



**L. PACE, L'ADEGUATEZZA DELLA LEGGE E GLI AUTOMATISMI. IL
GIUDICE DELLE LEGGI FRA NORMA “ASTRATTA” E CASO “CONCRETO”
NAPOLI, EDITORIALE SCIENTIFICA, 2020**

RECENSIONE*

GIOVANNI TARLI BARBIERI**

1. La monografia di Leonardo Pace affronta un tema assai rilevante nella prassi normativa e giurisprudenziale più recente.

È sufficiente scorrere la Relazione sulla *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2020* per constatare come in ben quattro pronunce la Corte costituzionale si sia dovuta confrontare con automatismi legislativi, e in tre di esse (sentt. nn. 24, 99, 102) ha concluso per l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate¹; e ciò a dimostrazione della crescita di un'«azione erosiva» contro la logica degli automatismi, soprattutto sul terreno delle sanzioni², in una stagione nella quale il giudice delle leggi sembra avere abbandonato quelle «formali strettoie» che le avevano impedito in precedenza «un giudizio a tutto tondo nella materia penale»³, trincerandosi «dietro la paratia duttile

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell'art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze.

¹ Si conferma quindi il rilievo secondo il quale «come birilli, sempre più frequentemente simili previsioni legislative cadono sotto i colpi della Corte costituzionale»: A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da questioni: a proposito di automatismi legislativi*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017, 498.

² G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani 2014*, Roma, 2014, 122.

³ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 45.

della (non manifesta ir-) ragionevolezza, per rimettere – in definitiva – la questione sul “tappeto” del legislatore»⁴.

Anche nel 2021 con la sent. n. 143 la Corte ha dichiarato incostituzionale l’art. 69, comma 4, cod. pen. (come sostituito dall’art. 3 della l. n. 251/2005) nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità – introdotta con sent. 68/2012 della stessa Corte, in relazione al reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 cod. pen.) – sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all’art. 99, comma 4, cod. pen.

In effetti, come è stato efficacemente osservato e come si dirà più oltre, gli automatismi legislativi costituiscono una categoria legislativa “sospetta”⁵, in particolare laddove si sostanziano in formulazioni tali da non permettere al giudice in sede applicativa di tenere conto delle peculiarità del caso concreto⁶.

2. Lo studio degli automatismi legislativi, che sono stati definiti come «quelli che, al verificarsi d’una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma: se *a*, deve essere *b*»⁷, incrocia problematiche centrali del diritto costituzionale e della teoria del diritto che l’autore ricostruisce analiticamente, con uno stile chiaro e con grande ampiezza di riferimenti bibliografici.

L’opera sfugge quindi al rischio di una ricostruzione polarizzata sulla prassi normativa (come detto, cospicua, a maggior ragione nel più recente periodo) e sulla giurisprudenza costituzionale. Anzi, l’autore già nella introduzione precisa una scelta di campo invero coraggiosa, quella cioè di non “rincorrere” (uso un verbo usato dall’autore) la giurisprudenza costituzionale «nei suoi molti rivoli o di non dar conto di tutte le decisioni che possano essere catalogate sotto la voce “automatismo legislativo”»⁸.

L’approccio al tema è invece squisitamente deduttivo, e in questo senso la monografia si iscrive perfettamente nel fecondo filone di studi sulle fonti e la giurisprudenza costituzionale promossi dai costituzionalisti dell’Ateneo di Roma tre, e ben rappresentati nella collana del CRISPEL della quale la monografia stessa fa parte.

⁴ V. MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in V. MANES, V. NAPOLEONI (a cura di), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 373.

⁵ Così, S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in questa Rivista, 2018, n. 1, 1.

⁶ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, Relazione svolta alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, rinvenibile in www.cortecostituzionale.it. Sul punto, cfr. anche, per tutti, 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 4909 ss.; 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.

⁷ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

⁸ L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Napoli, 2020, 5.

Correttamente l'autore evidenzia che l'espressione “automatismo legislativo” richiede distinzioni e precisazioni, pena il rischio di fraintendimenti o, comunque, di un approccio generico e superficiale al tema.

Assai interessante e, insieme necessaria, è la distinzione tra “effetto automatico”, che fa riferimento alla naturale e fisiologica impossibilità di modulare l'effetto giuridico, e “automatismo” o “automatismo illegittimo” inteso come la patologica impossibilità di modulare il suddetto effetto⁹. Tale distinzione consente di illuminare una distinzione fondamentale, quella tra norme costitutive, nelle quali l'automaticità degli effetti è da considerare pacificamente ammessa¹⁰, e norme espresse da proposizioni ipotetico-prescrittive che invece «devono consentire l'adattabilità o l'adeguamento dell'effetto giuridico alla fattispecie concreta o, detto diversamente, devono permettere che la fattispecie concreta sia in grado di condizionare la produzione dell'effetto giuridico (non solo l'an di tale effetto, bensì anche il *quomodo*)»¹¹. Anche e soprattutto alla luce di questa distinzione si può apprezzare la giurisprudenza costituzionale anche recente, che, pur sensibile all'esigenza di sanzionare gli automatismi illegittimi, non ha mai espresso un orientamento di “condanna generale” degli stessi: da essa, al contrario, si ricava che gli effetti automatici di una disciplina legislativa sono fuori asse rispetto ai principi costituzionali se esprimono una deroga sia con riferimento al sistema della normativa primaria quanto rispetto al costituzionalmente imposto.

L'autore ha cura di precisare che lo studio è condotto essenzialmente assumendo come prospettiva privilegiata il sistema delle fonti e non il rapporto fra poteri¹² che comunque, direi quasi inevitabilmente, emerge con chiarezza, come in filigrana¹³. Tale angolo di visuale consente di cogliere il fondamento ultimo delle argomentazioni del giudice delle leggi, da rinvenire soprattutto «nello statuto teorico delle norme e nella prospettiva sistematica e assiologica imposta dalla Costituzione»¹⁴.

3. Il lavoro, articolato in sei capitoli, asseconda un approccio organico ad una materia che, sul piano costituzionale, presenta notevoli peculiarità. Così, il capitolo 1 («I fondamenti teorici della flessibilità») consente all'autore di ricostruire una definizione teorica degli automatismi legislativi sotto la lente dei principi costituzionali, perché, nel contesto di una Carta fondamentale rigida e garantita, «la soluzione legale di un problema individuale deve essere fornita anche alla luce di una interpretazione

⁹ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 5.

¹⁰ Peraltro, come giustamente sottolineato dall'autore, può accadere, ed in effetti è accaduto, che «la naturale e fisiologica automaticità degli effetti, nonostante sia perfettamente coerente con la natura della norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità, risulti irragionevole (*recte*: irrazionale), poiché introduce un elemento di contraddittorietà nell'ordinamento»: L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 250.

¹¹ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 3.

¹² Peraltro, come emerge già dall'introduzione, la prospettiva del rapporto tra i poteri risalta laddove l'autore si sofferma criticamente sulla delega di bilanciamento desunta dalla giurisprudenza costituzionale: L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 3.

