c.p., nella parte in cui non consentiva al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale.

In tale occasione lo scrutinio di costituzionalità ha investito l'idoneità della misura di sicurezza, vale a dire la sua adeguatezza rispetto alla specifica fisionomia del caso concreto e ciò in parte è stato merito anche dell'ordinanza di rimessione che ha denunciato proprio il «rigido automatismo della regola legale», che imponeva al giudice di applicare una determinata misura di sicurezza, nello specifico il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario¹³⁵.

Il giudice, infatti, era costretto ad applicare tale misura anche quando questa non era adeguata alle caratteristiche del soggetto, alle sue esigenze terapeutiche e al livello della sua pericolosità sociale¹³⁶. E in ipotesi per le quali la più elastica e non segregante misura della libertà vigilata poteva soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale¹³⁷.

Il rigido automatismo applicativo poteva, infatti, rivelarsi, in concreto, lesivo del «necessario equilibrio fra le diverse esigenze che deve invece necessariamente

¹³⁴ Sulla sentenza si vedano i commenti di A. FAMIGLIETTI, *Verso il superamento della "pena manicomiale"*, in *Giur. cost.*, 2003, 2118 ss.; T. GROPPI, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il «diritto mite»*, in *www.forumquadernocostituzionali*, 29 luglio 2003; M. MINNITI, *La Consulta apre la strada a misure più flessibili rispetto all'OPG. Malattia psichica e giustizia, un problema irrisolto*, in *Dir. Giust.*, 2003, n. 32, 74 ss.

¹³⁵ Ed è stato proprio ciò – come ammette essa stessa – a permettere alla Consulta di poter finalmente intervenire in materia. In precedenti occasioni la Corte non aveva potuto accogliere la questione di legittimità costituzionale poiché si era «trovata di fronte a questioni volte o ad un intento meramente caducatorio, il cui accoglimento avrebbe condotto ad un vuoto di tutela, o più spesso a richiedere la introduzione di una nuova disciplina di creazione giurisprudenziale, non ancorata a contenuti normativi già esistenti: così che essa si è indotta a pronunciarne la infondatezza, o più spesso la inammissibilità, vuoi perché non disponeva degli strumenti necessari per intervenire nel senso indicato, vuoi perché le questioni prospettavano profili di fattuale inadeguatezza delle strutture di ricovero più che di inadeguatezza delle previsioni normative», così *cons. dir.* punto 2.

¹³⁶ Per riportare le parole della Corte, *cons. dir.* punto 3: «ciò che viene denunciato come incostituzionale è il vincolo rigido imposto al giudice di disporre comunque la misura detentiva [...] anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante [...] appaia capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale».

¹³⁷ Sono ancora le parole della Corte, *cons. dir.* punto 3.

caratterizzare questo tipo di fattispecie, e persino tale da pregiudicare la salute dell'infermo».

Rilevata l'impossibilità di dichiarare l'incostituzionalità secca della misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario per gli infermi di mente, seppure viene riconosciuto che il trattamento riservato all'infermità psichica grave non sia soddisfacente «specie quando è incompatibile con l'unico tipo di struttura custodiale oggi prevista», la Corte si preoccupa, pertanto, di rendere la regola legislativa adeguata al caso concreto e fa ciò ponendo quale nucleo della sua argomentazione la concreta lesione del diritto alla salute. È come se la Consulta avesse affermato: “non posso intervenire sulla regola generale e astratta, ma posso fare in modo che questa, se deve rimanere nell'ordinamento sia, almeno, adeguata a tutelare gli interessi costituzionalmente rilevanti che devono trovare composizione nel singolo caso concreto”.

Rispetto alle decisioni analizzate finora, qui emerge in modo inequivocabile la tensione che si instaura fra la previsione astratta, ovverosia la regola legislativa, e le esigenze del caso concreto; o meglio: l'influenza che il caso esercita sulle formulazioni legislative. Ciò si evince anche dalle espressioni utilizzate dalla stessa Corte: «appaia capace in concreto», «appaia idoneo in concreto», «può rivelarsi in concreto lesiva» e, soprattutto, «la legge qui adotta un modello che esclude ogni apprezzamento della situazione».

Argomentazioni che saranno riprese nella sentenza n. 367 del 2004¹³⁸, in cui viene dichiarata l'incostituzionalità, per il contrasto con il principio di ragionevolezza e il diritto alla salute, dell'art. 206 c.p. nella parte in cui prevedeva l'ospedale psichiatrico giudiziario come unica misura provvisoria applicabile.

¹³⁸ La Corte, infatti, afferma nel *cons dir.* punto 4 che «le argomentazioni svolte dalla sentenza n. 253 del 2003 nel censurare il rigido automatismo che caratterizzava l'art. 222 c.p. e le conclusioni circa la violazione del principio di ragionevolezza e del diritto alla salute si attagliano, a maggior ragione, alla disciplina dell'applicazione provvisoria della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, posto che sarebbe irragionevole precludere al giudice l'applicazione in via provvisoria di una misura non detentiva consentita invece in via definitiva». Su questa sentenza si vedano i commenti di M.T. COLLICA, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 303 ss.; F. DELLA CASA, *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricorso provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, in *Giur. cost.*, 2004, 3998 ss.; F. MINNITI, *I disabili mentali, i giudici e la comunità: resta il nodo della misura di sicurezza*, in *Dir. Giust.*, 2004, n. 46, 14 ss.; F. TRIULZI, *Infermità di mente e misure di sicurezza non detentive*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 427 ss.

Ed anzi quanto affermato nella sentenza n. 253 del 2003 vale a maggior ragione in questa ipotesi – come afferma la Corte – poiché la norma oggetto di scrutinio atteneva ad una «fase processuale in cui – proprio alla luce della non definitività degli accertamenti sul fatto – assume particolare rilievo, in relazione alle condizioni di salute dell’indagato infermo di mente, l’esigenza di predisporre forme di cura e cautele adeguate e proporzionate al caso concreto, mediante interventi caratterizzati da flessibilità e discrezionalità, incompatibili con l’automatismo che contrassegna la disposizione in esame»¹³⁹.

Merita di essere qui ricordata, per poi essere oggetto di più approfondita analisi più avanti, anche la sentenza n. 208 del 2009¹⁴⁰, con la quale la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, in quanto non era stato esperito il tentativo di interpretazione conforme, reso possibile dalla presenza in materia del «principio secondo il quale si deve escludere l’automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale». La decisione, quindi, seppur formalmente di rigetto, conferma quanto affermato dalla Corte nelle due decisioni precedenti, vale a dire la necessità che il giudice valuti la misura da adottare al fine di soddisfare il necessario equilibrio tra le esigenze del caso concreto.

Nel 2014 il Legislatore è intervenuto sulla materia con la legge 30 maggio 2014 n. 81¹⁴¹ e, come è noto, l’intervento normativo ha apportato generali e rilevanti modifiche in materia di misure di sicurezza: il definitivo superamento degli OPG¹⁴², il principio

¹³⁹ *Cons. dir.* punto 4.

¹⁴⁰ A commento della sentenza si vedano per tutti F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, 2405 ss.; G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, *ivi*, 2412 ss.

¹⁴¹ La quale ha convertito con modificazioni in legge il decreto-legge 31 marzo 2014, n. 52, recante “Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari”. Per un’analisi della legge si vedano A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in www.costituzionalismo.it, 2/2015 e D. PICCIONE, *Libertà dall’ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014.

¹⁴² È stato, infatti fissato al 31 marzo 2015 il termine per il definitivo superamento degli OPG. Come è noto il processo di superamento degli OPG è stato molto lungo ed è stato scandito da varie fasi e da varie

della residualità della misure di sicurezza custodiali, la ridefinizione della pericolosità sociale¹⁴³, il parallelismo fra la durata massima della pena e la misura di sicurezza¹⁴⁴.

proroghe, per la ricostruzione delle quali fra i tanti si veda almeno P. DI NICOLA, *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015, 4 ss.

¹⁴³ L'art. 1, comma 1, lett. b) dispone, infatti, che l'accertamento della pericolosità sociale «è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali». Modifiche, queste, che hanno suscitato un vivace dibattito in dottrina. Alcuni Autori hanno infatti criticato questo nuovo tipo di pericolosità sociale decontestualizzata, in quanto «nei casi di patologia psichica insuscettibile di modificazione *in melius*, la diagnosi di pericolosità sociale verrebbe a cristallizzarsi, senza possibilità di essere modificata sulla base delle mutazioni favorevoli del quadro socio familiare, lavorativo o terapeutico esterno» (così F. FIORENTIN, *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in www.archiviopenale.it, 2014, 6). E c'è anche chi, come M. PELLISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 923-924, è arrivato a prospettare un ritorno ad una visione neopositivistica e a una nozione biologica di pericolosità sociale. Altra dottrina, invece, (PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., 15) favorevole all'innovazione legislativa, ha acutamente rilevato che in tal modo si è superata la c.d. pericolosità sociale latente: vale a dire quel fenomeno in base al quale il magistrato di sorveglianza prorogava la misura di sicurezza detentiva (anche se era scemato il presupposto soggettivo, come risultava dall'osservazione clinica dell'internato) a causa dell'indisponibilità familiare o territoriale di prendere in carico il soggetto, con la giustificazione che non poteva escludersi che, *extra moenia*, si sarebbe potuta riacutizzare la sua pericolosità sociale. Sulla centralità della possibilità di presa in carico del malato nelle motivazioni dei provvedimenti della magistratura di sorveglianza si veda E. CALVANESE-R. BIANCHETTI, *L'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario: le revoche delle misure delle nelle ordinanze del magistrato di sorveglianza di Mantova (anni 1992-2003)*, in *Rass. pen. crim.*, 2005, 52. Oltre alle già citate opere sul tema si veda anche F. SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e «spessori normativi»: la riforma di cui alla legge n. 81/2014*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014. In linea con la dottrina critica verso queste modifiche, il Tribunale di Sorveglianza di Messina ha sollevato questione di legittimità costituzionale con l'ordinanza n. 247 del 16 luglio 2014, nella quale veniva denunciata l'introduzione di una pericolosità sociale decontestualizzata e veniva lamentato che in realtà, in tal modo, si era previsto un surrettizio ed irragionevole automatismo presuntivo (per una critica a all'ordinanza di rimessione si vedano le belle e incisive pagine di A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., 28 ss.; cfr. anche D. PICCIONE, *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dimissione e rischi di regressione istituzionale*, cit., 6 e R. BIANCHETTI, *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014). La Corte costituzionale, però, nella sentenza n. 186 del 2015 ha rigettato la questione. Il giudice delle leggi, infatti, dopo aver escluso la non omogeneità degli emendamenti inseriti in sede di conversione, si concentra sul merito della questione riguardante l'accertamento della pericolosità. La Consulta rileva che il presupposto interpretativo dell'ordinanza è che «si sarebbe spezzato, “a livello della prognosi giudiziaria, il rapporto inscindibile tra l'uomo e l'ambiente [...] rinunciando così al dinamismo che da tale rapporto scaturisce [e contrastando con] le stesse essenziali finalità delle misure di sicurezza sottese al sistema costituzionale”». Ma, secondo il giudice delle leggi, tale presupposto è errato, in quanto la legge n. 81 del 2014 non ha modificato, neanche indirettamente, la nozione di pericolosità sociale, ma «si è limitata ad incidere sui criteri di scelta tra le diverse misure di sicurezza e sulle condizioni per l'applicazione di quelle detentive». Come rileva, in uno dei primi commenti alla decisione, A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di “definitivo superamento” degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in www.archiviopenale.it, 2015, 11-12, si instaura «un giudizio bifasico, scandito da un doppio giudizio prognostico». Si ha – continua l'Autrice – un primo giudizio, a base totale sull'*an* della pericolosità sociale e un secondo giudizio, a base parziale ed eventuale, sul *quantum*, per verificare se il ricorso alla misura di sicurezza custodiale sia giustificato.

Per quel che qui interessa, vale a dire il superamento dell'automatismo applicativo, il Legislatore ha recepito i *dicta* della Corte costituzionale, elevando «a regola la residualità della misura di sicurezza detentiva»¹⁴⁵. L'art. 1, comma 1, lett. b) della legge statuisce, infatti, che «il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale...».

4.2. Il limite rigido del divario di età in materia di adozione e il preminente interesse del minore

Il preminente interesse del minore ha permesso lo sviluppo di un altro filone giurisprudenziale, sia in materia di adozione sia in merito alla pena accessoria della perdita automatica della potestà genitoriale, il quale, parimenti a quello sulle misure di sicurezza appena analizzato, ha colpito l'inadeguatezza della disciplina legislativa a regolare il caso concreto.

Ed è nel gruppo di pronunce in tema di adozione che si inserisce la sentenza n. 303 del 1996, nella quale autorevole dottrina ha individuato il *leading case* degli automatismi legislativi¹⁴⁶. Ma tale sentenza, sulla quale ci diffonderemo più compiutamente fra breve, è stata solo l'ultima di una serie di pronunce delle quali è

Ma in base alla lettura che la Corte costituzionale fa della nuova normativa, gli aspetti di criticità della disciplina non sembrano del tutto superati ed anzi si ha l'impressione «di restare imbrigliati in un autentico circolo vizioso».

¹⁴⁴ Innovazione questa che è stata salutata dalla dottrina come una “svolta epocale”, così, infatti, G. L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure di sicurezza in corso, a noi sembra)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014. Anche se, però, bisogna evidenziare che la norma esclude la riferibilità di tale previsione ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo; in senso critico su tale aspetto si veda M. PELLISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, cit., 927-928.

¹⁴⁵ A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, cit., 12.

¹⁴⁶ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *op. cit.*, 210.

necessario dar conto, non senza aver prima delineato, seppur brevemente il quadro normativo, in materia di adozione.

Al fine di armonizzare la disciplina sulle adozioni ai rilevanti cambiamenti normativi intervenuti negli anni Settanta¹⁴⁷, la legge n. 431 del 1967 è stata sostituita dalla legge n. 183 del 1984, recante “Disciplina dell’adozione e dell’affidamento dei minori”, la quale ha recepito quanto previsto dalla Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967 (Convenzione europea sull’adozione dei minori), confermando la centralità che il prevalente interesse del minore aveva già assunto nel nostro ordinamento¹⁴⁸.

La Convenzione del 1967 stabilisce che il minore possa essere adottato solo se l’adottante abbia raggiunto «l’età minima all’uopo prescritta; tale età non può essere inferiore ai 21 né superiore al 35 anni», salvo la possibilità di «derogare all’età minima qualora l’adottante sia genitore del minore o qualora sussistano circostanze eccezionali»¹⁴⁹. Ed inoltre prevede che nell’adozione il divario di età non debba essere inferiore a quello che ordinariamente intercorre fra genitori e figli¹⁵⁰.

Conformemente a quanto sancito dalla Convenzione di Strasburgo, pertanto, la legge n. 183 sanciva che l’adottante doveva superare di almeno 18 anni e di non più di 40 l’età dell’adottato, al fine di tutelare l’interesse del minore ad aspirare ad un modello di famiglia non dissimile, nel divario generazionale, a quello della famiglia di sangue¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. ZATTI, Volume II - *Filiazione*. A cura di G. COLLURA-L. LENTI-M. MANTOVANI, Milano, 2012, 823.

¹⁴⁸ Come chiaramente risulta dalla Corte costituzionale sentenza n. 11 del 1981, nella quale si può leggere che, in tema di adozione, «lo spostamento del centro di gravità dell’istituto era imposto ancor prima sul piano superiore della normativa costituzionale, per il combinato disposto degli artt. 2 e 30, primo e secondo comma, della Costituzione. Queste norme, riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo».

¹⁴⁹ L’art. 7, infatti, prevede che «1. Il minore può essere adottato soltanto se l’adottante ha raggiunto l’età minima all’uopo prescritta; tale età non può essere inferiore ai 21 né superiore al 35 anni.

2. La legislazione può nondimeno prevedere la possibilità di derogare all’età minima

(a) qualora l’adottante sia genitore del minore, oppure

(b) qualora sussistano circostanze eccezionali».

¹⁵⁰ Così, infatti, l’articolo 8 della Convenzione di Strasburgo, del quale riportiamo il testo: «1. L’autorità competente pronuncia l’adozione soltanto ove sia convinta che questa assicurerà il bene dell’adottando.

2. L’autorità competente attribuisce, in ogni caso, una particolare importanza alla circostanza che l’adozione procuri all’adottando un ambiente familiare stabile ed armonioso.

3. L’autorità competente non può, di norma, ritenere soddisfatte le predette condizioni qualora il divario d’età tra i soggetti risulti inferiore a quello ordinariamente intercorrente tra genitori e figli».

¹⁵¹ Sul perché si possa dire che il legislatore nazionale si sia adeguato alla Convenzione, anche se c’è questa discrasia apparente sui limiti di età, lo si ricava dalla Corte nella sentenza n. 44 del 1990 *cons. dir.* punto 3. In questa decisione la Consulta molto chiaramente illustra che «ex art. 84 del codice civile, la capacità matrimoniale si acquista con la maggiore età, cioè a 18 anni. Se si calcolano i tre anni di matrimonio richiesti ex art. 6, primo comma, della legge n. 184 del 1983 perché i coniugi possano adottare, si raggiunge il limite minimo dei 21 anni stabilito dall’art. 7, n. 1, della Convenzione di

La Corte costituzionale ben presto ha iniziato ad intervenire su tale aspetto della normativa e già nella sentenza n. 44 del 1990¹⁵² ha posto le basi che avrebbero portato, nel giro di pochi anni, alle dirompenti affermazioni che hanno fatto della sentenza n. 303 del 1996 una «sentenza capitale»¹⁵³.

Nella decisione del 1990 la Consulta, infatti, ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina in quanto non consentiva al giudice di ridurre, quando sussistevano validi motivi, il termine di diciotto anni per realizzare l'unità familiare. Ed è proprio rispetto a tale principio, costituzionalmente sancito nell'art. 30 Cost., che la normativa risultava in contrasto.

Il giudice delle leggi, pertanto, non ha dichiarato l'incostituzionalità in sé della regola legislativa che sancisce il limite minimo di diciotto anni fra adottante e adottato, ma ha colpito l'impossibilità di derogare ad esso quando sussistevano validi motivi. In tutti quei casi, cioè, nei quali lo stringente rispetto del termine legislativamente previsto andava a ledere l'unità familiare, poiché negava la possibilità di adozione del figlio di uno dei due coniugi, quando la distanza di età fra minore e coniuge adottante fosse inferiore ai diciotto anni, sebbene la coppia genitoriale fosse legata da matrimonio.

E ancora più chiaramente la Corte costituzionale, nella successiva sentenza n. 148 del 1992, ha affermato che «il divario di età legislativamente previsto non si pone dunque come così assoluto da non poter essere ragionevolmente intaccato, in casi rigorosamente circoscritti ed eccezionali», per tutelare «i valori costituzionali di protezione della personalità dei minori, risultanti dagli artt. 2 e 31 della Costituzione» e della salvaguardia dell'unità familiare.

Come già accennato, queste due pronunce aprono la strada alla nota sentenza n. 303 del 1996¹⁵⁴, alla quale ora dedichiamo la nostra attenzione, sebbene molti dei passaggi che qui riportiamo verranno ripresi più avanti.

Strasburgo. Il limite massimo stabilito in 40 anni 5 in più rispetto ai 35 della Convenzione europea è dovuto alla elevazione dell'età degli adottabili da 8 anni della legge del 1967 ai 18 della legge del 1983. Sull'interesse del minore ad aspirare ad un modello di famiglia non dissimile, nel divario generazionale, a quello della famiglia di sangue cfr. Corte cost. sent. 183 del 1988 *cons. dir.* punto 3. E, in generale, sull'evoluzione storica della disciplina sui requisiti di età degli adottanti si veda F. CAGGIA, *Limiti d'età dell'adottante e interesse del minore*, in *Famiglia*, I, 2001, 1057 ss.

¹⁵² Prima di tale decisione la Corte era intervenuta sul punto con la sentenza n. 183 del 1988, con la quale aveva sanzionato l'impossibilità di estendere gli effetti dell'adozione legittimante nei confronti dei minori con adozione ordinaria, quando la differenza di età fra adottanti e adottato superasse i quarant'anni.

¹⁵³ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *op. cit.*, 210.

¹⁵⁴ Sulla sentenza si vedano: E. LAMARQUE, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola, ovvero il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell'interesse del minore*, in

In questa decisione la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che fissava in non più di quarant'anni il limite di età fra i coniugi adottanti e il minore adottato. L'aspetto davvero importante, però, risiede nel fatto che la Corte abbia ritenuto irragionevole non la regola in sé, ma la sua assolutezza¹⁵⁵, tanto che in essa plasticamente emerge la tensione fra i due poli dell'assolutezza della regola e dell'interesse del minore, che nel caso concreto non risultava adeguatamente tutelato dalla prima.

Il giudizio è condotto tutto all'interno del principio di ragionevolezza e gli altri parametri, pur presenti nella decisione, vale a dire gli artt. 2 e 31 Cost., sono funzionali solo a far emergere quel "preminente interesse del minore", che va a premere sulla formulazione legislativa, al fine di determinarne la sua flessibilizzazione. Ed è questo un altro aspetto interessante, visto che nella prima della serie di decisioni in materia, la sentenza n. 44 del 1990, la Corte espressamente aveva affermato che il vaglio di costituzionalità sul limite di età non poteva essere condotto alla stregua del giudizio di ragionevolezza¹⁵⁶.

È proprio il ricorso a tale principio che permette di fare il salto logico e di affermare, in modo dirompente ed inequivocabile, che è l'assenza di flessibilità a rendere la norma incostituzionale. È, in altri termini, il ricorso alla ragionevolezza che permette di colpire una disposizione legislativa affetta da nessun altro vizio, se non quello di non riuscire ad assorbire in sé, e pertanto regolare, le eccezioni che i casi concreti pongono ad essa e, conseguentemente, di delegare al giudice – come normalmente avviene per le decisioni

Giur. cost., 1996, 2509 ss.; P. CENCI, *La regola della differenza massima (e minima) d'età tra adottanti ed adottando costituisce sempre meno un principio fondamentale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, 37 ss.; G. MORANI, *Derogabilità della regola tassativa sul limite differenziale massimo d'età fra coniugi adottanti ed adottando: ancora una pronuncia di illegittimità costituzionale della Consulta*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, 433 ss.; A. FINOCCHIARO, *L'interesse del minore e la differenza di età fra adottante e adottato: a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 1996*, *Fam. e dir.*, 1996, 407 ss.; A. FIGONE, *Un pericoloso intervento della Corte costituzionale sull'età dei coniugi adottanti*, in *Famiglia e dir.*, I, 1996, 408 ss.; G. MANERA, *Sulla caducazione del limite di 40 anni tra adottanti e adottando*, in *Dir. fam.*, 1997, 63 ss.

¹⁵⁵ Così, infatti, afferma la Corte, *cons. dir.* punto 3: «non viene [...] posta in discussione la regola, ragionevolmente stabilita dal legislatore, ma la sua assolutezza, tale da non tollerare eccezione alcuna anche quando l'adozione risponda al preminente interesse del minore e la specifica famiglia di accoglienza, giudicata idonea, sia la sola che possa soddisfare tale interesse».

¹⁵⁶ Così la Corte cost. sent. n. 44 del 1990 *cons. dir.* punto 3: «il ricorrere del dato temporale dei diciotto anni nella tradizione legislativa italiana, la lungamente meditata elaborazione della vigente legge n. 184 del 1983, nonché la considerazione storicamente innanzi dimostrata che il termine diciottenne è frutto di ponderazione del legislatore senza immediato riferimento naturalistico che valga ricerca di giustificazione esterna alla *voluntas legis*, fanno sì che l'art. 3 della Costituzione, come non risulta valido ai fini della individuazione di lesione del principio di eguaglianza, non lo è del pari per fondare una valutazione di non ragionevolezza».

in tema di automatismi – il potere di dare adeguata tutela all’interesse di rilevanza costituzionale.

La flessibilizzazione della previsione legislativa, tuttavia, incontra un limite, che la Corte individua nel criterio di necessità; come, infatti, può leggersi nella sentenza «affinché non si trasformi in una regola, la cui fissazione è invece rimessa alla discrezionalità del legislatore, l’eccezione deve rispondere ad un criterio di necessità in relazione ai principi e valori costituzionali assunti quale parametro di valutazione di legittimità costituzionale della disposizione denunciata (artt. 2 e 31 della Costituzione)». La Corte, al fine di scongiurare che il suo intervento risulti lesivo della discrezionalità del legislatore¹⁵⁷, restringe di molto l’area di operatività dell’eccezione introdotta¹⁵⁸, seppur, naturalmente, il criterio della necessità sia un criterio mobile che rimette nelle mani del giudice di merito il potere di interpretare se una determinata situazione rientri o meno in una situazione di necessità al rispetto dei principi e valori costituzionali.

¹⁵⁷ Cfr. E. CRIVELLI, *op. cit.*, 89.

¹⁵⁸ Tali conclusioni vengono riprese e più compiutamente sviluppate nella sentenza n. 283 del 1999. In questa decisione la Corte dichiara l’incostituzionalità dell’articolo 6 II co., della legge 4 maggio 1983, n. 184 nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l’adozione, valutando esclusivamente l’interesse del minore, quando l’età dei coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l’età dell’adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore. Mentre nella sent. n. 303 del 1996 aveva dichiarato l’incostituzionalità della norma nella parte in cui non prevedeva la possibilità di adottare nel caso in cui l’età di un solo coniuge superasse il limite dei quarant’anni, in questa decisione ha previsto l’incostituzionalità dello stesso articolo nella parte in cui prevede che è preclusa l’adozione quando l’età di entrambi i coniugi superi i quarant’anni di età. Per ciò che qui interessa, nella sentenza si legge che il Legislatore, nell’esercizio della sua discrezionalità, può stabilire una determinata regola in rispondenza delle finalità dell’istituto che vuole regolare e in conformità al contesto sociale, nel quale tale istituto è destinato ad operare, ma «tale regola non può essere così assoluta da non tollerare [...] alcuna eccezione: neanche quando la deroga alla regola [...] risponda invece alla necessità di salvaguardare il minore da un danno grave e non altrimenti evitabile che a lui deriverebbe dal mancato inserimento in quella specifica famiglia adottiva, la sola che possa soddisfare tale esigenza». La Corte chiarisce, però, che l’eccezione non deve snaturare la funzione dell’istituto e deve rispondere all’interesse (del minore nel caso di specie) che la norma vuole tutelare e deve, inoltre, rispondere ad un «rigoroso» criterio di necessità. Sul punto cfr. anche la sentenza n. 349 del 1998, nella quale la Corte ha affermato «che va riconosciuta l’eccezionale necessità di consentire, nell’esclusivo interesse del minore, di discostarsi in modo ragionevolmente contenuto dal divario di età rigidamente prefissato dal legislatore, quando da quella mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore». In questa decisione, infatti, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184, per quanto concerne il limite di almeno diciotto anni di età tra l’età di uno dei coniugi adottanti e l’adottato, riconoscendo il potere del giudice di disporre ugualmente l’adozione del minore, se questa corrisponde al suo interesse e se dalla mancata adozione possa derivargli un danno grave e non altrimenti evitabile. Sulla sentenza si veda G. MORANI, *Il crepuscolo del divario massimo d’età nell’adozione dei minori: con la sentenza n. 283/1999 la Consulta riafferma la deroga ed anticipa la riforma, Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, 9 ss.

Anche in questo caso il legislatore è intervenuto sulla disciplina dettata dalla legge n. 183 del 1984, con la legge n. 149 del 2001¹⁵⁹, recependo le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁶⁰. Non solo si è innalzato il divario di età tra adottante e adottato da quaranta a quarantacinque anni, ma è stato opportunamente stabilito che questo limite può essere derogato qualora il tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione possa derivare un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore¹⁶¹. Come è evidente sono state recepite in pieno le indicazioni della Corte costituzionale, in quanto il rispetto dei limiti di età è subordinato alla valutazione, nel caso concreto, del preminente interesse del minore¹⁶².

¹⁵⁹ La legge è il momento conclusivo di un lungo processo che ha avuto inizio a partire dagli anni Novanta. A causa del mutamento sociale e della modificazione dei modelli familiari, a partire da quegli anni si è imposta, infatti, una crescente domanda di ampliamento della possibilità di adozione a fasce fino a quel momento escluse: *single*, conviventi e persone in età matura. Tutti i disegni di legge presentati in Parlamento perseguivano il fine di rendere più “facili” le adozioni, anche per mezzo dell’innalzamento o l’abolizione dei limiti di età. Ed è sulla spinta dell’opinione pubblica che, dopo un lungo e tormentato iter, fu approvata la legge 28 marzo 2001 n.149; sul punto si veda *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Volume II – *Filiazione*, cit., 823.

¹⁶⁰ Indicazioni in tal senso erano presenti anche nella stessa giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale recependo a sua volta le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale ha, in più di un’occasione, ritenuto inadeguato il sistema del rigido divario di età tra adottante e adottato. Ciò risulta chiaramente dalla Cassazione civile, sez. I, sent. n. 1366 del 2000, nella quale, richiamando quanto già espresso in Cass. 2 febbraio 1998, n. 1025, si legge che l’accertamento sul divario del limite di età «deve essere chiaramente svolto tenendo conto delle importanti trasformazioni sociali verificatesi negli ultimi anni e dell’evoluzione dei costumi e della scienza, e quindi dei molteplici fattori attinenti all’allungamento della vita media, alla progressiva dilatazione dell’arco della vita nel quale la natura conferisce attitudine alla procreazione, al fenomeno ampiamente riscontrabile del notevole innalzamento dell’età in cui si trova stabile occupazione, si contrae matrimonio e si concepiscono figli».

¹⁶¹ L’art. 6 della legge n. 183 del 1984 è stato sostituito dall’art. 6 della legge n. 149 del 2001, che, per ciò che qui rileva, ai commi 3, 4, 5 e 6 ha così statuito: «L’età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l’età dell’adottando».

Il requisito della stabilità del rapporto di cui al comma 1 può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e la stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto.

I limiti di cui al comma 3 possono essere derogati, qualora il tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

Non è preclusa l’adozione quando il limite massimo di età degli adottanti sia superato da uno solo di essi in misura non superiore a dieci anni, ovvero quando essi siano genitori di figli naturali o adottivi dei quali almeno uno sia in età minore, ovvero quando l’adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già dagli stessi adottato».

¹⁶² Non sono però mancate, all’indomani della riforma, voci critiche su questa flessibilizzazione dei criteri introdotti dalla legge. Sul punto, infatti, F. ERAMO, *Manuale pratico della nuova adozione*, Padova, 2002, ha sostenuto che la definizione di limiti fissi rappresenta una garanzia per il minore, i cui interessi potrebbero, in certi casi, essere trascurati a favore di quelli degli aspiranti genitori adottivi. In generale per una sintetica, ma precisa, ricostruzione delle posizioni della dottrina giuridica e della letteratura psicologica sulle modifiche della legge che qui abbiamo riportato, si veda D. CIAMPA, *La riforma dell’adozione nazionale ed internazionale*, in *Psicologia & Giustizia*. Anno 5, numero 1, gennaio-giugno 2004. Bisogna segnalare, però, che la disciplina potrebbe subire nuove modificazioni, poiché in ambito europeo è stata predisposta la Convenzione europea sull’adozione dei minori approvata a Strasburgo. Questa è un trattato aperto alla firma degli Stati membri e non membri entrato in vigore l’1 settembre

4.3. Il preminente interesse del minore e l'incostituzionalità della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale

Come già ricordato all'inizio di questo paragrafo, l'interesse del minore è stato il perno sul quale la Corte ha fatto leva per superare le rigide previsioni normative in materia di adozione. Interesse, quest'ultimo, che negli anni a seguire ha acquistato un ruolo sempre più preponderante nell'ordinamento. È stato, infatti, lucidamente messo in evidenza che il principio del superiore interesse del minore, «apre – o meglio sfonda – tutte le porte, anche quelle del giudizio di costituzionalità» e la sua applicazione costantemente si risolve nell'attribuzione agli organi giudicanti della massima discrezionalità nella decisione del caso concreto, a seconda della situazione¹⁶³. Per queste sue caratteristiche, il preminente interesse del minore funziona come una formula magica a disposizione del giudice per raggiungere un qualsiasi risultato e può essere paragonato a una scatola vuota, suscettibile di essere riempita di qualsiasi contenuto a seconda dei valori di riferimento dell'interprete¹⁶⁴.

Proprio grazie ad esso, la Corte ha potuto compiere operazioni sempre più complesse e importanti nel campo delle rigide previsioni di legge. Con le sentt. nn. 31 del 2012 e 7 del 2013 la Consulta ha superato, infatti, l'irragionevole automatismo legale della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale in conseguenza di una condanna per i reati di alterazione dello stato civile (art. 567 c.p.) e soppressione dello stato civile (art. 566 c.p.).

2011 (e non ratificata dall'Italia). L'obiettivo da essa perseguito è quello di «prendere in considerazione le evoluzioni della società e del diritto, nel rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sottolineando che l'interesse superiore del bambino deve prevalere su qualsiasi altra considerazione» (così può leggersi sul sito ufficiale dell'unione europea <http://conventions.coe.int>). Per ciò che qui interessa, la Convenzione stabilisce che l'età minima per l'adottante deve essere compresa tra i 18 e i 30 anni, la differenza di età tra adottante e l'adottato deve essere preferibilmente di almeno 16 anni. Per un'analisi di tale Convenzione si veda P. G. GROSSO, *La Nuova convenzione europea sull'adozione dei minori*, in *Dir. fam.*, 2010, 400 ss.

¹⁶³ E. Lamarque, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II, Famiglia e filiazione*. Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", "La famiglia davanti ai suoi giudici" Catania, 7-8 giugno 2013, in www.gruppodipisa.it, 6.

¹⁶⁴ Sono sempre parole di LAMARQUE, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II, Famiglia e filiazione*, cit., 6, che si rifà a quanto affermato da J. CARBONNIER, *Droit Civil*, I.2, *La famille, les incapacités*, Paris, 1969 e da P. RONFANI, *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in C. MANGIONI-C. BARALDI (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Urbino, 1997, 254.

La particolarità di queste pronunce risiede nella circostanza che il giudizio è stato condotto non dall'angolazione di chi subisce effettivamente la pena accessoria, ma da quella di coloro sui quali «si irradiano le conseguenze delle restrizioni imposte»¹⁶⁵. La Consulta, infatti, ha dichiarato l'incostituzionalità della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale non per il pregiudizio che questa aveva sul destinatario della norma (il genitore), ma per le conseguenze patite dal minore.

Nella sentenza n. 31 del 2012, il cui impianto argomentativo sarà ripreso nella sentenza n. 7 del 2013¹⁶⁶, si legge che la pena accessoria si poneva in contrasto con il principio di ragionevolezza poiché «ignorando *l'interesse del minore*, statuisce la perdita della potestà sulla base di un mero automatismo, che preclude al giudice ogni possibilità di valutazione e di bilanciamento, nel caso concreto, tra l'interesse stesso e la necessità di applicare comunque la pena accessoria in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso, tali da giustificare la detta applicazione appunto a tutela di quell'interesse»¹⁶⁷. Ed allora su queste basi – come si legge nella successiva sentenza n. 7 del 2013 – l'accertamento giurisdizionale sul reato ha il solo «valore di “indice” per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà: vale a dire il fascio di doveri e poteri sulla cui falsariga realizzare in concreto gli interessi del figlio minore»¹⁶⁸.

Le implicazioni teoriche insite in queste due pronunce saranno analizzati nel terzo capitolo di questo lavoro, qui per il momento è sufficiente rilevare che esse sicuramente segnano il punto più avanzato della giurisprudenza costituzionale in tema di

¹⁶⁵ M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.* 2012, 378.

¹⁶⁶ Il profilo di interesse di questa ultima decisione, in realtà è un altro: l'aver utilizzato per la prima volta come parametro interposto non la CEDU, ma un diverso trattato internazionale recepito con legge. Essa, infatti, ha utilizzato come norme interposte ai sensi dell'art. 117, I co., Cost., due norme internazionali che prevedevano testualmente il criterio dell'interesse del minore: l'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo del 1989 e l'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo del 1996; cfr V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma primo, cost.)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 e E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II, Famiglia e filiazione*, cit., 6.

¹⁶⁷ Corte cost. sent. n. 31 del 2012 *cons. dir.* punto 3.1. Secondo una lettura costituzionalmente orientata del reato della perdita della potestà genitoriale, per la quale si vedano F. BRICOLA, *Delitti contro lo Stato di famiglia*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 55 e M. BERTOLINO, *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010, 32 ss., in base alla quale tale sanzione è posta non a tutela dell'interesse punitivo dello stato ma proprio del superiore interesse del minore, il sistema delineato dal codice penale aveva addirittura effetti paradossali. Con il negare al giudice di merito la possibilità di valutare se la sanzione fosse o meno corrispondente all'interesse del minore, si arrivava a comprimere proprio dell'interesse tutelato dalla norma.

¹⁶⁸ Corte cost. sent. n. 7 del 2013 *cons. dir.* punto 5.

Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale

automatismi e mostrano, in definitiva, quanto l'esigenza di flessibilità sia divenuta pervasiva nella giurisprudenza costituzionale.

CAPITOLO II

Il lungo cammino della ragionevolezza

SOMMARIO: 1. Del perché parlare della ragionevolezza. – 2. Dall’uguaglianza all’uguaglianza-ragionevolezza. – 3. Le letture più recenti della ragionevolezza. – 4. Una indispensabile precisazione: una differenziazione utile purché non venga esasperata. – 5. Il bilanciamento di interessi operato dalla Corte costituzionale. – 5.1. (segue) Bilanciamento fra valori o interessi costituzionali? Cenni su una differenziazione teorica: valori, interessi, principi e regole. – 6. Eccesso di potere, ragionevolezza e discrezionalità del legislatore

1. Del perché parlare della ragionevolezza

Nell’analisi giurisprudenziale svolta nel capitolo precedente risulta evidente la centralità della ragionevolezza nella vicenda degli automatismi legislativi. Essa, infatti, a volte espressamente richiamata, altre soltanto implicitamente evocata, è sempre sottesa al controllo della Corte in tema di rigide previsioni di legge.

In realtà, in chi scrive è ferma la convinzione che gli automatismi legislativi non siano qualcosa d’altro rispetto al controllo di ragionevolezza, tutt’al più essi, in alcune ipotesi, rappresentano una ulteriore evoluzione dell’utilizzo di tale canone, il quale, a buon conto, si può considerare come la matrice unitaria dell’intera giurisprudenza costituzionale sulle rigide previsioni di legge.

L’assunto dal quale si parte è che lo sviluppo di tale giurisprudenza sia la manifestazione di quel costituzionalismo per valori, che ha fatto assumere alla ragionevolezza il ruolo di «ponte»¹ tra il mondo dei valori e il mondo delle regole². Alla luce di ciò, una riflessione sullo specifico ruolo ricoperto dalla ragionevolezza permette, allo stesso tempo, di spiegare il perché sia nato questo lungo ed eterogeneo filone

¹ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 645 ss. (alla quale le citazioni si riferiscono), il quale, come più avanti vedremo, definisce la ragionevolezza come il «ponte fra prescrizioni e realtà».

² È evidente qui il richiamo a quanto sostenuto da A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991 655, il quale ha definito la ragionevolezza quale elemento di mediazione tra la legalità costituzionale, e i suoi valori fondamentali, e la legalità legale.

giurisprudenziale in tema di automatismi legislativi e di guardare, in maniera unitaria, a questa variegata giurisprudenza.

Lo specifico rapporto di implicazione fra automatismi e ragionevolezza può essere considerato, poi, anche sotto un altro profilo, che, muovendosi sulla superficie del fenomeno, prende in considerazione il suo concreto atteggiarsi nelle argomentazioni della Corte, come vedremo nel capitolo successivo.

All'imporsi del costituzionalismo per valori e, di conseguenza, della ragionevolezza, quale fondamento e ragione dello sviluppo della giurisprudenza sul si farà, invece, cenno nel quarto capitolo.

In forza delle considerazioni appena esposte, si impone la necessità di tracciare le linee essenziali dello sviluppo della ragionevolezza, il cui lungo cammino si presenta come un tema magmatico e complesso, il quale da anni occupa le riflessioni della dottrina costituzionalistica e non solo³, e che qui, pertanto, non potrà che analizzarsi al solo e limitato fine di fornire le coordinate teoriche indispensabili per le considerazioni che più avanti si andranno a proporre.

³ Per quanto riguarda il diritto amministrativo si vedano fra i tanti: R. ROLLI, *Discrezionalità amministrativa e controllo di ragionevolezza. Autonomia dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, cit., 215 ss.; A. SANDULLI, *Proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; L. COEN, *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, Torino, 1998; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 939 ss. Per quanto riguarda le riflessioni penalistiche su tale tema si vedano: A. BEVERE, *op. cit.*, 1 ss.; G. INSOLERA, *op. cit.*, 13 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, cit., 31 ss.; G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 1021 ss. e 1070 ss.; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998, 41 ss. Infine, per quanto riguarda il ruolo della ragionevolezza nel diritto tributario si vedano P. STANCATI, *Commisurazione del prelievo tributario, capacità contributiva e limiti di «ragione» nella prestazione tributaria* e F. MIGLIARESE, *La ragionevolezza nel controllo della corte dei conti sulla gestione*, entrambe in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, cit., rispettivamente pagg. 149 ss e 207 ss. Per il principio di uguaglianza nel diritto europeo si vedano: M. V. BENEDETTELLI, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Padova, 1989 e F. GHERA, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003.

2. Dall'uguaglianza all'uguaglianza-ragionevolezza

È oramai assunto indiscutibile che il canone della ragionevolezza sia sorto «nell'ambito del giudizio sull'uguaglianza delle leggi»⁴, i cui rapporti con quest'ultimo «sono venuti alla luce solo in maniera graduale e non sempre secondo uno sviluppo storico lineare»⁵.

Ed è altrettanto noto che nelle prime decisioni di incostituzionalità, aventi come parametro l'articolo 3 Cost., era presente l'eco della «teoria espositiana della pari forza ed efficacia della legge»⁶, tesa a garantire la discrezionalità legislativa⁷.

⁴ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 10. Fatto, questo, che, come afferma M. LUCIANI, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in AA.VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 245, «non è certo sorprendente [...] Non lo è perché, se si legge l'eguaglianza come un principio risolvendosi nella massima secondo cui a situazioni eguali deve essere predicato un trattamento eguale, mentre a situazioni diverse deve essere riservato un diverso trattamento, ogni giudizio di eguaglianza costringe a porsi almeno due interrogativi, in entrambi i quali è in giuoco l'idea di ragionevolezza. L'uno, con il quale ci si chiede se il legislatore abbia ragionevolmente valutato la diversità e le analogie fra le varie categorie di destinatari del dettato normativo. L'altro che riguarda la ragionevolezza della scelta del trattamento legislativo da praticare, operata sulla base della preliminare valutazione di diversità/eguaglianza oggetto del primo interrogativo».

⁵ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 39.

⁶ Così ancora A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 41.

⁷ Il tema della discrezionalità legislativa sarà trattato nel par. 6 di questo capitolo. Per il momento, oltre alle altre opere che nel prosieguo indicheremo, si veda: C. ESPOSITO, *Uguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID. *La Costituzione italiana. Saggi*. Padova, 1954, 54 ss. Come mette in evidenza G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 38, nota 32, la teoria espositiana ancora risente degli insegnamenti di C. SCHMITT, *Unabhängigkeit der Richter, Gleichheit vor dem Gesetz und Gewährleistung des Privateigentums nach der Weimarer Verfassung*, Berlin-Leipzig, 1926 e ID., *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, 154, il quale aveva ricondotto il significato del principio di uguaglianza ad un generale divieto di leggi eccezionali, concrete e personali. La ricostruzione di Esposito è lucidamente criticata da L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965, 143-145, con argomentazioni delle quali, per la chiarezza e l'acume delle considerazioni del Maestro, è utile darne conto diffusamente. Il Paladin, innanzitutto, rileva che la tesi dell'Esposito è in buona parte originale, poiché solo apparentemente richiama l'antica definizione della parità giuridica in termini di eguale sottoposizione alla legge di tutti i cittadini. La formula, infatti, «intende riferirsi ad una indispensabile eguaglianza della legge, non alla semplice legalità. Ma proprio nella novità che la distingue sembra consistere l'aspetto meno persuasivo della formula medesima». Fra i due ordini di critiche, che il Paladin muove alla tesi di Esposito, quello che qui si vuole riportare è solo il secondo, poiché si riferisce all'aspetto fatto proprio dalla prima giurisprudenza costituzionale sul punto. Riguardo a tale tesi l'Autore rileva che «facendo mostra d'opporre l'efficacia al contenuto degli atti legislativi, essa distingue in realtà gli uni dagli altri contenuti, secondo che regolino o meno l'efficacia stessa: per cui la sua differenza dalle tesi che essa combatte finisce per essere quantitativa. Né la separazione suggerita sembra tale da essere applicabile "de plano" (cioè senza ricorrere al criterio dell'arbitrio)». Ed inoltre – continua l'Autore – essa, accostando esigenze tradizionalmente connesse all'eguaglianza con altre che storicamente non sono riferibili alla parità giuridica, si astiene «dal colpire molte classificazioni che per il senso comune dei moderni feriscono il bisogno d'eguaglianza; ed estraniandosi, di conseguenza, da svariati problemi che oggi preoccupano – anche in Italia – giurisprudenza e dottrina prevalenti» (corsivi nel testo).

Nella prima fase, la giurisprudenza costituzionale ha adoperato, infatti, un'accezione ristretta del principio di uguaglianza, inteso soltanto come divieto di disparità formali. E su tale base riteneva che integrassero una violazione dell'art. 3 Cost. soltanto le leggi *ad personam*, le discriminazioni riconducibili ai criteri espressamente sanciti dallo stesso articolo o, infine, i casi di assimilazione e diversificazione di trattamento per situazioni *considerate dallo stesso legislatore*, rispettivamente, diverse o uguali.

Alla base della giurisprudenza dei primi anni era presente la preoccupazione di garantire la discrezionalità del legislatore, come inequivocabilmente si legge nella sentenza n. 3 del 1957: «la valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da regolare non può non essere riservata alla discrezionalità del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti nel primo comma... [dell'] art. 3». E ciò perché «questo principio non va inteso nel senso, che il legislatore non possa dettare norme diverse per regolare situazioni che esso ritiene diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale. Ma lo stesso principio deve assicurare ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali siano le condizioni soggettive ed oggettive alle quali le norme giuridiche si riferiscono per la loro applicazione»⁸.

Ma ben presto la posizione della Corte costituzionale, accorta a che la sua verifica non trasmodasse in un controllo sull'esercizio della funzione legislativa, si viene attenuando.

E, infatti, già la sentenza n. 53 del 1958, nella quale il giudice delle leggi pure dichiara di rimanere saldamente nel solco della propria giurisprudenza, si configura come una vera e propria «svolta»⁹. In questa decisione la Consulta afferma che dalla propria giurisprudenza emerge anche l'implicita affermazione che a situazioni diverse non può essere imposta un'identica disciplina legislativa. La violazione del principio d'uguaglianza viene integrata, infatti, anche pareggiando «situazioni che sono oggettivamente diverse». E – continua la Corte – l'affermazione che la valutazione delle diverse situazioni, riservata al potere discrezionale del legislatore, è sottratta al giudizio

⁸ Così Corte cost. sent. n. 3 del 1957. Ed ancora più chiaramente, il giudice delle leggi, nella successiva sentenza n. 28 del 1957, afferma che, fino a quando i limiti espressamente indicati dall'art. 3, I co., Cost., non siano violati e non vengano adottate leggi *ad personam*, «ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate implicherebbe valutazioni di natura politica, o quanto meno un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte costituzionale non spetta esercitare, anche a norma dell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87».

⁹ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 11.

di legittimità costituzionale non viene contraddetta e «né si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che il principio dell'eguaglianza è violato, quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse»¹⁰.

Questo è stato, in altri termini, il primo passo verso l'introduzione della «valutazione di ragionevolezza del trattamento discriminatorio»¹¹, che era destinato a trasformare l'art. 3 Cost. in uno strumento di garanzia di fronte all'irrazionalità dell'ordinamento¹², facendo assumere all'uguaglianza – e nonostante la deferenza formale ancora dimostrata dalla Corte verso il pieno rispetto della discrezionalità legislativa¹³ – la veste di strumento di controllo della discrezionalità legislativa¹⁴.

Processo che viene definitivamente portato a compimento nella sentenza n. 7 del 1962¹⁵, nella quale la Corte afferma che «mentre è da ritenere implicita nel principio predetto l'esigenza di disporre trattamenti differenziati per situazioni obiettivamente diverse, rimane, tuttavia, aperto al giudice della costituzionalità l'accertamento delle

¹⁰ Così Corte cost. sent. n. 58 del 1953 *cons. dir.* punto 2.

¹¹ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 41.

¹² Così A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, 62, il quale così scrive: «sembra che l'antica tutela del cittadino di fronte ai privilegi [...] si sia dissolta in una più ampia garanzia di fronte all'irrazionalità dell'ordinamento». L'Autore, in realtà, riconosce un'ambivalenza del principio in parola, il quale sarebbe costituito da un «“nucleo forte” corrispondente a quella che è stata la sua funzione storica nello Stato liberale e liberal-democratico», vale a dire la tutela del cittadino contro i privilegi e gli atti discriminatori, e «un contenuto più ampio corrispondente all'esigenza attuale di garantire un minimo di razionalità all'ordine legislativo». E, inoltre, il Cerri afferma che sebbene «assai più numerose sono le fattispecie in cui si discute piuttosto di oggettiva irrazionalità e non di subiettivo privilegio [...] ciò non toglie che il principio è nato con riguardo a questa secondo ipotesi» (p. 63) e, soprattutto, come dimostra con dovizia di esempi, che «la distinzione assume pratica rilevanza» (p. 64 ss.).

¹³ E ciò lo si ricava nel passo nel testo citato in cui la Corte espressamente afferma che così operando non compiva valutazioni di natura politica e nemmeno controllava l'uso del potere discrezionale del legislatore.

¹⁴ Così G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 43, il quale in relazione all'affermazione contenuta nella successiva sent. n. 46 del 1959 (nella quale la Corte afferma che «accertata questa idonea ragione della legge, ogni altra critica non può avere qui ingresso» poiché «porterebbero a giudicare non se la legge sia conforme alla Costituzione, ma se la legge sia giusta, equa, opportuna, completa, tecnicamente ben fatta, ecc.: campo, questo, riservato all'esclusivo apprezzamento del legislatore, che ne assume piena ed intera la responsabilità politica») mette in evidenza che «l'*excusatio non petita* mostrava meglio di ogni rilievo critico della dottrina come il sindacato condotto alla stregua dell'art. 3 Cost. si fosse aperto oramai uno spazio potenzialmente illimitato di intervento».

