

Le (in-)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggiusta automatismi

(draft, no quotation, no citation)

1. Le garanzie costituzionali contro ingiustizie e incertezze del diritto

Giustizia e certezza del diritto sono due ideali e principi oggettivi che secondo la filosofia tradizionale del diritto¹ si pongono in in una relazione di potenziale antinomia e dialettica, anche sentimentale, ma costituiscono insieme il principio fondamentale dello “Stato di diritto”, forse una sintesi tra la “rule of law” delle culture giuridiche che riconoscono ai precedenti giurisprudenziale valore di fonte di diritto e il principio di legalità che esalta un primato delle fonti politiche su quelle tecniche. Nonostante l’antinomia si può dire che non vi è giustizia senza certezza del diritto e non vi è certezza del diritto senza giustizia.

Giustizia e certezza possono combinarsi in una “certezza giustiziabile” e in “una giustizia certa” ragionevole e proporzionata, vincolare sia il giudice sia il legislatore. Possono soggettivarsi in un diritto fondamentale di accesso ad una giurisdizione e altri diritti processuali nonché in un diritto di petizione legislativa e altri diritti politici, ma possono anche legittimare tutele dell’affidamento e delle aspettative di “sicurezza sociale” traducibili almeno in interessi legittimi.² In quanto principi oggettivi e diritti soggettivi possono subire negazioni e dilazioni in tempi e luoghi differenti, ma non ogni ingiustizia e incertezza giuridica di atti giudiziari o politici costituisce una violazione del diritto costituzionale sulla quale si possa adire la giurisdizione costituzionale.

La Costituzione garantisce la giustizia esplicitamente sia in ambito internazionale (art. 11), sia nei diritti di azione e difesa processuali che caratterizzano i “rapporti civili” (art. 24, 25) e l’azione penale (art. 112) e che si riflettono nell’ordinamento delle giurisdizioni (art. 101) e nel “giusto processo” (art. 111). La certezza (e sicurezza) del diritto è garantita più indirettamente attraverso le garanzie legislative e giurisdizionali, come frutto dell’eguaglianza giuridica (art. 3) e della

¹ Cfr. soltanto G. Radbruch, *Rechtsphilosophie* 3° ed. 1932, ristampa 1973, Stuttgart 1973, 164ss. che propone una tripartizione delle idee del diritto: giustizia (*Gerechtigkeit*), funzionalità (*Zweckmäßigkeit*) e certezza (*Rechtssicherheit*). Per la dottrina italiana cfr. Luzzato, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999. Per la dottrina tedesca cfr. soltanto G. Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip*, Baden-Baden 1980; A. v. Arnould, *Rechtssicherheit*, Tübingen 2006; C. Bäcker, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat*, Tübingen 2015.

² Cfr. oltre alle voci enciclopediche di Giannini, Gianformaggio e Pizzorusso ad es. N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito*, *Rivista Internazionale di Filosofia Del Diritto* 28 (1951), 146-152; M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi della legittimità*, Milano 1979; C. Faralli, *Certezza del diritto o diritto alla certezza? Materiali per una storia della cultura giuridica* 1997, 89ss.; id.; *La certezza del diritto nell’età della decodificazione*, in: *Scritti giuridici in onore di S. Cassarino*, Padova 2001, 623ss.

“inviolabilità” dei diritti, in particolare ad es. di quelli alla non retroattività *in malam partem* della legge penale (), al “giudice precostituito” (art.), alla “previdenza” sociale (art. 38) o al risparmio (art. 46), ma anche attraverso le clausole della sicurezza che limitano le libertà personale, di circolazione e di riunione (art. 13 (3), 16 (1), 17 (3), 35 (3)) e l’iniziativa economica (art. 41). Il principio di certezza del diritto è inoltre alla base delle garanzie della pubblicità delle fonti (art. 73), della soggezione del giudice alla legge (art. 101), della legalità dell’amministrazione (art. 97), della stretta legalità in materia penale (art. 25), della legalità tributaria (art. 23), delle garanzie di irretroattività (art. 25, 53, 3), dell’inviolabilità della res iudicata (arg. art. 111 Cost.) e della rigidità della Costituzione (art. 134).³

Giustizia e certezza necessitano oggi di richiami e di difese costituzionali specifiche sia in una situazione percepita diffusamente come “crisi della giustizia”, sia in una situazione percepita diffusamente come “crisi della legge” (o “crisi della politica”), riconducibile ad un’elevata instabilità politica e insicurezza sociale.

Per quanto riguarda la “crisi della giustizia”, la Corte costituzionale si è limitata a registrarla nelle parole delle parti di due giudizi non recenti.⁴ Fuori dalla Corte fu evocata già nel 1953 da Piero Calamandrei.⁵ Oggi è denunciata soprattutto dal Consiglio nazionale forense e dal CSM⁶, praticamente tabù invece per la Corte Suprema di Cassazione e il Presidente della Repubblica. In effetti, un avvocato che non consigliasse di ricorrere contro una condanna penale di primo grado al solo fine di ottenere la prescrizione, rischierebbe di esserne penalmente sanzionabile. E non manca il magistrato che in pubblico parla di “giustizia, roba da ricchi”.⁷ La crisi è percepita in modo particolare in Italia e potrebbe rappresentarsi in una necessità di riforme strutturali dell’intero sistema giudiziario più che in interventi puntuali del giudice costituzionale.

La “crisi della legge” (o della politica) non è entrata nelle sentenze costituzionali, anche se in alcune sentenze sono emerse situazioni di “insicurezza” sociale affrontate con leggi emergenziali.⁸ Per quanto riguarda invece la “certezza del diritto”, principio più generale rispetto a quello della legalità stretta in materia penale,⁹ la Corte costituzionale ne fece presto uso a fini di autolegittimazione, ad

³ R. Guastini, Preface, in: H. Avilà, *Certainty in Law*, Springer Switzerland 2016, vii.

⁴ Sent. n. 77/1997, 435/2004.

⁵ P. Calamandrei, *La crisi della giustizia*, in: G. Ballardore et al., *La crisi del diritto*, Padova: CEDAM, 1953, 157ss. Cfr. anche G. Maranini, *La crisi della giustizia in Italia*, *Il Politico* Vol. 28, No. 2 (GIUGNO 1963), pp. 229-245.

⁶ Le relazioni del C.S.M. sul tema generale della “crisi della giustizia” cominciano nel 1970 sul tema “Realtà sociale e amministrazione della giustizia”. Cfr. successivamente *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia 1986-90*, Quaderno 36, Roma 1990, 13ss. <http://www.csm.it/documents/21768/81517/Quaderno+n.+36/83eb460c-46bd-4616-a891-2a6c1ccd00c7?version=1.0>. Da ultimo l’esternazione del consigliere laico R. Balduzzi <http://www.csm.it/web/rbalduzzi/bacheca-del-consigliere/-/blogs/inaugurazione-dell-anno-giudiziario-2016>.

⁷ E. Pazé, *Giustizia, roba da ricchi*, Rom, Laterza 2017.

⁸ Sent. n. 15/1982; 633/1988; da ultimo sent. n. 172/2017.

⁹ Cfr. solo la citazione di Bobbio nella sent. n. 364/1988 (Dell’Andro): “L’assoluta, “illuministica” certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni

es. nella sent n. 3/1957, secondo la quale “soltanto le decisioni della Corte costituzionale possono assicurare, con la certezza del diritto, la piena tutela del diritto del cittadino alla costituzionalità delle leggi”. La Corte argomentava con il “preminente interesse pubblico della certezza del diritto” per considerare proponibili questioni proposte nei giudizi di parificazione svolti dalla Corte dei conti sul rendiconto generale dello Stato¹⁰, per spiegare la preferenza data ad una sentenza interpretativa di accoglimento¹¹ o per giustificare ragionevoli limiti alla retroattività delle proprie sentenze di incostituzionalità.¹² Il principio generale della certezza del diritto è stato usato più frequentemente per adire la censura delle leggi, regionali¹³ e statali¹⁴, più raramente per difenderle. Il “problema se la certezza del diritto si configuri come principio vincolante per il legislatore regionale”¹⁵ non è mai stato del tutto risolto, anche se è stato a volte riconosciuto come valore, a volte come principio generale del diritto costituzionale, implicito alla Costituzione e suscettibile di bilanciamenti e combinazioni con altri principi, acquisendo ad es. un maggiore peso in materia elettorale.¹⁶ *“La certezza del diritto costituisce senza dubbio un valore fondamentale dell'ordinamento da realizzare nella massima misura possibile, ma non ogni difetto o confusione legislativa si risolve in irrazionalità tale da determinare un vizio di incostituzionalità, tanto più che gli eventuali difetti riscontrabili in numerose formulazioni normative sono suscettibili di soluzioni che restano affidate agli interpreti.”*¹⁷

La Costituzione come fonte principale del diritto costituzionale assicura la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri per rendere certa la giustizia e giusta la legislazione. Legislatori e giudici devono non solo osservarla, ma anche cooperare per garantire giustizia e certezza del diritto nel quadro dei principi fondamentali e nei limiti dei diritti garantiti e dei poteri costituiti. La Corte

sistematiche che (dato il rapidissimo succedersi di "entrate in vigore" di nuove leggi e di abrogazioni, espresse o tacite, di antiche disposizioni) rinviando, attraverso la mediazione dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori "secondo" mediazioni. La completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle ad es. di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato (soprattutto di quelli istituzionalmente destinati ad applicare le sanzioni per le violazioni delle norme, ecc.).”

¹⁰ Sent. n. 121/1966 (rel. Sandulli)

¹¹ Sent. n. 55/1967 (rel. Mortati).

¹² Sent. n. 10/2015 (re. Cartabia).

¹³ Cfr. sent. 153/1995 (rel. Baldassarre): “... ragioni essenziali di certezza del diritto inducono la Corte, dinanzi ad un diretto contrasto fra disposizioni di legge regionale impugnate e principi di riforma economico-sociale stabiliti dalla legge statale, a dichiarare la illegittimità costituzionale delle norme denunciate.”

¹⁴ Cfr. ad es. la massima della sent. 152/1994 (rel. Baldassarre): “Di fronte al frequente uso di avvisi di rettifica di atti legislativi già pubblicati, la preoccupazione di salvaguardare il bene giuridico della certezza del diritto da presunte irregolarità o illegittimità può avere soddisfazione soltanto davanti ai giudici comuni di volta in volta competenti secondo le norme generali, mentre - in relazione ai suddetti avvisi - il sindacato della Corte costituzionale può essere attivato dai titolari del potere legislativo soltanto nelle evenienze suscettive di configurare ipotesi di conflitto di attribuzione.”

¹⁵ Sent. n. 101/1986 (rel. La Pergola).

¹⁶ Sent. n. 13/2012 (rel. Cassese): “principio che è essenziale per il sistema delle fonti e che, in materia elettorale, è di importanza fondamentale per il funzionamento dello Stato democratico”.

¹⁷ Sent. n. 111/1995 (rel. Santosuosso).

costituzionale e il procedimento della legislazione costituzionale offrono inoltre un giudice e un legislatore speciale per garantire un principio fondamentale di costituzionalità o, se si vuole, correttivi di ingiustizia e incertezza tanto sensibili da minare che le basi dello Stato costituzionale odierno democratico e di diritto.

I rapporti tra legislatori e giudici possono generare tuttavia ingiustizie e incertezze del diritto. Nel sistema e nell'ordine di questi rapporti disegnato dalla Costituzione, le garanzie e riserve legislative precedono quelle giurisdizionali, come anche il potere legislativo precede il potere giurisdizionale, cercando insieme ad esso di prendere in una tenaglia il potere esecutivo. Il legislatore agisce, il giudice reagisce. Fonte primaria del diritto è considerata la legge, non la giurisprudenza.