¹³ E ciò, ovviamente, per le connessioni tra assetto del sistema delle fonti e forma di Stato e di governo: sul punto, non si può non rinviare ad A. PIZZORUSSO, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1986, 217 ss.

¹⁴ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 6.

sistematica della norma direttamente implicata nella soluzione del caso, che tenga conto anche dei principi o valori costituzionali»¹⁵: da qui, il problema delle norme contenenti automatismi che «risultano essere non defettibili, ossia non in grado di assorbire le eccezioni, o meglio le condizioni negative di applicazione, al punto tale da presentarsi come una soluzione non ottimale o *sub*-ottimale (si è cioè in presenza di una lacuna assiologica) rispetto a una norma o principio superiori, i quali incidono sui casi dalle stesse disciplinati»¹⁶.

Come si deduce anche dalla giurisprudenza costituzionale, è innanzitutto il principio di ragionevolezza a essere inciso dagli automatismi illegittimi, a dimostrazione di una caratteristica degli ordinamenti contemporanei che ha visto il controllo di costituzionalità atteggiarsi non solo come controllo negativo, sull'assenza di un contrasto tra legge ordinaria e Costituzione, quanto, anche e soprattutto, come riscontro positivo sulla sussistenza nella legge dei caratteri di adeguatezza, congruenza e proporzionalità «che la scelta politica alla base della legge deve possedere per costituire *legittimo esercizio della funzione legislativa*» (cfr. *infra*)¹⁷.

Il tema è ampiamente sviscerato nel secondo capitolo («Al crocevia tra interpretazione costituzionale e ragionevolezza») nel quale l'autore parte dalla ricostruzione della Costituzione come caratterizzata da una precettività modulabile che risulta massima nella materia dei diritti fondamentali, esprimendo «un minor grado di tollerabilità rispetto alle devianze della legislazione» e quindi «comportando il minore spazio di libera determinazione della scelta legislativa»¹⁸; in questo senso, una disposizione contenente un automatismo normativo risulta problematica nella misura in cui finisce per atteggiarsi come “anelastica”, impedendo quindi a un determinato principio costituzionale di esplicare la propria efficacia nella fattispecie concreta, e quindi per risultare incapace di essere «aperta anche alla coerenza dinamica, ossia alla innata capacità dei principi costituzionali di essere normogeni»¹⁹. In questo senso, la discrezionalità dell'interprete, chiamata a «modulare le conseguenze giuridiche in base alle caratteristiche del caso concreto, al fine di permettere il maggior grado di

¹⁵ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 70.

¹⁶ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 71.

¹⁷ M. FIORAVANTI, *Il diritto penale nell'età dello Stato costituzionale*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, 2018, 248. Alla violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza allude, ad esempio, la già richiamata sent. 24/2020 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 120 del codice della strada, nella parte in cui impone al Prefetto di revocare la patente di guida ai soggetti sottoposti a misura di sicurezza personale, senza consentire una valutazione “caso per caso” delle condizioni che rendano coerente, o meno, la revoca del titolo abilitativo alla funzione rieducativa della misura irrogata.

¹⁸ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 173.

¹⁹ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 174 che conclude sul punto: «Con espressione di sintesi si potrebbe dire che la Costituzione impone alle leggi di essere strutturate in modo che i principi costituzionali non solo rientrino, ma riescano anche ad essere concretamente azionati, nell'orizzonte di senso delle proprie disposizioni» (174-175). Sul punto, come è stato efficacemente osservato, «quando un “automatismo legislativo” è dichiarato incostituzionale, è perché si ritiene che, per motivi costituzionali [...] la legge non possa fare tutto da sé e abbia bisogno dell'intervento “casistico” del giudice, a contatto con peculiarità dei singoli casi che non si prestano a essere previsti in una pianificazione legislativa. Proprio ciò che si considerava il vanto della legge – l'uniformità – diventa il suo vizio»: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 210.

soddisfazione possibile dei contenuti costituzionali implicati nella concreta vicenda applicativa», non può essere eliminata o ridimensionata in limiti angusti. E ciò a maggior ragione alla luce della valorizzazione del pluralismo fatta propria dalla Costituzione repubblicana, che impone un modello di normazione capace di accogliere il maggior numero di interessi concorrenti²⁰.

Pertanto, come si dirà, anche le controversie legate agli automatismi confermano che la Costituzione repubblicana, come specificato già dalla "celebre" sent. 1/1956 della Corte costituzionale, ha determinato il «passaggio dal sillogismo alla bilancia» e più ancora, anche per lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale, il passaggio dal «"testo" ai valori», mettendo in risalto la funzione "creativa" dell'interprete e quindi il crescente rilievo dell'attività giurisdizionale rispetto all'attività legislativa²¹.

Tali tendenze sono, come accennato, riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale, analizzata nel capitolo 3.

La scelta dell'autore, invero condivisibile, è quella di concentrarsi prevalentemente sulle pronunce relative alle presunzioni di pericolosità, parte di un percorso giurisprudenziale che ha visto una crescente disarticolazione di automatismi legislativi in materia penale, finendo per investire capitoli fondamentali della materia stessa²². Si può quindi affermare che i principi costituzionali di eguaglianza, di rieducazione del condannato, di personalità della responsabilità penale non si conciliano con automatismi legislativi che finiscono per conculcare la discrezionalità del giudice finalizzata ad adeguare la sanzione alle specifiche caratteristiche del singolo caso²³, violando quindi il «"volto costituzionale del sistema penale"»²⁴.

Come accennato, proprio in questi ambiti, nei quali in passato la discrezionalità del legislatore quanto alle scelte di politica criminale era un baluardo che in passato il giudice delle leggi aveva fatto fatica a scalfire, nel più recente periodo il sindacato di costituzionalità si è spinto a valutare la ragionevolezza delle scelte punitive compiute dal legislatore, in un'ottica in cui la ragionevolezza-proporzionalità ha finito per assumere i connotati di un vero e proprio "giudizio di meritevolezza della pena" esteso fino a controllare la dosimetria sanzionatoria che risulti manifestamente sproporzionata²⁵.

²⁰ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 176. Nello stesso senso, per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 358 ss. e P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis, a cura di A. CARDONE, F. DONATI, M.C. GRISOLIA, G. TARLI BARBIERI, Napoli, 2016, 27, secondo il quale il pluralismo investe anche il sistema delle fonti che ha ridimensionato l'ambizione della legge statale a porsi come strumento di monopolio esclusivo di ogni esigenza di regolazione «per trasformarsi in un atto il cui contenuto va interpretato volta a volta alla luce di una pluralità di principi e di valori».

²¹ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano 2015, 326.

²² A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones*, cit., 499.

²³ Così, con specifico riferimento al contiguo tema delle pene fisse, P. CHIRULLI, *La sanzione penale ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, Torino, 2009, 62.

