



LEONARDO PACE*

GLI AUTOMATISMI LEGISLATIVI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**

SOMMARIO: PARTE I: Uno sguardo d'insieme. 1. Ricognizione preliminare del fenomeno. Una definizione minima; 2. Una sorta di presunzione di irragionevolezza degli automatismi; 3. Delega di bilanciamento e sentenze additive per deficit di flessibilità; 4. Andare oltre la delega di bilanciamento per comprendere il fenomeno; ovvero della necessità di fare un passo indietro; 5. Il ruolo del "fatto" nelle dichiarazioni di incostituzionalità sugli automatismi; 6. L'esigenza di flessibilità e la funzione legislativa vincolata al maggior grado di attuazione costituzionalmente possibile; 7. Il principio di ragionevolezza e gli automatismi legislativi. I vizi di irrazionalità e di irragionevolezza-inadeguatezza. PARTE II: Gli automatismi legislativi in alcune decisioni rilevanti suddivise per materia. 1. In materia di destituzione dei pubblici impiegati; 2. In materia di misure di sicurezza; 3. In materia di esecuzione della pena; 4. In materia di minori; 5. In materia di custodia cautelare. PARTE III: Gli automatismi legislativi e l'interpretazione conforme, un rapporto da definire (o ripensare?).

PARTE I: Uno sguardo d'insieme

1. Ricognizione preliminare del fenomeno. Una definizione minima

Rientrano nel fenomeno degli automatismi legislativi quelle previsioni di legge che, nel descrivere con precisione o nel fare rinvio ad una fattispecie, statuiscono una conseguenza doverosa, da esse stesse precisamente definita: se «è *a*, allora deve essere *b*»¹. Quando questi vengono dichiarati incostituzionali, ciò non avviene semplicemente per l'esistenza di un rapporto rigido tra protasi e apodosi, essendo questo, al contrario, pienamente conforme ai dogmi dell'illuminismo giuridico. Soltanto quegli automatismi che comprimono irragionevolmente un diritto sono oggetto delle dichiarazioni di incostituzionalità ed è solo su di essi che si concentrerà questo lavoro. La nostra analisi, pertanto, avrà ad oggetto solo

* Dottorando in Sistemi punitivi e garanzie costituzionali presso l'Università degli studi RomaTre.

** Testo della relazione che si terrà al Seminario del Gruppo di Pisa il giorno 18 settembre 2014.

¹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210, ai quali si rinvia per una ricostruzione del tema. Come rilevano gli Autori, questo rapporto di consequenzialità necessitata risponde ai dogmi dell'illuminismo giuridico, rappresentandone «l'ideale perfetto». In forza di ciò, come risulta immediatamente evidente, non è il rapporto di stretta consequenzialità tra protasi e apodosi a rendere illegittima la norma. Illegittime, infatti, sono solo quelle norme che in forza di tale rapporto comportano una compressione eccessiva, e pertanto anch'essa illegittima, di un interesse di rango costituzionale. Un'altra ricostruzione della tematica, attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale, è compiuta anche da A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 194 e ss. Schematizzando la ricostruzione dell'Autore, le dichiarazioni di incostituzionalità degli automatismi legislativi si possono avere nelle ipotesi in cui il rapporto tra protasi e apodosi non è proporzionato, perché è ricostruito in termini di causalità diretta (a tale proposito vengono richiamate Corte cost. sentenze nn. 3 e 82 del 1966); oppure nel caso in cui ci siano disposizioni di legge eccessivamente rigide perché prive di duttilità sul piano applicativo, ossia di possibilità di deroga per i casi della vita che impongono un trattamento specifico necessario per non incorrere in una lesione di interessi costituzionalmente garantiti (vengono richiamate le sentenze n. 177/74 e 267/98).



quei casi nei quali il rapporto diretto e stringente tra “l’enunciato descrittivo” e il “conseguente”² risulta viziato perché comporta la compressione irragionevole di un diritto, provocato direttamente o indirettamente da tale sistema rigido.

Seppur con le precisazioni che faremo nel testo, il vizio che viene sanzionato dalla Corte costituzionale, quando interviene in tali casi, può iscriversi alla generale categoria dei vizi di arbitrarità della legge.

In questi casi, difatti, il Giudice delle leggi rompe il rigido meccanismo previsto dalle varie norme oggetto del giudizio e dà al giudice il potere di valutare le “ragioni” del caso concreto. Grazie alle potenzialità insite nel controllo di ragionevolezza, il caso irrompe nel diritto³, in un duplice senso: da un lato, perché è solo dal caso concreto (in sede applicativa, quindi) che può emergere la rigidità della norma; dall’altro e in ragione di ciò, perché l’intervento della Corte ha il fine di rendere la norma adeguata proprio al caso concreto⁴.

2. Una sorta di presunzione di irragionevolezza degli automatismi

Il tema degli automatismi, come è stato di recente messo in luce da autorevole dottrina⁵, non è marginale nell’attuale esperienza della giustizia costituzionale, tanto che la vastità del fenomeno non può considerarsi solo una «deviazione occasionale»⁶. In alcuni settori, in cui più d’una sono state le pronunce sugli automatismi, pare addirittura emergere una sorta di “presunzione di irragionevolezza” di questi. Ciò trova una prima conferma empirica nella circostanza che la Corte, nei giudizi di costituzionalità condotti alla stregua del parametro del principio di uguaglianza e aventi ad oggetto una norma incriminatrice, contenente un automatismo, non ragiona in termini di irragionevolezza manifesta, ma di “semplice” irragionevolezza⁷.

Il tema qui viene solo accennato, perché merita un’attenta riflessione supportata da una verifica completa sul dato giurisprudenziale. Al fine di non lasciare, però, completamente inespressa questa nostra affermazione, svolgiamo alcune rapide osservazioni.

La costanza nelle dichiarazioni di invalidità degli automatismi, che costituisce la risultanza empirica dalla quale si ricava questa sorta di presunzione di irragionevolezza, dipende da una serie di distorsioni ingenerate da questi. Alle volte, infatti, la rigida formulazione legislativa può determinare un vizio di contraddittorietà intrinseca od estrinseca; il rigido

² E’ 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, ad utilizzare le espressioni di “enunciato prescrittivo” e “conseguente” che qui si riportano.

³ La stretta connessione, di rilevanza empirica, tra automatismi legislativi e canone della ragionevolezza, che si instaura attraverso la mediazione del caso, risulta chiaramente dalle parole di F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 31 il quale scrive che «tutti i giudizi di ragionevolezza tendono a coordinare la norma di legge al caso concreto, nel senso della sua *adeguatezza rispetto alle esigenze del caso*» (corsivi nel testo).

⁴ Ciò è corretto solo in prima approssimazione, vale a dire solo leggendo il termine “adeguata” in senso atecnico. Come avremo modo di chiarire subito, infatti, ci sono due moduli differenti che convivono nelle dichiarazioni di costituzionalità in materia: quello dell’irrazionalità, in cui specificamente si giudica se la norma sia contraddittoria o meno, e quello dell’irragionevolezza-adeguatezza, nel quale si valuta che la norma risulti adeguata (in tal senso da intendersi tecnicamente come rispondente alla «natura della cosa regolata», secondo l’espressione di G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 59).

⁵ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 212; cfr. anche M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013, 12.

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

⁷ 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.



sistema legale, infatti, rende la norma contraria alla *ratio* ad essa sottesa o ad un principio generale vigente in materia. Altre volte la norma, pur risultando astrattamente non viziata, si dimostrerà inadeguata alla tutela del diritto nel caso concreto. A prescindere dalla concreta configurazione dei vizi (che sarà oggetto di approfondita analisi nelle pagine successive), adesso è sufficiente rilevare che, in tutti i casi nei quali viene all'attenzione della Consulta, l'automatismo comporta l'indebita restrizione di uno degli interessi, che la norma direttamente o indirettamente tutela⁸, ed in conseguenza di ciò rende la norma potenzialmente incostituzionale.

La potenziale incostituzionalità non si concretizzerà in una dichiarazione di incostituzionalità soltanto se la compressione del diritto trovi una giustificazione. L'automatismo, infatti, riesce a superare indenne il controllo di costituzionalità solo se, nell'operazione di bilanciamento compiuta in questi casi dalla Corte, emerga un controinteresse che risulti prevalente⁹.

Ciò, del resto, trova una giustificazione teorica nella presunzione della massima espansione delle libertà formulata da Barile¹⁰. Secondo questa impostazione, i diritti non possono trovare altre limitazioni se non quelle che dalla Costituzione siano desumibili. In base a ciò, quindi, tutte le norme di grado primario che comprimono un diritto e non sono la traduzione a livello legislativo di limiti generali posti in Costituzione, devono ritenersi incostituzionali. Seguendo tale ragionamento le norme che contengono un automatismo lesivo di un diritto si presumono incostituzionali, salvo che siano funzionali alla tutela di un controinteresse che risulti prevalente¹¹.

Quanto andiamo affermando è confermato dalla peculiare articolazione che assume il controllo di costituzionalità quando si svolge sulle rigide formulazioni di legge. Si registra, infatti, l'adozione dello 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 prevalente¹².

⁸ E ciò, inoltre, comporta anche una lesione del più generale principio di effettività della tutela dei diritti, sul quale si veda almeno G. SILVESTRI *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009. Ciò, ad esempio, è dimostrato dalla sentenza n. 7 del 2013 (la quale sarà analizzata compiutamente *infra*). In questa sentenza la Corte dichiara l'incostituzionalità della perdita automatica della potestà genitoriale (*ex art. 569 c.p.*) come conseguenza della condanna per il reato di soppressione di stato *ex art. 566 c.p.* Tale automatismo assicura un grado di effettività minimo o addirittura, come nel caso di specie, 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, pertanto, in contrasto con il richiamato principio di effettività della tutela dei diritti.

⁹ Si veda, a conferma di ciò, la sentenza n. 112 del 2014.

¹⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1989, 41.

¹¹ Come, infatti, fa notare F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimatis 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».

¹² Cfr. G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria*, cit. 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».



3. *Delega di bilanciamento e sentenze additive per deficit di flessibilità*

Quando la Corte rimuove un automatismo illegittimo si preoccupa di dare al giudice il potere, originariamente negato dal legislatore, di effettuare l'apprezzamento del caso concreto¹³, eliminando quella lesione dell'equilibrio, generata dall'automatismo, tra i diversi interessi coinvolti nel caso di specie. La Consulta infatti afferma che «all'irragionevole automatismo legale occorre dunque sostituire – quale soluzione costituzionalmente più congrua – una valutazione concreta del giudice»¹⁴.

Questa operazione della Corte è stata definita dalla dottrina delega di bilanciamento¹⁵ ed è un tratto comune delle decisioni in tema di automatismi. Con la delega di bilanciamento, la Consulta non sostituisce «il punto di bilanciamento fissato dalla norma impugnata con una soluzione alternativa»¹⁶, sovrapponendo alle scelte compiute dal legislatore una propria valutazione¹⁷, ma si limita a «demolire la rigida assegnazione di valore degli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta»¹⁸. Una volta compiuta, quindi, l'operazione demolitoria della pianificazione degli interessi fatta dal legislatore, la Corte delega al giudice il potere di effettuare il bilanciamento, ponendo di conseguenza una regola sulla competenza¹⁹. 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 come quelle ipotesi di «significato pregnante»²⁰ 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»²¹, se questo è il fulcro della problematica, quindi, 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 interessi²².

La complessità delle operazioni compiute in questi casi (come può evincersi dal quadro che abbiamo sinteticamente

¹³ Sul punto possono riportarsi le parole di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 346, il quale scrive che «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». Come, infatti, fa notare G. LEO, *Automatismi legislativi e principi costituzionali*, Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2014", in www.penalecontemporaneo.it, 2014, 2, «la discrezionalità del giudice è da lungo tempo individuata quale presidio irrinunciabile di valori costituzionali fondamentali».

¹⁴ Corte cost. sent. n. 7 del 2013 Considerato in diritto 5, ma la formula, quasi sempre uguale a se stessa, ricorre in tutte le decisioni in tema di automatismi.

¹⁵ R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 88-93, 120-131. Sulla delega di bilanciamento si veda anche G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 342-347.

¹⁶ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 89.

¹⁷ R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 3575.

¹⁸ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 89.

¹⁹ 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.

²⁰ G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *op. cit.*, 212.

²¹ *Ibidem*.

²² A tale riguardo, seppur nella consapevolezza che il tema meriterebbe una ben più ampia trattazione, si potrebbe affermare (come messo in luce da R. BIN, *Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, cit., 3578) 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.



delineato) ha dei risvolti anche sul tipo di decisioni che adotta la Corte. Come ha avuto modo di rilevare la dottrina, in merito alle ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità degli automatismi legislativi si sarebbe in presenza di un nuovo e diverso tipo di sentenze additive: le sentenze additive per *deficit* di flessibilità²³.

In tali sentenze la Corte agisce sulla struttura nomologica della proposizione normativa²⁴ e al contrario delle altre additive non incrementa la disposizione di elementi aggiuntivi, ma ridefinisce, manipolandolo, il linguaggio normativo²⁵. Inserisce, infatti, nella regola generale e rigida creata dal legislatore dei meccanismi, delle eccezioni concrete²⁶, che servono a renderla più elastica. A questa operazione tecnico-formale se ne aggiungerebbe un'altra, ad essa funzionale, di tipo contenutistico-sostanziale. Al fine, infatti, di rendere operante l'eccezione inserita, la Corte aggiunge una regola sulla competenza²⁷, con la delega di bilanciamento, come abbiamo avuto già modo di ricordare in precedenza.

Ciò pone un'ulteriore differenziazione rispetto alle altre sentenze additive. In essa, infatti, è presente un indirizzo per il solo giudice, e non anche per il legislatore. Esse sono autoapplicative non solo perché danno la possibilità al giudice *a quo* di decidere nell'immediato, come avviene solitamente con tutte le sentenze additive di principio, ma anche perché, ed è questa una particolarità, non richiedono affatto l'intervento del legislatore²⁸. Con queste sentenze la Corte infatti attua un riparto del potere decisionale, distribuendo le competenze in senso verticale²⁹. Essa fornisce una "indicazione a trama aperta"³⁰, in quanto spetterà ai giudici il compito di specificare nel dettaglio il principio statuito. Si allenta, in tal modo, la soggezione del giudice alla legge, e ciò non è una conseguenza dell'addizione, ma è il contenuto del principio stesso, in quanto l'ampliamento della discrezionalità del giudice costituisce la soluzione definitiva costituzionalmente imposta³¹.

4. *Andare oltre la delega di bilanciamento per comprendere il fenomeno; ovvero della necessità di fare un passo indietro*

²³ 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, 279. Non è questa la sede per discutere della utilità o meno dello sforzo della dottrina di cercare di incasellare le decisioni della Corte in sempre nuovi e maggiormente analitici modelli, al fine di cogliere il più possibile le sfumature dei dispositivi delle sentenze della Corte. Si accetti o meno la validità classificatoria di questa nuova figura di decisione, è indubbio che queste sentenze si differenzino dalle altre sentenze additive. In verità, poi, la formula compiuta di questo nuovo tipo di decisioni sarebbe presente solo in quelli che noi abbiamo individuato (si veda PARTE I, par. 7) come automatismi che distorcono la disciplina, affetti da vizio di irragionevolezza-inadeguatezza.

²⁴ C. PANZERA, *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, 299.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ C. SALAZAR, *op. cit.*, 283.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ 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.*, 6/2012, 4914.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ C. SALAZAR, *op. cit.*, 283. E questa è una ulteriore manifestazione di quel mutamento del nostro sistema di giustizia costituzionale prospettato in dottrina, da sistema accentrato a sistema accentrato-collaborativo (espressione dovuta alla E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in M. RUOTOLO (a cura di), *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011, III, 1859-1860 e EAD., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 109 e segg.) in cui la Corte sempre di più chiede, e a volte pretende, l'apporto dei giudici nell'affermazione della Costituzione.



Proprio la delega di bilanciamento è il dato costante di questa giurisprudenza e deve necessariamente costituire un punto fermo di un'analisi in tale materia, tuttavia, scegliere di condurre l'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi alla luce della sola delega di bilanciamento rischia di non portare a risultati soddisfacenti³².

Questo passaggio merita di essere chiarito. Quello che qui si propone è di guardare a tutto ciò che avviene prima della delega di bilanciamento, compiendo un'analisi che abbia come momento principale l'indagine, non sull'esito del controllo della Corte costituzionale, ma sulle caratteristiche della norma oggetto del giudizio.

Questa, che potrebbe sembrare una notazione banale, permette di ottenere risultati molto proficui. Tale scelta, infatti, rende, innanzitutto, possibile cogliere il modo attraverso il quale le caratteristiche della norma oggetto del giudizio condizionino la Corte nelle scelte degli schemi del giudizio di ragionevolezza. E secondariamente, e in conseguenza di ciò, permette di tracciare una prima differenziazione nella generale categoria degli automatismi, fra quelli che, convenzionalmente possiamo indicare, come automatismi che *snaturano la disciplina* e quelli che, invece, ne provocano una *distorsione sul piano applicativo*³³.

Rientrano nella prima categoria quelli in cui la norma oggetto del giudizio è sovra o sottodimensionata. Ciò, a volte, può dipendere dal fatto che la norma ha a fondamento presupposti legali insufficienti o inadeguati. Possono, altresì, essere annoverate in questa categoria quelle norme che contrastano con un principio generale vigente in materia o con un principio costituzionale. L'essere formulata in modo rigido e allo stesso tempo l'essere sovra o sottodimensionata ovvero antinomica rispetto ad un principio generale determina l'incoerenza della norma. Come è intuibile, in questi casi è la regola in sé ad essere viziata.

Nella seconda categoria rientrano, invece, quei casi in cui la regola a valenza generale non è in assoluto viziata, ma la sua incostituzionalità si riscontra nel momento dell'applicazione ad una fattispecie concreta.

Si potrebbe dire, allora, che nella prima ipotesi il "caso" è il banco di prova dal quale emergono i vizi dei quali la norma è affetta di per sé; nella seconda ipotesi il "caso" è il luogo in cui potenzialmente si determina e si consuma l'incostituzionalità, che verrà poi accertata dalla Corte. In altri termini, nella prima categoria rientrano i casi in cui l'incostituzionalità è già determinata a monte, nella seconda quelli in cui l'incostituzionalità si consuma a valle, nel momento applicativo. Posta questa distinzione è possibile fare due ulteriori considerazioni. Nel primo caso, la Consulta colpisce gli automatismi conducendo un controllo che presenta un grado maggiore di astrattezza e, allora, non è un caso che il vizio riscontrato sia quello della irrazionalità. Il giudizio si incentra principalmente sul controllo della formulazione astratta della disposizione, l'interesse coinvolto nella norma, invece, se pur presente nelle valutazioni della Corte, occupa uno spazio secondario.

Nel secondo caso (in cui rientrano esemplarmente le sentenze in tema di minori, che saranno poi richiamate) il giudizio della Corte perde fortemente i caratteri dell'astrattezza e si sposta verso un giudizio in concreto. Qui è l'interesse del

³² Ci pare, infatti, che le considerazioni di Bin (*Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, cit. e *Diritti e argomenti*, cit.) siano valse a descrivere, almeno da un punto di vista concettuale, compiutamente il fenomeno. Riprova ne è anche il fatto che la dottrina successiva che si è occupata del tema degli automatismi non ha apportato variazioni rilevanti rispetto alle conclusioni raggiunte dall'Autore.