Nella realtà istituzionale, il primato della *lex* sembra ceduto agli *iura*, il legislatore politico per lo più solo reattivo, delegante o convertente, talora rinunciatario. Il giudizio di legittimità costituzionale e le interpretazioni "adeguatrici" sembrano aver configurato un nuovo primato del diritto giurisprudenziale. Questo rovescio del primato sembra rispecchiarsi anche nel maggiore successo dei giudici costituzionali rispetto a quello dei riformatori della Costituzione. Nella realtà del diritto si percepisce una crescente discrasia tra "diritto vigente" e "diritto vivente". I tecnici dell'amministrazione e della giurisdizione agiscono, i legislatori reagiscono, cercando per lo più di codificare, talora di controllare o indirizzare le pratiche creative del diritto vivente. Il legislatore è preso in una tenaglia tra, da un lato, gli esecutivi i quali negoziano patti interni o esterni di regolazione sostitutivi o direttivi rispetto alla produzione delle fonti primarie e, dall'altro lato, i giudici i quali aggiudicano pretese regolative attraverso massime giurisprudenziali integrative delle fonti primarie ed adeguatrici a quelle costituzionali, sviluppando interpretazioni più o meno creative.

La recente sentenza n. 1946/17 della Corte di cassazione è stata letta come prova del rovesciamento dei ruoli, perché ravvisa nel dispositivo della sentenza additiva di principio n. 278/2013 della Corte costituzionale, "ancorché il legislatore non abbia introdotta la disciplina procedimentale attuativa", "una provvista di indicazioni che consente al giudice di assicurare, anche per il periodo transitorio, una situazione adeguata alla legalità costituzionale." Statuendo come principio di diritto che "sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna", la Cassazione sembra trasformare insieme la sentenza convenzionale, quella costituzionale e il seguito giurisprudenziale in un meccanismo creativo di norme nuove e quindi in una fonte

giurisprudenziale di diritto sussidiario, svolgendo una sorta di supplenza eccezionale. Al legislatore non è certo vietato ri-disciplinare il nuovo procedimento alla volontaria giurisdizione o crearne un alternativo davanti alle autorità amministrative, anche indipendenti (ad es. il garante della privacy), ma la sua inazione rischia di trasformare impercettibilmente questo diritto giurisprudenziale dal diritto di una transizione senza termine in un'improvvisazione eterna, tollerata da un legislatore "*quis consentire videtur*".¹⁸

Se questa è la "certezza del diritto" offerta da un nuovo rimedio del diritto civile, quella del diritto penale, sostanziale e procedurale, non promette di più.¹⁹ Le controversie sulla sentenza Taricco hanno indotto la Corte costituzionale ad esaltare un principio di determinatezza e prevedibilità del precetto penale, considerando anche le prescrizioni sottratte a interventi retroattivi e condannando prevedibilmente l'Italia a risarcire l'UE per tutti i danni causati dal fallimento di un sistema di giustizia penale inadeguato per le esigenze di certezza del diritto dell'UE (ord. n. 24/2017). La recente riforma Orlando è stata invece accolta da parte della dottrina come una prova del fatto che il diritto vigente è costretto a "inseguire e ratificare il diritto vivente, a volte maldestramente". Considerando vincolanti le interpretazioni della Corte di Strasburgo e rinunciando alla cura del proprio linguaggio, il legislatore avrebbe abbandonato il proprio ruolo di autore della legalità: "*Cedant leges togae*".²⁰

Le crisi della giustizia civile e penale – per tacere in questa sede di quella amministrativa – appaiono in tutti questi esempi indissolubilmente legate alla crisi della rappresentanza politica ed entrambi le crisi potrebbero rafforzarsi a vicenda. L'incertezza del diritto deriverebbe tanto dall'incertezza dei legislatori quanto da quella dei giudici, per non parlare di quella dei professori del diritto che scrivono sempre meno manuali e hanno sempre meno studenti. In queste crisi, la Corte costituzionale è frequentemente chiamata al *crisis management*, ma risponde difendendo sia la discrezionalità politica del legislatore e sia quella tecnica dei giudici e appellandosi alle virtù della leale collaborazione. La Consulta non può produrre da sola giustizia e certezza, ma solo censurare quelle ingiustizie e incertezze che minacciano la stessa Costituzione come quadro dei limiti e come base di legittimazione dei poteri. Trattasi di una censura non meramente negativa, ma anche pronta a stimolare le virtù e a promuovere una creatività necessaria affinché la Costituzione possa mantenere la fiducia in un futuro di progresso e di non regressione della società e dello Stato nel mondo.

¹⁸ R. Pardolesi, G. Pino, Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza, *Foro it* 2017, V, 113ss.

¹⁹ M. D'Amico, La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive, in: I. Pelizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano 2017, 3ss.

²⁰ P. Ferrua, Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando, *Diritto e processo penale* 2017, 1265ss.

Compito di questa relazione sarà l'analisi di alcuni aspetti creativi della giurisprudenza costituzionale nei quali emergono tensioni tra giustizia e certezza del diritto e difficoltà di collaborazione tra il *gubernaculum* dei legislatori e la *jurisdictio* dei giudici. Succede in pratica che, da un lato, il legislatore si inventa interprete organico delle proprie leggi certificandone il significato giusto ("legislatore interprete") e aggiustando interpretazioni giudiziarie, dall'altro che il legislatore reinventi il giudice come applicatore meccanico di automatismi che la Corte giudica incompatibili con le esigenze di giustizia, autorizzando il giudice ad "aggiustare l'automatismo". Per quest'ultimo caso si è proposta l'immagine del "legislatore automatico", ma forse linguisticamente sarebbe più corretto parlare del "giudice automa", inteso come una persona "che si muove o agisce macchinalmente, quasi fosse priva di riflessione" (Devoto-Oli), cioè privo di una coscienza costituzionale riguardo alle conseguenze concrete del proprio agire. Prima di analizzare tali fenomeni di critica e correzione reciproca, occorre tuttavia tornare alle origini della creatività del giudice costituzionale.

2. La creatività del giudizio di "legittimità costituzionale"

Rileggiamo le parole della Costituzione, soprattutto quelle meno interpretate dai commentari e dai manuali per i quali il giudice costituzionale giudica semplicemente la "costituzionalità" o "validità" di leggi e atti, cercando di evincere la specificità del giudizio dal senso generale e specifico della Costituzione, considerata non solo per il suo rango ma per la sua funzione diversa dalle leggi.²¹ La Corte costituzionale giudica innanzitutto sulla "legittimità costituzionale" delle leggi, in secondo luogo su "conflitti di attribuzione" tra organi ed enti costituzionali sulla spettanza e sulle modalità sostanziali e procedurali di esercizio dei poteri, cioè sulla "legittimazione costituzionale" di un potere in relazione all'altro, e in terzo luogo su fatti censurati come rotture della "legalità costituzionale". A differenza della giurisdizione civile speciale dei conflitti di attribuzione, che mantiene equilibrato l'ordine costituzionale dei rapporti di potere, e a differenza della giustizia penale speciale, che difende la "legalità" della costituzione da fatti anticostituzionali, il giudizio sulla "legittimità" degli atti legislativi si affianca a quello sugli atti amministrativi nella giustizia amministrativa.

Della legge non si giudica la bontà o la bellezza, né tanto meno l'opportunità politica e l'utilità culturale o economica. In base all'abrogato art. 127 della Costituzione, il controllo preventivo della legittimità costituzionale di una legge regionale andava distinta da quella "di merito" riservata alle Camere. Le odierne controversie sulla "legittimità costituzionale" delle leggi possono sorgere anche

²¹ G. Zagrebelsky, V. Marcenò, Giustizia costituzionale, Bologna 2012,193.

a posteriori e portare a una dichiarazione della “illegittimità costituzionale” di una norma che cesserà di aver efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (art. 136), lasciando viceversa la legge non impugnata sempre nel limbo di una incertezza del diritto. Ricordiamo che nel testo licenziato dalla Commissione dei 75, la Corte giudicava ancora “della costituzionalità di tutte le leggi”. Temendo che la Corte potesse interrogarsi sulla essenza della legge in quanto merito della disposizione, Gesumino Mastino proponeva di aggiungere l’aggettivo “giuridica”. Egidio Tosato e Costantino Mortati opposero la formula della “legittimità costituzionale”, per ammettere - nelle parole dello stesso Tosato che aveva equiparato l’interesse legittimo ad un’ interesse alla legittimità – *“un sindacato di legittimità in tutte le forme in cui la illegittimità può manifestarsi”, escludendo “qualsiasi sindacato di merito” attraverso una “inibizione assoluta ai giudici di entrare nel sindacato circa l’uso dei poteri discrezionali rilasciati agli organi costituzionali dalla Costituzione”*. (A.C., 2629) Il Presidente Ruini ne offrì un’interpretazione originaria più ampia ed elasticizzante: *“Questa formulazione: legittimità costituzionale, l’abbiamo indicata noi stessi, Perassi ed io, al collega Tosato, per superare la proposta che era sorta di inserire “escluso ogni giudizio di merito”; giusto concetto; la Corte non è giudice di merito: ma la Corte deve, ad esempio, poter valutare la finalità della legge per riconoscere se è costituzionale o no; e si vi è stato qualcosa come un eccesso di potere nei riguardi della costituzionalità. La formula “legittimità costituzionale”, mentre esclude il merito, consente una valutazione abbastanza elastica; e starà alla prassi e alla giurisprudenza della Corte stabilire la giusta via “* (A.C., p. 2637).

Legittimità costituzionale era una specificazione del concetto di “legittimità” in uso nella prassi della giustizia amministrativa sin dall’art. 15 n. 4 del Decreto-Legge Rattazzi 30 ottobre 1859, n. 3707.²² Nel romanticismo ottocentesco, la legittimità era stata ancora legata all’idea di un diritto originario che riecheggia nella “legittimazione” dei figli nel diritto civile e nella legittimità di condotte derivante dall’esercizio di diritti e poteri nel diritto penale, ma nei concetti di legittimità politica di platonica memoria.²³ Nel prime ondate del costituzionalismo, in un pamphlet diretto contro “il governo pontificio, in rapporto a legalità, legittimità ed influenza sulla religione”, stampato a Parigi nel 1833, legittimità e legalità erano stati rappresentati come due specie di giustizia, riferendo la prima al diritto naturale, la seconda al diritto positivo: “l’una che sorge da quell’ordine immutabile e divino con cui gli uomini e le cose sono disposti; l’altra che nasce da’ patti reciproci e volontarj.”²⁴

²² Cfr. la ricostruzione storica delle formule in E. Presutti, I limiti del sindacato di legittimità, Milano 1911, 63ss.