²⁴ P. CHIRULLI, *La sanzione penale*, cit., 64.

²⁵ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 277.

In questo senso, le pronunce sugli automatismi legislativi si iscrivono pienamente nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale dalla quale si ricava che il carattere discrezionale della soluzione da adottare a seguito della riconosciuta incostituzionalità non è più ritenuto un impedimento all'intervento additivo, pur richiedendo che la soluzione si ricavi dal sistema «e, se possibile, da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, in modo da assicurarne la coerenza con la logica seguita dal legislatore» (per tutte, sentt. nn. 113, 252/2020)²⁶.

È in questo contesto che la Corte ha inaugurato un filone giurisprudenziale che ha colpito, in particolare: le fattispecie che fondano presunzioni di pericolosità ricorrendo, ai fini della loro giustificazione, a criteri più rigorosi del mero *id quod plerumque accidit*, quali le “corrispondenze statistiche” o la “congruenza delle basi statistiche”²⁷; le pene e le sanzioni accessorie fisse, superando il limite, posto dalla giurisprudenza precedente, per cui di fronte a un *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio, doveva esistere nel sistema un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*». La citazione è tratta dalla sent. n. 222/2018, nella quale la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 216, ultimo comma, del r.d. 267/1942, nella parte in cui, con riferimento al reato di bancarotta fraudolenta, prevedeva la pena accessoria in misura fissa di dieci anni, anziché “fino a dieci anni”²⁸.

Alla base della decisione della Corte è la necessità che le sanzioni penali «non risultino manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto al concreto disvalore del fatto di reato, tanto da vanificare lo stesso obiettivo di “rieducazione” del reo, imposto dall'art. 27, terzo comma, Cost.»; tale obiettivo non era assecondato dalla disposizione, stante il vizio che essa presentava: e il vizio «consiste non già, in via generale, nel difetto di proporzionalità della durata decennale delle pene accessorie da essa previste per tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta; bensì nella fissazione di una loro unica e indifferenziata durata legale, che – precludendo al giudice ogni apprezzamento discrezionale sulla gravità del reato e sulle condizioni personali del condannato – è suscettibile di tradursi nell'inflizione di pene accessorie manifestamente sproporzionate rispetto a quelle sole ipotesi di bancarotta fraudolenta che siano caratterizzate da un disvalore comparativamente lieve»²⁹.

Peraltro, se nella sent. n. 222/2018 la Corte àncora le proprie conclusioni a disposizioni contigue della stessa legge fallimentare (in particolare gli artt. 217 e 218) le quali prevedono le medesime pene accessorie indicate nell'ultimo comma dell'art. 216, ma dispongono che la loro durata sia stabilita discrezionalmente dal giudice «fino a» un massimo determinato dalla legge, gli sviluppi giurisprudenziali successivi hanno segnato il passaggio, secondo un'efficace immagine dell'autore, dalle rime obbligate alle rime costituzionalmente adeguate, pur rimanendo nel perimetro della scelta

²⁶ G. CORAGGIO, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2020*, in www.cortecostituzionale.it, 12-13.

²⁷ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 186 ss.

²⁸ *Considerato in diritto*, n. 8.1.

²⁹ *Considerato in diritto*, n. 8.3.

legislativa, con l’obiettivo di rendere flessibili «contenuti che pure sono già inespresi, anche se rigidamente e immutabilmente prestabiliti, in essa»³⁰.

Il principio di rieducazione del condannato è anche alla base della giurisprudenza costituzionale sul comma 4-*bis* della legge n. 354/1975: oltre alla sent. n. 253/2019, in materia di concessione di permessi premio per i detenuti condannati per reati ivi previsti, si può ricordare la più recente ord. n. 97/2021 (successiva alla pubblicazione della monografia) che ha “rinviato” al maggio 2022 la questione di legittimità costituzionale di questa disposizione nella parte in cui esclude che possano essere ammessi alla liberazione condizionale i condannati all’ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* cod. pen., ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbiano collaborato con la giustizia. In questi casi, la Corte ha “recuperato” una valutazione sulla pericolosità sociale del detenuto.

Interessanti sono poi anche le ormai numerose pronunce aventi ad oggetto la revoca della patente di guida, il cui “automatismo” è stato censurato dalla Corte costituzionale con riferimento a chi sia stato condannato per i reati di cui agli artt. 73 e 74 del D.P.R. 309/1990 dopo il rilascio della patente stessa (sent. n. 22/2018), a chi sia stato sottoposto a misura di sicurezza (sent. n. 22/2020), a chi sia o sia stato sottoposto a misure di prevenzione (sent. n. 99/2020)³¹. In questa sede non si può non notare una qualche oscillazione in questa stessa giurisprudenza almeno su un punto, ovvero sulla distinzione tra la disciplina della revoca e quella del diniego di rilascio della patente: come si legge, da ultimo, nella recente sent. n. 152/2021, mentre la disciplina della revoca si deve connotare per una ontologica elasticità, quella del diniego di rilascio «opera a monte del suo conseguimento e non incide su alcuna aspettativa consolidata dell’interessato. Inoltre non ricorre, in questo caso, la contraddizione, che ha assunto decisivo rilievo in tema di revoca della patente, tra obbligatorietà del provvedimento amministrativo e facoltatività della parallela misura adottabile dal giudice penale in relazione alla medesima fattispecie di reato. Infine, diversamente da quanto presupposto dal giudice *a quo*, l’effetto ostativo al conseguimento della patente, previsto dalla disposizione censurata, non incide in modo “indifferenziato” sulla posizione dei soggetti condannati per reati in materia di stupefacenti. La diversa gravità del reato commesso, unitamente alla condotta del reo successiva alla condanna, assume, infatti, determinante rilievo ai fini del possibile conseguimento (anche dopo un solo anno nel caso di condanna con pena sospesa) di un provvedimento riabilitativo (*ex* artt. 178 e 179 del codice penale), che restituisce al condannato il diritto a richiedere la patente di guida». Ciò detto, peraltro, la stessa pronuncia sembra auspicare «una nuova configurazione delle condizioni ostative del rilascio, nel senso di un migliore coordinamento

³⁰ L. PACE, *L’adeguatezza della legge*, cit., 287.

³¹ A queste si deve aggiungere la sent. n. 88/2019 che ha dichiarato incostituzionale l’art. art. 222, comma 2, quarto periodo, del codice della strada, nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti, per i reati di cui agli artt. 589-*bis* (omicidio stradale) e 590-*bis* (lesioni personali stradali gravi o gravissime) cod. pen., il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso comma 2 dell’art. 222 allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi 2 e 3 degli artt. 589-*bis* e 590-*bis* cod. pen.

sistematico delle distinte fattispecie, alla luce delle novità scaturite dalle precedenti decisioni di questa Corte»³².