¹⁵ Ma si veda anche la sentenza n. 16 del 1960, nella quale la Corte ha affermato che la sua giurisprudenza era «costante nel senso che il principio di eguaglianza è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovino in eguali situazioni». Come ha avuto modo di chiarire G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 42, si afferma, in tal modo, un'uguaglianza che potrebbe dirsi «materiale [...] che imponeva uno scrutinio di costituzionalità più complesso e pervasivo di quello diretto a sanzionare le sole discipline internamente contraddittorie».

circostanze dalle quali si desuma l'inesistenza di ogni presupposto idoneo a giustificare la diversità del trattamento»¹⁶.

In definitiva, questa decisione rappresenta solo la logica conseguenza del cammino già intrapreso dalla Consulta, come risulta dalle parole di Carlo Esposito¹⁷ il quale, in senso critico, rilevava che il giudice delle leggi ha adottato «l'interpretazione dell'art. 3 da essa preferita», affermando «il proprio potere a sindacare la arbitrarietà o la ininquadabilità delle disposizione di legge nel sistema logico dell'ordinamento»¹⁸.

In questa decisione, in definitiva, il giudice delle leggi mette nero su bianco quello che fino a quel momento era rimasto ancora inespresso nelle sue decisioni: il suo potere di valutare se la scelta di introdurre una determinata disciplina sia o meno giustificata mediante una valutazione che non si chiude nei confini di quanto dalla legge è astrattamente previsto, ma che si estende alle valutazioni delle fattispecie concrete e ai loro profili di analogia, in modo da valutare se la compiuta parificazione o diversificazione legislativa sia o meno giustificata¹⁹.

Superata in tal modo l'interpretazione restrittiva della portata precettiva dell'art. 3 Cost., la Corte ha recepito quelle indicazioni dottrinarie espresse, fra gli altri, da due grandi maestri, Crisafulli²⁰ e Mortati²¹, che avevano auspicato il superamento della

¹⁶ Corte cost. sent. n. 7 del 1962 *cons. dir.* punto 3.

¹⁷ C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice della «non arbitrarietà» delle leggi*, in *Giur. cost.* 1962, 81.

¹⁸ ...Pur – continua l'Esposito – non portando alle logiche conseguenze questa sua affermazione, poiché la Corte non aveva riconosciuto nessuna disparità di trattamento. Fatto quest'ultimo che rende tale filone giurisprudenziale ancora più pericoloso, poiché la Corte «affermando in astratto il proprio potere a sindacare l'arbitrio o l'inconsequenzialità del legislatore, e negando in pratica assai spesso la inconsequenzialità là dove essa esisteva, o sostenendo che essa rientrava nel potere discrezionale del legislatore, abbia aperto a se stessa la via a giudicare liberamente o a proprio piacimento della Costituzionalità di molte leggi»; così ancora C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice della «non arbitrarietà» delle leggi*, cit., 82. Critico verso la decisione è anche M. GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto dei canoni dei cereali. Controllo di costituzionalità o di ragionevolezza delle norme speciali?*, in *Giur. cost.*, 1962, 82 ss., il quale, dopo aver riconosciuto che questa decisione ha applicato l'indirizzo espresso dal Mortati, paventava il pericolo che tale applicazione dell'art. 3 comportasse «un controllo eccessivamente penetrante delle ragioni che abbiano indotto il legislatore a diversificare le situazioni», il quale «finirebbe con il riferirsi necessariamente alle ragioni politiche o di opportunità delle norme».

¹⁹ Come ha avuto modo di chiarire L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 60, a partire da questo momento la Corte ha «saldamente incardinato lo "statuto" del sindacato di uguaglianza formale sulle leggi sul terreno del controllo finalistico, risolvendolo in un controllo sulla giustificazione delle distinzioni, delle classificazioni, in ultima analisi delle scelte del legislatore».

²⁰ V. CRISAFULLI, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giur. cost.*, 1958, 868-869 affermava che precludere alla Corte la valutazione dei motivi di differenziazione o di parificazione della disciplina recata dalla legge significava non permettere il sindacato sul rispetto del principio di uguaglianza. E, infatti, l'Autore, scriveva che «o [...] nel timore di riconoscere al giudice della costituzionalità un sindacato così penetrante, da poter sconfinare nei giudizi politici, si esclude che le valutazioni legislative [...] possano mai essere oggetto della Corte [...] ed allora molti limiti

concezione formale del principio in parola a favore di un controllo più penetrante delle scelte legislative.

Dal momento in cui la Corte ha iniziato a declinare l'uguaglianza come non contraddizione delle scelte legislative, e seppure mediante un percorso che non ha avuto un andamento lineare, che ha registrato diverse battute di arresto, passi indietro e, in definitiva, è risultato tendenzialmente asistemico²², il giudizio di uguaglianza diviene la forma argomentativa più utilizzata dalla Corte²³ e, alla luce dell'evoluzione successiva, può dirsi che ha assunto la veste di «livello minimale del sindacato di ragionevolezza»²⁴.

costituzionali [...] finirebbero per vanificarsi, essendone rimessa l'osservanza alla mera libertà di apprezzamento degli organi politici, oppure si considera prevalente l'esigenza di far valere effettivamente il limite, e si dovrà ammettere di conseguenza il sindacato della Corte»; in questo senso anche ID., *Ancora in tema di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1959, 745 ss. e spec. 747-748.

²¹ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 42, nota 39, scrive che «in dottrina la concezione dell'uguaglianza come imperativo di ragionevolezza delle qualificazioni legislative discriminatorie era accreditata soprattutto da Costantino Mortati [...] che riprendeva e sviluppava consolidate dottrine germaniche intendendo l'art. 3, primo comma, come espressivo di un divieto di arbitrio (*Willkürverbot*) nella valutazione della diversità delle situazioni poste a fondamento di una regolamentazione giuridica differenziata». E, infatti, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1958, 715, reputava l'interpretazione dell'Esposito, e della prima giurisprudenza costituzionale sull'art. 3 Cost. «troppo restrittiva», poiché «è [...] da chiedersi se, lasciando all'assoluto arbitrio del legislatore la valutazione delle diversità delle situazioni nonché della sufficienza di questa a porre una differenziazione di regolamentazione giuridica, non si finisca con lo svuotare il principio di cui si parla di gran parte del suo valore». Sulla base di ciò, e pur escludendo un controllo sul merito delle scelte legislative, il Mortati continuava affermando che si deve «ritenere esistente a carico del legislatore quello stesso obbligo di non violare le leggi della logica (che costituisce un limite giuridico all'esercizio di ogni attività discrezionale)». Lungo questa direttrice si collocava anche P. BARILE, *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, in *Giur. cost.*, 1958, 1245, il quale scriveva che il principio di eguaglianza «imporrà sempre, al sovrano organo di giustizia costituzionale, il controllo del buon uso del potere discrezionale dal parte del legislatore [...] per cui potranno essere annullate per *eccesso di potere legislativo* tutte le leggi che violino in concreto (e ciò apparirà da fattispecie sintomatiche quali, ad. es., il travisamento dei fatti e la manifesta contraddizione) il principio di eguaglianza, questo cardine fondamentale che deve dettare il comportamento sia del legislatore sia dell'amministratore» (corsivo nel testo). Come si vede dal lungo passo citato – e il tema verrà ripreso più avanti nel testo – il Barile legava il controllo sulla ragionevolezza delle leggi alla figura dell'eccesso di potere.

²² È, infatti, proprio in materia di ragionevolezza che la giurisprudenza costituzionale è connotata – ci sia consentito il gioco di parole – dalla più alta irrazionalità dei moduli argomentativi.

²³ Molto critico sull'applicazione del principio di eguaglianza si è mostrato G. FERRARA, *Dell'eguaglianza*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994, 54, il quale afferma che «da pretesa dei destinatari del potere normativo statale e del potere sociale, l'eguaglianza, dopo essere diventata qualità ed efficacia generale del precetto normativo sempre condizionato dai sottostanti rapporti sociali, è diventata l'ingrediente da mescolare tra le motivazioni decisorie utili per consentire la più sicura efficacia degli atti di esercizio del diritto individuale, soprattutto privato». Dello stesso Autore, sempre in senso critico rispetto sia alla veste che ha assunto il giudizio di uguaglianza nella giurisprudenza costituzionale sia con specifico riferimento alla ragionevolezza, si veda ID., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in N. OCCIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, 89 ss.

²⁴ Secondo l'espressione di A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 1994, 16. Oltre alle opere qui citate, sull'eguaglianza si vedano anche: C. ROSSANO, *Il principio d'eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1966; P. BISCARETTI DI RUFFIA, voce

Il giudizio di uguaglianza-ragionevolezza si configura comunemente come un giudizio «trilaterale»²⁵, nel quale sono presenti tre termini: la norma oggetto, il parametro e il *tertium comparationis*²⁶. La valutazione non si svolge, infatti, secondo uno schema binario, in cui si instaura un confronto fra la norma impugnata e il parametro di costituzionalità, ma è necessario un elemento di raffronto²⁷, per mezzo del quale valutare la ragionevolezza della disciplina legislativa posta al vaglio di costituzionalità²⁸.

Uguaglianza (principio di), in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 1088 ss.; G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi*, Milano, 1977, B. CARAVITA DI TORITTO, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984.

²⁵ Ricostruzione, questa, che si deve al L. Paladin, il quale dapprima in ID., *Considerazioni sul principio costituzionale d'eguaglianza*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1962, 897 ss; poi nello studio monografico ID., *Il principio costituzionale di eguaglianza*, cit., e infine, nel saggio ID., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*: aprile 1979-dicembre 1983, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 657, nel quale ha ulteriormente precisato il modello qui richiamato.

²⁶ Sulle caratteristiche che questo deve presentare si veda la sintetica e chiara ricostruzione di P. CARNEVALE-A. CELOTTO, *Il parametro «eventuale». Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Torino, 1998, 100 ss. Qui non si può fare a meno di ricordare, però, che l'individuazione del termine di comparazione non solo è un momento molto delicato e complesso del giudizio di uguaglianza (così G. SERGES, *Questione di legittimità costituzionale alla stregua del principio di eguaglianza ed individuazione del tertium comparationis*, in *Giur. it.*, 1989, 383 ss.), ma è primariamente un compito gravante sul giudice *a quo*, che deve svolgerlo in modo preciso e univoco, pena l'inammissibilità della questione.

²⁷ Come ha avuto modo di chiarire L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, cit., 609, «la disparità di trattamento, denunciata con riferimento alla disciplina di certe fattispecie o di certe categorie di soggetti, dev'essere apprezzata in rapporto alla disciplina che l'ordinamento riserva ad altre categorie o ad altre fattispecie del tutto o in parte distinte da quella che forma l'oggetto della norma impugnata». E negli stessi termini si è espressa la Corte costituzionale, nella sent. n. 10 del 1980, affermando che «le valutazioni di legittimità costituzionale sul rispetto del principio di eguaglianza [...] comportano per definizione che la normativa impugnata venga posta a raffronto con un'altra o con altre normative (sia pure estendendo l'indagine alle difettose previsioni ovvero alle lacune dell'ordinamento giuridico), per stabilire in tal modo se il legislatore abbia dettato disposizioni così poco ragionevoli da doversi ritenere costituzionalmente illegittime». Elemento questo che deve essere tenuto ben distinto da quello che M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 548, ha felicemente definito *tertia completionis*. L'Autore si rifà a quanto già affermato da L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, cit., 638, rispetto agli elementi che la Corte utilizza «ai soli fini dell'indagine sulla giustificatezza o sulla congruenza della norma denunciata». Elementi che, in altri termini, servono a portare a «compimento l'opera di costruzione del quadro di riferimento utile per il giudice costituzionale, senza però incidere direttamente sul raffronto tripolare che costituisce il nocciolo duro del giudizio di eguaglianza» (M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 548). Affermano l'imprescindibile presenza dell'elemento di raffronto anche B. CARAVITA DI TORITTO, *Appunti in tema di "Corte giudice a quo" (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso di giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 332 ss.; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 290 ss.; A. CERRI, voce *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994, 8. Fra quanti ritengono che il termine di raffronto non sia necessario, ma sia piuttosto un elemento dal quale desumere l'irragionevolezza della norma si veda A.S. AGRÒ, *Art. 3*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 130 ss.

²⁸ Come è noto, in questi casi il giudizio consta di una fase preliminare, in cui il giudice delle leggi dapprima individua la ragione giustificativa della legge ovvero la sua *ratio legis* (come, infatti, ha

Come è stato messo in luce, il giudizio di uguaglianza-ragionevolezza permette, da un lato, di dichiarare l'incostituzionalità di una norma, speciale o derogatoria, che ingiustificatamente pone delle differenziazioni rispetto alla disciplina generale, richiamata come termine di comparazione e, dall'altro, di dichiarare l'incostituzionalità di normative che risultano sotto-inclusive o sovra-inclusive²⁹. Di norme, cioè, che non ricomprendono nel loro ambito di applicazione casi che pur sarebbero dovuti essere inclusi – in tal modo discriminando fattispecie analoghe – o, viceversa, di norme che – parificando fattispecie che difettano dei caratteri di analogia – ingiustificatamente si applicano a casi che sarebbero dovuti essere esclusi³⁰.

Da questa sommaria descrizione risulta chiaramente, da un lato, l'atteggiarsi della ragionevolezza a «costola» del principio di eguaglianza, seppure intendendo

avuto modo di chiarire la Corte cost., sent. n. 264 del 2005: il giudizio di uguaglianza, «involgendo la verifica sul corretto uso del potere normativo, implica una analisi sulle ragioni che portano una determinata disciplina ad operare, all'interno del tessuto egualitario dell'ordinamento, quella specifica equiparazione oppure quella specifica distinzione»; su tale aspetto si veda A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza*, Torino, 1996) e, solo successivamente, verifica se le situazioni poste a raffronto siano omogenee, e pertanto comparabili, vale a dire presentino caratteri di analogia rispetto alla *ratio* della norma presa in esame. Sul punto bisogna, però, segnalare (oltre a quanto verrà fra breve messo in luce nel testo) che, nell'evoluzione di tale forma di controllo, quando l'irragionevolezza in sé della classificazione legislativa appare manifesta, il giudice di costituzionalità si concentra direttamente sulla «verifica di ragionevolezza della discriminazioni introdotta senza affrontare preliminarmente il problema dell'omogeneità delle situazioni considerate in giudizio ai fini di una valutazione comparativa» (così G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 57, portando ad esempi la sent. n. 123 del 1990). Soltanto se tale controllo preliminare ha esito positivo, la Corte procede alla ricostruzione della *ratio* del *tertium comparationis*, al fine di raffrontarla a quella della norma oggetto di costituzionalità (così ancora G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 50).

²⁹ Sul punto si veda L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 61 e A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 45, il quale scrive che la rottura del principio di eguaglianza sorge anche «quando è dato riscontrare un distacco fra *ratio legis* e concrete possibilità applicative e cioè quando ad una *ratio legis* capace potenzialmente di ricomprendere più fattispecie si contrappone un tenore letterale angusto tale da impedire un espandersi della norma conforme all'intento che l'anima e, dunque, tale da creare una diversa disciplina in ordine ad ipotesi consimili (rispetto allo scopo dato); oppure, in secondo luogo, quando il tenore letterale comprende due o più fattispecie, mentre la *ratio* è correlata ad una sola di esse, quando dunque si ha eguale regolazione di ipotesi diverse»; dello stesso Autore si veda anche ID., *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1999, 13.

³⁰ Come è evidente, in queste due ipotesi il raffronto non si svolge fra due norme, ma fra due fattispecie rispetto alla medesima norma e la generalizzazione poste in essere dal legislatore viene valutata rispetto alla *ratio legis*, alla ragione giustificativa o, secondo una diversa lettura, al fine che la norma intende perseguire (L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 60-61). E rispetto ad essa, infatti, che si valuta la razionalità (secondo l'espressione maggiormente utilizzata dalla Corte in questi casi) della generalizzazione compiuta dal legislatore. E allora, in queste ipotesi, la disciplina sarà valutata confrontando la *ratio* della norma con quella delle diverse fattispecie: nel caso di norma sotto-inclusiva, se la fattispecie esclusa risponderà alla stessa *ratio* della disciplina, la differenziazione, consistente nella ingiustificata esclusione, risulterà irragionevole e, pertanto, la Corte potrà estendere la disciplina anche a quest'ultima; nel caso di norma sovra-inclusiva, invece, se una delle fattispecie incluse non sia riconducibile alla *ratio* della norma, l'assimilazione, consistente nella ingiustificata equiparazione, risulterà irragionevole e, pertanto, la Corte colpirà la norma nella parte in cui opera tale equiparazione.

quest'ultimo in un'accezione ampia, come principio di coerenza del sistema»³¹ e, dall'altro, la natura relazionale del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza che – aspetto forse ancora più importante – mantiene «una generale “deferenza” nei confronti delle valutazioni legislative, privilegiandosi in tal modo strumenti di sindacato», che non ricorrono, o che almeno apparentemente non ricorrono, al momento valutativo³².

In un'accezione minima, pertanto, la ragionevolezza assolve al ruolo di strumento di controllo della coerenza dell'ordinamento e questo ha formato l'alveo nel quale è stata saldamente ricondotta dai primi contributi dottrinari, i quali hanno indagato la ragionevolezza quale fenomeno autonomo rispetto all'uguaglianza.

3. Il giudizio di ragionevolezza dalle prime ricostruzioni dottrinarie alla sua (completa?) emancipazione dall'articolo 3 della Costituzione

Nel significato appena esposto si muove la ricostruzione di Aldo Mazzini Sandulli³³, il quale afferma che la «regola della *rationabilitas* delle leggi affonda essa stessa le radici nel principio costituzionale di eguaglianza, del quale l'art. 3 non rappresenta se non la parte emergente dell'*iceberg* che lo contiene». Chiarito ciò, il Sandulli riconosce la possibilità che il principio di eguaglianza sia violato anche oltre i casi espressamente in esso indicati, poiché «ogni norma giuridica, per la sua stessa essenza e funzione (consistente nell'innovazione dell'ordinamento), comporta necessariamente delle modificazioni nel preesistente assetto delle situazioni soggettive e dei rapporti intersoggettivi». Queste modificazioni ben possono risultare «logicamente non pertinenti rispetto agli obiettivi [...] che la legislazione si propone di perseguire» e, pertanto, creare «inclusion[i] o esclusione[i] che si risolvono di volta in volta, data l'ingiustificatezza, in un favore o in un disfavore, e perciò, in un modo o nell'altro, nella creazione di una disparità in contrasto con il sistema»³⁴.

³¹ Sono parole di A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 19-20.

³² Così A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 16, il passo riportato fra virgolette.

³³ A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 561 ss. (dal quale le citazioni sono tratte) e anche in ID., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, 665 ss., il quale ammette la configurabilità di tale controllo, poiché lo considera saldamente collocabile nell'alveo dei giudizi di legittimità e non di merito.

³⁴ Tutte le citazioni sono tratte da A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 562.

Dal passo riportato risulta con evidenza la declinazione del principio di ragionevolezza nella formula del principio di coerenza, il «quale principio di coerenza – sono sempre parole di Sandulli – esige che ogni norma giuridica abbia carattere di *universalità* fino al massimo limite possibile [...] ed esige inoltre che le stesse norme particolari e derogatorie [...] abbiano esse pure il medesimo carattere, nel senso di abbracciare tutti i possibili casi [...] per cui la disciplina “particolare” sia sorretta dalla medesima *ratio* e non comporti giustificabili eccezioni»³⁵.

Una diversa lettura, invece, la quale alla luce della successiva giurisprudenza della Corte si è rivelata come quella che meglio ha colto le potenzialità del controllo di ragionevolezza, è quella proposta da Carlo Lavagna, in uno scritto del 1973³⁶.

L'intuizione fondamentale dell'Autore³⁷ risiede nell'aver letto la ragionevolezza quale «momento essenziale ed ineliminabile» seppure in «forma implicita ed inespressa»³⁸ di ogni giudizio di costituzionalità³⁹.

E questa affermazione viene magistralmente dimostrata nelle dense e illuminanti pagine successive del saggio, del quale è opportuno riportare alcuni passaggi.

L'Autore inizia analizzando il rapporto fra prescrizioni e norme, affermando che le prime, poiché «non sono altro che “verba”», «intanto riescono ad operare, in quanto si inseriscono [...] in determinati preesistenti *contesti* umani»⁴⁰. E questi ultimi non vengono riguardati in modo statico, nel senso che siano immutabilmente quelli assunti o presunti dal legislatore, ma si considerano nella loro dinamica realtà ed attualità. Proprio in forza di ciò, nelle norme (che – per l'Autore – «si atteggiavano a semplici modi di intendere le prescrizioni-fonti», «costruzioni ideali del tutto esterne, anche se non

³⁵ A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 563. Vizio di ragionevolezza che secondo l'illustre Autore (ivi, 568-574) si manifesta in due figure tipiche: i casi di applicazione travalicatrice delle formule elastiche e i casi di incoerenza della normativa che, a sua volta, si può presentare sotto tre diverse forme: la *contraddittorietà*, quando le statuizioni risultino inconciliabili con gli obiettivi enunciati nel testo o con il sistema nella sua interezza; l'*impertinenza*, «mancanza di correlazione logica del meccanismo legislativo rispetto agli obiettivi da perseguire», e, infine, l'*inadeguatezza*, quando «vengono utilizzati strumenti legislativi che pecchino palesemente [...] per difetto o per eccesso o comunque per mancanza di proporzione, rispetto all'obiettivo avuto di mira».

³⁶ C. LAVAGNA, *op. cit.*, 645 ss. (alla quale le citazioni si riferiscono), il quale così rielaborava quanto già sostenuto in una conferenza del 1969.

³⁷ Come pure mette in evidenza G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 187.

³⁸ Le parole riportate fra virgolette sono di C. LAVAGNA, *op. cit.*, 642.

³⁹ Come ha messo in evidenza A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 20, la posizione di Lavagna, rispetto a quella del Sandulli, risulta innovativa, «non solo [...] per aver avuto della “ragionevolezza” un'idea affatto generale, ma anche per aver impostato il problema diversamente, partendo dalla ricostruzione del concetto di norma giuridica, quale viene in rilievo in sede di controllo di costituzionalità».

⁴⁰ Entrambe le citazioni sono di C. LAVAGNA, *op. cit.*, 644 (corsivo nel testo).

estranee, alle prescrizioni»⁴¹) e quindi nel diritto, entra «non solo il contenuto delle prescrizioni, ma anche e necessariamente il contenuto dei contesti umani, nella misura in cui le prescrizioni lo sollecitano. E, pertanto, la ragionevolezza viene ad essere proprio «l'utilizzazione razionale di [tali] contesti umani, nella costruzione di norme sulla base delle prescrizioni-fonti»⁴². Essa, in definitiva, è – secondo un'espressione divenuta celebre in dottrina – il ponte tra diritto e azione che poggia sui due piloni: da un lato, la prescrizione generale ed astratta e, dall'altro, la realtà concreta⁴³.

In forza di questa interazione fra il mondo del diritto, con le sue prescrizioni-fonti, e il mondo della realtà concreta, l'Autore ritiene che la norma è «un guscio riempito di volta in volta dai contesti umani attraverso la *rationabilitas*, la ragionevolezza o *ratio iuris*»⁴⁴.

Ragionevolezza che per l'Autore si specifica nelle figure della corrispondenza, finalità, pertinenza, congruità, e si svolge attraverso due strumenti logici tipici: la coerenza e l'evidenza. La coerenza è «il ricorso ad una pura e semplice critica (esterna) dei verba e della *ratio legis*»; l'evidenza, invece, è il «canale che maggiormente utilizza i contenuti esterni, in quanto può condurre, al limite, ad affermare l'erroneità della legge, sulla base di cognizioni comuni, pacifiche, universali»⁴⁵.

E continua l'Autore – facendo venire alla luce un aspetto che si dimostra di fondamentale importanza per l'oggetto di questo lavoro – entrambi questi strumenti rappresentano «due canali diversi, ma confluenti; giacché il giudizio di coerenza presuppone sempre, sia pure in forma embrionale, un giudizio di evidenza; o addirittura può mascherare un tale giudizio»⁴⁶. Da questa constatazione deriva che il giudizio di coerenza pur avendo ad oggetto le prescrizioni legislative è anch'esso un giudizio di ragionevolezza, poiché per affermare che la legge è contraddittoria, in quanto ingiustificatamente parifica o diversifica, non si possono che utilizzare contenuti esterni.

Ci è parso utile riportare le posizioni di questi illustri studiosi per dimostrare che alla dottrina più accorta non erano sfuggite, già nella fase embrionale del giudizio di ragionevolezza, le potenzialità espansive di quest'ultima.

⁴¹ Entrambe le citazioni sono di C. LAVAGNA, *op. cit.*, 643 (corsivo nel testo).

⁴² Entrambe le citazioni sono di C. LAVAGNA, *op. cit.*, 645.

⁴³ C. LAVAGNA, *op. cit.*, 645.

⁴⁴ C. LAVAGNA, *op. cit.*, 647.

⁴⁵ C. LAVAGNA, *op. cit.*, 654.

⁴⁶ C. LAVAGNA, *op. cit.*, 654.

È, come abbiamo visto, soprattutto la riflessione del Lavagna che ha colto l'innata potenzialità espansiva del canone in commento, che ben presto si sarebbe emancipato dal controllo di uguaglianza *stricto sensu* inteso e avrebbe trovato un autonomo sviluppo nelle forme che la dottrina suole definire, sinteticamente, *controllo di ragionevolezza in senso stretto*. Con questa espressione, come è noto, si indicano quella serie di controlli, quali la congruità, l'adeguatezza, la pertinenza e la proporzionalità, con i quali la Corte sanziona l'intrinseca contraddittorietà della legge.

Tale forma di controllo si è stabilmente delineata a partire dagli anni Ottanta, nel «lontano precedente»⁴⁷ rappresentato dalla sent. n. 49 del 1980, nella quale la Consulta, affermando che il principio di uguaglianza può operare anche nel caso si denunci l'«assoluta indeterminatezza»⁴⁸ della norma impugnata, ha lasciato «trasparire che l'irragionevolezza pot[esse] discendere dalle caratteristiche intrinseche della disposizione impugnata, senza alcuna necessità di ricorrere al confronto con altri termini di raffronto»⁴⁹.

E su tale linea, nella sent. n. 1130 del 1988 la Corte dà una definizione del giudizio di ragionevolezza, nell'occasione ancorato al criterio di proporzionalità, affermando che «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti». Sempre in questa occasione, riprendendo quanto già affermato in un precedente dello stesso anno⁵⁰, il giudice delle leggi ha modo di escludere che un tale tipo di giudizio possa essere considerato alla stregua di un giudizio di merito⁵¹.

⁴⁷ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 129.

⁴⁸ Così corte cost sent. n. 49 del 1980.

⁴⁹ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 130.

⁵⁰ Corte cost. sent n. 991 del 1988.

⁵¹ E sul punto queste sono le parole della Corte: «l'impossibilità di fissare in astratto un punto oltre il quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra, come s'è appena visto, anche nei giudizi di ragionevolezza». E ciò sulla base del preciso presupposto che «le censure di merito non comportano valutazioni strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati dal sindacato di legittimità, differenziandosene, piuttosto, per il fatto che in quest'ultimo le regole o gli interessi che debbono essere assunti come parametro del giudizio sono formalmente sanciti in norme di legge o della Costituzione».

Così tracciata l'emersione dell'autonoma figura della ragionevolezza in senso forte sarebbe, oltre che presuntuoso, assolutamente inutile per l'economia complessiva del lavoro delineare in poche battute le successive vicende della giurisprudenza costituzionale.

Come, infatti, ha avuto modi di rilevare uno studioso attento del tema, quale Livio Paladin⁵², sebbene «fin dalle origini [...] il controllo della ragionevolezza [delle leggi] è stato effettuato dalla Corte costituzionale italiana, con il tempo tali «argomentazioni e valutazioni si sono moltiplicate». Alla ragionevolezza, infatti, «s'informano oramai tutte le operazioni di bilanciamento tra valori o principi rivali o concorrenti, molti dei giudizi sull'ammissibilità del referendum, alcune delle stesse decisioni concernenti i conflitti di attribuzione fra lo Stato e le regioni o anche fra i poteri dello Stato»⁵³.

Dati tali presupposti, in queste pagine ci limitiamo a ricordare che, dal momento dell'emersione del giudizio di ragionevolezza, in dottrina sono fioccati una molteplicità di tentativi di categorizzazione dell'ondivaga e, molto spesso, contraddittoria giurisprudenza costituzionale.

E, fra le varie ricostruzioni dottrinarie⁵⁴ che per prime hanno indagato il fenomeno, un richiamo merita sicuramente la ricostruzione di Gustavo Zagrebelsky⁵⁵, il quale riconduce i vizi sanzionati mediante il canone della ragionevolezza all'unitaria figura del controllo sulla non arbitrarietà della legge⁵⁶.

Secondo l'Autore il fondamento di questo criterio «non si rinviene in una norma costituzionale esplicita che lo stabilisca e lo precisi»⁵⁷, ma è la «conseguenza della ricognizione di limiti generalissimi che attengono al modo stesso di percepire il diritto e la funzione legislativa»; limiti che sono riconducibili a «quelle condizioni e strutture culturali che sono presupposte allo stesso diritto positivo».

⁵² L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 899 ss.

⁵³ Tutte le citazioni sono tratte da L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 900 e 901.

⁵⁴ Sul punto si vedano i contributi del Seminario svoltosi alla Corte costituzionale il 13 e il 14 ottobre del 1992 ora in AA. VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistica*, Milano, 1994.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147 ss.

⁵⁶ Sulla ricostruzione dell'illustre Autore si ritornerà a ragionare più avanti, perché, seppur non si condivide completamente il suo concreto strutturarsi, si sposa in pieno l'idea di ridurre i vizi sanzionati dalla Corte, in questo complesso fenomeno che comunemente prende il nome di ragionevolezza, all'unitaria figura dell'arbitrarietà della legge.

⁵⁷ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 147.

Il vizio di arbitrarietà ricomprende tutti i casi di leggi contro la natura del diritto, che si atteggiavano secondo «diversi “stati” o “gradi d’intensità” dell’arbitrarietà della legge»: l’irrazionalità, l’irragionevolezza e l’ingiustizia.

L’*irrazionalità* riguarda l’essere in sé, o l’unità, dell’ordinamento, il quale è formato da un insieme di norme collegate fra loro e costituenti sistema in base al principio di non contraddizione. L’Autore, come ovvio, chiarisce che tale principio «non esclude la possibilità di differenziazioni ma esclude soltanto quelle incompatibili con la logica del sistema» ed infatti – così continua – «non occorre la coerenza, basta la non contraddizione, non occorre la conformità, basta la compatibilità»⁵⁸.

Il secondo livello, l’*irragionevolezza*, ha sempre a che fare con la coerenza dell’ordinamento e pertanto anche il relativo giudizio si struttura come giudizio relazionale. In questi casi, però, il controllo si basa su «apprezzamenti di mera plausibilità» e la «contraddizione non è tra valutazioni contrarie dell’ordinamento sulla medesima fattispecie, ma è tra valutazioni che riguardano fattispecie diverse tra le quali si vuole istituire un’analogia»⁵⁹. Per questa ragione, in tali casi, il controllo è in parte interno al sistema (poiché si utilizzano termini normativi esistenti) e in parte esterno, poiché la raffrontabilità fra diverse fattispecie avviene attraverso il carattere dei casi «intesi alla stregua di criteri di senso e di valore assunti direttamente dall’interprete»⁶⁰. Zagrebelsky, da Presidente della Corte costituzionale nella consueta conferenza stampa sulla giurisprudenza della Corte costituzionale del 2003, nel riproporre tale tripartizione, indica tali tipi di giudizi come quelli nei quali si valuta se «la differenziazione trova (o non trova) una giustificazione in specifici valori costituzionali che si ritengano degni di tutela»⁶¹.

Il pregio della sintetica riformulazione del concetto, già espresso nella originaria costruzione, evidenzia un aspetto essenziale, soprattutto per quanto si dirà in seguito: il centro di gravità di questi giudizi è rappresentato dai valori costituzionali sostanziali, diversi dall’art. 3 Cost. È, infatti, raffrontando le norme oggetto con questi ultimi che si

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 149. Nei casi di controllo della razionalità, ricondotte alle ipotesi di controllo di uguaglianza-ragionevolezza, si compie «una *valutazione relativa*, in rapporto alla disciplina che l’ordinamento ha riservato, ad altro riguardo, alla medesima fattispecie». Ed infatti, continua Zagrebelsky, «ciò che vi è di caratteristico è l’esistenza necessaria di un *tertium comparationis* rappresentato da una norma che, usata come pietra di paragone, consenta di cogliere la “rottura” dell’ordinamento» (p. 151).

⁵⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 154.

⁶⁰ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 154.

⁶¹ G. ZAGREBELSKY, *Relazione sulla giustizia costituzionale del 2003*, 34.

valuta l'arbitrarietà delle scelte legislative. In questi casi, pertanto, si è sempre in presenza di un giudizio di non contraddittorietà, ma la valutazione di coerenza è *infra*-sistemica, poiché involge due diversi livelli normativi, quello della legislazione ordinaria e quello costituzionale, e specificamente dei valori costituzionali.

In ultimo, il controllo di *giustizia* si configura come interamente esterno al sistema e si svolge, pertanto, in base a criteri di giustizia *a priori* rispetto ai contenuti dell'ordinamento giuridico; l'ingiustizia, in sintesi, si configura come «inadeguatezza rispetto al caso regolato». L'Autore, però, chiarisce che quest'ultimo è «un caso ipotetico, piuttosto difficile da realizzarsi allo stato puro, stante l'esistenza di numerosi principi di giustizia sanciti positivamente nella costituzione»⁶²; a ciò, inoltre, bisogna aggiungere che «(quasi) sempre è possibile costruire il problema nei termini di un raffronto con un'altra diversa regola, cioè per mezzo di un *tertium* individuato dalla stessa Corte»⁶³.

In questa ipotesi, l'arbitrarietà della legge risiede nella sua inadeguatezza, rispetto non al diritto in quanto ordinamento, ma al caso regolato: «se non esiste un seppur minimo legame giustificativo tra regola e caso, la regola stessa appare intrinsecamente arbitraria: in sé e per sé, non in rapporto ad altre regole»⁶⁴. Seppur, infatti, come vedremo fra breve, il richiamo a criteri di giustizia *a priori* è foriero di non poche perplessità, il pregio di tale figura risiede nell'individuazione di quel particolare rapporto di tensione che, in alcune ipotesi, si può instaurare fra il mondo del fatto e il mondo del diritto e che, come vedremo nel terzo capitolo, trova, non solo conferma, ma anche formidabile sviluppo nella giurisprudenza sugli automatismi legislativi.

⁶² G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 155.

⁶³ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 156.

⁶⁴ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 155. Zagrebelsky da Presidente della Corte costituzionale nella consueta conferenza stampa sulla giurisprudenza della Corte costituzionale del 2003, ha riproposto tale tripartizione ora esposta, introducendo rilevanti aggiustamenti proprio al livello dell'ingiustizia. Secondo R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 148-149, «questo “terzo livello” del sindacato della Corte costituzionale sull’“arbitrarietà delle leggi”» coglie «almeno in parte fenomeni connessi al bilanciamento degli interessi» (per un'analisi del bilanciamento *infra*, par. 5 di questo capitolo). Bin, poi, non condivide l'idea di Zagrebelsky, secondo il quale si tratterebbe di un caso isolato e difficile da realizzarsi allo stato puro, poiché, secondo Bin nasce dall'errato presupposto che l'iscrizione di un interesse nei valori costituzionali possa chiudere la questione della selezione degli interessi in gioco e della giustificazione della decisione. Tanto è fuorviante questa prospettiva – continua Bin – che Zagrebelsky è costretto a basarsi su esempi davvero marginali nella giurisprudenza costituzionale.

4. Le letture più recenti della ragionevolezza

Lo straordinario sviluppo di tale canone di giudizio ha spinto la dottrina a letture sempre più approfondite e analitiche della ragionevolezza. E fra i contributi meno risalenti meritano di essere analizzate le opere di Gino Scaccia e Andrea Morrone⁶⁵, che qui richiamiamo perché molti dei profili ricostruttivi da loro individuati forniranno un utile supporto alla nostra analisi. È bene chiarire fin d'ora che la tematica del bilanciamento di interessi – che pure è stata oggetto di questi studi – sarà trattata in maniera unitaria in uno specifico e successivo paragrafo.

Gino Scaccia nella sua ricostruzione accoglie l'impostazione prevalente in dottrina, fatta propria anche in questo scritto, che divide l'intera giurisprudenza costituzionale, avente come parametro l'art. 3 Cost., in due macro aree: lo schema di giudizio a struttura trilaterale e la ragionevolezza in senso stretto. All'interno di quest'ultima, poi, l'Autore distingue diversi argomenti sui quali è utile spendere qualche parola⁶⁶: argomenti di razionalità sistemica o coerenza⁶⁷; argomenti di ragionevolezza strumentale, suddivisi in controllo di proporzionalità ed evidenza; e, infine, argomenti di giustizia e equità. E, precisa l'Autore, a questi argomenti si affianca il bilanciamento degli interessi, «che non è agevolmente inquadrabile tra i diversi paradigmi argomentativi sopra indicati, ma che piuttosto tutti li attraversa»⁶⁸. E quest'ultima è

⁶⁵ Il riferimento, naturalmente, è alle più volte citate opere. G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit. e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit. Oltre a questi due contributi, e, senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano anche: A. ANZON, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, 1991, 31 ss.; R. ROMBOLI, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 229 ss.; J. LUTHER, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, 351 ss. Per un'analisi delle posizioni da ultimo richiamate si veda la felice e sintetica ricostruzione proposta da L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 43 ss. Si segnala, infine, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., la cui ricostruzione espressamente richiama, in molti punti, la classificazione attuata da G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit.

⁶⁶ Qui si richiama quanto proposto in uno scritto successivo: G. SCACCIA, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, V, Milano, 2006, 4805 ss.

⁶⁷ Ci sembra opportuno ricordare, inoltre, che la coerenza, prima che come requisito di validità, può considerarsi anzitutto come un criterio ermeneutico (così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 14), nel senso che essa agisce più che come autonomo argomento interpretativo, come «meccanismo selettivo di ulteriori argomenti ermeneutici, che impone di negare applicazione a quelli che conducono a soluzioni generanti incompatibilità», così G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 194, il quale si rifà alle riflessioni di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 361.

⁶⁸ G. SCACCIA, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4807.

un'affermazione molto rilevante nell'economia di questo scritto, come si avrà modo di vedere nel successivo capitolo.

Gli argomenti di *razionalità sistemica* sanzionano il vizio di incoerenza in tutti quei casi in cui la legge è internamente contraddittoria perché non sorretta da una base giustificativa. Ciò che in questi casi si colpisce – così continua l'Autore – non è l'antinomia di tipo sintattico, ma «l'incompatibilità fra finalizzazioni, principi, *rationes* legislative». In questi casi il giudizio si incentra sulla *ratio* che unifica i vari atti legislativi per accertare se la norma impugnata conservi rispetto a questa un'accettabile armonia⁶⁹.

Gli argomenti di *ragionevolezza strumentale* si riferiscono ai controlli di proporzionalità (che a sua volta si scompone in tre livelli di scrutinio: l'idoneità, la necessità e il bilanciamento vero e proprio⁷⁰) e di evidenza. Quest'ultimo, già presente nella ricostruzione di Lavagna, indaga la conformità fra le qualificazioni legislative e le regole di esperienza o la realtà naturale empiricamente considerata. Esso, infatti, può essere inteso come controllo di conformità alla natura delle cose ed è mediante questo strumento che nel giudizio di costituzionalità entrano ragionamenti propri delle scienze descrittive⁷¹.

L'ultimo della triade di argomenti è quello di giustizia-equità, che si rifà a quanto diffusamente concettualizzato da Gustavo Zagrebelsky nel 1988 e, pertanto, data la sinteticità con la quale si affronta tale tema, si rimanda a quanto già detto. Qui ci limitiamo, però, a riportare la giusta osservazione di Scaccia, il quale afferma che, così intesa, la ragionevolezza se, da un lato, ha la possibilità di essere «strumento effettivo di giudizio solo quando l'arbitrarietà della norma raggiunga i livelli di incontestabile oggettività e di irrefutabile chiarezza»⁷², dall'altro, rischia di dilatare oltre misura gli spazi di politicizzazione del giudice costituzionale e, cosa ancora più grave,

⁶⁹ Tutte le citazioni sono tratte da G. SCACCIA, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4807. L'Autore continua affermando che la contraddittorietà può essere: *interna* od *intrinseca*, se «la disciplina di un dato rapporto o fattispecie non è coerente con la qualificazione che di esso si dà in generale nel medesimo atto normativo, o sussiste contraddizione fra la regolazione normativa e la sua *ratio* o fra la previsione astratta e la sua concreta applicazione»; ovvero *esterna* o *estrinseca*, se «la qualificazione legislativa si mostri in dissonanza con lo "spirito" dell'istituto o con le logiche del settore normativo nel quale si ascrive».

⁷⁰ Nel primo livello si indaga la sussistenza di un nesso di ragionevole strumentalità fra la disciplina legislativa e il risultato pratico che essa persegue; successivamente, con il controllo di necessità, si verifica se, tra le diverse misure astrattamente idonee, quella concretamente prevista sia la più mite per raggiungere quel determinato obiettivo; nella terza fase, infine, la Corte compie un'operazione che è riconducibile al bilanciamento, poichè compara le utilità e i costi dell'attività legislativa.

⁷¹ G. SCACCIA, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4808 ss.

⁷² G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 257.

permetterebbe pericolosamente a quest'ultimo di «rifugiarsi dietro forme di legittimazione della decisione di tipo consensuale, facendo appello ai paradigmi culturali dominanti nella coscienza sociale, che [...] non sono sempre in armonia con un'esigenza di effettiva giustizia»⁷³.

Andrea Morrone, dal canto suo, sempre mediante un'analisi quasi completamente centrata sul momento giurisprudenziale, individua tre «differenti moduli operativi della ragionevolezza»: giudizio di eguaglianza-raionevolezza, giudizio di razionalità e bilanciamento di interessi»⁷⁴. L'Autore, però, chiarisce che il sindacato di ragionevolezza «non si indentifica né, tantomeno, si risolve in nessuno dei tre ambiti di giudizio [...] perché tutti li trascende, unificandoli in ragione di determinate caratteristiche morfologiche comuni»⁷⁵, tanto è vero che i differenti tipi di giudizio – ed è questo un passaggio fondamentale per l'analisi che si andrà a condurre a breve – si susseguono nel «medesimo *iter* decisorio, quali sequenze operative di un unitario percorso che conduce alla soluzione della questione di costituzionalità»⁷⁶. E, continua l'Autore, mettendo nero su bianco un aspetto essenziale dello sviluppo della ragionevolezza, «i singoli giudizi [...] costituiscono altrettanti modi specifici di valutazione della discrezionalità legislativa, che consentono al giudice delle leggi di configurare le ipotesi di soluzione tra cui scegliere quella che meglio si adatta al caso vagliato»⁷⁷.

⁷³ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 256.

⁷⁴ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 385. Il giudizio di *eguaglianza-raionevolezza* (pp. 37-144), sostanzialmente in linea con la dottrina maggioritaria, viene definito come quel «giudizio di carattere meta-relazione che corre tra (almeno) due termini di carattere normativo». In questo giudizio, anche se *il tertium comparationis* costituisce l'imprescindibile condizione processuale, il momento cruciale è costituito dalla valutazione a fini selettivi dei profili o dei punti di vista rilevanti. Nel *giudizio di razionalità* (pp. 145-274), invece, la Corte, mediante i vari strumenti di cui dispone, valuta la discrezionalità legislativa sotto il profilo logico, teleologico e storico cronologico e – continua l'Autore – anche se con sfumature diverse «tutti i *media* del giudizio di razionalità hanno ad oggetto l'idoneità della disciplina al raggiungimento del fine cui è destinata».

⁷⁵ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 385.

⁷⁶ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 386.

⁷⁷ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 386. Ciò che, infatti, muove le riflessioni dell'Autore è l'idea che la ragionevolezza si configuri come «un giudizio che media tra testi e contesto, come giudizio di valore finalizzato ad una scelta normativa adeguata alla realtà sociale» (p. 431). Si sceglie nitidamente in queste parole l'eco dell'intuizione di Carlo Lavagna, sulle quali si veda *supra*.

5. *Una indispensabile precisazione: una differenziazione utile purché non venga esasperata*

Volendo tirare le fila del discorso finora compiuto, innanzitutto è necessario chiarire che, pur nella consapevolezza dei pericoli insiti in una ricostruzione (almeno tendenzialmente) diacronica di un materiale tanto asistematico qual è la giurisprudenza costituzionale intorno all'art. 3 Cost., si è scelto di percorrere ugualmente tale via. In queste pagine, infatti, siamo stati mossi dall'intento di delineare i tratti differenziali dei giudizi di uguaglianza-ragionevolezza e di ragionevolezza in senso stretto, al fine di collocare storicamente i *solì momenti di prevalenza* del primo e quelli di maggiore diffusione del secondo. E questo perché la lettura che la Corte costituzionale ha dato dell'art. 3 Cost. ha avuto un'influenza non secondaria sulla pervasività del controllo sulle rigide previsioni di legge.

È poi opportuno precisare che, seppure la trattazione si sia svolta tenendo distinti il controllo di uguaglianza-ragionevolezza da quello di ragionevolezza in senso stretto, si condivide il suggerimento di quanti mettono in guardia dal non caricare di rilevanza lo schema ternario quale criterio di differenziazione dei due tipi di giudizi.

Al riguardo, infatti, Gino Scaccia ritiene che il discrimine fra queste due figure non vada ricercato nell'assenza dello schema ternario nel giudizio di ragionevolezza in senso stretto⁷⁸. L'Autore rileva, infatti, che sebbene il controllo di ragionevolezza in senso stretto possa «prescindere sul piano logico da un elemento di comparazione [...] tuttavia anche in tali casi la costruzione della decisione secondo uno schema ternario appare costante». Allo stesso tempo, però, e mediante un'analisi maggiormente

⁷⁸ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 106-107. Come, invece, è stato autorevolmente sostenuto, fra gli altri, da A. ANZON, *op. cit.*, 32, la quale, pur essendo consapevole che «i casi riconducibili all'una o all'altra categoria non si presentano che raramente, per così dire, allo stato puro, mentre assai spesso appaiono sovrapposti e intrecciati e si integrano a vicenda», afferma che la categoria della ragionevolezza in senso stretto è accomunata dalla «mancanza di un apprezzamento comparativo secondo il noto schema ternario». E nello stesso senso vanno le parole del Presidente della Corte costituzionale, CASAVOLA, il quale, nella conferenza stampa sulla giurisprudenza costituzionale del 1994, ha così testualmente distinto i due tipi di giudizio: «il primo comporta un controllo volto a stabilire se tra le varie manifestazioni normative nella stessa materia (*tertia comparationis*) e quella denunciata esista una congruità dispositiva o, invece, vi siano contraddizioni insanabili. Il secondo prescinde da raffronti con termini di paragone (i quali, al più, assumono solo un valore sintomatico), per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola costituzionale o al bilanciamento tra gli stessi, inferendo una contrarietà a Costituzione solo quando non sia possibile ricondurre la disciplina ad alcuna esigenza protetta in via primaria o vi sia una evidente sproporzione tra i mezzi approntati ed il fine asseritamente perseguito».

approfondita, si può vedere che il *tertium*, quando presente, non è il presupposto logico della decisione, ma opera come “espediente retorico”⁷⁹, «al quale si ricorre per conferire un maggior rigore formale ad una decisione fondata essenzialmente su opzioni di valore largamente discrezionali»⁸⁰.

6. Il bilanciamento di interessi operato dalla Corte costituzionale

Prima di affrontare l’analisi dei moduli argomentativi utilizzati dalla Corte costituzionale per superare l’incostituzionalità degli automatismi legislativi, occorre spendere alcune considerazioni su un tema connesso al controllo di ragionevolezza: il bilanciamento operato dal giudice delle leggi.

Così come per la ragionevolezza in generale, anche la letteratura sul bilanciamento è molto ampia⁸¹, pertanto, in questo lavoro si cercherà di dar conto solo delle sue linee essenziali. Ciò che interessa, infatti, non è certamente aggiungere un’altra voce all’ampio dibattito, ma più semplicemente porre alcuni punti fermi, utili per la lettura della giurisprudenza costituzionale che si compirà nelle pagine immediatamente successive.

Imprescindibile punto di partenza, per ogni analisi sul tema, è l’importante ricostruzione compiuta da Roberto Bin⁸², il quale, distinguendolo nettamente dalla ragionevolezza, suddivide il bilanciamento in due fasi distinte, seppur interconnesse: la

⁷⁹ Secondo l’insegnamento di R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 42 ss e spec. 47.

⁸⁰ Così ancora G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 108.

⁸¹ Sulle opere in tema di bilanciamento, oltre a quelle qui specificamente richiamate, si vedano almeno: A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, ed. it. *Teoria dei diritti fondamentali* a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012, spec. 101 ss. e 617 ss.; ID., *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE-A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 27 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 33 ss., ID., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, 90 ss.; A. A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 55 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 357 ss.; oltre che G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., e A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit.; per un’analisi dei principali problemi teorici connessi al bilanciamento si veda G. PINO, *Conflitto e bilanciamento fra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, 219 ss.

⁸² R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 62 ss.

topografia del conflitto⁸³, nella quale, mediante l'interpretazione, si individuano i valori e/o gli interessi «che si fronteggiano nella materia oggetto della regolazione legislativa»⁸⁴, e la fase di bilanciamento vera e propria, che avviene mediante l'utilizzo di diversi «criteri metodologici»⁸⁵. In questa seconda fase, infatti, si raffronta «il particolare bilanciamento operato dal legislatore nell'ipotesi denunciata con la gerarchia di valori coinvolti nella scelta legislativa quale risulta stabilita dalle norme costituzionali»⁸⁶.

Rinviando alle opere che specificamente si sono occupate del concreto atteggiarsi del bilanciamento⁸⁷, qui vogliamo soffermarci su alcune considerazioni di carattere generale che hanno un evidente nesso di implicazione con il tema degli automatismi legislativi, la prima delle quali è la diversità concettuale che Roberto Bin delinea fra bilanciamento e ragionevolezza.