³³ Quanto qui affermato verrà analiticamente sviluppato nella PARTE I, par.7.



destinatario, o meglio la sua compressione ad opera della norma oggetto di censura, che guida la valutazione della Corte. Ciò naturalmente comporta delle conseguenze per il giudizio di costituzionalità: i parametri formalmente costituzionali, diversi dall'art. 3 Cost., vengono richiamati solo per riconoscere il rango costituzionale all'interesse che viene compresso o *ad adiuvandum*³⁴, mentre la valutazione strettamente di costituzionalità si svolge tutta all'interno del principio di ragionevolezza.

Il maggior o minor grado di astrattezza del giudizio in materia di automatismi è determinato, dunque, dalla differente posizione che il "fatto" assume nelle due categorie di automatismi da noi enucleate. Sono differenti, infatti, le modalità con cui i fatti entrano nelle valutazioni della Corte quando essa giudica della costituzionalità di una disposizione rigida che snatura la disciplina, rispetto a quando, invece, il controllo investe una disposizione rigida che provoca una distorsione della disciplina.

5. Il ruolo del "fatto" nelle dichiarazioni di incostituzionalità sugli automatismi

Queste ultime affermazioni meritano un chiarimento. La dottrina ha indagato sia il ruolo del fatto³⁵ nel processo costituzionale³⁶ sia i concetti di concretezza e astrattezza del giudizio costituzionale³⁷ e le questioni sono intrinsecamente connesse fra loro. Un maggior rilievo del fatto nel processo costituzionale comporta, infatti, uno spostamento del giudizio di costituzionalità verso il modello concreto³⁸. Questa non è la sede per dar conto compiutamente di tali studi, quello che si cercherà di fare è solo di delineare gli aspetti essenziali che sono in relazione al tema che qui si tratta.

Negli automatismi che snaturano la disciplina il fatto considerato è quello incorporato nella disposizione, è il fatto tipizzato, che acquista rilievo attraverso il filtro delle qualificazioni normative e delle finalità che il legislatore si è preposto nella materia³⁹. E' per questo motivo che il giudizio mostra un carattere logico, il quale, esaurendosi in un

³⁴ Come ad esempio Corte costituzionale sent. n. 253 del 2003, come si vedrà *infra*.

³⁵ K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970, 70, per fatti devono intendersi gli «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». Come mette in evidenza 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, però, tale definizione non è pienamente congeniale al processo costituzionale, in quanto la Corte utilizza anche «fatti di natura extra-processuale, che sono solitamente non individuali, non concreti e, per lo più futuri». Sul punto R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 334, afferma che i fatti sono generali o generalizzabili, tipizzabili; sono fatti del presente e proiettabili nel futuro [...] non sono necessariamente fatti reali, anche se mantengono una certa aderenza con il mondo reale. Secondo l'Autore, infatti, si tratta di *legislative facts* e non di *adjudicative facts*, vale a dire di «fatti sociali, economici, politici scientifici, e quindi anche concatenazioni causali tra questi accadimenti e le relative leggi scientifiche».

³⁶ Qui sinteticamente si può riportare quanto sostenuto da F. DAL CANTO, *op. ult. cit.*, 153, il quale scrive che il fatto nel processo costituzionale può essere di due tipi: la "fattispecie concreta" da cui ha avuto origine la questione e i "fatti esterni" alla questione di costituzionalità, che, invece, coincidono con tutta la complessiva realtà ordinamentale. Sul tema si vedano fra le tante e oltre alle opere citate nel testo: A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335 ss.; M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 215 ss., 232-239; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G. D'AMICO, *La Corte costituzionale e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, cit., 431 ss.

³⁷ Per una trattazione sistematica sul tema e per gli opportuni riferimenti bibliografici, si veda ancora F. DAL CANTO, *op. ult. cit.*,

³⁸ Della generale tendenza del processo costituzionale a strutturarsi sempre di più come un giudizio in concreto, si veda fra tutti M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, 249 ss.

³⁹ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza*: aprile 1979-dicembre 1983, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 657.



raffronto fra fattispecie, opera su un piano essenzialmente astratto⁴⁰ ed è volto alla garanzia della coerenza interna del sistema normativo⁴¹. Perciò abbiamo affermato che il caso in questa circostanza è solo il banco di prova dal quale emergono i vizi di costituzionalità, poiché in queste circostanze il caso è strumentale alla questione di legittimità costituzionale, che, come abbiamo appena chiarito, si svolge sulle fattispecie astratte, valutando il “dato reale” solo come è stato tipizzato dal legislatore.

Negli automatismi che distorcono la disciplina, il fatto coincide con la fattispecie concreta da cui è sorto il giudizio. Queste sono ipotesi in cui «il peso specifico della controversia concreta, per vari motivi, appare debordante rispetto alla stessa questione di costituzionalità»⁴². In queste ipotesi il caso preme sulla Corte in modo significativo e spinge quest’ultima a ritagliare la propria decisione su di esso⁴³. Ciò avviene in quei settori dell’ordinamento giuridico in cui le regole devono convivere con i principi, che le rendono elastiche ed adattabili. In questi settori, infatti, l’esigenza di adeguatezza delle norme alle caratteristiche dei casi regolati è particolarmente sensibile⁴⁴. Queste sono ipotesi in cui le «esigenze dei casi valgono più della volontà legislativa e possono invalidarla»⁴⁵. Ciò è reso possibile dall’efficacia che i principi esercitano sulla realtà, che permette a quest’ultima di «vivificarsi acquisendo valore». In tal modo, la realtà si presenterà dotata di «proprie intrinseche qualità giuridiche», che obbligherà a prese di posizione giuridiche ad essa conformi⁴⁶. 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 prescrizione⁴⁷, ma addirittura di validità.

6. *L’esigenza di flessibilità e la funzione legislativa vincolata al maggior grado di attuazione costituzionalmente possibile*

Sia i casi di automatismi che snaturano la disciplina sia quelli che ne provocano una distorsione sul piano applicativo possono essere ricondotti nel più generale vizio dell’“arbitrarietà della legge”⁴⁸, da intendersi – come cercheremo ora di mostrare – quale vizio che incide sulla funzione propria della legge. Le leggi in questi casi sarebbero incostituzionali

⁴⁰ Così N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 819, nota 50, che scrive «da Corte si avvale dell’esperienza dei concreti casi della vita, dei momenti applicativi di reale consistenza, per poi operare su un piano essenzialmente astratto»

⁴¹ In queste ipotesi, come vedremo *infra*, 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 sistema normativo nel quale è inserita e, pertanto, il giudizio di costituzionalità essenzialmente rimane un giudizio astratto, in cui 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.

⁴² F. DAL CANTO, *op. ult. cit.*, 160.

⁴³ F. DAL CANTO, *op. ult. 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*, Milano, 1994, 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».

⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 217.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 183

⁴⁶ Così ancora G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, 160, del quale sono anche le frasi riportate fra virgolette.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ L’espressione è di G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 147.



perché arbitrarie ed arbitrarie perché contrarie alla loro “natura”. Quest’ultima, secondo la nostra ricostruzione, coinciderebbe con la funzione propria della legge, che è quella di dare il massimo grado di attuazione costituzionale possibile.

Sinteticamente esposte quelle che sono le linee della nostra ricostruzione, passiamo ad analizzare il presupposto teorico ad essa sotteso, vale a dire: cosa intendiamo quando affermiamo che l’attività legislativa sia un’attività “funzionalizzata”. Prima di fare ciò, però, è necessario chiarire che non è nelle intenzioni di chi scrive affrontare, nella sua completezza, l’annosa e dibattuta questione della configurazione della discrezionalità legislativa e dei limiti che essa incontra. Le considerazioni che seguono, infatti, hanno preso spunto e si sono sviluppate con riguardo alla giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi.

La tesi che si ripropone in questa sede è quella avanzata alcuni anni fa in dottrina da Franco Modugno. L’Autore nel 1970 scriveva che le leggi devono «ritenersi tutte positivamente vincolate al fine, sia pure generico, di realizzare la Costituzione»⁴⁹. 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 previsti⁵⁰ 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 minimale⁵¹: 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 tutela dell’interesse costituzionalmente tutelato. Di conseguenza, in base a ciò, la Corte costituzionale sarebbe legittimata a dichiarare l’incostituzionalità delle leggi tutte quelle volte in cui riscontra che il legislatore non ha dato il massimo grado di tutela costituzionalmente possibile.

Tale scelta teorica sembra, inoltre, dare un saldo fondamento al fenomeno delle dichiarazioni di incostituzionalità delle previsioni legislative troppo rigide, perché dà al termine “natura”, nella sintetica ed efficace espressione di Gustavo Zagrebelsky (dei “vizi contro la natura della legge”) da noi qui utilizzata, un saldo fondamento di diritto positivo. In base a questa nostra ricostruzione la natura della legge coincide con la sua funzione di attuazione e sviluppo della Costituzione. Pertanto, tutte quelle volte in cui la Corte costituzionale dichiara l’incostituzionalità di un automatismo,

⁴⁹ 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». 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 *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.

⁵⁰ Disporre contro la Costituzione, infatti, implica una non attuazione della Costituzione.

⁵¹ 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 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 s.



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, anche quando si ricorre (assai spesso in materia) a quella particolare figura dai contorni sfumati, rappresentata dai principi costituzionali. In questo modo, non solo si risolve il problema di fornire al termine “natura” della legge un significato che è pienamente riconducibile al diritto positivo, superando il rischio di esporre l’analisi che ne facesse uso a critiche di derive giusnaturalistiche⁵². Considerare la funzione legislativa come vincolata allo sviluppo della Costituzione e inquadrare gli automatismi nei vizi della funzione legislativa permette, inoltre, di abbandonare (o almeno costituisce un valido argomento per accantonare) i possibili tentativi di spiegazione del fenomeno in base all’equità, con tutte le inevitabili incertezze che tale categoria concettuale porta con sé.

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. Cerchiamo di chiarire quanto affermato con l’esposizione sintetica di due casi emblematici. Nel caso in cui 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 il preminente interesse del minore (*the best interest of child*), principio che, seppur con tutte le sue ambiguità, è positivamente riconducibile all’ordinamento costituzionale⁵³.

Posto allora che il preminente interesse del minore è positivamente riconducibile all’ordinamento costituzionale, quando la Corte 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 afferma, infatti, che la legge non deve essere solo astrattamente, ma anche concretamente conforme a Costituzione. Sulla scorta di ciò allora, tutte quelle volte che la legge, a causa della sua rigida formulazione linguistica, concretamente si palesa 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 incoerente. Essa, infatti, accomunando sotto la stessa

⁵² Rischio che emerge dalle stesse parole dell’Autore che ha utilizzato tale espressione. 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. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 182, precisa che con l’espressione “natura del diritto” si riferiva alla nozione di diritto come ordinamento e pertanto la «parola “natura” non deve necessariamente spaventare».

⁵³ Esso, infatti, trova un aggancio costituzionale negli articoli 2, 30 e 31 Cost.



disciplina situazioni tra loro diverse (vizio di sovradimensionamento della fattispecie legislativa), 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., Cost. Questo, infatti, sancisce un principio costituzionale rivolto a tutta la legislazione, che costituisce «il fondamento della inammissibilità della contraddittorietà interna della legge»⁵⁴.

Un'ultima notazione sul punto. L'incostituzionalità degli automatismi, quale vizio che incide sulla funzione propria della legge, può atteggiarsi su una scala di graduazione, che ha al suo 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 e, al punto massimo, 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 in quella generale vocazione del sindacato di costituzionalità di misurare il *quantum* di conformità della norma legislativa al parametro costituzionale⁵⁵. 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, che secondo noi è rappresentato proprio da alcune pronunce sugli automatismi, si risolve nell'assicurare un sempre maggior grado di effettività ai diritti costituzionalmente sanciti⁵⁶.

7. Il principio di ragionevolezza e gli automatismi legislativi. I vizi di irrazionalità e di irragionevolezza-inadeguatezza

Abbiamo ricondotto il vizio della rigidità della formulazione legislativa ai vizi di arbitrarietà della legge, vale a dire nella categoria dei vizi per la quale la legge si mostra contraria alla propria natura. Abbiamo precisato, poi, che per natura propria della legge deve intendersi la sua funzione di attuazione e svolgimento della Costituzione. Tutte quelle volte, allora, in cui la formulazione rigida non permette alla legge di perseguire il fine cui è preposta, quest'ultima risulterà arbitraria. Arbitrarietà che, negli automatismi legislativi, si presenta in due distinte forme: l'irrazionalità e l'irragionevolezza-inadeguatezza.

⁵⁴ F. MODUGNO, *L'invalidità legge*, cit., 337-338.

⁵⁵ F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 49.

⁵⁶ 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.



Prima di delineare schematicamente questi due tipi di vizi, che verranno poi trattati più approfonditamente nel campione giurisprudenziale oggetto di questo lavoro, è necessario spendere alcune considerazioni sul ruolo giocato dalla ragionevolezza nel nostro ordinamento costituzionale e sul motivo teorico di fondo che ha reso possibile l'imporsi delle ragioni della flessibilità nella giurisprudenza costituzionale. Il tema è oltremodo complesso e meriterebbe un'ampia e approfondita trattazione, che non può trovare spazio in questo lavoro. Ci limiteremo, quindi, a fornire delle sintetiche indicazioni, nella speranza di non incorrere in eccessive semplificazioni.

Come attesta oramai l'esperienza ultradecennale, il canone o principio della ragionevolezza è divenuto «pervasivo nella giurisprudenza costituzionale». La ragione di ciò, da buona parte della dottrina, è stata rinvenuta nella forma di Stato costituzionale contemporaneo, che ha posto a suo fondamento molteplici valori fondamentali⁵⁷. La ragionevolezza, infatti, è uno dei principi che fa da ponte tra il mondo delle regole e il mondo dei valori⁵⁸, potendo essere considerato, nella poliedricità che ha assunto, come quella formula che «sintetizza e qualifica il rapporto di tensione intercorrente tra costituzione e legge»⁵⁹, funzionale a dare risposta a quella esigenza di razionalità rispetto al valore. Proprio l'influenza che la tavola di valori incorporati dalla Costituzione esercita sull'ordinamento legale, attraverso il *medium* della ragionevolezza, ha permesso il definitivo superamento delle concezioni giuspositivistiche ottocentesche.

Pertanto, nell'odierno Stato costituzionale non possono più ritenersi valide le leggi in quanto tali, a prescindere dal loro contenuto⁶⁰. I contenuti della legge, infatti, devono essere commisurati ai valori sostanziali della Costituzione. E' stato, infatti, efficacemente sostenuto che l'odierno costituzionalismo per valori opera come istanza di delegittimazione della legalità e della forma legale⁶¹. Istanza di delegittimazione che raggiunge il punto di maggiore compiutezza proprio nel fenomeno degli automatismi, nel quale il superamento della forma legale trova il suo massimo sviluppo. Nel fenomeno che ci occupa, infatti, la legge viene invalidata per il modo attraverso il quale la disciplina è formulata. Si arriva in tal modo al 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.

Questa sorta di "mutazione genetica" in atto del giudizio di costituzionalità ha anche un altro risvolto interessante. Ha efficacemente affermato Alessandro Tesauro che le decisioni in tema di automatismi sembrano dimostrare la volontà della Corte di soppiantare un modello di decisione giudiziale basato su regole, concepite come generalizzazioni assolute, o trincerate, ad una strategia decisionale di tipo particolaristico, o conversazionale, che tratta le regole come generalizzazioni *prima facie*. Secondo quest'ultimo modello, è possibile adattare le regole alla necessità del caso concreto,

⁵⁷ Così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 9-10 del quale è anche la frase riportata fra virgolette.

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 228.

⁵⁹ SCACCIA, *op. cit.*, 387.

⁶⁰ Cfr. A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 653

⁶¹ C. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legalità e legittimità*, in *Queste istituzioni*, 1991, 51.



attraverso l'aggiunta di precisazioni, distinzioni e l'introduzione di eccezioni o, in ultima analisi, di applicare direttamente la "giustificazione" sottesa alla regola⁶².

E' pertanto grazie al principio di ragionevolezza che si è avuto l'imporsi delle ragioni della flessibilità, in ragione del suo ruolo di ponte fra le sfere della legalità legale e di quella costituzionale. Per questo motivo, sommariamente fornite le coordinate teoriche di fondo, è opportuno analizzare come concretamente la Corte ha utilizzato il canone della ragionevolezza e tentare una schematizzazione dei giudizi di ragionevolezza utilizzati per sanzionare l'arbitrarietà, di cui si macchiano quelle leggi formulate in modo rigido.

In chi scrive non c'è l'illusione di fornire uno schema che riesca a descrivere con esattezza il fenomeno nella sua complessità, quello che più modestamente si cerca di fare è solo di delineare le linee essenziali dei modelli di giudizio della Corte in tale materia⁶³. La strada che si è scelto di percorrere (visto che ogni schematizzazione, in quanto tale, è un'operazione di generalizzazione che tralascia – o meglio taglia –, consapevolmente o meno, il particolare) è quella di fornire una mappa quanto più intellegibile possibile del fenomeno, per stabilire, si spera non erroneamente, quei punti fermi che saranno utili al proseguo della nostra indagine. Posta questa indispensabile precisazione, procediamo ad illustrare il nostro modello⁶⁴.

Come abbiamo avuto già modo di affermare in queste prime pagine, i vizi che la Corte costituzionale sanziona con la dichiarazione di illegittimità costituzionale sono *l'irrazionalità*, che affligge quelli che noi abbiamo indicato come

⁶² A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, cit., 4927. L'Autore riprende la ricostruzione di SCHAUER, *Le regole del gioco*, cit. L'Accademico statunitense parte dalla constatazione che le regole, in quanto generalizzazioni, sono selettive, tanto come inclusioni quanto come esclusioni, in quanto soffermano la loro attenzione su un numero di proprietà limitate, sopprimendone tutte le altre. Le generalizzazioni si formano partendo da un caso paradigmatico di una qualche categoria più generale, che denomina giustificazione. Del caso paradigmatico, poi, si andranno ad isolare quelle proprietà che sono causalmente rilevanti per la giustificazione. 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. I predicati fattuali (o protasi) delle regole pertanto verteranno «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» (70). Da ciò deriva che la sovra o sottoinclusività è una caratteristica ineliminabile delle regole. Essa non rende una regola una cattiva regola, ma ne costituisce solo la parte integrante; le regole, infatti, per loro natura sono trincerate. Per le regole, allora, vige un modello di decisione che definisce trincerato, in base al quale non è possibile «rivedere ed affinare la grana del predicato fattuale nel momento della sua applicazione» (88). A questo modello se ne contrappone un altro, il c.d. modello conversazionale, nel quale è possibile adattare la generalizzazione ad ogni contesto, poiché queste vengono considerate solo un modo utile e spesso necessario per ridurre la complessità dell'esistente, ma restano continuamente rivedibili ed adattabili ai bisogni concreti.