²³ Il governo pontificio in rapporto a legalità, legittimità ed influenza sulla religione, Parigi : Poussielgue, 1833

²⁴ Cf. P. Portinaro, Legittimità, Enc. delle Scienze sociali, Treccani, Roma 1996, cita come prima fonte il “racconto di Glaucone sulla genealogia della giustizia che apre il II libro di Repubblica (358e-359a): quando gli uomini meno

Nel 1884, il Consiglio di Stato trovò una formula di sintesi che in assenza di una definizione legislativa del concetto di legittimità, “secondo la dottrina e l’uso, non è tenuto legittimo l’atto amministrativo contrario alle leggi e alla giustizia.”²⁵ Questa nozione di legittimità andava oltre la semplice legalità dei fatti e atti, arricchendosi negli anni venti di un vizio di “manifesta ingiustizia”.²⁶ Nel ventennio, le sezioni unite della Cassazione annullarono poi decisioni del Consiglio di Stato nelle quali ravvisavano uno “sconfinamento dai limiti della giurisdizione di legittimità deferita a quell’organo”.²⁷

Vittorio Emanuele Orlando aveva riferito come “teoria dominante” al riguarda degli atti di governo a tutela del “benessere pubblico” quella secondo la quale la legittimità riguardava “la competenza dell’autorità, le condizioni, i limiti, le forme, onde, per legge, l’atto amministrativo è regolato”, mentre “il merito, invece, riguardava l’uso di quelle facoltà nel caso concreto”, essendo l’eccesso di potere inosservanza delle condizioni e forme, semplice abuso o presenza di circostanze nelle quali “l’atto non è opportuno, non è ragionevole, non è conveniente.”²⁸ Per la dottrina successiva, la legittimità si caricava tuttavia sempre di più di significati di ragione e giustizia sostanziale inerenti allo spirito della legge, negli anni venti e trenta collegati all’equità o ai principi generali del diritto²⁹, da Carl Schmitt anche riferiti alla legge e agli atti governativi aventi valore di legge.³⁰ L’allievo prediletto di Santi Romano, Guido Zanobini, insegnava allora che i vizi di legittimità caratterizzassero atti nulli o annullabili che non si informavano ai principi giuridici, quelli di merito atti solo annullabili per violazione di “regole tecniche o criteri di opportunità e di convenienza “ossia le norme di buona amministrazione”. I vizi di merito causavano l’annullabilità dell’atto: “solo con mezzi determinati e di ristretta applicazione; in molti casi questa forma d’invalidità può non avere alcuna conseguenza pratica.”³¹

La dottrina repubblicana ha cercato di sviluppare questo acquis d’idee. Secondo Costantino Mortati i vizi di legittimità abbracciavano solo l’incompetenza (vizi soggettivi) e la violazione di legge (oggettivi), non anche l’eccesso di potere che costituiva invece una “categoria puramente storica” e

preparati alla lotta, e dunque i più, si resero conto che subire ingiustizia è un male più grande e più frequente del bene che tocca a chi la commette su altri, ritennero conveniente trovare un'intesa per non farla né patirla vicendevolmente; così "cominciarono a stabilire le leggi e gli accordi tra loro, e a chiamare quel che la legge ordina legittimo e giusto (νόμιμόν τε καὶ δίκαιον)".

²⁵ La giustizia amministrativa 1888, c. 74.

²⁶ Consiglio di Stato, sez. IV, 5.6.1925, Giurisprudenza italiana 1925, III, c. 237.

²⁷ Sez. Un. 21 gennaio 1928, n. 231, con nota critica di O. Ranalletti, Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell’atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale (1928), rist. in: Scritti giuridici scelti, Napoli 1992, II, 165ss.

²⁸ V.E. Orlando, Principi di diritto amministrativo, 2° ed., Firenze 1903, 327

²⁹ Cfr. la ricostruzione di M. Pastorelli, La discrezionalità amministrativa nel pensiero giovanile di Massimo Severo Giannini, in: Quaderni fiorentini XXXVII (2008), 426.

³⁰ Cfr. l’accenno a Schmitt in G. Treves, Presunzione di legittimità degli atti amministrativi, Padova, 1936, ..

³¹ G. Zanobini, Corso di diritto amministrativo I. parte generale, 3° ed. rist., Milano 1944, 340

giurisprudenziale. Tuttavia, a fronte della sent. n. 37/1969, secondo la quale “l’ipotizzabilità stessa di un vizio di eccesso di potere legislativo rilevabile dalla Corte deve escludersi”, osservò: “... apparendo il termine “eccesso di potere” *choquant*, si ricorre a quello di “ragionevolezza” e così l’etichetta si salva !”³² Anche Vezio Crisafulli aveva difeso l’autonomia del vizio di eccesso di potere legislativo rispetto a quello amministrativo, ma notava un “accostamento” in presenza di norme parametro di principio rispetto alle quali spetterebbe alla Corte “colmare il margine di indeterminatezza della norma di raffronto con l’ausilio di massime di esperienza, di dati della realtà economico-sociale e di conoscenze di ordine extragiuridico”.³³ Aldo Sandulli desumeva una “regola di *rationabilis*” dal principio di eguaglianza e proponeva di distinguere casi di “applicazione travalicatrice delle formule costituzionali “elastiche” da casi di incoerenza del sistema normativo, in particolare di contraddittorietà del sistema normativo, di impertinenza (“mancanza di correlazione logica (di funzionalità) del meccanismo legislativo rispetto agli obiettivi da perseguire”) e di inadeguatezza (“strumenti legislativi che pecchino palesemente per difetto o per eccesso, o comunque per mancanza di proporzione, rispetto all’obiettivo avuto di mira”).³⁴ Questi e innumerevoli ulteriori tentativi di teorizzazione della “ragionevolezza”, anche nei seminari della Corte costituzionale, non riuscirono a chiudere la porta delle interpretazioni e a ingabbiare la “legittimità” costituzionale in schemi certi e facilmente spiegabili agli studenti del diritto e ai cittadini, ma l’idea diffusa è che la prassi complessiva abbia imboccata la “giusta via” sperata dai padri costituenti.

La Costituzione repubblicana pretendeva di rinnovare la costituzione in senso materiale e il diritto costituzionale³⁵, di riordinare la società e di rilegittimare lo Stato, articolandosi in nuovi principi fondamentali e garanzie concrete dei diritti anteposte a quelle della separazione dei poteri, parti tutte ispirate ai principi del moderno costituzionalismo. Secondo la mozione approvata in data 25 ottobre 1946 nella Commissione dei 75 voleva pertanto essere “il più possibile semplice, chiara e tale che tutto il popolo la possa comprendere”, contenere “nei suoi articoli disposizioni concrete, di carattere normativo e costituzionale” e “limitarsi a norme essenziali di rilievo costituzionale e di supremazia su tutte le altre norme, lasciando lo sviluppo delle disposizioni conseguenti a leggi” ordinarie.

In questo contesto, la possibilità di dichiarare la illegittimità costituzionale della legge è stata concepita più come un accertamento con efficacia vincolante della nullità *ex-tunc* che non come un annullamento con efficacia *pro futuro* sul modello della “Corte di Giustizia costituzionale”

³² C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, vol I, 10. ed. Padova 1991, 288ss.; id. vol. II, 9° ed., Padova 1976, 1414.

³³ V. Crisafulli, Lezioni di diritto costituzionale, Padova 1984, 371.

³⁴ A. Sandulli, Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, Diritto e società 1975, 561ss.

³⁵ Cf. S. Romano, Principii di diritto costituzionale generale, 2° ed. Milano 1946, 2: “parte essenziale” e “cominciamento” del diritto.

austriaca.³⁶ Il modello kelseniano della giustizia costituzionale era pensato per una costituzione dotata più di regole da applicare che non di principi generali da attuare e valutare, incluso quello del buon andamento della pubblica amministrazione. A differenza della costituzione austriaca, quella italiana era legittimata non tanto da una rivoluzione, quanto dalla resistenza e da un procedimento costituente con referendum che ne anticipò alcuni dei principi fondamentali, in particolare il repubblicanesimo e una democrazia fondata anche su libertà e giustizia.

In questo quadro generale, il giudizio sulla “legittimità costituzionale” delle leggi non si risolveva semplicemente nella verifica dell’osservanza di regole dettate al legislatore e in una estensione a livello costituzionale del “principio di legalità” (sent. n. 15/1969), ma presupponeva anche una verifica implicita della stessa legittimità della Costituzione rigida pensata come parte essenziale, principiante e originaria del diritto. Se il processo costituente aveva legittimato la Costituzione come garanzia dei diritti umani e del popolo, conferendone una capacità di generare un consenso politico durevole, il giudizio sulla “legittimità costituzionale” aveva lo scopo di mantenere vivo questo consenso di base.³⁷ Nei primi dibattiti sulla natura giurisdizionale della Corte, la Corte pertanto interpretò il proprio ruolo costituzionale come una “funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica” (sent. n. 13/1960³⁸), formula che riecheggia le lontane tradizioni del “sindacato” del “Maggior sindaco” senese che erano state modello per le successive idee di una “custodia della costituzione”.³⁹

La storia delle sentenze creative della Corte costituzionale “organo sovrano”⁴⁰ inizia non a caso con una prima sentenza additiva (sent. n. 59/1957) avente per oggetto una legge-provvedimento. Segue una pronuncia che dichiara l’illegittimità costituzionale di una omissione legislativa, non avendo il legislatore delle tariffe delle pubbliche affissioni i determinati criteri e limiti necessari ex art. 23 Cost (sent. n. 36/1959). La prima sentenza additiva di rilievo fu infine la sent. n. 168/1963 con la quale dichiarava incostituzionale la legge istitutiva del C.S.M. “in quanto, per le materie indicate ..., esclude l’iniziativa del C.S.M.”.⁴¹ Questa creatività del giudice costituzionale è diversa da quella di un legislatore e di un giudice comune, perché in essa riecheggia – secondo Crisafulli “a rime obbligate”, forse più correttamente a “rime obbliganti” - la volontà e quindi la creatività del potere costituente democratico, estinto o sospeso che sia. Il giudizio sulla legittimità costituzionale è giustificato da quel che rimane della diffusa volontà di costituzione del popolo.

³⁶ C. Esposito, *La validità delle leggi*, 260

³⁷ Cf. T. Herbst, *Legitimation durch Verfassunggebung*, Baden-Baden, Baden-Baden, 2003, 87ss.

³⁸ Cfr. tuttavia anche ord. N. 22/1960 con la quale la Corte si auto-riconosce la qualifica di “giudice a quo”.

³⁹ M. Ascheri, *Momenti di controllo “costituzionale” medievali e d’antico regime*, in: P. Carnevale, C. Colapietro, *La giustizia costituzionale fra membra e prospettive*, Torino 2008, 31.

⁴⁰ P. Barile, *La Corte costituzionale organo sovrano, implicazioni pratiche*, *Giur. Cost.* 1957, 907.

⁴¹ Molto critico F. Carnelutti, *La Corte costituzionale giudice di equità*, *Riv. Dir. proc.* 1963, 62.

Nell'elasticità della formula "legittimità costituzionale" si riflette in ultima analisi una elasticità della stessa costituzione rigida, suscettibile di interpretazioni anche innovative e di revisioni costituzionali rispettose della sua identità.⁴² La Costituzione ha creato una giurisdizione costituzionale con il compito di garantire la legittimità costituzionale delle leggi e una legislazione di revisione costituzionale, in questo ordine, per poter mantenere il diritto costituzionale e la politica costituzionale in un equilibrio e in questo modo salvaguardare anche la legittimità della Costituzione stessa.

Lo stato attuale di questo equilibrio è notoriamente piuttosto incerto. Mentre in Austria, il testo della Costituzione è stato integrato da un "package" illeggibile di disposizioni costituzionali sparse per tutto l'ordinamento, in Italia il successo della giustizia costituzionale dei diritti forse non riesce a compensare i fallimenti di "revisione organica" dell'assetto dei poteri – e anche di revisione della Corte costituzionale⁴³ - che potrebbero comunque aver avuto un effetto di delegittimazione della stessa costituzione e quindi anche della creatività del giudice costituzionale.

3. Le incertezze di fronte al legislatore-interprete

Il "legislatore-interprete" è una figura e qualifica accreditata dalla giurisprudenza costituzionale (sent. n. 620/1987 rel. Casavola) che sembra rievocare la sovranità dell'antico "*cuius est condere, eius est interpretari*". Tuttavia è una formula ambigua, perché il trattino potrebbe essere anche letto non come specificazione, ma come segno di equazione, ricordando che anche il legislatore più creativo è solo un interprete dei bisogni della società repubblicana e quindi del sistema delle proprie opere. In questa ottica, il legislatore-interprete non è solo il legislatore che interpreta le proprie leggi.⁴⁴ In democrazia, ogni legge può e, anzi, forse deve essere interpretazione laica del popolo, non può essere verità divina, e nella società democratica degli interpreti privati e pubblici della legge, il legislatore è solo il responsabile della prima risposta alle domande di giustizia e certezza. Questa seconda ottica più culturale che tecnica potrebbe essere quella principale della Costituzione, forma e limite dell'esercizio della sovranità popolare. Infatti, il legislatore designato dalle riserve di legge e dagli articoli 49, 50, 67, 68, 70-81, 117, 136 (2) Cost. non è sovrano assoluto e non crea una legge dal nulla, ma viene a interpretare idealmente e realmente oltre alle proprie leggi anche altri "con-testi" come la Costituzione e le sentenze costituzionali o internazionali, talora provvedimenti o accordi amministrativi e bilanci, dichiarazioni politiche e fonti di soft law, statistiche e evidenze di

⁴² G. Amato, L'elasticità delle costituzioni rigide (2015), http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2016/05/Amato_Nomos1-2016.pdf che ignora purtroppo la monografia di L. Patrino, L'elasticità della Costituzione, Torino 2012.