L'Autore, infatti, scrive che, seppure entrambi abbiano «di mira il controllo della discrezionalità legislativa», con la prima si attua un sindacato «“interno” alle scelte legislative, relativo ai canoni [...] che il legislatore deve comunque rispettare nel compiere le sue scelte»; con il secondo, invece, si compie un controllo «“esterno”, nel senso che il parametro è una norma “sostanziale” [...] che limita l'ambito delle scelte discrezionali, non il metodo con cui assumerle»⁸⁸.

La differenziazione, condivisibile da un punto di vista astratto e anche «in taluni casi utile», deve, però, essere «relativizzata»⁸⁹, perché se è vero che una differenza fra le tecniche del bilanciamento e gli altri giudizi di ragionevolezza esiste, è altrettanto vero che sia le une sia gli altri rientrano nel più generale canone della ragionevolezza.

Ciò che andiamo affermando si rifà a quanto sostenuto da Franco Modugno⁹⁰, il cui pensiero è utile richiamare, anche per la portata complessiva che le sue osservazioni hanno riguardo al tema che si sta trattando.

⁸³ Secondo l'espressione usata per la prima volta da R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., *passim* e ripresa da G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 324 -354 *passim*; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit, 306 ss. *passim*, usa, invece, la diversa espressione – ma la diversità a noi pare solo nominalistica – della *perimetrazione degli interessi* in conflitto.

⁸⁴ Così G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 324.

⁸⁵ G. SCACCIA, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4812.

⁸⁶ Così corte cost. sent. n. 467 del 1991, puntualmente richiamata da G. SCACCIA, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4811.

⁸⁷ Si veda nota 77.

⁸⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 63 nota 19.

⁸⁹ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 314, nota 16.

⁹⁰ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 55 ss.

Il punto di partenza delle sue riflessioni è stabilire se la ragionevolezza sia o meno un principio costituzionale. Idea che confuta fin da subito, rilevando che la ragionevolezza, già «nella sua originaria emersione», si è imposta come «un modo per l'applicazione del principio costituzionale di uguaglianza»⁹¹.

Fin dalle sue origini, pertanto, essa ha avuto la natura di canone, che ha conservato anche dopo essersi emancipata dal giudizio di uguaglianza, *stricto sensu* inteso, e il cui utilizzo si è esteso per valutare la conformità a Costituzione di «qualsiasi disciplina adottata dal legislatore»⁹². Rifacendosi, infatti, a quanto già sostenuto da altri in dottrina, egli ritiene che la ragionevolezza «non concreta di per sé un principio giuridico costituzionale», ma «un metodo di interpretazione del diritto esistente»⁹³ e riguarda il modo di intendere il rapporto tra norme legislative e norme o principi costituzionali. La ragionevolezza, infatti, si rifà alla ragione attenuata, quale giudizio di verisimiglianza, di probabilità, tanto che con essa si è riscoperto quel metodo problematico dell'interpretazione, oscurato dall'imporsi del positivismo giuridico e dai suoi metodi apodittici e epagógico-deduttivi, che unisce in sé «elementi, ad un tempo, sistematici, storico-evolutivi e casistici, e che oggi [...] si battezza come *metodo problematico dell'interpretazione*»⁹⁴.

Limitandoci a queste poche osservazioni, su un discorso sicuramente meritevole di un diverso grado di approfondimento, ciò che qui interessa evidenziare è il successivo passaggio argomentativo, in cui alla ragionevolezza si riconosce anche la natura di criterio di giudizio: «la ragionevolezza è un metodo ermeneutico che apre ([o] può aprire) ad uno speciale criterio di decisione, di giudizio (*applicazione del diritto*)»⁹⁵, fra i quali il giudizio di proporzionalità in senso forte, ossia di bilanciamento.

L'interpretazione problematica, infatti, è una valutazione complessa, che tiene conto, ad un tempo, delle norme costituzionali e legislative, che si interpretano le une alla luce delle altre, nonché dei casi concreti in cui entrambe sono chiamate ad operare, e, pertanto, induce a valutare tutte le possibilità interpretative, aprendo, di conseguenza, la

⁹¹ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 55.

⁹² F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 56 (corsivo nel testo).

⁹³ In entrambe le citazioni F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 55 (corsivo nel testo), l'Autore richiama quanto sostenuto da C. ROSSANO, «Ragionevolezza» *fattispecie di eguaglianza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza*, cit., 174. Della stessa idea era anche L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 901 ss.

⁹⁴ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 55 (corsivo nel testo).

⁹⁵ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 64-65 (corsivo nel testo).

strada a diversi criteri decisionali. Da ciò deriva la molteplicità di modi interpretativi e, quindi, applicativo-decisionali da essa ammessi.

In base a quanto sommariamente esposto, il bilanciamento non è qualcosa d'altro rispetto alla ragionevolezza, in quanto quest'ultima, intesa primariamente come metodo ermeneutico che apre ad una serie di giudizi, costituisce la fonte da cui questi ultimi, bilanciamento compreso, promanano.

6.1 (segue) Bilanciamento fra valori o interessi costituzionali? Cenni su una differenziazione teorica: valori, interessi, principi e regole

L'altro aspetto, sul quale riteniamo utile spendere alcune considerazioni, riguarda l'oggetto del bilanciamento, sul quale non c'è una piena concordia in dottrina, dividendosi quest'ultima fra quanti ritengono che la Corte bilanci interessi e quanti, viceversa, propendono per l'idea che si bilancino valori. Altri ancora, infine, ritengono che l'unica forma di bilanciamento «ben temperato» sia solo quella che abbia ad oggetto principi⁹⁶.

Da ciò deriva la necessità di delineare, seppur sommariamente, le differenze che intercorrono, non solo fra i concetti di valore ed interesse, ma anche fra quelli di valore e principio.

Per verificare se sussiste una differenza fra i concetti di questa seconda coppia, occorre necessariamente capire a cosa si fa riferimento quando si adopera il termine principio⁹⁷, il cui statuto teorico è stato costruito dalla dottrina analizzando, essenzialmente, le differenze che intercorrono fra questi e le regole (o norme particolari).

⁹⁶ Così O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998, 3925 ss, che si rifà alla teoria di R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., come l'Autore espressamente afferma in ID., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., 393.

⁹⁷ Termine al quale, come ha messo in luce R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Dir. soc.*, 1986, 602 ss., si riconnettono almeno sei differenti significati, quali: a) norme provviste di un elevato grado di generalità; b) norme con un alto grado di vaghezza che necessitano di essere concretizzate per mezzo dell'interpretazione; c) norme di carattere programmatico; d) norme di grado costituzionale; e) norme che ricoprono un ruolo fondamentale nel sistema giuridico nel suo complesso o in uno dei suoi settori; f) norme rivolte agli organi dell'applicazione, che svolgono la funzione di dirigere la selezione delle disposizioni o delle norme applicabili alle diverse fattispecie.

A tal proposito, una tesi che ha avuto una grande eco in dottrina è quella proposta da Ronald Dworkin⁹⁸, ripresa, in Italia, da Gustavo Zagrebelsky.

Secondo Dworkin la differenza fra i due elementi è di «tipo logico», poiché entrambi costituiscono, potremmo dire, regole di condotta, che differiscono «nel carattere della direttiva che forniscono». E, infatti, le regole sono applicabili nella forma del «tutto o niente»⁹⁹; i principi, invece, «non dispongono conseguenze giuridiche che seguano in maniera automatica il verificarsi delle condizioni stabilite», ma esprimono una ragione che punta in una certa direzione, non fissano le condizioni necessarie per la propria applicazione e non necessitano di una particolare decisione¹⁰⁰. Da queste differenze ne deriva una seconda, riguardo alla dimensione del «“peso” e dell’importanza», che si può ascrivere ai principi, ma non alle regole.

Quando, infatti, c’è un conflitto fra principi, questo deve essere risolto secondo il peso e l’importanza di ciascuno di essi; le regole, invece, sono funzionalmente importanti o irrilevanti e non si può dire che fra due norme in contrasto una prevale sull’altra in virtù del suo maggior peso. E, infatti, conclude l’Autore, «se due regole sono in contrasto, una delle due non può essere una regola valida»¹⁰¹.

Similmente si esprime Gustavo Zagrebelsky¹⁰², secondo il quale «alle “regole” si ubbidisce, e perciò è importante stabilire con precisione i precetti», mentre «ai principi [...] si “aderisce” e perciò è importante comprendere il mondo di valori» ad essi sotteso. E ancora: le regole forniscono «il criterio di azione», mentre i principi «danno criteri per *prendere posizione* di fronte a situazioni *a priori* indeterminate; questi ultimi, infatti, «non hanno “fattispecie”» e perciò ad essi «non può darsi nessun significato operativo se non facendoli “reagire” con qualche caso concreto»¹⁰³. Volendo utilizzare l’espressione di Robert Alexy¹⁰⁴, i principi sarebbero, allora, dei «precetti di

⁹⁸ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (1978), II ed. it. *I diritti presi sul serio* a cura di N. Mufato, Bologna, 2010, 51 ss.

⁹⁹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 49, il quale sul punto scrive che «se i fatti previsti da una regola si realizzano, allora o la regola è valida, nel qual caso la risposta che fornisce deve essere accettata, o non lo è, nel qual caso essa non contribuisce in alcun modo alla decisione» (p. 51).

¹⁰⁰ Così R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 53.

¹⁰¹ Tutte le citazioni sono tratte da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 54.

¹⁰² Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 147 ss.

¹⁰³ Tutte le citazioni sono tratte da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 149.

¹⁰⁴ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 101 ss.

ottimizzazione», poiché «possono essere realizzati in gradi diversi», dipendendo «la misura prescritta della loro realizzazione dalle possibilità» di fatto e di diritto¹⁰⁵.

La netta distinzione fra i concetti di regola e di principio sostanzialmente nega a questi ultimi il carattere normativo, poiché attribuisce ad essi una «fortissima connotazione assiologica»¹⁰⁶, e non è pacificamente accolta nella dottrina costituzionalistica italiana, nella quale c'è chi ritiene che i principi rientrino nella più ampia categoria delle norme e che il rapporto che li lega alle regole sia di specie a genere¹⁰⁷. E una delle prime e chiare teorizzazioni in questo senso è quella di Vezio Crissafulli¹⁰⁸.

Per Emilio Betti, invece¹⁰⁹, i principi non avevano valore normativo, perché con tale termine si «designa qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così a norma compiuta e formulata». Essi, infatti, si caratterizzano per un'«eccedenza di contenuto assiologico (o deontologico)»¹¹⁰, dalla quale deriva una «ripugnanza» ad essere formulati in modo precettivo¹¹¹. Ed è per questa ragione che «le norme singole non rispecchiano se non in parte i principi generali ai quali s'informano e si riconnettono e questo basta ad escludere una meccanica equivalenza e convertibilità dei due termini»¹¹².

¹⁰⁵ R. ALEXYS, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 106 ss.

¹⁰⁶ Così A. LONGO, *Valori, principi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. soc.*, 2002, 117.

¹⁰⁷ Cfr. M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità delle leggi*, Padova, 2000, 140, che richiama quanto già espresso da F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Liber amicorum in onore di Vittorio Frosini, II, Scritti giuridici*, Milano, 1999, 173.

¹⁰⁸ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 14 ss. (dal quale le citazioni sono tratte), ora in ID., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015. Secondo l'Autore, infatti, i principi sono «nient'altro che delle norme giuridiche, differenziandosi dalle altre, dette particolari, per una maggiore relativa generalità della rispettiva fattispecie e soprattutto per la funzione costruttiva e connettiva cui esse adempiono nella dinamica dell'ordinamento giuridico. Principio è, infatti, ogni norma giuridica, in quanto considerata come determinante di una o più altre, subordinate, che la presuppongono sviluppandone e specificandone ulteriormente il precetto in direzioni più particolari» (pp. 14-15).

¹⁰⁹ Secondo M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità delle leggi*, cit., 146, nota 108, le posizioni di Betti e Crisafulli erano solo apparentemente contrapposte, perché come ha avuto modo di chiarire F. MODUGNO, *Principi e norme*, cit., 176, le due tesi «erano mosse da preoccupazioni diverse e puntavano ad obiettivi diversi e quindi si riferivano a fenomeni almeno parzialmente diversi».

¹¹⁰ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, ed. corretta ed ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1990, 849.

¹¹¹ E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 850. Commentando il pensiero dell'Autore, F. MODUGNO, *Principi e norme*, cit., 176, scrive che, nell'opera bettiana, i principi «affermano orientamenti e ideali di politica legislativa, capaci di una indefinita e, quasi si direbbe, inesauribile virtualità».

¹¹² E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, cit., 846. E più avanti nel testo (p. 850) l'Autore scrive che essi esprimono «una ripugnanza ad una formulazione in termini precettivi: la quale ne comprometterebbe il carattere di razionalità e finirebbe per ridurli al rango di altre norme qualunque. In

Una felice sintesi rispetto a queste posizioni è stata espressa da Franco Modugno, il quale, pur riconoscendo ai principi natura normativa, afferma che ad essi può ascriversi «quella forza di espansione che [li] distingu[e] nettamente [...] dalle altre norme», in quanto la loro caratteristica¹¹³ risiede nella «*natura normogenetica, di fonte di norme*», che li rende, ad un tempo, norme e fonti di norme¹¹⁴.

Il principio, diversamente dalle altre norme, non regola direttamente il caso, poiché se «fosse esso stesso diretta e immediata qualificazione o valutazione di fatti [...] si ridurrebbe a norma semplicemente più generale o comprensiva di altre che vi possono raccordare, ma perderebbe certo la sua alternatività funzionale, ossia *la incapacità di venire alla qualificazione di casi imprevisi*, nel che consiste la sua funzione normogenetica»¹¹⁵.

Secondo questo approccio, la differenza fra principi e norme è di tipo funzionale e non strutturale e si dipana sul piano dei significati e non degli enunciati; da ciò discende che una stessa disposizione potrebbe benissimo essere intesa una volta come norma una volta come principio, non rilevando la sola formulazione letterale ai fini della distinzione¹¹⁶.

Tracciate le caratteristiche dei principi, occorre ora soffermarsi brevemente sulla loro diversità rispetto ai valori. Anche questo aspetto non vede unanimità di vedute nella dottrina: da un lato, infatti, c'è chi sostiene che la distinzione sia soltanto nominalistica¹¹⁷, dall'altro chi, invece, come Modugno, mantiene ferma tale differenziazione¹¹⁸. L'Autore individua due ordini di differenze fra i due termini: la prima attiene alla maggiore indeterminatezza dei valori e la seconda riposa nel fatto che

essi principi opera una virtualità e una forza di *espansione*, ma non già di indole logica e dogmatica, bensì d'indole valutativa e assiologica»

¹¹³ E questo vale sia per i principi impliciti sia per i principi espliciti; di contrario avviso, però, è A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3067, il quale ritiene che i principi scritti mancano dell'eccedenza di contenuto assiologico propria dei principi non scritti.

¹¹⁴ F. MODUGNO, *Principi e norme*, cit., 177 (corsivo nel testo).

¹¹⁵ F. MODUGNO, *Principi e norme*, cit., 177 (corsivo nel testo).

¹¹⁶ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, 71.

¹¹⁷ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 313; ma per questa posizione si vedano anche L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 208 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., parla di distinzione non indispensabile per l'intera economia della sua opera.

¹¹⁸ F. MODUGNO, *Principi e norme*, cit., 192 ss. e ID. *Chiosa a chiusa. Un modello di bilanciamento di valori*, in *Giur. it.*, I, 1995, 643 ss. Ma dello stesso avviso sono anche: A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, cit., 3068 ss.; A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4 ss.; F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, Torino, 1999, 317 ss. e A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007, 136 ss.

i valori non possano non avere un referente testuale, mentre i principi sono sempre il risultato di una valutazione dell'interprete, «che consiste nel collegare ad uno o più valori (testuali) la formulazione di un principio»¹¹⁹.

Ma cosa si deve intendere con il termine valori e qual è la differenza fra questi e gli interessi?

Innanzitutto è opportuno rilevare che fra i due termini sussiste un ambiguo rapporto di implicazione, poiché, da un lato, i valori promanano, in un certo senso, dagli interessi e, dall'altro, una volta che il sistema si è strutturato, diventano criterio di giudizio di questi ultimi. È solo mediante i primi, infatti, che si determina la particolare funzione orientativa che si imputa agli interessi, i quali, pertanto, possono essere reputati tutelabili giuridicamente solo se alla base vi sia un positivo giudizio di valore¹²⁰.

Allo stesso tempo, però, i valori sarebbero a loro volta interessi, ai quali, tuttavia, l'ordinamento attribuisce un pregio tale da divenire conformativi del medesimo sistema¹²¹. Essi, infatti, «esprimono un *dover essere* ideale che orienta teleologicamente le norme positive, e il rapporto tra queste e i primi è un rapporto tra due forme diverse di *dover essere*»¹²². Gli interessi, invece, si «collocano sul piano dell'*essere*» e «si riferiscono ad atteggiamenti psicologici individuali e/o collettivi riguardo a certi beni – materiali, spirituali, culturali, ecc.». Ed è per questo motivo che essi esprimono sempre una «concreta rivendicazione», la quale può divenire pretesa giuridicamente tutelata solo quando «la dimensione del *dover essere* [...] entra in gioco in funzione “qualificativa”»¹²³.

¹¹⁹ F. MODUGNO, *Chiosa a chiusa. Un modello di bilanciamento di valori*, cit., 644.

¹²⁰ Così A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 103.

¹²¹ A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 108, e ciò perché «in ogni sistema di riferimento [...] le istanze materiali che orientano pensiero e azione si distinguono, si ordinano, secondo il pregio che viene loro attribuito [...] in tal modo gli interessi, in quanto maggiormente empirici e, dunque, meno durevoli, possono connotarsi come qualità materiali, che, pur destinate ad orientare l'azione, siano dotate di maggior pregio».

¹²² O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., 372 (corsivo nel testo).

¹²³ Tutte le citazioni sono di O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., 373. E sul punto è opportuno richiamare anche l'osservazione di A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 279, il quale afferma che sono «interessi costituzionalmente rilevanti» solo quelli che sono «portatori di una porzione di contenuto assiologico, riconducibile, come parte del tutto, ad un determinato valore costituzionale». Di diverso avviso è, invece, R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, 70-71, il quale esprime una presa di posizione che ha evidenti implicazioni su ciò che può entrare nel bilanciamento. L'Autore ritiene, infatti, che l'interesse sia «una qualsiasi posizione di vantaggio od aspettativa ritenuta apprezzabile dall'interprete», senza che essi, per entrare nel bilanciamento debbano trovare una copertura costituzionale» (che l'Autore individua, però, nel principio e non nel valore). G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 206, definisce il valore come «un *bene finale, fine a se stesso*, che sta innanzi a noi come una meta che chiede

Dopo questa rapida illustrazione sui significati da attribuire ai diversi termini presi in considerazione, cerchiamo di rispondere alla domanda dalla quale siamo partiti, riguardo all'oggetto del bilanciamento, sebbene, date le finalità di questo scritto, non ci è consentito diffonderci compiutamente su una tematica tanto complessa.

È opinione ampiamente diffusa che ad entrare in conflitto nel bilanciamento siano gli interessi e non i valori e tale affermazione può essere condivisa se, come è stato fatto notare, ci si riferisce unicamente al dato oggettuale¹²⁴. Se, però, si parte dall'assunto che il nostro sia un sistema assiologicamente orientato e gli interessi "concrete rivendicazioni", giuridicamente tutelabili solo se espressione di un determinato valore, non si può disconoscere che il criterio di composizione di questi interessi sia un assetto di valori¹²⁵. Questi ultimi, infatti, fungono da «canone ideale»¹²⁶ mediante il quale si risolve un conflitto materiale.

Nella dottrina del "bilanciamento degli interessi", al contrario, si ritiene che le operazioni vengano condotte in modo del tutto slegato da un parametro di riferimento, poiché gli interessi non possono essere qualificati, ma soltanto veicolati dalle norme. E ciò rende possibile, e giustifica allo stesso tempo, che interessi individuati da norme costituzionali possano soccombere nel bilanciamento con altri interessi individuati da norme subcostituzionali.

Questo approdo teorico, però, mette in serio pericolo la superiorità della Costituzione, tanto che si è dovuta postulare l'esistenza di due fasi di gestione di quest'ultima: una ordinaria, nella quale si opera mediante il bilanciamento degli interessi in conflitto e in cui la normatività dei parametri costituzionali si converte in un vincolo meno stringente di ragionevolezza; una straordinaria, in cui la Costituzione viene in rilievo come fonte di norme non cedevoli, vincolanti come regole inderogabili nel contenuto linguistico minimo del testo, individuato mediante l'interpretazione.

di essere perseguita attraverso attività teleologicamente orientate». Esso copre di sé qualsiasi azione che possa essere messa in rapporto di strumentalità efficiente rispetto al valore stesso. Ed è in ciò che risiede la ragione di diffidenza dell'Autore rispetto al valore, poiché su tale presupposto «il più nobile valore può giustificare la più abietta delle azioni». I valori, infatti, «contengono implicitamente una propensione totalitaria» che li rende «incompatibili con lo Stato di diritto» (p. 207).

¹²⁴ A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 115.

¹²⁵ Così ancora A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 115.

¹²⁶ A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit., 115.

La «logica binaria della prescrittività costituzionale», però, mostra diversi punti deboli, come Omar Chessa ha lucidamente dimostrato¹²⁷.

Seguendo tale via, infatti, si riconosce alla Corte il ruolo di unico interprete della ordinarietà o straordinarietà delle fasi in cui è chiamata ad operare e, pertanto, l'incontrollabile libertà di scegliere indifferentemente il criterio gerarchico, che tratta le norme costituzionali come regole, e il criterio del bilanciamento, che, al contrario, considera le norme costituzionali come semplici indicatori di interessi. E a ciò bisogna aggiungere la contraddittorietà che sembra riscontrabile nel postulare logicamente l'impossibilità di ricorrere alla costruzione interpretativa del parametro di costituzionalità e poi predicarla come possibile nelle sole fasi straordinarie¹²⁸.

E sia detto solo per inciso, i casi in cui la Corte ha fatto prevalere interessi che non avessero aggancio costituzionale¹²⁹, poiché ad essi non era sotteso alcun valore o principio di rango costituzionale, dimostrano solo che l'operazione sia possibile e non valgono anche giustificarla.

Certo, anche presupporre che l'oggetto del bilanciamento siano i valori pone sia l'operazione della Corte in un rapporto di tensione con la precettività del testo costituzionale sia il sistema, nel suo complesso, a forti *stress*, in quanto la prevalenza di un valore non può essere stabilita una volta per tutte, ma di volta in volta e solo in relazione al singolo caso in cui esso è coinvolto.

Riguardo al difficile rapporto fra bilanciamento e testo della Costituzione, è stato giustamente osservato che una volta denormativizzato il parametro, questo viene ad essere tendenzialmente creato dallo stesso soggetto che vi si dovrebbe uniformare e in questo senso la Corte costituzionale non si limiterebbe al controllo del rispetto di norme-principio, ma porrebbe implicitamente entità parametriche autonome¹³⁰.

¹²⁷ O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionali*, cit., 374 ss., del quale è anche la frase riportata fra virgolette.

¹²⁸ O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionali*, cit., 377-378.

¹²⁹ Come ricorda R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 49, dove l'Autore richiama i casi in cui la Corte ha dato prevalenza all'interesse dell'avvocato a godersi le ferie giudiziarie, pur senza qualche danno per il "principio supremo" del diritto di difesa; l'interesse del Comune a proteggere l'"estetica cittadina", anche a scapito della piena realizzazione della libertà di espressione».

¹³⁰ F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3777.

Il problema dell'impossibilità di determinare una gerarchia fra i valori e, quindi, della connessa incertezza che governa il bilanciamento di questi, non è di facile soluzione

Il modello del bilanciamento di valori sembra riporre, infatti, ogni aspettativa su una logica intuizionistica, stimolata dalla circolarità ermeneutica tra norme, fatti e valori e, del pari, sembra escludere programmaticamente la formalizzazione di *standards* valutativi, perché ciò porterebbe a cristallizzare la inesauribile produzione di senso resa possibile dall'interpretazione¹³¹.

Ed è per questa ragione che alcuni hanno definito «ben temperato»¹³² il solo bilanciamento fra principi, perché garantisce prevedibilità e controllabilità della decisione, in quanto, presupponendo un certo significato dei diritti costituzionali, formalizza analitici *standards* valutativi che si affiancano e integrano le norme di un testo¹³³.

In definitiva quest'ultima impostazione ritiene che solo i principi siano bilanciabili secondo i criteri e le regole dell'argomentazione¹³⁴.

Non è mancato, però, chi¹³⁵ ha segnalato che nel bilanciamento di valori un certo grado di controllabilità della decisione potrebbe recuperarsi in due modi, fra loro interagenti: da un lato, predicando un certo grado di impegnatività del precedente nelle decisioni che fanno ricorso al bilanciamento¹³⁶ e, dall'altro, con una considerazione di più ampio respiro, fondantesi sull'idea che l'argomentazione costituzionale, pur utilizzando gli strumenti dell'interpretazione problematica, non si risolve completamente nella topica e, quindi, sia in una certa misura controllabile. Riguardo a questo secondo aspetto, infatti, si suggerisce di far interagire il metodo problematico, di cui l'interpretazione costituzionale farebbe applicazione, con il metodo dogmatico. Questa soluzione permetterebbe di confrontare il risultato del bilanciamento, ottenuto mediante l'interpretazione del valore a seguito della ponderazione degli interessi in

¹³¹ O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., 390.

¹³² O. CHESSA, *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza*, cit., 3925 ss. e si veda nota 92.

¹³³ Così ancora O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., 391.

¹³⁴ Come ricorda F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, cit., 103.

¹³⁵ Così M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 131 ss., il quale si rifà al pensiero di Mengoni, espresso in vari scritti e ora in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996.

¹³⁶ Ancora M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 131, sulla base dell'insegnamento di L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1 ss, ora in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 104.

gioco nel caso concreto, con il principio di universalizzabilità, ricavabile dal pensiero sistematico proprio della dogmatica, il quale, da ultimo, permetterebbe di verificare se la soluzione raggiunta si equilibri e coordini con il quadro complessivo della Costituzione¹³⁷.

7. Eccesso di potere, ragionevolezza e discrezionalità del legislatore

L'altra annosa questione legata al controllo di ragionevolezza attiene alla configurabilità dell'eccesso di potere legislativo, tema, quest'ultimo, legato a doppio filo alla questione «se l'attributo della discrezionalità possa essere predicato della funzione legislativa»¹³⁸.

Quando, infatti, il termine discrezionalità viene riferito all'attività legislativa, diventa fonte di notevole ambiguità¹³⁹, perché una serie di questioni dogmatiche e di opzioni teoriche di fondo introducono nella discussione una quantità di variabili, tali da rendere davvero complessa la *reductio ad unitatem* del dibattito sul punto, anche volendo condurre l'analisi a fini puramente descrittivi. Fra gli stessi autori che sono disposti a predicare l'attributo della discrezionalità alla legislazione, ci sono, infatti, non poche divergenze di posizione.

Volendo cercare di mettere ordine fra i numerosi contributi sul punto, innanzitutto, possiamo ricordare quelle elaborazioni che, sulla base della valutazione dei caratteri dogmatici riferibili all'atto e all'attività legislativa, troncavano in radice il problema della discrezionalità legislativa e, conseguentemente, il connesso tema dell'eccesso di potere¹⁴⁰. Una prima dottrina, infatti, riteneva che le leggi, in quanto atti liberi nel fine,

¹³⁷ M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, cit., 133 ss., sulla base di quanto sostenuto da L. MENGONI, voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XII, 1989 ora in L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 53.

¹³⁸ G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999, 392. Come ha rilevato V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 368, il legame tra eccesso di potere e la discrezionalità legislativa trova la sua spiegazione nel fatto che nel campo del diritto amministrativo l'eccesso di potere viene ricondotto alla discrezionalità amministrativa. Da ciò, continua l'Autore, «si comprende come la disputa dottrinale sulla trasferibilità di detto vizio agli atti legislativi [...] coinvolga [...] quella in ordine alla possibilità di applicare alla funzione legislativa, o a determinate sue manifestazioni [...] i connotati della discrezionalità».

¹³⁹ Così G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, cit., 392.

¹⁴⁰ Così ricorda L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964,, 306.

non possano essere frutto di un potere discrezionale¹⁴¹. Giungeva alla stessa conclusione, seppur percorrendo un'altra via, anche chi considerava la legge, (che in ciò si differenzia dagli atti amministrativi) una «manifestazione obiettiva ed impersonale di volontà»¹⁴². In linea con tale assunto si affermava, infatti, che le componenti dell'atto o dell'attività quali la causa, lo scopo o i motivi, non avrebbero senso rispetto alla norma di legge, dato il suo estraniarsi dall'atto fonte¹⁴³.

Come anticipato, anche fra coloro che erano portati a riconoscere la configurazione dell'attività legislativa come discrezionale vi erano delle differenze di impostazione.

Veio Crisafulli, infatti, ammetteva che l'esercizio della funzione legislativa potesse essere discrezionale, ma solo con riferimento alle norme costituzionali programmatiche¹⁴⁴.

Costantino Morati, invece, riconosceva alla figura della discrezionalità legislativa un significato molto più esteso. L'Autore, infatti, parzialmente in opposizione al resto della dottrina pubblicistica, riteneva che la discrezionalità potesse essere rappresentata come una figura unitaria riferibile tanto all'amministrazione quanto alla legislazione¹⁴⁵. E, pertanto, «vi è luogo ad attribuzione del carattere discrezionale» non solo quando la fonte superiore ne condizioni gli svolgimenti al perseguimento di determinati fini, o la sottoponga all'osservanza di date direttive», ma anche «allorché in regime di Costituzione rigida, sussista nei loro confronti l'obbligo di rivolgersi alla soddisfazione di interessi pubblici direttamente o indirettamente indicati dalla costituzione». In tali

¹⁴¹ G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 381.; ID. *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro it.*, 1952, IV, 75-76 in cui espressamente scrive che il potere politico è sempre libero nel fine di modo che gli atti politici «non possono per definizione incorrere nel vizio di eccesso di potere»; in senso analogo anche P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, Palermo, 1959, 478.

¹⁴² C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., 276.

¹⁴³ M. S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 49 ss., in cui l'Autore affermava che «nel momento stesso in cui l'atto normativo è emanato, la sua creatura che è la norma, acquista vita propria. Tale avvenimento è automatico, e indipendente da ogni determinazione degli autori dell'atto normativo; accade che nella realtà giuridica vengono a sussistere due distinte entità: da un lato l'atto normativo, dall'altro la norma».

¹⁴⁴ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 61, e questo perché «la prevalente efficacia formale» della Costituzione «consente, anzi esige ormai senza alcun dubbio», che la discrezionalità «venga applicata alla funzione legislativa, quanto meno con riferimento all'ipotesi [...] di norme costituzionali programmatiche ossia *prescriventi alla funzione legislativa il conseguimento di determinati fini*» (corsivo nel testo).

¹⁴⁵ C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto italiano*, V, Torino, 1960, 1098 ss. e l'Autore, infatti, scriveva che «la potestà discrezionale [è] nella sua essenza unitaria di ognuna delle sue manifestazioni, sicché i vari aspetti assunti da queste variano fra loro nel grado, non già nella qualità» (p. 1108).

ipotesi – continuava l’Autore – si avrà incostituzionalità «non solo quando l’interesse perseguito contrasta con quello imposto dalla costituzione, ma anche nei casi in cui dallo stesso tenore della legge risulti un’assoluta incongruenza fra la norma dettata ed il fine di pubblico interesse perseguito»¹⁴⁶. Da tale ultima affermazione si deduce chiaramente che la discrezionalità è intesa come «espressione del limite funzionalistico interno» alla legge¹⁴⁷.

Come giustamente rilevato, a questa posizione era sottesa una determinata idea di Costituzione¹⁴⁸: «tronco da cui si distaccano i singoli rami del diritto [...] somma di principi che potenzialmente esauriscono già tutto intero il sistema normativo, chiedendo di essere solo svolti e attuati»¹⁴⁹. E, infatti, si pongono in continuità con l’impostazione mortatiana quanti, come il Modugno, considerano la legislazione come un’attività funzionalizzata all’attuazione e allo sviluppo della Costituzione¹⁵⁰, poiché l’idea di una legge funzionalizzata implica una «raffigurazione autotelica della Costituzione, quale insieme in sé e per sé significante e sufficiente» anche se «poi bisognoso di essere adeguatamente svolto dalla normazione ordinaria»¹⁵¹.

Per questi autori la Costituzione contiene, seppur – come abbiamo visto – in diversa misura, un insieme di vincoli positivi che il legislatore è chiamato ad osservare e il cui mancato rispetto la Corte può sanzionare, mediante il ricorso alla figura dell’eccesso di potere legislativo.

Il concetto di discrezionalità legislativa, tuttavia, può avere anche un’altra utilizzazione, che, peraltro, è quella fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale. Il giudice delle leggi, infatti, ricorre espressamente al sintagma “discrezionalità del legislatore” solo per fare riferimento ai casi in cui il legislatore compie «valutazioni di

¹⁴⁶ Entrambe le citazioni sono tratte da C. MORTATI, voce *Discrezionalità*, cit., 1109.

¹⁴⁷ Sono parole di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 393.

¹⁴⁸ Chiaramente ricavabile da C. MORTATI, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1973, 145-146, in cui l’Autore scrive che «la codificazione in un unico testo delle disposizioni fondamentali fu intesa valevole non già solo nella misura in cui essa consente di tradurre sul piano giuridico il principio politico che l’ispira, ma anche a dar vita ad un sistema chiuso, onnicomprensivo e senza lacune, di per sé sufficiente a raccogliere ed a dare ordine ad ogni specie di rapporti in ogni contingenza, e non mai derogabile».

¹⁴⁹ Così L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, cit., 310.

¹⁵⁰ F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, II, Milano, 1970, 335 ss.; ID., voce *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1031; nonché ID., *Le fonti del diritto*, in ID., (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2012, 134-135.

¹⁵¹ Entrambe le espressioni riportate fra virgolette sono di A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, liberamente consultabile in www.forumcostituzionale.it, 2006, 2.

opportunità del tutto insuscettibili di essere verificate sotto il profilo della conformità ai precetti costituzionali»¹⁵².

In questa seconda accezione, con “discrezionalità legislativa” si fa riferimento a quelle attività che si svolgono *praeter constitutionem* e verso le quali si è sempre ritenuto che il sindacato della Corte potesse assumere i connotati del giudizio di merito, espressamente escluso dall’art. 28 legge n. 87 del 1953.

Rimane, invece, saldamente sul terreno della legittimità il controllo che la Corte effettuerebbe sul mancato rispetto dei fini posti dalla Costituzione. Ed è qui che nella dottrina costituzionalistica italiana il tema della discrezionalità si è saldato alla figura dell’eccesso di potere legislativo.

Anche su questo tema non vi è mai stata completa uniformità di vedute e la sua configurabilità è stata molto dibattuta in dottrina, tanto che non si è registrata una divisione solo fra chi riteneva inammissibile tale tipo di vizio¹⁵³ e chi, invece, ne predicava la configurabilità, ma anche fra gli stessi autori che erano disposti a riconoscere il suo fondamento teorico vi erano non secondarie divergenze di vedute¹⁵⁴.

Lo stesso giudice delle leggi non ha mai preso una chiara posizione sul punto, tanto che alcuni in dottrina hanno affermato che non è possibile «trarre elementi chiari e definitivi sulla configurabilità di questo vizio»¹⁵⁵.

¹⁵² Sono parole di A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull’uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit., 73.

¹⁵³ Essenzialmente perché configuravano il controllo condotto alla stregua di tale istituto come una valutazione nel merito della legge, non concessa alla Corte. Per questa posizione, fra tutti, C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità leggi in Italia (1950)*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 277, in cui l’Autore afferma che tale vizio «trasformerebbe a tal punto la funzione della Corte da sindacato sulla legge in controllo sul Legislatore, che desta sorpresa che, nel silenzio della Costituzione, se ne sia affermata in dottrina l’esistenza»; sulla stessa linea, R. RESTA, *La legittimità degli atti giuridici (1955)*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, 407-408, metteva in luce le gravi conseguenze politiche e il rischio di onnipotenza della Corte se le fosse stato possibile controllare i motivi psicologici interni e le ragioni della legge.

¹⁵⁴ C. MORTATI, *Sull’eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, I, I, 1949, 457 ss. e spec. 461, afferma che «l’accertamento attribuito dall’art. 134 della Costituzione alla Corte costituzionale» debba intendersi nel senso che esso comprenda tutte le figure di illegittimità, compresa quella dell’eccesso di potere, quale vizio della causa, o di deviazione della funzione tipica dell’atto». Erano favorevoli all’ammissibilità di tale vizio, fra gli altri, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 180 ss., il quale riconduceva il vizio di eccesso di potere legislativo allo sviamento di potere; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1955, 48; V. ZANGARA, *Limiti alla funzione legislativa nell’ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, 607 ss. e spec. 611, il quale configurava questo vizio come *fraus constitutionis*; e, infine, F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, II, cit., 323 ss.

¹⁵⁵ A. CELOTTO, *L’«abuso» del decreto-legge*, I, *Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997, 69.

Nonostante la mancanza di risposte dalla giurisprudenza costituzionale e la negazione, ad opera della dottrina maggioritaria, dell'autonomia concettuale della figura dell'eccesso di potere legislativo, il pervasivo sviluppo della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale ha, in modo latente, mantenuto viva la problematica¹⁵⁶, pur rendendo la questione un «problema di maggiore o minore efficacia della terminologia impiegata»¹⁵⁷.

Dirimente ancora oggi appare la lucida riflessione di Livio Paladin, il quale scriveva che con l'espressione "eccesso di potere legislativo" si allude «ai giudizi sulla consistenza e non sulla mera esistenza di certe ragioni di incostituzionalità [...] in breve alle ipotesi in cui si richiede una massima forza di penetrazione del sindacato costituzionale»¹⁵⁸.

Alla luce di queste parole, si può anche ritenere che la figura in esame abbia una scarsa utilità pratica¹⁵⁹; un dato, tuttavia, appare inconfutabile: il compito, che, nei primi anni di attività della Corte, parte della dottrina imputava alla figura dell'eccesso di potere, è stato adempiuto dalla figura della ragionevolezza.

E oggi sembra non revocabile in dubbio che la Corte indaghi sempre più a fondo le modalità di esercizio della funzione legislativa¹⁶⁰. Se, infatti, alla luce dello sviluppo della giurisprudenza che ha utilizzato il canone di ragionevolezza, il lemma "eccesso di potere legislativo" viene letto come forma di controllo maggiormente penetrante dell'attività legislativa, si può vedere come la preoccupazione della più risalente

¹⁵⁶ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1993, 44, il quale scrive che la Corte «attraverso un uso piuttosto penetrante del criterio della ragionevolezza [...] è giunta a sindacare [...] il vizio di eccesso di potere degli atti legislativi»

¹⁵⁷ A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988, 257.

¹⁵⁸ L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, cit., 321.

¹⁵⁹ Secondo quanto sostenuto da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1985, 370, poiché si rileva che anche quando «sembr[i] lecito richiamarsi all'eccesso di potere» e cioè quando «la legge abbia disposto oltre e contro i motivi ed i fini, cui la validità [...] era costituzionalmente condizionata [...] più semplicemente, leggi siffatte potrebbero anche dirsi illegittime per incompetenza o addirittura per vizio dell'oggetto».

¹⁶⁰ Sul punto risultano ancora oggi profetiche le parole di L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1045, il quale scriveva che «si può essere certi che [...] verrà sindacato il rispetto della scelta dei fini, operata dalla vigente Costituzione, anche se la Corte costituzionale dovesse [negare] in astratto l'esistenza di quel vizio». E, infatti, G. AZZARITI, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio intrinseco della legge*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 655, molto chiaramente afferma che «la questione dell'eccesso di potere legislativo si risolve, da un lato, nella verifica del rispetto da parte delle disposizioni legislative dei fini espressamente indicati in Costituzione, nei casi di riserva di legge rinforzata e di norme programmatiche e di scopo, dall'altro, nella più ampia e generale questione della necessaria ragionevolezza e coerenza logica del contenuto delle leggi».

dottrina, riguardante il contenimento dei poteri di valutazione Corte costituzionale rispetto ai contenuti della legge, si sia fermato alle soglie del tentativo¹⁶¹.

E che di mero tentativo si tratti se ne ha nuovamente conferma proprio dalla giurisprudenza in tema di automatismi legislativi, in cui è massimo il livello di pervasività del controllo sulle scelte del legislatore.

Senza anticipare quanto si dirà compiutamente più avanti, il modo pervasivo in cui la Corte indaga le rigide previsioni di legge suggerisce di rileggere e di prendere nuovamente in considerazione quelle dottrine, forse troppo facilmente accantonate, che predicavano la funzionalizzazione della legge all'attuazione e allo sviluppo della Costituzione¹⁶².

E, infatti, la giurisprudenza costituzionale, che ora andremo ad analizzare, dimostra come la pressione degli interessi e dei principi costituzionali sulla sfera legislativa imponga al legislatore non l'«astratta conformità» alla Costituzione, «ordine superiore ed esterno», ma la «corrispondenza ad un'idea di interna ragionevolezza e plausibilità» delle sue scelte. La scelta politica, «per essere considerata come legittimo esercizio della funzione legislativa» deve incorporare, infatti, una «dose minima di adeguatezza, congruenza e proporzionalità rispetto al fatto» così come esso è illuminato dai valori e dai principi costituzionali che nella fattispecie concreta entrano in gioco¹⁶³.

E se ciò è predicabile in generale per tutta la giurisprudenza costituzionale, che in modo sempre più pervasivo ricorre alla ragionevolezza, tanto più vale per le pronunce sui c.d. automatismi legislativi.

In queste ipotesi la legittimità della scelta del legislatore non viene valutata solo nella sua astratta conformità a Costituzione, ma anche con riguardo al grado di tutela che concretamente riconosce all'interesse in essa coinvolto.

¹⁶¹ Volendo parafrasare un'espressione di A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, 118.

¹⁶² Il riferimento è naturalmente alla tesi di Franco Modugno, cfr. per le indicazioni bibliografiche nota 146.

¹⁶³ Le frasi fra virgolette sono di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza*, cit., 388.

CAPITOLO III

Gli elementi di differenziazione

SOMMARIO: 1. Andare oltre la delega di bilanciamento ovvero della necessità di fare un passo indietro. – 2. Giudizi di ragionevolezza e automatismi legislativi. – 3. Gli automatismi e il vizio di irrazionalità. – 3.1. Il vizio di irrazionalità degli automatismi che si fondano sulla presunzione. – 3.1.2. Intermezzo: note critiche sulla figura dell'*id quod plerumque accidit*. – 3.2. Ancora sugli automatismi irrazionali: quando l'incostituzionalità c'è anche se manca la presunzione. – 4. Gli automatismi legislativi e il vizio di irragionevolezza-inadeguatezza. – 5. Il ruolo del fatto nelle dichiarazioni di incostituzionalità degli automatismi legislativi.

1. Andare oltre la delega di bilanciamento ovvero della necessità di fare un passo indietro

I contributi dottrinari che si sono occupati del fenomeno degli automatismi legislativi hanno sempre assunto, come punto di osservazione privilegiato, la delega al giudice ordinario del potere di bilanciare gli interessi del caso concreto. Questa figura, denominata *delega di bilanciamento*, è frutto di una intuizione di Roberto Bin¹, il quale, mediante essa, individua tutte quelle ipotesi in cui la Corte costituzionale, dopo aver demolito il rigido schema di interessi fissato dal legislatore, non ne stabilisce uno differente e alternativo, ma delega ai giudici comuni il potere di compiere un bilanciamento fra i vari interessi meritevoli di tutela e coinvolti nel caso concreto.

Roberto Bin, infatti, scrive che con la delega di bilanciamento, la Consulta non sostituisce «il punto di bilanciamento fissato dalla norma impugnata con una soluzione alternativa»², sovrapponendo alle scelte compiute dal legislatore una propria valutazione³, ma si limita a «demolire la rigida assegnazione di valore degli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali

¹ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 88-93, 120-131. Sulla delega di bilanciamento si veda anche G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 342-347.

² R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 89.

³ R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 3575.

da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta»⁴. Effettuata, quindi, l'operazione demolitoria della pianificazione degli interessi fatta dal legislatore, la Corte delega al giudice il potere di eseguire il bilanciamento, ponendo di conseguenza una regola sulla competenza⁵.

Secondo questa impostazione, la Corte costituzionale non propone un proprio differente schema di interessi, ma ricorre alla delega nelle ipotesi di automatismo perché si trova nell'impossibilità di fare diversamente. Se gli automatismi legali si configurano, infatti, come quelle ipotesi di «significato pregnante»⁶, in cui deve essere riconosciuta al giudice la «possibilità di mettere fuori gioco una regola [...] quando esistono esigenze particolari di equità che richiedono di metterla da parte»⁷, se questa è l'essenza del fenomeno, allora anche la regola (che prevedesse una diversa sistemazione – che in quanto tale sarebbe affetta da una certa rigidità – degli interessi in gioco) formulata dalla Corte potrebbe risultare irragionevole per un successivo e futuro caso concreto che non rientrasse nella nuova e differente pianificazione di interessi⁸.

Sicuramente il rapporto privilegiato che si viene ad instaurare fra la Corte costituzionale e i giudici è il dato costante e rilevante della giurisprudenza costituzionale e, pertanto, deve necessariamente costituire un punto fermo di ogni analisi sul tema. Soffermarsi solo su tale aspetto, però, rischia di non portare a risultati soddisfacenti, perché si offre una lettura, seppur corretta, solo parziale del fenomeno.

In questo lavoro si andrà oltre la delega di bilanciamento, *facendo un passo indietro* e si guarderà non alla frazione finale del controllo, ma a quella iniziale, avente natura demolitoria e rispetto alla quale analizzeremo i *topoi* argomentativi utilizzati dal giudice delle leggi per superare l'automatismo legislativo. E una volta fatto ciò, vedremo, nel quarto capitolo, come essa non costituisca neanche la chiave di lettura più corretta per il tema che ci occupa.

⁴ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 89.

⁵ R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, cit., 3576. L'Autore, infatti, scrive che il risultato di tale operazione non è una nuova regola di prevalenza, che risolva direttamente il conflitto di interessi, bensì una regola sulla competenza, in cui si definiscono i criteri procedurali e si individuano le sedi istituzionali più opportune con i quali e nelle quali dovrà compiersi il bilanciamento in concreto. Si veda dello stesso Autore, *Diritti e argomenti*, cit., 92.

⁶ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *op. cit.*, 212.

⁷ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *op. cit.*, 212.

⁸ E sul punto R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, cit., 3578, afferma che, in definitiva, la necessità della delega trova la ragione nella connotazione del sistema di giustizia costituzionale che ha per oggetto le norme generali e astratte, e non situazioni concrete.

Per quanto riguarda, invece, l'analisi degli schemi di giudizio utilizzati dalla Corte costituzionale, che qui si va a proporre, l'obiettivo che con essa si vuole perseguire è quello di far emergere la complessità del fenomeno degli automatismi al fine di mettere in evidenza che quest'ultimo, seppure abbia una fisionomia unitaria, racchiude al suo interno un'eterogenea serie di ipotesi raggruppabili in due macro aree.

2. Giudizi di ragionevolezza e automatismi legislativi

Sommariamente fornite le coordinate di ciò che si andrà a proporre nelle prossime pagine, vediamo come la Corte, ricorrendo al canone della ragionevolezza, concretamente sia giunta a sanzionare le rigide previsioni di leggi.

Ad un'analisi attenta, infatti, e sebbene il giudice delle leggi richiami genericamente il canone della ragionevolezza, e a volte (secondo ciò che può considerarsi una costante) confonda o usi promiscuamente i termini di ragionevolezza, proporzionalità o razionalità, si possono tenere ben distinte due diverse ipotesi di automatismi legislativi: gli *automatismi che snaturano la disciplina* e gli *automatismi che provocano una distorsione della disciplina sul piano applicativo*.

Nel primo gruppo, i vizi che la Corte costituzionale sanziona sono riconducibili alla generale figura dell'*irrazionalità*, nel secondo caso, invece, i vizi sono riconducibili alla categoria dell'*irragionevolezza-inadeguatezza* della norma.

3. Gli automatismi e il vizio di irrazionalità

3.1. Il vizio di irrazionalità degli automatismi che si fondano sulla presunzione

Come abbiamo visto nel precedente capitolo, il vizio di irrazionalità si configura come contraddittorietà della norma oggetto rispetto agli obiettivi enunciati nel testo, al sistema di appartenenza o al sistema costituzionale più in generale⁹. In questi casi,

⁹ Qui si è unito al vizio di irrazionalità della costruzione di Zagrebelsky il contenuto che A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 568 ss., dava ad una delle tre forme dell'incoerenza della normativa, la contraddittorietà per l'appunto.

infatti, la Corte sanziona l'incoerenza della legge, che produce una «incompatibilità tra finalizzazioni, principi e *rationes* legislative»¹⁰.

Incompatibilità che può essere determinata da diversi fattori: dalla ingiustificata *parificazione* o *differenziazione* di certe fattispecie o di certi casi, i quali, invece, avrebbero dovuto essere esclusi o inclusi dall'ambito di applicazione della norma; dall'insufficienza o dall'inadeguatezza dei presupposti legali sui quali la presunzione è costruita; infine, dal contrastano con un principio generale vigente in materia o con un principio costituzionale, il quale implica il ricorso al canone della ragionevolezza per la sua interpretazione o applicazione.

Pure vi sono ipotesi, infine, nelle quali i giudizi si sovrappongono e alla valutazione della compatibilità costituzionale delle generalizzazioni legislative si aggiunge la verifica della compatibilità di una determinata soluzione normativa con un principio costituzionale.

È sempre bene tenere presente, poi, che nella serie di ipotesi che si sono enucleate non è la semplice irrazionalità della normativa, ma la combinazione fra questa e la formulazione rigida a determinare l'incostituzionalità, in quanto toglie al soggetto chiamato alla sua applicazione qualsiasi possibilità di modulare la portata precettiva della norma, mediante gli ordinari strumenti ermeneutici¹¹.