⁶³ Le schematizzazioni che qui utilizziamo non pretendono di avere una portata universalizzante, ma sono puramente convenzionali, avendo il solo fine di rappresentare autonome categorie di senso, dei singoli fenomeni nei quali riteniamo di accorpate i dati particolari, rappresentati dalle sentenze della Corte che presentano tratti argomentativi comuni. E poi, altresì, evidente che la soggettività di chi compie l'opera di schematizzazione influisca su quest'ultima, comportando che la oggettività dell'opera di descrizione del fenomeno sia solo tendenziale. Chi legge il materiale, in questo caso giurisprudenziale, lo interpreta e lo seleziona secondo le proprie categorie di senso e secondo le finalità che si propone. 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. Ciò è inevitabile, se ne abbia consapevolezza o meno. Pertanto, chi scrive, senza una pretesa rincorsa ad un'oggettivizzazione del dato dell'indagine, ha agito nel senso di selezionare e categorizzare quegli aspetti che maggiormente riteneva indicativi di un fenomeno che, sebbene stabilmente presente da molti anni nell'ordinamento, ancora risulta per larga parte inesplorato.

⁶⁴ In questo campo, che si condivide o meno lo schema che qui si va proponendo, l'opera di categorizzazione delle decisioni della Corte è reso più semplice dalla particolarità del fenomeno e dal campo di indagine giurisprudenziale tutto sommato limitato, rispetto a quello che ha dovuto indagare chi si è dovuto confrontare con il fenomeno della ragionevolezza nella sua totalità. Naturalmente ci serviremo degli sforzi compiuti da questa dottrina, per ricercare una chiave di lettura della giurisprudenza, non dandone conto compiutamente, ma piuttosto utilizzando solo quegli aspetti della loro operazione classificatoria maggiormente rispondenti ai fini che qui ci proponiamo. Data l'area limitata del fenomeno della ragionevolezza che ci riguarda, inoltre, la nostra operazione non necessita di quel *grado di intensione* che si è avuto nelle ultimissime elaborazioni attorno alla ragionevolezza, risultando, anzi, maggiormente esplicative del fenomeno, proprio le prime elaborazioni dottrinali in materia.



automatismi che snaturano la disciplina e *l'irragionevolezza-inadeguatezza*, del quale sono affetti gli automatismi che provocano una distorsione della disciplina sul piano applicativo⁶⁵.

Per quanto riguarda il vizio di irrazionalità, questo deve intendersi come contraddittorietà della norma oggetto rispetto agli obiettivi enunciati nel testo o al sistema di appartenenza o al sistema costituzionale più in generale⁶⁶. Quando la Corte, infatti, rileva il vizio di irrazionalità, sanziona l'incoerenza della legge, che produce una «incompatibilità tra finalizzazioni, principi e *rationes* legislative»⁶⁷.

Il vizio di irrazionalità o contraddittorietà può ulteriormente scomporsi nel vizio di contraddittorietà intrinseca e di contraddittorietà estrinseca⁶⁸, rispettivamente rilevati attraverso due differenti tipi di giudizi, che – convenzionalmente – denominiamo di uguaglianza-ragionevolezza e di ragionevolezza in senso forte⁶⁹.

⁶⁵ Come risulta evidente, la nostra schematizzazione prende le mosse da quella proposta compiutamente da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 148 ss., il quale nell'ambito del generale vizio di arbitrarietà della legge, distingue le ipotesi di irrazionalità, irragionevolezza e giustizia. L'irrazionalità riguarda la rottura dell'interna coerenza dell'ordinamento; l'irragionevolezza ha sempre a che fare con la coerenza dell'ordinamento, ma attraverso apprezzamenti di mera plausibilità, 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». Per questa ragione, in questi casi – continua l'Autore –, il controllo è in parte interno al sistema 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». 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». Nella nuova edizione del manuale, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 209 ss., hanno inserito fra i vizi di arbitrarietà della legge anche gli irragionevoli automatismi. Come può evincersi dal testo, noi non facciamo propria questa ricostruzione; infatti, non trattiamo gli automatismi come categoria autonoma, ma li ricompriamo fra i vizi di irrazionalità e i vizi di irragionevolezza. Ci allontaniamo dalla schematizzazione proposta nella nuova edizione del manuale anche su un altro punto. Nel tentativo di schematizzare gli automatismi, noi non facciamo propria la generale tripartizione dei vizi di arbitrarietà della legge nuovamente riproposta da Zagrebelsky e dalla Marcenò. Come, infatti, può evincersi dalla nostra bipartizione degli automatismi, proposta appena sopra, sono solo due le categorie di vizi della tripartizione che noi utilizziamo. A questa scelta non è sottesa una non condivisione della tripartizione nuovamente proposta dallo Zagrebelsky insieme alla Marcenò; la ragione è un'altra ed è essenzialmente di opportunità. Quello che si vuole perseguire, differenziando gli automatismi in solo due categorie, è far risultare ben evidenti i momenti in cui la Corte supera la rigida formulazione legislativa in base al principio di coerenza, quindi con una valutazione completamente interna all'ordinamento, da quando invece ciò avviene sulla spinta di un elemento esterno al diritto: il «caso», portatore di un autonomo contenuto di valore.

⁶⁶ Qui si è unito al vizio di irrazionalità della costruzione di Zagrebelsky il contenuto che A. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, dava ad una delle tre forme dell'incoerenza della normativa, la contraddittorietà per l'appunto (le altre due forme sono rappresentate dall'impertinenza e dall'inadeguatezza). 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 esso 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.

⁶⁷ G. SCACCIA, *op. cit.*, 196, il quale, inoltre, ricorda che le antinomie che rilevano in questi casi, infatti, sono di carattere teleologico o assiologico e non logico.

⁶⁸ Utilizzati qui nella definizione che ne dà G. SCACCIA, *op. cit.*, 192 ss. e spec. 202, il quale definisce contraddittorietà intrinseca, quella che si ha quando «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» (contraddittorietà semantica) oppure quando sussiste contraddizione fra la regolazione normativa e la sua *ratio* (contraddittorietà teleologica) o fra la previsione astratta e la sua concreta applicazione. Si ha, invece, contraddittorietà estrinseca, quando «la qualificazione legislativa si mostri in dissonanza con lo «spirito» dell'istituto o con le logiche del settore normativo nel quale si iscrive». A queste definizioni aderisce anche F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 15.

⁶⁹ Qui si riprendono alcuni elementi della schematizzazione di B. CARAVITA DI TORITTO, *Le quattro fasi del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 259 ss. e spec. 260-262. In questo scritto, l'Autore individua quattro fasi nel giudizio di uguaglianza ragionevolezza: il giudizio di uguaglianza in senso stretto, inteso come mero giudizio comparativo delle classificazioni legislative; il giudizio di uguaglianza-ragionevolezza, con il quale la Corte valuta le classificazioni rispetto al fine, per verificare se, rispetto a quest'ultimo, siano correttamente effettuate e pertanto non risultino sotto-inclusive o sovra-inclusive; il giudizio di ragionevolezza in senso forte, nel quale si rapporta sempre la norma rispetto al fine, ma quest'ultimo non si ricava dalla disciplina legislativa impugnata, ma dai principi della normativa di settore o dai principi costituzionali; infine, la ragionevolezza in senso debole, nella quale la Corte compie un giudizio di natura equitativa e in cui frequenti sono gli appelli al senso comune.



Il vizio di irrazionalità intrinseca è rilevato per mezzo del giudizio di uguaglianza ragionevolezza. In questo caso la Corte, attraverso un confronto con la *ratio* della statuizione, controlla che le classificazioni del legislatore non risultino sovra o sottodimensionate. In tali ipotesi arriva a sanzionare quella norma che si applica a soggetti che avrebbero dovuto essere esclusi o, viceversa, sarebbero dovuti essere inclusi nella disciplina sottoposta al controllo di costituzionalità⁷⁰. Sono esempi in tal senso, come avremo modo di spiegare analiticamente, le sentenze nn. 1 del 1971, 139 del 1982 e 357 del 1994. L'altro vizio di irrazionalità, la contraddittorietà estrinseca, è quello che emerge attraverso il giudizio di ragionevolezza in senso forte, attraverso il quale la norma oggetto viene posta a raffronto con un principio generale, un principio della normativa di settore o un principio costituzionale⁷¹, al fine di verificare se sia o meno conforme ad esso. Fra le decisioni di seguito analizzate rientrano in questo tipo di giudizio la sentenza n. 306 del 1993 e quelle in materia di custodia cautelare carceraria obbligatoria.

E' interessante notare che nei giudizi sulle norme che prevedono una presunzione assoluta, acquista uno spazio centrale nelle argomentazioni della Corte il controllo di evidenza⁷². In questi casi, infatti, la Consulta, al fine di arrivare ad affermare la contraddittorietà della legge, verifica la corrispondenza fra le statuizioni legislative e la realtà sottostante da queste disciplinata. In questi casi, il controllo si compone di un passaggio ulteriore, anche se non può affermarsi la presenza di due giudizi nettamente distinti fra loro. Come, infatti, ha insegnato Carlo Lavagna, i profili di evidenza e quelli della coerenza sono fortemente connessi fra loro, poiché il giudizio di coerenza presuppone sempre il momento dell'evidenza⁷³. Contrariamente agli altri casi, però, in cui è implicito o totalmente ricompreso nel giudizio di coerenza, qui il controllo di evidenza acquista uno spazio tale nelle argomentazioni della Corte, da fargli assumere, se non un rilievo autonomo, almeno uno spazio e dei contorni precisamente definiti. La centralità delle valutazioni di evidenza nelle argomentazioni della Corte trova la sua spiegazione nel fatto che le presunzioni assolute – come è stato sostenuto – sono sintomo di un automatismo illegittimo⁷⁴. Pertanto la Corte per verificare la legittimità o meno dell'automatismo

⁷⁰ E' bene ricordare, però, che ci sono anche delle decisioni nelle quali l'irrazionalità intrinseca assume una diversa connotazione. Ad esempio nella sentenza n. 179 del 2013 la norma è viziata da irrazionalità intrinseca sotto due diversi profili: quale contraddizione fra la regolazione normativa e la sua *ratio* e quale contrasto tra la previsione astratta e la sua concreta applicazione.

⁷¹ Questo vizio può essere avvicinato a quello che nella sua ricostruzione del 2003, quale Presidente della Corte, ZAGREBELSKY, *Relazione sulla giustizia costituzionale del 2003*, 34, denominava controllo di irragionevolezza, con il quale individuava quel controllo in cui entrava un «principio costituzionale di sostanza, il quale consente di apprezzare la rottura dell'ordinamento costituzionale operato eventualmente dalla legge oggetto di giudizio». L'Autore lo differenzia dal vizio di irrazionalità, nel quale, almeno limitatamente al tema che ci occupa, noi riteniamo, invece, che debba essere ricompreso, in quanto questo vizio esprime la contraddizione che viene ad esistere fra due enunciati normativi. Che la norma oggetto del giudizio sia non coerente con una norma di pari grado, con la propria *ratio* o con un principio costituzionale non rileva, almeno ai fini della nostra indagine. Ciò che è utile, per leggere la giurisprudenza sugli automatismi, è differenziare le ipotesi di contraddittorietà dalle altre; questo perché – come abbiamo avuto modo di chiarire – in tali ipotesi si ha un maggior grado di astrattezza del giudizio, in cui meno spazio occupa il caso concreto e il confronto è essenzialmente fra regole (da leggersi in senso atecnico e pertanto comprensivo anche dei principi).

⁷² Servendoci della definizione di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., 654, possiamo considerare il giudizio di evidenza come quel giudizio che arriva ad affermare la erroneità della legge sulla base di nozioni e cognizioni comuni, pacifiche ed universali. In questi giudizi, la Corte, infatti, spesso ricorre alla figura dell'*id quod plerumque accidit*, criterio statistico in base al quale, più che indagare la realtà sottostante alle scelte legislative, effettua un generico e apodittico ricorso a certi dati di comune esperienza (cfr. L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'uguaglianza*, cit., 657). Sembra, infatti, più un elemento retorico, che non un elemento attraverso il quale effettuare un controllo effettivo sulla corrispondenza con il substrato fattuale.

⁷³ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., 654, del quale riportiamo le parole: «il giudizio di coerenza presuppone sempre, sia pure in forma embrionale, un giudizio di evidenza [...] per dire infatti che la legge è contraddittoria [...] non si può non utilizzare una serie di contenuti esterni, ragionevolmente scelti e indirizzati».

⁷⁴ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 198.



dovrà necessariamente controllare prima la validità della presunzione, attraverso la verifica della sua corrispondenza a dati di esperienza generalizzati. Se c'è corrispondenza tra la presunzione legislativa e i dati di comune esperienza, le classificazioni del legislatore, che si basano sull'elemento presuntivo, non saranno irrazionali perché conformi alla *ratio* perseguita dalla normativa oggetto del giudizio di costituzionalità.

Al fine di rendere più chiaro quanto affermato si prenda il caso della misura di sicurezza del riformatorio giudiziario applicata al minore infraquattordicenne⁷⁵. Questa previsione era costruita in termini presuntivi, nel senso che veniva legislativamente attribuita al minore infraquattordicenne, incapace di intendere e volere che commetteva un reato, un elevato indice di pericolosità sociale che poteva essere neutralizzato solo con l'applicazione della misura del riformatorio giudiziario. La Corte in questa ipotesi si è premunita di verificare la compatibilità della presunzione con i dati di comune esperienza. Nel far ciò, ha rilevato che per i minori infraquattordicenni la pericolosità non costituiva la regola, ma l'eccezione. La classificazione legislativa, che ricomprendeva tali soggetti nell'applicazione automatica della misura di sicurezza, in forza del contrasto con i dati di comune esperienza, risultava allora irrazionale. Se i minori che commettono un reato non sono nella generalità dei casi soggetti socialmente pericolosi, viene meno la *ratio* dell'applicazione automatica della misure di sicurezza nei loro confronti. Il controllo di evidenza, in altri termini, è funzionale a rilevare il vizio di irrazionalità, perché dimostra il sovradimensionamento della disciplina legislativa, che comporta, per quelle categorie di soggetti ricompresi erroneamente nella formulazione legislativa, un'illegittima applicazione della misura.

L'altro tipo di vizio della discrezionalità del legislatore è quello dell'irragionevolezza- inadeguatezza, in questi casi si sanziona l'inadeguatezza della norma rispetto al caso regolato, o meglio, rispetto a quei valori che il caso viene ad incorporare. Ciò che in queste ipotesi rileva non è la coerenza, ma l'adeguatezza⁷⁶. Il controllo che compie la Corte perde fortemente i suoi connotati di astrattezza e il giudizio di costituzionalità si spinge quasi ai margini di un giudizio su un caso concreto. Rientrano in queste categorie di vizi le sentenze nn. 303 del 1996, 253 del 2003, 31 del 2012 e 7 del 2013. Come avremo modo di vedere, nella maggior parte dei casi in cui la norma oggetto del giudizio ha come destinatario un minore il controllo viene condotto alla stregua di tale giudizio.

PARTE II: Gli automatismi legislativi in alcune decisioni rilevanti suddivise per materia.

1. *In materia di destituzione dei pubblici impiegati*

Cominciamo la nostra analisi sulla giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi legislativi⁷⁷, partendo da una serie di pronunce in materia di destituzione dei pubblici impiegati, inaugurata dalla sentenza n. 971 del 1988. Per

⁷⁵ Corte cost. sentenza n. 1 del 1971, che sarà analizzata compiutamente *infra*.

⁷⁶ Questo vizio può ricondursi a quello che ZAGREBELSKY, *Relazione sulla giustizia costituzionale del 2003*, 36, individua nel giudizio "di giustizia" o di "intrinseca irragionevolezza".

⁷⁷ Analisi del campione giurisprudenziale che è stata condotta attraverso una suddivisione per materia. La scelta delle materie è stata determinata, da un lato, dal numero di sentenze sugli automatismi che sono intervenute in tali ambiti e, dall'altro, dall'esemplarità dei percorsi argomentativi della



affrontare il tema degli automatismi in tale settore, in realtà, bisogna preliminarmente fare riferimento alla sentenza n. 270 del 1986, in cui la Corte, pur rigettando la questione di legittimità⁷⁸, ha affermato l'esigenza che vengano adottati «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»⁷⁹. 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 Corte – vale tanto per il sistema penale, quanto per il sistema amministrativo. Il presupposto, che consente alla Corte di enunciare tale affermazione, è costituito dal fatto che la misura della destituzione dei pubblici impiegati, seppur di natura disciplinare-amministrativa, è una sanzione e pertanto è equiparabile alle sanzioni di natura penale, almeno per quanto riguarda i profili di costituzionalità.

La sentenza madre in tale settore, come sopra ricordato, è la sentenza n. 971 del 1988, nella quale la Corte dichiara l'incostituzionalità della previsione della destituzione di diritto a seguito di condanna penale, prevista per i pubblici dipendenti della Regione Sicilia⁸⁰. La Consulta richiama espressamente il principio affermato nella sentenza 270 del 1986. Nel sistema sanzionatorio, sia esso penale o amministrativo, vige infatti il principio della indispensabile gradualità sanzionatoria, in base al quale è necessario compiere valutazioni della condotta del soggetto che può essere colpito da essa. Valutazioni che devono essere effettuate, nella loro «naturale sede di valutazione: il procedimento disciplinare». In base a ciò, la norma, che non prevede che le condotte siano valutate nel procedimento disciplinare al fine di irrogare la sanzione, «risulta incoerente, per il suo automatismo, e conseguentemente irrazionale *ex art. 3 Cost.*». Come si evince dalle parole della Corte, posto il principio della graduazione della sanzione, l'automatismo rende la norma incoerente rispetto a tale principio e pertanto irrazionale. Il vizio che rileva in tale decisione è quello della contraddittorietà estrinseca. La Consulta, infatti, arriva a dichiarare l'incostituzionalità della norma oggetto in forza del raffronto fra quanto da questa previsto e il principio generale vigente in materia, con il quale risulta in contrasto. E', infatti, indispensabile – chiarirà la Corte nella successiva sentenza n. 40 del 1990 – che il «“principio di proporzione” che è alla base della razionalità che domina il “principio di uguaglianza”, regoli sempre l'adeguatezza della sanzione al caso concreto»⁸¹.

Corte (anche in ragione di rendere più agevole l'operazione di categorizzazione dei vizi degli automatismi). Vi è la consapevolezza in chi scrive che l'operazione possa risultare incompiuta sia per il tempo, ancora tutto sommato limitato, che abbiamo potuto dedicare allo studio del tema; sia perché, in tal modo, si sono dovute escludere quelle sentenze che costituivano un caso isolato di dichiarazione di incostituzionalità in una determinata materia. Si è provato a porre rimedio a quest'ultimo inconveniente cercando di dar conto di queste ultime decisioni accostandole a quelle che rientrano nella nostra classificazione e con le quali condividono il medesimo vizio.

⁷⁸ La Corte dichiara inammissibile la questione perché l'intervento, che le veniva richiesto, avrebbe comportato una invasione nella sfera di competenza del legislatore. Tale pronuncia riveste i caratteri di una pronuncia monitoria, perché la Consulta rileva la irrazionalità del sistema, ma ritiene che per renderlo compatibile a Costituzione è indispensabile l'intervento del legislatore.