⁴³ Cf. soltanto G. Amato, F. Bassanini, La Corte costituzionale, un istituto da riformare, Politica del diritto 1972, 811ss.

⁴⁴ Cf. F. Modugno, Interpretazione giuridica, Padova 2009, 349ss. : "interpretazione resa dal legislatore".

fatti legislativi, aspettative e aspirazioni, interessi più o meno impellenti e valori più o meno alti, cioè, in ultima analisi, anche la “coscienza sociale” (sent. 394/2006, rel. Flick).

Se tutte le fonti legislative, parlamentari, governative e popolari, sono quindi insieme interpretative di contesti ed autentiche perché prodotte da poteri di autentica rappresentanza pubblica, parlare di “leggi interpretative” o “di interpretazione autentica” in senso stretto è diventato un’etichetta convenzionale per una categoria particolare di interpretazione auto-referenziale problematica, cioè gli atti legislativi aventi per funzione principale l’attribuzione di un significato di norma a una o più disposizioni di una fonte dello stesso rango e ambito di competenza, contrapposte alle interpretazioni giurisdizionali e dottrinali.⁴⁵

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha notoriamente ignorato la dottrina più rigorosa della incompatibilità con il principio della separazione orizzontale dei poteri delle leggi di interpretazione autentica, non più legittimate e privilegiate da una norma analoga all’art. 73 dello Statuto Albertino (sent. n. 118/1959)⁴⁶ e, nella misura in cui per consuetudine e tradizione connaturate di efficacia retroattiva, vietate in materia penale dall’art. 25 cost. solo se *in malam partem*, divieto poi esteso alle sanzioni amministrative (sent. n. 78/1967). Inizialmente cercava piuttosto di autenticare il carattere interpretativo delle leggi di interpretazione sottoposte al proprio controllo (sent. n. 86/1969) e di cavarsela con un’auto-interpretazione creativa della propria giurisprudenza nella massima ufficiale della sent. n. 175/1974 (rel. Volterra): “*Va ribadito il principio della piena legittimità costituzionale dell’interpretazione autentica da parte del legislatore e della relativa efficacia retroattiva delle leggi interpretative.*”⁴⁷

Negli anni nei quali si registrarono i più aspri conflitti tra le interpretazioni dei giudici costituzionali e di quelli della Cassazione, questo indirizzo poteva essere anche una sorta di appello tacito al legislatore di intervenire, se possibile, a sostegno della Corte per evitare sentenze interpretative di accoglimento. In effetti, la legge di interpretazione di leggi oggetto di questioni promosse in via incidentale consentiva poi di restituire gli atti al giudice a quo (ord. 261/1984, rel. Elia).

⁴⁵ Cfr. ancora nel 1772 il ricorso obbligatorio del supremo consiglio di giustizia nel Codice di leggi e costituzioni estensi del 1771 cit. da G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano 1980, 245s. e la tesi austriaca del Kelsen secondo la quale solo l’interpretazione dell’organo che applica la legge è sempre autentica (cit. da F. Modugno, op. cit., 362).

⁴⁶ Le leggi interpretative “e come tali retroattive” sono un tipo di fonte “comunemente ammesso da altri ordinamenti statali, che posseggono i caratteri di Stato di diritto e Stato democratico”. “Non diversamente dalle altre leggi, anche la legge interpretativa innova all’ordine legislativo preesistente: il *quid novi* che essa introduce in tale ordine consiste nell’attribuire a certe norme anteriori un significato obbligatorio per tutti (con conseguente esclusione di ogni altra possibile interpretazione)”.

⁴⁷ G. Marzano, *L’interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, 214. Per una critica della sent. 175/2014 cf. G. Zagrebelsky, *Sulla interpretazione autentica (a proposito della “Legge per Assisi”)*, *Giur. Cost.* 1974, 3482ss.. Per la ricostruzione storica A. Gardino Carli, *Il legislatore interprete*, Milano 1997, 11ss.

Solo negli anni novanta, nel contesto delle cresciute tensioni tra parlamento e magistratura e a fronte di una effettiva proliferazione delle leggi interpretative, la dottrina ha cercato di criticare e incoraggiare un orientamento più restrittivo dei giudici costituzionali.⁴⁸

La dottrina rispondeva allora a una giurisprudenza che forniva nuove massime e formule del tipo: *“il fatto che la norma si sia venuta, nella sostanza, a configurare come innovativa dotata di forza retroattiva anziché come vera e propria norma interpretativa, non appare, assunto isolatamente, idoneo a integrare un vizio della legge (sotto il profilo denunciato dell'eccesso di potere legislativo), ove si consideri che tanto nel caso della norma retroattivamente innovativa che in quello della norma propriamente interpretativa (equivalenti nei loro effetti), la legge è pur sempre soggetta al controllo di conformità al principio di ragionevolezza secondo criteri analoghi”* (sent. n. 6/1994, rel. Cheli). *“Per poter essere riconosciuta tale, la legge di interpretazione autentica deve rispondere alla funzione che le è propria, che è quella di chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili col tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative, sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea di politica del diritto perseguita dal legislatore.”* (sent. n. 311/1995, rel. Santosuosso). *“La giurisprudenza di questa Corte ha individuato una serie di limiti alla potestà di emanazione di leggi interpretative, nel cui novero vanno considerati, oltre alla ragionevolezza della scelta operata, il divieto di ingiustificata disparità di trattamento, la coerenza e certezza del diritto, il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario.”* (sent. 376/1995, rel. Chieppa).

Eppure, solo poche interferenze nella funzione giurisdizionale risultavano censurate (sent. n. 123/1987, 321/1998, 374/2000) e il “labirinto” della giurisprudenza si è ulteriormente complicato sia dall’apertura a leggi interpretative non giustificabili da specifiche esigenze di certezza del diritto, sia dalla valorizzazione della tutela dell’affidamento. Da un lato, l’interpretazione autentica è diventata sempre più autoreferenziale, perché il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze nell’applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche *“sine occasio”*, cioè *“quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla*

⁴⁸ Cf. oltre al richiamo alla “legge interpretativa ragionevole” la citata monografia di A. Giardino Carli (1997), p. 173ss. anche la tesi di un onere di “giustificazione istituzionale” di G. Verdi, L’interpretazione autentica della legge, Torino 1997, 178ss.; i vari contributi ad A. Anzon (a cura di), Leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore, Torino 2000 a partire da quello di A. Pugiotto che offriva una tipologia delle interferenze illecite nella funzione giurisdizionale (p. 76); cf. A. Pugiotto, La legge interpretativa e i suoi giudici: strategie argomentative e rimedi giurisdizionali, Milano, 2003.

norma anteriore” (sent. n. 525/2000⁴⁹, 209/2010; 271/2011). In fondo quel che poteva fare il giudice costituzionale con sentenze interpretative o addirittura con sentenze manipolative a rime (più o meno) obbligate era difficile vietare allo stesso legislatore, le cui manipolazioni erano forse più autentiche di quelle dei giudici costituzionali.

Dall’altro lato, il criterio insieme giustificativo e limitativo della certezza del diritto⁵⁰ è stato potenziato sia dal legislatore tributario che ha riconosciuto nello Statuto del contribuente un diritto all’esplicitazione delle interpretazioni autentiche in materia tributaria (art. 3 co. 1 l. n. 212/2000), sia dalla Consulta che ha ancorata la tutela del legittimo affidamento del cittadino nell’art. 3 co. 1 Cost. più che nei diritti di libertà, socio-economici, processuali o politici, ritenendo che il sacrificio dell’affidamento possa essere giustificato da un “bilanciamento con altri interessi costituzionali” (sent. n. 525/2000).⁵¹

A questo punto non era del tutto imprevedibile un contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, più rigorosa nella verifica di bilanciamenti che giustificano la retroattività di una legge. Infatti, la Corte costituzionale dovette riconoscere che *“mentre, in linea di principio, al legislatore non è precluso intervenire in materia civile, con nuove disposizioni retroattive, su diritti sorti in base alle leggi vigenti, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall’articolo 6 della CEDU vietano l’interferenza del legislatore nell’amministrazione della giustizia destinata a influenzare l’esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale”* (sent. n. 311/2009).

Ne conseguono oneri di motivazione che sono emersi in particolare nella dichiarazione di incostituzionalità della legge di interpretazione autentica dell’art. 2935 c.c., attraverso la quale nell’interesse delle banche si era cercato di demolire un diritto vivente fondato su una sentenza della Cassazione a sezioni unite (sent. n. 78/2012, rel. Criscuolo). In questo caso, la certezza del diritto anziché giustificare un’interpretazione autentica chiarificatrice, resa come testimonianza delle intenzioni e ragioni del legislatore in una situazione di incertezza giurisprudenziale, ha rovesciato sul legislatore l’onere della argomentazione e della prova di un “motivo imperante” di

⁴⁹ Cf. P. Carnevale, Legge di interpretazione autentica, tutela dell’affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del “tributo” pagato dal legislatore-interprete “in materia tributaria” al principio di salvaguardia dell’interpretazione “plausibile”, *Giur. it.* 2001, V, 2415ss.

⁵⁰ A. Pizzorusso, P. Passaglia, *Constitution et sécurité juridique: Italie*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1999, 199 ss. Per quanto riguarda la giurisprudenza degli altri ordinamenti europei cfr. in particolare per il Belgio *Cour d’Arbitrage, arrêt n° 189/2002 du 19 décembre 2002*.

⁵¹ Cfr., tra tanti, sent. n. 166/2012: “(...) non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l’oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti” purché “tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l’affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto”. Dalla dottrina cf. il tentativo di distinguere certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento in P. Carnevale, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell’ordinamento italiano*, Scritti A. Pace, Napoli 2012, 1927ss.

un'interpretazione autentica correttiva del diritto vivente. Si potrebbe concludere che una legge di interpretazione pseudo-autentica, cioè non autenticabile dalla Corte come autentica, è *prima facie* irragionevole: “La erroneità della auto-qualificazione delle norme impugnate come interpretative costituisce, si è detto, un primo indice, per quanto non dirimente, della irragionevolezza del loro retroagire nel tempo.” (sent. 73/2017, rel. Barbera)⁵²

Nel caso dell'interpretazione restrittiva delle pensioni per retribuzioni percepite all'estero, operata dalla legge finanziaria 2007, la Consulta ha invece privilegiato la certezza del diritto nel sistema pensionistico, sacrificando il diritto a un giudizio e giudicato non manipolati da legge di interpretazione autentica a un'interpretazione che salva la norma del “taglio” già dichiarata conforme a Costituzione, tenendo implicitamente conto anche della situazione di quasi dissesto del bilancio dello Stato, cioè di un interesse finanziario qualificato rispetto a quello normale ex art. 81 co. 4, e degli altri diritti sociali in gioco (sent. n. 264/2012, rel. Morelli).⁵³

La giurisprudenza più recente sembra non di meno essere diventata più severa con le leggi di interpretazione autentica. La sent. n. 160/2013 (rel. Carosi), dichiarò incostituzionale una norma di interpretazione perché “non ha attribuito alla disposizione interpretata un significato rientrante tra le possibili varianti di senso del testo originario. Essa ha invece realizzato, con efficacia retroattiva, una sostanziale modifica della normativa precedente, così ledendo l'affidamento ingenerato dal trattamento riservato per circa trent'anni agli ispettori esterni del SECIT.”