Vi sono poi pronunce che hanno condannato automatismi legislativi sulla base del principio di tutela dei minori che ha esercitato indubbiamente una «forza fagocitante», ancorché non totalizzante³³, alla stregua di quel “superiore interesse del minore” cui allude, in particolare, la Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 e l’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea³⁴: alle pronunce ricordate nella monografia si può aggiungere la sent. n. 102/2020 nella quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 574-*bis*, comma 3, cod. pen., nella parte in cui prevede che la condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di sottrazione e mantenimento di minore all’estero ai danni del figlio minore comporta la sospensione dell’esercizio della responsabilità genitoriale, anziché la possibilità per il giudice di disporre la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale. Anche in questi casi, la Corte finisce per «riconoscere all’organo dell’applicazione un potere di valutazione prima negatogli dal legislatore»³⁵.

In definitiva, come si evince nel capitolo 4 («La Corte costituzionale e gli automatismi legislativi»), è la supremazia della Costituzione, vista nella sua dimensione dinamica, a spiegare e fondare la giurisprudenza sugli automatismi illegittimi, in quanto essa «permette al dato costituzionale di incidere con sempre maggiore pervasività sulla legislazione ordinaria»³⁶, ripristinando il «rapporto di fisiologica trasmissione fra il mondo del fatto e il mondo del diritto»³⁷.

L’autore non condivide però la tesi secondo la quale le pronunce in questione costituirebbero altrettanti esempi di “deleghe di bilanciamento”³⁸, in quanto con esse «la Corte non delega alcunché» ma si limita a rimuovere «semplicemente una patologica situazione dall’ordinamento, andando a colpire quelle leggi che, basandosi, in vario modo, su un rigido meccanismo di connotazione del fatto o sull’automaticità degli effetti giuridici, non lasciavano spazio alcuno alle zone di possibilità interpretative degli organi dell’applicazione»³⁹.

Peraltro, proprio questa giurisprudenza apre i problemi delineati nell’ultimo capitolo, qualificato come un “finale aperto” che dalle problematiche di quella relativa agli automatismi legislativi si estende a riflessioni che finiscono per coinvolgere il ruolo e il significato della giustizia costituzionale; tale giurisprudenza, infatti, finisce per muoversi «proprio sulla linea di confine tra libertà interpretativa dei giudici e libertà normativa (ossia libertà di decisione politica) del legislatore», poiché «la Corte

³² *Considerato in diritto*, n. 5.3 e 5.4.

³³ L’autore richiama infatti la sent. n. 17/2017, nella quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 275 cod. proc. pen. nella parte in cui prevede che non possa essere disposta o mantenuta la custodia in carcere nei confronti di imputati, detenuti per gravi reati, che siano genitori di prole solo di età non superiore a sei anni.

³⁴ Sul punto, per tutti, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

³⁵ L. PACE, *L’adeguatezza della legge*, cit., 233.

³⁶ L. PACE, *L’adeguatezza della legge*, cit., 334.

³⁷ L. PACE, *L’adeguatezza della legge*, cit., 291.

³⁸ Secondo un modello delineato, in particolare, da R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 89.

³⁹ L. PACE, *L’adeguatezza della legge*, cit., 325-326.

costituzionale, infatti, dichiarando incostituzionale la disposizione che impedisce all’organo dell’applicazione di modulare le conseguenze giuridiche rispetto al caso concreto, non oblitera *totalmente* la scelta compiuta dal legislatore, ma la flessibilizza⁴⁰ e ne riduce l’applicazione a quei soli casi «le cui caratteristiche rispondono alla *ratio legis* sottesa alla norma e, pertanto, rendono quest’ultima adeguata ad essi»⁴¹.

Rimane il fatto però che questa giurisprudenza, che pure mira a garantire la «penetrazione molecolare della Costituzione nell’ordinamento», è una delle manifestazioni più evidenti di una sovraesposizione, almeno potenziale, del giudice delle leggi, visti i rischi di esautorazione degli spazi di discrezionalità spettanti alla legislazione: tutto ciò richiama, come si è anticipato, il tema, perdurante, della legittimazione della Corte costituzionale nel sistema costituzionale e del uso continuo oscillare tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”⁴², quasi come un “Giano bifronte”⁴³, chiamato a svolgere una funzione “atipica” «al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale –»⁴⁴.

I ripetuti interventi della Corte sugli automatismi, se da un lato, sono l’epifania di un’«aspirazione all’uguaglianza, intesa come adeguatezza del diritto alle situazioni concrete: un’aspirazione che, essendosi spinta molto avanti, giunge perfino a insidiare il venerando principio dell’eguaglianza di tutti, indifferenziatamente, di fronte alla legge»⁴⁵, dall’altro, non possono essere adeguatamente compresi prescindendo dal «grande malato rappresentato dal parlamento e dal principio rappresentativo», rispetto al quale essi «sono qualificabili come interventi arbitrari, necessari ad attribuire alla legge il carattere di ragionevolezza-universalità che il parlamento non è riuscito ad imprimerle, per cui il controllo di costituzionalità deve essere inserito come elemento integrante il procedimento legislativo»⁴⁶. A ciò si aggiunga la patologica inerzia e, ancor peggio, la “sordità” del legislatore rispetto ai moniti della Corte costituzionale che hanno portato, come è noto, anche all’elaborazione di nuove tecniche processuali, quali quelle dell’“incostituzionalità prospettata” a partire dall’ord. n. 207/2018⁴⁷. È quindi il «fattore tempo, che fa pendere la bilancia verso la funzione di garanzia costituzionale, di modo che il giudice delle leggi si riterrà legittimato – questa volta – ad intervenire, anche se l’operazione richiesta (e necessaria) sia destinata a risultare fortemente incidente sulla discrezionalità del legislatore»⁴⁸.

⁴⁰ L. PACE, *L’adeguatezza della legge*, cit., 343-344.

⁴¹ L. PACE, *L’adeguatezza della legge*, cit., 344.

⁴² Sul punto, è sufficiente rinviare a R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Pizzorusso*, cit.

⁴³ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’“anima ‘politica’” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in ID. (a cura di), *Ricordando Pizzorusso*, cit., 7.

⁴⁴ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 15.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 213.

⁴⁶ R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale*, cit., 9.

⁴⁷ Sui riferimenti bibliografici si rinvia senz’altro alla monografia di Pace.

⁴⁸ L. PACE, *L’adeguatezza della legge*, cit., 375. Emblematica a proposito la relazione del Presidente Coraggio ricordata nella nt. 26, nella quale si legge che «come le altre Corti, anche la nostra, si è trovata ad operare in un contesto caratterizzato insieme da una maggiore complessità e da una maggiore urgenza per il moltiplicarsi delle pretese che chiedono di essere ricondotte a diritti fondamentali e che sono avvertite – a torto o a ragione – come irrinunciabili e non procrastinabili [...]. È compito proprio del

Di tali complesse questioni l'autore si fa carico, ribadendo un condivisibile punto fermo, ovvero il fatto che la Corte costituzionale è «seppur *sui generis*, un organo giurisdizionale, che in quanto tale non può completamente disfarsi delle logiche del discorso di applicazione, proprio di tutti gli organi giurisdizionali, anche costituzionale»⁴⁹.