⁷⁹ Punto 4c cons. dir.

⁸⁰ La dichiarazione di incostituzionalità ha investito l'art. 85 lett. a) d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (statuto degli impiegati civili dello Stato) e l'art. 236 delle norme della Regione Sicilia di cui al d.lgv. pres. 29 ottobre 1955 n. 6 (Ordinamento amministrativo degli enti locali nella Regione siciliana), il quale disponeva che l'impiegato incorreva nella destituzione, escluso il procedimento disciplinare, a seguito di condanna per taluni delitti specificamente elencati, fra cui il peculato, così come nel caso da cui era sorta la questione di costituzionalità.

⁸¹ In questa decisione, infatti, la Corte afferma che «l'automatismo di un'unica massima sanzione, prevista indifferentemente per l'infinita serie di situazioni che stanno nell'area della commissione di uno stesso pur grave reato, non può reggere il confronto con il principio di eguaglianza che, come



Merita di essere qui analizzata nello specifico 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». Il principio di uguaglianza, permeato dalla “razionalità” che in tali ipotesi si esplica come “necessaria proporzionalità”, vale da solo a prevalere nel bilanciamento con le esigenze di carattere generale. E' 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 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. In questa decisione la Corte afferma, infatti, che l'«interesse collettivo attinente alla sicurezza pubblica» porta ad escludere la violazione dei principi di cui all'art. 3 Cost., vale a dire l'interesse del singolo alla graduazione della sanzione disciplinare.

La decisione che qui si analizza è, in verità, interessante anche per un altro profilo: la Corte per vincere il peso della sicurezza e dell'ordine pubblico non ha qui utilizzato nell'argomentazione nessun altro parametro se non l'articolo 3 Cost. Tale particolarità risulta evidente, se la si confronta con la sent. n. 48 del 1994. In questa decisione la Corte risolve il bilanciamento con le esigenze di ordine pubblico ricorrendo anche ad un “parametro forte” quale l'articolo 27 Cost., nella veste del principio di non colpevolezza⁸². In tutte queste pronunce la Corte dichiara l'incostituzionalità dell'automatismo ricorrendo all'articolo 3 Cost., quale esplicazione del principio di razionalità. Le norme censurate, infatti, nel prevedere una sanzione da applicarsi automaticamente, risultano incoerenti non solo in quanto assoggettano ad una stessa sanzione situazioni di fatto assai differenti, ma soprattutto perché risultano in contrasto con il principio generale regolatore della materia, il quale prevede la indispensabile gradualità sanzionatoria, che ha come corollario la necessità che si compiano valutazioni sulla condotta del soggetto.

In questa materia, il giudizio della Corte presenta il maggior livello di astrattezza, rispetto a tutti i giudizi che analizziamo in questo lavoro. Nelle decisioni, infatti, si legge che la norma è incostituzionale perché non prevede che la sanzione sia irrogata a seguito di una valutazione, che deve compiersi nella sua sede naturale: il procedimento disciplinare. L'incostituzionalità è allora determinata dalla mancata previsione (o meglio esclusione) di qualcosa che avrebbero dovuto prevedere, il procedimento disciplinare per l'appunto. La Corte, quindi, in questo caso non sanziona

esige lo stesso trattamento per identiche situazioni, postula un trattamento differenziato per situazioni diverse». Ciò è stato confermato in una serie di altre pronunce successive: sentenze nn. 158/90; 16/91; 329/07 e 363/96.

⁸² Cfr. punto 4 cons. dir.



la semplice assolutezza della regola, che non permetterebbe al giudice di compiere la giusta valutazione e il corretto temperamento degli interessi coinvolti nel caso concreto, ma la regola stessa, che prevede un sistema – l’applicazione diretta della sanzione – a scapito di un altro: il procedimento disciplinare. In altri termini il rapporto diretto tra protasi e apodosi non viene “spezzato”, inserendo eccezioni che lasciano inalterata la regola generale ma permettono di tenere in considerazione situazioni particolari. Il rapporto, viceversa, in questo caso viene completamente riformulato, perché viene completamente riscritta la protasi: la sanzione è applicata (apodosi) solo se si accerta la responsabilità a seguito di un procedimento disciplinare (protasi).

Una conferma di ciò è data dal fatto che la Corte in questi casi ricorre alle sentenze sostitutive. Alle volte, la sentenza è chiaramente sostitutiva, come la sentenza n. 40 del 1990, altre volte, invece, il dispositivo non adotta la formula classica di questa tipologia di sentenze, ma è riconducibile a tale categoria⁸³.

2. In tema di misure di sicurezza

In tema di automatismi e misure di sicurezza, la giurisprudenza della Corte costituzionale può suddividersi in due filoni molto ben distinti fra loro. Un primo, nel quale la Corte si concentra sulla ragionevolezza delle presunzioni di pericolosità sociale contenute nelle disposizioni oggetto del suo scrutinio; un secondo, nel quale la Consulta valuta, invece, la idoneità in sé della misura di sicurezza.

Differenti sono anche i vizi della discrezionalità legislativa rilevati e, di conseguenza, gli argomenti utilizzati per dichiarare l’incostituzionalità della norma sottoposta a scrutinio. Nel primo gruppo la Corte, a seguito di un controllo di evidenza, rileva il vizio di irrazionalità della previsione normativa, ricorrendo agli argomenti della uguaglianza-ragionevolezza e della ragionevolezza in senso forte. Nel secondo gruppo, invece, il vizio sanzionato dalla Corte è quello di irragionevolezza-inadeguatezza, in quanto la norma non risulta adeguata alle esigenze del caso concreto.

Cominciamo dall’analisi del primo gruppo di pronunce, vale a dire quelle in tema di presunzioni assolute. Le prime ordinanze di rimessione, che hanno sollecitato l’intervento della Corte in materia, avevano invocato vari parametri, ma

⁸³ Come nelle sentenze nn. 971 del 1981 e 329 del 2007. Nel dispositivo della prima la norma è dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevede, «in luogo del provvedimento di destituzione di diritto, l’apertura e lo svolgimento del procedimento disciplinare». Se si scompone il dispositivo, infatti, può evincersi che la Corte dichiara l’incostituzionalità della disposizione nella parte in cui prevede il provvedimento di destituzione di diritto, anziché l’apertura e lo svolgimento del procedimento disciplinare. Nella seconda decisione, invece, la Corte effettua una delega di bilanciamento verso la pubblica amministrazione. In questo caso la Corte ha dichiarato l’incostituzionalità della norma la quale prevedeva che l’impiegato, decaduto in quanto aveva ottenuto l’impiego con la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile, non potesse concorrere ad altro impiego nell’amministrazione dello Stato. Ha, pertanto, stabilito che l’amministrazione dovesse avere il potere di valutare il provvedimento di decadenza, al fine di verificare se la preclusione fosse davvero proporzionata alla gravità del comportamento che aveva determinato la decadenza. Sulla scorta di ciò, il dispositivo recita: è dichiarata «l’illegittimità costituzionale dell’art. 128, secondo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), nella parte in cui non prevede l’obbligo dell’amministrazione di valutare il provvedimento di decadenza dall’impiego, emesso ai sensi dell’art. 127, primo comma, lettera d), dello stesso decreto, al fine della ponderazione della proporzione tra gravità del comportamento e divieto di concorrere ad altro impiego nell’amministrazione dello Stato». Anche qui è agevole scomporre il dispositivo per poi riformularlo, al fine di far risultare con chiarezza che, in realtà, ci si trova davanti ad una sentenza sostitutiva. La Corte, in questo caso, preliminarmente dichiara incostituzionale la preclusione operante di diritto e, poi, secondariamente, afferma che deve invece essere previsto che l’amministrazione valuti il provvedimento di decadenza al fine di applicare o meno la preclusione. In conclusione, il dispositivo potrebbe riscriversi in tal senso “è dichiarata costituzionalmente illegittima la disposizione nella parte in cui prevede la norma X (preclusione di diritto) anziché prevedere la norma Y (vale a dire che la preclusione sia applicata a seguito della valutazione della pubblica amministrazione).



non avevano mai richiamato l'articolo 3 Cost. Proprio il richiamo a tale parametro permette, invece, di pervenire alla prima pronuncia di accoglimento, vale a dire la sentenza n. 1 del 1971. Questa pronuncia, però, per vari motivi, non segna una svolta nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia. In primo luogo, perché non era ancora maturata la convinzione del carattere discriminatorio di molte di tali misure⁸⁴. In secondo luogo, perché essa riteneva che un suo intervento sarebbe risultato lesivo della discrezionalità del legislatore⁸⁵, anche in forza della convinzione che il sistema delle presunzioni trovasse una giustificazione in ragione delle obiettive difficoltà che un giudizio in materia presentava. La Consulta non giudicava possibile «stabilire in astratto se corrisponda meglio al principio di uguaglianza» far ricorso alla predeterminazione presuntiva contenuta nella fattispecie legale o affidare al giudice il compito di procedere all'accertamento in concreto caso per caso⁸⁶. Affermava, infatti, che il sistema di difesa sociale attuato dal codice doveva necessariamente ricorrere a mere probabilità in quanto è impossibile tendere ad un accertamento del pericolo effettivo. Certezza, rilevava la Corte, che del resto non poteva neanche essere raggiunta se la valutazione fosse stata condotta dal giudice⁸⁷.

Dopo tale necessario, seppur sommario, richiamo alla prima giurisprudenza della Corte in tema di misure di sicurezza, possiamo addentrarci nel tema che ci occupa. Le prime due pronunce che analizziamo sono quelle nelle quali la Corte ha rilevato il vizio di irrazionalità della rigida previsione legislativa, alla stregua dell'articolo 3 Cost.

In queste decisioni la Corte controlla la legittimità costituzionale delle presunzioni legislative, verificando che il valore predittivo in esse contenuto sia conforme all'*id quod plerumque accidit*⁸⁸, dal quale dipenderà la razionalità delle classificazioni legislative. Se, infatti, la presunzione risulta coerente con i dati di comune esperienza, risulteranno coerenti anche le classificazioni legislative, che su tali presunzioni sono state costruite. Dalla rispondenza, poi, delle classificazioni legislative alla «normalità sottostante»⁸⁹, deriva la coerenza della previsione rispetto al fine da essa perseguito: neutralizzare la pericolosità sociale dei destinatari della norma.

⁸⁴ Così G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano, 2012, 239. L'Autore, inoltre, riporta a pagina 240 *sub* nota 160 alcune decisioni che hanno ritenuto non incompatibili con la Costituzione molte presunzioni assolute previste dal codice penale. Fra queste, noi qui ricordiamo – in quanto il ragionamento della Corte è tutto incentrato intorno alla violazione dell'art. 3 Cost. e non su altri parametri – le sentt. nn. 100 del 1971, 110 del 1974, 119 del 1976. La Corte nella sentenza n. 119 del 1976 punto 2 cons. dir, infatti, rigetta le questioni di costituzionalità, trovando una giustificazione nella «difficoltà obiettive di accertamento che non consentirebbero al legislatore di stabilire se corrisponde meglio al principio di eguaglianza predeterminare il periodo minimo di ricovero, proporzionato all'entità del reato commesso, o affidare, invece, caso per caso, al giudice la irrorazione della stessa misura».

⁸⁵ La Corte chiarisce che non può spettare a lei l'apprezzamento della «discrezionalità usata dal Codice nel dare regolamento presuntivo e generale» di quelle determinate condizioni, in presenza delle quali deve applicarsi la misura di sicurezza.

⁸⁶ Corte cost. sentenza n. 106 del 1972 punto 3 cons. dir.

⁸⁷ Corte cost. sentenza n. 68 del 1967 punto 2 cons. dir. E nella sentenza n. 19 del 1974 punto 5 cons. dir. la Corte si spinge addirittura oltre. In questa pronuncia, infatti, il giudice delle leggi, non solo non ha rilevato alcuna violazione del principio di uguaglianza, ma ha, anzi, affermato che il legislatore ha dato «generalizzata significazione – al fine della prevenzione criminale → ad alcuni elementi, che costituendo gli unici elementi da apprezzare, se vengono combinati «in modo uniforme, sono suscettibili *ex se* (indipendentemente dalla valutazione di ogni altro dato od elemento, che resta, perciò, assorbita) di individuare (sotto il profilo della pericolosità, che qui ne interessa) una obiettiva uniformità di situazioni». Pertanto – continua la Corte – «la previsione di una identica regola di giudizio per l'irrogazione della misura di sicurezza: non si pone in contrasto con il principio di uguaglianza, bensì persegue il fine di farne applicazione».

⁸⁸ Come scrive R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 324, questa è una figura «che 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».

⁸⁹ L'espressione è di R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 324.



In questi settori normativi, infatti, il controllo di ragionevolezza ad opera della Corte si svolge tutto attorno alla presunzione normativa ed è questa che viene investita direttamente dalla dichiarazione di incostituzionalità, di modo che il superamento del c.d. automatismo è una conseguenza del processo di falsificazione a cui viene sottoposta la regola presuntiva, attraverso il controllo di evidenza. Affinché la presunzione superi indenne tale controllo è sufficiente 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 commettano nuovi reati»⁹⁰.

Come accennato, in questo primo gruppo di pronunce la Corte rileva – in base alla nostra schematizzazione⁹¹ – il vizio di irrazionalità, attraverso un giudizio di uguaglianza-ragionevolezza. In questi casi, infatti, la Corte rapporta le classificazioni alla *ratio* della norma per valutare se rispetto ad essa siano sovra o sottodimensionate.

Nella prima di queste sentenze, la n. 1 del 1971, la Consulta dichiara l'incostituzionalità dell'art. 224, II co., c.p. nella parte in cui prevede come misura obbligatoria ed automatica il ricovero in riformatorio giudiziario per i minori di anni quattordici. La norma è affetta da vizio di sovradimensionamento in quanto, accomunando sotto la stessa disciplina situazioni differenti, prevede lo stesso trattamento sia per i minori che si avvicinano agli anni quattordici sia per infanti o bimbi di tenera età.

In materia di misure di sicurezza, la pericolosità presunta, collegata alla commissione di un determinato reato, trova supporto in una regola generale che si basa su una comune esperienza. La capacità predittiva di tale regola, però, valida per tutti gli altri soggetti che commettono un reato e sono non imputabili, viene meno nei riguardi del minore. Come, infatti, afferma la Corte, «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»⁹². Se la pericolosità è l'eccezione, la norma, per quella determinata categoria di soggetti, risulta inidonea a perseguire la sua finalità di difesa sociale. Una volta che la Corte rileva che la regola è sovradimensionata, nel senso che comprende nel suo campo di applicazione anche soggetti che ne dovrebbero essere esclusi, come conseguenza necessitata colpisce l'automatismo. Rilevata la incongruenza della regola, e pertanto la sua irrazionalità, perde qualsiasi giustificazione l'obbligatorietà e l'automaticità della misura di sicurezza, in quanto la «“presunzione di pericolosità”, in concreto, non significa altro che l'obbligatoria ed automatica applicazione della misura in tali ipotesi, indipendentemente da qualsiasi altra considerazione e da eventuali ulteriori accertamenti»⁹³.

Similmente nella sentenza n. 139 del 1982 viene rilevato il vizio di irrazionalità. La decisione dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 222, I co., 204, cpv. e 205, cpv. n. 2, del codice penale, nella parte in cui non subordinano il

⁹⁰ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 238.

⁹¹ Si veda PARTE I, par. 7.

⁹² Corte cost. sentenza n. 1 del 1971 punto 5 cons. dir.

⁹³ Corte cost. sent. n. 139 del 1983. Quanto appena riportato è un passaggio fondamentale, come si avrà modo di vedere anche nelle decisioni in materia di custodia cautelare.



provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica 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 misura.

Anche qui la Corte sottopone preliminarmente la presunzione assoluta al controllo di evidenza, al fine di verificare se abbia o meno fondamento *nell'id quod plerumque accidit*. La Consulta riconosce questa corrispondenza per la prima delle due presunzioni rientranti nella norma oggetto del giudizio, il nesso fra l'infermità e la pericolosità, ma non per la seconda delle presunzioni in essa contenuta: il perdurare dell'infermità psichica⁹⁴. Afferma, infatti, che non solo quest'ultima presunzione non è sorretta da «dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione», ma non ha addirittura fondamento in basi scientifiche, in quanto contrasta con esse «ipotizzare uno stato di salute (anzi di malattia) che si mantenga costante». Ciò «allontana 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 riferirsi. Infatti, come rileva la Corte, la misura andrà ugualmente applicata a soggetti che, al momento del giudizio, siano ancora infermi di mente e a coloro che, invece abbiano subito una positiva evoluzione.

Anche in questo caso, la norma, costruita su una presunzione, risulta sovradimensionata, in quanto accomuna situazioni soggettive tra loro differenti⁹⁵.

Nei due casi esaminati, la Corte valuta che la regola generale adottata in termini presuntivi risponda ai dati di comune esperienza e da ciò dipende la coerenza rispetto al fine perseguito: neutralizzare la pericolosità sociale di quelle determinate categorie da essa prese in considerazione. In questi casi, la Corte, innanzitutto, attraverso il controllo di evidenza, verifica che gli indici presuntivi, su cui si basano le classificazioni legislative, trovino fondamento nella comune

⁹⁴ La Corte ribadisce l'irrazionalità della presunzione di persistenza dell'infermità anche per le ipotesi di vizio parziale di mente nella sentenza n. 249 del 1983. In questa decisione la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 204, II co. c.p. e 219, I co. c.p., vale a dire l'incostituzionalità del 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. Nel superare il rigido sistema legale, inoltre, afferma la necessità di subordinare all'accertamento concreto del giudice, nel momento della concreta applicazione della misura di sicurezza, la persistente pericolosità sociale dovuta all'infermità. In questi casi, infatti, prima dell'intervento della Corte, il soggetto infermo doveva scontare la pena detentiva e pertanto l'applicazione della misura di sicurezza era successiva alla condanna, determinandosi una dilatazione dell'intervallo temporale tra il momento dell'accertamento dell'infermità psichica e la concreta applicazione della misura di sicurezza. La necessità di recente ribadito anche per le misure di prevenzione personale dalla 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». Orientamento di recente ribadito anche per le misure di prevenzione personale dalla sentenza n. 291 del 2013, nella quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 12 l. n. 1423 del 1956 nella parte in cui non prevede 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».

⁹⁵ Merita qui di essere ricordata anche la sentenza n. 172 del 2012, in materia non di misure di sicurezza ma di immigrazione. In questa decisione la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 1-ter, co. 13, lettera c), del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), «nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 del codice di procedura penale, senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato». La Corte, fra gli altri profili di illegittimità, rileva che la presunzione di pericolosità sottesa all'automatismo è incostituzionale perché non conforme alla comune esperienza, infatti: «assume anzitutto rilievo la considerazione che il diniego della regolarizzazione consegue automaticamente alla pronuncia di una sentenza di condanna anche per uno dei reati di cui all'art. 381 cod. proc. pen., nonostante che gli stessi non siano necessariamente sintomatici della pericolosità di colui che li ha commessi».



esperienza o in basi scientifiche. Verifica, quindi, che ai destinatari della norma si possa attribuire una, se non effettiva, almeno altamente probabile pericolosità sociale. Se tale controllo ha esito positivo, la norma risulterà non irrazionale e di conseguenza congruente al fine cui è preposta, in quanto i soggetti che rientrano nella classificazione legislativa sono socialmente pericolosi e pertanto l'applicazione automatica della misura di sicurezza sarà conforme alla sua *ratio*.