La sentenza 260/2015 (rel. Sciarra) ha dichiarato incostituzionale una norma di un decreto-legge del auto-qualificata come interpretativa che vietava di convertire i contratti di lavoro a termine delle fondazioni lirico-sinfoniche in contratti a tempo indeterminato. In questo caso, un emendamento in fase di conversione aveva cercato di reagire all'”interpretazione restrittiva, che, già prima dell'intervento della norma di interpretazione, aveva ricevuto l'avallo della Corte di cassazione (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenze 30 luglio 2013, n. 18263)”, diventando diritto vivente proprio durante il procedimento legislativo di conversione. Tale interpretazione ledeva “l'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica e le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria” perché “l'affidamento, nel caso di specie, risultava corroborato da un assetto normativo risalente, (...) e da una giurisprudenza che gli stessi lavori parlamentari menzionano e che la legge interpretativa consapevolmente ribalta, ripercuotendosi sui giudizi in corso e su vicende non ancora

⁵² Cfr. anche sent. n. 119/2014.

⁵³ Contro Corte CEDU, *Maggio e al. c. Italia*, 31 maggio 2011, par. 47: impensabile “... in quale modo il fine di rafforzare un'interpretazione soggettiva e parziale, favorevole a un ente dello Stato, quale parte nel procedimento, possa equivalere a una giustificazione dell'interferenza legislativa mentre il procedimento era pendente, in particolare quando tale interpretazione era stata ritenuta fallace nella maggioranza delle occasioni dai tribunali nazionali, compresa la Corte di Cassazione ...”. Cfr. A. Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012)*, <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri23.pdf>.

definite. La disciplina impugnata, priva di un appiglio semantico con la norma oggetto di interpretazione, lede, inoltre, l'autonomo esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto è suscettibile di definire i giudizi in corso, travolgendo gli effetti delle pronunce già rese.”

Anche altri esempi di declaratorie di incostituzionalità sembrano confermare questa tendenza a una maggiore severità. Ad es., la sent. n. 154/2015 (rel. Zanon) ha censurato l'inserimento, in sede di conversione, di una norma interpretativa del tutto estranea rispetto alla ratio e alla finalità unitaria di un decreto-legge “milleproroghe”. La sent. n. 131/2015 (rel. Cartabia) aveva dichiarato incostituzionale una norma di interpretazione autentica di una legge tributaria sul presupposto proprio della sua mancanza di innovatività perché solo la novità avrebbe consentito una deroga al principio di destinazione alla Regione dei Sicilia dei tributi riscossi sul suo territorio. La sent. n. 228/2016 (rel. Amato) ha censurato una interpretazione autentica implicita di un editto dell'imperatrice Maria Teresa del 1751 da parte di una legge regionale toscana.

L'impatto di queste dinamiche giurisprudenziali può essere verificato e valutato solo con qualche approssimazione. Uno studio più approfondito dovrebbe misurare anche la dimensione quantitativa della legislazione interpretativa, raccogliere le esperienze del comitato di legislazione e aggiungere infine un'analisi di giurisprudenza costituzionale comparata.

Per quanto riguarda le statistiche, va osservato che non sono ufficiali e non facili da compilare, ma probabilmente superiori a quelli delle *lois de validations* francesi che secondo uno studio recente del senato francese sarebbero circa una ventina all'anno.⁵⁴ In effetti, mentre il numero di leggi statali con disposizioni di interpretazione autentica esplicita è aumentato da 43 nel periodo 1998-2007 a 55 nell'ultimo decennio, negli stessi periodi, il numero di atti normativi che usano il verbo interpretare o il sostantivo interpretazione è sceso da 507 a 445.

Per quanto riguarda la produzione delle interpretazioni autentiche, esse erano ricomparse peraltro anche nel titolo di alcune leggi del 2010 e 2011, a partire dal non convertito decreto-legge 5 marzo 2010, n. 29 recante “Interpretazione autentica di disposizioni del procedimento elettorale e relativa disciplina di attuazione”. Il preambolo di questo decreto legge enunciava il fine “di consentire il corretto svolgimento delle consultazioni elettorali per il rinnovo degli organi delle Regioni a statuto ordinario fissate per il 28 e 29 marzo 2010 tramite interpretazione autentica”, avente per oggetto le leggi statali anteriori alla riforma del titolo quinto. La legittimazione non si limitava all'output di certezza del diritto elettorale, ma aggiungeva un “ritenuto che tale interpretazione autentica è finalizzata a favorire la più ampia corrispondenza delle norme alla volontà del cittadino elettore”. Il governo dichiara autentica la propria interpretazione di leggi per le quali non aveva più una competenza esclusiva, autenticando nel preambolo formalmente una volontà del popolo.

⁵⁴ Sénat, Service des Etudes juridiques, *Le régime juridique des validations législatives*, https://www.senat.fr/ej/ej_validation/ej_validation0.html. Non sono state rinvenute statistiche per il Belgio e la Spagna.

Per quanto riguarda invece la comparazione, va segnalato oltre alla giurisprudenza francese sulle lois de validation soprattutto una sentenza del Bundesverfassungsgericht del 17 dicembre 2017⁵⁵ che ha dichiarato incostituzionale una disposizione della legge federale per la riduzione dei privilegi fiscali del 2003 che conferiva un'efficacia retroattiva a norma tributaria riformulata in modo tale da correggere una giurisprudenza costante favorevole alla deducibilità di perdite di valore di titoli per gli anni 2001 e 2002. La sentenza individua in questa riforma un'interpretazione autentica che contrariamente all'asserzione governativa del suo valore declaratorio e non innovativo avrebbe realizzato un'"autentica retroattività" (echte Rückwirkung), in linea di principio costituzionalmente illegittima, a differenza di quella non autentica che modificherebbe la qualificazione giuridica di fatti non ancora conclusi nel tempo.

Secondo la maggioranza dei giudici, la chiarificazione retroattiva di una situazione normativa (*Rechtslage*) da parte del legislatore deve rispettare i limiti posti a ogni legge retroattiva. Altrimenti ai giudici verrebbe vietata la verifica della situazione normativa e si aprirebbe al legislatore un margine per "ragionamenti di opportunità" che "pregiudicherebbe in modo rilevante l'affidamento nella stabilità del diritto." (§ 53). La responsabilità democratica del legislatore varrebbe solo per il presente e il futuro, mentre le decisioni legislative del passato godrebbero di una legittimazione democratica autonoma, un "contesto di legittimazione storica" di per sé non eliminabile. (§ 54) La legge di interpretazione autentica avrebbe in linea di principio un valore costitutivo e innovativo ogni volta in cui il legislatore intende decidere una questione interpretativa non decisa dai giudici di merito o escludere un'interpretazione divergente. (§ 55) Una tale "autentica retroattività" violerebbe in linea di principio i principi di certezza del diritto (Rechtssicherheit) e di tutela dell'affidamento derivati dal principio costituzionale fondamentale dello Stato di diritto e della garanzia dei diritti fondamentali, essendo "l'affidabilità dell'ordinamento giuridico un presupposto essenziale per l'autonoma determinazione del proprio disegno di vita, preconditione delle costituzioni liberali" (§ 64). La tutela dell'affidamento è tuttavia non solo giustificazione, ma anche limite del divieto di retroattività. Pertanto eccezionalmente un affidamento tutelabile può negarsi in presenza di una situazione giuridica tanto oscura e confusa da rendere attendibile un chiarimento o in presenza di seri dubbi di costituzionalità o ancora in presenza di altri motivi impellenti di bene comune tali da rendere la retroattività inderogabilmente necessaria. (§ 65) Non già ogni fisiologica incertezza interpretativa di una legge, solo una elasticità interpretativa (Auslegungsoffenheit) tale da creare confusione generale può giustificare come un'interpretazione autentica come tale. Una simile confusione che è regolarmente da escludere se non si è formato ancora una giurisprudenza del

⁵⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 17. Dezember 2013 - 1 BvL 5/08 - Rn. (1-134), http://www.bverfg.de/e/ls20131217_1bv1000508.html

giudice supremo (§ 73), mentre può reggere in condizioni di recente *revirement* o modifica della giurisprudenza (§ 74).

Il voto dissenziente del giudice Masing ha criticato la sentenza come un irrigidimento giurisprudenziale che tutelerebbe non tanto l'affidamento concreto dei cittadini e delle banche ricorrenti nell'immutabilità della legislazione tributaria quanto una sorta di "riserva" (*Reservat*) di potere giurisdizionale, indebolendo il legislatore parlamentare. L'interpretazione della legge resterebbe incerta perché la sentenza costituzionale non vieterebbe né comanderebbe al giudice la tutela dell'affidamento concreto, limitandosi solo a tutelare un'attesa di non ingerenza del legislatore nelle vicende di interpretazione giudiziaria. In questo modo si alterano gli equilibri costituzionali tra principio di democrazia e principio di stato di diritto.

In un'ottica comparata, la giurisprudenza costituzionale italiana sembra ancora più vicina al voto dissenziente che non a quella della maggioranza, ma le distanze potrebbero tendere a diminuire.

4. Le incertezze di fronte al giudice che aggiusta automatismi

Il tema degli automatismi di legge è stato da tempo segnalato come bisognoso di ricerca.⁵⁶ Nella Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola del 2013, Marta Cartabia evidenziava le incertezze dottrinali al riguardo, rilevando che "sempre più frequentemente la Corte costituzionale sottopone ad un severo vaglio di ragionevolezza gli "automatismi legislativi", vale a dire quelle previsioni che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile."⁵⁷ Nella giurisprudenza sugli automatismi regnerebbe una confusione terminologica, particolarmente evidente nella sentenza n. 2 del 1999, relativa all'automatica radiazione di diritto dall'albo dei ragionieri e periti commerciali di quanti che abbiano riportato condanna penale per alcuni tipi di reato: «l'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza».

La dottrina ha cercato di misurare la frequenza, di ricostruire la casistica e le aree di presunta irragionevolezza degli automatismi, di ricondurre i vizi dell'automatismo a quelli di irrazionalità intrinseca della legge e di caratterizzare il dispositivo come implicita delega di bilanciamento al potere giudiziario.⁵⁸ In questa sede saranno offerte alcune precisazioni filologiche e analitiche,

⁵⁶ V. Marcenò, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale* (3° ed.), Bologna 2012, 210ss.

⁵⁷ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*,

⁵⁸ Cfr. A. Tesauro, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: giocando con le regole*, *Giur. Cost.* 2012, 4909s.; 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, 85ss.; G. Leo, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, www.gruppodipisa.it (2014)

storiche e comparatistiche che potrebbero consentire un migliore inquadramento costituzionale al fine di prevenire un uso troppo automatico della figura degli automatismi.

Innanzitutto conviene precisare la terminologia impiegata sia in ambito giurisprudenziale, sia in ambito legislativo.⁵⁹ Per quanto riguarda la giurisprudenza, va subito premesso che non è una specialità italiana, trovandosi anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁰ e, ancora prima, in quella della Corte di giustizia europea.⁶¹ Nella giurisprudenza costituzionale tedesca, ogni automatismo che trasformerebbe l'UE in uno stato federale e ogni automatismo di garanzia politicamente incontrollabile che renderebbe la Germania co-responsabile dei debiti di altri stati renderebbe i trattati UE costituzionalmente illegittimi.⁶²

Il linguaggio della Corte costituzionale nelle decisioni che utilizzano il termine automatismo al singolare (327) o plurale (70) non lo definisce ed evitano anche una precisazione del tipo "legislativo", "normativo", "giuridico" o "applicativo", tutti aggettivi usati invece dai giudici *a quibus*. Piuttosto oscillano tra i due significati tecnico e psicologico che al termine si attribuiscono nel linguaggio comune, cioè non distinguono tra la razionalità dei congegni e dispositivi tecnici che producono un processo o procedimento applicativo ripetitivo e uniforme di norme giuridiche e la

⁵⁹ Cfr. da ultimo i criteri direttivi di alcune delle deleghe contenute nell'articolo unico della Legge 23 giugno 2017, n. 103 (Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario): "eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato" ed "eliminazione di ogni automatismo e preclusione per la revoca o per la concessione dei benefici penitenziari, in contrasto con la funzione rieducativa della pena e con il principio dell'individuazione del trattamento". Art. 105 co. 5 Codice dei contratti pubblici: automatismo di svincolo per la garanzia fideiussoria legato all'avanzamento dell'esecuzione.