In forza di questa considerazione di fondo Pace fa proprie tesi coraggiose ancorché non scontate e addirittura smentite nella prassi, quali quella secondo la quale la ragionevolezza non dovrebbe costituire un parametro alla sola stregua del quale risolvere le questioni di legittimità costituzionale⁵⁰.

Condivisibilmente, poi, l'autore insiste sulla centralità dei parametri di costituzionalità, con la precisazione però che essi, anche se riferiti ai diritti e ai principi supremi, «non devono abbandonare la propria sede ed espandersi sui territori della legislazione», pur avendo «la capacità di condizionare e soprattutto integrare, attraendo a sé, il sistema normativo *sub-costituzionale*»⁵¹ e, soprattutto, sull'esigenza di valorizzare moduli decisori del giudice delle leggi connotati da “cedevolezza”, ovvero da una validità “precaria”, fino a quando permanga l'inerzia del legislatore. Da qui l'audace proposta, mutuata dal *Conseil constitutionnel*, di valorizzare tecniche che consentano alla Corte, in caso di incostituzionalità derivante da un'omissione legislativa sanabile solo per mezzo di un intervento del legislatore, di regolare in modo conforme alla Costituzione i rapporti giuridici in essere (o che dovessero sorgere nel frattempo) senza attendere la nuova legge ma senza invadere eccessivamente la discrezionalità del Parlamento⁵².

Peraltro, una tale proposta, che pure non appare priva di alcune controindicazioni di cui l'autore peraltro si fa carico⁵³, se ha il merito di recuperare un ruolo al Parlamento e di arginare eventuali “straripamenti” del giudice costituzionale, non appare da sola risolutiva, così come da sola non può scongiurare rischi di conflittualità tra la Corte e le Camere, come vicende recenti, a cominciare da quella, annosa, del cognome paterno (ord. n. 18/2021), dimostrano.

4. Il rapporto tra legislatore e sfera giurisdizionale, che emerge anche a proposito della tematica degli automatismi legislativi costituisce una delle sfide più rilevanti e urgenti delle democrazie costituzionali contemporanee.

legislatore farsene carico, ma in mancanza di un suo intervento – mancanza a volte giustificata dal tumultuoso evolversi della società – la Corte non può, a sua volta, rimanere inerte, specie quando sono in gioco i diritti di minoranze, la cui tutela è il naturale campo di azione dei giudici, quali garanti di una democrazia veramente inclusiva» (15-16).

Peraltro, come giustamente osserva l'autore, talvolta l'inerzia del legislatore è una precisa volontà di non decidere (si pensi alle questioni eticamente sensibili): L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 368 ss.

⁴⁹ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 351.

⁵⁰ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 150 ss. cui si rinvia anche per i vasti riferimenti bibliografici sul punto.

⁵¹ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 354.

⁵² L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 381 ss.

⁵³ L. PACE, *L'adeguatezza della legge*, cit., 383 ss.

La valorizzazione della giurisdizione è un tratto ineliminabile della contemporaneità, poiché, come è stato giustamente affermato, lo Stato costituzionale del presente ha delineato un nuovo assetto di poteri ponendo le due funzioni «l’una a fianco dell’altra, entrambe di fronte alla Costituzione»⁵⁴, poiché una delle caratteristiche fondamentali del diritto del nostro tempo, per realizzare ciò che richiede la sua natura è la necessità della partecipazione attiva dei giudici per cui non è patologico che «la regola della legge» ceda il passo «con il consenso della Costituzione, al regolo del giudice»⁵⁵.

Certo, una evoluzione del genere deve essere apprezzata alla luce del «pericolo dell’“atrofizzazione della politica per saturazione giuridica” con effetti di ritorno sulla stessa legittimazione della Corte»⁵⁶, ricordando che «lo Stato costituzionale non è né solo legge, né solo giudice; non è solo tutela dei diritti, ma anche apparato di istituzioni democratiche. Si potrebbe, anzi, affermare che, in assenza di una costante vitalità dei meccanismi della democrazia rappresentativa, esso rischierebbe di ridursi a mera apparenza astratta, librata nel vuoto»⁵⁷.

Da questo punto di vista, pur condividendo nella sostanza le ragioni a sostegno della giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi, soprattutto in materia penale, occorre non rassegnarsi alla crisi della legge e delle riserve di legge, a cominciare da quella di cui all’art. 25, comma 2, Cost., più volte evocata da Leonardo Pace, ricordando come la Corte costituzionale abbia precisato a più riprese, a partire dalla “celebre” sent. 364/1988 che «nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»⁵⁸.

Da questo punto di vista, però non è mancato chi ha evidenziato già nel 2000 che «se dovessimo rivolgerci oggi soltanto al legislatore, dovremmo con ogni probabilità concludere nel senso dell’inutilità o della persistente violazione dell’art. 25, secondo comma, Cost. Il dato dello scadimento della legislazione penale, unito a quello della complessità della stessa materia penale, a causa soprattutto della mancata riforma del codice Rocco, non lascia spazio a considerazioni diverse e ulteriori»⁵⁹.

Certo, alla base della cattiva qualità della legislazione vi sono anche fattori sistemici: in particolare, il pensiero corre alla crisi del sistema politico-rappresentativo che si riflette sulla crisi della legge e sui suoi contenuti sempre più oscuri, o peggio, come nel caso del diritto penale, connotati da venature demagogiche⁶⁰.

⁵⁴ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 20.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 212-213.

⁵⁶ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano 2016, 471.

⁵⁷ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore*, cit., 30-31.

⁵⁸ *Considerato in diritto*, n. 8.

⁵⁹ M. D’AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000, 9-10.

⁶⁰ Sul punto, per tutti, E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019. Le crescenti pulsioni populistiche che stanno contaminando la legislazione, in particolare quella penale,

Una seria riforma del procedimento legislativo, da questo punto di vista, potrebbe assecondare anche una più complessiva strategia volta a perseguire un miglioramento della qualità della normazione (tema su cui anche la dottrina penalistica più avveduta si è soffermata da tempo⁶¹), oltre ad arginare l'impropria espansione dei poteri normativi del Governo e, in particolare, della decretazione d'urgenza

La qualità della normazione non attiene solo alle tecniche di *drafting* ma anche a quelle, ancora più impegnative, dell'istruttoria legislativa (art. 79, comma 4, reg. Camera), nonché delle valutazioni *ex ante* ed *ex post* dei prodotti legislativi; peraltro, anche sul versante più limitato delle tecniche di redazione delle disposizioni penalistiche non ha avuto particolare seguito il già ricordato monito della Corte costituzionale nella “celebre” sent. 364/1988, anche perché né la circolare della Presidenza del Consiglio del 5 febbraio 1986 («Criteri per la formulazione delle fattispecie penali») e le successive circolari “Malinconico” sulla redazione degli atti normativi del 2001 si sono radicate nell'ordinamento. Un capitolo fondamentale è poi quello del “seguito” parlamentare delle sentenze della Corte costituzionale: le attuali previsioni contenute nei regolamenti parlamentari (art. 108 reg. Camera; art. 139 reg. Senato) sono forse insufficienti, come reso evidente da una prassi che, salvo eccezioni⁶², vede una scasa attenzione delle Camere sul punto e una parallela crescita del “protagonismo” del giudice delle leggi⁶³, anche «per la difficoltà di conciliare la quantità e la complessità dei prodotti giurisprudenziali che andrebbero presi in esame con la ristrettezza dei tempi del lavoro parlamentare»⁶⁴.