Fatte queste opportune precisazioni, possiamo addentrarci nell'analisi, partendo dal lungo filone giurisprudenziale riguardante la presunzione di pericolosità. Come abbiamo avuto modo di rilevare, in queste ipotesi la Corte indaga preventivamente la ragionevolezza delle presunzioni assolute, per verificare, per mezzo del *controllo di evidenza*, se ci sia corrispondenza tra le statuizioni legislative e la realtà sottostante da queste disciplinata. Solo successivamente valuta la coerenza delle generalizzazioni legislative rispetto alla *ratio* della disciplina e, se del caso, colpisce l'automatismo legislativo.

Come si evince da quanto abbiamo appena detto, i profili di evidenza e quelli di coerenza, in linea con l'insegnamento di Lavagna, sono fortemente interconnessi, ma la particolarità risiede nella circostanza che le valutazioni di evidenza sono del tutto

¹⁰ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 196, il quale, inoltre, ricorda che le antinomie che rilevano in questi casi sono di carattere teleologico o assiologico e non logico.

¹¹ Sul punto si tornerà più compiutamente *infra*, Capitolo IV e spec. Par. 1.4.

centrali e preminenti rispetto alle seconde. E ciò, come è stato acutamente osservato, si spiega perché le presunzioni assolute sono sintomo di un automatismo illegittimo¹².

Quando, infatti, l'automatismo si fonda espressamente su una presunzione, il sindacato di costituzionalità investe essenzialmente quest'ultima e il superamento del primo si atteggia quasi a mera conseguenza del processo di falsificazione cui viene sottoposta la regola presuntiva.

Affinché la presunzione possa superare indenne tale controllo è sufficiente – come già ricordato – che «poggi su valutazioni obiettive e uniformi, desunte dalla comune esperienza, secondo indicazioni socio-criminologiche discrezionalmente apprezzate dal legislatore, che consente di ritenere sussistente la probabilità che soggetti, accomunati da dati connotati soggettivi»¹³ possano riproporre il comportamento che la norma cerca di neutralizzare.

In tal senso, si pensi ai casi della misura di sicurezza del riformatorio giudiziario applicata al minore infraquattordicenne¹⁴; alla presunzione del perdurare dell'infermità dell'imputato prosciolto per infermità psichica¹⁵ o alle numerose declaratorie di incostituzionalità delle ipotesi di custodia cautelare obbligatoria in carcere¹⁶. Tutte le disposizioni oggetto dei giudizi di costituzionalità delle ipotesi qui richiamate¹⁷ erano costruite in termini presuntivi, nel senso che dalla legge veniva posta, come incontrovertibilmente esistente, la condizione di fatto che la stessa norma era chiamata a neutralizzare.

In tutte queste ipotesi la Corte ha previamente verificato la compatibilità della presunzione con i dati di esperienza *extra*-giuridici e ha rilevato che: per i minori infraquattordicenni la pericolosità non costituiva la regola, ma l'eccezione; il perdurare dell'infermità psichica non aveva fondamento in basi scientifiche; per molte delle ipotesi di reato, considerate dal legislatore, non vi era una congrua base statistica che indicava la custodia cautelare in carcere come l'unica misura adeguata a soddisfare le esigenze cautelari.

¹² A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 198.

¹³ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 238.

¹⁴ Corte cost. sentenza n. 1 del 1971.

¹⁵ Sentt. nn. 139 del 1982 e 249 del 1983.

¹⁶ Si veda cap. I par. 2.3.

¹⁷ Ma lo stesso può dirsi per le dichiarazioni di incostituzionalità degli automatismi legislativi in materia di immigrazione.

La mancata rispondenza ai dati di esperienza generalizzati determina l'irrazionalità delle generalizzazioni legislative: se i minori che commettono un reato non sono nella generalità dei casi soggetti socialmente pericolosi; se nella generalità dei casi lo stato di infermità psichica non si mantiene costante; se la custodia cautelare in carcere non è l'unico strumento per assolvere le esigenze cautelari, viene meno la ragione dell'automatismo e si ha, viceversa, un'applicazione indiscriminata della disciplina anche a casi che ben potrebbero essere esclusi.

Solo se la presunzione è coerente con i dati di comune esperienza, risulteranno, a loro volta, coerenti le generalizzazioni legislative, che su tali presunzioni sono state costruite, poiché corrispondenti alla «normalità sottostante»¹⁸ alla norma. Da ciò deriva, poi, la coerenza della previsione rispetto al fine perseguito: l'esigenza di neutralizzare la pericolosità sociale dei destinatari della norma. Dalla razionalità della classificazione legislativa deriverà, di conseguenza, la non incostituzionalità dell'applicazione automatica della misura.

Viceversa, una volta rilevato che, difettando la presunzione di un adeguato valore predittivo, la regola ricomprende nel suo campo di applicazione anche soggetti che avrebbero dovuto essere esclusi, la Corte colpisce l'automatismo, poiché la riscontrata irrazionalità fa perdere qualsiasi giustificazione all'obbligatorietà e all'automaticità della misura, in quanto la «presunzione di pericolosità», in concreto, altro non significa se non l'obbligatoria ed automatica applicazione della misura in tali ipotesi, indipendentemente da qualsiasi altra considerazione e da eventuali ulteriori accertamenti»¹⁹.

Se a volte il superamento dell'automatismo è puramente e semplicemente il riflesso della irrazionalità della presunzione e della conseguente erroneità della generalizzazione legislativa, altre volte l'operazione della Corte si arricchisce di un ulteriore passaggio. La verifica sulle basi razionali dell'indice presuntivo viene ugualmente condotta, sempre mediante il controllo di evidenza, ma il superamento dell'automatismo non sarà solo un riflesso della demolizione della presunzione (e di conseguenza della generalizzazioni legislative), bensì sarà determinato dal contrasto diretto che la normativa rigida ha con il principio regolatore della materia.

¹⁸ L'espressione è di R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 324.

¹⁹ Corte cost. sent. n. 139 del 1983.

Ciò è quanto accaduto nella giurisprudenza sulla custodia cautelare in carcere, già richiamata, e in quella sull'art. 4-*bis* ord. penit. In queste ipotesi la Corte non si è limitata, infatti, a riscontrare l'irrazionalità delle presunzioni e delle conseguenti generalizzazioni legislative, ma si è anche preoccupata di valutare la compatibilità della normativa, indagata mediante il controllo di razionalità, alla luce dei principi costituzionali rispettivamente applicabili: il principio del minor sacrificio necessario e il principio di proporzionalità e individualizzazione della pena. In questo scenario, il controllo sulle basi razionali è stato utilizzato per verificare se la compressione del principio trovasse una giustificazione nell'esigenza a difesa della quale era stata eretta la presunzione legislativa.

Alla luce dei precedenti in materia di misure di sicurezza non è azzardato affermare che il giudice delle leggi sarebbe potuto arrivare allo stesso risultato se pure si fosse limitato ad indagare semplicemente le basi razionali della disciplina. Indubbiamente, infatti, sia le varie ipotesi di custodia cautelare dichiarate incostituzionali sia le diverse ipotesi preclusive contenute nell'art. 4-*bis* ord. penit. caducate dalle Corte, risultavano irrazionali.

Per quanto riguarda le ipotesi di custodia cautelare abbiamo già detto, per i casi riguardanti l'art. 4-*bis* ord. penit. ricordiamo, invece, che vige tutt'ora una doppia presunzione: una prima, che presuppone come socialmente pericolosi gli autori di determinati reati, per il vincolo associativo che si presume ancora esistente anche nel periodo di espiazione della pena e una seconda presunzione, la quale ritiene che la sola collaborazione con la giustizia possa essere indice di ravvedimento, poiché unico atto idoneo a dimostrare la rescissione dei legami con l'*humus* criminale di provenienza e unica prova di risocializzazione. Come originariamente formulato, questo meccanismo contrastava con una regola di esperienza generalizzata, in base alla quale ben potevano esserci casi di collaborazione incolpevole o inesigibile, seppure il soggetto avesse dato prova di sicuro ravvedimento e quindi di cessazione della sua pericolosità. Da ciò derivava la potenziale sovra-inclusività della norma, poiché poteva applicarsi anche a casi che ben sarebbero potuti essere esclusi.

È altrettanto vero che il giudice rimettente e gli altri giudici, i quali pure si sono trovati a dover applicare la norma, così come uscita dal giudizio di costituzionalità, hanno la possibilità, venuto meno l'automatismo, di modulare la fattispecie legislativa

sull'esigenze del caso concreto, poco importando, almeno sotto questo specifico profilo, a come si è arrivati a ciò.

Dal punto di vista ordinamentale, però, il richiamo ad un parametro costituzionale diverso dall'art. 3 Cost., letto come imperativo di coerenza della disciplina legislativa, non è privo di conseguenze e, anzi, è elemento di indubbio pregio.

Nell'analisi che abbiamo compiuto nel primo capitolo, abbiamo visto che, generalmente, le singole ipotesi di automatismi sono il risultato di una logica unitaria, che pervade per intero il settore normativo nel quale sono inserite, e, inoltre, sono tutt'altro che ipotesi sporadiche. Da ciò deriva che l'individuazione di uno specifico parametro può fungere da utile bussola per sollevare successive questioni di legittimità costituzionale su norme inserite nel medesimo settore normativo e costruite in modo da annullare qualsiasi potere valutativo del giudice.

Allo stesso modo, abbiamo visto che le decisioni della Consulta non sono sporadiche ed arrivano al punto di stravolgere l'intero settore normativo, tanto da spingere il legislatore ad intervenire. Sulla scorta di ciò, il richiamo ad un principio costituzionale, alla luce del quale viene condotto il controllo di costituzionalità, può essere un'utile indicazione anche per il legislatore nel momento in cui disciplinerà nuovamente la materia.

Sebbene, però, il richiamo ai principi costituzionali sia indubbiamente un fatto di un certo pregio, i dubbi su questa giurisprudenza permangono e sono tutti legati al ricorso all'*id quod plerumque accidit*. Per meglio comprendere questa nostra affermazione è necessario spendere alcune considerazioni sulle presunzioni legislative, attorno alle quali sorgono non pochi dubbi di compatibilità costituzionale quando vertono in materia di diritti fondamentali e, in particolar modo, quando incidono sulla libertà personale.

3.1.2. Intermezzo: note critiche sulla figura dell'id quod plerumque accidit

Preliminarmente bisogna rilevare che le presunzioni sono criticabili anche quando inglobano correttamente la realtà fattuale che disciplinano e, quindi, superino positivamente il controllo di evidenza condotto mediante lo strumento della comune esperienza. In questo caso, infatti, il meccanismo presuntivo non ha nessuna giustificazione pratica ed è addirittura viziato di illogicità: quanto più il fatto preso in

considerazione dalla norma è supportato da una inconfutabile evidenza empirica, tanto più, infatti, sarà semplice per la magistratura individuare quei casi che la norma rappresenta in termini presuntivi come inconfutabilmente esistenti.

Sotto un altro e ben più pregnante profilo, però, il ricorso alle presunzioni è oltremodo pericoloso e genera diversi problemi di compatibilità costituzionale. Ciò accade tutte quelle volte in cui esse non hanno un adeguato contenuto predittivo e limitano ingiustificatamente la libertà di soggetti che, se il giudice avesse mantenuto intatto il suo potere di accertamento e valutazione del caso concreto, sarebbero potuti essere esclusi dal campo di applicazione della norma.

Si può ritenere, pertanto, non azzardato affermare che le presunzioni oscillino fra l'inutilità e la pericolosità: da un lato, perché l'incontrovertibile esistenza, esattamente certificata dalla presunzione, ben potrebbe essere individuata dalla magistratura nella sua ordinaria funzione di accertamento dei fatti e, dall'altro, perché l'erronea attestazione legislativa – dell'incontrovertibile esistenza di un determinato dato di esperienza – estende oltremisura l'ambito di applicazione della norma con conseguenze tanto più dannose quando si verte in materia di diritti fondamentali.

È soprattutto in queste ultime ipotesi, peraltro statisticamente preponderanti, che è possibile scorgere la vera natura delle presunzioni di pericolosità: sono uno strumento che annulla qualsiasi potere valutativo del giudice per perseguire un fine che, a volte, è volutamente discriminatorio²⁰ o, altre volte, è diverso rispetto a quello al quale la norma sarebbe naturalmente e dichiaratamente deputata. E su quest'ultimo punto è ancora emblematico il caso dell'art. 4-bis ord. penit., e specificamente i reati c.d. di prima fascia, quale meccanismo teso ad ottenere la collaborazione del detenuto, così da inserirlo in una più generale strategia di lotta al crimine organizzato²¹.

L'errata rappresentazione del reale, come confermano anche gli altri casi passati in rassegna, è, pertanto, la conseguenza di una precisa scelta del legislatore, il quale, parafrasando il pensiero di un illustre maestro del diritto costituzionale, decide di

²⁰ Come avviene quando viene prevista la neutralizzazione di determinate categorie di soggetti.

²¹ Nel sottoporre a critica la presunzione di pericolosità dei soggetti condannati o, addirittura, detenuti per reati legati alla criminalità organizzata di stampo mafioso, non sottovalutiamo il problema della criminalità organizzata e nemmeno ignoriamo il forte legame che spesso lega i consociati alle organizzazioni criminali di appartenenza. In queste pagine, inoltre, come non ricorremo a ricostruzioni di carattere sociologico o criminologico alternative a quella fatta propria dalla Corte e dal legislatore, perché il nostro intento non è quello di dimostrare l'inconsistenza empirico-fattuale della presunzione, ma soltanto indagare le conseguenze giuridiche che si legano ad essa e la loro (in)sostenibilità costituzionale.

“coercire e non di comandare”²², poiché utilizza la presunzione come strumento per evitare che la precisa scelta di politica legislativa, così imposta, possa essere turbata dal potere di accertamento del giudice. Non si tratta, allora, di stabilire se la dimidiazione o la soppressione dei poteri valutativi di quest’ultimo sia giustificata da un’evidenza empirica e dall’esattezza con la quale quest’ultima è configurata dalla norma, ma di valutare se il fine che essa persegue sia conforme alla tavola di valori costituzionali e, solo dopo che questa verifica abbia avuto un esito positivo, se il *modo* mediante il quale questo fine viene perseguito sia giustificato dalla Costituzione.

Del resto, già molti anni fa Alessandro Pace – in merito alle presunzioni legali in materia di misure di sicurezza – aveva evidenziato come «sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze ma astratte scelte di politica legislativa»²³.

Sulla base di quanto appena rilevato è opportuno, allora, ripensare all’utilizzo, dell’*id quod plerumque accidit*, sul quale non a caso si sono appuntati i rilievi della dottrina costituzionalistica più accorta. È stato evidenziato, infatti, che tale figura non può essere ritenuta un vero e proprio criterio statistico, per mezzo del quale indagare scientificamente la realtà sottostante alle scelte legislative, ma si sostanzia semplicemente in un ricorso generico e apodittico a certi dati di comune esperienza²⁴.

Questo criterio, privo di qualsiasi contenuto di scientificità, è oltretutto pericoloso quando viene adoperato per valutare la legittimità delle presunzioni legislative in materia penale o nel diritto punitivo in generale; basti pensare che proprio in materia di

²² Il riferimento è alla celebre espressione di C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina pura del diritto*, in *Annali dell’Univ. Camerino*, IV, Fabriano, 1930, 61 ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1999, il quale scriveva che «il diritto, quando comanda non coércisce quando coércisce non comanda».

²³ A. PACE, *Misure di sicurezza e Costituzione*, cit., 193.

²⁴ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d’eguaglianza*, cit., 657. Sul punto R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 324, lucidamente scrive che questa «serve a richiamare una realtà “media” dei comportamenti sociali o delle relazioni economiche: si assume, quindi, un criterio di tipo statistico, operando però esclusivamente sulla base dei dati generici di comune esperienza». E l’Autore ancora più caustico in ID., «*Al Cuor non si comanda*». *Valori, regole, argomenti e il “caso” nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 330, in un discorso più generale sulle strategie argomentative per fissare le regole di prevalenza di un interesse sull’altro al riguardo della figura dell’*id quod plerumque accidit* e non solo. L’Autore fa riferimento ai casi specifici in cui tale strategia viene utilizzata per rigettare la questione, ma a parere di scrive il giudizio negativo riservato a tale figura è valido per il suo generale utilizzo: «la pregevolezza di queste figure è molto bassa, la loro incidenza nella configurazione della “regola di prevalenza” è pressoché nulla. Sono formule stereotipate, ripetute con grande frequenza e che troppo spesso occupano lo spazio che avrebbe dovuto essere destinato a qualche ragionamento più calzante, volto a giustificare il perché una certa deformazione [percepita nel “caso”] sia assunta come irrilevante».

misure di sicurezza questo è stato lo strumento per respingere numerose questioni di legittimità costituzionale e salvare in più punti una normativa sulla cui portata discriminatoria non si nutrivano dubbi in dottrina e in giurisprudenza²⁵. E sebbene la miopia giustificazionista, riscontrata per le misure di sicurezza, non abbia colpito la Corte per le ipotesi di custodia cautelare obbligatoria in carcere²⁶, lo stesso non può dirsi per la giurisprudenza in merito all'art. 4-bis.

In definitiva, con la figura dell'*id quod plerumque accidit* si corre il rischio di ammantare cert'una disposizioni di una scientificità che in realtà è inesistente e, in tal modo, di riconoscere ad esse un acritico salvacondotto che si risolve in una legittimazione *ex post* di scelte che sono il frutto di una precisa opzione di politica criminale, la cui compatibilità a Costituzione, invece, dovrebbe essere oggetto di verifica, seppur nei limiti che la Corte stessa riconosce alla discrezionalità legislativa in questa materia²⁷.

Volendo, allora, tirare le fila di queste nostre riflessioni interlocutorie su un tema tanto complesso, qual è quello del rapporto tra le statuizioni legislative e il potere di accertamento del giudice, si può concludere dicendo che il legislatore non dovrebbe adoperare le presunzioni legali fondate su di una comune esperienza e la Corte costituzionale, dal canto suo, non solo dovrebbe compiere uno stretto scrutinio di costituzionalità, ma *a fortiori* non dovrebbe ricorrere alle massime di comune esperienza per valutare la costituzionalità di scelte legislative, tanto più se la norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità compori una restrizione della libertà personale.

Al contrario, la Corte dovrebbe valutare la compatibilità a Costituzione delle presunzioni solo in base alla loro conformità a parametri formalmente costituzionali, diversi dall'art. 3, il quale – come abbiamo visto – si risolve nella porta attraverso la quale le valutazioni di comune esperienza, qui criticate, trovano ingresso nelle valutazioni di costituzionalità²⁸.

²⁵ Non a caso Alessandro Pace ha condotto le riflessioni qui richiamate proprio in merito alla prima decisione di rigetto della Corte costituzionale in materia di misure di sicurezza.

²⁶ Forse anche perché in relazione all'art. 275 c.p.p. il Legislatore aveva osato troppo, in termini di discriminatorietà della disciplina.

²⁷ Cfr. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, CEDAM, Padova, 2001, 95.

²⁸ Sia chiaro, qui non si vuole sostenere che nella motivazione non possano entrare valutazioni di fatto, in quanto si ritiene inconfutabile che ogni disposizione legislativa deve essere interpretata alla luce della realtà sociale nella quale è chiamata ad operare. Quello che si vuole affermare è che valutazioni di tale tipo dovrebbero assumere la veste di argomenti retorici, che dovrebbero adiuvarne l'argomentazione

3.2. Ancora sugli automatismi irrazionali: quando l'incostituzionalità c'è anche se manca la presunzione

Come abbiamo illustrato nel primo capitolo, in un'altra serie di casi la Corte continua a sanzionare il vizio di irrazionalità anche quando la norma non è costruita attorno ad una presunzione, perché quest'ultima, seppur presente, o non rileva nel giudizio di costituzionalità o, addirittura, è espressamente considerata non contraria a Costituzione²⁹. Nello specifico, le particolari manifestazioni dell'irrazionalità sono qui generate dall'ingiustificata assenza o presenza di un elemento, che, unendosi alla formulazione rigida della disposizione, determina l'impossibilità di modulare l'applicazione della norma rispetto alle esigenze del caso concreto.

Addentrandonci nell'analisi, prendiamo in considerazione le ipotesi di irrogazione automatica della sanzione disciplinare, nelle quali la Corte ha sancito che, in forza del principio dell'indispensabile gradualità sanzionatoria vigente in materia, l'automatismo risultava «incoerente [...] e conseguentemente irrazionale»³⁰, poiché imponendo l'applicazione automatica della sanzione, annullava il necessario rapporto di proporzionalità fra l'illecito commesso (e la conseguente responsabilità dell'incolpato) e la sanzione che doveva essere applicata. Escluso, pertanto, ogni potere valutativo del titolare della funzione disciplinare, la norma poteva evidentemente applicarsi anche a soggetti che avessero commesso un fatto, caratterizzato da un disvalore nettamente inferiore rispetto a quello astrattamente prefigurato dalla norma.

Da ciò, come spesso capita in queste fattispecie, derivava anche una disparità di trattamento, poiché venivano assoggettate alla stessa disciplina sanzionatoria situazioni di fatto assai differenti. In questa, come nelle precedenti ipotesi della custodia cautelare e dell'art. 4-bis, inoltre, il principio regolatore della materia snida le sacche di irrazionalità di quelle discipline che, anche e soprattutto a causa dell'automatismo,

prettamente giuridica della decisioni, la quale dovrebbe strutturarsi in termini di raffronto fra la norma oggetto e il parametro costituzionale di riferimento. In altri termini, la loro funzione dovrebbe essere quella di cooperare all'efficacia della motivazione e, cioè, essi dovrebbero essere utilizzati per corroborare il significato prettamente giuridico di questa (in questo senso A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1499).

²⁹ Così la Corte cost. sent. n. 109 del 1997 sulla presunzione di inadeguatezza delle misure alternative rispetto ai condannati che subivano la conversione della pena sostitutiva; si veda capitolo I, par. 3.

³⁰ Corte cost. sent. n. 971 del 1988.

inglobano nel loro ambito di applicazione fattispecie o casi che sarebbero dovuti essere esclusi.

Ma di particolare interesse è soprattutto l'operazione manipolatoria logicamente successiva, mediante la quale la Corte afferma anche l'esigenza che siano previsti «criteri normativi» per la commisurazione delle misure sanzionatorie³¹. Affinché la disciplina sanzionatoria non risulti irrazionale è, infatti, necessaria la valutazione del fatto commesso nella sede naturalmente a ciò deputata: il procedimento disciplinare.

È evidente come in questi casi, in forza del principio di razionalità, la regola non venga semplicemente modificata, ma addirittura riformulata, poiché questa è l'unica soluzione per dare piena attuazione al principio generale della materia.

In questo secondo gruppo di decisioni, nelle quali la Corte ha sanzionato l'irrazionalità della disciplina, abbiamo ricondotto anche una serie di pronunce sui c.d. *automatismi preclusivi*. Al pari di quanto già illustrato, le norme oggetto del controllo di costituzionalità comportavano una disparità di trattamento; il tratto caratteristico di queste ipotesi risiede, però, nell'irragionevole esclusione di determinate categorie di soggetti dall'accesso ad una determinata disciplina di favore.

Su queste ipotesi si ritiene sufficiente quanto abbiamo già detto nel primo capitolo, in questa sede, dedicata all'analisi della struttura della giurisprudenza costituzionale, interessa solo evidenziare la complessità del modulo argomentativo rappresentato dalla sentenza n. 239 del 2014, dalla quale emerge una particolarità sul controllo di coerenza, che attenta dottrina aveva già registrato rispetto al più generale tema della ragionevolezza³².

In un passo del considerato in diritto della decisione, nel quale la Corte compie un bilanciamento fra il preminente interesse del minore e le esigenze di difesa sociale, si legge che «affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata, per l'appunto, in concreto – così come richiede la citata disposizione – e non già collegata ad indici presuntivi – quali quelli prefigurati dalla

³¹ Corte cost. sent. n. 270 del 1986.

³² G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 217 ss., affermazione condivisa anche da F. MODUGNO, *Ragione e Ragionevolezza*, cit., 67.

norma censurata – che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni»³³.

Quanto appena riportato potrebbe, in prima battuta, disorientare se si accede all'idea che il controllo di coerenza «sarebbe quasi meccanicamente ed obiettivamente accertabile, risolvendosi in una semplice contraddizione» formale. In realtà, la verifica di coerenza non può essere rappresentata «secondo schemi logici rigorosi e coincidenti per lo più con l'applicazione del principio di non contraddizione»³⁴. Come già emerso, infatti, il controllo in questione, poiché deve avere come costante punto di riferimento la *ratio legis* o le finalizzazioni legislative, non solo risulta meno legato a vincolo formali o logici, ma può anche essere fondato su operazioni di bilanciamento³⁵, le quali possono essere presenti anche se non compaiono espressamente nelle motivazioni della Corte³⁶.

Altre volte, come nella sentenza che si commenta, la censura di incoerenza si intreccia in modo, addirittura, inestricabile con le operazioni di bilanciamento³⁷. In questi casi, anche se la valutazione è assiologica, e non logica, si è comunque in presenza di un vizio di irrazionalità e questo perché, come abbiamo rilevato nel capitolo precedente, il c.d. bilanciamento può attraversare i diversi moduli argomentativi della ragionevolezza. E questo avviene spesso in quelle ipotesi, quali gli automatismi legislativi, che provocano l'indiscriminata applicazione di (o esclusione rispetto a) una determinata disciplina e in cui occorre valutare se il rigido sistema legale sia sorretto da esigenze di tutela di un certo interesse. La Corte, pertanto, è chiamata a compiere un bilanciamento per verificare se la rigida pianificazione di interessi sia o meno giustificata e, se del caso, fissare non una diversa gerarchia, ma una regola di competenza.

Nonostante ciò, il vizio rimane quello della irrazionalità perché l'incostituzionalità è a monte, nel carattere sovra-inclusivo e, pertanto, discriminatorio della disciplina. Le operazioni di bilanciamento sono in questo caso l'espedito argomentativo per fissare la prevalenza dell'interesse che non viene adeguatamente tutelato dal rigido

³³ *Cons. dir.* punto 9.

³⁴ Queste sono le parole di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 217, il quale si riferisce essenzialmente al pensiero di C. LAVAGNA, *op. cit.*, 654.

³⁵ G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 217, del quale sono anche le parole riportate fra virgolette.

³⁶ G. PARODI, *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. In margine a Diritti e argomenti di Roberto Bin*, in *Diritto pubblico* 1995, 221.

³⁷ Sono sempre parole di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 218.

meccanismo legislativo e, una volta superato quest'ultimo, per dare il potere al giudice di modulare gli effetti della norma rispetto al caso concreto.

4. Gli automatismi legislativi e il vizio di irragionevolezza-inadeguatezza

Chiusa l'analisi sui vizi di irrazionalità, passiamo ad analizzare gli automatismi che provocano una distorsione della disciplina sul piano applicativo e nei quali viene sanzionato il vizio di irragionevolezza-inadeguatezza.

In questi casi la Corte non si concentra sull'astratta conformità a Costituzione della norma, mettendo a confronto la disciplina da essa prevista con il quadro costituzionale a cui questa fa direttamente riferimento³⁸, ma valuta in che misura questa leda (*rectius*: indebitamente comprima) interessi costituzionali coinvolti direttamente o indirettamente nel suo ambito di applicazione.

Richiamando le ipotesi che abbiamo analizzato nel primo capitolo, possiamo vedere, infatti, che la Consulta nelle decisioni in materia di adozione ha affermato che il sistema legislativo nella sua astrattezza non era irragionevole, poiché il vizio di costituzionalità risiedeva nell'assolutezza della regola, la quale determinava, nel caso concreto, un'irragionevole compressione dell'interesse alla speciale tutela del minore. Nei casi riguardanti la misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario e della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale, poi, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle relative norme poiché, *sempre nel caso concreto*, risultavano comprimere irragionevolmente l'interesse alla salute dell'internato, in un caso, e l'interesse alla speciale tutela del minore, nell'altro.

In definitiva, in questa tipologia di automatismi, il giudizio non ha carattere logico, non strutturandosi come raffronto fra fattispecie, e non è volto, pertanto, alla garanzia della coerenza interna del sistema normativo, ma assiologico, poiché la valutazione ha ad oggetto il *quantum* di tutela degli interessi costituzionali coinvolti nella disciplina normativa.

³⁸ Vuoi perché questa astratta conformità viene addirittura riconosciuta, vuoi anche perché la Corte, grazie alla particolare scelta compiuta dal giudice remittente, non affronta una valutazione su tale aspetto.

Come abbiamo visto, infatti, nella giurisprudenza sugli automatismi che snaturano la disciplina, la norma, salvo i casi di patente irragionevolezza³⁹, viene posta a raffronto a volte con un principio regolatore della materia, altre volte con una regola di esperienza. Nelle ipotesi di automatismi distorsivi della disciplina, invece, questo tipo di controllo manca, poiché lo sforzo della Corte è tutto volto a delimitare, o perimetrare, lo spazio occupato dagli interessi costituzionali coinvolti nella materia, al fine di verificare se questi ricevano un ragionevole grado di tutela nel caso concreto.

È bene chiarire, però, che sebbene la valutazione sia di carattere assiologico, non sempre il giudice delle leggi ricorre al bilanciamento di interessi. Se, infatti, è possibile riscontrare la presenza di quest'ultimo nella sent. n. 253 del 2003, in cui vengono bilanciati i due contrapposti interessi della tutela della sicurezza della collettività, che trova esplicazione negli strumenti di contenimento della pericolosità sociale degli infermi di mente, e il diritto alla salute dell'internato, o nella sent. n. 31 del 2012 tra l'interesse punitivo dello Stato e l'interesse del minore a non subire l'interruzione del rapporto affettivo con il proprio genitore⁴⁰; nei casi in tema di adozione, invece, non c'è un conflitto fra contrapposti interessi. In queste ultime ipotesi la Corte riscontra che l'attuazione per via legislativa dell'interesse del minore ad avere una famiglia adottiva, che riproduca il modello familiare dei figli naturali⁴¹, nei casi concreti potrebbe determinare una lesione dell'interesse alla speciale tutela del minore. E questo perché una famiglia, che concretamente risultasse idonea alla tutela dell'interesse di quest'ultimo, potrebbe venire esclusa in quanto non pienamente e precisamente corrispondente ai requisiti prescritti dalla legge.

Chiarito ciò, si può compiere un passo ulteriore e rilevare l'elemento fondamentale nella giurisprudenza sugli automatismi distorsivi della disciplina, sulle cui implicazioni, però, ci diffonderemo più compiutamente fra breve.

A causa della speciale prospettiva in cui si muovono tali tipi di giudizi, e ancor più che nei casi in precedenza esaminati, l'incostituzionalità, infatti, si risolve nel rapporto di tensione fra l'astratta previsione legislativa e il caso concreto. Sebbene questo rapporto di tensione sia una costante presenza in tutte le ipotesi analizzate dalla Corte in tema di automatismi, qui il fatto, ovvero la fattispecie concreta, assume un ruolo di

³⁹ Il riferimento è alle sentenze nn. 78 del 2005 e 466 del 2005 nelle quali l'incostituzionalità è stata dichiarata in base alla sola lesione del canone della ragionevolezza, si veda capitolo I, par. 3.

⁴⁰ E così anche nella sent. n. 7 del 2013.

⁴¹ Scelta che, come abbiamo visto, la Corte non ritiene astrattamente contestabile.

ben più rilevante pregnanza nelle argomentazioni della Consulta: da un lato, la fattispecie concreta è paradigmatica riguardo al livello di tutela costituzionale dell'interesse in essa coinvolto; dall'altro, detta il "verso" per la modifica della regola; operazione quest'ultima che ha come esito l'implementazione del livello generale di tutela di un determinato interesse costituzionale.

Volendo continuare a ragionare per immagini, possiamo dire che in queste ipotesi si opera sul *punto di resilienza della legge*.

Il concetto di resilienza trova la sua origine tecnica nella fisica dei materiali e nell'ingegneria e indica la capacità di un materiale di resistere ad un urto, assorbendo l'energia che può essere rilasciata in misura variabile dopo la deformazione⁴². Il termine indica, quindi, «l'attitudine di un corpo a riacquistare la propria forma iniziale dopo aver subito una deformazione causata da un impatto»⁴³ e, negli ultimi anni, ha avuto una diffusione in altri settori del sapere, quale, ad esempio, la psicologia, e, più in generale, nel linguaggio comune ha assunto il significato generico di elasticità⁴⁴.

Come meglio vedremo fra breve, in questi casi la Corte compie un'operazione manipolativa che aumenta il punto di elasticità della norma, per permettere a

⁴² Secondo la definizione dell'*Accademia della Crusca*, liberamente consultabile al sito <http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/l-elasticita-resilienza>

⁴³ P. CASTELLETTI, *La metafora della resilienza. Dalla psicologia clinica alla psicologia dell'assistenza umanitaria e della cooperazione*, liberamente consultabile in www.counselling-care.it/pdf/pdf_psico/Psicotrauma94.pdf, 1, il quale così continua: «indica quindi elasticità, la caratteristica cioè di alcuni materiali di assorbire molta energia in caso di urto, in contrapposizione ai materiali rigidi che viceversa in caso di impatto assorbono poca energia. Resilienza non è quindi equivalente a "resistenza", si può dire anzi che indichi il suo opposto, una "non resistenza" funzionale alla sopravvivenza, un piegarsi senza spezzarsi».

⁴⁴ Ancora P. CASTELLETTI, *La metafora della resilienza*, cit., 1, ricorda che «il termine resilienza è stato utilizzato come metafora dalle più diverse discipline: per l'informatica è la qualità di un sistema che gli permette di continuare a funzionare correttamente in presenza di guasti a uno o più elementi costitutivi, è la *system resiliency*, che indica la tolleranza ai guasti, alle anomalie e alle rotture; per l'ecologia esprime da una parte la capacità di recupero o di rigenerazione di un organismo, dall'altra l'attitudine di un ecosistema a riprendersi più o meno rapidamente da una perturbazione, come nel caso della ricostituzione di una foresta dopo un incendio; per *resilient community*, in socio-economia, si intende la capacità intrinseca delle aziende, delle organizzazioni e delle comunità a ritrovare lo stato iniziale di equilibrio oppure a determinare un nuovo equilibrio che permetta loro di funzionare dopo una crisi o in presenza di uno *stress* prolungato. Nello stesso senso, in antropologia, si parlerà di società, etnie, lingue o sistemi di credenze che danno prova di resilienza. Per la teoria dei sistemi la resilienza si caratterizza in generale come una forma di omeostasi che permette a un sistema di ritrovare le condizioni di partenza o di mantenere le proprie funzioni iniziali in un ambiente dinamico e mutevole ove interagiscono un numero importante di forze che devono essere mantenute in un equilibrio più o meno instabile. Va peraltro sottolineato come le utilizzazioni metaforiche del termine si differenziano dal significato originario, in quanto non si riferiscono a una materia inerte e semplice ma a sistemi complessi».

quest'ultima di resistere alle sollecitazioni cui viene sottoposta dai casi concreti che è chiamata a disciplinare.

Si è sostenuto che la critica cui il legislatore verrebbe sottoposto in queste ipotesi è quella di avere avuto poca fantasia giuridica⁴⁵, ma, in realtà, il vizio non risiede tanto nella assenza di fantasia, visto che le norme, in quanto generalizzazioni, non possono che dare letture approssimative, per eccesso o per difetto, del reale, ma, come altri giustamente hanno fatto notare, nella ««presunzione di completezza» della legge» destinata a valere «prescindendo dalle esigenze concrete delle fattispecie rientranti nel suo ambito di applicazione»⁴⁶. Il vizio di tale presunzione risiede – è bene ribadirlo – non solo nel contenuto della generalizzazione legislativa, ma nella formulazione stringente e angusta della regola, la quale non lascia margini di intervento interpretativo al giudice nel momento applicativo della norma.

Negli automatismi distorsivi della disciplina, l'interprete (il giudice *a quo* prima e la Corte costituzionale poi) si trova, infatti, davanti ad un'eccezione, non superabile in via interpretativa, che sembra minare la regola da applicare⁴⁷. E più specificamente, in questi casi il giudice *a quo* ricorre alla Corte costituzionale affinché questa riscriva la regola, in modo che essa sia riferibile (e pertanto possa disciplinarla) anche all'eccezione emersa nella dimensione effettuale.

⁴⁵ C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali», in A RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000, 281, la quale utilizza un'espressione di V. PANUCCIO, *La fantasia del diritto*, Milano 1984.

⁴⁶ C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013, 167.

⁴⁷ Così R. BIN, *L'ultima fortezza*, cit., 74-75. Successivamente l'Autore è ritornato sul punto, ID., *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, relazione al Convegno CUIA Principi generali del diritto: un ponte giuridico tra Italia e Argentina, Brescia, 9 e 10 maggio 2013, ora in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America latina*, 34/2013, 222, in un passo che merita di essere riportato integralmente: «il giudice, che non può pronunciare il non *liquet*, può cercare di interpretare la legge ordinaria in senso conforme a costituzione oppure eccipirne la incostituzionalità davanti alla Corte. Le due strade hanno lo stesso obiettivo, e si svolgono con modalità che sono diverse sul piano processuale, ma identiche su quello del procedimento interpretativo. Si tratta comunque di incorporare l'eccezione nella regola, il lemma nel teorema, il caso nel principio. La scelta dipende – questa sì – dalla scrittura del testo legislativo, dalla disposizione: la quale pone un limite che l'interprete non può superare. Se l'interpretazione conforme non può giungere, nel rispetto della lettera della legge, a incorporare l'eccezione, bisogna che la domanda della parte che adisce il giudice sia convertita in una 'questione' di legittimità costituzionale che il giudice solleva alla Corte costituzionale, indicando – in questo la Corte è tassativa – il 'verso' dell' 'addizione' richiesta, ossia la norma che si vuole addizionata alla disposizione. Nei termini di questa 'domanda', la Corte potrà pronunciare l'annullamento della disposizione «nella parte in cui» impedisce di ricavarne la norma che si suppone conforme a costituzione».

Sia detto per inciso, questa operazione alle volte è un *escamotage* dell'ordinanza di rimessione per permettere alla Corte costituzionale di intervenire su norme⁴⁸ che, seppur avvolte da dubbi di costituzionalità, sono sempre uscite indenni dai relativi giudizi in cui si era proposto il loro completo superamento⁴⁹.

La strategia sottesa alla richiesta è, però, poco rilevante per il costituzionalista, quello che interessa, invece, è l'esito cui giunge la particolare scelta manipolatoria. Se, infatti, nel giudizio di costituzionalità riguardante gli automatismi che snaturano la disciplina, la norma viene superata perché sottoposta ad un processo di falsificazione logica, negli automatismi distorsivi della disciplina – proprio grazie alla particolare operazione qui descritta – la regola, invece, rimane ferma e viene integrata. E ciò avviene non perché si aggiungono una o più eccezioni che impediscono alla regola di essere applicata in alcune ipotesi, ma poiché si riconosce al giudice di poter valutare se la differenza fra la fattispecie legale e quella concreta sia tanto rilevante da permettere o non permettere alla regola di trovare applicazione così come esattamente formulata.

È senz'altro condivisibile, pertanto, l'affermazione di quanti sostengono che in questi casi si inserisca un lemma⁵⁰ che rende flessibile l'applicazione della norma, ma tale risultato non si ottiene incorporando l'eccezione, bensì alla luce di questa.

⁴⁸ Il riferimento è alla sent. n. 253 del 2003, sulla misura dell'OPG. Come lo stesso giudice delle leggi ricorda, infatti, «non è da oggi che la Corte è stata investita di questioni di legittimità costituzionale volte a censurare l'inadeguatezza della disciplina che la legge penale prevede nel caso degli infermi di mente che commettono fatti costituenti oggettivamente reato (il solo art. 222 del codice penale risulta oggetto di ben 18 decisioni della Corte, dal 1967 ad oggi) [...] fino ad oggi però la Corte si è trovata di fronte a questioni volte o ad un intento meramente caducatorio, il cui accoglimento avrebbe condotto ad un vuoto di tutela, o più spesso a richiedere la introduzione di una nuova disciplina di creazione giurisprudenziale, non ancorata a contenuti normativi già esistenti: così che essa si è indotta a pronunciarne la infondatezza, o più spesso la inammissibilità, vuoi perché non disponeva degli strumenti necessari per intervenire nel senso indicato, vuoi perché le questioni prospettavano profili di fattuale inadeguatezza delle strutture di ricovero più che di inadeguatezza delle previsioni normative (cfr. sentenza n. 139 del 1982, ordinanze n. 24 del 1985, n. 111 del 1990, n. 333 del 1994, n. 396 del 1994, sentenze n. 111 del 1996 e n. 228 del 1999, ordinanza n. 88 del 2001)». Altre volte, naturalmente, la norma, per quello che dice, è realmente conforme a Costituzione, risiedendo il suo vizio nella (sola!) incapacità di incorporare nella sua disciplina casi che pur avrebbero dovuto essere inclusi; il riferimento è chiaramente alla giurisprudenza in tema di adozione che qui abbiamo esaminato.

⁴⁹ Il termine usato è volutamente generico, poiché con esso si vogliono ricomprendere sia i casi in cui la Corte aveva rigettato la questione, ritendo che un intervento caducatorio non fosse possibile a causa del vuoto di tutela che si sarebbe determinato, sia i casi in cui, invece, la Corte non era intervenuta poiché era stato chiesto ad essa di sostituire in via pretoria la disciplina con un'altra costituzionalmente conforme.

⁵⁰ Volendo utilizzare l'espressione BIN R., *L'ultima fortezza*, cit., 74, il quale richiama il lavoro di L.H. TROBE-M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana (1991)*, Bologna, 2005, 120-130, in cui i due autori hanno suggerito di applicare all'interpretazione costituzionale l'analisi di I. LAKATOS, *Proof and Refutation: The logic of Mathematical Discovery*, New York, 1976. L'idea del *lemma-incorporator* è stata ripresa anche da C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit., 167.

Alla luce dell'eccezione, viene, infatti, introdotto quanto inizialmente escluso dal legislatore: il potere di valutazione del giudice nell'applicazione della norma. L'eccezione, pertanto, rappresenta soltanto l'elemento attraverso il quale si arriva al cambiamento della regola, poiché assume la funzione di certificare l'inadeguatezza della norma a regolare uno o alcuni casi concreti che rientrano nel suo ambito di applicazione.

In altri termini, l'eccezione rimane confinata nel campo fattuale, poiché funge solo da detonatore nei confronti di una norma che era stata mal congeniata, e non perché si fondava su presupposti errati (si pensi alle presunzioni di pericolosità contrarie alle massime di comune esperienza) o perché incoerente rispetto al principio regolatore della materia (come nei casi dichiarati incostituzionali di destituzione automatica dall'ufficio), ma perché si è dimostrava inadeguata alla tutela di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela, a loro volta espressione di principi costituzionali che entravano in gioco nel suo ambito di applicazione.

Chiarito che il contenuto di questo lemma non è l'eccezione, ma il potere di accertamento del giudice, occorre affrontare un altro aspetto di questa complessa e affascinante giurisprudenza.

Riguardo a tali ipotesi, secondo alcuni la Corte ha trasformato la regola in un principio⁵¹. Se è senz'altro vero che ci si trovi di fronte ad un processo di trasformazione della regola, non è, invece, condivisibile, la tesi che questa trasformazione faccia *sempre* assumere alla norma natura di principio e, pertanto, non può considerarsi questo l'aspetto caratterizzante le decisioni in materia, come cercheremo ora di dimostrare.

Innanzitutto occorre sgombrare il campo da una possibile obiezione: la trasformazione della regola in principio sarebbe determinata dall'aumento del grado di generalità della fattispecie a seguito dell'intervento della Corte⁵².

⁵¹ Così ancora C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit., 168.

⁵² Basandosi sull'idea che (e ci sia perdonata l'eccessiva semplificazione) la differenza fra regole e principi consisterebbe nel fatto che le regole sarebbero norme che connettono conseguenze giuridiche ad una precisa fattispecie, mentre i principi – almeno secondo una lettura che se ne dà di essi – sarebbero norme a fattispecie generalissima. Per una sintetica, ma efficace, analisi delle teorie della c.d. distinzione forte e della distinzione debole fra regole e principi si veda G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2012, 81 ss. Sulla distinzione fra regole e principi si veda cap. II, par. 5.1.

Questa possibile affermazione trova una rapida smentita se si pensa che ben possono esserci, e nei fatti esistono, regole che hanno una fattispecie molto generale, come ad esempio quella che stabilisce che i lavoratori che scioperano devono comunque garantire determinate prestazioni nei servizi pubblici essenziali⁵³. E una norma, infatti, non può ascriversi ai principi sulla sola base del grado di generalità della sua fattispecie o, come abbiamo ricordato nel secondo capitolo, riguardando la sola formulazione letterale.

Ricordato, seppur molto rapidamente, che ben possono configurarsi regole (*rectius*: norme) con una fattispecie generalissima, vediamo che nella giurisprudenza in tema di automatismi distorsivi possiamo imbatterci proprio in queste ipotesi.

Se si guarda alla sent. n. 303 del 1996, che è sicuramente quella in cui più accentuata è l'operazione manipolativa, si vede che lo sforzo della Corte è tutto rivolto a "slabbrare" la trama normativa della norma al fine di flessibilizzarla, ma questa continua ad avere la natura di regola, in quanto la conseguenza giuridica (la possibilità di adozione) continua ad essere connessa ad una determinata fattispecie, la quale (aspetto ancora più importante per i nostri fini) è formata da una pluralità di elementi, fra i quali è ancora presente il riferimento alla distanza di età fra adottanti e adottando.

La Corte non ha statuito, infatti, che l'adozione deve essere disposta in ogni caso quando questa risponda al preminente interesse del minore⁵⁴ e se, per ipotesi, avesse fatto ciò si sarebbe giustamente potuto sostenere che nella disciplina legislativa fosse stato introdotto un principio, quale quello del speciale tutela del minore, con una fattispecie indeterminata al massimo grado e forse addirittura inesistente.

Se si legge il dispositivo della sentenza, però, si vede che, a seguito dell'operazione manipolativa, la norma risultante dal controllo di costituzionalità continua ad avere una fattispecie così strutturata: il giudice può disporre l'adozione anche quando si superi lo stretto limite d'età originariamente previsto, ma ciò può accadere solo se la differenza di età sia riconducibile a quella che di solito intercorre tra genitori e figli e se, dalla mancata adozione, derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

In definitiva, il principio (che nel nostro esempio coincide con quello della speciale tutela del minore) entra in gioco nell'operazione compiuta dalla Corte costituzionale,

⁵³ L'esempio è tratto da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 148.

⁵⁴ Si può ipotizzare che la Corte sarebbe potuta intervenire con un simile dispositivo: la norma è incostituzionale nella parte in cui non prevede che l'adozione possa essere disposta quando questa dà attuazione al preminente interesse del minore

ma serve, da un lato, a leggere il caso, e più specificamente a valutare la rilevanza costituzionale dell'eccezione che si scontra con la regola, e, dall'altro, a guidare la Corte nella sua operazione manipolativa⁵⁵.

Alla luce delle ragioni appena esposte, si può ritenere, invece, che, nelle sentenze sulla pena accessoria della perdita della potestà genitoriale, la Corte abbia trasformato la regola in un principio, in quanto i dispositivi di queste dichiarano, in modo del tutto simile, l'incostituzionalità della normativa nella parte in cui precludeva al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto. Il solo richiamo al preminente interesse del minore sembra rendere la statuizione della Corte non legata a nessuna fattispecie predeterminata, risultando predicabili per questi casi le caratteristiche di potenzialità o virtualità inesauribile tali da rendere la norma così introdotta idonea ad esprimere norme particolari, applicabili a fattispecie non espressamente contemplate e predeterminate⁵⁶. E queste, come abbiamo visto, sono caratteristiche proprie dei principi.

Il discorso sul punto non merita di essere condotto oltre, perché il nostro intento non è quello di sostituire alla generalizzazione qui criticata un'altra di segno opposto, ma, al contrario, di constatare soltanto la debolezza di un simile approccio alla giurisprudenza costituzionale che ci occupa, al fine di dimostrare che il tratto peculiare di questa giurisprudenza risiede altrove, come ora ci apprestiamo ad illustrare.

Una trasformazione in queste ipotesi, infatti, avviene, ma in un senso del tutto particolare, snodandosi in due direzioni: da un lato, si modifica, flessibilizzandolo, il contenuto precettivo della norma, permettendo a quest'ultima di potersi applicare anche a fattispecie concrete prima escluse, e, dall'altro, si stabilisce – come già diverse volte abbiamo rilevato in questo scritto – una regola sulla competenza del giudice nella valutazione degli interessi coinvolti nel caso concreto. Ed è questo secondo elemento che costituisce l'aspetto davvero essenziale di tale operazione.

La prima trasformazione, infatti, è funzionale alla posizione della regola di competenza, poiché, solo con la flessibilizzazione della regola, l'attribuzione al giudice delle competenze prima non previste può pienamente operare. In questo senso si condivide quanto affermato da chi ha sostenuto che «il “contenuto” della norma non

⁵⁵ È, infatti, proprio tale prospettiva che permette alla Corte di poter operare sul solo grado di flessibilità della norma e, pur salvandone la natura di regola, di dare adeguata tutela all'interesse che risulta irragionevolmente compromesso.

⁵⁶ Secondo l'insegnamento di F. MODUGNO, *La funzione limitatrice dei principi*, cit., 179, già richiamato.

viene incrementato di elementi aggiuntivi [poiché] viene ridefinito il contenitore attraverso una manipolazione dell'impalcatura lessicale ovvero del linguaggio normativo»⁵⁷. Prima di portare ad ulteriori svolgimento queste nostre affermazioni, dobbiamo brevemente soffermarci su una critica che è stata rivolta a questa particolare operazione della Corte.

Chi si è in precedenza avvicinato al tema, e pur propendendo per l'introduzione di un principio, ha affermato che la Corte, dando la possibilità al giudice di applicare direttamente la norma, releghi ai margini del processo di produzione giuridica il Legislatore⁵⁸.

Secondo questa impostazione, infatti, la legge, così come corretta dalla Corte, diventerebbe un'inedita specie di legge atipica e rinforzata, in posizione intermedia fra le fonti primarie e la Costituzione, trasformando la Corte in una terza camera legislativa, materialmente attiva sul piano dell'indirizzo politico⁵⁹.