⁶⁰ LEGER c. FRANCE 19324/02 11/04/2006 ; HUTTEN-CZAPSKA v. POLAND 35014/97, 19/06/2006; SULEJMANOVIC c. ITALIE 22635/03 16/07/2009; SCOPPOLA v. ITALY 126/05 22/05/2012. Un primo cenno in C.S. contre l'ALLEMAGNE 33681/96 06/04/2000. Un accenno a un automatismo giurisprudenziale in OBST v. GERMANY, 425/03, 23/09/2010.

⁶¹ Cfr. soltanto C-12/78 Judgment ECLI:EU:C:1979:125 10/05/1979 Italy v Commission in tema di monetary compensatory amounts: "To maintain that as regards these latter products there is no need to take account of disturbances which affect them, even if trade in those products is actually disturbed by differences in the cost of the agricultural products from which they are made, leads to blind automatism." C-493/01 Judgment ECLI:EU:C:2004:262 29/04/2004 Oliveri: " In the present case, it seems, at first sight, that in spite of family circumstances being taken into account, the system of expulsion described in the order for reference contains an element of automatism or, in any event, a presumption that the person should be expelled." Da ultimo T-103/12 Judgment ECLI:EU:T:2016:682 29/11/2016 T & L Sugars and Sidul Açúcares v Commission: "Thus, the Court considers that, in the event of a disturbance or a threat of a disturbance on the EU market resulting from quotations or prices on the world market, the Commission has broad discretion, which excludes any automatism and is to be exercised in the light of the objectives of the economic policy laid down by Article 39 TFEU and by Regulation No 1234/2007."

⁶² BVerfGE 89, 155 (Maastricht); 129, 124 (180) (ESM) ; 132, 195ss. (patto di stabilità). L'assenza di automatismo è un argomento con il quale i giudici di Karlsruhe giustificano talora la legittimità costituzionale di leggi restrittive di diritti di libertà, ad es. nel caso della legge che disciplina la misura di sicurezza personale del ricovero terapeutico è stata giudicata conforme alla costituzione proprio perché non costituisce un automatismo e perché suscettibile di interpretazione adeguatrice condizionante ("nach Massgabe") secondo la quale il pericolo di gravissimi reati di violenza e sessuali che legittima il ricovero deve essere dedotto da condizioni concrete della persona o dalla sua condotta (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 11. Juli 2013 - 2 BvR 2302/11 - Rn. (1-177), http://www.bverfg.de/e/rs20130711_2bvr230211.html, BVerfGE 134, 33ss.

meccanicità psicologica di una regola di funzionamento formata senza ogni dominio della mente o della volontà.

L'automatismo è sostantivo di "automatico", termine ancora più frequente e usato sin dagli inizi della giurisprudenza costituzionale. Va notato innanzitutto che nelle prime decisioni la Costituzione stessa è stata interpretata in modo elasticizzante, escludendo che possa generare automatismi: "*Il riconoscimento generico infatti della potestà normativa ed amministrativa, non importa, di per sé, anche il trasferimento automatico delle funzioni e degli uffici statali; poiché la Regione, per quanto possa essere estesa la sua autonomia, resta sempre inquadrata nell'unità dello Stato ed è ad esso subordinata.*" (sent. n. 9/1957). Nulla deve essere "automatico" nell'attuazione della costituzione dei poteri⁶³ e, nel dubbio, il legislatore non intende imbrigliare il Governo in norme che abbiano "effetto automatico" (sent. n. 1/1960). Qualche automatismo emerge invece nella costituzione dei diritti, ad es. "l'automatismo delle prestazioni" di previdenza sociale che non giustifica il *solve e repete* (sent. 45/1962).

All'inizio degli anni settanta, si trovano prime sentenze di incostituzionalità parziali che allargano i margini di valutazione e decisione del giudice. La **sentenza n. 1/1971** censura una violazione del principio di eguaglianza per irragionevole equiparazione di situazioni difformi a parte dell'art. 224, secondo comma, c.p. "nella parte in cui rende obbligatorio ed automatico per i minori degli anni quattordici il ricovero per almeno tre anni in riformatorio giudiziario". Le presunzioni di pericolosità dei minori sono segni di irragionevolezza di un legislatore incapace di differenziare ed assolvere ai propri compiti costituzionali di tutela dei minori. Un lamentato "meccanismo automatico comparizione-convalida" viene poi corretto dalla sentenza n. 89/1972 che dichiara incostituzionale l'art. 668 co. 1 c.p.p. "limitatamente alla parte in cui non consente la tardiva opposizione all'intimato che, pur avendo avuto conoscenza della citazione, non sia potuto comparire all'udienza per caso fortuito o forza maggiore".⁶⁴ Non sarebbe buon costume, usare il potere dello Stato a favore di chi sfrutta le disgrazie altrui anziché dimostrare solidarietà.

Una delle prime massime che utilizzò il termine "automatismo" fu la **sentenza n. 76/1981** in materia di danni pecuniari da svalutazione monetaria che ha difeso la ragionevolezza dell'art. 1224 c.c. alla luce di una giurisprudenza costante che opera con presunzioni "che consentano al giudice di pervenire, caso per caso, con esclusione di ogni automatismo, ad una determinazione che,

⁶³ Cfr. sent. n. 17/1965, rel. Sandulli.

⁶⁴ "La differenza di oggetto tra obbligazioni pecuniarie e obbligazioni di valore giustifica la differente disciplina dell'onere della prova del maggior danno subito in caso di inadempimento e conseguente a svalutazione monetaria, cioè tanto più perché la giurisprudenza più recente ha ammesso che la dimostrazione di tale danno da parte del titolare del credito pecuniario possa fondarsi anche, rispecchi tuttavia l'effettiva incidenza dell'inadempimento sul patrimonio del singolo creditore in relazione alla svalutazione monetaria.

secondo il suo prudente apprezzamento, è informato anche eventualmente a criteri di equità”.⁶⁵ E appena il caso di ricordare che il richiamo alla discrezionalità del giudice in materia di danni da svalutazione aveva indotto già la magistratura suprema di Weimar ad usurpare funzioni di sindacato di costituzionalità.

Il problema ricompare poi negli automatismi salariali e stipendiali di un mondo del lavoro nel quale l’art. 36 cost. garantisce espressamente proporzionalità. A fronte dell’inflazione degli anni ottanta, il legislatore decise di bloccare la scala mobile come dispositivo di sicurezza sociale considerato economicamente insostenibile: "il legislatore ben può adeguare la retribuzione alle variazioni nel costo della vita con interventi adottati di volta in volta senza essere vincolato all'adozione di meccanismi automatici" (sent. n. 43/1980, 151/1980, 34/1985, 186/1986). Tuttavia, cessata l'emergenza che legittimava restrizioni della libertà di concordare automatismi salariali, la successiva sentenza n. 124/1991 argomentò con una incoerenza "sul piano della razionalità pratica" per dichiarare "l'illegittimità costituzionale, sopravvenuta dal 28 febbraio 1986, dell'art. 2, primo comma, del d.l. 1° febbraio 1977, n. 12, convertito nella legge 31 marzo 1977, n. 91 ("Norme per l'applicazione dell'indennità di contingenza"), nella parte in cui non consente la computabilità dell'indennità di contingenza su elementi retributivi diversi da quelli previsti dalla contrattazione collettiva prevalente nel settore dell'industria."⁶⁶ E appena il caso di ricordare che la sentenza n. 178/2015 (rel. Sciarra) ha sviluppato ulteriormente questa tutela degli automatismi retributivi dichiarando "l'illegittimità costituzionale sopravvenuta, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nei termini indicati in motivazione, del regime di sospensione della contrattazione collettiva" che aveva comportato un blocco degli automatismi stipendiali. La precedente controversa sent. n. 70/2015 ha dichiarato invece incompatibile con i principi di proporzionalità ex art. 36 e adeguatezza ex art. 38 Cost. l'azzeramento del meccanismo di perequazione finanziario di pensioni pubbliche, per ragioni non adeguatamente documentate nel procedimento legislativo.

Tutti questi automatismi risarcitori, retributivi, assicurativi e fiscali fin qui emersi non sono tanto un fenomeno della legge e dello Stato, quanto piuttosto garanzie nate spontaneamente per soddisfare una domanda di giustizia sociale e di certezza dei diritti socio-economici sulle quali il legislatore si trova a incidere solo in situazioni di emergenza. Sono più virtù che vizi o, quanto meno, correttivi di mali, anche se possono generare a loro volta altri mali. Questo vale anche per altri automatismi legati alla sicurezza sociale quali ad es. quelli fiscali utilizzati per il riequilibrio della finanza sanitaria regionale (sent. n. 20 e 51/2013).

⁶⁵ Un'altra delle prime massime sottolineava invece che l'art. 22 Cost. "esclude automatismi nell'acquisto a titolo originario della cittadinanza italiana." (sent. n. 258/1982). Cfr. anche sent. n. 245/1997

⁶⁶ La successiva sent. n. 296/1993 confermò la legittimità di un blocco eccezionale degli automatismi stipendiali.

Difendendo la discrezionalità della politica economica del legislatore, la Corte stessa ha peraltro ben presto raccomandato di osservare lo sviluppo dei nuovi automatismi tecnologici che definiremo oggi “digitali” e che venivano percepiti più come pericoli che come garanzie:

“L'avvento sempre più massiccio delle nuove tecnologie, specie nel mondo del lavoro, imporrà modifiche ed innovazioni sempre più radicali e profonde di qualifiche, di categorie professionali, di tempi di lavoro, di utilizzazione del fattore umano insieme alle macchine, ed automatismi sempre più sofisticati (robot, computer, video-games ecc...); determinerà la possibilità di disoccupazioni quantitative e qualitative ed, insieme, la necessità di nuove occupazioni e di nuove forme di contrattazioni. Renderà certamente necessaria anche una più profonda e più radicale riforma del collocamento.” (sent. n. 248/1986).

A differenza degli automatismi tecnologici, le presunzioni invincibili di pericolosità sono invece fattispecie di norme a contenuto regolativo con le quali il legislatore intende creare automatismi sanzionatori che mirano a creare una certezza fondata su finzioni a loro volta pericolose per i principi fondamentali della libertà ed eguaglianza sostanziale (art. 3 co. 2 Cost). Richiamandosi a una precedente sentenza sostitutiva che aveva dichiarato incostituzionale una legge "nella parte in cui attribuisce al Ministro di grazia e giustizia - anziché al giudice di sorveglianza - il potere di revocare le misure di sicurezza" personali, la **sentenza n. 139/1982** (rel. Malagugini) ha dichiarato “l'illegittimità costituzionale degli artt. 222, primo comma, 204, cpv. e 205, cpv. n. 2, del codice penale, nella parte in cui non subordinano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolti 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”. In questo caso la pronuncia modificava una norma comune alle disposizioni secondo cui in caso di proscioglimento per determinati reati in applicazione dell'art. 88 c.p. “si deve "sempre" ordinare il ricovero” in un ospedale psichiatrico per un periodo minimo predeterminato. La sentenza non ha travolto le presunzioni di pericolosità difese ancora nel 1972 da Costantino Mortati come non vincibili dal parere di un singolo perito, bensì solo da “ripetute verifiche durante un congruo periodo di ricovero in istituti specializzati”.⁶⁷ Forse in coerenza con i propri precedenti ma non senza ipocrisia, si decideva a favore di un riaggiustato bilanciamento tra il potere discrezionale del legislatore della presunzione di pericolosità e “il potere di apprezzamento concreto del giudice, che la presente

⁶⁷ Sent. n. /1972 rel. Mortati. Sussisterebbero “obiettive difficoltà di accertamento che non consentono di stabilire in astratto se corrisponda meglio al principio di eguaglianza consentire al legislatore la predeterminazione del periodo minimo di ricovero, proporzionato all'entità del reato commesso (periodo tuttavia riducibile ...), o invece affidare solo al giudice di disporre di volta in volta l'irrogazione della misura; dato che il pericolo della diseguaglianza di trattamento non viene meno neanche con questa soluzione, che non offre alcuna certezza ma solo mere probabilità (sent. n. 68 del 1967).

pronuncia ritiene necessario ad evitare ingiustificati livellamenti di situazioni diverse”, che “non è altro se non il potere di non internare in ospedale psichiatrico giudiziario soggetti che, in considerazione del loro attuale stato di salute, avrebbero il diritto di ottenere immediatamente la revoca c.d. anticipata.”⁶⁸ In questa decisione, la discrezionalità del giudice non sostituisce quella del legislatore, ma è il mezzo considerato più mite per mantenere un automatismo deliberato al fine di conservare un sentimento di sicurezza della collettività, ancora alle prese con gli effetti della riforma Basaglia.