Dalla razionalità della classificazione legislativa deriverà, di conseguenza, la non incostituzionalità dell'applicazione automatica della misura. Se, viceversa, il controllo sulla presunzione ha esito negativo, l'applicazione della misura in modo rigido e automatico risulterà priva di giustificazione e pertanto sarà dichiarata incostituzionale. Come si può evincere – e a conferma di quanto già detto in precedenza – in questi casi la Corte non colpisce direttamente l'automatismo, ma supera la presunzione contenuta nella norma oggetto di scrutinio. L'eliminazione del primo sarà solo la conseguenza della irrazionalità della seconda⁹⁶.

Con la nota sentenza 253 del 2003, la Corte costituzionale sembra inaugurare un nuovo corso della propria giurisprudenza in tema di automatismi in tale materia⁹⁷. Ciò in parte è stato merito anche dell'ordinanza di rimessione che ha denunciato proprio il «rigido automatismo della regola legale», che impone al giudice di applicare una determinata misura di sicurezza, nello specifico il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario. Il giudice, infatti, è costretto ad applicare tale misura anche in quei casi in cui questa non appare adeguata alle caratteristiche del soggetto, alle sue esigenze terapeutiche e al livello della sua pericolosità sociale. Per riportare le parole della Corte: «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».

La decisione si differenzia da quelle analizzate in precedenza e costituisce un ponte fra le sentenze in tema di automatismi presenti in vari settori dell'ordinamento e quelle che sono intervenute nel campo dei minori, che, come avremo modo di vedere, presentano delle rilevanti particolarità.

⁹⁶ Anche nella sentenza n. 58 del 1995, il vizio rilevato può ricondursi al vizio di irrazionalità della disciplina. Questa decisione merita di essere richiamata perché, plasticamente, dimostra come anche la giurisprudenza in tema di automatismi sia affetta dalla stessa confusione concettuale che si riscontra più in generale nelle decisioni in cui la Corte fa ricorso al principio o giudizio di ragionevolezza, per i quali mancano schemi o *test* di giudizio predefiniti. La Corte, preliminarmente, ricorda che in materia vige il principio generale in base al quale «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa» (così, infatti, stabilisce al secondo comma l'art. 31 della legge 10 ottobre 1986, il quale, inoltre, al primo comma ha abrogato l'articolo 204 c.p.). Una misura che si dimostrasse non conforme a tale principio, perché costruita in termini presuntivi, potrebbe superare il controllo di costituzionalità solo a seguito di un «rigoroso scrutinio». In queste ipotesi, infatti, la restrizione della libertà personale deve trovare giustificazione nell'«effettiva garanzia di altri valori costituzionali». In altri termini, le presunzioni di pericolosità possono superare positivamente il controllo di costituzionalità solo a seguito di un bilanciamento tra il sacrificio della libertà personale e la realizzazione di altri valori costituzionali, dal quale queste ultime risultassero prevalenti. Il giudice delle leggi, però, non si inoltra nell'analisi della eventuale coerenza della norma al principio generale vigente nella materia, né effettua concretamente il bilanciamento, ma sembra compiere un salto logico per arrivare alla soluzione della questione di costituzionalità. Basa, infatti, la soluzione della questione di legittimità sulla disparità di trattamento che si viene a determinare tra coloro a cui si applica la norma oggetto di scrutinio e la situazione degli altri soggetti che rientrano nel campo di applicazione delle altre misure di sicurezza previste in materia, le quali, invece, prevedono che il giudice compia una valutazione in concreto della pericolosità sociale.

⁹⁷ Questa e le successive sentenze richiamate in questo paragrafo rientrano nel secondo filone delle decisioni in materia di misure di sicurezza: in quelle che sanzionano gli automatismi che distorcono la disciplina, in quanto affetti dal vizio di irragionevolezza-inadeguatezza.



In questa decisione non si trova più traccia di un controllo rivolto al principio di coerenza, sia esso fra norme di pari grado o fra norma oggetto e un principio costituzionale o un principio generale vigente in materia.

Il nucleo argomentativo della Corte si sviluppa, invece, attorno alla lesione del diritto alla salute del soggetto colpito dalla misura di sicurezza, ma ad un'analisi più attenta, invero, si può verificare che la Corte si preoccupa di rendere la regola legislativa adeguata al caso concreto. Ciò avviene riconoscendo al giudice il potere di effettuare il bilanciamento in concreto fra le diverse esigenze costituzionali. Si osserverà che nulla cambia rispetto alle altre ipotesi in cui, comunque, la Consulta afferma che si debba preferire il momento valutativo rispetto all'applicazione automatica. Sul piano delle conseguenze pratiche, effettivamente, le varie decisioni in tema di automatismi non differiscono; tutte prevedono una delega di bilanciamento verso il giudice (o la pubblica amministrazione, vale a dire il soggetto applicatore della norma). Non è, in altri termini, per la delega di bilanciamento che questa decisione (come quelle in tema di minori) risulta particolare. La particolarità consiste nell'impostazione del ragionamento della Corte. E specificamente nella tensione fra la regola legislativa e le esigenze del caso concreto; o meglio, nell'influenza che il caso esercita sulle formulazioni legislative. Per tale ragione, riteniamo che questa, come le decisioni in tema di minori, rientrino in un'altra e differente categoria dei vizi della discrezionalità del legislatore: quella della irragionevolezza-inadeguatezza.

Sulla scorta di ciò, il ragionamento della Corte condotto secondo "parametri" formali (violazione del diritto alla salute, pericolosità sociale da neutralizzare e infine necessità di compiere un bilanciamento fra queste diverse esigenze costituzionali) è la patina che emerge grazie alla spinta che il caso concreto esercita sul diritto. Ciò, del resto, lo si evince anche dalle espressioni utilizzate dalla Corte: «appaia capace in concreto», «appaia idoneo in concreto», «esclude ogni apprezzamento della situazione» e, infine, «può rivelarsi in concreto lesiva». La Corte parte dall'interesse coinvolto nella norma, nel suo momento applicativo quindi, al fine di verificare se la tutela riconosciuta sia adeguata e arriva – quasi secondo un processo inverso – a rilevarne l'incostituzionalità. Incostituzionalità che colpisce la generalità e l'astrattezza della disposizione oggetto del controllo, in altri termini colpisce la legge... perché legge⁹⁸. Come, infatti, afferma la Corte la «legge qui adotta un modello che esclude ogni apprezzamento della situazione da parte del giudice, per imporgli un'unica scelta, che può rivelarsi, in concreto, lesiva del necessario equilibrio fra le diverse esigenze che deve invece necessariamente caratterizzare questo tipo di fattispecie, e persino tale da pregiudicare la salute dell'infermo: ciò che, come si è detto, non è in alcun caso ammissibile».

La Corte riprende tali argomentazioni con la sentenza n. 367 del 2004⁹⁹, in cui dichiara l'incostituzionalità, per il contrasto con il principio di ragionevolezza e il diritto alla salute, dell'art. 206 c.p. nella parte in cui prevede l'ospedale psichiatrico giudiziario come unica misura provvisoria applicabile. Anche in questa decisione la Consulta colpisce

⁹⁸ Così T. GROPPI, *La sentenza n. 253 del 2003: La Corte e il "diritto mite"*, in www.forumcostituzionale.it, 2003, 1.

⁹⁹ La Corte, infatti, afferma nel punto 4 cons. dir. 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».



l'automatismo che non consente al giudice di disporre, in via provvisoria, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale. 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 attiene 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».

Merita di essere già qui ricordata, per poi essere oggetto di più approfondita analisi più avanti, anche la sentenza n. 208 del 2009, con la quale la Corte rigetta 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.

3. In tema di esecuzione della pena

La giurisprudenza costituzionale in materia di esecuzione della pena presenta una particolarità rilevante rispetto alle decisioni precedenti, vale a dire l'utilizzo costante, quale parametro, dell'art. 27 Cost. Ciò, spiegabile essenzialmente *ratione materiae*, comporta delle particolarità nello schema argomentativo delle decisioni¹⁰⁰.

¹⁰⁰ 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 prevede 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 sia risultato anche in contrasto 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 enunciate dalla norma, 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 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.



Iniziamo ad analizzare le pronunce maggiormente significative partendo dalla sentenza n. 306 del 1993, alla quale dedicheremo particolare attenzione in quanto pone le basi per tutte la successiva giurisprudenza in materia. In questa decisione la Corte costituzionale ha giudicato sulla legittimità costituzionale dell'articolo 15, II co., del d.l. 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 avevano commesso uno dei delitti indicati dall'416-bis I co.c.p. – delitti di criminalità organizzata – e non collaborassero con la giustizia¹⁰¹.

In tale occasione la Corte inizia il suo ragionamento ricordando 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 (cfr. sentenze nn. 343 del 1987 e 282 del 1989): principio che consegue a quelli di proporzionalità e individualizzazione della pena, cui l'esecuzione deve essere improntata, i quali a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma (cfr. sentenze nn. 50 del 1980 e 203 del 1991) e 3 della Costituzione». 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»¹⁰².

Chiarito qual è il principio che deve guidare la disciplina della materia, la Corte ricostruisce la fisionomia della normativa sottoposta a scrutinio di costituzionalità. Anche in questo caso la disciplina si fonda su una presunzione: dalla collaborazione si desume l'assenza di pericolosità sociale, perché essa dimostrerebbe l'interruzione dei contatti con la criminalità organizzata. Presunzione, questa, considerata dalla Corte ragionevole, mentre è ritenuta irragionevole l'altra, implicitamente risultante dalla revoca automatica del beneficio: la mancata collaborazione come indice presuntivo della persistente pericolosità sociale. Questa, infatti, viene posta a falsificazione dalla Corte, evidenziando che la mancata collaborazione può essere incolpevole. Essa può essere causata da altri fattori indipendenti dalla volontà dell'individuo e pertanto non è idonea a costituire un valido indice di pericolosità specifica¹⁰³.

Rilevata tale incongruenza, ne deriva l'irrazionalità della norma che lega alla mancata collaborazione la revoca del beneficio. Poiché, però, la regola presuntiva esplicitamente sottesa alla disciplina è valida¹⁰⁴, 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 giudice¹⁰⁵. Solo se questo controllo si conclude con esito positivo, potrà essere disposta la revoca della misura. Accertato, infatti, che la mancata collaborazione può

¹⁰¹ La *ratio* sottesa alla disciplina legislativa è quella di contrastare la criminalità organizzata, attribuendo vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia.

¹⁰² Questo è quanto la Corte aveva già affermato nella sentenza n. 299 del 1992.

¹⁰³ Sul punto, la Consulta in un'altra occasione (Corte cost. sentenza n. 445 del 1997) affermerà 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».

¹⁰⁴ Vale a dire che la presunzione che la collaborazione esclude la pericolosità del soggetto; valida perché vi è un elevato grado di probabilità che alla collaborazione possa corrispondere la fine del sodalizio criminale con l'organizzazione.

¹⁰⁵ 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.



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. Il rigido automatismo è viziato, allora, sotto il profilo della irrazionalità e più specificamente il vizio è quello della contraddittorietà estrinseca. Come abbiamo visto, a tale esito si arriva passando attraverso la verifica delle basi razionali della presunzione.

Allora qui l'operazione della Corte, almeno dal punto di vista argomentativo, si arricchisce di un ulteriore passaggio rispetto alle altre decisioni¹⁰⁶ in tema di misure di sicurezza. La verifica sulle basi razionali dell'indice presuntivo viene ugualmente condotto¹⁰⁷, anche qui attraverso un controllo di evidenza, dai contorni, però, molto più sfumati. Diversamente da quanto registrato per le decisioni in materia di misure di sicurezza, però, il superamento dell'automatismo non sarà solo un riflesso della demolizione della presunzione, ma sarà determinato dal contrasto diretto che la normativa rigida ha con il principio regolatore della materia.

Il risultato dal punto di vista pratico è il medesimo, la variazione dello schema argomentativo della Corte dimostra, però, che il Giudice delle leggi, tutte quelle volte in cui riesce a ricavare un principio generale vigente in materia, preferisce superare l'automatismo dichiarandone il contrasto con quest'ultimo¹⁰⁸. Il controllo sulle basi razionali della presunzione avrà allora soltanto la funzione di delegittimare quest'ultima, al fine di eliminare qualsiasi ostacolo all'emersione del contrasto con il principio generale della materia.

Merita di essere ricordato un altro aspetto, toccato molto velocemente dalla Consulta, ma che, come si vedrà, acquirerà un valore centrale nella giurisprudenza successiva. Il sistema rigido risulta, altresì, irragionevole sotto un profilo ulteriore, in quanto comporta anche una «rilevante compressione della finalità rieducativa della pena», in quanto finisce per vanificare «programmi e percorsi rieducativi (in atto magari da lungo tempo)»¹⁰⁹.

L'altra sentenza che merita di essere ricordata è la n. 357 del 1994, in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4-bis, primo comma secondo periodo ord. pen., nella parte in cui non prevede l'accesso alle misure alternative alla detenzione nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. L'articolo sottoposto a scrutinio di costituzionalità prevedeva, infatti, la concessione di misure alternative alla detenzione solo per i soggetti condannati per determinati reati a condizione che collaborassero con la giustizia (1° com). Al co. 1-bis, fra le altre ipotesi prevedeva la concessione dei benefici anche se la collaborazione risultava oggettivamente irrilevante, ma

¹⁰⁶ Cfr. in proposito Corte cost. sentenza n. 255 del 2006, in cui la Corte si limita ad affermare – con una motivazione, peraltro, molto agile – la violazione del principio di proporzionalità e individualizzazione della pena.

¹⁰⁷ In questo caso non riteniamo si possa parlare di un vero e proprio controllo di evidenza in quanto, diversamente da quanto avviene in materia di misure di sicurezza e di custodia cautelare, non pare esservi un raffronto fra la presunzione e la realtà sottostante, ma sembra che il controllo sia tutto sulla logicità della disciplina. In effetti attraverso una pura operazione logica si può arrivare a superare il collegamento fra assenza di collaborazione e pericolosità sociale. Non è necessario dimostrare o apportare dati di comune esperienza per arrivare a sostenere che la mancata collaborazione può essere anche incolpevole e pertanto non possa valere come indice di pericolosità.

¹⁰⁸ Ciò, come vedremo, è confermato dalla giurisprudenza in materia di custodia cautelare.

¹⁰⁹ Come è evidente, anche in questo caso la Corte sanziona il vizio di contraddizione estrinseca, questa volta, però, il contrasto non è con un principio generale regolatore della materia, ma direttamente con un più generale principio costituzionale.



fosse applicata nei loro confronti una delle circostanze attenuanti previste dall'articolo 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'articolo 114 ovvero dall'articolo 116, secondo comma, del codice penale.

In questo caso la Corte supera il rigido sistema di concessione dei benefici, andando ad operare non direttamente sull'automatismo, ma sulla parte della disposizione che circoscrive i soggetti che possano accedere ai benefici penitenziari. La norma, infatti, risulta sottoinclusiva¹¹⁰ poiché esclude casi che ben potrebbero essere ricompresi nella disciplina. Pertanto, non è l'applicazione automatica di una norma a venire in rilievo, ma la impossibilità della sua applicazione ad una categoria di soggetti¹¹¹. Si potrebbe, allora, parlare di esclusione automatica o di un sistema rigido che opera in termini omissivi. La Consulta, allora, in questo caso, attraverso l'art. 3 Cost., dà attuazione al principio di coerenza, rilevando la irrazionalità della norma in quanto discriminatoria verso soggetti che, rispetto alla *ratio* norma¹¹², si trovano nella stessa condizione. Se questo è il vizio che affligge il disposto normativo, si può superare il rigido sistema legale solo riformulando il rapporto fra protasi e apodosi, attraverso l'introduzione di un'altra norma a carattere generale nella protasi, la quale permetta di includere nell'applicazione del beneficio quella categoria di soggetti in origine esclusi dalla formulazione sottodimensionata della disposizione¹¹³.

Particolare è la sentenza n. 438 del 1995¹¹⁴ con la quale la Corte 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. La decisione merita un'attenzione

¹¹⁰ La Corte costituzionale già nella sentenza n. 306 del 1993 aveva rilevato che le fattispecie normative contenute nella disposizione erano assai ristrette, tanto che potevano esserci ipotesi «ad esse così prossime sul piano fattuale, da poterne sostenere ragionevolmente l'assimilazione».

¹¹¹ La norma infatti irragionevolmente discriminava condotte che avevano avuto una partecipazione secondaria all'attività criminosa, in quanto prevedeva la concessione dei benefici solo a quei soggetti la cui collaborazione risultava oggettivamente irrilevante, ma ai quali fosse stata applicata una circostanza attenuante.

¹¹² La *ratio* della norma è di permettere a quei soggetti, che si trovano nell'impossibilità incolpevole di fornire un'utile collaborazione, di poter comunque accedere alle misure alternative alla detenzione.

¹¹³ Quale altra ipotesi di automatismo che opera in termini omissivi, o automatismo ostativo come è definito dalla Corte, ricordiamo quello dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 202 del 2013. In tale decisione la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità «dell'art. 5, comma 5, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 (Disposizioni sull'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dal territorio dello Stato), nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che «ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare» o al «familiare ricongiunto», e non anche allo straniero «che abbia legami familiari nel territorio dello Stato». La norma, infatti, riconosce al giudice la possibilità di non applicare automaticamente la misura espulsiva solo nel caso in cui il soggetto, che abbia commesso uno dei reati per la quale questa è prevista, abbia esercitato il diritto di ricongiungimento familiare. In tal modo, però, esclude coloro che versano nelle condizioni sostanziali per ottenerlo, ma non hanno formulato un'istanza formale in tal senso. Anche in questo caso, quindi, la norma risulta sottoinclusiva, sul punto, però, è necessaria una specificazione, che chiarisce anche un ulteriore passaggio della sentenza. In questa ipotesi, la sottoinclusività si esplica non con la estromissione di una differente categoria di soggetti, che secondo la *ratio* della norma possono essere accomunati a quelli da questa presa in considerazione. In questo caso, infatti, la sottoinclusività si esplica nel senso dell'esclusione di situazioni che sono identiche dal punto di vista sostanziale, differendo fra loro solo per la presenza di un elemento formale, l'esercizio del diritto di ricongiungimento familiare. Per questa ragione, in questo caso, la Corte ha dovuto fare ricorso ad altri parametri, gli artt. 29, 30, 31 Cost., al fine di rendere costituzionalmente ingiustificata (e pertanto illegittima) la mancata inclusione di tali soggetti. La Consulta, infatti, sul punto afferma «simile restrizione viola l'art. 3 Cost. e reca un irragionevole pregiudizio ai rapporti familiari, che dovrebbero ricevere una protezione privilegiata ai sensi degli artt. 29, 30 e 31 Cost. e che la Repubblica è vincolata a sostenere, anche con specifiche agevolazioni e provvidenze, in base alle suddette previsioni costituzionali», punto 4.4 cons. dir.