Che la Corte faccia sentire la sua voce e che partecipi attivamente al processo di formazione del diritto è cosa che avviene da tempo, non solo in materia di automatismi legislativi, e che certamente qui non si ha l'idea di confutare. Quello che si vuole affermare, però, è che in questi casi l'operazione è meno sconvolgente di quello che si potrebbe pensare e che in definitiva non dipende tanto da una scelta della Corte di partecipare attivamente sul piano dell'indirizzo politico né tantomeno di colpire i tratti caratteristici della legge, quali quello della generalità e dell'astrattezza⁶⁰. Quello che si determina in questi casi è la conseguenza delle "malformazioni" di alcune leggi, che, per espressa scelta del Legislatore, non hanno previsto il momento valutativo del giudice, esautorando lo spazio che generalmente spetta alla giurisdizione. Ma prima di analizzare tale aspetto, che come vedremo ci consentirà di ricondurre ad un'unità le due ipotesi di automatismi qui descritte⁶¹, è necessario continuare a riflettere sugli elementi

⁵⁷ C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, cit., 299.

⁵⁸ A. SPADARO, *Di una Corte che non si limita ad "annullare"? le leggi, ma "corregge"? il legislatore e, dunque, "scrive"?-... o "riscrive"? per intero - le leggi. (Il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in: AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 361-369.

⁵⁹ A. SPADARO, *op. cit.*, 357-369.

⁶⁰ Così come sostenuto da G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *op. cit.*, 210, ma sul punto si ritornerà più avanti.

⁶¹ Sul punto si rinvia al quarto capitolo.

di differenziazione con specifico riferimento al ruolo ricoperto dal fatto nel giudizio di costituzionalità sulle rigide previsioni di legge.

5. Il ruolo del fatto nelle dichiarazioni di incostituzionalità degli automatismi legislativi

Per comprendere qual è il ruolo del tutto peculiare del fatto nelle dichiarazioni di incostituzionalità sugli automatismi legislativi è primariamente necessario soffermarsi su alcuni aspetti di carattere generale, riguardanti non solo la sua posizione nel giudizio di costituzionalità, ma anche i concetti di astrattezza e concretezza⁶² riferiti a quest'ultimo.

Innanzitutto, occorre rilevare che la dottrina, nella sua opera di definizione, o di giusta collocazione, del fatto e dei fatti nella giustizia costituzionale si è primariamente dovuta scontrare con la difficoltà di definire precisamente il concetto di fatto rilevante nel giudizio di costituzionalità. E ciò perché la classica definizione dei fatti quali «avvenimenti, situazioni, rapporti, oggetti, qualità, che appartengono al passato, determinati nel tempo e nello spazio, o anche solo nel tempo, i quali appartengono al mondo della percezione, esterno od interno secondo le leggi di natura»⁶³, non è «pienamente congeniale»⁶⁴ al processo costituzionale, poiché in esso si ricorre, al contrario, a fatti «non individuali, non concreti e, per lo più, futuri»⁶⁵. Il giudice delle leggi, infatti, conosce solo dei c.d. *legislative facts*, cioè fatti sociali, economici, politici, scientifici, e quindi anche delle concatenazioni causali tra questi accadimenti e le relative «leggi» scientifiche e non anche dei c.d. *adjudicative facts*, fatti concreti che riguardano le parti del processo «ciò che sono o quel che fecero»⁶⁶.

⁶² Il binomio concretezza-astrattezza è stato introdotto per la prima volta da A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, 521 ss. e spec. 527 ss., il quale definiva astratti quei sistemi ove la questione di costituzionalità ha ad oggetto una disposizione indipendentemente da una vicenda giudiziaria ove sia in gioco la sua applicazione e nel quale non sono coinvolti interessi concreti di soggetti giuridici; concreti, invece, quelli in cui il dubbio di costituzionalità è legato ad un problema di applicazione e, quindi, di costruzione della norma

⁶³ Secondo la classica definizione data K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970, 70.

⁶⁴ F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002, 153.

⁶⁵ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 337.

⁶⁶ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 334.

Secondo un'idea risalente⁶⁷, il fatto non occupa nessuno spazio nel giudizio costituzionale. Quest'ultimo, infatti, rivestirebbe un carattere eminentemente astratto che si risolverebbe nel semplice raffronto fra due norme. Di conseguenza, la fattispecie concreta, dalla quale sorge la questione di costituzionalità, avrebbe una bassissima incidenza⁶⁸ sul giudizio davanti alla Corte⁶⁹.

Questa visione è stata posta in discussione sul finire degli anni settanta⁷⁰, quando, seppure nella diffusa consapevolezza che il binomio astrattezza-concretezza faccia riferimento a due figure ideal-tipiche⁷¹, la dottrina ha iniziato a ragionare attorno agli elementi di concretezza del sistema e – cosa che più interessa in questo lavoro – a porre, di conseguenza, l'attenzione sul ruolo del fatto nel giudizio di costituzionalità⁷².

Fra le riflessioni che sono state condotte in questa direzione, qui si richiamano quelle di Massimo Luciani⁷³, Augusto Cerri⁷⁴ e di Vittorio Angiolini⁷⁵, poiché introducono diversi elementi utili alla nostra analisi.

Secondo Massimo Luciani, la differenza fra il modello astratto e quello concreto è data dal grado di dipendenza del giudizio di costituzionalità rispetto al suo atto introduttivo: massimo nel sistema concreto, minimo in quello astratto⁷⁶.

⁶⁷ Per questa posizione si vedano: M. S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 904 ss.; E. CHELI, *Sulla correzione di errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, 874 ss.; F. PIERANDREI, voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 874 ss. Come è noto, questo tema si lega a quello dei poteri istruttori della Corte, sul quale si veda anche per le opportune indicazioni bibliografiche, per tutti T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997.

⁶⁸ Così ricorda M. AINIS, *La "motivazione in fatto" della sentenza costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 171.

⁶⁹ E proprio questa irrilevanza del fatto veniva letta come la fondamentale differenza fra giurisdizione ordinaria e quella costituzionale; così, in un passato non troppo lontano, A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte*, Milano, 1996, 93 ss.

⁷⁰ Per una ben più risalente ricostruzione del giudizio di costituzionalità quale giudizio concreto si veda E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 209-210.

⁷¹ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984.

⁷² Già in precedenza, in realtà, la più attenta dottrina si era dimostrata sensibile al ruolo giocato dal fatto nel giudizio di costituzionalità, si vedano infatti: A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, cit., 1497 ss. e A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1360 ss. e, ID., *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1979, 324 ss. (che a breve richiameremo nel testo).

⁷³ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., 238 ss.

⁷⁴ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., 1360 ss. e ID., *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, cit., 356 ss.

⁷⁵ V. ANGIOLINI, *La "manifesta infondatezza" nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988, 241 ss., poi riprese da A. PUGIOTTO, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, 91 ss.

Nei modelli che tendono alla concretezza – qual è il nostro sistema di costituzionalità – l'atto di rimessione della questione deve indicare il «caso della vita» dal quale sorge il dubbio di costituzionalità⁷⁷, che, in tal modo, viene ad assumere un valore esemplare nello stesso giudizio di costituzionalità⁷⁸, poiché funge un «po' da occhiale che la Corte indossa per osservare la realtà dell'ordinamento»⁷⁹.

E sul punto ancora più illuminanti sono le parole di Augusto Cerri, il quale scrive che la Corte «giudica di fattispecie astratte ma muove da un concreto rapporto che deve valutare in tutto il suo significato umano e sociale, sia pure non nella particolarità che sono esclusive di esso, ma, per così dire, nella sua tipicità. Appunto nel momento in cui nel rapporto concreto cerca di individuare i fattori tipici, socialmente costanti, legati all'applicazione della legge impugnata»⁸⁰. E questo perché il caso dal quale è sorta la questione di costituzionalità ha «una sua tipicità, è esempio (in astratto ripetibile ed, in genere, effettivamente corrispondente a molti altri verificatisi) di come la norma agisce nel momento applicativo, dei problemi giuridici e [...] umani che in tale fase suscita e pone»⁸¹.

Vittorio Angiolini, invece, legando il concetto di concretezza all'oggetto della questione di costituzionalità afferma che può definirsi concreto quel giudizio che «non è esercitato soltanto su disposizioni o norme formali, [ma che] attinge ai fatti a cui quelle disposizioni o norme siano da applicarsi»⁸². È evidente che secondo questa impostazione il giudizio di costituzionalità è riguardato quale luogo in cui si verifica

⁷⁶ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., 246-247. L'Autore, infatti, il quale afferma che «mentre i sistemi astratti comportano una distanza del giudizio di costituzionalità massima rispetto al relativo atto introduttivo [...] il contrario avviene in quelli concreti, nei quali il collegamento con l'atto introduttivo e con il rapporto giuridico materiale in cui questo interviene resta strettissimo». L'opposizione astratto-concreto – continua, infatti, l'Autore – «riguarda il modo in cui l'atto introduttivo determina (e quindi pregiudica) la sostanza del giudizio costituzionale. Mentre nel modello astratto l'atto introduttivo serve solo ad indicare al giudice costituzionale l'oggetto (norma o disposizione) su cui lo si chiama a pronunciarsi, in quello concreto [...] l'atto introduttivo contiene anche i parametri del giudizio costituzionale» e «soprattutto il caso della vita in cui il quesito sulla legittimità costituzionale di una norma ha avuto modo di presentarsi [...] e il giudice costituzionale è chiamato a pronunciarsi [...] sull'applicazione che in quel caso è stata fatta della norma indubbiata».

⁷⁷ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., 247.

⁷⁸ F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., 149.

⁷⁹ M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 292.

⁸⁰ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., 1360.

⁸¹ A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, cit., 356.

⁸² V. ANGIOLINI, *La "manifesta infondatezza" nei giudizi costituzionali*, cit., 241.

l'applicazione effettiva delle norme⁸³. E, difatti, su questa scia, attenta dottrina ha rilevato che, se «nel giudizio di costituzionalità la legge viene considerata non per ciò che potenzialmente dispone, bensì per quanto effettivamente viene a disporre attraverso l'attività degli organi giudiziari»⁸⁴, la Corte perde quel ruolo «di astratto controllore della sola coerenza formale del testo legislativo al testo costituzionale»⁸⁵.

La dottrina, come abbiamo visto, è sostanzialmente concorde sulla definizione di fatto, caso concreto dal quale è sorta la questione di costituzionalità, quale lente mediante cui riguardare la norma oggetto di costituzionalità. Ma il fatto può rilevare non solo come caso tipico, emblematico, ma anche come caso specifico⁸⁶, quando la Corte

⁸³ V. ANGIOLINI, *La "manifesta infondatezza" nei giudizi costituzionali*, cit., 245-246, grazie al configurarsi del giudizio della Corte non solo come concreto, ma anche come obiettivo, «la garanzia della "legalità costituzionale" parrebbe assumere una dimensione globale o più comprensiva» e questo perché la concretezza, che fa sì che il sindacato della Corte sia esercitato sui fatti, a cui le leggi e la Costituzione devono applicarsi, si coniuga con il carattere obiettivo, che fa sì che il sindacato non sia limitato solo alla concreta controversia del giudizio *a quo* (p. 245). In tal modo si proietta nell'ordinamento una nuova immagine di "legalità costituzionale" che sfocia «in un arricchimento delle garanzie giuridiche, in un riassorbimento dell'attuazione della Costituzione nelle attività giuridicamente apprezzabili: non la decisione puramente, autoritaria di quello che è costituzionale, bensì la garanzia che la Costituzione e le leggi siano conciliabili tra loro per le loro interpretazioni ed applicazioni effettive nella società» (p. 246).

⁸⁴ A. PUGIOTTO, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, cit., 97. È evidente come questo sia il presupposto logico e teorico per affermare che oggetto di costituzionalità è «la norma vivente», sul punto e, più in generale sul diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale si veda ID., *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, Uso, Implicazioni*. Milano, 1994. Lettura a questa affine (ma sulle differenze si veda ancora A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, cit., 502 ss.) è quella che A. RUGGERI, a partire da *Le attività consequenziali nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore. Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica*, Milano, 1988, 55 ss., ha teorizzato in diversi scritti. L'Autore, partendo dalla risalente intuizione di V ANDRIOLI, *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. prc. civ.*, 1962, vede l'oggetto di costituzionalità nella «situazione normativa», con la quale si riferisce «al prodotto dell'interpretazione dei testi (alla norma, potrebbe dirsi, con terminologia usuale), che tuttavia si svolge non sul solo piano astratto degli enunciati e delle loro possibili combinazioni ma si riempie delle suggestioni che le esperienze della vita sociale e le esigenze della pratica giuridica a volta a volta, in maggiore o minore misura, anche in relazione agli interessi in conflitto ed alla possibilità di una loro reciproca composizione suggeriscono» (così ID., *In tema di abrogazione e di annullamento (a margine di R. Guastini, Dalle fonti alle norme, Giappichelli, Torino, 1990)*, in ID., «Itinerari» di una ricerca sul sistema della fonti. *Studi degli anni 1987-91*, Torino, 1992, 195; sul tema si veda anche ID., *Storia di un «falso». L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, cit., 107 ss. Sempre sullo stesso crinale si muove la ricostruzione di G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 116 ss., per il quale l'oggetto di costituzionalità è la «situazione di diritto», che viene identificata non con la norma come risulta dalla costante applicazione giurisprudenziale, ma nella relazione di reciproca influenza fra la legge e la società. Questa apertura in prospettiva sociologica permette di far rientrare nell'oggetto di costituzionalità non solo l'atto legislativo, ma anche gli effetti che le condizioni concrete determinano in ordine alla portata della legge nell'effettività sociale. Per una critica alla concezione sociologica del diritto vivente si veda per tutti L. MENGONI, *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988, 24-26.

⁸⁵ A. PUGIOTTO, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, cit., 103.

⁸⁶ Concezione del *fatto* che, a quanto ci risulta, è rimasta ai margini della riflessione dottrinale sul tema. Ciò, a parere di chi scrive, è un'ineludibile conseguenza dell'aver condotto l'indagine sul ruolo del fatto nel giudizio di costituzionalità sempre (o nella quasi totalità dei casi) con riferimento alla della definizione della concretezza di quest'ultimo. È chiaro che muovendosi in questa direzione la riflessione

deve indagare la completezza delle valutazioni legislative, perché il peso specifico della controversia, per vari motivi, appare debordante rispetto alla questione di costituzionalità⁸⁷.

È evidente che, nel primo caso, la Corte valuterà solo i fatti presi in considerazione dal Legislatore, per indagare la plausibilità degli elementi costitutivi della relazione causale fissata dalla legge o, più in generale, se la rappresentazione della realtà compiuta dalla norma sia o meno distorsiva; nella seconda ipotesi, invece, il giudice delle leggi non si limiterà a valutare i soli fatti presi in considerazione dal Legislatore, ma anche, e seppur implicitamente, gli elementi della fattispecie concreta dalla quale la questione è sorta. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'attività della Corte costituzionale si avvicina molto a quella operazione di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta compiuta dai giudici di merito, seppur, beninteso, si discorre non di applicazione della norma al caso concreto, ma di adeguatezza di quest'ultima a disciplinare il caso concreto.

Portate alla luce le ambiguità e le difficoltà che emergono quando si parla del fatto ed esposte le acquisizioni dottrinali sul suo ruolo nel giudizio di costituzionalità, possiamo cercare di tirare le fila del discorso finora compiuto e porre, così, le basi per quanto si andrà a sostenere con riguardo allo specifico tema di questo lavoro.

Se è innegabile che il caso è *sempre* l'occhiale sulla norma sottoposta a giudizio di costituzionalità, è altrettanto vero che la fattispecie concreta può rappresentare non solo la lente per leggere le norme nella loro, comunque astratta, conformità ad un parametro costituzionale, ma anche il momento nel quale l'incostituzionalità si consuma, perché il caso preme sulla formulazione legislativa fino ad invalidarla, anche nelle ipotesi in cui essa è astrattamente conforme a Costituzione.

In quest'ultima ipotesi, il fatto, seppur filtrato dagli strumenti argomentativi del giudice delle leggi, conserva l'essenza di accadimento reale. Non è soltanto elemento esemplare alla luce del quale condurre il giudizio di costituzionalità, ma è soprattutto il "luogo" nel quale si è consumata l'incostituzionalità, altrimenti non predicabile per la norma.

era destinata a concentrarsi sul solo *fatto* quale caso dal quale era sorta la questione di costituzionalità, tralasciando il ben più affascinante aspetto delle ipotesi nelle quali è la fattispecie concreta ad entrare nel giudizio.

⁸⁷ F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., 160.

Se un'esemplarità della fattispecie in queste ipotesi è presente, questa è nelle eccezioni che essa pone alla regola legislativamente prevista. Ma è proprio ciò (la sola eccezione quale elemento di tipicità della fattispecie per il giudizio di costituzionalità) che determina la coincidenza del fatto conosciuto dalla Corte con la fattispecie concreta dal quale è sorto il giudizio.

Entrambi questi usi tipici del fatto si ritrovano nella giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi e differenti sono le modalità con cui i fatti entrano nelle valutazioni della Corte quando giudica della costituzionalità di una disposizione rigida che snatura la disciplina, rispetto a quando, invece, il controllo investe gli automatismi distorsivi della disciplina.

Quando essa giudica della costituzionalità di una disposizione rigida che snatura la disciplina, il fatto coincide con il "caso", «banco di prova»⁸⁸ dal quale emergono i vizi dei quali la norma è affetta di per sé. In queste circostanze, poiché l'incostituzionalità è già determinata a monte, nella formulazione astratta della norma, il caso è strumentale alla questione di legittimità costituzionale e il giudizio si incentra, principalmente, sul controllo della formulazione astratta della disposizione e sulla sua conformità ad un parametro costituzionale. L'interesse coinvolto nella norma, pertanto, se pur presente nelle valutazioni della Corte, occupa uno spazio del tutto secondario.

Da quanto appena esposto deriva, come conseguenza ulteriore, che gli elementi di fatto conosciuti dal giudice delle leggi sono solo quelli tipizzati, incorporati nella disposizione, che hanno acquistato rilievo attraverso il filtro delle qualificazioni normative e delle finalità che il Legislatore si è preposto nella materia⁸⁹. In altri termini, la Consulta conosce il "dato reale" solo e in quanto già tipizzato dal Legislatore.

È per questo motivo che il giudizio mostra un carattere logico, il quale, esaurendosi in un raffronto fra fattispecie, opera su un piano essenzialmente astratto⁹⁰ ed è volto alla garanzia della coerenza interna del sistema normativo⁹¹, motivo per cui il controllo

⁸⁸ A. PUGIOTTO, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità*, cit., 98.

⁸⁹ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, cit., 657.

⁹⁰ Così N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1988, 819, nota 50, che scrive «la Corte si avvale dell'esperienza dei concreti casi della vita, dei momenti applicativi di reale consistenza, per poi operare su un piano essenzialmente astratto».

⁹¹ In queste ipotesi, come abbiamo visto nel par. 3.1 di questo capitolo, in verità ci sono casi (in tema di misure di sicurezza e di custodia cautelare in carcere) in cui il controllo sui fatti è più penetrante. Il giudizio, infatti, seppur mantenendo una struttura unitaria, si scompone in due fasi: una prima fase in cui la Corte svolge un controllo di evidenza e una seconda in cui valuta la razionalità della norma. Il giudizio di evidenza in questi casi è, però, funzionale alla valutazione della coerenza della disposizione con il

presenta un maggior grado di astrattezza, come dimostra, del resto, il fatto che la Corte ragioni in termini di irrazionalità⁹².

Se si pone mente, infatti, a quanto già ampiamente illustrato nelle pagine precedenti, si può vedere che tutte quelle volte in cui la Corte ha sanzionato il vizio di irrazionalità degli automatismi che snaturano la disciplina, il giudizio è stato condotto in astratto sulla compatibilità della tipizzazione legislativa con la realtà che essa regola e/o della disciplina legislativa con il principio regolatore della materia.

Quando la Corte ha vagliato la razionalità delle presunzioni legislative, poi, la stessa realtà oggetto di disciplina è stata tipizzata mediante la figura argomentativa della comune esperienza (anche detta: dell'*id quod plerumque accidit*) e il caso è stato il solo banco di prova per rilevare una incostituzionalità che era il frutto dei presupposti empirici errati sui quali si fondavano quelle norme⁹³.

In queste ipotesi non vi è traccia di una indagine sulla verificabilità empirica dell'esatta portata della presunzione né tantomeno dei risultati che hanno indotto a ritenere quest'ultima non coincidente con il substrato fattuale che essa pretendeva di inglobare. Il giudice delle leggi, come più volte abbiamo sottolineato, si è, infatti, limitato ad affermare la non corrispondenza con massime di comune esperienza predicabili per il determinato contesto in cui la norma era chiamata ad operare.

In questa giurisprudenza, il richiamo agli elementi fattuali risulta, pertanto, apodittico e – riportando le già richiamate parole di Cerri – qui il caso è stato l'esempio, corrispondente a molti altri verificatisi, di come la norma agisce nel momento applicativo e dei problemi giuridici e umani che pone⁹⁴.

E quanto appena detto trova un'ulteriore conferma nella sent. n. 350 del 2003, in tema di concessione della detenzione domiciliare ai genitori conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante. In questa decisione, nella quale il giudizio

sistema normativo nel quale è inserita e, pertanto, il giudizio di costituzionalità è essenzialmente astratto e il fatto, seppur oggetto di un più penetrante controllo, è sempre quello tipizzato dal Legislatore, che viene vagliato dalla Corte solo per valutare la razionalità della disciplina.

⁹² Sul punto cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, cit., 117.

⁹³ Norme che erroneamente predicavano: la pericolosità del minore infraquattordicenne; del soggetto che non collaborava in ipotesi in cui la collaborazione risultava irrilevante o inesigibile, del soggetto sottoposto a custodia cautelare in carcere per un reato diverso da quello di criminalità organizzata (e di conseguenza la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare per queste ipotesi) e, infine, la pericolosità degli extracomunitari in attesa di regolarizzazione che avessero commesso un reato per il quale era previsto l'arresto facoltativo in flagranza.

⁹⁴ A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, cit., 356.

è condotto alla luce del canone dell'uguaglianza, gli elementi fattuali della tipizzazione legislativa, seppur presenti, sono ancora più rarefatti.

Il giudice delle leggi fa riferimento all'elemento fattuale rappresentato dall'*età*, affermando che questo non può assumere rilievo dirimente «in considerazione delle particolari esigenze di tutela psico-fisica»⁹⁵ del soggetto debole cui la detenzione domiciliare è rivolta, ma non compie nessuna verifica (o almeno di essa non vi è traccia in motivazione) sulla effettiva comparabilità, sul piano scientifico, fra la condizione del portatore di *handicap* totalmente invalidante, ma maggiorenne, e quella del minore. Che poi l'esito della decisione sia non solo costituzionalmente conforme, ma anche giustificato empiricamente, nulla toglie al discorso che si sta conducendo e ciò per le ragioni che ora illustriamo.

Come attenta dottrina ha messo in luce, quando ricorre al giudizio di uguaglianza-ragionevolezza, la Corte richiama le sole differenze fattuali che sono attinenti alla *ratio* della norma, poiché strumentali alla sua emersione o chiarificazione⁹⁶. Una volta raggiunto questo risultato, di esse, poi, si perde traccia nelle argomentazioni, poiché il giudizio prescinde da «effettive considerazioni fattuali»⁹⁷, avendo di mira la sola «coerenza interna del sistema normativo»⁹⁸.

Il giudice delle leggi, infatti, in questa decisione, e in generale in quelle in cui fa uso del canone dell'uguaglianza-ragionevolezza (anche se con un più penetrante controllo sui fatti, poiché in gioco vi sono diritti fondamentali⁹⁹), mira alla «mera razionalizzazione dell'esistente» mediante operazioni di «estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata»¹⁰⁰.

E non occorrono impegnative operazioni argomentative per dimostrare che la soluzione raggiunta dalla Corte, nella sentenza in oggetto, sia frutto di una estensione logicamente necessitata. Basti considerare, infatti, che la *ratio* sottesa alla detenzione

⁹⁵ Sono parole della Corte, cons. dir. 3.1.

⁹⁶ Così A. CERRI, *Differenze di fatto e differenze di diritto valutate alla stregua del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1977, 887.

⁹⁷ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 340.

⁹⁸ Ancora R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 340.

⁹⁹ Sul punto cfr. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 342 ss.; A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*, cit., 657.

¹⁰⁰ Ancora R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 341, che richiama testualmente Corte cost. n. 109 del 1986.

domiciliare è la tutela del soggetto debole, in forza della quale non si possono escludere dal novero della sua applicazioni soggetti bisognosi di cure al fine di consentire il pieno sviluppo della loro personalità. Se questa è la *ratio*, risulta, allora, logicamente, prima ancora che costituzionalmente, necessitata l'estensione anche ad altri soggetti (nel caso di specie portatore di *handicap* totalmente invalidante, ma maggiorenne) dell'ambito di applicazione della norma e la pronuncia della Corte assume la natura di interpretazione della portata conforme a Costituzione di tale istituto.

Gli elementi fattuali, seppur nella loro tipizzazione legislativa, arrivano a scomparire quasi del tutto nelle decisioni sulle sanzioni disciplinari dei pubblici dipendenti (e non solo), nelle quali il giudizio è tutto ricompreso negli schemi logico-formali del giudizio di non contraddizione fra il principio regolatore della materia, espresso dai parametri costituzionali di riferimento, e la norma oggetto di censura. In queste ipotesi, l'unico richiamo al fatto lo si trova nel caso dal quale la questione è sorta, quale accadimento esemplare della contraddizione della norma con il principio regolatore della materia¹⁰¹.

Per quanto riguarda gli automatismi distorsivi della disciplina, invece, il fatto *non è solo la lente* mediante la quale la Corte indaga la norma sottoposta al suo giudizio, ma *alle volte* conserva anche la natura di fattispecie concreta da cui la questione di costituzionalità è sorta. Qui è l'interesse del destinatario, o meglio la sua compressione ad opera della norma oggetto di censura, che guida la valutazione della Corte, perché «il peso specifico della controversia concreta, per vari motivi, appare debordante rispetto alla stessa questione di costituzionalità»¹⁰².

Il giudice delle leggi, infatti, non si ferma a valutare la sola conformità astratta della fattispecie oggetto di giudizio rispetto a uno o più parametri costituzionali, ma indaga anche l'adeguatezza della norma a disciplinare il caso concreto. Per questa ragione gli elementi di fatto considerati dalla Corte non saranno solo quelli tipizzati dal legislatore, ma anche quelli della fattispecie concreta, perché è solo alla luce di questi che si potrà valutare l'adeguatezza della norma a tutelare l'interesse costituzionale in essa coinvolto.

Si può affermare, infatti, che in queste ipotesi il “caso” è il luogo in cui potenzialmente si determina e si consuma l'incostituzionalità, che verrà poi accertata

¹⁰¹ Cfr. capitolo I par. 3.

¹⁰² F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., 160.

dalla Corte. Una incostituzionalità, quindi, che si consuma a valle, nel momento applicativo e che non è già determinata a monte, nella formulazione stessa della norma.

Ciò naturalmente comporta delle conseguenze per il giudizio di costituzionalità: i parametri formalmente costituzionali, diversi dall'art. 3 Cost., il più delle volte¹⁰³ vengono richiamati per riconoscere il rango costituzionale all'interesse che viene compreso o *ad adiuvandum*, poiché la valutazione di costituzionalità si svolge prevalentemente, se non esclusivamente, secondo il canone della ragionevolezza.

Il giudizio, quindi, ha un elevato grado di concretezza e, in più di una occasione, la Corte è arrivata quasi a ritagliare la propria decisione sul caso dal quale la questione è sorta¹⁰⁴.

Anche nelle ipotesi in cui il caso sottoposto all'attenzione della Corte ha mantenuto la prevalente natura di lente mediante la quale leggere la conformità a Costituzione della norma, le valutazioni sul rapporto fra la norma e la dimensione fattuale in cui essa era chiamata ad operare, seppur con accenti diversi, sono state tutt'altro che marginali.

La prima ipotesi che si vuole prendere in considerazione è la sentenza n. 253 del 2003, nella quale, a ben vedere, la posizione del fatto si pone a metà strada tra i due poli che abbiamo schematicamente indicato in queste pagine. Il caso, infatti, indubbiamente conserva la natura di lente mediante la quale leggere la norma, ma ciò che differenzia questa ipotesi dalle altre passate in rassegna è la maggiore attenzione riservata alla situazione concreta dalla quale è sorto il giudizio. Solo calando l'istituto dell'ospedale psichiatrico giudiziario nella realtà concreta, in cui questo è chiamato ad operare, è possibile per la Corte arrivare a dichiarare la lesione del diritto alla salute dell'internato. Solo in questo modo, la Corte è stata in grado di bilanciare gli interessi in conflitto e dichiarare il carattere (concretamente) lesivo del bilanciamento originariamente compiuto dal legislatore, il quale, nel prevedere l'applicazione automatica della misura

¹⁰³ Costituisce un'eccezione la sentenza n. 253 del 2003 e il filone giurisprudenziale da essa sorto.

¹⁰⁴ F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., 160. Questi sono, inoltre, quei casi che presentano una certa esemplarità, in grado di svelare alla Corte costituzionale «le insufficienze della legislazione ordinaria che hanno ripercussioni di carattere generale, e che finiscono per tradursi in vizi di illegittimità costituzionale», così G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, 253. Sul punto si veda anche A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, cit., il quale afferma che la fattispecie concreta che ha dato origine al processo *a quo* è in grado di mostrare alla Corte come la norma agisce nel momento applicativo, come «esempio di come vive la legge nel sistema».

di sicurezza, aveva, sull'altare della difesa sociale, irragionevolmente compresso l'interesse alla salute dell'internato.

Agganci ancora maggiore ai riferimenti fattuali sono presenti nelle sentenze nn. 44 del 1990 e 31 del 2012, nelle quali la Corte prende in considerazione non solo i fatti tipizzati dal legislatore, ma anche i fatti esterni con i quali le norme oggetto di scrutinio entrano in relazione e alla luce dei quali, in definitiva, si determina (o perlomeno questi contribuiscono a determinare) la loro incostituzionalità.

E, infatti, nella sentenza n. 44 del 1990, con un'argomentazione riconducibile interamente al piano effettuale e non giuridico, la Consulta afferma che «senza lo strumento adozionale così impiegato, malgrado la coppia genitoriale sia legata nel matrimonio, la prole riconosciuta o adottata da uno dei coniugi resterebbe estranea all'altro coniuge, non porterebbe il cognome dei fratelli uterini generati in costanza di matrimonio, vivrebbe, anche in una forte coesione affettiva, il disagio sociale della manifesta diversità di origine con possibili disarmonie nella formazione psicologica e morale».

Così come sulla stessa linea si pongono i riferimenti al contesto effettuale in cui l'interesse opera (la famiglia del minore, il rapporto continuativo con ciascuno dei genitori e il riferimento alle cure, all'educazione e all'istruzione) presenti nella sentenza n. 31 del 2012¹⁰⁵.

E se nelle decisioni appena richiamate sono presenti considerazioni di ordine fattuale sugli effetti che la norma provoca (o potrebbe provocare) sugli interessi in essa coinvolti, vediamo che nella più volte richiamata sentenza n. 303 del 1996 sono proprio gli elementi della fattispecie concreta che, da un lato, fondano l'incostituzionalità e, dall'altro, danno il verso alla decisione.

Questa nostra affermazione trova fondamento se si guarda il considerato in diritto e il dispositivo alla luce di alcune affermazioni contenute nel ritenuto in fatto. In quest'ultimo si legge che, nel caso dal quale era sorta la questione di costituzionalità, il superamento del limite di età, da parte di uno solo dei due coniugi adottanti, era «in

¹⁰⁵ E, infatti, nella sentenza (cons. dir. punto 3) può leggersi che «nella fattispecie in questione vengono in rilievo non soltanto l'interesse dello Stato all'esercizio della potestà punitiva nonché l'interesse dell'imputato (e delle altre eventuali parti processuali) alla celebrazione di un giusto processo, condotto nel rispetto dei diritti sostanziali e processuali delle parti stesse, ma anche *l'interesse del figlio minore a vivere e a crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, dai quali ha diritto di ricevere cura, educazione ed istruzione*» (corsivo nostro).

misura tale che comunque [veniva] rispettata la differenza biologica naturale, ovvero ordinaria, tra genitori e figli» e che il limite di quarant'anni veniva superato di soli tre mesi. Ed è proprio questa la situazione che viene “normativizzata” dalla decisione della Corte, come può leggersi dal considerato in diritto e dal dispositivo, nei quali si afferma che l'adozione deve essere consentita quando il limite di età è superato ma la differenza di età (come nel caso concreto) sia quella solitamente intercorrente fra genitori e figli e che si discosti in modo ragionevolmente contenuto (per l'appunto di tre mesi).

E la fattispecie concreta emerge, ancora più chiaramente, nella sua esatta definizione nella sentenza n. 7 del 2013, in cui la Corte, richiamando quanto messo in evidenza dal giudice *a quo*, afferma che l'automatismo risultava irragionevole, perché imponeva al giudice l'applicazione della pena accessoria anche se «una dichiarazione di nascita, seppure tardiva di oltre quattro anni, vi è stata» e, richiamando quanto emerso nel processo di appello, nei genitori «non fu presente [...] la volontà di privare la nuova nata delle attenzioni materiali e anche dell'affetto e dell'assistenza che certamente non le sono mancate», risultando, quindi, dal caso concreto che l'interesse del minore avesse avuto una concreta tutela dal parte dei genitori.

Con il richiamo a quest'ultima decisione si può ritenere esaurita l'analisi sul ruolo del fatto negli automatismi legislativi. Prima di andare avanti nell'analisi, però, è opportuno fare un'ulteriore considerazione sul ruolo del fatto negli automatismi distorsivi, poiché il tema ci offre l'aggancio argomentativo per ciò che si andrà di seguito a trattare.

Se si pone lo sguardo agli interessi coinvolti nelle norme sottoposte a giudizio di costituzionalità si vede che esse sono ricomprese in quei settori dell'ordinamento giuridico in cui l'operare dei principi permette di rendere le regole elastiche ed adattabili alle caratteristiche dei casi regolati¹⁰⁶. In questi settori, infatti, «le esigenze dei casi valgono più della volontà legislativa e possono invalidarla»¹⁰⁷. E ciò avviene grazie alla presenza dei principi, i quali entrano in contatto con la realtà, permettendole di «vivificarsi acquisendo valore» e di presentarsi, in definitiva, come dotata di «proprie

¹⁰⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 217.

¹⁰⁷ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 183

intrinseche qualità giuridiche», che obbligherà a prese di posizione giuridiche ad essa conformi¹⁰⁸.

In definitiva, in queste ipotesi, di significato pregnante, il necessario rapporto tra l'astratta prescrizione del legislatore ed i contesti umani nella loro concretezza e nella loro storica mutevolezza non è più soltanto condizione di effettività di qualsiasi prescrizione¹⁰⁹, ma addirittura di validità¹¹⁰.

È questo, sicuramente, uno degli aspetti di maggior interesse della giurisprudenza che si è analizzata in queste pagine, il quale, inoltre ha implicazioni molto rilevanti sul ruolo non solo del giudice costituzionale, ma dello stesso giudice comune negli odierni ordinamenti costituzionali.

Il rapporto di implicazione che valori e principi instaurano con la sfera fattuale impone di considerare la discrezionalità, nella valutazione delle caratteristiche del fatto sottoposto a giudizio, quale momento irriducibile dell'attività giurisdizionale o, più in generale, dell'attività di applicazione delle norme. E con quest'ultima affermazione possiamo introdurre un altro tema connesso agli automatismi legislativi che investe proprio la funzione dei giudici comuni e gli spazi di libertà che devono essere loro riconosciuti nel momento interpretativo-applicativo del diritto. Aspetto, quest'ultimo, che costituirà anche un'utile chiave di lettura per poter guardare la giurisprudenza della Corte costituzionale in modo unitario.

¹⁰⁸ Così ancora G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 160, del quale sono anche le frasi riportate fra virgolette.

¹⁰⁹ Secondo l'insegnamento di C. LAVAGNA, *op. cit.*, 645 ss.

¹¹⁰ C. RUPERTO, *La legalità costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/speciali/ruperto/index.html, sul punto scrive che ai giudizi di conformità si sono affiancati giudizi «più propriamente di "compatibilità" o di congruità rispetto ad una serie molto ampia di variabili, che attengono al piano degli interessi sostanziali» che si servono «non già misurazioni come verifica di superfici, quanto, piuttosto, ponderazioni proprio come attribuzioni di pesi». E sul punto G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 166, giustamente osserva che, caduto il dogma del positivismo giuridico e intendendosi il diritto per ciò che è: una scienza pratica, si è riacquisita la consapevolezza, che il diritto si preoccupa della propria idoneità a disciplinare effettivamente la realtà conformemente al valore che i principi conferiscono ad essa. In questo senso – continua l'Autore – non solo si instaura una relazione biunivoca tra legge e il caso: «nel senso che il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa in riferimento a quello» ma, riscontrata l'impossibilità di giungere ad una composizione interpretativa tra le esigenze del caso, vivificate dai principi, e la regolamentazione legislativa, si porrà una questione di validità della legge. In questo senso, infatti, negli odierni stati costituzionali «le esigenze dei casi valgono di più della volontà legislativa e possono invalidarla» (p. 183).

IV CAPITOLO

Una rappresentazione unitaria del fenomeno

SOMMARIO: 1. Il necessario equilibrio fra riserva di legge e riserva di giurisdizione. – 1.2. La defettibilità delle norme. – 1.3. Il legislatore e il giudice fra denotazione e connotazione. – 1.4. Rivalutare il ruolo dell'equità quale «criterio meta-relazionale» di giudizio. – 1.5. Gli automatismi legislativi e il “potere di comprensione” del giudice. – 1.6. Gli automatismi legislativi non si identificano nella “delega di bilanciamento” ma nella valorizzazione della discrezionalità del giudice (e non solo) nel momento interpretativo-applicativo del diritto. – 2. Gli automatismi legislativi e l'interpretazione conforme. – 2.1. Quando la Corte costituzionale spingeva i giudici a fare ricorso all'interpretazione conforme. – 2.2. La vicenda della custodia cautelare in carcere per i reati di violenza sessuale di gruppo. Il fuoco incrociato della Corte costituzionale e della dottrina sulla presa di posizione della Corte di cassazione. – 2.3. In difesa della Corte di Cassazione. – 3. Il principio di supremazia costituzionale quale spiegazione e fondamento dei fenomeni che qui si analizzano e del loro rapporto di implicazione.

1. Il necessario equilibrio fra riserva di legge e riserva di giurisdizione

Nelle pagine precedenti abbiamo condotto un'analisi tesa ad evidenziare gli elementi di differenziazione delle varie figure di automatismi legislativi venute all'attenzione della Corte costituzionale.

In tal modo si è voluto dimostrare come, nell'odierno ordinamento costituzionale, non solo le regole in diretto contrasto con la Costituzione, ma anche quelle che rispondono ad una coerenza sistemica possono, nondimeno, essere dichiarate incostituzionali quando *pretendano di fare tutto da sé*. Abbiamo visto che, in questa seconda ipotesi, le norme si espongono agli *stress* che il reale inevitabilmente pone loro e ciò avviene in quei settori dell'ordinamento in cui regole e principi convivono e l'adeguatezza delle norme alle caratteristiche dei casi regolati è particolarmente sensibile.

Abbiamo cercato di spiegare questa seconda tipologia di automatismi ricorrendo alla figura della resilienza, per indicare il punto di flessibilità che le norme devono necessariamente avere per resistere alle sollecitazioni dei casi concreti. E affinché

questo punto di equilibrio sia garantito, è necessario che vi sia una giusta area di separazione fra la legislazione e la giurisdizione, che altro non significa se non lasciare impregiudicato, per quest'ultima, uno spazio di operatività nel momento di applicazione della norma al caso concreto¹. Se, infatti, il punto è troppo spostato a favore della riserva di legge, le disposizioni avranno un bassissimo coefficiente di elasticità e saranno destinate (metaforicamente) a spezzarsi sotto i colpi della realtà.

È bene chiarire, però, che la *necessità della flessibilità* non può essere predicata fino al punto di spostare l'equilibrio di resilienza tutto a vantaggio della riserva di giurisdizione. Volendo ricorrere ancora ad un'immagine presa in prestito dalla fisica, il rischio che, in tal modo, si correrebbe sarebbe la sottoposizione delle norme ad un processo di sublimazione². Si innescherebbe, in altri termini, un processo entropico che andrebbe ad incidere sulla certezza del diritto³ e, più in generale, sul fondamentale

¹ La necessarietà dell'equilibrio fra giurisdizione e legislazione, o meglio fra il Legislatore e l'ordine giudiziario, può essere rappresentato anche ricorrendo all'efficace metafora proposta da GIU. SERGES, *Per un superamento delle "decisioni rinneganti" in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it, 2014, 63, sui disequilibri ingenerati da un uso distorto della decretazione d'urgenza. L'Autore così scrive: «si immagini lo Stato come una bilancia dai molteplici bracci (o leve), in equilibrio tra loro, ognuno dei quali si conclude con un contenitore concavo, riempito di un liquido (diverso per ogni braccio) che ne determina il peso. Ogni contenitore rappresenta un potere dello Stato, il liquido il suo contenuto specifico. Ogni deroga al normale equilibrio tra i poteri, si traduce in un oggetto solido immerso nel liquido del contenitore, ciò che ha come conseguenza di far abbassare il braccio e di determinare, quindi, una modifica dello stato iniziale. Ora, questi oggetti solidi, con riferimento allo specifico liquido nel quale sono immersi, possono consumarsi a contatto con il liquido, consentendo così un successivo, graduale, ritorno all'equilibrio iniziale, oppure essere insolubili e determinare da subito un disequilibrio definitivo». Ragionando secondo l'immagine proposta dal Serges, gli automatismi potrebbero essere rappresentati come un solido non degradabile che determina un definitivo disequilibrio fra i due (bracci) poteri dello Stato, vale a dire il potere legislativo e quello giudiziario.

² Il quale, come noto, segna il passaggio dallo stadio solido a quello gassoso.

³ Principio di certezza del diritto che, come giustamente ha rilevato F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 246 ss., non è «un valore fine, bensì un principio-strumento da utilizzare in sede operativa, elemento di stabilizzazione indispensabile ma assiologicamente neutro, poiché potenzialmente idoneo a sostenere ed integrare sistematicamente ogni contesto di valore; esso non costituisce altresì, se non con un'accezione già ideologicamente orientata, un tratto ontologico del fenomeno giuridico in sé». Tale canone – così continua l'Autore – «deve tener conto, sul piano pratico, della fase applicativa della positivizzazione» ed essa, in definitiva, «si traduce nella affidabilità e controllabilità della decisione giudiziale; essa è direttamente proporzionata alla conoscibilità effettiva del dettato normativo, e dunque alla concreta percepibilità del sistema da parte del soggetto decidente» (p. 249-250). Dello stesso autore si veda anche, Id., *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 73 ss. In generale sulla certezza del diritto, senza alcuna pretesa di completezza, si segnalano: F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto* (1942), nuova edizione a cura di G. Astuti, Milano, 1968; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le Regioni*, 1986, 1098 ss; L. PERGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1988.

valore degli odierni ordinamenti democratico-rappresentativi, che individua nel Legislatore il soggetto elettivamente deputato al processo di produzione normativa.

Brevemente richiamate le linee essenziali dell'indagine fin qui svolta, adesso vorremmo cercare di ricondurre ad unità il discorso sugli automatismi legislativi. Non ci pare azzardato affermare, infatti, che il senso ultimo di tutta la giurisprudenza qui analizzata vada rintracciato nella necessità del pieno, concreto ed effettivo coinvolgimento del giudice.

È oggi, infatti, un dato acquisito l'idea che non si possa guardare alla funzione giurisdizionale come attività di mera applicazione della legge. E ciò non soltanto perché si è svelato che il mito del "giudice bocca della legge" nascondesse in realtà un postulato ideologico⁴, ma anche perché il modello pluralistico, introdotto dalla Costituzione, investe il soggetto decidente del compito di cercare la soluzione della controversia che consenta il massimo di soddisfazione della pluralità degli interessi in gioco⁵; anche il giudice (e più in generale l'interprete), in definitiva, gioca un ruolo essenziale nel processo di positivizzazione del diritto⁶.

Come dimostra la giurisprudenza costituzionale in materia di sanzioni disciplinari quanto appena descritto è predicabile non solo per la funzione giurisdizionale in senso stretto intesa, ma anche per le funzioni latamente giurisdizionali.

In definitiva, quindi, perché l'applicazione del diritto avvenga in modo equilibrato non devono prevedersi rigidi meccanismi di predeterminazione di interessi, che leghino le mani al giudice o più in generale – ma con la precisazione che si farà a breve – al soggetto chiamato ad interpretare e ad applicare la legge.

⁴ L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, 1973, 106.

⁵ F. RIMOLI, *Certeza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, cit., 95.

⁶ Ancora F. RIMOLI, *Certeza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, cit., 92. Lo stesso Autore, in ID. *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 260, scrive che «il legislatore trae dal magma del non normativizzato ciò che ritiene necessario, dandogli la forma che ritiene più opportuna, e in tal senso ponendosi insieme come autore ed interprete della creazione normativa; gli interpreti successivi, dal funzionario al giudice al semplice cittadino, dovranno da tale momento tener conto dell'atto di legislazione, misurando su di esso la possibilità di obiettivi decisionali nel quadro di attività sempre più programmate». Ed ancora: «il processo di positivizzazione che, partendo dall'atto normativo, giunge all'applicazione della norma, [...] si configura così come una concatenazione di opzioni, svolte secondo la pietra di paragone imposta dal legislatore». Ciò naturalmente, come Rimoli sottolinea, non è esente da rischi, poiché il processo si snoda attraverso «l'azione *oggettivamente* concorrente di una pluralità di soggetti» a causa dell'«agire strategico egoisticamente orientato al successo e al massimo profitto di ciascuno degli attori».

E ciò trova la prima ragione nella struttura delle norme, che – ed è questa la tesi che qui si vuole sostenere – impone, come operazione irrinunciabile, la riconsiderazione dei rapporti fra legalità ed equità.

1.2. La defettibilità delle norme

È oramai nozione acquisita che le norme, in quanto generalizzazioni, siano selettive, tanto come inclusioni quanto come esclusioni, poiché soffermano la loro attenzione su un numero di proprietà limitate, sopprimendone tutte le altre.

Tali generalizzazioni si formano partendo da un caso paradigmatico, di una qualche categoria più generale, cui viene dato il nome di giustificazione, rispetto alla quale si andranno ad isolare quelle proprietà che sono causalmente rilevanti. Tutte le generalizzazioni, per quanto possano risultare vere in alcuni o in gran parte dei casi, non potranno necessariamente esserlo per tutti. E ciò comporta che esse, alle volte, potranno escludere delle proprietà che in determinati casi sarebbero potute essere rilevanti o, viceversa, includere proprietà che non hanno alcuna rilevanza⁷.

I predicati fattuali (o protasi) delle regole, pertanto, vertono «in alcuni casi su caratteristiche del caso che non sono di alcuna utilità per la giustificazione della regola, e in altri casi non riconoscono le caratteristiche del caso il cui riconoscimento sarebbe rilevante per la giustificazione della regola»⁸. Questi aspetti, denominati sopra o sottoinclusività delle norme, sono una caratteristica ineliminabile di queste ultime e, inoltre, non rendono una regola una cattiva regola, ma ne costituiscono solo la parte integrante. Il portato, potremmo dire genetico, di quanto appena detto è una inevitabile imprecisione nella descrizione del reale e, pertanto, una ineliminabile discrasia tra quanto astrattamente previsto (e quindi prescritto) e il campo del concretamente verificabile⁹.

⁷ Così F. SCHAUER, *Playing by the rules. A philosophical examination of Rule-Based-Decision-Making in Law and Life*, Oxford 1991, trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000, 47 ss.

⁸ F. SCHAUER, *op. cit.*, 70.

⁹ Sul punto è opportuno riportare le pagine di denso significato di G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, nuova edizione a cura di P. Piovani, Milano, 1962, 168 ss., tese a dimostrare l'inesattezza dell'immagine dell'astrazione come «travisamento del reale o meglio come una specie di impalcatura sovrapposta al reale» (p. 169). L'astrazione, infatti, «risponde al concreto perché corrisponde alla struttura composta e finita del concreto. Il quale effettivamente non vive in una totalità simultanea e con una perenne presenza di sé in sé stesso; è finito e vive appoggiandosi di posizione in posizione»

Questo *deficit* del mondo legale rispetto al mondo reale può anche generare quella che, in vario modo, è stata definita lacuna ideologica, assiologica o sostitutiva, volendosi intendere con queste espressioni, non la mancanza di una norma certa che disciplini la fattispecie, ma la mancanza di una norma giusta o ottimale¹⁰. In questi casi la scelta normativa risulta «assiologicamente inadeguata [...] poiché il legislatore non ha tenuto conto di una distinzione di cui avrebbe dovuto tener conto». E su tale linea si suppone che se il legislatore avesse preso in considerazione la distinzione in questione «avrebbe dettato una disciplina differente» per quella determinata fattispecie¹¹.

Da questa sommaria illustrazione si vede, allora, che la legge non prevede, e non potrebbe nemmeno prevedere, tutti gli infiniti connotati singolari dei fatti, ma può al massimo indicarne i criteri di valutazione¹². In questo senso Herbert L. A. Hart, infatti, parlava di «penombra di incertezza che è destinata a circondare nella loro applicazione tutte le norme giuridiche»¹³.

muovendosi attraverso continue accidentalità e momenti contingenti, in modo che si rende possibile procedere per divisioni e per distinzioni tra parti essenziali e parti accidentali [...] il concreto [...] non è tutta esplicazione, ma è esplicazione e implicazione. E, continua l'Autore, il «concreto è un composto di elementi essenziali e di elementi accidentali e l'astrazione non fa che cogliere l'essenziale staccandolo dall'accidentale (rispetto alla parte colta con l'astrazione), non fa cioè che cogliere la parte rispetto al tutto» (pp. 171-172). E seguendo l'insegnamento dell'illustre Autore, L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 47, scrive che «la legge [...] rendendosi conto della complessità e totalità della realtà, tramite l'astrazione, per necessità di sistema ma anche di linguaggio, scevera dal concreto aspetti e parti [...] si tratta di una *misurazione* che permette di orientare, riconoscere, comprendere e giudicare l'agire della vita storica, il quale è composto sia da elementi essenziali ma anche da elementi accidentali».

¹⁰ Così ricorda G. PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006, 166.

¹¹ E. ALCHOURRÓN-E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, (1974), trad. it. *Sistemi normativi: introduzione alla metodologia della scienza giuridica* a cura di P. Chiassoni e G. B. Ratti, Torino, 2006, 158. E se si pone mente alla giurisprudenza analizzata in queste pagine, si può vedere che ci si è imbattuti in lacune di tale tipo quando la rigida previsione di legge si concretizzava nell'impossibilità di addivenire ad una diversa soluzione interpretativo-applicativa, la quale era pure imposta da un principio costituzionale, come il principio del minor sacrificio necessario, il principio di proporzione fra responsabilità e irroganda sanzione o il principio di speciale tutela del minore.