In definitiva, una delle sfide che non dovrebbero essere perdute, già in sede di revisione dei regolamenti parlamentari, è quella di una rinnovata attenzione al “farsi”

rendono gli automatismi sanzionatori una parte di tendenze tanto ricorrenti quanto dubbie sul piano della legittimità costituzionale. Tra queste: *a*) la carenza di tipicità, determinatezza e la rarefazione dell'offensività delle fattispecie criminose; *b*) l'aumento, talora sproporzionato, delle pene e quindi della possibilità di disporre le misure cautelari più afflittive nei confronti degli indagati; *c*) la possibilità di ricorrere a nuovi strumenti probatori (si pensi, in particolare, all'interno della legge “spazzacorrotti”, al captatore informatico); *d*) la limitazione dei benefici penitenziari in capo ai condannati.

⁶¹ F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 36, t. 2, Milano, 2007, 1305, secondo il quale «la riserva di legge pare aver subito una duplice ‘virata’ che ha modificato, non sappiamo dire se l'intensità della garanzia, ma sicuramente la sua direzione, il suo ‘senso’. Da un lato, la riserva ha virato dal suo *contenuto* democratico della legge penale al *procedimento* di formazione della legge e al suo *controllo*. Ridimensionatasi quella specie di presunzione della democraticità contenutistica dei contenuti normativi della legge, l'asse della garanzia è piuttosto nelle possibilità di partecipazione e controllo che offre il procedimento legislativo. Dall'altro lato, la riserva vira dal *monopolio* del legislatore verso la partecipazione di *plurimi* soggetti – esterni e interni all'ordinamento nazionale – al complesso processo vitale di formazione delle scelte anche penali: senza che per ciò solo si debba ritenere necessariamente pregiudicato il loro tasso di democraticità, posto che il pluralismo istituzionale non è affatto incoerente, anzi, con l'integrazione tra diversi punti di vista nella decisione legislativa finale».

⁶² Si veda, in questo senso, il ciclo di audizioni informali promosso dalla 1a Commissione permanente del Senato, a seguito della pubblicazione della sent. n. 44/2021.

⁶³ M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 17 ss.

⁶⁴ E. CHELI, F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 170.

della legge e a quei “metodi della legislazione” cui l’art. 5 Cost. espressamente allude ma sui quali è forse mancata una riflessione adeguata anche a livello dottrinale.

REPLICA

LEONARDO PACE*

Devo innanzitutto esprimere la mia gratitudine al Professor Giovanni Tarli Barbieri per la puntuale lettura e il giudizio attento sul mio lavoro monografico e al Comitato di direzione per aver scelto di ospitare la recensione sulla Rivista.

È necessario altresì premettere che il Professor Tarli Barbieri ha saputo, efficacemente, non solo individuare i punti cardinali della mia analisi, ma altresì legarli tra loro facendo emergere il filo conduttore delle mie riflessioni. Poco spazio rimane pertanto per formulare una replica in senso proprio.

Mi limiterò, allora, a fare qualche precisazione, su alcuni punti già trattati nella recensione; spiegare brevemente le ragioni di quelle che il Professore definisce “scelte coraggiose”; proporre alcune riflessioni aggiuntive sul tema affrontato nell’ultimo paragrafo della recensione, dedicato al decadimento della legislazione quale (sicuramente non unica ma certamente centrale) spiegazione della sempre maggior spazio occupato dalla giurisdizione – costituzionale e non – nell’odierna esperienza delle democrazie costituzionali.

All’inizio delle sue osservazioni, il Professor Tarli Barbieri pone giustamente in rilievo come il lavoro si apra con un *actio finium regundorum*, ossia con un’operazione preliminare tesa a chiarire quando si può parlare di automatismo legislativo illegittimo; da qui l’ampia analisi, proposta nel primo capitolo, sulle norme costitutive e la teorizzazione della distinzione tra effetto automatico, fisiologica espressione di un aspetto della normatività, e automatismo legislativo illegittimo, quale patologica manifestazione delle norme di comportamento.

Sulla costitutività e la relativa automaticità degli effetti non è il caso di indugiare in questa breve replica. Ritengo, invece, opportuno spendere alcune considerazioni sul tema delle norme di comportamento e sul percorso che mi ha condotto alla definizione teorica degli automatismi legislativi illegittimi, che il Professor Tarli Barbieri cita testualmente nella sua recensione (inizio del § 3).

Le norme di comportamento, pur avendo la prevalente funzione di guida dei comportamenti dei destinatari, sono caratterizzate da una innegabile funzione valutativa o qualificativa: nel senso che tali norme non sono solo “strumento” mediante il quale valutare la legittimità di un determinato comportamento, ma sono esse stesse valutazione e qualificazione di determinati fatti.

In altri termini, lo stesso legislatore, attraverso questa tipologia di norme, individua determinati problemi di vita, i quali, mediante generalizzazione (ossia per mezzo di una valutazione tradotta in termini di regolarità di un determinato fatto, che in tal modo diviene caso o fattispecie astratta), vengono tipizzati e trasformati in schemi

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi “Roma Tre”.

idonei ad estendersi su una potenzialmente indefinita serie di fatti, al fine di dare ad essi una determinata soluzione normativa.

Poiché possano superare lo stato di potenzialità o virtualità, tali ipotesi o schemi tipici devono necessariamente trovare concretizzazione, ossia devono essere messe in condizione di interagire pienamente con le fattispecie concrete o casi concreti cui si riferiscono.

Detto altrimenti, il profilo materiale (il caso concreto) deve essere in grado di condizionare effettivamente quello formale (gli effetti giuridici); da qui la necessità che vi sia spazio per l’operare dei meccanismi interpretativo-applicativi che permettano l’adattabilità dell’effetto al fatto, nella misura in cui tuttavia – e questo è un punto centrale – ciò corrisponda ad una necessità di armonizzazione sistematica, anche e soprattutto rispetto al livello costituzionale.

Su questi temi, il lavoro è fortemente debitore delle riflessioni di Angelo Ermanno Cammarata¹ e di Angelo Falzea².

È l’insegnamento di questi due grandi maestri ad aver guidato le mie considerazioni, divenendo anche le lenti attraverso cui leggere la letteratura più recente, pure richiamata nel testo.