¹¹⁴ In pari data è stata depositata la sentenza n. 439 del 1995 con cui la Corte, attraverso il medesimo ragionamento della decisione che si commenta nel testo, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 286-bis, co. 1, del codice di procedura penale, nella parte in cui stabilisce il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone ivi indicate, anche quando sussistono le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, co. 4, del medesimo codice, e l'applicazione della misura possa avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti.



particolare in quanto in tale occasione il superamento dell'automatismo comporta, fatto isolato, una compressione e non un'espansione della posizione soggettiva del destinatario della norma. Con questa decisione si è, infatti, superata la previsione della incompatibilità assoluta con lo stato detentivo per le persone affette da AIDS conclamata o con situazione di grave deficienza immunitaria, secondo quanto stabilito da un decreto interministeriale. Ciò (come comunemente avviene quando una presunzione risulta erronea rispetto al "dato reale" sottostante) ha reso possibile superare il rigido sistema legale della concessione del rinvio obbligatorio dell'esecuzione penale.

La Consulta anche in questo caso ricostruisce preliminarmente la *ratio* sottesa alla norma, individuandola in una duplice esigenza di tutela: quella della collettività carceraria e quella del singolo individuo affetto da HIV. Fatto ciò, afferma l'inidoneità della disciplina a perseguire la tutela dei beni a 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 razionale¹¹⁵, in quanto la previsione del legislatore risulta errata nei suoi presupposti empirici. La scienza medica, infatti, ha da tempo 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 compatibili con la detenzione¹¹⁶. Dimostrata l'irrazionalità della presunzione, viene travolta anche la concessione automatica del beneficio, sostituita da un sistema in base al quale la situazione di incompatibilità deve essere valutata concretamente dal giudice.

La Corte afferma che «la disposizione impugnata deve ritenersi non conforme al canone della ragionevolezza» in quanto non consente al giudice l'accertamento in concreto della compatibilità tra condizioni di salute del condannato e lo stato detentivo. Poco prima la Corte aveva dichiarato che la rigida presunzione legislativa rendeva del tutto «evanescente la razionalità della norma».

L'uso congiunto dei termini di razionalità e ragionevolezza non deve trarre in inganno. L'affermazione che la norma risulti irragionevole, perché non consente l'accertamento in concreto, potrebbe far pensare che in questo caso ci si trovi di fronte ad un vizio di irragionevolezza-inadeguatezza. Ma se si depura l'argomentazione della Corte dalla confusione terminologica, si vede che il vizio in questo caso è quello di irrazionalità e nello specifico di contraddittorietà intrinseca. La norma, infatti, risulta sovrainclusiva, in quanto estende il beneficio anche a soggetti che non si trovano in una situazione di incompatibilità con il carcere. Nel far ciò, risulta contraria alla sua *ratio*, in quanto riconosce tutela a dei soggetti che non avrebbero diritto di accedere al beneficio della sospensione della pena¹¹⁷.

¹¹⁵ La Corte, infatti, sul punto 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»; punto 3 cons. dir.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Sulla decisione A. PUGIOTTO, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici*, cit., 3466 ss., ha fatto notare che è presente un terzo interesse tutelato dalla norma e che viene preso in considerazione dalla Corte, la pacifica convivenza dell'intera collettività, il quale è stato se non preponderante, almeno altamente presente nelle considerazioni che hanno portato la Consulta a decidere in tal senso.



Come abbiamo accennato in precedenza, nella sentenza n. 306 del 1993, seppur incidentalmente, la Corte ha affermato che l'automatismo comporta una «rilevante compressione della finalità rieducativa della pena». Affermazione questa, che è stata sviluppata dalla giurisprudenza successiva, la quale non ha mancato di rilevare che l'automatismo relega «nell'ombra proprio quella funzione di impulso e di stimolo ad un'efficace collaborazione nel trattamento rieducativo»¹¹⁸ o ancora, esclude «in modo permanente e assoluto dal processo rieducativo e di reinserimento sociale» coloro ai quali viene negato o revocato il beneficio in base a tale rigido sistema¹¹⁹.

Da queste affermazioni può evincersi che l'irragionevolezza di un sistema rigido, che non permette al giudice di valutare ed applicare la misura adeguata al caso concreto, comporta delle conseguenze negative anche su altri interessi costituzionalmente meritevoli di tutela. Ciò lo si può leggere chiaramente nella sentenza n. 173 del 1997, in cui la Corte afferma che alla luce del criterio di ragionevolezza, con cui l'automatismo risulta in contrasto, 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» o, 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.

Se nelle prime decisioni in materia la violazione dell'articolo 27 seguiva al controllo condotto alla stregua dell'art. 3 Cost., da un certo momento in poi – il quale, salvo errore, può essere individuato nella sentenza n. 137 del 1999, alla violazione dell'art. 27 Cost. non si arriva più passando attraverso l'art. 3 Cost.; il giudizio, infatti, comincia ad essere condotto interamente alla stregua dell'art. 27 Cost.¹²⁰.

E' opportuno notare, però, che in questi casi seppur formalmente incentrato attorno alla lesione dell'art. 27 Cost., il giudizio continua a svolgersi secondo i canoni della ragionevolezza. Ciò, come è stato rilevato in dottrina, è spiegato dal fatto che l'art. 27 Cost., 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. Più che una vera e propria *ratio decisoria*, quindi, sembra costituire il «condensatore finale [...] di considerazioni etico-normative già svolte a monte». Ciò in quanto il sindacato di ragionevolezza-proporzionalità delle scelte legislative in tema di assetti sanzionatori, pur quando si appoggi formalmente al parametro costituzionale espresso dall'articolo 27 Cost., tende ad assumere «le fattezze di una verifica a tutto campo della razionalità politico-criminale complessiva della fattispecie»¹²¹.

Un'ultima considerazione sul ruolo giocato dal principio di rieducazione nelle decisioni da noi analizzate. La finalità rieducativa non è solo uno dei parametri violati dal rigido sistema legale, ma rappresenta anche uno degli indici che, caduto il rigido automatismo, deve guidare il potere discrezionale del giudice nel momento della concessione del beneficio, come afferma la Corte nella sentenza n. 504 del 1995. In questa decisione la Consulta stabilisce, infatti, che il

¹¹⁸ Sentenza n. 186 del 1995.

¹¹⁹ Sentenza n. 161 del 1997.

¹²⁰ Chiaramente, infatti, nelle decisioni può leggersi che «i profili di violazione ex art. 3 Cost. vengono assorbiti».

¹²¹ A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto*, cit., 4919, del quale sono le espressioni riportate fra virgolette.



giudice dovrà verificare «la regolarità della condotta sia intramuraria sia extramuraria e, quindi, la meritevolezza quanto al proseguimento di quella progressività rieducativa irrazionalmente preclusa» dall'automatismo in esame.

Come si può facilmente evincere da quanto appena riportato, la finalità rieducativa, allora, rileva in due momenti distinti: nel primo come motivo di illegittimità dell'automatismo e, infatti, in proposito la Consulta afferma che la progressività rieducativa viene «irrazionalmente preclusa» dall'automatismo¹²²; nel secondo momento, quale parametro necessario che deve guidare il potere del giudice di merito. Sul punto, infatti, la Corte afferma che quest'ultimo deve essere «assoggettato al rispetto delle regole di ragionevolezza», in base alle quali il magistrato, nella verifica caso per caso per la concessione o revoca del beneficio, deve valutare, anche alla luce di tale principio, l'eventuale «meritevolezza quanto al proseguimento» del percorso rieducativo.

4. In tema di minori

Iniziamo la nostra analisi della giurisprudenza costituzionale sugli automatismi in materia di diritti dei minori dalla nota sentenza n. 303 del 1996. Questa decisione è particolarmente importante, perché è considerata quale *leading case* in tema di automatismi *tout court*. La dottrina, che più di tutte ha focalizzato l'attenzione sul fenomeno degli automatismi, ha definito questa come «sentenza capitale»¹²³. 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 adottato¹²⁴. L'aspetto caratteristico della decisione risiede nel fatto che la Corte ha ritenuto irragionevole non la regola in sé, ma la sua assolutezza. Può leggersi nella decisione, infatti, che «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». Da questo passaggio si desume chiaramente che i due poli in tensione sono l'assolutezza della regola e l'interesse del minore, che nel caso concreto non risulta adeguatamente tutelato dalla regola. Come è evidente,

¹²² Sentenza n. 504 del 1995.

¹²³ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 210. Ciò è dovuto alla limpidezza con la quale la Corte costituzionale ha affermato il superamento dell'automatismo. Come, infatti, messo in luce dalla 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 *Giur. cost.*, 1996, 2513 ss., la sentenza che qui si analizza è stata solo l'ultima di una serie di decisioni con le quali la Corte aveva affermato lo stesso principio. Le sentenze che meritano di essere ricordate, in quanto tutte riguardanti i limiti di età per adottare, sono le sett. nn. 183 del 1988, 44 del 1990, 148 del 1992. L'orientamento confermato dalla Corte nella sentenza che qui si commenta ha preso corpo nella sentenza n. 40 del 1990, nella quale la Corte, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma che non consente al giudice competente di ridurre l'intervallo di età di diciotto anni quando sussistono validi motivi per la realizzazione dell'unità familiare, inizia ad affidare al giudice il potere di valutare le circostanze del caso.

¹²⁴ La legge n. 184 del 1983, come modificata dalla legge n. 149 del 2001, ha previsto una disciplina che tutela l'interesse del minore, stabilendo, al tal fine, dei requisiti che i soggetti aspiranti devono possedere al fine di poter accedere all'adozione. Fra questi, sono stati previsti, oltre il dover essere sposati da almeno tre anni e l'idoneità ad educare, istruire e mantenere i figli, anche un requisito anagrafico: avere un'età che superi di almeno diciotto anni, ma non più di quaranta (elevata a quarantacinque dalla legge n. 149 del 2001) quella dell'adottato. Tale requisito della differenza di età è stato intaccato dalle sentenze ricordate nella nota precedente. Sono stati proprio questi interventi a spingere il legislatore, con la legge n. 149 del 2001, ad elevare a quarantacinque anni la differenza massima di età fra adottando e adottato e a prevedere che il limite minimo dei diciotto anni possa essere derogato dal tribunale qualora accerti «che dalla mancata adozione deriverebbe un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore».



in questo caso il vizio della discrezionalità legislativa è quello della irragionevolezza-inadeguatezza¹²⁵, in quanto la norma risulta inadeguata a regolare il caso concreto. In questa decisione, come in generale in tutte quelle che riguardano l'interesse del minore, tale vizio assume (su un'ipotetica scala di graduazione) il valore massimo. Quanto andiamo affermando risulta chiaramente se si pone mente alla sentenza n. 253 del 2003, da noi analizzata in precedenza. Anche in quella decisione la Corte ha sanzionato l'inadeguatezza della norma a regolare il caso concreto, ma – ed in questo consiste la differenza – attraverso il parametro formale dell'art. 32 Cost. In quella circostanza la regola è stata resa flessibile attraverso il supporto del diritto alla salute.

Nella decisione ora analizzata, il giudizio è condotto tutto all'interno del principio di ragionevolezza. I parametri formali presenti nella decisione diversi dall'art 3 Cost., vale a dire gli artt. 2 e 31 Cost., infatti, sono funzionali solo a far emergere quel “preminente interesse del minore”¹²⁶ che va a premere sulla formulazione legislativa, al fine di determinarne la sua flessibilizzazione.

E' questo interesse che le prescrizioni legislative in materia devono tutelare e, in caso di loro inadeguatezza a fare ciò, il giudice delle leggi interviene per dichiararne l'incostituzionalità, anche quando, come nel caso in esame, la legge non è affetta da altri vizi, se non quello di non riuscire ad assorbire in sé, e pertanto regolare, le eccezioni che i casi concreti pongono ad essa. In quei casi, infatti, in cui sono coinvolti interessi ritenuti dall'ordinamento prevalenti, quale quello del minore, è necessario che le regole diventino elastiche ed adattabili alla situazione concreta che sono chiamate a regolare¹²⁷. L'esigenza di adeguatezza della norma alle caratteristiche dei casi regolati diventa, quindi, quasi un requisito di validità. Nella decisione, infatti, la Corte chiaramente dichiara l'incostituzionalità della legge in quanto tale e colpisce

¹²⁵ Generalmente è questo il vizio che rileva quando la Corte sanziona gli automatismi in materia di minori. Costituisce un'eccezione la sentenza n. 350 del 2003 (sulla quale si veda il commento di F. GIRELLI, *La ragionevolezza della detenzione domiciliare per il genitore di persona totalmente invalida*, in *Giur. it.*, 2004, 2240 ss.), in cui la Corte rileva un vizio di irrazionalità, anche se quanto da noi qui affermato è autorevolmente contraddetto da G. ZAGREBELSKY, *Relazione sulla giustizia costituzionale del 2003*, 37. In questa decisione la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità del rigido sistema che escludeva la possibilità per la detenuta madre di figlio portatore di *handicap* di accedere alla detenzione domiciliare (analogamente già Corte costituzionale sent. n. 215 del 1990, sulla quale si veda G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale*, cit., 219). Noi riteniamo che il vizio sia di irrazionalità, in quanto la disposizione oggetto del giudizio, l'art 47 *ter*, I co., let. a ord. pen., era sottoinclusiva, escludendo le madri dei figli portatori di *handicap* accertato come totalmente invalidante. La Corte, infatti, considerato che la *ratio* perseguita dalla norma sia quella di favorire il pieno sviluppo della personalità del figlio, rileva che le situazione presa espressamente in considerazione dalla disposizione e quella, la cui assenza era stata denunciata dal giudice *a quo*, sono simili; pertanto devono ricevere dalla norma uguale trattamento. Rivelata tale irrazionalità, sotto la veste del vizio di uguaglianza-ragionevolezza, incostituzionale sarà anche il sistema rigido, determinato da tale irrazionale differenziazione, che «preclude al giudice, ai fini della concessione della detenzione domiciliare, di valutare l'esistenza delle condizioni necessarie per un'effettiva assistenza psico-fisica da parte della madre condannata nei confronti del figlio portatore di *handicap* accertato come totalmente invalidante». Poiché il vizio rilevato è quello della irrazionalità, la Corte, in questo come in altri casi in cui emerge questo vizio, non “spezza” il sistema rigido aggiungendo delle eccezioni che flessibilizzano la regola, ma supera la rigidità del sistema accostando alla regola legislativamente prevista, un'altra regola, che permette di prendere in considerazione il caso particolare da cui è sorta la questione di costituzionalità. Nel corso di questa nostra analisi, ci siamo già imbattuti in ipotesi simili, ciò che qui è particolare è che la regola aggiunta non è una regola di carattere generale che permette di ricomprendere l'ipotesi specifica insieme ad un ventaglio più ampio di ipotesi, ma il fatto che la Corte abbia aggiunto una regola (infatti la decisione rientra nelle additive di regola) con un elevato grado di specificità. Ciò risulta chiaramente dal dispositivo, nel quale la Corte chiaramente afferma che la disposizione è incostituzionale perché non prevede che la detenzione domiciliare possa essere concessa alla madre o al padre condannati «con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante».

¹²⁶ Come sostenuto dalla 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, il principio del superiore interesse del minore, «apre – o meglio sfonda – tutte le porte, anche quelle del giudizio di costituzionalità». L'applicazione di tale principio, costantemente, si risolve – continua l'Autrice – nell'attribuzione agli organi giudicanti della massima discrezionalità di decidere caso per caso, a seconda della situazione. Per queste sue caratteristiche, è stato notato, 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'interprete.

¹²⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 217.



proprio quelle che, dal punto di vista teorico, sono considerate le caratteristiche imprescindibili dell'atto legislativo: l'inderogabilità, la generalità e l'astrattezza. A ciò è presupposta l'idea che le peculiarità dei singoli casi non si prestano ad essere previste «in una pianificazione legislativa» ed è per questo che si ritiene che «la legge non possa fare tutto da sé e abbia bisogno dell'intervento "casistico" del giudice»¹²⁸. E' pertanto il giudice il soggetto che, come normalmente avviene per le decisioni in tema di automatismi, deve valutare quale soluzione corrisponda all'interesse del minore, una volta che l'assolutezza della regola è venuta meno. Nonostante in chi scrive ci sia la consapevolezza della carica dirompente che questo spostamento di ampi poteri sul giudice porta con sé, le problematiche connesse a tale fenomeno non verranno qui trattate specificamente e ci limitiamo solo a registrare che anche in questo, come in altri casi, la Corte, fatta cadere la regola nella sua generalità, ha spostato il potere di dare l'adeguata tutela all'interesse coinvolto nelle mani del giudice.

L'aspetto che qui vorremmo sottolineare, invece, è un altro ed è strettamente connesso alla decisione alla quale stiamo dedicando la nostra attenzione. Rende "capitale" tale sentenza la chiarezza con cui la Corte arriva a dichiarare l'incostituzionalità della legge in quanto legge; la limpidezza con cui arriva ad affermare che proprio l'uniformità, uno dei dogmi dell'illuminismo giuridico, diventa qui un vizio.

E' però bene fare chiarezza sul punto. Sebbene l'operazione che la Corte compie in questi casi sia dirompente, la possibilità di superare la regola, vale a dire la previsione di un'eccezione, è legata ad un criterio di "necessità"¹²⁹. Questo restringe di molto l'area di operatività dell'eccezione che essa stessa ha introdotto, 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 costituzionali¹³⁰. La Corte fa ciò al fine di scongiurare che quanto da essa stabilito si trasformi in una regola applicabile *tout court* e, in tal modo, risultare la sua come un'operazione lesiva della discrezionalità del legislatore¹³¹.

Nella sentenza n. 283 del 1999, ancora in tema di adozione¹³², la Corte riprende ampiamente le conclusioni della sentenza n. 303 del 1996 e allo stesso tempo ha modo di esprimere ancora più compiutamente la sua posizione. Essa

¹²⁸ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 210 e 211, i quali sul punto, in modo molto incisivo, affermano: «la legge costituzionalmente legittima deve riconoscere la sua impotenza a far fronte compiutamente alle mutevoli esigenze della giustizia del caso concreto. E' come se la Corte avesse detto: questa è la regola – una regola, in astratto, non contestabile – ma tu, giudice, puoi avere buone ragioni, in concreto, per metterla da parte e le buone ragioni valgono più di quelle del legislatore».

¹²⁹ La Corte, infatti, sul punto afferma che «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)» (corsivi nostri).

¹³⁰ Quanto riportato nel testo è stato ribadito dalla Corte cost. sent. n. 283 del 1999 punto 4 cons. dir., in cui si afferma l'esigenza che l'eccezione risponda, addirittura, ad un «rigoroso» criterio di necessità.

¹³¹ Sul punto cfr. 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, 89.

¹³² 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. Similmente nella sentenza n. 349 del 1998 la Corte ha affermato «che va riconosciuta l'eccezionale necessità di consentire,



afferma 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.