La successiva **sentenza n. 343/1987** (rel. Spagnoli) ha dichiarato l’“illegittimità costituzionale del decimo comma dell’art. 47 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) nella parte in cui - in caso di revoca del provvedimento di ammissione all’affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova - non consente al Tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento in prova.” In questo caso, la Corte ha evidenziato il silenzio del legislatore sugli effetti giuridici della revoca, producendo una sentenza additiva di libertà e di discrezionalità del giudice che escludeva sia un automatismo di scomputo sia l’opposto automatismo di esclusione di ogni scomputo, facendo leva sia il principio fondamentale di libertà, concretizzato dall’inviolabilità della libertà personale, sia sul principio di eguaglianza, entrambi integrati dai “principi di proporzionalità e individualizzazione della pena, cui la norma impugnata va adeguata”. *“La Corte non si nasconde che ciò comporta l’attribuzione al Tribunale di sorveglianza di un consistente potere: ma ciò è fenomeno non solo ben noto - come si è detto - in altri ordinamenti, ma coerente all’analogo potere spettante al predetto Tribunale e al magistrato di sorveglianza in sede di ammissione della misura, di controllo sul corso di essa e di individuazione dei presupposti per la sua revoca. D’altra parte, non è certo inibito al legislatore di dettare nuove regole che, in ottemperanza al precetto costituzionale, valgano a stabilire puntuali criteri di valutazione e comparazione.”*

La **sentenza n. 971/1988** ha dichiarato incostituzionale l’art. 85 lett. a) d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (statuto degli impiegati civili dello Stato) e analoga fonte siciliana, “nella parte in cui non prevedono, in luogo del provvedimento di destituzione di diritto, l’apertura e lo svolgimento del procedimento disciplinare”. La sentenza è sostitutiva di una formulazione secondo la quale in casi di condanna per una serie di delitti quali il peculato “l’impiegato incorre nella destituzione, escluso

⁶⁸ Cfr. per successivamente l’ulteriore *revirement* in sent. n. 253/2003, rel. Onida : “illegittimità costituzionale dell’articolo 222 del codice penale (Ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario), nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell’infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale”.

il procedimento disciplinare”. A ben guardare, la sostituzione riguarda a) la norma sostanziale che comanda (“incombe”) l’applicazione della sanzione di destituzione alle varie fattispecie di condanna penale, b) la norma procedurale che vieta un procedimento disciplinare. In entrambi le norme, la manipolazione interviene sull’operatore deontico: nel primo caso il comando “si deve” viene sostituito da “si può”, nel secondo caso il divieto “si deve non” viene sostituito da “si deve”. Trattasi pertanto di un tipo di sentenza sostitutiva di duplice norma che tenta di bilanciare la discrezionalità politica del legislatore, che sarebbe rimasta non menomata, con quella tecnica di un organo che deve amministrare sanzioni disciplinari con “indispensabile gradualità sanzionatoria”. Da un lato, la Corte osserva “come l’ordinamento appaia viepiù orientato, oggi, verso la esclusione di sanzioni rigide, avulse da un confacente rapporto di adeguatezza col caso concreto”, fenomeno “largamente tendenziale - in adempimento del principio di eguaglianza - nell’area punitiva penale e con identica incidenza anche nel campo disciplinare amministrativo (sent. n. 270 del 1986).” Questa tendenza – non si precisa se politica o giurisprudenziale - sarebbe stata rafforzata addirittura dall’approvazione della legge quadro sull’impiego pubblico dalla Camera dei deputati. Dall’altro lato, servirebbero valutazioni delle sanzioni in una “naturale sede di valutazione: il procedimento disciplinare, in difetto di che ogni relativa norma risulta incoerente, per il suo automatismo, e conseguentemente irrazionale ex art. 3 Cost.” Sarebbe stato forse più preciso parlare di doverosa mitigazione della legge nel rispetto del principio di proporzionalità, mitigazione che esige un procedimento idoneo ad operare un bilanciamento concreto tra gli interessi pubblici e privati in ogni caso singolo.⁶⁹

Riduttivo rispetto a questi precedenti e del tutto sopravvalutata appare infine la **sentenza n. 303 del 1996** (rel. Mirabelli) che significativamente non utilizza la formula dell’automatismo.⁷⁰ Si tratta di una sentenza additiva di potere di deroga, prospettata dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, che offre un’interpretazione contraddittoria del proprio dispositivo con il quale ha dichiarato incostituzionale la legge sulle adozioni internazionali “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.” Innanzitutto, la motivazione premette che il legislatore avrebbe stabilito “ragionevolmente” la regola contenuta nella norma oggetto del

⁶⁹ Sugli automatismi di destituzione da ultimo sent. n. 286/2016.

⁷⁰ G. Zagrebelsky, V. Marcenò, cit. 210: “una sentenza capitale”. La formula è sibillina e infelice: errore capitale o capitale da spendere ? Cfr. anche la motivazione meno enfatica della successiva sent. n. 283/1999 che dichiara incostituzionale la stessa disposizione “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.”

dispositivo. Nella motivazione, la Corte ricorda poi a se stessa di aver già trafitto l'automatismo, interpretando una sentenza precedente che nel senso che "la regola del divario massimo di età tra adottante e adottato non può essere così assoluta da non poter essere ragionevolmente intaccata, in casi rigorosamente circoscritti ed eccezionali, per consentire l'affermazione di interessi, attinenti al minore ed alla famiglia, che trovano radicamento e protezione costituzionale, la cui esistenza in concreto sia rimessa al rigoroso accertamento giudiziale (sentenza n. 148 del 1992)"⁷¹.

Sarebbe come dire la norma è valida e non può essere interpretata in modo conforme, come suggeriva l'Avvocatura, ma potrà d'ora in poi essere disapplicata, se necessario per proteggere il minore, dal giudice che concede agli adottanti una dispensa laica. Riconoscendo un potere di disapplicazione analogo a quello che si riconosce a una norma internazionale che partecipa il primato del diritto UE, la sentenza in realtà secolarizza un potere di equità ben radicato nel diritto canonico, dove consente di armonizzare l'ordinamento, autorizzando il giudice di rendere in deroga alla legge giustizia a una situazione specifica in un caso singolo, caso in cui l'autorità è chiamata ad arbitrare tra interessi umani concreti e gli interessi normativi collettivi. Evitando ogni richiamo al diritto naturale, la motivazione scopre nell'interesse del minore una norma costituzionale di diretta applicazione che permette questa deroga alla legge ed istituisce il potere di deroga del giudice "in casi eccezionali di pericolo di danno grave al minore". Anziché parlare dei diritti del minore e delle particolarità del caso concreto, il considerato in diritto riecheggia Costantino Mortati sulla necessità come "autonoma fonte di diritto obiettivo, affrettandosi di accentuare il carattere eccezionale della "necessità della deroga": "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 ed ai valori costituzionali assunti quale parametro di valutazione della legittimità costituzionale della disposizione denunciata (artt. 2 e 31 della Costituzione)". La legittimità costituzionale valutata genera il potere del giudice di mitigare la legge in casi che devono restare singoli. Eppure, in virtù della fattispecie di pericolo formulata nel dispositivo della sentenza costituzionale, tale necessità qualificata dalle norme di principio e valore costituzionale si trasforma essa stessa in una seconda contro-norma generale ed astratta che riduce l'ambito di applicazione della disposizione dichiarata incostituzionale per aver disegnato una norma che produce un automatismo applicativo insostenibile.

La giurisprudenza successiva non sembra aver prodotto formule più precise, legittimandosi piuttosto come consuetudine mitigatrice di sanzioni e coercizioni del più vario genere. Sono stati

⁷¹ La sent. citata aveva dichiarato incostituzionale la stessa disposizione "nella parte in cui non consente l'adozione di uno o più fratelli in stato di adottabilità, quando per uno di essi l'età degli adottanti supera di più di quarant'anni l'età dell'adottando e dalla separazione deriva ai minori un danno grave per il venir meno della comunanza di vita e di educazione".

così mitigati l'automatismo della "brusca" (!) cessazione della detenzione domiciliare in caso di denunciata evasione (sentenza n. 173 del 1997, rel. Vassalli⁷²) e le presunzioni assolute in materia di custodia cautelare motivate da dati di esperienza generale ("*id quod plerumque accidit*") confutabili (sent. n. 265/2010, rel. Frigo),⁷³ gli automatismi sanzionatori nei confronti dei minori (sent. n. 109, 300/1997, 450/1998, 436/1999, 253/2003, da ultimo 90/2017)⁷⁴ e, ancora, il meccanismo espulsivo, prima ritenuto giustificato dal principio di stretta legalità (ord. n. 146/2002, rel. Mezzanotte)⁷⁵ e poi giudicato incostituzionale "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 c.p.p., senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato" (sent. n. 172/2012, rel. Tesauro, da ultimo 45/2017).⁷⁶

Se si possono tentare a questo punto alcune conclusioni, occorre innanzitutto osservare che l'automatismo descrive un'immagine di applicazione di norme aventi la struttura di regole rigide e inderogabili, spesso sanzionatorie. L'operatore deontico di queste proposizioni è un comando o un divieto, fattispecie e conseguenza giuridica sono dotate di sufficiente determinatezza tale da non incontrare censure di incertezza del diritto, cioè componendo un diritto conoscibile, affidabile e calcolabile.

⁷² Cfr. l'interpretazione autentica del dispositivo ("nella parte in cui fa derivare automaticamente la sospensione della detenzione domiciliare dalla presentazione di una denuncia per il reato previsto del comma 8 dello stesso articolo") al punto 7 del considerato in diritto: "... spetterà dunque al magistrato di sorveglianza verificare, caso per caso, se la condotta posta in essere dal condannato, ed in ordine alla quale è stata presentata denuncia per il delitto di cui al comma 8 dell'art. 47-ter dell'ordinamento penitenziario, presenti le caratteristiche, soggettive ed oggettive, di una non giustificabile sottrazione all'obbligo di non allontanarsi dalla propria abitazione o dal luogo altrimenti indicato ai sensi di detto art. 47-ter, disponendo quindi soltanto in ipotesi di positivo riscontro la sospensione della misura alternativa. Decisione, quest'ultima, che, proprio perchè derivante da un apprezzamento di merito della situazione di specie, necessariamente dovrà essere adottata con le forme del provvedimento motivato."

⁷³ "illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del codice di procedura penale(...) 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."

⁷⁴ Con nota di M. Coppetta, Cade per mano della Corte costituzionale un altro automatismo esecutivo nei confronti dei condannati minorenni, Giur. Cost. 2017, 906ss.

⁷⁵ "... quello che il giudice remittente chiama automatismo espulsivo altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa".

⁷⁶ Cfr. da ultimo sent. n. 202/2013 (rel. Cartabia) che "dichiara l'illegittimità costituzionale 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».