Al primo si deve la teorizzazione della generalizzazione selettiva propria delle norme; al secondo la teorizzazione del principio di convenienza dell’effetto al fatto – che altro non è se non il canone di adeguatezza della legge – e la correlata idea che il profilo materiale può e deve condizionare quello formale solo nella misura in cui il primo, nel suo complesso, sia illuminato o espressione del sistema assiologico di riferimento. Detto altrimenti – ossia guardando agli effetti – le conseguenze giuridiche devono intendersi quali effetti scaturenti alla luce dell’ordinamento complessivamente inteso.

Posta la necessità – anche e soprattutto di ordine costituzionale – che il profilo materiale sia in grado di condizionare quello formale ovvero che i casi concreti, con le loro caratteristiche costituzionalmente rilevanti, siano adeguatamente disciplinati dalla legge, si pone il problema di stabilire entro quali limiti e percorrendo quali vie, si può evitare, per un verso, che la normazione risulti “cieca” davanti ai casi concreti e, per l’altro, che l’adeguatezza della legge non si risolva nella dissoluzione del metodo sistematico a favore di quello casistico³.

Sono queste le domande che hanno mosso le mie riflessioni – efficacemente sintetizzate dal Prof. Tarli Barbieri – contenute nel secondo capitolo.

Questa parte del lavoro – soffermandosi: sulla modulabile precettività costituzionale, sulla (tentata e si spera adeguata) dimostrazione della natura totale e non totalizzante della Costituzione, nonché sulla necessità che questa faccia sistema con la legislazione – ha come punto di caduta il ruolo della ragionevolezza nel fenomeno in analisi.

¹ Soprattutto al Suo *Il significato e la funzione del fatto nell’esperienza giuridica*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.

² In particolar modo alla voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XIV, Milano, 1965.

³ Come ammoniva L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 117.

Il punto di partenza delle mie riflessioni è che la pressione dei valori e dei principi costituzionali sulla sfera legislativa impone non l’«astratta conformità» alla Costituzione, «ordine superiore ed esterno», ma la «corrispondenza ad un’idea di interna ragionevolezza e plausibilità»⁴.

Da ciò deduco che l’esigenza di ragionevolezza del diritto, se deve necessariamente essere intesa quale congruenza della legge alla realtà di fatto (e quindi come adeguatezza della legge), deve, altresì, necessariamente essere predicata avendo come costante punto di riferimento la Costituzione.

Soltanto immettendo la Costituzione nel rapporto tra legge e esigenze regolative del caso e intendendo la ragionevolezza della legge nel senso che quest’ultima riesca a contemperare ad un tempo le ragioni del caso con le ragioni del sistema normativo complessivamente inteso (ossia tanto del livello legale quanto di quello costituzionale), per gli elementi che esso pone e *alla luce degli elementi valoriali che esso presuppone*, si evita che il giudice possa individuare semplicemente la risposta adeguata al caso (secondo i canoni della giustizia sostanziale), completamente prescindendo dal diritto, ossia tanto dalla legge (*recte*: dal testo della legge) quanto dalla Costituzione.

Su tali basi, si può fornire anche la spiegazione alla prima fra le scelte coraggiose da me prese: ossia l’idea che la ragionevolezza non debba essere considerata alla stregua di un principio, bensì di un canone.

Tale tesi non è, come si sa, originale, ma si muove nel solco già tracciato da Livio Paladin⁵ e da Franco Modugno⁶ e quanto scrivo nel testo è sostanzialmente fedele (o perlomeno cerca di esserlo) al loro insegnamento.

Muovendo da tale prospettiva, ossia che la ragionevolezza sia strumento di mediazione, da un lato, fra il livello legale e il livello costituzionale e, dall’altro, fra il testo e il contesto applicativo⁷, essa non può considerarsi un principio costituzionale – e quindi essere adoperato alla stregua di un autonomo parametro di costituzionalità – ma deve essere considerato un canone o un metodo di interpretazione e di applicazione del diritto esistente. Da ciò, la presa di posizione in base alla quale la Corte costituzionale non debba servirsi della sola ragionevolezza per risolvere le questioni di costituzionalità sottoposte al suo giudizio.

Riguardo, poi, al fatto che tale tesi sia smentita dalla prassi, invertendo i termini della relazione, si può dire che la tesi è un tentativo di smentire la prassi, indicando il *dover essere* costituzionale.

È vero, infatti, che la scienza giuridica, in quanto scienza pratica, non possa prescindere dall’*essere*, ma ciò, a mio modesto parere, non può tradursi in un appiattimento sulla prassi o in una supina accettazione di questa.

⁴ Le frasi fra virgolette sono di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 388.

⁵ L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento I, Milano, 1997, 901 ss.

⁶ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 55 ss.

⁷ Secondo l’insegnamento di 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, 646.

Anche sull’analisi della giurisprudenza costituzionale – oggetto del terzo e quarto capitolo – non è opportuno indugiare, grazie, anche in questo caso, alla sintetica ma completa analisi del recensore.

Alcune considerazioni aggiuntive meritano invece le considerazioni espresse dal Professor Tarli Barbieri riguardo all’ultimo capitolo e al tema, lì trattato, della legittimazione della Corte.

Tema, questo, che mi è parso necessario affrontare in quanto è mia convinzione che la figura degli automatismi, per come è venuta delineandosi nella giurisprudenza costituzionale, sia in sostanza il precitato di una serie di questioni irrisolte o, comunque sia, in cerca di definizione, riguardanti il ruolo del giudice delle leggi e i limiti entro i quali deve e può svolgersi il suo operato nel diritto costituzionale del tempo presente.

In questo capitolo ho ragionato, infatti, sulle conseguenze sistematiche della flessibilizzazione della legge e sulla necessità che il giudice delle leggi sia capace di trovare sempre nuovi e più efficaci modi per affermare la Costituzione (anche e soprattutto) contro la volontà del legislatore, dovendo allo stesso tempo (cercare) di tutelare in massimo grado la legislazione e con essa il legislatore.

Ho scritto, infatti, che la posta in gioco nella giurisprudenza sugli automatismi legislativi e, più in generale, nell’odierna esperienza della giustizia costituzionale sia quella di evitare che la vittoria contingente della Costituzione si traduca, nel lungo periodo, nella disgregazione dell’ordine costituzionale.

Tale imperativo è alla base di alcuni dei temi affrontati: l’ancoraggio al parametro di costituzionalità, che altro non vuol dire che se non ancoraggio ai moduli del discorso di applicazione, la cautela nell’applicazione della direttiva della massimizzazione delle tutele e, infine, la necessità di dare un verso alle rime adeguate.

Dall’analisi, al fondo (e come mette bene in luce il Professor Tarli Barbieri), emerge la necessità che i moduli decisori siano caratterizzati dalla cedevolezza; per un verso, al fine di un pieno (anche se spesso votato all’insuccesso⁸) coinvolgimento del legislatore e, per l’altro e ancor prima, quale espressione di un giudice delle leggi che pratici le virtù dell’autocontrollo e della moderazione⁹: da qui l’idea della procedimentalizzazione – mi sia concessa questa forzata semplificazione – del modulo dell’ordinanza di rinvio a data fissa, prima della (eventuale) corposa manipolazione operata dal giudice delle leggi.