Quando la Corte rileva il vizio di irragionevolezza, nei fatti colpisce la mancanza di adeguatezza rispetto al caso concreto della norma, questa è sì legittima in sé, ma produce delle distorsioni nel momento applicativo, che comprimono illegittimamente gli interessi che rientrano nel suo ambito operativo. Tutto ciò si riverbera sul tipo di decisioni adottate dalla Corte, perché i dispositivi di accoglimento vengono plasmati sulle fattispecie concrete, dalle quali è scaturito il giudizio di legittimità¹³³, dando così luogo a quelle sentenze del tutto particolari, ricordate nelle pagine iniziali: le sentenze additive per *deficit* di flessibilità¹³⁴. Il dispositivo della sentenza n. 303 del 1996 recita infatti: è dichiarata «l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori), nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno 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». Come è evidente dal dispositivo, in questo caso la regola generale rimane, ma si è inserita un'eccezione: la possibilità di disporre comunque l'adozione, se pure l'età è stata superata, ma dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile. Così come si evince che la particolarità di tale tipo di addizione consiste nella norma di competenza stabilita a favore del giudice («nella parte in cui non prevede che il giudice possa»).

Il preminente interesse del minore, nel corso degli anni, permette alla Corte di effettuare interventi sempre più complessi, come dimostrano le sentenze nn. 31 del 2012 e 7 del 2013. In queste decisioni la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità della pena accessoria della perdita della potestà genitoriale per le conseguenze che questa aveva nei confronti non del destinatario (il genitore), ma verso il minore. In queste decisioni, infatti, 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

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 al giudice di disporre, in questi casi, ugualmente l'adozione del minore, se questa corrisponde al suo interesse e dalla mancata adozione possa derivargli un danno grave e non altrimenti evitabile.

¹³³ Così E. CRIVELLI, *op. cit.*, 90.

¹³⁴ Anche in molte delle altre decisioni la struttura delle sentenze è la medesima. Si è deciso, però, di evidenziare ciò in questa sede, perché è nel vizio di irragionevolezza – inadeguatezza in materia di minori che acquistano la forma più compiuta.



conseguenze delle restrizioni imposte»¹³⁵. Queste due decisioni mostrano, in definitiva, quanto l'esigenza di flessibilità sia divenuta pervasiva nella giurisprudenza costituzionale.

In queste decisioni la Corte ha riconosciuto l'irragionevolezza della pena accessoria, in quanto il sistema rigido da essa previsto non permette al giudice di valutare se la sanzione sia o meno corrispondente all'interesse del minore, potendo arrivare ciò a comportare una compressione proprio dell'interesse tutelato dalla norma¹³⁶.

Il modulo argomentativo in queste decisioni diventa particolarmente complesso¹³⁷. Il vizio che, in ultima analisi, rileva è quello della irragionevolezza-inadeguatezza. La norma, infatti, nella sua rigidità non permette al giudice di valutare gli interessi di rilievo costituzionale coinvolti nel caso concreto, precludendogli la possibilità di compiere il bilanciamento in concreto, attraverso il quale contemperare in modo adeguato i vari interessi coinvolti.

Il fatto che in queste circostanze venga in rilievo il principio del preminente interesse del minore potrebbe far supporre di essere in presenza di un vizio di contraddittorietà estrinseca e non di irragionevolezza-inadeguatezza. In realtà, ciò è solo apparente, in quanto il principio generale regolatore della materia non esplica la sua influenza direttamente sulla norma oggetto del giudizio, ma pervade tutti i settori dell'ordinamento, le cui norme hanno come destinatari i minori. Fra principio generale e regola particolare non c'è, infatti, un rapporto diretto, ma soltanto indiretto; il principio del preminente interesse del minore esercita la sua influenza solo indirettamente sulla norma oggetto di giudizio. Nei casi in cui, invece, rileva il vizio di irrazionalità sussiste un rapporto diretto fra principio generale e regola particolare, che si struttura nei termini di un rapporto "regola-eccezione". In questi ultimi casi la disposizione rigida affetta da incostituzionalità si presenta come derogatoria rispetto al principio generale.

Il discorso può apparire più chiaro se si legge la vicenda ponendo attenzione alla centralità che il caso occupa in queste circostanze. In base a questa prospettiva è possibile vedere che la norma oggetto del giudizio non sarà incoerente, ma inadeguata, perché il vizio è tutto ricompreso fra la norma oggetto e il caso concreto che essa è chiamata a regolare. Il principio generale della tutela dell'interesse del minore serve (solo!), da un lato, a legittimare le pretese insite nel caso concreto, le quali richiedono che il giudice sia investito del potere di valutare quale sia la soluzione maggiormente corrispondente all'interesse del minore e di conseguenza, dall'altro, a delegittimare la scelta del sistema rigido della sanzione accessoria. La norma risulta inadeguata perché nella sua rigidità non riesce a dare tutela a quelle pretese che emergono dal caso in forza della legittimazione del principio del preminente interesse del minore. In questa non

¹³⁵ 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.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ In particolare nella sentenza n. 31 del 2012, in quanto la sentenza n. 7 del 2013 si limita a riportare le conclusioni raggiunte nella precedente decisione. 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.



adeguata tutela alle esigenze del caso si consuma il vizio della norma. Il contrasto con il principio, che pure sussiste, è solo indiretto ed è una conseguenza dell'inadeguatezza della norma.

Un controllo di razionalità, però, è presente nella decisione e non è un caso che nel percorso argomentativo della Corte nella sentenza n. 31 del 2012 questo profilo sia affrontato successivamente alle argomentazioni sull'inadeguatezza. Rilevata quest'ultima, infatti, la Corte sembra andare alla ricerca di una legge di copertura attendibile che giustifichi la scelta legislativa. Quest'ultima, come risulta chiaramente nella giurisprudenza in tema di custodia cautelare, che analizzeremo fra breve, è rappresentata da un elemento di evidenza empirica che riesca a dimostrare la non inadeguatezza della norma, in quanto idoneo a fornire una giustificazione di quanto da essa previsto¹³⁸. E' come se la Corte sottoponesse l'esito della prima parte dell'argomentazione ad un processo di falsificazione, per verificare la solidità degli esiti raggiunti. Se questa operazione ha come esito la dimostrazione che una legge di copertura idonea non c'è oppure c'è ma è non idonea a giustificare quanto previsto dalla norma oggetto di costituzionalità, la dichiarazione di irragionevolezza-inadeguatezza sarà giustificata¹³⁹.

5. *In tema di custodia cautelare*

Prima di affrontare la giurisprudenza costituzionale in tale materia è indispensabile fare un rapido richiamo al sistema costituzionale di riferimento e al sistema ordinario previsto dal codice di 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, 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 limini minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto¹⁴⁰. Per il legislatore ciò comporta il vincolo, da un lato, a 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, dall'altro, a prevedere meccanismi «individualizzanti» nel trattamento cautelare, coerenti e adeguati alle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete¹⁴¹.

Il sistema ordinario stabilito dal codice di procedura penale risulta conforme ai principi costituzionali vigenti in materia. Infatti, l'art. 275 c.p.p. sancisce i principi: di proporzionalità della misura concretamente applicabile all'entità del fatto o alla sanzione che sia stata o si ritenga possa essere applicata 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

¹³⁸ La Consulta, infatti, sul punto afferma che il delitto di cui all'art. 567, II co., c.p. «diversamente da altre ipotesi criminose in danno dei minori, non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore all'esercizio della potestà genitoriale».

¹³⁹ Questa operazione raggiunge il momento di maggiore compiutezza nella giurisprudenza costituzionale in tema di custodia cautelare obbligatoria.

¹⁴⁰ Così Corte cost. sent. n. 295 del 2005.

¹⁴¹ Corte cost. sent. n. 265 del 2010.



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 inadeguata¹⁴².

La discrezionalità del giudice, nella valutazione della sussistenza delle esigenze cautelari e nella scelta della misura restrittiva più adeguata alle esigenze del caso concreto, è stata, però, già all'inizio degli anni '90 messa in discussione da diverse logiche normative di tipo emergenziale, in relazione ad alcune fattispecie delittuose di particolare allarme sociale¹⁴³. Fino ad arrivare a subire un profondo ridimensionamento con il d.l. 23 febbraio 2009 n. 11 (c.d. pacchetto sicurezza)¹⁴⁴, 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 cautelari.

Il sistema introdotto dalla novella del 2009 prevede 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 sono gravi indizi e non si riesca a dimostrare che non sussistano esigenze cautelari (vale a dire a superare la presunzione relativa), l'unica misura applicabile è la custodia in carcere. Nei fatti, al sistema ordinario, descritto dalla prima parte dell'articolo, si è affiancato un sistema speciale¹⁴⁵, che, per particolari tipi di reati, impone al giudice, in caso vi sono gravi indizi, di disporre la misura più rigorosa, senza alcuna alternativa.

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 introdotte¹⁴⁶. Tutte le decisioni sono sorrette dalla medesima esplicita *ratio*. In tutte si ritrova, infatti, tale assunto: «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"

¹⁴² E. CRIVELLI, *op. cit.*, 92.

¹⁴³ 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, *Sovrappollamento 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 «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».

¹⁴⁴ 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, che, 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. Un passo indietro ci fu con la legge n. 332 del 1995, che apportò una drastica riduzione dei reati assoggettati alla custodia carceraria obbligatoria, vale a dire i reati *ex* 416-bis, quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste da questo articolo o quelli per agevolare le associazioni mafiose. Ma la «tentazione invincibile» (l'espressione è di L. SCOMPARIN, *op. cit.*, 3731) si è ripresentata nuovamente con il pacchetto sicurezza, richiamato nel testo, e successivamente con la legge n. 94 del 2009 che ha esteso il regime della custodia obbligatoria in carcere anche alle ipotesi aggravate di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

¹⁴⁵ Così Corte costituzionale sent. 365 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.

¹⁴⁶ Oltre alle decisioni richiamate nel testo la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della custodia cautelare obbligatoria in carcere anche per altre ipotesi: sentenza nn. 231 del 2011 per i delitti di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope; sentenza n. 331 del 2011 per il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina; e, infine, sentenza n. 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.



formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa». La *ratio decidendi* alla base di queste pronunce sta, dunque, nella circostanza per cui la disciplina delle misure cautelari deve ispirarsi al principio “del minor sacrificio necessario”, ricavabile 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 concreto¹⁴⁷.

In queste decisioni la Consulta trasforma la presunzione assoluta in presunzione 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». 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.

Ciò dipende, come abbiamo più volte ricordato in questo lavoro, dal fatto che una presunzione assoluta di legge è sintomo di un automatismo illegittimo. Ciò – come abbiamo già visto – trova un primo riscontro in materia di misure di sicurezza ed è pienamente confermato in materia di custodia cautelare. In questa materia l’automatismo è affetto dal vizio di irrazionalità, e specificamente di contraddittorietà estrinseca, rilevata all’esito di un giudizio di ragionevolezza in senso forte, in quanto la previsione normativa rigida risulta in contrasto con il principio del “minor sacrificio necessario”. Per arrivare a verificare se tale contrasto sia effettivo e non solo apparente, la Corte preliminarmente concentra la sua analisi sull’attendibilità della presunzione assoluta, che ritiene la misura massima come l’unica adeguata. In altri termini, per valutare la razionalità della misura rispetto al principio generale, la Corte deve valutare la legittimità della presunzione, attraverso un controllo di evidenza che valuti la conformità della presunzione alla luce delle regole generali di esperienza, valevoli per le situazioni da esse prese in considerazione.

Pertanto – come già fatto per le misure di sicurezza – al fine di comprendere come avviene la rimozione dell’automatismo, è utile indagare come la Corte arriva a superare le presunzioni assolute.

A ben guardare, quanto compie la Consulta in questa materia risulta come un’evoluzione di quanto già affermato nel campo delle misure di sicurezza. In entrambi i casi, infatti, la Corte, al fine di vagliare la legittimità della previsione automatica della misura, fa ricorso all’*id quod plerumque accidit*. Solo ove riscontri che sussista una coincidenza tra la presunzione e i dati di esperienza generalizzati, vale a dire che la prima abbia una capacità predittiva adeguata, il controllo ha esito negativo. Fin da ora è utile evidenziare che questa corrispondenza è stata rinvenuta solo per la

¹⁴⁷ 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.rivistaic.it, 2012, 3.



custodia cautelare in carcere per i reati di mafia. Figura quest'ultima, che pertanto costituisce il *tertium comparationis* in tutti i giudizi che hanno riguardato le misure contenute nell'art. 275 c.p.p.¹⁴⁸.

Riteniamo, poi, che sia un'evoluzione di quanto compiuto in materia di misure di sicurezza, poiché la Corte dedica un maggiore spazio nella sua argomentazione al controllo sulla "corrispondenza statistica" fra quanto legislativamente previsto e il substrato fattuale che la previsione cerca di inglobare. Inoltre, occorre rilevare preliminarmente che il controllo della Corte in materia è andato in crescendo, in quanto le basi teoriche tracciate nella prima delle sentenze intervenute in materia (la n. 265 del 2010) hanno trovato uno spazio di sviluppo notevole nelle decisioni successive, nelle quali il Giudice delle leggi ha reso sempre più penetrante la propria valutazione sulle "connotazioni statistiche" della disciplina¹⁴⁹.

Il presupposto dal quale è partita la Corte costituzionale nella sentenza n. 265 del 2010 è che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali» e ciò accade «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»¹⁵⁰.

Al fine di comprendere tale affermazione, e pertanto tutta la giurisprudenza successiva che ha utilizzato e sviluppato tale assunto, 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 mafia. Preliminarmente, però, bisogna ricordare che precedentemente a tale filone giurisprudenziale sull'art. 275 c.p.p., non solo la Corte costituzionale, ma anche la Corte di Strasburgo aveva riconosciuto la legittimità di tale previsione. La Corte costituzionale, infatti, nell'ordinanza n. 450 del 1995 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»¹⁵¹. La Corte EDU, parimenti, 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 criminali¹⁵². Come avremo modo di vedere fra breve, la giurisprudenza costituzionale sull'art. 275 c.p.p. dà seguito, più che al proprio precedente, proprio a quanto affermato dalla Corte di Strasburgo. E' nella decisione della Corte EDU che si riscontra per la prima volta quello che sarà l'elemento costante della giurisprudenza della Corte costituzionale: le connotazioni sociologiche del reato che la custodia carceraria può utilmente neutralizzare. Infatti, la Corte costituzionale nella sentenza n. 265 del 2010 afferma che per i procedimenti relativi ai reati di criminalità organizzata di

¹⁴⁸ E. CRIVELLI, *op. cit.*, 96.

¹⁴⁹ In forza di ciò, c'è chi ha sostenuto (L. SCOMPARIN, *op. cit.*, 3734), 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»

¹⁵⁰ Così aveva già chiarito nella sentenza n. 139 del 2010 punto 4 cons. dir.

¹⁵¹ La Corte ha ribadito ciò nelle sentt. nn. 130 del 2003 e 40 del 2002.

¹⁵² Corte EDU, II sez., 6 novembre 2003, ric. 60851/00, *Pantano c. Italia*, par. 69-70.



stampo mafioso la deroga alla disciplina ordinaria trova la sua ragione nella struttura della fattispecie e nelle sue connotazioni criminologiche. Ed è proprio su quest'ultimo elemento che si basa la costruzione argomentativa della Corte costituzionale, in quanto afferma che 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)». 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».

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.

Come è evidente, la Corte concentra la sua verifica sulle basi razionali della presunzione di adeguatezza e non sull'applicazione automatica della misura, che è una conseguenza di tale presunzione. Tale controllo impone preliminarmente la verifica che le connotazioni normative, dalle quali deriva la necessità della misura, rispecchino, poiché sorrette da basi statistiche, le caratteristiche fattuali del reato. E' un controllo di evidenza, quindi, quello che compie la Corte, perché valuta la rispondenza fra la descrizione normativa del fenomeno criminoso e il fenomeno criminoso in concreto; la presenza di tale rispondenza è quella che dà una base razionale alla disciplina presuntiva. E', infatti, la rispondenza fra quanto normativamente previsto e il substrato fattuale investito dalla disciplina che rende razionale la presunzione e conseguentemente non illegittimo l'automatismo cautelare.

Le modalità di giudizio della Corte in tutte le altre decisioni sono quelle che qui abbiamo riportato. Nelle decisioni riguardanti la custodia cautelare per i reati indicati nell'art. 275 c.p.p. la Corte, però, non ha riscontrato la razionalità della presunzione. Come abbiamo detto, le decisioni che si sono succedute sono un crescendo, perché la Corte scandaglia sempre più approfonditamente l'aspetto delle basi razionali della disciplina per arrivare a dichiarare l'incostituzionalità di quanto era l'oggetto del proprio giudizio.

Proprio in base a quanto rilevato per la custodia cautelare prevista per i reati di mafia, la Corte nella sentenza n. 265 del 2010 ha dichiarato 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, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo nella parte in cui prevede 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.

Infatti, come afferma la Corte, per i reati sessuali (oggetto della specifica pronuncia), rispetto ai reati di mafia, «è ben diversa» la regola di esperienza, 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».

Tali conclusioni hanno trovato ulteriore sviluppo nella sentenza n. 164 del 2011, 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»¹⁵³. 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 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 imputato da questi.

¹⁵³ L. SCOMPARIN, *op. cit.*, 3735.



Merita di essere ricordata anche la sentenza n. 57 del 2013, perché 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 previste dall'art. 416-*bis*. La decisione è interessante perché incide su un terreno liminare a quello della custodia per reati di mafia e rende ancora più evidente il modo con cui la Corte utilizza l'argomento della congruenza alle basi statistiche. Le due fattispecie – rileva la Corte – si collocano nel contesto mafioso, ma non ne presuppongono necessariamente l'«appartenenza»; è possibile, infatti, che l'autore di tali delitti sia estraneo ad un'associazione di tipo mafioso. Tale evidenza empirica, riscontrata dalla Corte, 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 Consulta si spinge ancora più a fondo nell'utilizzo dei dati di esperienza nell'ultima delle sentenze qui analizzate: la 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 che ha caratterizzato il 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 1974-1980. 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». 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. In ogni caso, come dimostrano la generalità dei casi, 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.

PARTE III: Gli automatismi legislativi e l'interpretazione conforme, un rapporto da definire (o ripensare?)

Compiuta l'analisi della giurisprudenza costituzionale presa a campione, vorremmo svolgere un'ultima considerazione sul legame che, in alcuni casi, si è venuto a determinare tra dichiarazioni di incostituzionalità delle rigide previsioni di legge e il canone dell'interpretazione conforme. In alcune circostanze, infatti, la Corte costituzionale ha chiesto ai



giudici di fare ricorso all'interpretazione conforme, che a volte andava ben al di là dell'orizzonte di senso della disposizione. Ciò si registra in molti casi di dichiarazioni di incostituzionalità che, oltre a superare il rigido sistema legale previsto dalla norma oggetto di scrutinio, hanno affermato, altresì, un principio con valenza generale per l'intera materia.

Prima di analizzare specificamente tale tematica è, però, opportuno fare due precisazioni. Innanzitutto, lo stretto legame di cui noi ora andiamo parlando 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 a seguito del tentativo di interpretazione operato dalla Cassazione sull'art. 275 III co. c.p.p. nella sentenza n. 4377/12.