¹² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, X ed., Roma-Bari, 2011, 136.

¹³ H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), trad. It. in *Contributi all'analisi del diritto* a cura di V. Frosini, Milano, 1964, 130; sul punto si veda anche ID., *The Concept of Law*, trad. it. *Il concetto di diritto* a cura di M. A. Cattaneo, Torino, 2002, 148, il quale ricorda che «anche quando si usano norme generali formulate verbalmente possono saltare fuori in particolari casi concreti delle incertezze relative al tipo di comportamento da questo richiesto». E come è noto, l'Autore legava questa incertezza alla struttura stessa del linguaggio, infatti: «in tutti i campi dell'esperienza, non soltanto in quello delle norme, vi è un limite, insito nella natura del linguaggio, alla guida che il linguaggio in termini generali può offrire».

E del resto, già nella filosofia antica era ben presente questa insufficienza della legge rispetto alla particolarità dei casi concreti. Aristotele, infatti, nell'*Etica Nicomachea*¹⁴ scriveva che «ogni legge è in universale» e «non è possibile in universale prescrivere rettamente intorno ad alcune cose particolari». Quando, pertanto, «è necessario parlare in universale, ma non è possibile far ciò con retta precisione, la legge si preoccupa di ciò che è generalmente, non ignorando la sua insufficienza». Quando «in concreto avvenga qualcosa che non rientra nell'universale, allora è cosa retta correggere la lacuna là dove il legislatore ha ommesso ed errato, parlando in generale». Ed è in questo contesto che, secondo lo Stagirita, entra in gioco l'equità, la cui natura è di «correggere la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in universale». Poiché è impossibile «porre una legge fissa» intorno «ad alcuni particolari», la norma deve «essere indeterminata, come è il regolo di piombo che si usa nell'edilizia di Lesbo: esso infatti si piega alla forma della pietra e non rimane rigido, e altrettanto è del decreto rispetto ai fatti».

Come dimostra il lungo passo citato, la legge in quanto generalizzazione (o per usare la terminologia aristotelica: universale) deve possedere un coefficiente di indeterminatezza per lasciare aperte «“zone di possibilità” interpretative»¹⁵. E per far ciò non deve prevedere, da un lato, una rigida e insuperabile consequenzialità logica fra predicato e conseguenze giuridiche dalla stessa predisposte e, dall'altro, la fattispecie astratta non può cristallizzarsi intorno alle caratteristiche essenziali da essa stessa connotate. Deve, infatti, essere sempre possibile, per il soggetto chiamato ad applicare le norme, la giusta comprensione delle circostanze di fatto sulle quali queste ultime sono chiamate ad operare.

Alla luce della connotazione strutturale delle norme, e seguendo il suggerimento di Luigi Ferrajoli, occorre non solo rivalutare il ruolo dell'equità negli odierni ordinamenti, ma anche (o se si vuole: in modo del tutto conseguente) non considerare il ricorso ad essa come un qualcosa di sussidiario o straordinario rispetto alla legge, ma come un'operazione ordinaria, propria, quindi, di ogni processo di applicazione della legge.

¹⁴ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di A. Plebe, VII, 10, 1137b, Roma-Bari, 1979.

¹⁵ L. TUMMINELLO, *op. cit.*, 47. Sul punto, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 100, scrive che «il diritto è norma del domani, e la sua vitalità dipende dalla capacità di dominarlo».

1.3. Il legislatore e il giudice fra denotazione e connotazione

Per spiegare quest'ultima affermazione, occorre ripercorrere, per grandi linee, i presupposti sui quali Luigi Ferrajoli basa la sua ricostruzione, richiamando acquisizioni teoriche sviluppatesi nella logica moderna e soprattutto nella filosofia del linguaggio.

Richiamando il pensiero di Frege¹⁶, Ferrajoli ricorda che occorre distinguere due diverse accezioni di un segno: l'*estensione o denotazione*, che consiste nell'insieme degli oggetti cui il segno si applica o si riferisce; l'*intensione o connotazione*, che consiste nell'insieme delle proprietà evocate dal segno e possedute dai singoli oggetti che rientrano nella sua estensione.

Allo stesso modo, queste categorie possono applicarsi anche, più in generale, al *concetto*, rispetto al quale: l'*intensione* è l'insieme degli aspetti che contraddistinguono un concetto dagli altri, la somma delle sue componenti particolari e delle singole note costitutive; mentre l'*estensione* è l'insieme dei referenti che danno a quel concetto una determinata intensione¹⁷.

Da ciò deriva che l'estensione o denotazione di un termine è determinata costitutivamente dalla sua intensione o connotazione e, pertanto, la sua estensione è tanto maggiore (o minore) quanto minore (o maggiore) è la sua intensione¹⁸.

Il discorso giuridico può servirsi delle acquisizioni della logica e della filosofia del linguaggio grazie all'assimilazione funzionale fra concetto e precetto: come con il primo, infatti, «si rappresenta una cosa fissandone i tratti essenziali, così con il precetto giuridico, legislativo, amministrativo o giudiziario che sia, si rappresenta un'azione, fissandone i tratti essenziali [...] il precetto, con la sua fissità interlocutoria esercita la funzione di modello per l'azione umana, nel senso che l'uomo trova nel precetto, o meglio nella rete di precetti, in cui sono raccolti i tratti qualificanti di un rapporto, le indicazioni utili per disporsi alla relazione con gli altri»¹⁹.

¹⁶ G. FREGE, *Über Sinn und Bedeutung* (1892), trad. It. L. GEYMONAT-C. MANGIONE, *Senso e significato*, in *Logica e aritmetica*, Torino, 1965, 374-404.

¹⁷ G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009, 172.

¹⁸ G. CARUSO, *op. cit.*, 173.

¹⁹ F. GENTILE, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà. Terza edizione integrata da quattro codicilli*, Padova, 2005, 58-59.

Sulla base di quest'ultima affermazione si può asserire che denotazione e connotazione sono predicati che riguardano tanto la funzione legislativa quanto la funzione giudiziaria.

Il Legislatore, infatti, connota le caratteristiche essenziali o gli elementi costitutivi che formano l'intensione di una figura o concetto legale, e nel far ciò determina l'estensione (denotazione) della classe di casi individuabili, che altro non significa se non l'individuazione, in astratto, dell'ambito di applicazione della norma.

Anche il giudice, dal suo canto, per applicare la norma ad un determinato fatto, o meglio per sussumere quest'ultimo nell'ambito di applicazione della norma, deve poterlo denotare quale fatto cui la figura legale è predicabile. Ma affinché questa operazione, di ascrizione del *fatto determinato* nella classe di fatti cui la norma (in astratto) si riferisce, non sia erroneamente effettuata, è indispensabile che il giudice possa anche connotare le caratteristiche specifiche, non connotabili legalmente, dei fatti sottoposti al suo giudizio. In altri termini, il giudice deve poter verificare la presenza dell'insieme delle proprietà e degli attributi che sono associati alla fattispecie astratta, al fine di valutare se il caso concreto sia o meno sussumibile nella norma.

Ogni giudizio, infatti, si scompone in due fasi irrimediabilmente interconnesse: la fase della verifica (sempre presupposta) delle caratteristiche essenziali comuni, le quali consentono di affermare che un dato caso individuale rientri in una data classe di fatti legalmente individuata dal legislatore; e la fase della *comprensione* delle caratteristiche accidentali e singolari del caso individuale e concretamente verificatosi, che non sono (perché non avrebbero potuto esserlo) connotate dal legislatore²⁰. Tale attività di connotazione risponde in definitiva all'esigenza di cogliere nell'irripetibile singolarità del fatto «le *nuances* che, pur non inficiando l'equiestensività concettuale dell'ascrizione del caso vitale alla fattispecie astratta, ne determinano nondimeno il reale significato»²¹.

²⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 139.

²¹ G. CARUSO, *op. cit.*, 180.

1.4. Rivalutare il ruolo dell'equità quale «criterio meta-relazionale» di giudizio

E nel contesto appena descritto entra in gioco il giudizio di equità, quale momento indispensabile per valutare se gli elementi particolari del caso abbiano una caratterizzazione tale da impedire la sussunzione di quest'ultimo nella fattispecie legale.

L'equità²², allora, non assume la veste di un'operazione straordinaria che entra in gioco solo come correttivo della legge²³, bensì ordinaria, che funge da regola meta-giudiziaria, presente in ogni tipo di giudizio e mediante la quale il giudice connota, nella maniera più precisa e penetrante possibile, i fatti denotati dalla legge, comprendendone tutte le caratteristiche accidentali, specifiche e singolari²⁴. Solo mediante il ricorso ad essa, in definitiva, può sciogliersi il paradosso del carattere uguale e diverso degli infiniti casi sussumibili in una medesima norma²⁵.

Bisogna sempre tenere presente, poi, che la connotazione equitativa di un fatto concreto non comporta la correzione, l'integrazione o la deroga della legge, in quanto la fattispecie legale può essere estesa ad un determinato fatto (e cioè quest'ultima può essere denotata in un certo modo) solo se in esso siano presenti gli elementi indicati nella fattispecie astratta (solo se, in altri termini, si possa connotare in senso conforme alla connotazione della fattispecie astratta).

Naturalmente la comprensione equitativa di tutte le circostanze specifiche può far correre il rischio che vengano operate delle valutazioni largamente discrezionali, che si

²² Per una illustrazione delle diverse concezioni dell'equità avutesi nel pensiero giuridico, e per le opportune indicazioni bibliografiche, si veda V. FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, 69 ss. Sul tema, si veda, inoltre, V. VARANO, voce *Equità (giudizio)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 9 ss. e ID., voce *Equità (teoria generale)*, ivi, 13 ss.

²³ Ed è questa un'idea che, formulata originariamente da Aristotele, è ancora molto diffusa nella filosofia del diritto. Sul tema la letteratura è molto vasta e qui, pertanto, ci limitiamo a richiamare il pensiero di CH. PERELMAN, *De la Justice* (1945), *La giustizia*, trad. it. a cura di L. Ribet, Torino, 1959, 61-62, il quale scrive che «ove le antinomie della giustizia si manifestano e ove l'applicazione della giustizia ci costringe a trasgredire la giustizia formale, si ricorre all'*equità*. Quest'ultima si potrebbe considerare la stampella della giustizia, è il completamento indispensabile della giustizia formale, ogni qual volta l'applicazione di quest'ultima si dimostri impossibile [...] Contrariamente alla giustizia formale [...] l'equità consiste semplicemente in una tendenza contraria ad ogni formalismo, di cui deve essere il completamento»; dello stesso avviso A. E. CAMMARATA, *Giusnaturalismo e critica delle leggi in rapporto alla distinzione fra giustizia ed equità*, in *Bollettino dell'istituto di Filosofia del diritto*, Roma, II, 1941, il quale scrive che la giustizia risponde al principio di identità, mentre l'equità a quello di differenza.

²⁴ Così L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 141.

²⁵ Ancora L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 143. Sul punto L. TUMMINELLO, *op. cit.*, 49, scrive: «è la relazione giuridica tradotta e misurata della norma – in continua tensione tra generalità e particolarità – che esige tal processo di concretizzazione: l'equità con la sua funzione *individualizzatrice* realizza, pertanto, il bisogno di un giudizio ricondotto nella dinamicità e concretezza dell'esperienza giuridica, unico luogo dove tra l'altro può trovare significato la giustizia».

spingano ben al di là della opportuna e necessaria selezione delle caratteristiche rilevanti dei casi, al fine di un'applicazione ottimale della regola legislativa. Questa eventualità, però, può essere scongiurata mediante un uso accorto del linguaggio giuridico, un'adeguata selezione delle caratteristiche rilevanti in rapporto alla *ratio legis* e, infine, la predisposizione di regole generali che fungano da criteri per la corretta connotazione delle ipotesi specifiche non previste e non prevedibili dal legislatore.

Si devono, in definitiva, predisporre gli opportuni accorgimenti al che questo potere di connotazione non trasmodi in un potere di valutazione largamente discrezionale, ma non può, e anzi non deve, mai essere soppresso tale potere di comprensione equitativa della fattispecie concreta²⁶.

In conclusione di questa illustrazione sull'irrinunciabile potere di connotazione del giudice, seguendo ancora l'insegnamento di Ferrajoli, bisogna ricordare che è, non tanto la *iuris-dictio*, da intendersi quale verifica della corrispondenza alla legge del fatto provato, quanto la *iuris-prudentia*, «ossia la comprensione dei connotati specifici del caso denotato e verificato», a caratterizzare la «funzione giudiziaria distinguendola da qualunque altra funzione burocratica o meramente esecutiva»²⁷.

1.5. Gli automatismi legislativi e il “potere di comprensione” del giudice

La giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi si muove proprio nella direzione della valorizzazione del potere di *iuris-prudentia* del giudice comune e, in alcuni casi, di soggetti che svolgono una funzione ad essa assimilabile. Come dimostra la giurisprudenza in tema di sanzioni disciplinari, infatti, il pieno ed effettivo potere di comprensione delle caratteristiche del caso concreto può essere predicabile più in generale per le funzioni giudicanti latamente intese.

Se si pone mente, infatti, alle decisioni passate in rassegna in questo lavoro, si vede che il vizio del rigido meccanismo legale, sanzionato dalla Corte, risiedeva nella soppressione o limitazione del potere di connotazione. E ciò a prescindere dal fatto che l'incostituzionalità fosse generata dal contrasto diretto fra norma impugnata e Costituzione, per la contraddittorietà della prima rispetto ad una regola o principio

²⁶ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 142.

²⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 145.

costituzionale, o, viceversa, dall'inadeguato livello di tutela apprestato dalle norme legislative ad un principio costituzionale, pur in assenza di un diretto contrasto fra esse e la Costituzione.

Il comune denominatore di tutte le ipotesi dichiarate incostituzionali dalla Corte è rappresentato dall'impossibilità per il giudice, e non solo, di valutare le caratteristiche specifiche, singolari e accidentali del caso concreto; che altro non significa se non l'impossibilità di verificare la giusta corrispondenza fra quanto astrattamente previsto dal legislatore e la fattispecie concreta²⁸.

La chiave di lettura che qui si propone, sul fondamento della giurisprudenza costituzionale riguardante gli automatismi legislativi, ci permette di far emergere due elementi affatto particolari del fenomeno di cui stiamo trattando.

In primo luogo serve a spiegare, seppur non a giustificare, l'atteggiamento meno deciso di condanna degli automatismi espulsivi degli extracomunitari, che limitano il potere discrezionale della pubblica amministrazione.

Salvo, infatti, la sentenza n. 302 del 2013, in cui la Corte sembra applicare, alla fattispecie sottoposta al suo scrutinio, la stessa logica espressa per gli automatismi che influivano negativamente sulla funzione giudiziaria, nelle altre decisioni in materia è riscontrabile un diverso atteggiamento.

E ciò è confermato, in primo luogo, nella sentenza n. 148 del 2008, nella quale, come abbiamo già visto, la Consulta si è addirittura trincerata dietro il principio di legalità per giustificare il rigido meccanismo espulsivo e non accogliere la questione di legittimità costituzionale. Ma lo stesso può dirsi per la sentenza n. 172 del 2012, a leggere la quale sembra che il profilo dirimente per dichiarare l'incostituzionalità non sia stato tanto quello della compressione dei poteri di valutazione della pubblica amministrazione, bensì un profilo indiretto, vale a dire la compressione degli interessi dei soggetti terzi ai quali i lavoratori extracomunitari prestavano attività di assistenza.

In secondo luogo, spiega il perché il terreno di elezione degli automatismi legislativi sia il diritto punitivo, perché è proprio in questo settore dell'ordinamento che lo Stato è maggiormente portatore di una visione totalizzante e pervasiva.

²⁸ In altri termini, in queste ipotesi, il soggetto chiamato ad applicare la norma poteva soltanto individuare gli elementi essenziali del caso concreto, essendogli preclusa l'analisi delle caratteristiche concrete e accidentali che avrebbero permesso di dare al fatto una diversa connotazione.

Senza entrare in un tema dall'elevata complessità, che involge anche l'aspetto della ricerca di nuove forme di legittimazione da parte degli odierni ordinamenti²⁹, possiamo qui limitarci a constatare che la politica criminale ha assunto un marcato valore simbolico: dare risposta all'allarme sociale e far fronte alla paura percepita³⁰. E nel momento in cui la norma deve esplicitare la sua azione essenzialmente sul piano ideologico e culturale³¹, devono ridursi al minimo le possibilità di intervento di un soggetto terzo come il giudice, che con l'esercizio della sua discrezionalità possa

²⁹ Il tema dovrebbe trovare un'attenzione ben maggiore di quella che in questo lavoro gli si può dedicare, basti qui, pertanto, soltanto ricordare che gli Stati contemporanei, trovatisi nella impossibilità di adempiere alla funzione propria che veniva loro riconosciuta dal modello dello Stato sociale, hanno ricercato una nuova fonte di legittimazione nella protezione dell'incolumità personale dei cittadini (così Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2006, 168), vale a dire nella protezione di questi ultimi da tutta quella serie di fattori che, nelle moderne società, vengono percepiti come una fonte di rischio. Lo strumento prescelto per fondare questo nuovo tipo di legittimazione dello Stato e garantire questo pericoloso diritto fondamentale è lo strumento penale, che ha visto un'espansione dei suoi ambiti di intervento in diversi settori dell'ordinamento (sul punto si veda J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, Milano, 2004). Questo aumento del tasso di penalità degli odierni ordinamenti è stato efficacemente colto dal H. LAGRANGE, *Demandes de sécurité*, Paris, 2003, il quale ha affermato che si è avuta «la sostituzione dello Stato sociale con lo Stato carcerario». In questo contesto un ruolo di rilievo è ricoperto, secondo Z. BAUMAN, *Paura liquida*, cit., 161 ss. e spec. 167 ss, dalle forze del mercato globalizzato ed infatti il sociologo polacco sul punto scrive che «la rinuncia dello Stato alla funzione su cui ha fondato le sue pretese di legittimazione per gran parte del secolo scorso spalanca ancora una volta la questione della sua legittimazione politica [...] si sente il bisogno urgente di trovare una legittimazione alternativa all'autorità statale e non sorprende affatto che la si vada oggi a cercare nella promessa dello Stato di proteggere i suoi cittadini dai pericoli per l'incolumità personale» (p. 185). E ancora «esso resta in carica per il mantenimento della legge e dell'ordine sul suo territorio [...] Paradossalmente, proprio la sua arrendevolezza oramai quasi totale verso gli altri poteri, interni ed esterni al suo territorio ma in ogni caso sottratti al suo controllo, rende pressoché inevitabile non solo il mantenimento ma l'espansione (sia in senso estensivo che intensivo) della sua funzione di polizia e tutela dell'ordine» (p. 168). Questa rapida analisi non può non chiudersi ricordando quanto lucidamente sostenuto da F. BRICOLA, *Crisi del welfare state e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982, 68, il quale scriveva che «il neoliberismo odierno, che si affaccia dietro la crisi dello Stato sociale, se è liberista in economia, è singolarmente illiberale sul terreno giuridico e politico».

³⁰ Un esempio in tal senso è il d.l. 23 febbraio 2009 n. 11 (c.d. pacchetto sicurezza). Sul diritto penale simbolico si veda E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO-L. MONTANARI, (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 2009, 237 ss. Scrive A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *www.rivistaaic.it* 2014, 7, che la paura percepita (l'Autore si rifà a quanto sostenuto da A. CERRETTI- R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano 2013), è il «vero viagra securitario collettivo che negli ultimi anni i media hanno somministrato, con successo, anche fuori dall'ambito strettamente penale [...] Si tratta di un format collaudato, sempre cangiante eppure sempre eguale: si parte da un'accorta selezione dei casi di cronaca e li si fa oggetto di mirate campagne d'informazione, capaci di trasformare il verosimile in struttura del reale». Così come G. GIOSTRA, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.* 2012, 4904 mette in evidenza che «soprattutto nell'ultimo ventennio e soprattutto nel settore penale, quasi mai si è legiferato per assicurare adeguata tutela ad un interesse emergente o in effettiva carenza di protezione», ma gli interventi hanno avuto il fine di far «guadagnare popolarità a buon mercato» alla classe politica. Per una critica, dal punto di vista del diritto costituzionale, al diritto alla sicurezza, che è sotteso a questa tendenza del diritto penale, si veda, per tutti, A. PACE, *Libertà e sicurezza cinquant'anni dopo*, in *Dir. Soc.* 2013, 177 ss.

³¹ Come sostiene E. VALENTINI, *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.* 2011, 291, specificamente in merito alla custodia cautelare.

rendere inefficace tali funzioni. In altri termini, se deve punirsi l'autore del reato o più in generale il soggetto pericoloso per la collettività³², il giudice non può avere spazio di azione nell'accertamento del fatto e tanto meno nella modulazione delle conseguenze giuridiche³³.

Fatte queste premesse di carattere generale, cerchiamo di dare concretezza al discorso che si è finora condotto e vediamo in che modo il rigido meccanismo legale bloccava il potere di connotazione del soggetto chiamato ad applicare la norma.

Nell'applicazione automatica delle misure di sicurezza, il legislatore aveva denotato come socialmente pericolosi i soggetti che venivano prosciolti per vizio totale o parziale di mente e i minori di anni quattordici che avessero commesso un reato. In forza di tale denotazione era prevista l'applicazione automatica della misura di sicurezza e il giudice, il quale prima delle pronunce della Corte costituzionale si trovava a dover giudicare per una di queste due ipotesi, in forza della formulazione rigida della norma, non poteva *comprendere* le caratteristiche specifiche del caso di specie e, pertanto, poteva solo *sussumere* (e quindi denotare) la fattispecie concreta in quella astratta.

E lo stesso può dirsi per le ipotesi di applicazione automatica della custodia cautelare in carcere e dell'art. 4-*bis* ord. penit.

Nel primo caso si denotava come unica misura idonea a contenere la pericolosità sociale degli autori di determinati reati la custodia cautelare in carcere, senza che al giudice fosse consentito verificare se le caratteristiche specifiche del caso concreto avessero degli elementi di rilevanza tali, rispetto alla fattispecie astrattamente prevista, da differenziarla da quest'ultima (il che altro non significa se non l'impossibilità di dare

³² Spesso, infatti, come mette esemplarmente in luce M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2009, 119, nell'odierno diritto penale «la ragion d'essere della punibilità [...] non consiste nel fatto commesso, o perché manca il fatto, sostituito da un soggetto antiggiuridico, oppure perché il fatto c'è, ma è sintomo di un giudizio sull'autore: è vero che non si vuole la commissione del fatto, ma perché in realtà è il suo autore a risultare indesiderabile».

³³ Illuminanti sul punto sono le parole di L. FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.* 2006, 630, secondo il quale nel diritto penale del nemico, che persegue finalità securitarie, ciò che conta è «l'efficienza, insieme alla facile idea, propria del senso comune autoritario, che la giustizia deve guardare al reo dietro al reato, alla sua pericolosità dietro alla sua responsabilità, all'identità del nemico». E continua l'Autore «se il presupposto della pena è rappresentato, più che da fatti delittuosi determinati, dalla sostanziale personalità terroristica o mafiosa del loro autore, il processo decade inevitabilmente da procedura di verifica empirica delle ipotesi d'accusa in tecnica d'inquisizione sulla persona, cioè sulla sua soggettività sostanzialmente nemica od amica quale si esprime non tanto nei reati da lui commessi quanto nella sua identità politica o religiosa, o nella sua condizione sociale o culturale, o nel suo ambiente e nei suoi percorsi di vita».

ad essa una diversa connotazione) e, di conseguenza, permettere l'applicazione di una misura meno limitativa della libertà personale.

Parimenti può dirsi per i casi riguardanti l'art. 4-*bis*, per i quali il Legislatore denota come socialmente pericolosi gli autori di determinati reati, tanto da precludere a questi ultimi l'accesso alle misure rieducative, salvo una dimostrazione specifica di rescissione dei legami con l'ambiente criminale di provenienza e quindi di emenda. Anche in questa ipotesi il giudice non poteva concretamente operare quella ricerca delle proprietà e delle caratteristiche del caso concreto che avrebbero potuto condurre alla sua diversa connotazione e, pertanto, alla esclusione di determinati casi dall'ambito di applicazione della norma, così come formulata dal legislatore.

Allo stesso modo, nel consistente filone giurisprudenziale in tema di sanzioni disciplinari applicate automaticamente, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa nella parte in cui non prevedeva l'irrogazione della sanzione a seguito del procedimento disciplinare, unica sede in cui era consentito al titolare del potere in questione di verificare se le specifiche circostanze del caso concreto fossero tali da giustificare la sua sussunzione nella fattispecie astratta, con la conseguente applicazione della sanzione da essa prevista. Con la dichiarazione di incostituzionalità si afferma, pertanto, la necessità della verifica delle concrete responsabilità del soggetto che subisce la potestà disciplinare e, in via del tutto conseguente, è stata dichiarata l'insufficienza della semplice denotazione, cioè della sola verifica delle caratteristiche essenziali del caso concreto al fine di sussumere quest'ultimo nella fattispecie astratta, e si è riconosciuta come necessaria anche la comprensione delle caratteristiche specifiche, che possono far propendere per l'applicazione di una diversa misura.

Come risulta dalla parte teorica sulla differenza fra denotazione e connotazione, il giudice, nel connotare la fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio, può individuare fra le imprevedibili connotazioni del fatto storicamente determinato non solo caratteristiche specifiche, ma anche quelle accidentali. Ed è questo ciò che è emerso nella giurisprudenza sugli automatismi distorsivi della disciplina. In quei casi, infatti, la Corte ha riconosciuto la conformità astratta della norma a Costituzione, risiedendo l'incostituzionalità di questa nell'incapacità di far adeguatamente fronte alle particolarità del caso concreto. Orbene, in questi casi la Corte ha ribadito nuovamente la necessità della connotazione giudiziale, perché solo riconoscendo al giudice la

possibilità di comprendere il caso concreto e, pertanto, di dare una diversa soluzione interpretativo-applicativa è possibile tutelare adeguatamente gli interessi costituzionalmente rilevanti che entrano nel campo di applicazione di quest'ultima. Anche in questo caso, come in tutti quelli analizzati, la Corte ha aperto le porte al potere di valutazione del giudice delle circostanze concrete, permettendo un'applicazione della legge conforme ad esse ed ai valori costituzionali che queste esprimono³⁴.

1.6. Gli automatismi legislativi non si identificano nella “delega di bilanciamento” ma nella valorizzazione della discrezionalità del giudice (e non solo) nel momento interpretativo-applicativo del diritto

Volendo, allora, tirare le fila del discorso, può dirsi che le decisioni della Corte in tema di automatismi consentono al giudice o al soggetto comunque chiamato ad applicare la legge quando la sua funzione si avvicina a quella giurisdizionale, di svolgere a pieno la sua funzione di concretizzazione del diritto. E tale constatazione ci permette di fare due ulteriori e rapide considerazioni.

In primo luogo, e come è stato acutamente osservato, per svolgere questa funzione, il giudice non avrebbe bisogno di alcuna delega da parte della Corte³⁵ e, pertanto, fuorviante sarebbe il ricorso a tale figura per leggere la giurisprudenza costituzionale che ci occupa.

Non sfugge, infatti, a chi scrive che la Corte affermi positivamente il potere del giudice di intervenire là dove prima non gli era consentito e questa, se si vuole, può anche essere letta come una regola di competenza positivamente sancita dalla Corte. Ma stabilire la competenza del giudice a comprendere le specifiche o accidentali circostanze del caso concreto, e a non fermarsi al solo giudizio di denotazione, è cosa diversa rispetto ad una delega. E ciò, beninteso, se al termine delega si dà l'accezione sua propria nel linguaggio giuridico: il trasferimento di un potere o di una funzione da un

³⁴ In tal modo ha affermato la possibilità per il giudice di: applicare, in forza delle esigenze del caso concreto, la misura della casa di cura e di custodia; consentire l'adozione del minore anche oltre i limiti di età legislativamente previsti; e, infine, non applicare la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale.

³⁵ F. RIMOLI, *La sanzione disciplinare ai magistrati tra ragionevolezza, proporzionalità ed eguaglianza*, cit., 1338; come invece sostiene R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 88-93, 120-131 e ID., *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, cit., 3575 ss. Sul tema si rinvia al terzo capitolo, par. 1.

soggetto, che ne era originariamente titolare, ad un altro soggetto che in tal modo viene ad esserne investito³⁶.

Se si muove da questa definizione, e si accetta l'idea che è propria degli organi dell'applicazione la *comprensione* delle caratteristiche del caso concreto storicamente verificatosi, si può facilmente constatare come la Corte non deleghi alcunché, ma rimuova semplicemente una patologica situazione dall'ordinamento, andando a colpire quelle leggi che, basandosi, in vario modo, su un rigido meccanismo di connotazione del fatto, non lasciavano spazio alcuno alle zone di possibilità interpretative per gli organi dell'applicazione.

Si può ritenere oramai come acquisita – e giungiamo così alla seconda delle nostre considerazioni – l'idea secondo la quale l'attività di applicazione del diritto non può essere più esplicitata dallo schema positivista della sussunzione, improntato alla tecnica del sillogismo dimostrativo³⁷. La determinazione della premessa minore e della premessa maggiore dipende frequentemente da una scelta e dunque non è materia di attività logica, bensì di attività valutativa³⁸.

Il ragionamento giudiziario non ha, infatti, neanche formalmente la struttura logica del sillogismo pratico perfetto vagheggiato dall'illuminismo³⁹, ma presenta i caratteri di

³⁶ Secondo G. MIELE, voce *Delega (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 907, nella delega il soggetto «legittimato a provvedere in ordine a determinati interessi, perché riconosciuti di sua competenza o pertinenza, conferisce ad altri l'incarico di provvedervi in concreto mediante il compimento di un singolo atto o di più atti o in generale dell'attività che sia richiesta al fine indicato». E ancora, essa consiste in «una legittimazione della persona fisica o giuridica che viene investita di poteri e facoltà che spetterebbero esclusivamente ad altra entità secondo l'ordinamento generale o particolare di questa. Tale fatto di legittimazione è costituito da un'apposita determinazione del legittimato in via originaria, avente il valore di una statuizione nei confronti del legittimato in via derivata, che è tenuto a darvi applicazione».

³⁷ Così L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 26. Come afferma G. UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. pen.*, 2006, 1208, i capisaldi più o meno impliciti della teoria del sillogismo giudiziale sono venuti meno «con la smentita a livello epistemologico della possibilità di ottenere una assoluta "Verità" che conduca alla conoscenza di un'altra assoluta "Oggettività"». In proposito basti ricordare due risultati emersi, rispettivamente in ambito fisico e matematico, intorno agli anni trenta dello scorso secolo [l'Autore fa riferimento al principio di indeterminatezza di Heisenberg e alla c.d. prova di Gödel] e interpretabili come tali da togliere qualsiasi illusione sull'atteggiabilità di conoscenze assolute in grado di «tranquillizzare» le coscienze in forza di una loro supposta incontestabilità».

³⁸ L. MENGONI, *Diritto e valori*, cit., 26. Il tema meriterebbe un'attenzione ben maggiore di quella che gli si può dedicare in questa sede, pertanto ci limitiamo a riportare la lucida affermazione di F. MODUGNO, voce *Sistema giuridico*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993, 15, il quale, in merito all'opera di integrazione e correzione del pensiero sistemico da parte della topica, scrive: «considerare e scartare come irrilevanti le circostanze di fatto di un caso che non corrisponde in tutto e per tutto ad una precisa fattispecie legale impedisce di vedere nel caso un problema nuovo [...] Con la nuova ermeneutica (invece) non è il testo di legge, bensì il caso o il problema il punto di partenza per l'intendimento effettivo del testo legislativo al fine della soluzione del problema».

³⁹ G. CARUSO, *op. cit.*, 175.

dialetticità e discontinuità propri della generale struttura ipotetico deliberativa dell'intero ragionamento decisorio⁴⁰. Il giudizio, quindi, è «un'entità complessa e qualitativamente eterogenea, in cui si trovano segmenti di volta in volta definibili secondo una o più forme logiche, oppure secondo schemi di qualificazione quasi logici o puramente topici, valutativi e retorici»⁴¹.

Riconoscere tale complessità ha come naturale portato l'ulteriore consapevolezza che nel giudizio, in quanto decisione, è sempre implicata una *scelta* e il giudice (o comunque il soggetto che svolge una funzione assimilabile) sceglie, o dovrebbe poter essere messo nella condizione di scegliere, tra diverse soluzioni teoricamente possibili⁴².

Non solo, infatti, la fase della qualificazione giuridica dei fatti (della quale abbiamo già detto parlando del potere-dovere di connotazione), cui tradizionalmente è stata «riconosciuta natura logico deduttiva, e che anzi ha rappresentato il nucleo più solido della teoria deduttiva del giudizio»⁴³, si articola come un procedimento che consta di vari momenti, a struttura dialettica e nel quale si inseriscono le scelte del giudice⁴⁴; ma, ancor prima, l'interpretazione del dato normativo non è più considerata come reperimento dell'unico, vero e preesistente significato della norma⁴⁵. Anche la determinazione del significato normativo – qui non rileva la problematica vastissima se l'interpretazione debba essere considerata un atto di conoscenza o, viceversa, un atto di volontà, in quanto le teorie cognitive mature ritengono che l'interprete comunque si trovi o possa trovarsi davanti ad una pluralità di significati, ricompresi nella disposizione, fra i quali è, in ogni caso, chiamato a scegliere⁴⁶ – si struttura, infatti, come un processo euristico-ipotetico⁴⁷.

⁴⁰ M. TARUFFO, *op. cit.*, 253.

⁴¹ M. TARUFFO, *op. cit.*, 212.

⁴² Cfr. M. TARUFFO, *op. cit.*, 218-219, il quale, tra l'altro, parla di rilievo «al quanto banale» (p. 218).

⁴³ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 253.

⁴⁴ E, inoltre, come rileva G. CARLIZZI, *Ragionamento giuridico e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 2006, 1195, «l'attività di ricostruzione probatoria influenza l'attività di qualificazione normativa piegandola alle proprie circoscritte possibilità euristiche. Ossia costringendo ad ascrivere alla norma che qualifica il fatto storico un senso individuato non tanto e non solo in base ai comuni e astratti criteri di interpretazione normativa [...] quanto soprattutto in base alle possibilità di concreto riscontro di tale senso nella dimensione probatoria, specie alla luce degli elementi che vi affiorano di volta in volta».

⁴⁵ Sul tema M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., 100-101, scrive che non «è un'eresia [...] affermare che l'applicazione e l'interpretazione del diritto non sono mai mere "sussunzioni" incontestabili e a senso necessitato, anche se si tratta pur sempre di attività almeno parzialmente conoscitive, guidate da metodi razionali, e in certa misura razionalmente verificabili».

⁴⁶ La letteratura sul tema dell'interpretazione è vastissima, pertanto qui si ricordano solo alcune delle opere di carattere generale che affrontano il tema, oltre ad alcune opere, oramai considerate classici della

Oggi, quindi, si può ritenere sostanzialmente acquisita l'idea che il momento ermeneutico imponga all'interprete una serie di opzioni, connotate da un alto grado di soggettività⁴⁸.

Il concreto atteggiarsi del ragionamento giudiziale e delle sue varie fasi esula dal tema di questo lavoro e riteniamo, pertanto, opportuno limitarci alle brevi riflessioni fin qui condotte. Ciò che si voleva mettere in evidenza, infatti, è come appaia oggi superata l'idea che l'organo chiamato ad applicare il diritto compia un'attività passiva di applicazione di decisioni prese in altra sede, risultando, al contrario, un'attività irrimediabilmente connotata da un tasso, seppur variabile, di discrezionalità⁴⁹. L'interprete-applicatore del diritto è sempre chiamato a compiere una serie di scelte, non solo sul piano squisitamente normativo, dei significati da attribuire alla disposizione, ma anche su quello della connotazione della fattispecie concreta, alla quale, seppur nella sua dimensione astratta, la norma si riferisce.

Acquisire tale consapevolezza non solo svela il limite logico degli automatismi legislativi, che su tale aspetto intervengono oltre ogni limite fisiologico, ma porta alla luce anche il pericolo in essi insito. Molte delle ipotesi di automatismi, soprattutto nel settore penale, sono infatti espressione di un proto-legalismo, portatore della visione del giudice quale mero applicatore del diritto; essere quasi inanimato, che compie una meccanica opera di sussunzione, in base ad un sillogismo giudiziale perfetto, quasi che fosse possibile considerare il fatto nella sua immutabilità o staticità e, allo stesso tempo, il prodotto legislativo come univoco e auto-evidente. E, del resto, questa visione della

materia. Per quanto riguarda le opere di carattere generale si vedano almeno: F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, II ed. Padova, 2009; M. DOGLIANI, voce *Interpretazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Sabino Cassese, IV, 2006, 3179 ss.; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei testi giuridici*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2004; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; Per i classici sul tema si vedano, invece, almeno: H. KELSEN, *La teoria pura del diritto* (1960), Torino, 1966; H. L. HART., *Il concetto di diritto*, cit.; A. ROSS, *On Law and Justice* (1958), trad. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit.

⁴⁷ M. TARUFFO, *op. cit.*, 233.

⁴⁸ F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 256.

⁴⁹ Sulla discrezionalità del giudice si veda, l'ormai classico, A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995. Recentemente si sono occupati del tema della discrezionalità del giudice: R. BIN, *A Discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, il quale, ricorrendo alla fisica quantistica, cerca di fornire una lettura idonea in una certa misura a contenerla e G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, 19 ss. il quale affronta il problematico rapporto fra questa e la tenuta del sistema delle fonti.

funzione giurisdizionale è stata ampiamente screditata, e da tempo⁵⁰. Il discredito che la circonda, però, non deve portare a guardare con indulgenza il fenomeno degli automatismi, poiché, soprattutto per quanto riguarda la funzione giudiziaria, essi sono portatori di una pericolosa lettura ideologica. Per dirla con Luigi Ferrajoli, se il giudice non è «una macchina a gettoni, concepirlo come tale significa farne una macchina cieca, in preda alla stupidità o peggio agli interessi e ai condizionamenti di potere più o meno nascosti, e in ogni caso favorirne l'irresponsabilità politica e morale»⁵¹.

Le acquisizioni teoriche qui raggiunte permettono di smentire anche un'altra delle letture sulla giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi legislativi.

Si è affermato, infatti, che le decisioni in tema di automatismi sembrano dimostrare la volontà di soppiantare un modello di decisione giudiziale basato su regole, concepite come generalizzazioni assolute, o trincerate, con una strategia decisionale di tipo particolaristico, o conversazionale, che tratta le regole come generalizzazioni *prima facie*⁵². Secondo quest'ultimo modello, è possibile adattare le regole alla necessità del caso concreto, attraverso l'aggiunta di precisazioni, distinzioni e l'introduzione di eccezioni o, in ultima analisi, di applicare direttamente la "giustificazione" sottesa alla regola.

La lettura della giurisprudenza costituzionale, come elemento che incide positivamente sul potere di connotazione del giudice, dimostra, però, che il modello rimane quello delle regole e non quello conversazionale. Un giusto modello basato sulle regole, però, deve prevedere la possibilità per il soggetto chiamato ad applicarle di poterle conformare ai casi ai quali esse si riferiscono. Diversamente, il rischio che si

⁵⁰ Sul punto, però, non c'è perfetta coincidenza fra le acquisizioni teoriche e la pratica giuridica; come rilevano, infatti, M. JORI-A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, 45, «mentre l'imperativismo come concezione generale del fenomeno giuridico è oggi poco popolare presso i teorici e i filosofi del diritto, esso è probabilmente la concezione implicita della normatività giuridica più diffusa tra i giuristi positivi. Questi continuano infatti a parlare di volontà del legislatore, delle norme come comandi di qualcuno (lo Stato, il legislatore), e soprattutto a descrivere il processo interpretativo come se si trattasse di accertare una volontà».

⁵¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 157.

⁵² A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, cit., il quale si rifacendosi all'opera di F. SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit., così scrive: «le linee evolutive del sindacato di ragionevolezza e uguaglianza sulle presunzioni assolute di cui continua a servirsi il diritto penale possono fornire indizi significativi di un progressivo, tendenziale superamento di un modello di decisione giudiziale basato su regole concepite come "generalizzazioni trincerate"» (p. 4909). E ancora: «il formalismo pratico della decisione giudiziaria mediante le regole [...] viene così superato a vantaggio di un *decision-making* di tipo particolaristico, basato su direttive *ad hoc*, su decisioni singolari attente alle peculiarità del caso concreto» (pp. 4925-4926).

correrebbe sarebbe proprio quello della tentazione (che però nasconde una necessità) di decidere di soppiantare tale modello.

Più in generale, poi, tale lettura sembra possedere un vizio di fondo, perché – se non si è male interpretata – non tiene in dovuto conto il *peso* della giurisprudenza costituzionale la quale, è bene ribadirlo, costituisce il fulcro del fenomeno che ci occupa.

La modificazione di una regola, infatti, non viene effettuata da un organo giurisdizionale qualsiasi, ma è la conseguenza dell'attivazione di uno specifico rimedio del nostro ordinamento costituzionale. L'affermazione può risultare banale, ma solo tenendo ben presente questo aspetto è possibile leggere correttamente il fenomeno ed evitare di dare letture fuorvianti di esso.

La carica di disvalore legata al modello conversazionale di applicazione del diritto è di per sé giustificata nel caso in cui siano i giudici a decidere autonomamente di disfarsi della legge, trattandola come una generalizzazione *prima facie*. È evidente che questo atteggiamento costituisce un attentato ai meccanismi di produzione del diritto e alla dinamica del sistema delle fonti.

Nei casi che ci occupano, invece, il discorso è differente. Il giudice non si libera autonomamente della regola, ma chiama in causa la Corte costituzionale, la quale interviene non limitandosi ad affermare che il giudice comune possa aggiungere precisazioni, distinzioni, introdurre eccezioni per quella determinata fattispecie o addirittura applicare direttamente la giustificazione sottesa alla regola, ma dichiarando, altresì, l'incostituzionalità della norma, primariamente perché in contrasto con un principio o una regola costituzionale. Solo nel passaggio logicamente successivo la Corte manipola la regola per riconoscere all'interprete gli opportuni spazi di discrezionalità per applicare la norma in senso conforme a Costituzione.

Se poi si aumenta il fuoco e si guarda con maggior dettaglio la vicenda, si scorgerà un altro particolare, tutt'altro che insignificante.

La lettura che qui si critica non dà il giusto rilievo al fatto che, successivamente all'intervento della Corte, il giudice non risulta liberato dalle maglie del diritto, perché l'apertura in termini di discrezionalità rispetto alla fonte di legge primaria viene compensata dalla diretta incidenza del principio costituzionale che ha guidato la Corte nell'opera di superamento dell'automatismo. La giustificazione sottesa alla regola,

pertanto, può divenire preponderante nel momento applicativo, perché essa risponde o è conforme ad un principio costituzionale.

In definitiva, l'insidia che si nasconde dietro tale lettura è quella di trattare il livello legislativo e il livello costituzionale come due livelli distinti, non tenendo in alcun conto che l'odierno ordinamento costituzionale ha rilanciato il momento sistematico dell'interpretazione della legge. La legge, in altri termini, si interpreta e di conseguenza si applica anche alla luce dei principi costituzionali⁵³.

Le dichiarazioni di incostituzionalità sugli automatismi legislativi comportano non un superamento della legge in favore del particolarismo volto solo alla soluzione dei casi concreti, ma la giusta e auspicabile integrazione del livello legale con il livello costituzionale⁵⁴.

E sulla scorta di quest'ultima osservazione possiamo prendere in considerazione un altro aspetto, che costituisce un ulteriore elemento che getta una luce unitaria sul fenomeno che qui si indaga.

⁵³ Nella nostra affermazione è evidente il richiamo a L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 109, il quale scrive che la necessità di tener conto dei sopravvenuti principi costituzionali (e dei precetti costituzionali in genere) è valsa a rilanciare in termini definitivi il momento sistematico, sia pure concepito assai diversamente che nella dogmatica del passato. Come è noto questa idea è stata sostenuta, fra i primi, da V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 40 ss. Come già metteva in luce Valerio Onida sul finire degli anni Settanta, ID., *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 593, la Costituzione, «non più semplice parametro di raffronto di norme ordinarie (o di loro interpretazioni)», è diventata «fonte diretta di qualificazione delle situazioni concrete oggetto dell'attività giurisdizionale: di conseguenza il giudizio pur sempre "astratto" della Corte è sostituito dal giudizio concreto del giudice, in cui la Costituzione non concorre in via indiretta alla individuazione delle regole di diritto, ma direttamente alla qualificazione del fatto». Fra le opere più recenti, il tema viene affrontato anche da M. RUOTOLO, *Interpretare*, cit., 15 ss. e spec. 25 ss. (ma già ID., *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra. Quaderni della rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, 2012, II, 1297 ss.). Di contrario avviso rispetto alle letture qui proposte è A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011, 33 e *passim*, il quale, al fine di suggerire un ritorno alla lettera dell'art. 12 delle disposizioni preliminari alla legge (e dell'art. 28 della legge n. 83 del 1957), scrive che «sembrerebbe (e non da ieri) essersi scatenato (da parte di alcune comunità di giuristi e teorici del diritto) un autentico assedio di Sarajevo, con l'intento (spesso neppure troppo "riposto") d'annichilire ogni afflato normativo»; *contra*, e non senza ironia, M. BARBERIS, *Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge? In margine a un libro di Aljs Vignudelli*, in *www.costituzionalismo.it*, 1/2012, 3, il quale, soprattutto con riferimento all'interpretazione del diritto costituzionale, scrive che la tesi di Vignudelli suona paradossale [...] quanto cercare di reintrodurre nel tubetto il dentifricio già spremuto».

⁵⁴ Sul punto ritorneremo più compiutamente alla fine del presente capitolo e nella parte conclusiva del lavoro.

2. Gli automatismi legislativi e l'interpretazione conforme

L'altro elemento che permette di guardare agli automatismi legislativi come fenomeno unitario è, se si vuole, parzialmente esterno alla giurisprudenza costituzionale e riguarda il particolare rapporto di implicazione tra le decisioni che colpiscono gli automatismi e il fenomeno dell'interpretazione conforme⁵⁵ operato dai giudici comuni.

In alcune circostanze, infatti, la Corte costituzionale ha chiesto ai giudici di fare ricorso a interpretazioni conformi che si spingessero ben al di là dell'orizzonte di senso della disposizione. Ciò si è registrato in molti casi di dichiarazioni di incostituzionalità in cui, oltre a superare il rigido sistema legale previsto dalla norma oggetto di scrutinio, si è affermato anche un principio con valenza generale per l'intera materia.

Prima di addentrarci nella tematica è, però, opportuno fare due precisazioni. Innanzitutto, lo stretto legame che ci apprestiamo a descrivere sembra una tendenza che si trova nella sua fase conclusiva, in quanto la Corte pare aver cambiato indirizzo sul punto. Se in un primo momento, il cui inizio può essere fatto coincidere con la sentenza n. 208 del 2009, la Consulta sembrava spingere i giudici con forza al ricorso all'interpretazione conforme sulla scorta del principio affermato in una precedente pronuncia, negli ultimi anni sembra, invece, aver fortemente ridimensionato il ricorso a tale canone. Ciò è confermato dalla nota presa di posizione del giudice delle leggi,

⁵⁵ La letteratura in tema di interpretazione conforme è oramai molto ampia. Qui, oltre alle opere che verranno più avanti citate e senza nessuna pretesa di completezza si segnalano: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni contributi apparsi nella Rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 903 ss.; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, 2008, 89 ss.; SERGES G., *Interpretazione conforme e tecniche processuali*, in *Giur. it.*, 2010, 1972 ss.; ID., *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici*, in ID., *Lecture di diritto pubblico*, Napoli 2011, 89 e già in *Scritti in onore di Franco Modugno*, a cura di M. Ruotolo Napoli, 2011 IV, 3353 ss.; A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014. Per l'interpretazione conforme e il diritto europeo si veda, per tutti, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012. Per l'interpretazione conforme alla CEDU, si rinvia, anche per le opportune indicazioni bibliografiche, a T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014, spec. 373 ss.

avallata dalla dottrina, che ha sconfessato il tentativo di interpretazione conforme operato dalla Cassazione con la sentenza n. 4377 del 2012.

In secondo luogo, oltre alla descrizione del fenomeno, vorremmo cercare anche di proporre una lettura critica sull'ultima giurisprudenza della Corte costituzionale, in quanto si ritiene che il tentativo di interpretazione conforme, seppur irrispettoso del limite testuale, nei casi che prendiamo in considerazione non sia solo opportuno, ma addirittura non illegittimo.

Questa posizione, in contrasto con la dottrina maggioritaria, è confortata, a nostro giudizio, dalla presenza di alcuni elementi che dimostrano come il ricorso ad una interpretazione conforme, che travalichi il limite del dato letterale, non metta in pericolo il sistema di controllo di costituzionalità.

2.1. Quando la Corte costituzionale spingeva i giudici a fare ricorso all'interpretazione conforme

La vicenda dalla quale partiamo è la già citata sentenza n. 208 del 2009 della Corte costituzionale. In questa decisione la Corte dichiara inammissibile la questione sull'art. 219 c.p., in quanto il giudice remittente non è pervenuto ad una interpretazione costituzionalmente orientata, resa possibile da due precedenti decisioni, le sentenze nn. 253 del 2003 e 367 del 2004, più volte qui richiamate⁵⁶.

Secondo la Corte, in base a queste pronunce, è oramai «presente il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva». Questo principio «dettato in relazione alla misura del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, vale anche per l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia, che è, a sua volta, misura di sicurezza detentiva e quindi segregante». In tal modo è possibile escludere l'automatismo della misura detentiva anche quando una misura meno drastica e più elastica, quale la libertà vigilata, si riveli capace di soddisfare in concreto le esigenze di cura e tutela della persona e di controllo della sua pericolosità sociale. Ciò che, in definitiva, la Corte ha chiesto ai giudici, respingendo la questione, è di accantonare il dettato normativo con tale principio contrastante.

⁵⁶ Le due pronunce hanno riguardato la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico ed avevano ad oggetto rispettivamente gli artt. 222 e 206 c.p., dichiarati incostituzionali nella parte in cui non consentivano al giudice l'adozione di una diversa misura di sicurezza.