In questo orizzonte di senso deve essere collocata anche la proposta delle sentenze di accoglimento (manipolative) con la clausola di transitorietà inserita nel dispositivo¹⁰.

⁸ Si veda da ultimo la vicenda della pena detentiva per i reati di diffamazione a mezzo stampa, decisa con la sentenza n. 151 del 2021, dopo il mancato seguito parlamentare all’ordinanza n. 132 del 2020 di rinvio a data fissa dell’udienza.

⁹ Così N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità; del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, il quale parla di *judicial modesty*, con generale riferimento alla giurisdizione largamente intesa.

¹⁰ Tesi, questa, che generalizza l’indicazione data, a commento dell’ordinanza n. 207 del 2018, da GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2019.

Ero consapevole al momento in cui scrivevo, e lo sono ancora adesso, che tale soluzione non sia la panacea di tutti i mali e, al netto di ogni considerazione sulla efficacia e sulla fattibilità della soluzione proposta, il modello è interessante non tanto perché avrebbe potuto (e potrà) essere adottato in alcune decisioni altamente manipolative, ma anche e soprattutto perché risponde pienamente alla idea di giustizia costituzionale quale strumento attraverso il quale la Costituzione si affermi *ora* (nella singola vicenda applicativa), pur rinviando la sua completa attuazione nel *non ancora*¹¹ (perché il caso concreto potrà sempre determinare una nuova e diversa combinazione tra livello legale e livello costituzionale).

Così come pure ero e sono consapevole che gran parte del problema della legittimazione del giudice delle leggi e degli spazi del suo intervento siano dettati dal ruolo giocato (o non giocato) dal legislatore.

Sul punto, giustamente, il Professor Tarli Barbieri indica un tema che reputa per buona parte, e nella sostanza, ancora inesplorato e che potrebbe essere oggetto di specifica trattazione anche dall’angolo visuale degli automatismi legislativi; gli automatismi legislativi dal lato del legislatore, per l’appunto.

Nel libro non mi soffermo approfonditamente su tale tematica, seppur all’atteggiamento di impotenza – quale una fra le ragioni della sovraesposizione della giurisdizione nell’odierna esperienza ordinamentale – sono dedicate alcune riflessioni del quinto paragrafo (titolato *Impotenza del legislatore e non prepotenza della Corte*) dell’ultimo capitolo.

Come scrivo nell’*Introduzione* al volume, ciò è il frutto di una precisa scelta metodologica, ossia di guardare al tema degli automatismi dall’angolo visuale dello statuto teorico delle norme e dalla prospettiva sistematica e assiologica della Costituzione (che altro non è se non la prospettiva dell’adeguatezza della legge) e di come tale ricostruzione teorica trovi accoglimento nella giurisprudenza costituzionale e cosa sia in grado di esprimere attorno ad essa.

Anche se, come rileva opportunamente il Professor Tarli Barbieri, il rapporto tra poteri «inevitabilmente, emerge con chiarezza, come in filigrana» ed è pure espressamente preso in considerazione nel quarto capitolo, ove argomento sul perché non mi pare convincente la tesi della delega di bilanciamento.

Qui, però, non posso non raccogliere la suggestione lanciata dal Professor Tarli Barbieri e aggiungere un elemento a quelli già segnalati nella recensione.

Il “problema della legislazione” nel tema degli automatismi legislativi non trova le sue ragioni solo nelle “mancanze” di questa, ossia nella qualità (carente) della normazione (e quindi nelle tecniche di *drafting*, nell’istruttoria legislativa, nel seguito parlamentare delle sentenze costituzionali), ma anche in un atteggiamento positivo e altamente pericoloso, soprattutto nel diritto punitivo, nel quale, non a caso, si segnala la più alta presenza di automatismi legislativi.

Anche questa manifestazione della legislazione è espressione della crisi del sistema politico rappresentativo, già segnalata dal Professor Tarli Barbieri.

¹¹ Qui e nella monografia richiamo la formula di O. CULLMANN, *Cristo e il tempo*, Bologna, 1990, 15, del «“già compiuto” e “non ancora realizzato”».

Ho affrontato il tema in un mio precedente scritto, qui pertanto mi limito ad alcune rapide considerazioni (rinviando – anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici – a quanto già detto in quella sede)¹².

L’aggressione o lo sgretolamento dei sistemi di welfare, da un lato, e l’incapacità dello Stato di fronteggiare la modernità, dall’altro, ha definitivamente eclissato la forma di legittimazione su cui si basava l’autorità degli ordinamenti costituzionali del secondo dopoguerra, emblematicamente scolpita nel nostro art. 3, II co. Cost.

L’incapacità di raggiungere un compromesso sulle grandi e organiche scelte che interessano l’intera collettività, spinge, infatti, il potere politico ad una rincorsa della legittimazione essenzialmente sul piano della politica criminale (etichettata come diritto penale dell’emergenza o diritto penale del nemico), dove è più facile ottenere soluzioni di comodo consenso elettorale.

Nelle ultime decadi si è infatti assistito, non solo ad un forte aumento dei tassi penalità degli odierni ordinamenti, ma all’imporsi di una politica criminale tesa a strozzare gli spazi di intervento del giudice ogni oltre ragionevole misura.

Se il fine del legislatore è marcatamente simbolico – dare un senso di sicurezza ai cittadini – e quindi le norme devono esplicitare la loro azione essenzialmente sul piano ideologico e culturale, devono ridursi al minimo le possibilità di intervento di un soggetto terzo, quale il giudice, che con l’esercizio della sua discrezionalità possa rendere inefficace le scelte di politica criminali.

In altri termini, se devono punirsi le condotte ritenute generatrici dell’allarme sociale (ovvero, e perversamente, mediante la penalizzazione di una determinata condotta si voglia punire l’autore del reato o più in generale il soggetto reputato pericoloso per la collettività), il giudice non può avere spazio di azione nell’accertamento del fatto e tanto meno nella modulazione delle conseguenze giuridiche.

In definitiva, dietro gli automatismi legislativi, che costellano il diritto punitivo (si pensi all’emblematico art. 4-*bis* ord. penit. e agli automatismi preclusivi dallo stesso previsti) e non solo, si scorge il tentativo della legislazione di diminuire e ridurre al massimo grado l’autonomia della giurisdizione nella produzione di decisioni vincolanti e, pertanto, l’indipendenza di questo sottosistema dal sistema politico¹³.

¹² Il riferimento è al mio «*Il buono, il brutto e il cattivo*» della prima questione di legittimità costituzionale sulla liberazione anticipata speciale. *Riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2016*, in *Rivista AIC*, 3/2016, §§ 4 e 5.

¹³ Il riferimento qui è evidentemente a N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1990, 56.