In secondo luogo, non vorremmo soltanto limitarci alla descrizione di un fenomeno, ma cercare di fornire una lettura critica sull'ultima giurisprudenza della Corte costituzionale. Crediamo, infatti, che, nei casi che ci occupano, il tentativo di interpretazione conforme, anche qualora travalichi il limite del dato testuale, non sia solo opportuno, ma addirittura non illegittimo. Riteniamo che la nostra posizione, in contrasto con la dottrina maggioritaria sul punto, sia confortata 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.

La vicenda da cui 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, relative alla misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico ed aventi 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. Secondo la Corte, in base a quelle 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 tal modo, la Corte ha chiesto ai giudici, respingendo la questione, è di accantonare il dettato normativo con tale principio contrastante. Come è noto, la decisione non è stata accolta in modo unanime in



dottrina, la quale su di essa ha espresso le obiezioni e le difese classiche che si sono formulate in tema di interpretazione conforme¹⁵⁴.

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 pronuncia della stessa Corte, 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 all'art. 58-*quater*, I co., ord. pen., che stabilisce il divieto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati resisi responsabili di condotte integranti il reato di evasione, per contrasto con gli artt. 2, 3, 27, III co., 29, 30 e 31 della Costituzione. Il Giudice delle leggi dichiara inammissibile la questione in quanto ritiene possibile l'esperimento dell'interpretazione conforme a Costituzione, grazie alla presenza del principio vigente in materia di benefici penitenziari, il quale esclude «rigidi automatismi e richiede sia resa possibile invece una valutazione individualizzata caso per caso». Proprio in base a ciò, la Corte ha affermato che «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 sua 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 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 da noi ricordate, la Corte dichiara l'inammissibilità della questione sollevata sull'art. 58-*quater*, co. 7-*bis*, ord. pen., 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 la Consulta dichiara l'inammissibilità della questione, perché il giudice non ha esperito un'interpretazione conforme della disposizione impugnata. La Corte anche qui ricorda che in materia di benefici penitenziari sono esclusi rigidi automatismi ed è, al contrario, richiesta sempre una valutazione individualizzata che permetta di «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». Inoltre, aggiunge la

¹⁵⁴ 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*, in *Giur. cost.*, 2009, 2412 segg. 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 accentrato 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 il F. MODUGNO, *Inammissibilità della questione legittimitatis 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 accentrato, 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.



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. Questi principi avrebbero permesso al giudice remittente di cercare una soluzione conforme a Costituzione, attraverso una interpretazione restrittiva. In base a quest'ultima, 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». Soluzione questa – continua la Corte – che farebbe «venir 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».

A seguito del costante ammonimento della Corte costituzionale a farvi ricorso, attraverso l'interpretazione conforme la Corte di cassazione ha sancito, nella ricordata sentenza n. 4377/12, la possibilità di compiere l'accertamento in concreto sull'adeguatezza della misura custodiale concretamente applicabile, anche per il reato di violenza sessuale di gruppo. In questa occasione è stato 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. Secondo la Cassazione, tale operazione è legittimata dal principio affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 265 del 2010.

La vicenda è nota, anche per il clamore che ha suscitato in dottrina¹⁵⁵, 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, perché ritiene che i principi da essa affermati, per il regime cautelare previsto per altri reati, siano senza dubbio applicabili anche al caso da essa esaminato. Pertanto si impone la questione «di quali siano le conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame». Relativamente a tale quesito, la Cassazione risponde affermando 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 ritiene di compiere un'operazione interpretativa, nella specie – anche se non lo esplicita – un'interpretazione sistematica. Essa, infatti, reputa che anche nel caso di specie possano trovare applicazione i principi affermati dalla Corte costituzionale.

¹⁵⁵ Su di essa, fra i tanti, si vedano: P. GAETA, *Una legittima estensione dei principi della Consulta che ha provocato uno sgradevole sciocco 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.rivistaic.it, 2012; G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione penale e l'illegittimità consequenziale delle leggi nella «seconda modernità»*, in www.rivistaic.it, 4/2012; M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme*, cit.



La legittimità di tale operazione è stata, però, espressamente smentita dalla Corte costituzionale, la quale nella sentenza n. 232 del 2013 non solo ha accolto la questione di legittimità sollevata da altro giudice sull'assolutezza della custodia cautelare in carcere per il reato di violenza sessuale di gruppo, ma ha anche chiaramente affermato che il giudice remittente ha correttamente escluso la praticabilità dell'interpretazione conforme. Questo perché in riferimento alla «presunzione assoluta dettata dall'art. 275, comma 3, c.p.p., aveva già 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»¹⁵⁶.

Con questa presa di posizione la Corte costituzionale sembra compiere un vero e proprio *revirement* della sua giurisprudenza sul punto. Tale considerazione sorge dal raffronto fra il percorso argomentativo della Consulta nella sentenza n. 208 del 2009 e quello della Cassazione nella sentenza che qui si commenta. Da questo confronto, infatti, emerge che la Cassazione si sia mossa perfettamente in linea con quelle che erano state le indicazioni della giurisprudenza costituzionale in materia. 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». 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 forza di ciò la questione risultava 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». 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 analizzano i passi che abbiamo sopra riportato della decisione della Cassazione, vediamo che il percorso argomentativo da essa seguito è identico a quello della Corte costituzionale in tale sentenza: ricostruzione della disciplina ricavabile dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, rilevamento delle caratteristiche non difformi delle due fattispecie e, infine, interpretazione conforme.

Quanto appena detto, non solo giustifica la scelta della Corte di Cassazione, che si pone in linea con le indicazioni di quella giurisprudenza costituzionale, ma dimostra che essa, inequivocabilmente, si sia mossa sul terreno interpretativo e non abbia agito con l'intento di invadere le competenze della Corte costituzionale; del resto, è stata la stessa giurisprudenza costituzionale ad indicare tale soluzione. Per queste ragioni (ma sul punto si tornerà compiutamente a breve) la sua operazione non può classificarsi come una disapplicazione nascosta dal velo interpretativo, ma come una pura operazione interpretativa, e nella specie come un'interpretazione sistematica, attraverso la quale si applica un principio vigente in materia.

¹⁵⁶ Corte costituzionale sentenza n. 232 del 2013, punto 3 con. dir., in cui si ribadisce quanto già affermato nella sentenza n. 110 del 2012. In quest'ultima decisione al punto 3 cons. dir., la Corte afferma, infatti: «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».



Queste ultime osservazioni forniscono una prima risposta (che artoleremo compiutamente nelle pagine seguenti) alle critiche che la dottrina, pressoché maggioritaria, ha rivolto alla decisione della Corte di cassazione. Questa non è la sede per analizzare in modo compiuto le varie posizioni che si sono registrate sul punto: basti qui ricordare che le considerazioni della dottrina si sono incentrate sul problema che si pone, in questa come in altre ipotesi, sul confine tra interpretazione e disapplicazione. In altri termini, sull'ammissibilità di quelle interpretazioni che, per rendere conforme a Costituzione il significato della disposizione, arrivano a superare la lettera di quest'ultima. E' esemplificativa della posizione della dottrina, quanto autorevolmente affermato al riguardo dei limiti generali dell'interpretazione conforme: «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»¹⁵⁷.

Fra coloro che hanno criticato la decisione della Corte di cassazione è utile qui richiamare le osservazioni di Marco Ruotolo¹⁵⁸, in quanto egli analiticamente affronta il rapporto tra il significato ricavato in via interpretativa e il limite rappresentato dal dato testuale. L'Autore, il quale in più scritti si è sempre dimostrato favorevole all'utilizzo del canone dell'interpretazione conforme, in questa vicenda si mostra critico verso l'operazione della Cassazione. Egli, infatti, ritiene che attraverso l'interpretazione non si possa ricavare un significato che travalichi la lettera. Sebbene, infatti, con questo canone è possibile ricavare dall'enunciato un significato meno prossimo alla lettera, questo deve sempre situarsi «nell'orizzonte di senso» di quest'ultima. Attraverso il canone dell'interpretazione sistematica, da un lato, il significato di una disposizione non può essere ampliato senza riscontri nel contesto normativo, dall'altro, è possibile – sempre grazie ad un raffronto con il sistema normativo – selezionare un determinato significato anche «determinando una “torsione” di quello che si presumeva essere il significato più immediato o meglio il suo significato iniziale»¹⁵⁹. Ma la torsione del significato deve 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»¹⁶⁰.

La posizione di Ruotolo conferma che, in queste vicende, il problema consiste nel trovare un punto di equilibrio tra la scelta delle possibilità semantiche offerte dal testo normativo e l'attività ermeneutica dell'interprete, nella ricerca di un significato conforme a Costituzione¹⁶¹. Punto di equilibrio che è stato trovato nell' «orizzonte di senso della lettera della

¹⁵⁷ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in www.federalismi.it, 7.

¹⁵⁸ M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit.

¹⁵⁹ M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit., 18.

¹⁶⁰ RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme?*, cit., 18; l'autore (in nota 73, 18), infatti, al tal fine ricorre alla distinzione tra torsione e travalicamento.

¹⁶¹ Infatti, salvo 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 accentratore-collaborativo*, 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 tutte quelle volte in cui 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, E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentratore-collaborativo*, cit., 1860.



legge»¹⁶². In base a ciò sono legittime interpretazioni correttive dell'enunciato, che si esplicano come la proposizione di significati meno prossimi di altri alla lettera; viceversa sono illegittime quelle operazioni che travalicano il dato letterale¹⁶³.

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. Fra questi casi vi sono quelli nei quali ci si trovi dinanzi ad una rigida previsione di legge e in materia vi sia un principio affermato in precedenza dalla Corte costituzionale, risolvendo una questione di costituzionalità vertente su una disposizione rientrante in quella materia. In questi casi, in base alle considerazioni che andiamo ora ad esporre, il limite del dato letterale può essere riguardato in modo meno stringente.

E' nella consapevolezza di chi scrive che chiedere ai giudici interpretazioni conformi simili a quelle effettuate nella sentenza n. 4377/12 della 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. Quanto appena detto ha due conseguenze rilevanti. Da un lato, in queste ipotesi, il ruolo di garanzia costituzionale che sottende al giudizio di costituzionalità «è stato assolto con sufficiente precisione» perché l'intervento della Corte «fissa con una certa precisione un principio»¹⁶⁴. Ed è solo in base a questo principio che i giudici comuni possono fornire una lettura costituzionalmente conforme, che possa spingersi ben al di là dell'orizzonte di senso immediatamente intellegibile¹⁶⁵. In questi casi, infatti, il giudice ordinario dà semplicemente attuazione ad un principio affermato dalla Corte, muovendosi quindi sul terreno dell'interpretazione. Nelle ipotesi, infatti, in cui l'interpretazione conforme si spinge ben al di là del significato immediatamente intellegibile dalla lettera della legge, in attuazione di un principio affermato dalla Corte costituzionale, 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, il quale deve essere ricavato (o può essere fornito) tenendo conto anche degli approdi della giurisprudenza costituzionale in materia¹⁶⁶. In tal senso noi riteniamo che nell'orizzonte di senso di una

¹⁶² 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.

¹⁶³ M. RUOTOLO, *Per una gerarchia degli argomenti dell'interpretazione*, cit., 3427.

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ In base a ciò, non sussiste alcun pericolo di una invasione indebita della sfera di competenza della Corte. E' 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.

¹⁶⁶ Questa nostra affermazione è confortata da un'ulteriore considerazione. Alcune 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*



determinata disposizione rientrino anche i principi ricavabili dalla giurisprudenza costituzionale, venuti alla luce nel controllo su disposizioni analoghe vertenti nella stessa materia.

E' oramai pacifico, infatti, che nel diritto oggettivo rientrano anche le sentenze della Corte costituzionale e i principi da essa desumibili¹⁶⁷, i quali vanno a formare quel contesto, il diritto oggettivo per l'appunto¹⁶⁸, dal quale si deve ricavare il significato degli enunciati linguistici in esso inseriti¹⁶⁹. Di conseguenza, questi ultimi non possono non incidere sull'interpretazione di un 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 variante¹⁷⁰ – non solo avuto riguardo alla *ratio legis*, ma anche alla complessiva *ratio iuris*, che nell'ordinamento costituzionale impone di tener conto dei principi costituzionali¹⁷¹.

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 (vedi *supra* PARTE I, par. 3). 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.

¹⁶⁷ 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*, III ed., Genova, 199, 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» (corsivo nostro).

¹⁶⁸ G. CARCATERA, *Del metodo dell'interpretazione giuridica*, in F. MODUGNO (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, 2000, 64.

¹⁶⁹ Secondo il noto insegnamento di E. BETTI, *Teoria dell'interpretazione giuridica*, ed. corretta e ampliata a cura di Crifò, Milano, 1990, I, 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.

¹⁷⁰ M. RUOTOLO, *L'incidenza della Costituzione repubblicana sulla lettura dell'art. 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-RANAZZO, 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.

¹⁷¹ 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*, Bologna, 1996, 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



Infine, 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 per superare il dato testuale in contrasto con la Costituzione non assume un valore dirimente. 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 legge¹⁷².

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, tese a superare il dato letterale: 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 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, infatti, 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»¹⁷³.

Allora, nei casi in cui il giudice comune, sulla base di un principio in precedenza affermato dalla Corte, supera il rigido sistema legale, si limita semplicemente a non 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 viene data attuazione ad un principio vertente in quella materia, perché in precedenza affermato dalla Corte. A ben

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 pone «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*, in *Enc. giur.*, XII (1989), 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.

¹⁷² 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 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.rivistaic.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» (corsivo nostro). 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, 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.

¹⁷³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, X ed. a cura di MODUGNO, BALDASSARRE e MEZZANOTTE, Padova, 1991, 299.



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.

Una volta che si è cercato di sgombrare il campo dalle critiche rivolte al ricorso all'interpretazione conforme che, sulla base di un principio affermato precedentemente dalla Corte, supera il significato immediatamente intellegibile, veniamo ora ad analizzare come questa problematica si salda con il tema degli automatismi.

Nelle prime pagine di questo scritto abbiamo visto che la costanza con la quale la Corte arriva alla dichiarazione di incostituzionalità degli automatismi legislativi può indurre a ritenere di essere in presenza di una sorta di “presunzione di irragionevolezza” di questi. L'operazione della Corte costituzionale, inoltre, comporta un maggior grado di attuazione del principio di supremazia costituzionale, perché la Consulta in queste circostanze colpisce quelle leggi che, pur essendo astrattamente conformi a Costituzione, risultano viziato perché non offrono concreta ed adeguata tutela ad un interesse costituzionalmente rilevante.

Ciò, come abbiamo visto, trova una giustificazione nella teoria della presunzione della massima espansione delle libertà formulata da Barile. Come abbiamo già ricordato, in base a tale ricostruzione i diritti non possono trovare altre limitazioni se non quelle che dalla Costituzione siano desumibili. In base a ciò, quindi, tutte le norme di grado primario che non sono la traduzione a livello legislativo di limiti generali posti in Costituzione, devono ritenersi incostituzionali. Seguendo tale ragionamento le norme che contengono un automatismo che comprime un diritto si presumono incostituzionali, salvo che siano funzionali alla tutela di un controinteresse che risulti prevalente. Come, infatti, ha avuto modo di far notare Franco Modugno nella vicenda specifica rappresentata dalla 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»¹⁷⁴.

Se si lega la tutela dei diritti fondamentali, declinata attraverso il principio della loro massima espansione, al principio ricavabile dalle decisioni di incostituzionalità, che può guidare l'attività del giudice su disposizioni simili a quelle sulle quali si è già avuto il controllo di costituzionalità, risulta evidente che ciò che è al centro della vicenda non è tanto il canone dell'interpretazione conforme, ma il principio di supremazia costituzionale, del quale l'interpretazione adeguatrice può essere uno strumento di affermazione. In altri termini, seguendo la strada dell'interpretazione conforme, non si dà solo attuazione al principio enucleato dalla Corte nella giurisprudenza precedente, ma anche e soprattutto al più generale principio, il quale peraltro risulta chiaramente aver guidato anche la soluzione della Corte,

¹⁷⁴ F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme*, cit., 2411.



della presunzione di massima espansione delle libertà e quindi, in ultima analisi, al principio di supremazia costituzionale.

Se quanto abbiamo detto non è errato, allora l'operazione che in questo caso si chiede al giudice diventa meno pericolosa, tutte le volte in cui è compiuta in ambiti dell'ordinamento in cui la Corte sia già intervenuta affermando un principio costituzionale, il quale permette di superare l'automaticità della previsione legislativa. E' vero, infatti, che si chiede di andare oltre il dato letterale; ciò, però, avviene, sulla base sia dello specifico principio dettato dalla Corte per la materia, sia del principio di massima espansione delle libertà, il quale risponde anche a ragioni di effettività della tutela. In questo modo, a nostro parere (e per quanto riportato) i profili di pericolosità della vicenda vengono ridimensionati. L'operazione del giudice comune, infatti, non si risolverà solo nel dare attuazione ad un principio costituzionale, ma sarà anche in linea o rientrerà perfettamente in una tendenza registrabile nell'odierno ordinamento costituzionale, che sempre più richiede alla legge di essere svolgimento, non solo sul piano astratto, ma anche su quello concreto, della Costituzione. Questo non può non avere delle conseguenze anche sull'attività interpretativa dei giudici comuni, i quali saranno a loro volta chiamati a dare il massimo grado di attuazione costituzionale possibile ogni qualvolta l'ordinamento fornisca loro gli strumenti per farlo. Ciò è confortato dalla considerazione che il livello costituzionale non costituisce un sistema a sé rispetto al sistema legislativo, tanto che le norme della Costituzione possono essere applicate direttamente dai giudici. In base a ciò, non può non spettare a questi di adottare tra le varie misure previste dall'ordinamento quelle che in concreto possano meglio soddisfare le esigenze costituzionali¹⁷⁵. Certo, come viene paventato da più parti, ciò significa un'espansione dei poteri del giudiziario rispetto agli altri Poteri dello Stato. Ma come è stato lucidamente e autorevolmente sostenuto, bisogna rendersi conto che quanto sta accadendo è inevitabilmente connesso alla struttura dell'odierno Stato costituzionale¹⁷⁶. Pertanto, anziché «ignorare o deprecare» il fenomeno, bisogna «cercare di comprender[lo] per governar[lo]», cercando risposte «anche sul piano dell'organizzazione della giurisdizione, della formazione e della responsabilità dei giudici»¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Cfr. F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme*, cit. 2411. Di diverso avviso è G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 996, il quale afferma che «l'eccessiva espansione della tendenza di molti giudici a "far da sé" nella bonifica costituzionale della legislazione potrebbe alterare gravemente i ruoli rispettivi del giudice a quo e del giudice costituzionale, sottraendo alla cognizione di quest'ultimo questioni controverse, che devono essere decise nella sede costituzionalmente prevista e con l'efficacia tipica delle pronunce della Corte».

¹⁷⁶ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 213.

¹⁷⁷ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 213.



DIBATTITO APERTO SUL DIRITTO
E LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE
E LA CRISI COSTITUZIONALE