Come è noto, la decisione non è stata accolta in modo unanime in dottrina e su di essa si sono espresse le obiezioni e le difese classiche in tema di interpretazione conforme⁵⁷.

Dopo questa pronuncia, in altre occasioni la Corte costituzionale ha spinto i giudici a far ricorso all'interpretazione conforme che, sulla scorta di un principio affermatosi nel sistema costituzionale a seguito di una sua stessa pronuncia, avrebbe permesso di superare il rigido sistema legale, senza fare ricorso al giudizio di costituzionalità. Qui, senza nessuna pretesa di completezza, ricordiamo le sentt. nn. 189 e 291 del 2010.

Nella prima delle due vicende è stata sollevata questione di legittimità costituzionale sull'art. 58-*quater*, I co., ord. penit., che stabilisce il divieto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati resisi responsabili di condotte integranti il reato di evasione⁵⁸.

Il giudice delle leggi dichiara inammissibile la questione in quanto ritiene possibile l'esperimento dell'interpretazione conforme a Costituzione, grazie alla presenza del principio che, in materia di benefici penitenziari, esclude «rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata caso per caso». Su queste basi, allora, «a fronte di una interpretazione letterale della disposizione impugnata, che genera i dubbi di legittimità costituzionale prospettati dal giudice *a quo*, è possibile invece una lettura costituzionalmente orientata, basata sull'ineliminabile funzione rieducativa della pena, sancita dall'art. 27, terzo comma, Cost.». Come ricorda la Corte, i principi della giurisprudenza costituzionale sono «ormai organicamente compenetrati

⁵⁷ Qui ricordiamo i soli commenti di Modugno e di Rescigno, perché riproducono emblematicamente le opposte posizioni sul tema e tralascieremo volutamente, inoltre, di riportare quelle parti delle loro riflessioni riguardanti il tipo di decisione adottata dalla Corte, non essendo tale tema funzionale all'intento di questo scritto. G.U. RESCIGNO, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, cit., 2009, 2412 ss. e spec. 2417, si è dimostrato critico nei confronti della scelta della Corte, in quanto in tal modo si «introduce nel nostro ordinamento un tipo di controllo diffuso di costituzionalità, che diventa accentratore solo quando è impossibile manipolare i testi del legislatore e dunque non resta che demolirli». In base a questa sentenza, continua l'Autore, i giudici non solo possono, ma debbono ricavare dalle sentenze della Corte i principi costituzionali, in nome dei quali «possono e debbono scavalcare le parole del legislatore», manipolandone i testi al fine di renderli conformi al principio individuato. All'opposto F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme*, cit., 2412, accoglie favorevolmente la decisione della Consulta. La strada indicata dalla Corte in questa sentenza – afferma l'Autore – comporta un'attenuazione del sindacato accentratore, che però risulta legittima, in quanto è la conseguenza del bilanciamento tra i due principi della superiorità globale della costituzione e del monopolio del sindacato sulle leggi attribuito alla Corte. Da questo bilanciamento si ricava che il principio del monopolio del sindacato di legittimità copre solo la dichiarazione di incostituzionalità e non l'interpretazione delle leggi e della Costituzione.

⁵⁸ La normativa, a parere del giudice rimettente, risultava in contrasto con gli artt. 2, 3, 27, III co., 29, 30 e 31 della Costituzione.

con le norme legislative che compongono l'ordinamento penitenziario» e «forniscono le linee guida per l'interpretazione delle singole disposizioni».

Analogamente, nella seconda delle due pronunce, la Corte dichiara l'inammissibilità della questione sollevata sull'art. 58-*quater*, co. VII-*bis*, ord. penit., nella parte in cui esclude che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale possa essere disposta per più di una volta in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, IV co., c.p.

Anche in questa decisione viene dichiarata l'inammissibilità della questione, a causa del mancato esperimento dell'interpretazione conforme. La disposizione, infatti, può essere interpretata alla luce del principio che, in materia di benefici penitenziari, esclude rigidi automatismi e richiede una valutazione individualizzata tesa a «collegare la concessione o non del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell'emenda e del reinserimento sociale»⁵⁹.

Alla luce di questo principio è possibile interpretare restrittivamente la disposizione ed arrivare ad affermare che l'esclusione del beneficio può operare in modo assoluto «solo quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante». E in questo modo – continua la Corte – verrebbe anche «meno il rischio di una irragionevole preclusione in danno del soggetto che, pur essendo stato condannato con applicazione della predetta aggravante, si trovi nelle condizioni di poter essere valutato dal giudice come meritevole della sperimentazione di un percorso rieducativo, che non può ritenersi escluso *a priori*, per effetto di una astratta previsione normativa».

2.2. La vicenda della custodia cautelare in carcere per i reati di violenza sessuale di gruppo. Il fuoco incrociato della Corte costituzionale e della dottrina sulla presa di posizione della Corte di cassazione

A seguito del costante ammonimento della Corte costituzionale a farvi ricorso, la Corte di cassazione, nella ricordata sentenza n. 4377 del 2012, ha interpretato in senso

⁵⁹ Inoltre, aggiunge la Corte, è orientamento costante della giurisprudenza ritenere che le presunzioni assolute (come in questo caso la presunzione di pericolosità del condannato recidivo) devono trovare una corrispondenza nella comune esperienza.

conforme a Costituzione l'art. 275, III co., secondo periodo, c.p.p., e, in forza del principio affermato per la prima volta dalla Corte costituzionale nella sent. n. 265 del 2010, ha stabilito che fosse possibile compiere l'accertamento in concreto sull'adeguatezza della misura custodiale concretamente applicabile, anche per il reato di violenza sessuale di gruppo.

In questo modo, pertanto, è stato direttamente il giudice di legittimità a superare il rigido sistema legale, che prevedeva come unica misura adeguata la custodia cautelare in carcere, senza far ricorso alla Corte costituzionale.

La vicenda è nota, anche per il clamore che ha suscitato in dottrina⁶⁰, pertanto in questa sede ci limitiamo a riportare i passaggi fondamentali della decisione.

Innanzitutto, il giudice di legittimità ricostruisce sinteticamente i punti salienti dell'argomentazione della Corte costituzionale, di cui alla sentenza n. 265 del 2010, per interrogarsi, poi, sulle «conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame». E sul punto la Cassazione rileva che «dalla sentenza della Corte costituzionale emerg[e] l'esistenza di principi interpretativi direttamente applicabili», anche per le ipotesi *ex art. 609-octies*, in quanto tale reato «presenta caratteristiche essenziali non difformi da quelle che la Corte costituzionale» ha individuato per gli altri reati sottoposti al suo giudizio. In forza di ciò – continua il giudice di legittimità – «l'unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010 [...] è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria», anche per la fattispecie sottoposta al suo esame.

Come risulta dai passi ora riportati, la Cassazione compie – anche se non lo esplicita – un'interpretazione sistematica, la cui legittimità è stata, però, espressamente smentita dalla Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, nella sentenza n. 232 del 2013 non solo ha accolto la questione di legittimità sollevata sul medesimo oggetto (l'assolutezza della custodia cautelare in carcere per il reato di violenza sessuale di gruppo) e ha

⁶⁰ Su di essa, fra i tanti, si vedano: P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida al diritto*, 11/2012; M. CHIAVARIO, *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012; M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in www.rivistaaic.it, 2012; G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in www.rivistaaic.it, 4/2012; M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in www.rivistaaic.it, 2012.

chiaramente affermato che bene ha fatto il giudice remittente ad escludere la praticabilità dell'interpretazione conforme. Tale ultima affermazione è, del resto, in linea con quanto già dichiarato dalla Consulta in una precedente occasione, nella quale aveva ritenuto che «le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, relative esclusivamente ai reati oggetto delle varie pronunce, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate»⁶¹.

Come abbiamo ricordato anche la dottrina si è schierata contro la scelta compiuta dalla Cassazione. Questa non è la sede per analizzare in modo compiuto le varie posizioni che si sono registrate sul punto, pertanto, basti qui ricordare che tutte le riflessioni, seppur con diverse sensibilità e con prospettive a volte differenti, hanno riguardato il medesimo problema: il confine tra interpretazione e disapplicazione.

La vicenda ha, infatti, riaperto il mai sopito dibattito sull'ammissibilità di quelle interpretazioni che forzino, o secondo alcuni superino, la lettera della legge.

Le varie voci contrarie all'operazione della Cassazione trovano una sintesi in quanto già affermato da Massimo Luciani, in merito ai limiti generali cui va incontro l'interpretazione conforme. L'Autore ha, infatti, scritto che «per quanto i significati normativi di una disposizione di legge possano essere adeguati alla Costituzione, l'opera di adeguamento non può essere condotta fino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che ci fosse»⁶².

Fra le posizioni critiche merita uno specifico richiamo quella di Marco Ruotolo⁶³, in quanto è tutta incentrata sul rapporto tra il significato ricavato in via interpretativa e il

⁶¹ Corte costituzionale sentenza n. 232 del 2013, *con. dir.* punto 3, in cui si ribadisce quanto già affermato nella sentenza n. 110 del 2012. In quest'ultima decisione *con. dir.* punto 3, la Corte afferma, infatti che «la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme (sentenza n. 219 del 2008), non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre».

⁶² M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it.*, 2007, 7. Salvo, infatti, l'eccezione rappresentata da chi ha affermato che, in generale, il giudice è abilitato a compiere operazioni creative anche molto ardite che vanno oltre il tenore letterale della legge (E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratocollaborativo*, in RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, III, 1854, la quale, però, ritiene che debba rispettarsi la condizione che tale operazione sia sorretta da un'adeguata motivazione) anche la dottrina che ha accolto con favore l'accresciuto utilizzo del canone dell'interpretazione conforme si è preoccupata di individuare il limite fino al quale il suo utilizzo, e con esso l'argomento della razionalità, possa spingersi rispetto alla lettera della legge. Questa problematica viene a galla quando ci si muove in una zona grigia in cui diventa difficile distinguere se si sia in presenza di una interpretazione della legge, condotta in base al canone dell'interpretazione sistematica che tenga conto dei principi costituzionali, o di una sua correzione, così E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratocollaborativo*, cit., 1860.

⁶³ M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit.

limite rappresentato dal dato testuale. L'Autore, che in più scritti si è sempre dimostrato favorevole all'utilizzo del canone dell'interpretazione conforme, in questa vicenda esprime diverse perplessità verso l'operazione della Cassazione.

Sebbene, infatti, con questo canone è possibile – così scrive Ruotolo – ricavare dall'enunciato un significato meno prossimo alla lettera, questo deve sempre situarsi «nell'orizzonte di senso» di quest'ultima, in quanto il significato di una disposizione non può essere ampliato senza riscontri nel contesto normativo. Anche la possibilità di selezionare un determinato significato mediante «una “torsione” di quello che si presumeva essere il significato più immediato o meglio il suo significato iniziale»⁶⁴, deve, infatti, reggere alla prova della “lettera”, «alla quale si deve tornare per verificare che l'allontanamento dalla stessa [...] non si sia tradotto in un suo travalicamento»⁶⁵.

In definitiva per Ruotolo il punto di equilibrio tra la scelta delle possibilità semantiche offerte dal testo normativo e l'attività ermeneutica di ricerca di un significato conforme a Costituzione si situa nell'«orizzonte di senso della lettera della legge»⁶⁶. Posto, pertanto, che il limite rappresentato dalla lettera non può mai essere travalicato, saranno legittime quelle interpretazioni correttive dell'enunciato, che si esplicano solo come la proposizione di significati meno prossimi di altri alla lettera⁶⁷.

2.3. *In difesa della Corte di Cassazione*

Anche chi scrive ritiene che il riconoscimento del valore centrale del limite testuale sia condivisibile e non possa non esserlo. Riteniamo, però, che in alcuni casi il limite del dato testuale possa essere relativizzato senza eccessivi pericoli.

⁶⁴ M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit., 18.

⁶⁵ RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit., 18; l'Autore (pag. 18 nota 73), infatti, al tal fine ricorre alla distinzione tra torsione e travalicamento.

⁶⁶ M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. cost.*, 2006, 3427. Dello stesso avviso è anche il Modugno, richiamato da Ruotolo, il quale afferma che il processo interpretativo deve sempre riferire la soluzione ad un testo di legge, mantenendosi nei limiti di questo, F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria sull'interpretazione*, Padova, 1998, 44. Anche se a noi sembra (nella speranza di non aver travisato il Suo pensiero) che in altro scritto sul tema (ID., *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, in A. CERRI – P. HABERLE – M. JARVAD – P. RIDOLA – D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia*, Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati, III, Roma 2011, 357) l'Autore ridimensioni tale affermazione, per tutti quei casi in cui il giudice compia un'interpretazione adeguatrice di disposizioni di legge che è l'estensione di una precedente dichiarazione di incostituzionalità.

⁶⁷ M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, cit., 3427.

E questi sono proprio i casi in cui è stata in precedenza dichiarata l'incostituzionalità di una (o di più di una) rigida previsione di legge e vi sia un principio che la Corte costituzionale ha contestualmente affermato, risolvendo la questione (o le questioni) di costituzionalità. In questi casi se le decisioni vertono tutte sulla stessa materia, in base alle considerazioni che andremo ad esporre, il limite del dato letterale può essere riguardato in modo meno stringente.

Prima di spendere alcune considerazioni su tale aspetto, ci preme far notare che la presa di posizione del giudice delle leggi, in merito alla decisione che qui si commenta, sembra rappresentare un vero e proprio *revirement* della giurisprudenza costituzionale e ciò trova conferma se si raffronta il percorso argomentativo della Consulta nella sentenza n. 208 del 2009 con quello che la Cassazione compie nella sentenza qui presa in considerazione. Dal raffronto emerge, infatti, che la Cassazione abbia agito conformemente a quelle che erano state le indicazioni della giurisprudenza costituzionale in materia. Vediamo perché.

Nella sentenza n. 208 del 2009 la Corte costituzionale ha dichiarato che nella disciplina è oramai «presente il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva». Quest'ultimo, inoltre, «dettato in relazione alla misura del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, vale anche per l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia, che è, a sua volta, misura di sicurezza detentiva e quindi segregante».

In forza di ciò, la questione è stata dichiarata inammissibile perché «il rimettente ha trascurato di vagliare la possibilità di pervenire, nel quadro definito dalle decisioni sopra citate, ad una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata».

Come abbiamo visto, quindi, la Corte costituzionale dapprima richiama il principio vigente in materia, secondariamente rileva che le due misure di sicurezza presentano caratteristiche essenziali non difformi, da ultimo afferma che il giudice avrebbe dovuto esperire l'interpretazione conforme. Se si pone mente ai passaggi della decisione della Cassazione che abbiamo riportato, vediamo che il percorso argomentativo da essa seguito è identico a quello appena descritto: ricostruzione della disciplina ricavabile dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, individuazione delle caratteristiche non difformi delle due fattispecie e, infine, interpretazione conforme.

Quanto appena evidenziato mostra, da un lato, che la Corte di Cassazione si è mossa in linea con le indicazioni della giurisprudenza costituzionale e, dall'altro, che si tratti di sola interpretazione, e nella specie di un'interpretazione sistematica, attraverso la quale si applica un principio vigente in materia, e non, viceversa, di una disapplicazione mascherata.

Quest'ultima osservazione fornisce una prima risposta (che articoleremo compiutamente fra breve) alle critiche che la dottrina, pressoché maggioritaria, ha rivolto alla decisione della Corte di cassazione.

Ritornando al rapporto fra interpretazione e dato letterale, non può negarsi che chiedere ai giudici interpretazioni conformi simili a quelle effettuate nella sentenza n. 4377 del 2012 dalla Corte di cassazione significhi suggerire loro di spingersi ben oltre l'orizzonte di senso della disposizione, di travalicarne la lettera quindi. Ciò però avviene, ed è questo un punto fondamentale, nell'applicazione di un principio chiaramente affermato dalla Corte costituzionale e nel solco tracciato da quest'ultima.

Il ruolo di garanzia sotteso al giudizio costituzionale, pertanto, viene «assolto con sufficiente precisione» perché l'intervento della Corte «fissa con una certa precisione un principio»⁶⁸. In questi casi, infatti, il giudice ordinario dà semplicemente attuazione ad un principio affermato dalla Corte, muovendosi quindi sul terreno dell'interpretazione. Ed è solo in base a questo principio che la lettura costituzionalmente conforme si spinge ben al di là dell'orizzonte di senso immediatamente intellegibile⁶⁹. Ma c'è dell'altro.

Tenere ben presente la priorità logica e cronologica della pronuncia di costituzionalità rispetto all'operazione del giudice comune, mostra anche che, sebbene quest'ultimo si spinga ben al di là del significato immediatamente intellegibile dalla lettera della legge, non si è in presenza di un controllo di costituzionalità camuffato (con l'esito che ne deriverebbe se questo fosse condotto dal giudice comune: la disapplicazione), ma di una semplice operazione ermeneutica, volta a fornire ad un enunciato linguistico un significato conforme al significato ricavabile dalla

⁶⁸ Le frasi fra virgolette sono di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 164 nota 95, rifacendosi a quanto sostenuto da FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, 2009, 118-121.

⁶⁹ In base a ciò, non sussiste alcun pericolo di una invasione indebita della sfera di competenza della Corte. È quest'ultima, infatti, ad affermare il principio cui i giudici comuni si adeguano e nelle sue mani rimarrebbe ben salda la conduzione del controllo di costituzionalità.

giurisprudenza costituzionale in materia⁷⁰. È oramai pacifico, infatti, che nel diritto oggettivo rientrano anche le sentenze della Corte costituzionale e i principi da essa desumibili⁷¹, i quali vanno a formare quel contesto, il diritto oggettivo per l'appunto⁷², dal quale si deve ricavare il significato degli enunciati linguistici in esso inseriti⁷³. Di conseguenza, questi ultimi non possono non incidere sull'interpretazione di un

⁷⁰ Questa nostra affermazione è confortata da un'ulteriore considerazione. Alcuni parte della dottrina (F. MODUGNO, *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, cit., 357) ammette come possibile l'estensione analogica della dichiarazione di incostituzionalità, anche in considerazione del fatto che «le riduzioni o le estensioni dei dispositivi delle sentenze di costituzionalità sono [...] connaturali» alle sentenze aggiuntive di principio, tra le quali – seppur con delle particolarità – rientrano le sentenze dei casi esaminati; sul punto si veda fra gli altri A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3435 ss. e spec. 3451 ss. Se si ammette tale possibilità non dovrebbe suscitare grandi preoccupazioni l'eventualità, sicuramente meno estrema, che il significato, che va al di là delle possibilità semantiche della disposizione, si ricavi attraverso una interpretazione sistematica che tenga conto delle dichiarazioni di incostituzionalità. Ciò è sostenibile se si ritiene che tali decisioni rientrino in quel tipo di additive di principio classificate dalla dottrina come: additive di principio per *deficit* di flessibilità (per una critica al generale ricorso a tale tipologia di decisioni per descrivere le pronunce della Corte si veda cap. III, par. 4). Sulla classificazione della decisione di diverso avviso è RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit., 3 e 15, il quale ritiene che tali pronunce siano additive di regole a valenza sostitutiva. Con esse la Corte dichiara l'incostituzionalità della norma che prevede una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere invece che una presunzione relativa, tale da non dare la possibilità al giudice di scegliere una misura alternativa che sia maggiormente adeguata al caso concreto. La Corte, quindi, pure aggiungendo un principio, sostituisce la regola della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere con quella della presunzione relativa, permettendo al giudice, se il caso di specie lo richieda, di poter optare per un'altra misura cautelare.

⁷¹ Cfr. G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, cit, 7, la quale scrive che le norme aggiunte con pronunce costituzionali additive rientrano «a pieno titolo a far parte dell'ordinamento giuridico, prestandosi a tutte le operazioni di connessione sistematica o di integrazione che possono essere richieste in concreto». Qui il tema si lega al problema della configurabilità delle sentenze della Corte costituzionali come fonti del diritto. Propendono per la tesi favorevole: A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano*, I) *Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998, 142 ss.; ID., *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Giannini*, 1998, I, 545 ss.; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, cit., 154 ss. Escludono, invece, che esse rientrino tra le fonti del diritto: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed., Padova, 1984, 116 ss. e G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I) *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 188. Sul punto, inoltre, Zagrebelsky mette in rilievo come esso sia un «problema prevalentemente classificatorio, anche se non privo di risvolti, per così dire, di psicologia costituzionale». A. CELOTTO, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 2003, 27, invece, ritiene che «la portata effettiva [delle sentenze] non viene assolutamente modificata dalla soluzione in senso positivo o negativo del problema qualificatorio».

⁷² G. CARCATERA, *Del metodo dell'interpretazione giuridica*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, 2000, 64.

⁷³ Secondo il noto insegnamento di E. BETTI, *Teoria dell'interpretazione giuridica*, cit., 309, il quale scriveva che «l'intensità di una sfumatura e di una parola non possono essere intesi se non nel contesto in cui essa fu detta, o si trova, così anche il significato e valore di una frase (proposizione) e di quelle che con essa si legano, non possono essere intesi se non dal nesso reciproco e dalla concatenazione significativa, dal complesso organico del discorso cui appartengono». A ciò sottende l'assunto che il significato letterale «proprio e prevalente» deve essere vagliato sotto la lente del criterio sistematico, G. CARCATERA, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, 352. Criterio, quest'ultimo, che E. BETTI, *Teoria dell'interpretazione giuridica*, cit., 308, denominava canone della totalità e coerenza.

determinato enunciato linguistico che essi possono regolare. Il testo di legge viene così razionalizzato, in base all'argomento logico sistematico – del quale l'argomento della conformità a Costituzione può essere considerato una variante⁷⁴ – non solo avuto riguardo alla *ratio legis*, ma anche alla complessiva *ratio iuris*, che nell'ordinamento costituzionale impone di tener conto dei principi costituzionali⁷⁵.

In tal senso noi riteniamo che nell'orizzonte di senso di una determinata disposizione rientrino anche i principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale, venuti alla luce nel controllo su disposizioni analoghe vertenti nella stessa materia.

Al fine di superare il dato testuale in contrasto con la Costituzione, poi, non assume un valore dirimente il richiamo «alla struttura linguistica della norma» per cercare di alzare un argine contro i giudici che si appellano alla Costituzione e all'interpretazione conforme. Oramai, infatti, il testo della legge non costituisce più un confine certo per stabilire ciò che ai giudici sia o meno lecito fare. Esso non è più l'ancora di salvezza, in quanto è oggi divenuta controversa la definizione stessa di cosa sia legge⁷⁶.

⁷⁴ M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'ar. 12 delle preleggi*, in www.gruppodipisa.it, 2009, 9. In questo senso già F. MODUGNO, *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, cit., 68 e 100, il quale ritiene che esso abbia un'autonomia concettuale rispetto all'interpretazione sistematica. Egli, infatti, afferma che non è possibile ritenerlo un «criterio deducibile da quello dell'interpretazione sistematica», in quanto lo reputa un canone ermeneutico che si aggiunge, concorrente e non incompatibile, e si sovrappone agli altri canoni prefigurati dall'articolo 12 preleggi. Fra coloro che invece ritengono che tale canone si risolve nell'interpretazione sistematica si veda O. CHESSA, *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice?*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, a cura di D'AMICO-RANDEZZO, Torino 2009, 272-273; per un'analisi delle due posizioni si veda A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in www.giurcost.org, 18 ss.

⁷⁵ M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, cit., 3426-3427. Questo perché l'entrata in vigore della Costituzione si è posta a fondamento di una nuova teoria dell'interpretazione dei testi normativi, che ha rinnovato e rilanciato in termini definitivi il momento sistematico, in base al quale la coerenza dell'ordinamento deve essere ricercata sul piano costituzionale (L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 109) e pertanto deve privilegiarsi l'interpretazione conforme a Costituzione (M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, cit., 3426). La dottrina maggiormente sensibile a porre dei limiti all'uso (*recte*: abuso) dell'interpretazione conforme ha affermato che si può «applicare la soluzione che soddisfi le istanze assiologiche avanzate dal caso concreto e riconosciute a livello costituzionale solo quando essa sia “sostenibile” dalla trama logicosistematica dell'ordinamento», al fine di contemperare le ragioni del pensiero critico e del pensiero sistematico. Ci sembra che quanto andiamo qui sostenendo si ponga in linea con questa affermazione. In questi casi, infatti, è il contesto normativo di riferimento, fra cui rientrano anche le decisioni della Corte, che fa sì che la norma così ricavata non si ponga «come irrazionale eccezione irriducibile alla logica del sistema», ma come una decisione che costituisce anche nella particolarità dell'atto di applicazione la “concretizzazione di quell'universale” di cui parlava Mengoni (L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Ius*, 1976, 19 e ID., *Dogmatica giuridica*, cit., 6 ss.); le frasi fra virgolette sono di G. SORRENTI, *La Costituzione sottintesa*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici*, 2010, 45-46.

⁷⁶ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *op. cit.*, 379. Sono di diverso avviso, fra i tanti, R. BIN, *La Corte costituzionale fra potere e retorica: spunti per la ricostruzione di un modello ermeneutico dei rapporti*

In base alle considerazioni appena fatte (ed è questa la seconda conseguenza rilevante), cade anche l'altra delle comuni critiche rivolte a questo tipo di interpretazione: l'essere in presenza di una disapplicazione, camuffata dal velo interpretativo. Se si condivide quanto scritto in queste pagine, l'attività compiuta dai giudici sarebbe una semplice operazione interpretativa, che, pertanto, si risolve non già nella disapplicazione, ma nella *non applicazione* della disposizione nel suo significato letterale immediatamente intellegibile. E ciò trova una conferma se si riflette sul significato di disapplicazione.

Secondo la classica definizione di Mortati con il termine disapplicazione «si designa il potere di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per le altre fattispecie o gli altri effetti rimane pienamente valido ed efficace». E ancora (e per ciò che a noi più interessa) l'Autore precisa che ciò può verificarsi «nel caso in cui l'ordinamento giuridico limiti le potestà dell'organo chiamato all'esame della validità di un atto, nel senso che gli inibisca l'annullamento del medesimo e gli renda possibile solo l'accertamento della non validità»⁷⁷.

Allora, nei casi in cui il giudice comune, sulla base di un principio in precedenza affermato dalla Corte, superi il rigido sistema legale, si limita semplicemente a non

tra Corti e giudici di merito, in AA. VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 15 e G. SORRENTI, *La Costituzione sottintesa*, cit., 88. Quest'ultima, infatti, scrive che attività che si spingono oltre il dato testuale, effettuate sia da parte dei giudici comuni sia da parte della Corte, non sono idonee, «nel lungo periodo, a rendere un buon servizio a qualsiasi valore che oggi residui per il "testo" in un sistema basato sul diritto scritto». Sul punto sembrano dirimenti le affermazioni di F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *www.rivistaaic.it*, 2/2014, 13, il quale afferma che fra i limiti dell'interpretazione conforme non può «essere invocato il limite della c.d. interpretazione letterale o testuale, proprio perché quest'ultima, se è (e deve essere) interpretazione *prima facie*, non esaurisce le possibilità interpretative: interpretazione *tutto considerato*; e in questo "tutto" ovviamente è ricompresa la norma (o il principio) costituzionale» (corsivi nel testo). Il superamento del criterio letterale è, però, del resto suggerito dalla stessa Corte costituzionale, nella nota e assai dibattuta sentenza n. 1 del 2013. In questa decisione, infatti, il giudice delle leggi ha lapidariamente affermato che «l'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, [è un] metodo primitivo». La Corte utilizza l'avverbio «sempre», vale a dire, quindi, non solo quando l'attività ermeneutica ha ad oggetto disposizioni costituzionali, ma anche quando oggetto sono disposizioni legislative. Sull'invito a superare il dato letterale si veda da ultimo Corte cost. sent. n. 51 del 2014 (sulla quale si veda l'osservazione di A. TURTURRO, *Su di un anacronismo legislativo accertato ma non dichiarato (e superato tramite una interpretazione conforme* contra litteram legis, in *Giur. cost.*, 2014, 1215 ss.), nella quale la Corte ha dichiarato non fondata la questione, perché la disposizione oggetto del giudizio poteva essere interpretata in senso conforme a Costituzione. In questo caso il superamento del dato letterale è evidente, in quanto la Corte ha avallato l'interpretazione del Consiglio di Stato, in base alla quale, a seguito di procedimento penale, nel quale fossero risultati fatti e circostanze passibile di sanzioni disciplinari, il *dies a quo* per attivare il procedimento disciplinare doveva decorrere dalla conoscenza effettiva della sentenza di condanna, mentre la lettera della legge individuava il *dies a quo* espressamente nel giorno della pubblicazione o notificazione della sentenza.

⁷⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed. a cura di MODUGNO, BALDASSARRE e MEZZANOTTE, Padova, 1991, 299.

applicare la disposizione nel significato immediatamente ricavabile dalla lettera e non compie, invece, un esame di validità della disposizione. E ciò avviene perché, in questi casi, semplicemente si dà attuazione ad un principio vertente in materia, e già affermato dalla Corte.

A ben guardare, infatti, il controllo di validità (da intendersi come quel giudizio in cui si raffronta un oggetto ad un parametro al fine di giungere ad un risultato: la dichiarazione della conformità o meno dell'oggetto; controllo questo che se compiuto dal giudice comune dovrebbe portare alla disapplicazione) è stato, invece, compiuto in precedenza dalla Corte, che allo stesso tempo ha affermato un principio generale per quella materia. Il giudice nei fatti non disapplica, perché non compie nessun giudizio di validità, ma è semplicemente tenuto a fare i conti nell'interpretazione – e solo di interpretazione si tratta – con un nuovo principio costituzionale.

3. Il principio di supremazia costituzionale quale spiegazione e fondamento dei fenomeni che qui si analizzano e del loro rapporto di implicazione

Non occorre spendere ulteriori considerazioni su questo tema. Quello che, invece, è opportuno analizzare è su quali basi si fondi questo rapporto di implicazione tra dichiarazioni di incostituzionalità degli automatismi legislativi e ricorso all'interpretazione conforme. E questo elemento, a parere di chi scrive, si identifica con il principio di supremazia costituzionale. Principio, quest'ultimo, che spiega tale rapporto di implicazione, in quanto è l'elemento fondativo dei fenomeni che ci occupano.

È stato autorevolmente sostenuto, infatti, che l'interpretazione conforme a Costituzione sia la manifestazione di quel principio di supremazia costituzionale che non si esprime solo mediante la coppia validità-invalidità⁷⁸, dato che, da un lato, non è la disposizione a poter essere dichiarata invalida, ma la norma e, dall'altro, che questa è sempre logicamente preceduta dall'interpretazione. Tale «precedenza logica della interpretazione rispetto alla (compiuta) formazione della norma»⁷⁹ è in grado, allora, di

⁷⁸ Così F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, cit., 7-8.

⁷⁹ F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, cit., 7.

prevenire l'insorgenza dell'antinomia la quale si ha sempre «propriamente, tra norme (tra significati) e non già tra disposizioni (tra testi)»⁸⁰.

Grazie al rinnovo e al rilancio del metodo sistematico operato dalla Costituzione, il principio di supremazia costituzionale può operare in senso dinamico, non solo permettendo l'espulsione dall'ordinamento di quelle norme di legge che risultino in contrasto con la Costituzione, ma anche rendendo possibile l'adeguamento della legislazione ordinaria al livello costituzionale.

È stato scritto, infatti, che «l'*incostituzionalità* della legge è il fallimento dell'interpretazione e la *dichiarazione* d'*incostituzionalità* è in funzione del successo dell'interpretazione»⁸¹. E questo perché, in un certo senso, l'*incostituzionalità* certifica l'impossibilità di «trovare nell'ordinamento, così com'è, una norma idonea a rispondere alle aspettative costituzionali di regolazione del caso»⁸², mentre la *dichiarazione di incostituzionalità* viene in soccorso all'interpretazione, in tutti i quei casi in cui questa «si sia impigliata in norme inadeguate, dalle quali occorre liberarla»⁸³.

Come è stato giustamente ricordato, il principio dell'interpretazione conforme dà risposta a due fondamentali esigenze degli odierni ordinamenti costituzionali: da un lato, «far penetrare in profondità la Costituzione nell'ordinamento»; dall'altro, «armonizzare due distinte sfere della legalità (quella legale e quella costituzionale), che si sono sviluppate, intrecciandosi e non risolvendosi compiutamente l'una nell'altra, a causa del passaggio dallo Stato di diritto (fondato sul primato della legge) allo Stato *costituzionale* di diritto (fondato sul primato della Costituzione rigida, assistito dal sindacato di costituzionalità sulle leggi)»⁸⁴.

Anche gli automatismi legislativi rispondono al principio di supremazia costituzionale e comportano un grado di pervasività sempre maggiore del livello costituzionale sulla legislazione ordinaria.

⁸⁰ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio necessario della libertà personale*, in L. CAPPUCCIO-E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli 2013, 7.

⁸¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 258.

⁸² G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 257-258.

⁸³ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 258.

⁸⁴ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 3833.

Dall'analisi delle due figure di automatismi legislativi si vede, infatti, che le varie manifestazioni di incostituzionalità si possono collocare idealmente su una scala di graduazione, che ha nel punto inferiore la richiesta di coerenza della legge, in attuazione del più generale principio di coerenza sotteso a tutti gli ordinamenti e che ha trovato nuova linfa con la Costituzione (sono questi i casi di automatismi irrazionali) e, al punto superiore, la richiesta che gli strumenti legislativi risultino adeguati ad offrire il maggior grado possibile di tutela agli interessi costituzionalmente rilevanti, compressi nel momento applicativo dalla rigidità della formulazione legislativa.

In questo punto di massima emersione del vizio di rigidità della formulazione legislativa, la legge, seppur intrinsecamente o estrinsecamente coerente, risulta viziata perché non offre concreta e adeguata tutela ad un interesse costituzionalmente rilevante.

Ciò sembra, peraltro, trovare riscontro – come abbiamo già ricordato – in quella generale vocazione del sindacato di costituzionalità di misurare il *quantum* di conformità della norma legislativa al parametro costituzionale⁸⁵. Il controllo di costituzionalità, oramai, non si limita più a verificare la non disformità, ma si spinge ad un controllo di maggiore o minore conformità della legge alla Costituzione che, nel suo punto estremo – secondo noi rappresentato proprio da alcune pronunce sugli automatismi – si risolve nell'assicurare un sempre maggior grado di effettività ai diritti costituzionalmente sanciti⁸⁶.

⁸⁵ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 49.

⁸⁶ Solo per limitarci ad un esempio, ciò trova una conferma nella sentenza n. 7 del 2013 (vedi le considerazioni già *sub* nota 8). L'applicabilità automatica della perdita della potestà genitoriale assicura un grado di effettività minimo, che a volte nel caso concreto può essere addirittura nullo. La logica sottesa al capo III, titolo XI del libro II del c.p. (“dei delitti contro lo stato di famiglia”) e allo stesso articolo 569 c.p., secondo una lettura costituzionalmente orientata, è la tutela dell'interesse del minore. In tal senso il genitore, il quale ha commesso uno di quei reati rientranti nel capo, si presume non in grado di esercitare le potestà genitoriali e pertanto, dopo la condanna per uno di quei delitti, ne consegue automaticamente la perdita. La presunzione di non idoneità ad esercitare tali potestà preclude al giudice di valutare nel caso concreto quali siano le effettive necessità di tutela dell'interesse del minore, generando una lesione del suo interesse e ponendosi in contrasto con il richiamato principio di effettività della tutela dei diritti, che con la rimozione dell'automatismo trova un elevato grado di attuazione.

NOTE CONCLUSIVE

Verso una teoria costituzionale degli automatismi legislativi

SOMMARIO: 1. Illustrazione dei risultati finora raggiunti. – 2. Gli automatismi legislativi quali vizi di arbitrarietà della legge – 2.1. (segue) Gli automatismi e il maggior grado di attuazione costituzionalmente possibile. – 3. Ancora sul principio di supremazia costituzionale nelle sue varie declinazioni ed implicazioni. – 4. Gli automatismi legislativi e il costituzionalismo per valori.

1. Illustrazione dei risultati finora raggiunti

Terminata l'analisi tesa a delineare le caratteristiche degli automatismi legislativi, in queste ultime pagine vorremmo dare brevemente conto dei risultati raggiunti, al fine di formulare una definizione sintetica che riesca a descrivere l'intero fenomeno.

Una volta fatto ciò, si cercherà di abbozzare una teoria costituzionale degli automatismi legislativi, seppur il tema non verrà affrontato in modo esaustivo e verranno presentate al lettore soltanto alcune suggestioni nate nel corso dell'analisi. In tal modo si spera di indicare una serie di elementi che possano essere utili ad aprire un nuovo filone di indagine sul tema.

Tracciata la direttrice che si seguirà in queste ultime pagine, iniziamo con il ricapitolare i risultati del lavoro fin qui svolto.

Molte delle ipotesi dichiarate incostituzionali incidevano negativamente sulla libertà personale e ciò a causa dell'utilizzo del diritto punitivo in funzione marcatamente simbolica, quale strumento per neutralizzare determinate categorie di soggetti reputati pericolosi per la società.

La prima manifestazione dell'uso del diritto penale in tal senso si è avuta già nel codice Rocco, con le misure di sicurezza, ma è soprattutto sul finire del secolo appena trascorso che il diritto punitivo ha assunto nuovamente un carattere pervasivo e si è rivolto alla neutralizzazione di diverse categorie di soggetti.

Il perseguimento di questa funzione è stata sempre accompagnata da una particolare tecnica di costruzione della fattispecie, la quale si regge su una presunzione di pericolosità che annulla, o restringe fortemente, il potere del giudice di connotare la

fattispecie concreta, imponendogli l'applicazione rigida della norma anche a casi che potrebbero essere esclusi.

Si è visto, però, che gli automatismi legislativi tagliano trasversalmente l'intero ordinamento e, infatti, la Corte costituzionale in molteplici occasioni è intervenuta anche sul meccanismo di irrogazione delle sanzioni disciplinari. In queste ipotesi la Consulta ha applicato il modulo proprio della giurisprudenza costituzionale sulle rigide previsioni di legge, sebbene non fosse coinvolto un giudice¹. E questa estensione trova ancora la sua chiave di lettura nel potere-dovere di connotazione della fattispecie concreta. Quando si applica una sanzione, poco importa se di carattere amministrativo, l'interprete-applicatore deve, infatti, sempre poterne modulare gli effetti e ciò è possibile solo se il suo potere di conoscenza del fatto non sia imbrigliato in rigidi schemi legali.

Senza dilungarci oltre sul punto, ricordiamo poi che in un'altra serie piuttosto ampia di casi, la Corte ha superato il rigido meccanismo legale in forza del principio costituzionale della speciale tutela del minore ed è arrivata a colpire una serie di norme in materia di adozione e in tema di pena accessoria della perdita della potestà genitoriale. Queste ipotesi, unitamente a quelle riguardanti l'applicazione della misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario, sono state raggruppate in una distinta categoria, cui abbiamo dato il nome di automatismi distorsivi della disciplina, in cui è stato sanzionato il vizio di irragionevolezza-inadeguatezza.

Qui il vizio è stato ingenerato dalla pretesa del Legislatore di fare tutto da sé e, pertanto, le norme sottoposte al giudizio di costituzionalità non erano direttamente in contrasto con una norma o un principio costituzionale, ma sono state ugualmente sanzionate perché non apprestavano un adeguato grado di tutela rispetto a quello costituzionalmente richiesto.

In queste casi, in definitiva, non si ragiona in termini di dis-formità, ma di *quantum* di conformità².

Similmente alle altre ipotesi, anche qui entra in gioco, ed anzi assume la massima importanza, il potere di connotazione del fatto da parte del giudice.

¹ È opportuno chiarire che, naturalmente, in questi casi la decisione dell'organo che esercita il potere disciplinare, mediante gli ordinari mezzi di gravame, arriva alla conoscenza della magistratura ed è quest'ultima che, ovviamente, solleva la questione di legittimità costituzionale.

² F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 48.

Come abbiamo visto, il fatto, seppur con diverse intensità e sfumature, assume infatti una particolare importanza nelle dichiarazioni di incostituzionalità degli automatismi legislativi. E questa particolare prospettiva illumina un aspetto molto importante per la definizione del tema.

In definitiva, si può sostenere che l'elemento qualificante gli automatismi legislativi sia sempre l'interruzione del rapporto di fisiologica trasmissione fra il mondo del fatto e il mondo del diritto.

È questo l'elemento che, non solo accomuna tutte le ipotesi, ma spiega anche il perché ciò che apparentemente si dimostra come rispondente ai dogmi della moderna scienza giuridica, debitrice delle conquiste dell'illuminismo, venga dichiarato incostituzionale. In questi casi, infatti, le norme si presentano esteriormente come chiare e determinate: «al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta con precisione» segue «la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma: se è *a*, deve essere *b*»³.

Il rigido e stringente rapporto di consequenzialità tra protasi e apodosi, che rappresenta «l'ideale perfetto delle norme giuridiche»⁴ viene ad essere viziato quando comprime fino ad annullare l'afflato vivificante del fatto sul diritto.

Con l'espressione automatismi legislativi, pertanto, si possono qualificare quelle norme nelle quali il rapporto di consequenzialità necessaria fra la protasi e l'apodosi risulta comprimere irragionevolmente un diritto. E ciò viene primariamente causato dall'interruzione del fisiologico rapporto di trasmissione fra la sfera del fatto e la sfera del diritto, in quanto la formulazione della protasi non riesce a ricomprendere con precisione il fenomeno fattuale. Ciò comporta un'irragionevole compressione dei poteri del giudice di modulare le conseguenze giuridiche sulle caratteristiche del caso venuto alla sua attenzione, con la conseguente irragionevole compressione dei diritti dei soggetti che illegittimamente vengono ricompresi nell'ambito di applicazione della norma.

È bene ricordare che la rigida previsione di legge viene sanzionata solo qualora la compressione del diritto da essa ingenerata risulti irragionevole. Come abbiamo già ricordato nel capitolo secondo e come, del resto, dimostrano le tipologie di vizi

³ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENO, *op. cit.*, 210.

⁴ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENO, *op. cit.*, 210.

sanzionati dalla Corte, la vicenda che si è qui descritta ruota tutta attorno al canone della ragionevolezza.

È stato efficacemente scritto, infatti, che, sebbene la ragionevolezza operi essenzialmente nella fase dell'applicazione del diritto, «come momento di utilizzazione di principi strumentali intesi come precetti di ottimizzazione», essa riguarda anche il momento fondativo del diritto. Tale criterio, infatti, investe l'«intero processo di positivizzazione del diritto, ossia [...] quel *continuum* che procede dalla prima valutazione [del] legislatore che pone la norma fino all'interpretazione-applicazione»⁵.

Ed è su questo punto che occorre riprendere quanto lasciato in sospeso nel secondo capitolo e affrontare nuovamente il tema della ragionevolezza, per dimostrare che le due ipotesi sanzionate dalla Corte possono essere ricondotte ad una categoria generale ed unitaria. Operazione, questa, che ci permette di spostare il fuoco dell'analisi dal giudice al Legislatore e far emergere l'elemento di legittimazione della giurisprudenza costituzionale nei confronti di quest'ultimo.

2. Gli automatismi legislativi quali vizi di arbitrarietà della legge

Lo strumento concettuale per tale operazione ci è offerto nuovamente da una felice intuizione di Gustavo Zagrebelsky: le ipotesi di irragionevolezza come casi di arbitrarietà della legge⁶.

È bene chiarire, però, che questa acuta ricostruzione verrà da noi utilizzato solo dopo averla emendata in due punti.

Innanzitutto, nella nuova edizione del suo manuale, scritto unitamente a Valeria Marcenò, se non si è male interpretato il pensiero degli Autori, sembra che gli automatismi costituiscano una categoria ulteriore⁷, che si va ad aggiungere a quelle originariamente individuate nella seconda edizione del suo manuale di giustizia costituzionale, in cui per la prima volta Zagrebelsky aveva teorizzato tale lettura della giurisprudenza costituzionale.

⁵ F. RIMOLI, *Razionalità e ragionevolezza nel processo di positivizzazione del diritto: riflessioni brevi su una prospettiva teorica*, in *Scritti in onore di Franco Modugno* a cura di M. Ruotolo, IV, Napoli, 2011, 2194 ss.

⁶ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 147 ss., per un esame analitico di tale vizio si rinvia a quanto detto nel Cap. II, par. 3.

⁷ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *op. cit.*, 209.

Diversamente da quanto proposto dai due Autori, chi scrive non ritiene che gli automatismi siano una categoria autonoma e concettualmente distinta dalle altre ipotesi di vizi di arbitrarietà della legge, ma una particolare forma di manifestazione di queste. E ciò del resto è confermato dal diffuso utilizzo dei consueti strumenti della ragionevolezza.

Secondariamente, l'Autore (e la posizione viene ripresa anche nell'ultima edizione del manuale⁸) ritiene che i vizi di arbitrarietà della legge si configurino come quei casi in cui la legge risulta in contrasto con la natura del diritto.

Anche su questo punto, proponiamo una correzione di rotta che, peraltro, ci permette di individuare l'essenza del fenomeno che ci occupa con specifico riguardo alla legislazione.

L'espressione "natura del diritto", infatti, è carica di ambiguità, tanto da aver spinto il suo stesso Autore a doversi difendere dalle critiche e affermare che con l'espressione non si faceva riferimento ad un dato *extra*-giuridico, ma alla nozione di diritto come ordinamento⁹.

L'ambiguità, secondo noi, può essere risolta abbastanza agevolmente facendo rientrare le ipotesi di arbitrarietà della legge nella più generale categoria dei vizi della funzione legislativa.

Sul tema della configurabilità di tale funzione in termini di discrezionalità abbiamo già analizzato le posizioni della dottrina e quindi si rimanda a quanto scritto nelle pagine precedenti¹⁰. Di quell'analisi, qui è opportuno ricordare la sua conclusione, che ci offre un utile aggancio per ciò che appresso si dirà.

Abbiamo detto, infatti, che la pervasività, con la quale il controllo di ragionevolezza è entrato nella giurisprudenza costituzionale, raggiunge il suo apice proprio nelle ipotesi di automatismi legislativi, in cui gli strumenti della ragionevolezza assumono uno sviluppo sorprendente.

Sul punto riteniamo di aver già ampiamente scritto e, pertanto, non si vuole appesantire ulteriormente l'argomentazione, basti qui ricordare l'utilizzo congiunto

⁸ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *op. cit.*, 195-196.

⁹ Nel suo intervento alla Corte costituzionale nel 1992, G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza* raccolto poi nel volume AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 182, l'Autore ha precisato, infatti, che con l'espressione "natura del diritto" si riferiva alla nozione di diritto come ordinamento e pertanto la «parola "natura" non deve necessariamente spaventare».

¹⁰ Si veda Cap. II par. 6.

della coerenza e dell'evidenza per gli automatismi che si fondavano su una presunzione o il ricorso alla ragionevolezza come canone di adeguatezza per valutare la legittimità di norme costruite attorno ad una rigida predeterminazione di interessi, la quale impediva di tener in debito conto le eccezioni che la realtà opponeva loro.

Alla luce di quanto appena esposto si è suggerito di riconsiderare quelle dottrine, forse troppo facilmente accantonate, che predicavano la funzionalizzazione della legge all'attuazione e allo sviluppo della Costituzione.

Come dichiarato all'inizio di questo capitolo, qui non si vuole proporre nella sua completezza una teoria costituzionale, operazione, quest'ultima, la cui complessità impone che lo sforzo sia affrontato in un successivo e autonomo lavoro. Anche su questo punto, pertanto, ci limitiamo a sottoporre al lettore alcune suggestioni sorte nel corso dell'indagine.

Quanto ci apprestiamo ad esporre può essere così sintetizzato: nelle ipotesi di automatismi legislativi le leggi sarebbero incostituzionali perché arbitrarie e arbitrarie perché contrarie alla funzione propria della legge che è quella di dare il maggior grado di attuazione costituzionalmente possibile. In altri termini gli automatismi legislativi possono essere considerati come dei vizi prodotti dall'utilizzo arbitrario della sua funzione ad opera del Legislatore.

2.1. (segue) Gli automatismi e il maggior grado di attuazione costituzionalmente possibile

Come è facilmente intuibile, qui si ripropone quanto avanzato alcuni anni fa in dottrina da Franco Modugno, il quale già nel 1970 scriveva che le leggi devono ritenersi «tutte positivamente vincolate al fine, sia pure generico, di realizzare la Costituzione»¹¹.

¹¹ F. MODUGNO, *L'invalidità legge*, II, Milano, 1970, 335. Come ha avuto modo di chiarire in tempi recenti, ID., *Le fonti del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2012, 134-135, «la funzione legislativa consiste propriamente nel mantenimento e nello sviluppo (svolgimento) della Costituzione, ossia dei valori fondamentali di cui è sostanziato l'ordinamento». Ciò dipende dal fatto che la Costituzione è una manifestazione «istantanea, puntuale, irripetibile o difficilmente o straordinariamente ripetibile». Pertanto la funzione legislativa è indispensabile, perché permette di «rendere ordinario lo straordinario, duraturo l'istante, normale l'eccezionale». Per le indicazioni delle altre opere in cui l'Autore ha sostenuto tale tesi si rinvia al Cap. II, par. 6, nota 146. Tesi sostenuta, fra gli altri, anche da A.S. AGRÒ, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio costituzionale di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, 900 ss.; ID. *Commento all'art. 3*, in

Tale affermazione può essere intesa in un duplice significato: negativo, nel senso che la legge non possa disporre oltre e contro i motivi e fini costituzionalmente previsti¹² e positivo, in base al quale la legge è sviluppo e svolgimento della Costituzione.

Il significato cui ci riferiamo in questa ricostruzione è il secondo, che viene qui considerato nella sua accezione generica o minimale¹³: il Legislatore è vincolato solo a dare il massimo grado di attuazione *possibile* ai diritti e agli interessi costituzionalmente tutelati. In base a questa visione, il Legislatore, quando si trova davanti ad una opzione fra diverse scelte, deve privilegiare quella che offre una maggiore ed effettiva garanzia all'interesse costituzionalmente tutelato. Di conseguenza la Corte costituzionale sarebbe legittimata a dichiarare l'incostituzionalità delle leggi tutte quelle volte in cui riscontri che il legislatore non ha dato il massimo grado di tutela costituzionalmente possibile.

Ritornando alla ricostruzione che vede le varie figure di irragionevolezza come casi di arbitrarietà della legge e cioè come vizi contrari alla natura del diritto, la scelta teorica che qui si propone sembra dare ad essa un saldo fondamento, perché permette di ancorarla al diritto positivo.

In base a questa nostra ricostruzione, infatti, la *natura* della legge coincide con la sua funzione di attuazione e sviluppo della Costituzione e, pertanto, la Corte costituzionale, tutte quelle volte in cui dichiara l'incostituzionalità di un automatismo, sanziona la rigidità della previsione perché questa, comprimendo un diritto, non permette il maggior grado possibile di attuazione della Costituzione.

Come è evidente, inquadrare gli automatismi nei vizi che incidono sulla funzione propria della legge permette di avere come costante punto dialettico, nella ricostruzione del fenomeno, il dato positivo, la Costituzione.

Dando al termine "natura" della legge un significato che è pienamente riconducibile al diritto positivo, si supera il rischio di esporre l'analisi che ne facesse uso a critiche di

Commentario della Costituzione (Principi fondamentali), a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1975, 135; P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione*, Padova, 1953, 180-185.

¹² Disporre contro la Costituzione, infatti, implica una non attuazione della Costituzione.

¹³ E non in un'accezione massima, in base alla quale il Legislatore sarebbe vincolato al perseguimento di concreti e determinati fini costituzionalmente stabiliti. A noi pare, poi, che la scelta di questa visione minimale della vincolatività nel fine, che è genericamente individuato nel dare il maggior grado possibile di attuazione costituzionale, superi le critiche che si sono sempre mosse alla teoria della funzionalizzazione della legge, riassumibili nell'affermazione che una tale visione rischia di ingabbiare il sistema legislativo entro schemi e fini determinati una volta per tutte nel 1947: Cfr. A. CERRI, *L'uguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, 84 ss.

derive giusnaturalistiche¹⁴ e i possibili tentativi di spiegazione del fenomeno in base all'equità, con tutte le inevitabili incertezze che tale categoria concettuale porta con sé¹⁵.

Porsi in quest'angolo visuale permette, pertanto, di affermare che anche nei casi in cui la norma è dichiarata incostituzionale, perché inadeguata alla tutela effettiva del diritto, ciò avviene non per ragioni di equità, ma in nome della Costituzione e del principio di supremazia costituzionale (sul quale si è già detto, ma si ritornerà nuovamente fra breve).

Cerchiamo di chiarire quanto affermato con il richiamo sintetico di due casi emblematici.

Quando la Corte riconosce la validità astratta di una regola, la quale, però, risulta viziata in concreto perché non permette l'adeguata tutela dell'interesse del minore, la scelta può essere spiegata pienamente con il dato positivo (anche qualora ad essa dovessero essere sottese ragioni di equità). In questi casi, ciò che trova un maggior grado di tutela attraverso la dichiarazione di incostituzionalità è, infatti, il preminente interesse del minore, derivante dal principio della speciale tutela di quest'ultimo, il quale, seppur con tutte le sue ambiguità, è positivamente riconducibile all'ordinamento costituzionale¹⁶.

Posto quest'ultimo dato, la Corte, quando dichiara l'incostituzionalità della legge, che nella sua rigida formulazione risulta comprimere irragionevolmente l'interesse del minore, permette, sì, di fornire una tutela più adeguata al caso di specie, ma fa valere anche il principio di supremazia costituzionale. In questi casi si afferma che la legge non deve essere solo astrattamente, ma anche concretamente conforme a Costituzione. Sulla scorta di ciò allora, tutte quelle volte in cui la legge, a causa della sua rigida formulazione linguistica, concretamente si palesi contraria a Costituzione deve essere dichiarata incostituzionale.

Ciò è quanto accade anche nel caso del sistema rigido di preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione, che colpisce un soggetto che si trova in una situazione concreta, non riconducibile alla *ratio* della disciplina. Superare il rigido sistema legale in tali casi non significa operare in un'ottica equitativa, ma in un'ottica di pieno diritto positivo: la legge di specie risulta affetta dal vizio di irrazionalità in quanto

¹⁴ Rischio che emerge dalle stesse parole di Gustavo Zagrebelsky, come abbiamo ricordato in questo capitolo, pag. 187 nota 9.

¹⁵ Sul punto si rinvia a quanto ricordato nel Cap. II, parr. 2 e 3.

¹⁶ Esso, infatti, trova un aggancio costituzionale negli articoli 2, 30 e 31 Cost.

incoerente. Essa, infatti, accomunando sotto la stessa disciplina situazioni tra loro diverse, risulta intrinsecamente incoerente con la sua *ratio*. Anche in questo caso trova applicazione il principio di supremazia costituzionale declinato attraverso l'imperativo di coerenza, insito in qualsiasi ordinamento, ma che ha trovato nuovo sviluppo in Costituzione, proprio attraverso l'art. 3, I co. Questo, infatti, sancisce un principio costituzionale rivolto a tutta la legislazione, che costituisce «il fondamento della inammissibilità della contraddittorietà interna della legge»¹⁷.

Come abbiamo ricordato, infatti, le varie manifestazioni di incostituzionalità degli automatismi legislativi si possono collocare idealmente su una scala di graduazione, che ha nel punto inferiore la richiesta di coerenza della legge, in attuazione del più generale principio di coerenza sotteso a tutti gli ordinamenti, e, al punto superiore, la richiesta che gli strumenti legislativi risultino adeguati ad offrire il maggior grado possibile di tutela agli interessi costituzionalmente rilevanti, compresi nel momento applicativo dalla rigida formulazione legislativa.

In questi casi, pertanto, la Corte altro non fa che affermare la prevalenza nell'ordinamento del principio di supremazia costituzionale, sul quale è ora opportuno spendere alcune riflessioni.

3. Ancora sul principio di supremazia costituzionale nelle sue varie declinazioni ed implicazioni

Bisogna iniziare col dire che qui si vuole riproporre l'insegnamento di Paolo Barile, secondo il quale la materia dei diritti è regolata dalla presunzione della loro massima espansione¹⁸. Con questa formula si esprime la capacità delle libertà di travolgere tutti quei limiti stabiliti dalla legislazione ordinaria che non trovano un fondamento in norme o principi costituzionali.

A ben vedere, questa teoria può essere riguardata come una particolare declinazione del principio di supremazia costituzionale, almeno secondo la formula qui adoperata.

Secondo tale teoria, infatti, i diritti non possono trovare altre limitazioni se non quelle che dalla Costituzione siano desumibili. In base a ciò, quindi, tutte le norme di

¹⁷ F. MODUGNO, *L'invalidità legge*, cit., 337-338.

¹⁸ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1989, 41.

grado primario, le quali hanno effetti limitativi sul diritto, che non sono la traduzione a livello legislativo di limiti generali posti dalla Costituzione, sono potenzialmente esposte alla dichiarazione di incostituzionalità.

A ciò si aggiunge l'ulteriore argomento, connesso a quello appena esposto, dell'effettività della tutela costituzionalmente imposta dei diritti¹⁹. Posta l'espansione delle potenzialità insite in un diritto, l'effettività della loro tutela si traduce nell'obbligo del Legislatore, prima, e della Corte, eventualmente poi, di conformare la disciplina giuridica allo *standard* costituzionale²⁰. Non è sufficiente, infatti, che un qualche seppur minimo grado di effettività della tutela sia assicurata ai valori espressi dalla Costituzione, ma il dover essere costituzionale impone un dovere di dare una sempre maggiore effettività ai principi e ai diritti in essa sanciti²¹.

Come è stato acutamente rilevato, infatti, «la conformità dell'ordine legislativo all'ordine costituzionale non è dunque un'eventualità assoluta, oggettivamente certa e misurabile, ma un processo, una tendenza alla cui realizzazione la Corte contribuisce per la sua parte»²².

Quanto appena descritto sembra anche spiegare quella sorta di presunzione di irragionevolezza dalla quale sono avvolte le ipotesi di automatismi legislativi²³.

E ciò trova conferma se si pone mente alla giurisprudenza che è stata oggetto di questo lavoro e alla pervasività con la quale ha letteralmente smantellato interi settori normativi costruiti secondo rigidi schemi legislativi.

Abbiamo visto, infatti, che in tutte le ipotesi nelle quali viene all'attenzione della Consulta, l'automatismo comporta l'indebita restrizione di uno degli interessi, che la norma direttamente o indirettamente tutela. Ciò dà alla norma una potenziale incostituzionalità, che potrà non concretizzarsi soltanto se la compressione del diritto

¹⁹ Sul tema si veda G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009.

²⁰ G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, cit., 11.

²¹ G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, cit., 11.

²² F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1655.

²³ Una prima riflessione in tal senso è stata offerta da M. RUOTOLO, *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso*, in *Dir. soc.*, 2012, 576-577. Per una riflessione su un tema affine si veda l'acuta ricostruzione di A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*. Relazione al IV Seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie giurispubblicistiche, Università degli Studi RomaTre, 18 settembre 2015 e liberamente consultabili al sito www.gruppodipisa.it.

trovi una giustificazione in un controinteresse che risulti prevalente²⁴. In altri termini, gli automatismi legislativi possono superare il controllo di costituzionalità solo se si mostrano a copertura di un interesse di rango costituzionale, tale da giustificare la compressione da essi provocata ai diritti fondamentali.

A ben vedere, a questo particolare andamento del giudizio di costituzionalità è sotteso lo schema tipico dei giudizi sulle presunzioni: la norma si presume incostituzionale, in quanto l'automatismo la carica di potenziali profili di irragionevolezza, salvo prova contraria. Essa, quindi, si presume affetta da incostituzionalità, che non verrà dichiarata soltanto se la norma riuscirà a superare un controllo da cui emerga che l'automaticità della previsione sia funzionale alla tutela di un interesse, il quale – rispetto al caso da cui è scaturita la questione di costituzionalità – risulti prevalente²⁵.

E sia detto solo per inciso, ciò trova anche una conferma empirica nella circostanza che la Corte, quando ha giudicato una norma incriminatrice contenente un automatismo, non ha ragionato in termini di irragionevolezza manifesta, ma di “semplice” irragionevolezza²⁶.

Volendo tirare le fila del discorso, da quanto finora detto emerge che le norme che contengono un automatismo si presumono incostituzionali, proprio perché comprimono o impediscono l'espansione del diritto²⁷. Incostituzionalità che può non essere dichiarata soltanto se l'automatismo risulti funzionale alla tutela di un controinteresse che risulti prevalente. Soltanto se, in altri termini, la compressione o la mancata espansione del diritto trovi una giustificazione in norme o principi costituzionali. Questa tutela, e sul punto entra in gioco il principio di effettività, non deve essere predisposta solo sulla carta o essere prevista ad un livello inadeguato, ma deve essere effettivamente e

²⁴ Si veda, a conferma di ciò, la sentenza n. 112 del 2014.

²⁵ Cfr. G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012. L'Autore, infatti, afferma che per superare indenne il controllo di costituzionalità la norma che prevede l'automatismo deve superare la verifica avente ad oggetto «l'attendibilità della legge di copertura che dovrebbe giustificare la presunzione assoluta costruita sulla fattispecie incriminatrice e sulla connessa previsione sanzionatoria».

²⁶ G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria*, cit.

²⁷ Come, infatti, fa notare F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, 2411, nel commentare la sentenza della Corte costituzionale n. 208 del 2009, l'automatismo già nella decisione n. 253 del 2003 è stato dichiarato incostituzionale «*en bloc* in tutte le evenienze in cui avesse riguardato infermi di mente».

pienamente operante, conformemente, inoltre, alla capacità espansive che la Costituzione riconosce a tali diritti.

4. *Gli automatismi legislativi e il costituzionalismo per valori*

Vorremmo concludere questo scritto ragionando su un ultimo aspetto dalle affascinanti implicazioni sul piano della teoria costituzionale. A chi scrive, sembra, infatti, che il fenomeno degli automatismi legislativi sia fra le più compiute manifestazioni del costituzionalismo per valori che ha pervaso gli odierni ordinamenti costituzionali²⁸.

Ormai è da più parti accettata l'idea che la forma di Stato costituzionale contemporaneo ha posto a suo fondamento molteplici valori fondamentali²⁹ e ciò spiega anche il ruolo assunto dalla ragionevolezza che funge da ponte tra il mondo delle regole e il mondo dei valori. Questo canone, infatti, può essere considerato, nella poliedricità che ha assunto, come quella formula che «sintetizza e qualifica il rapporto di tensione intercorrente tra costituzione e legge»³⁰. Essa è il criterio ordinatore degli altri valori costituzionali che persegue la (o serve a dare risposta alla) esigenza di razionalità rispetto al valore.

²⁸ La letteratura sul punto è sconfinata fra le tante si vedano almeno: C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984 ora nella nuova edizione ID. *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014; L. MENGONI, *Diritto e valori*, cit.; R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Milano 1986; G. BERTI, *L'interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 35 ss.; A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989; ID., voce *Libertà: 1) problemi generali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1990, ora entrambe in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; ID., *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 631 ss.; M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit., 170 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit.; F. RIMOLI, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazioni per valori*, cit., 3712 ss.; ID., *Pluralismo e valori costituzionali*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit.; S. BASILE, "Valori superiori", *principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, 1993, 2200 ss.; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993, 3007 ss.; P. CIARLO, *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 123 ss.; fra le molte opere di F. MODUGNO sul tema qui si segnalano solo ID., *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, spec. 93 ss.; ID., *I principi supremi come parametro del controllo di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO-A.S. AGRÒ-A. CERRI (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, III ed., Torino, 1997, 280 ss.; F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1995, 66 ss.; da ultimo A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, cit.

²⁹ Così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 9-10.

³⁰ SCACCIA, *op. cit.*, 387.

Attraverso il *medium* della ragionevolezza, l'influenza esercitata dalla tavola di valori incorporati dalla Costituzione sull'ordinamento legale ha permesso il definitivo superamento delle concezioni giuspositivistiche ottocentesche e, pertanto, nell'odierno Stato costituzionale non possono più ritenersi valide le leggi in quanto tali, a prescindere dal loro contenuto³¹. I contenuti della legge, infatti, devono essere commisurati ai valori sostanziali della Costituzione.

Quest'ultima sottrae alla legge il dominio del valore e lo stesso principio di supremazia costituzionale, più volte qui richiamato, è una formula che sintetizza l'operare dei valori sul livello legale e non è inteso nel senso che la Costituzione costituisca l'esauritivo fondamento del sistema giuridico, che tutto contiene in forma predeterminata, come se si potesse predicare anche per la Costituzione l'assunzione degli attributi propri della legge³². Al contrario il principio di supremazia costituzionale coincide con una relativizzazione di tali attributi e induce non solo a rendere plurivoca l'idea di legge, ma ne attenua anche il vincolo di obbedienza³³.

È stato, infatti, efficacemente sostenuto che l'odierno costituzionalismo per valori opera come istanza di delegittimazione della legalità e della forma legale³⁴.

Istanza di delegittimazione che raggiunge il punto di maggiore compiutezza proprio nel fenomeno degli automatismi.

Come è stato acutamente rilevato, infatti, «nell'ottica dei valori, l'istanza di razionalità formale, assicurata dalla generalità, astrattezza, chiarezza della previsione legale, cede all'esigenza di assicurare la razionalità materiale della legge, cioè l'adeguatezza della previsione normativa rispetto al contesto di vita regolato, fosse anche il più straordinario e imprevedibile»³⁵.

Come abbiamo più volte ricordato, nel fenomeno che ci occupa, infatti, le leggi costruite in modo rigido non vengono invalidate solo quando non rispondono ad un principio di coerenza, nelle differenti forme in cui esso viene declinato, ma anche quando il legislatore pretende di fare tutto da sé. In questo secondo caso si raggiunge il

³¹ Cfr. A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 653

³² Secondo l'insegnamento di C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione del sistema*, cit., 121.

³³ Ancora C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione del sistema*, cit., 121.

³⁴ C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legalità e legittimità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 51.

³⁵ G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno *Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, in http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/teoria_generale/Scaccia01.pdf, 2009, 5.

punto di maggior tensione con l'ordinamento legale: l'atto non solo è valido dal punto di vista procedimentale, ma è anche astrattamente conforme a Costituzione sotto l'aspetto del contenuto; nondimeno viene dichiarato invalido, perché la sua formulazione rigida lo rende concretamente non conforme a Costituzione.

L'adeguatezza al caso regolato, in definitiva, diventa "parametro" per valutare la legittimità della legge.

Naturalmente questo comporta delle conseguenze inevitabili, e di rilevante importanza, riguardo al ruolo del giudice costituzionale, prima, e del giudice comune, poi, negli odierni ordinamenti costituzionali. Il carattere del diritto del nostro tempo, che si svolge in una società pluralistica poggiata su una pluralità di valori spinge, infatti, il giudice ad una partecipazione attiva nel processo di positivizzazione del diritto. Questi è chiamato a concretizzare il contenuto assiologico di tali valori rispetto all'infinità di casi concreti che si mostrano come portatori potenziali del loro sviluppo.

Il punto costituisce un ambito di indagine talmente vasto che sarebbe inopportuno qualsiasi tentativo che cercasse di descriverlo in poche battute. Ci fermiamo pertanto alla sua semplice segnalazione e ci accingiamo a concludere questo scritto, citando il pensiero degli Autori dalla cui intuizione questo lavoro è partito.

Proprio a conclusione della loro analisi, e con specifico riguardo alle implicazioni tanto pervasive che il fenomeno qui indagato ha sull'ordinamento, Valeria Marcenò e Gustavo Zagrebelsky, ricordando che la giurisprudenza sugli automatismi legislativi è uno dei molteplici fattori che segna l'espansione della giurisdizione e può essere felicemente rappresentata come il passaggio dalla regola della legge al regolo del giudice, così scrivono: «non ci piace? Pazienza, occorre farsene una ragione e, invece di ignorare o deprecare la novità, cercare di comprenderla e di governarla»³⁶.

È quello che si è cercato di fare in queste pagine, si spera non erroneamente e non troppo confusamente. Chi scrive non ha la presunzione di essere riuscito ad esaurire un tema così vasto e dalle molteplici implicazioni su diversi piani dell'esperienza giuridica, ma spera, più modestamente, di aver almeno posto delle utili basi per delle ulteriori e successive indagini sul tema.

³⁶ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 213.

Bibliografia

- AA. VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistica*, Milano, 1994
- ACCONCI A., *Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1994
- ADORNO R., *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*, in *Giur. cost.*, 2013, 2408
- AGRÒ A.S., *Art. 3*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975
- AINIS M., *La "motivazione in fatto" della sentenza costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994
- ALCHOURRÓN E.-BULYGIN E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, (1974), trad. it. *Sistemi normativi: introduzione alla metodologia della scienza giuridica* a cura di P. Chiassoni e G. B. Ratti, Torino, 2006
- ALEXY R., *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE-A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002
- ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, ed. it. *Teoria dei diritti fondamentali* a cura L. Di Carlo, Bologna, 2012
- ALGOSTINO A., *La condizione degli stranieri in Italia fra diritti universali e difesa della forza*, in *Dir. pubbl. comp. ed eu.*, 2003
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967
- ANDRIOLI V., *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962
- ANGIOLINI V., *La "manifesta infondatezza" nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988
- ANGIOLINI V., *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992
- ANZON A., *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, 1991, 31 ss. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, in *Opere*, VII, Roma-Bari, 1970

- AZZARITI G., *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio intrinseco della legge*, in *Giur. cost.*, 1989, II
- BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639
- BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997
- BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur. cost.*, 1973
- BALDASSARRE A., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989
- BALDASSARRE A., voce *Libertà: 1) problemi generali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1990
- BALDUCCI P., *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*, in *Dir. pen. proc.*, 2011
- BARAK A., *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995
- BARBERIS M., *Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge? In margine a un libro di Aljs Vignudelli*, in www.costituzionalismo.it, 1/2012
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1989
- BARILE P., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistica*, Milano, 1994
- BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953
- BARILE P., *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, in *Giur. cost.*, 1958
- BASILE S., *"Valori superiori", principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, 1993
- BAUMAN Z., *Paura liquida*, Roma-Bari, 2006
- BENEDETTELLI M. V., *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Padova, 1989
- BERTI G., *L'interpretazione costituzionale*, Padova, 1987
- BERTOLINO M., *Il minore vittima di reato*, Torino, 2010
- BETTI E., *Teoria generale della interpretazione*, ed. corretta ed ampliata a cura di Giuliano Crifò, Milano, 1990
- BEVERE A., *Ragionevolezza del trattamento sanzionatorio penale nella legislazione e nella giurisprudenza*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di studi, Roma 2 - 4 ottobre 2006, quaderno monografico di *Nova juris interpretatio*, Roma 2007

- BIANCHETTI R., *Sollevata questione di legittimità costituzionale in merito ai nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale del seminfermo di mente*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014
- BILANCIA F., *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 1993
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988
- BIN R., *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992
- BIN R., *Diritti e argomenti*, Milano, 1992
- BIN R., *La Corte costituzionale fra potere e retorica: spunti per la ricostruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corti e giudici di merito*, in AA. VV., *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993.
- BIN R., «*Al Cuor non si comanda*». *Valori, regole, argomenti e il “caso” nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994
- BIN R., *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996
- BIN R., *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, relazione al Convegno CUIA Principi generali del diritto: un ponte giuridico tra Italia e Argentina, Brescia, 9 e 10 maggio 2013, ora in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America latina*, 34/2013
- BIN R., *A Discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva quantistica*, Milano, 2013
- BISCARETTI DI RUFFIA P., voce *Uguaglianza (principio di)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973
- BORRELLI P., *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015
- BOSCARELLI M., *Appunti critici in materia di misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964
- BRICOLA F., *Crisi del welfare state e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982
- BRICOLA F., *Delitti contro lo Stato di famiglia*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964
- CALABRIA A., voce *Pericolosità*, in *Dig. disc .pen.*, vol. IX, Torino, 1995

CALVANESE E. – BIANCHETTI R., *L'internamento in ospedale psichiatrico giudiziario: le revoche delle misure nelle ordinanze del magistrato di sorveglianza di Mantova (anni 1992-2003)*, in *Rass. pen. crim.*, 2005

CAMMARATA A. E., *Giusnaturalismo e critica delle leggi in rapporto alla distinzione fra giustizia ed equità*, in *Bollettino dell'istituto di Filosofia del diritto*, Roma, II, 1941

CANEPA M. – MERLO S., *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 1991

CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto*, nuova edizione a cura di P. Piovani, Milano, 1962

CARACCIOLI I., *Applicazioni sostanziali della «fungibilità» (a proposito del computo nella misura di sicurezza di pena condonata)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966

CARAVITA DI TORITTO B., *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984

CARAVITA DI TORITTO B., *Appunti in tema di “Corte giudice a quo” (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso di giudizi incidentali di legittimità costituzionale)*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988

CARAVITA DI TORITTO B., *Le quattro fasi del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, in AA. VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistica*, Milano, 1994

CARBONNIER J., *Droit Civil, I.2, La famille, les incapacités*, Paris, 1969

CARCATERRA G., *Del metodo dell'interpretazione giuridica*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, 2000

CARCATERRA G., *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010

CARLIZZI G., *Ragionamento giuridico e complessità diacronica del circolo ermeneutico*, in *Cass. pen.*, 2006

CARMINATI A., *Non sempre l'esperienza insegna: “vecchi” problemi di illegittimità nella nuova “sanatoria” dei lavoratori immigrati irregolari*, in www.rivistaaic.it, 2012

CARNEVALE P.-CELOTTO A., *Il parametro «eventuale». Riflessioni su alcune ipotesi atipiche di integrazione legislativa del parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi*, Torino, 1998

CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, ottobre 2013

- CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009
- CASAROLI G., *Misure alternative alla detenzione*, in *Digesto penale*, VIII, Utet, Torino, 1994
- CASSIBBA F., *La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2015
- CASTELLETTI P., *La metafora della resilienza. Dalla psicologia clinica alla psicologia dell'assistenza umanitaria e della cooperazione*, liberamente consultabile in *www.counselling-care.it/pdf/pdf_psico/Psicotrauma94.pdf*
- CELOTTO A., *L'«abuso» del decreto-legge, I, Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Padova, 1997
- CELOTTO A., *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 2003
- CENCI P., *La regola della differenza massima (e minima) d'età tra adottanti ed adottando costituisce sempre meno un principio fondamentale*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997
- CENTINI M., *Automatismi sanzionatori tra principio di non colpevolezza e principio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2006
- CERRETTI A.- CORNELLI R., *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013
- CERRI A., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976
- CERRI A., *Differenze di fatto e differenze di diritto valutate alla stregua del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1977
- CERRI A., *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1978
- CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978
- CERRI A., voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1994
- CERRI A., voce *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994
- CERRI A., *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1999

CERVATI A. A., *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in AA. VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistica*, Milano, 1994
CESARI C.-GIOSTRA G., *Sub Art. 4-bis*, in V. GREVI-G. GIOSTRA-F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, IV ed., Padova, 2011

CHELI E., *Sulla correzione di errori materiali e sull’ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959

CHESSA O., *Bilanciamento ben temperato o sindacato esterno di ragionevolezza? Note sui diritti inviolabili come parametro del giudizio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1998

CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002

CHESSA O., *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice?*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, a cura di D’AMICO-RANDAZZO, Torino 2009

CHIAVARIO M., *Merito e metodo: a proposito di una recente sentenza pro libertate*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2012

CHIERCHI R., *La condizione giuridica dello straniero irregolarmente soggiornante tra legge e diritti della persona*, in www.costituzionalismo.it, 2/2013

CHINNI D., *Petitum additivo «non corretto sul piano sistematico», limatura della Corte costituzionale sul verso della richiesta e indicazione ai giudici circa l’interpretazione della norma aggiunta*, in *Giur. cost.*, 2013

CIAMPA D., *La riforma dell’adozione nazionale ed internazionale*, in *Psicologia & Giustizia*. Anno 5, numero 1, gennaio-giugno 2004.

CIARLO P., *Dinamiche della democrazia e logiche dei valori*, in *Dir. pubbl.*, 1995

COEN L., *Disparità di trattamento e giustizia amministrativa. Principio di eguaglianza e tecniche di motivazione della sentenza*, Torino, 1998

COLLICA M. T., *La crisi del concetto di autore non imputabile*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012

COLLICA M.T., *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l’infermo di mente adulto e pericoloso*, in *Giur. it.*, 2004

- COPPETTA M.R., *Il permesso premio come strumento di rieducazione: ancora una declaratoria di illegittimità dell'art. 4-bis ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 5/1997
- CORSI C., *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in AA.VV., *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 2012
- CORSO P. (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Monduzzi Editore, Bologna, 2011
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952
- CRISAFULLI V., *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giur. cost.*, 1958
- CRISAFULLI V., *Ancora in tema di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1959
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, VI ed., Padova, 1984
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1985
- CRISAFULLI V., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015
- CRIVELLI E., *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in BUTTURINI D.- NICOLINI M. (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli, 2014
- D'ANDREA L., *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005
- D'ATENA A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997
- DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, 2002
- DEL COCO R., *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in CORSO P. (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2011
- DELLA BELLA A., in CORBETTA S.-DELLA BELLA A.- GATTA G.L. (a cura di), *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Milano, Ipsoa, 2009
- DELLA CASA F., *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della "scommessa" anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del "doppio binario"*, in GREVI V. (a cura di) *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994

DELLA CASA F., *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricorso provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, in *Giur. Cost.*, 2004

DI NICOLA P., *La chiusura degli OPG: un'occasione mancata*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015

DODARO G., *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012

DOGLIANI M., voce *Interpretazione*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Sabino Cassese, IV, 2006

DOGLIANI M., *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in www.rivistaaic.it, 2012

DOLCINI E., *La commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1981

DOLSO G. P., *Principio di eguaglianza e diritto penale. Osservazioni a partire dalla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giurcost.org.*, fasc. III, 2015

DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2009

DWORKIN R., *Taking Rights Seriously* (1978), II ed. it. *I diritti presi sul serio* a cura di Nicola Mufato, Bologna, 2010

ERAMO F., *Manuale pratico della nuova adozione*, Padova, 2002

ESPOSITO C., *Lineamenti di una dottrina pura del diritto*, in *Annali dell'Univ. Camerino*, IV, Fabriano, 1930, 61 ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1999

ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954

ESPOSITO C., *Uguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in ID. *La Costituzione italiana. Saggi*. Padova, 1954

ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità leggi in Italia (1950)*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954

ESPOSITO C., *La Corte costituzionale come giudice della «non arbitrarietà» delle leggi*, in *Giur. cost.* 1962

ESPOSITO C., *Le pene fisse e i principi costituzionali di eguaglianza, personalità e rieducatività della pena*, in *Giur. cost.*, 1963

- FALZONE F., *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, in *Giur. cost.*, 1972
- FAMIGLIETTI A., *Verso il superamento della “pena manicomiale”*, in *Giur. Cost.*, 2003
- FERRACUTI F. (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, XIII, Milano, 1990
- FERRAJOLI L., *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, 1973
- FERRAJOLI L., *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.* 2006
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, X ed. Roma-Bari, 2011
- FERRARA G., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in N. OCCIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, Padova, 1984
- FERRARA G., *Dell’eguaglianza*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, 1994
- FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, 2009
- FIANDACA F., *Art. 27, terzo comma*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti civili. Artt. 27-28*, a cura di G. BRANCA-A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 1991
- FIGONE A., *Un pericoloso intervento della Corte costituzionale sull’età dei coniugi adottanti*, in *Famiglia e dir.*, I, 1996
- FINOCCHIARO A., *L’interesse del minore e la differenza di età fra adottante e adottato: a proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 1996*, *Fam. e dir.*, 1996
- FIorentin F., *Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354*, in *La Giustizia penale*, 2003
- FIorentin F., *Al vaglio di costituzionalità i parametri di accertamento della pericolosità sociale dei mentally ill offenders*, in www.archiviopenale.it, 2014
- FIorentin F., *La Consulta dichiara incostituzionale l’art. 4 bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri*, in www.penalecontemporaneo.it, 2014

- FIORILLI G., *Effettività della pena per i pedofili e gli autori dei reati a sfondo sessuale: obiettivo raggiunto?*, in *Giust. Pen.*, 2/2009
- FREGE G., *Über Sinn und Bedeutung* (1892), trad. It. L. GEYMONAT-C. MANGIONE, *Senso e significato*, in *Logica e aritmetica*, Torino, 1965
- FROSINI V., voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966
- FURFARO S., *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in SPANGHER G.-SANTORIELLO C. (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009
- GAETA P., *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole scirocco mediatico*, in *Guida al diritto*, 11/2012
- GARBAGNATI E., *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, 1950
- GENTILE F., *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà. Terza edizione integrata da quattro codicilli*, Padova, 2005
- GHERA F., *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003
- GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985
- GIANNINI M. S., *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954
- GIANNINI M. S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956
- GIORDANO P., *Privilegiato il modello di custodia a "pluralità graduata"*, in *Guida al diritto*, 17/2015
- GIORGIANNI M., *Le norme sull'affitto dei canoni dei cereali. Controllo di costituzionalità o di ragionevolezza delle norme speciali?*, in *Giur. cost.*, 1962, 82 ss.
- GIORS B., *D.l. 23.2.2009 n.11, conv. con modif. in l. 23.4.2009 n.38 - Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*, in *Leg. pen.*, 2009
- GIOSTRA G.- INSOLERA G. (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995
- GIOSTRA G., *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.* 2012

- GIOSTRA G., *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, liberamente consultabile in http://www.questionegiustizia.it/articolo/questione-carceraria-insicurezza-sociale-e-populismo-penale_27-06-2014.php
- GIRELLI F., *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giur. it.*, 2004
- GIUNCHEDI F., *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia e nuovi equilibri*, in *Giur. it.*, 3/2013
- GIURI D., *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale (a proposito della sent. n. 249 del 1983)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984
- GONNELLA P., *Detenuti stranieri in Italia. Norme, numeri e diritti*, Napoli, 2014
- GREVI V., *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in GREVI V. (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza*, Padova, 1994
- GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997
- GROPPI T., *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il «diritto mite»*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 29 luglio 2003
- GROSSO P. G., *La Nuova convenzione europea sull'adozione dei minori*, in *Dir. fam.*, 2010
- GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951
- GUARINO G., *Profili costituzionali, amministrativi e procedurali delle leggi per l'altopiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro it.*, IV, 1952
- GUARNIER T., *Su di un caso di certiorari. Riflessioni critiche sul sindacato costituzionale del c.d. reato di immigrazione clandestina*, in *Dir. soc.*, 2011
- GUARNIER T., *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014
- GUASTINI R., *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le Regioni*, 1986
- GUASTINI R., *Sui principi di diritto*, in *Dir. soc.*, 1986
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei testi giuridici*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 2004

- GUAZZALOCA B., *Differenziazione esecutiva e legislazione d'emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 3/1992
- GUAZZALOCA B., *Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premiabilità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza*, in GIOSTRA G.- INSOLERA G. (a cura di), *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, Milano, 1995
- GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002
- HART H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), trad. It. in *Contributi all'analisi del diritto* a cura di V. Frosini, Milano, 1964
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, trad. it. *Il concetto di diritto* a cura di M. A. Cattaneo, Torino, 2002
- INSOLERA G., *Controlli di ragionevolezza e riserva di legge in materia penale*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di studi, Roma 2 - 4 ottobre 2006, quaderno monografico di *Nova juris interpretatio*, Roma 2007
- JORI M.-PINTORE A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988
- KELSEN H., *La teoria pura del diritto* (1960), Torino, 1966
- LA ROCCA E. N., *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (D.d.l. 1232b)*, in www.archiviopenale.it, 2015
- LA ROCCA N.E., *Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio*, in www.archiviopenale.it, 2013
- LAGRANGE H., *Demandes de sécurité*, Paris, 2003
- LAKATOS I., *Proof and Refutation: The logic of Mathematical Discovery*, New York, 1976
- LAMARQUE E., *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola, ovvero il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell'interesse del minore*, in *Giur. cost.*, 1996
- LAMARQUE E., *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011

- LAMARQUE E., *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II, Famiglia e filiazione*. Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", "La famiglia davanti ai suoi giudici" Catania, 7-8 giugno 2013, in www.gruppodipisa.it
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984
- LEO G., *Sulle presunzioni di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011
- LEO G., *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012.
- LEO G., *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013
- LEO G., *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015
- LICCI G., *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989
- LOMBARDO G., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1997
- LONGO A., *Valori, principi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. soc.*, 2002
- LONGO A., *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Napoli, 2007
- LONGO A., *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in www.giurcost.org, 2012
- LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto* (1942), nuova edizione a cura di G. Astuti, Milano, 1968
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983
- LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984

LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nel giudizio sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988

LUCIANI M., *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990

LUCIANI M., *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Torino, 1991

LUCIANI M., *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in AA.VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994

LUCIANI M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in www.federalismi.it, 2007

LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012

LUTHER J., voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997

MALENA M., *Il diritto degli stranieri tra criterio di ragionevolezza e principio di uguaglianza*, in www.forumquadernicotituzionali.it, 2005

MANERA G., *Sulla caducazione del limite di 40 anni tra adottanti e adottando*, in *Dir. fam.*, 1997

MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di studi, Roma 2 - 4 ottobre 2006, quaderno monografico di *Nova juris interpretatio*, Roma 2007

MANES V., *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, cost.)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2013

MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, CEDAM, Padova, 2001

MANGIONI C.- BARALDI C. (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Urbino, 1997

MANTOVANI G., *Dalla Corte europea una legittimazione alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia*, in *Legisl. Pen.*, 2004

- MANTOVANI M., *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.* 2012
- MARANDOLA A., *Omicidio volontario e inadeguatezza della (obbligata) custodia in carcere*, in *Studium Iuris*, 2012
- MARGARITELLI M., «*Limitata partecipazione al fatto criminoso*» e accesso ai benefici penitenziari, in *Giur. cost.*, 1994
- MASSARO A., *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di “definitivo superamento” degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n. 186 del 2015*, in www.archiviopenale.it, 2015
- MENGGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Ius*, 1976
- MENGGONI L., *Diritto e valori*, Bologna, 1985
- MENGGONI L., *Diritto vivente*, in *Jus*, 1988
- MENGGONI L., *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XII, 1989
- MENGGONI L., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994
- MENGGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996
- MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984 ora nella nuova edizione ID. *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014
- MEZZANOTTE C., *Le fonti tra legalità e legittimità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 50 ss.
- MIELE G., voce *Delega (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962
- MIGLIARESE F., *La ragionevolezza nel controllo della corte dei conti sulla gestione*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, cit.
- MINNITI F., *I disabili mentali, i giudici e la comunità: resta il nodo della misura di sicurezza*, in *Dir. Giust.*, 2004, n. 46
- MINNITI M., *La Consulta apre la strada a misure più flessibili rispetto all'OPG. Malattia psichica e giustizia, un problema irrisolto*, in *Dir. Giust.*, 2003, n. 32
- MOCCIA S., *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995
- MOCCIA S. (a cura di), *Criminalità organizzata e riposte ordinamentali: tra efficienza e garanzia*, Napoli, 1999.
- MOCCIA S., (a cura di), *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009

- MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, II, Milano, 1970
- MODUGNO F., voce *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973
- MODUGNO F., *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981
- MODUGNO F., voce *Sistema giuridico*, in *Enc. giur.*, XXIX, 1993
- MODUGNO F., *Chiosa a chiusa. Un modello di bilanciamento di valori*, in *Giur. it.*, I, 1995
- MODUGNO F., *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995
- MODUGNO F., *I principi supremi come parametro del controllo di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO-A.S. AGRÒ-A. CERRI (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, III ed., Torino, 1997
- MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni di teoria sull'interpretazione*, Padova, 1998
- MODUGNO F., *Principi e norme. La funzione imitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in *Liber amicorum in onore di Vittorio Frosini*, II, *Scritti giuridici*, Milano, 1999
- MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007
- MODUGNO F., *Metodi ermeneutici e diritto costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008
- MODUGNO F., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009
- MODUGNO F., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2009
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, II ed. Padova, 2009
- MODUGNO F., *Sull'interpretazione costituzionalmente conforme*, in A. CERRI – P. HABERLE – M. JARVAD– P. RIDOLA – D. SCHEFOLD (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia*, *Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, III, Roma 2011
- MODUGNO F., *Le fonti del diritto*, in ID., (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2012
- MODUGNO F., *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 2/2014

- MORANI G., *Derogabilità della regola tassativa sul limite differenziale massimo d'età fra coniugi adottanti ed adottando: ancora una pronuncia di illegittimità costituzionale della Consulta*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997
- MORANI G., *Il crepuscolo del divario massimo d'età nell'adozione dei minori: con la sentenza n. 283/1999 la Consulta riafferma la deroga ed anticipa la riforma*, *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001
- MORRONE A., *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, tomo 2, Milano, 2008
- MORTATI C., *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, I, I, 1949
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1958
- MORTATI C., voce *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto italiano*, V, Torino, 1960
- MORTATI C., voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1973
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed. a cura di MODUGNO, BALDASSARRE e MEZZANOTTE, Padova, 1991
- MOSCARINI A., *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza*, Torino, 1996
- MUSCATIELLO V. B., *La recidiva*, Torino, 2008; M. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007
- MUSCO E., *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982
- NANIA R., *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986
- NATOLI U., *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1955
- ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977
- PACE A., *Misure di sicurezza e costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966
- PACE A., *Libertà e sicurezza cinquant'anni dopo*, in *Dir. Soc.* 2013
- PACE L., *La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. cost.*, 2014

- PACE L., *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, 2/2015
- PADOVANI T., *La pericolosità sotto il profilo giuridico*, in FERRACUTI F. (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, XIII, Milano, 1990
- PALADIN L., *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956
- PALADIN L., *Considerazioni sul principio costituzionale d'eguaglianza*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1962
- PALADIN L., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964
- PALADIN L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965
- PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985
- PALADIN L., *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996
- PALADIN L., voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA-G. INSOLERA (a cura di), *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 1998
- PALIERO E., «*L'esecuzione della pena nello specchio della Corte costituzionale: conferme e aspettative*», in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006
- PANUCCIO V., *La fantasia del diritto*, Milano 1984
- PANZERA C., *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la "rivoluzione della flessibilità")*, in AA.Vv., *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, Torino, 2007
- PANZERA C., *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013
- PARODI G., *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. In margine a Diritti e argomenti di Roberto Bin*, in *Diritto pubblico* 1995
- PAVARINI M.-GUAZZALOCA B., *Corso di diritto penitenziario*, Bologna, 2004

- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008
- PELISSERO M., *Lo straniero irregolare tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2010
- PELISSERO M., *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014
- PERELMAN CH., *De la Justice* (1945), *La giustizia*, trad. it. a cura di L. Ribet, Torino, 1959
- PERGORARO L., *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1988
- PETRINI D., *Il regime di "carcere duro" diventa definitivo. Commento articolo per articolo alla l. 23.12.2002 n. 279 – Modifica degli articoli 4-bis e 41-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 2/2003
- PICALARGA V., *Brevi note sulla recente giurisprudenza amministrativa in tema di rilascio-rinnovo del permesso di soggiorno, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013*, in www.osservatorioaic.it, 2014
- PICCIONE D., *Libertà dall'ospedale psichiatrico in dismissione e rischi di regressione istituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014.
- PIERANDREI F., voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962
- PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. MANIACI (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano, 2006
- PINO G., *Conflitto e bilanciamento fra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007
- PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011
- PINO G., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2012
- PISTORIO G., *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012
- PIZZETTI F., *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1995
- PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982
- PIZZORUSSO A., voce *Certezza del diritto*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988

PIZZORUSSO A., *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988

PIZZORUSSO A., *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Giannini*, I, 1998

PIZZORUSSO A., *Le fonti del diritto italiano, I) Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Torino, 1998

PONTI G. L., *Corte costituzionale e presunzioni di pericolosità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986

POTETTI D., *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della legge n. 251 del 2005 (c.d. ex Cirielli)*, in *Cass. pen.*, 2006

PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, Uso, Implicazioni*. Milano, 1994

PUGIOTTO A., *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994

PUGIOTTO A., *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative penali*, in *Giur. cost.*, 1995

PUGIOTTO A., «*Purché se ne vadano*». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2009

PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in www.rivistaaic.it 2014

PUGIOTTO A., *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in www.costituzionalismo.it, 2/2015

PUGIOTTO A., *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI-A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016

RANDAZZO F., *Una dissennata retromarcia che crea un diritto differenziato*, in *Guida al diritto*, 1/2006

- RESCIGNO G.U., *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. Cost.*
- RESTA R., *La legittimità degli atti giuridici (1955)*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957
- RIMOLI F., *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in *Giur. cost.*, 1992, 3777
- RIMOLI F., *Pluralismo e valori costituzionali*, Torino, 1999
- RIMOLI F., *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000
- RIMOLI F., *La sanzione disciplinare ai magistrati tra ragionevolezza, proporzionalità ed eguaglianza*, commento a Corte cost. sent. n. 170 del 2015, in *Giur. cost.*, 2015
- ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007
- ROCCHI D., *La trasformazione della presunzione di adeguatezza in tema di custodia cautelare per omicidio volontario*, www.archiviopenale.it, 3/2014
- ROLLI R., *Discrezionalità amministrativa e controllo di ragionevolezza. Autonomia dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di studi, Roma 2 - 4 ottobre 2006, quaderno monografico di *Nova juris interpretatio*, Roma 2007
- ROMBOLI R., *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994
- ROMBOLI R., *Qualcosa di nuovo... anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE-C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, 2008
- RONFANI P., *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in MANGIONI C.- BARALDI C. (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Urbino, 1997

ROSS A., *On Law and Justice* (1958), trad. it. di G. Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Torino, 1965

ROSSANO C., *Il principio d'eguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1966

ROSSANO C., «Ragionevolezza» fattispecie di eguaglianza, in AA. VV., *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistica*, Milano, 1994

RUGGERI A., *Le attività consequenziali nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore. Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica*, Milano, 1988

RUGGERI A., *Storia di un «falso». L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990

RUGGERI A., *In tema di abrogazione e di annullamento (a margine di R. Guastini, Dalle fonti alle norme, Giappichelli, Torino, 1990)*, in ID., «Itinerari» di una ricerca sul sistema della fonti. *Studi degli anni 1987-91*, Torino, 1992

RUGGERI A., *La discrezionalità del legislatore fra teoria e prassi*, in www.forumcostituzionale.it, 2006

RUGGERI A., *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in www.giurcost.org, 2013

RUGGERI A., *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014

RUGGERI A.–SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014

RUOTOLO M., *La dimensione temporale dell'invalidità delle leggi*, Padova, 2000

RUOTOLO M., *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, in *Giur. cost.*, 2006

RUOTOLO M., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni contributi apparsi nella Rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006

RUOTOLO M., *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in www.gruppodipisa.it, 2009

- RUOTOLO M., *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 12 delle preleggi*, in *Ontologia e analisi del diritto. Scritti per Gaetano Carcaterra. Quaderni della rivista internazionale di filosofia del diritto*, II, Milano, 2012
- RUOTOLO M., *Immigrazione e carcere. Diritti e regole in un universo chiuso*, in *Dir. soc.*, 2012
- RUOTOLO M., *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *www.rivistaaic.it*, 2012
- RUOTOLO M., *Sicurezza, dignità, lotta alla povertà*, Napoli, 2012
- RUOTOLO M., *Brevi note sulla «addizione tra virgolette» compiuta dalla Corte in materia di lavoro di pubblica utilità*, in *Giur. cost.*, 4/2013
- RUOTOLO M., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014
- SAITTA A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte*, Milano, 1996
- SALAZAR C., *«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali»*, in A RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, Milano, 2000
- SALAZAR C., *Leggi statali, leggi regionali e politiche per gli immigrati*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2010
- SANDULLI A. M., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975
- SANDULLI A. M., *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990
- SANDULLI A., *Proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998
- SAVINO M., *Le libertà degli altri. La regolarizzazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012
- SAVINO M., *L'incostituzionalità del c.d. automatismo espulsivo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, XV, 3/2013
- SAVINO M., *L'espulsione dal territorio dello Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014
- SCACCIA G., *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999

SCACCIA G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001

SCACCIA G., voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano, 2006

SCACCIA G., *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno *Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, in http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/teoria_generale/Scaccia01.pdf, 2009

SCHAUER F., *Playing by the rules. A philosophical examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford 1991, trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000

SCHIAFFO F., *La pericolosità sociale tra «sottigliezze empiriche» e “spessori normativi”*: la riforma di cui alla legge n. 81/2014, in www.penalecontemporaneo.it, 2014

SCOMPARIN L., *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, in *Giur. cost.*, 2011

SERGES. G., *Questione di legittimità costituzionale alla stregua del principio di eguaglianza ed individuazione del tertium comparationis*, in *Giur. it.*, 1989

SERGES G., *Interpretazione conforme e tecniche processuali*, in *Giur. it.*, 2010, 1972

SERGES G., *L'interpretazione conforme a Costituzione tra tecniche processuali e collaborazione con i giudici*, in ID., *Lecture di diritto pubblico*, Napoli 2011, e già in *Scritti in onore di Franco Modugno*, a cura di M. Ruotolo, IV, Napoli, 2011

SERGES GIU., *Per un superamento delle “decisioni rinneganti” in materia di decretazione d'urgenza. Spunti di riflessione a partire dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it, 2014

SILVA SANCHEZ J. M., *L'espansione del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004

SILVESTRI G., *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998

SILVESTRI G., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009

- SILVESTRI G., *Intervento*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano, 2010
- SIRACUSANO F., *Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari*, commento a Corte cost. sent. n. 239 del 2014, in *Giur. cost.*, 2014
- SIRIANI G., *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare*, *Giur. cost.*, 2013
- SORRENTI G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006
- SORRENTI G., *La Costituzione sottintesa*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici*, 2010
- SORRENTI G., *La Corte di Cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2012
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, III ed., Genova, 1993
- SPADARO A., *Di una Corte che non si limita ad "annullare"? le leggi, ma "corregge"? il legislatore e, dunque, "scrive"?-... o "riscrive"? per intero - le leggi. (Il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in: AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000
- SPANGHER G.- SANTORIELLO C. (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, 2009
- SPANGHER G., *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015
- SPANGHER G., *La «neutralizzazione» della pericolosità sociale. Prime riflessioni*, *Giust. pen.*, 2010, I
- STANCATI P., *Commisurazione del prelievo tributario, capacità contributiva e limiti di «ragione» nella prestazione tributaria* in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di studi, Roma 2 - 4 ottobre 2006, quaderno monografico di *Nova juris interpretatio*, Roma 2007
- STRADELLA E., *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO-L. MONTANARI, (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 2009
- TAGLIARINI F., voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1985

- TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975
- TESAURO A., *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012
- TIGANO S., *La recidiva reiterata fra teoria e prassi*, in www.archiviopenale.it, 2012
- TONINI P., *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, *Dir. pen. proc.*, 2010
- TRIULZI F., *Infermità di mente e misure di sicurezza non detentive*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005
- TROBE L.H – DORF M.C., *Leggere la Costituzione. Una lezione americana (1991)*, Bologna, 2005
- TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010
- TURTURRO A., *Su di un anacronismo legislativo accertato ma non dichiarato (e superato tramite una interpretazione conforme contra litteram legis)*, in *Giur. cost.*, 2014
- TURTURRO A., *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi. Relazione al IV Seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie giuspubblicistiche, Università degli Studi RomaTre, 18 settembre 2015 e liberamente consultabili al sito www.gruppodipisa.it*.
- UBERTIS G., *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Cass. pen.*, 2006
- VALENTINI E., *Sovraffollamento carcerario e custodia cautelare: fotografia del presente e alcuni spunti per il futuro*, in *Pol. dir.* 2011
- VARANO V., voce *Equità (giudizio)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989
- VARANO V., voce *Equità (teoria generale)*, *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989
- VASSALLI G., *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1967
- VASSALLI G., *La pericolosità presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971
- VASSALLI G., *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982
- VASSALLI G., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006
- VESPAZIANI A., *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002

- VETTORI N., *Pericolosità sociale, automatismi ostativi e diritti dello straniero: un'importante evoluzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Foro amm. CdS*, 2012
- VIGNUDELLI A., *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011
- VIOLA F. –ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999
- VIRGA P., *Diritto costituzionale*, Palermo, 1959
- VOLPE G., *L'ingiustizia delle leggi*, Milano, 1977
- ZAGREBELSKY G.- MARCENÒ V., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012
- ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale, I) Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988
- ZAGREBELSKY G., *La dottrina del diritto vivente*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992
- ZAGREBELSKY G., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV. *Il Principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistica*, Milano, 1994
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008
- ZAMMARTINO F., *Sul trasferimento disciplinare dei magistrati da parte del CSM alla luce della sentenza n. 170/2015 della Corte costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 2015
- ZANGARA V., *Limiti alla funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957