Automatismi di prestazione possono presumersi legittime se traducono principi fondamentali o diritti fondamentali in regole di garanzia degli interessi protetti come diritti. Automatismi di sanzioni viceversa non possono presumersi né legittimi, né irragionevoli come tali.⁷⁷ Anche se prima facie sembrano produrre certezza giuridica e tutelare pretese di sicurezza sociale, possono avere difetti di ragionevolezza e proporzionalità tali da viziare la loro legittimità costituzionale. Marta Cartabia ha giustamente messo in luce che il richiamo a “ragionevolezza e proporzionalità” come criteri - quasi gemellati - del giudizio di legittimità costituzionale è fatto normalmente in modo molto generico, forse anche perché la Corte non intende recepire le formule di controllo tedesche di matrice più liberale e ottocentesca che neo-costituzionalista, parzialmente recepite invece negli ordinamenti europei (Consiglio d'Europa, Unione Europea).⁷⁸ La proporzionalità della CEDU è incentrata notoriamente più sulla necessità di incisioni nelle libertà che sulla verifica di alternative più miti, con margini di apprezzamento (“deems necessary”) e una riserva di legge non necessariamente formale. Quella del diritto UE (art. 5 TUE) si articola in un controllo trifasico della necessità e della appropriatezza (idoneità) e ragionevolezza del bilanciamento. In Italia, la proporzionalità tedesca è stata ben studiata in dottrina,⁷⁹ ma meno elaborata dalla giurisprudenza amministrativa e da quella costituzionale che forse per tradizioni sia di positivismo della legge, sia di naturalismo di una giustizia concreta esperienziale sono meno inclini ad usare strategie argomentative più complesse che includono riflessioni su quali mezzi alternativi siano più miti ma di eguale efficacia concreta. Anche il legislatore della revisione costituzionale ha evitato la proporzionalità, preferendo formule più elastiche come la “sostenibilità del debito pubblico” (art. 97 co. 1), il “giusto processo” di “ragionevole durata” (art. 111) o i principi di “sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza” delle funzioni amministrative (art. 117). Può darsi che l'accesso solo indiretto al giudice costituzionale abbia disincentivato lo sviluppo di una metodologia di controllo che si applica a tutti i poteri, quello giudiziario incluso.

⁷⁷ L. Pace, op. cit., 2 “in alcuni settori”. L'idea di una presunzione di irragionevolezza delle pene fisse affiora in un passo della sent. n. 50/1980, rel. Malagugini che ricorda innanzitutto come, a fronte del principio di legalità, “l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità (...). Di qui il ruolo centrale, che nei sistemi penali moderni è proprio della discrezionalità giudiziale, nell'ambito e secondo i criteri segnati dalla legge (...). L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva, < proporzione > della pena rispetto alle < personali > responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguano, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale.(...). In linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono pertanto in armonia con il < volto costituzionale > del sistema penale ed il dubbio d'illegittimità costituzionale potrà essere, caso per caso, superato a condizione che, per la natura dell'illecito sanzionato e per la misura della sanzione prevista, questa ultima appaia ragionevolmente < proporzionata > rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato.” Cfr. anche ord. 91/2008.

⁷⁸ M. Cartabia, op. cit., 5 con riferimento alla dogmatica di Robert Alexy che è una ricostruzione interpretativa delle pratiche giurisprudenziali di Karlsruhe. Per la dottrina tedesca da ultimo A. Tischbirek, Die

⁷⁹ Ad es. in S. Cognetti, Principio di proporzionalità, Torino 2011.

La giurisprudenza costituzionale sopra analizzata ha riscontrato innanzitutto vizi di irragionevolezza legati a una violazione del principio di eguaglianza formale (art. 3 co. 1) nella parte in cui vieta di equiparare situazioni eterogenee, cioè da un lato situazioni suscettibili di tipizzazione sociale legislativa (condizioni sociali), dall'altro lato situazioni che richiedono una ricostruzione aperta di tutte le circostanze di ogni caso singolo personale (condizioni personali). Inoltre ha riscontrato casi di sproporzione non solo tra le finalità sanzionatorie, di per sé legittime, della legge e gli strumenti sanzionatori impiegati, ma anche nella commisurazione della sanzione tra l'ingiustizia sanzionata e il sacrificio di un interesse costituzionalmente protetto (da ultimo, con riguardo alla libertà di iniziativa economica, la sent. n. 51/2017).⁸⁰

In tali casi, la Consulta cerca da un lato di conservare il più possibile la discrezionalità del legislatore che ha scelto l'automatismo, dall'altro di consentire una tutela di principi o diritti fondamentali creando o allargando i margini di discrezionalità del giudice. Tecnicamente non riesce a rimediare l'illegittimità costituzionale con un'additiva di regola pura, né con un'additiva di principio composta da mandato di legislazione e permesso di interpretazione conforme al principio. Se ha di fronte una norma di comando o divieto costitutivo di automatismo e diretta al giudice, può caducarla integralmente o con una pronuncia sostitutiva trasformarla in semplice permesso costitutivo di un potere discrezionale del giudice. Se la norma di comando e divieto implica una norma di condotta per soggetti diversi dal giudice, utilizza un dispositivo additivo *sui generis* che trasforma il principio in una regola di eccezione, cioè una norma che permette una deroga e attribuisce un potere discrezionale mitigante del giudice (cfr. ad es. nella sentenza n. 31/2012).⁸¹ Tale tipo di decisione è formalmente additivo di regola, ma sostanzialmente sostitutivo, perché integra i comandi o divieti costitutivi dell'automatismo con una norma che permette al giudice di disapplicare tali comandi o divieti in casi eccezionali. La sentenza sostituisce quindi disposizioni e singole norme contenenti regole speciali inderogabili con disposizioni e norme contenenti regole generali integrate da eccezioni a fattispecie elastica e aperta.

⁸⁰ "Per di più, tale misura interdittiva – incidendo sull'esercizio della libertà di iniziativa economica privata imprenditoriale (in un settore di attività particolarmente legato al sostegno di incentivi), nei confronti di un'ampia platea di soggetti e per un periodo di tempo particolarmente rilevante, in termini di rigido automatismo e di non graduabilità in rapporto al pur variabile contenuto lesivo delle violazioni cui la misura stessa consegue – contraddice manifestamente i principi di proporzionalità ed adeguatezza ai quali il legislatore delegante voleva, viceversa, conformata la risposta alle infrazioni alle disposizioni dei decreti attuativi commesse dagli operatori del settore."

⁸¹ "... illegittimità costituzionale dell'art. 569 cod. pen., nella parte in cui prevede che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen., debba conseguire automaticamente la perdita della potestà genitoriale, così precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore nel caso concreto".

Questo tipo di sentenza che permette al giudice di aggiustare un automatismo creato dal legislatore, più che una “delega di bilanciamento in concreto”⁸² produce un mandato di disapplicazione derivato dal principio o diritto costituzionale interpretato come norma di principio che vieta sacrifici sproporzionati perché integrali. Non vi è dubbio che l’esecuzione di tale mandato e l’applicazione della norma di deroga implica valutazioni discrezionali del giudice che deve verificare le proporzioni degli interessi pubblici concorrenti, legati anche alla tutela di diritti fondamentali, nel caso concreto.

5. Osservazioni conclusive

L’analisi della giurisprudenza costituzionale riguardante il potere discrezionale del legislatore di interpretare le legge e il potere discrezionale del giudice di aggiustare automatismi incostituzionali ha evidenziato aspetti problematici comuni di giustizia e certezza del diritto. Nel caso del legislatore che interpreta una legge e pretende un’efficacia retroattiva della propria interpretazione, la legge giustamente interpretata può essere strumentalizzata per aggiustare tanto la giurisprudenza quanto singoli processi. Nel caso del giudice autorizzato da sentenza costituzionale a derogare a una legge, la giurisprudenza può essere strumentalizzata per aggiustare la legge. Nel primo caso, il legislatore si permette di correggere il giudice, nel secondo caso al giudice si permette di correggere il legislatore.

Fino a che punto il legislatore può correggere interpretazioni ingiuste e fino a che punto il giudice costituzionale e comune possono correggere leggi ingiuste? Spetta al giudice costituzionale stabilire i limiti e garantire la separazione dei poteri da correzioni costituzionalmente illegittime. In effetti, proprio perché implica una interferenza del primo nel terzo potere o viceversa, il potere di correzione non può essere illimitato ma deve avere una specifica legittimazione e limitazione costituzionale. I parametri costituzionali delle correzioni non possono non essere le garanzie dei diritti fondamentali, l’ordine delle funzioni e competenze costituzionali e i principi fondamentali della Costituzione.

Per quanto riguarda i diritti, le leggi di interpretazione autentica possono incidere soprattutto sul valore del diritto di agire in giudizio (art. 24), ma anche di altri diritti fondamentali oggetto di garanzia (art. 2) o limitazione ragionevole e proporzionata da parte della legge interpretata. Il legislatore interprete può frustrare le aspettative di chi ha già agito in giudizio (e non dovrebbe farne le spese), ma può anche arricchire o impoverire la garanzia degli interessi tutelati dagli (altri) diritti

⁸² Così L. Pace, op. cit., 5, in riferimento a R. Bin, Giudizio «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto», Giurisprudenza costituzionale 1992, 3574 ss.; G. Scaccia, Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale, Giurisprudenza costituzionale 1998, 3969ss.

fondamentali. Anche le sentenze in deroga agli automatismi possono concretizzare la tutela di diritti fondamentali, essere cioè “a rime obbligate” e giustificate dalla necessità di tutelarli nel caso concreto.

Per quanto riguarda l'ordine costituzionale delle funzioni, le correzioni possono comportare solo deroghe, non poteri sostitutivi che comprometterebbero la separazione funzionale della legislazione dalla giurisdizione (e dall'amministrazione), impressa nella stessa struttura della seconda parte della Costituzione. In linea di principio (arg. art. 101), il legislatore non può agire da giudice, il giudice non può agire da legislatore, ma la stessa Costituzione può giustificare tanto aggiustamenti legislativi del diritto giurisprudenziale vivente, quanto aggiustamenti giurisprudenziali della legislazione nel suo insieme con la Costituzione (e con diritto internazionale).

Sono più facili da individuare le eccezioni legittime che i casi di violazione del principio della separazione delle funzioni e dei poteri, forse inquadrabili nelle categorie generali dell'abuso e dell'eccesso di potere. Infatti, il legislatore può permettere ad es. la revisione di sentenze ingiuste passate in giudicato e il giudice può promuovere la dichiarazione di illegittimità costituzionale di leggi ingiuste entrate in vigore. Un esempio di correzione legittima di sentenze è offerto dal decreto legislativo luogotenenziale 5 ottobre 1944, n. 316 (revisione delle sentenze di condanna emesse dal soppresso tribunale speciale per la difesa dello Stato), giudicato conforme alla costituzione dalla sent. n. 187/1973, ma forse sarebbe stata anche non incostituzionale la legge proposta nel 1958 che disponeva l'annullamento d'ufficio di tutte le sentenze di tale tribunale speciale.⁸³ Un altro esempio, oggetto di separata relazione, è la cd. “revisione europea” creata in materia penale dalla sent. n. 113/2011 e solo raccomandata in materia civile ed amministrativa dalla sent. n. 1123/2017. Un esempio di correzione legittima di leggi è offerto dalle sentenze di interpretazione adeguatrice, un altro dalla disapplicazione di leggi contrarie a fonti UE.

Un eccesso di potere legislativo o un abuso della funzione legislativa qualificabile come violazione di una norma implicita di divieto di diritto costituzionale, si ha invece quando la legge interpretativa serve a neutralizzare non la giurisprudenza, ma a influenzare l'esercizio in concreto del potere discrezionale del giudice, rovesciando il meccanismo della bilancia in azione, addirittura intervenendo *ad personam*. Per poter incidere, la legge di interpretazione autentica retroattiva crea in genere un automatismo applicativo in grado di fare sostituire provvedimenti giurisdizionali già adottati nel grado superiore o di comandare o vietare determinate decisioni in processi pendenti. L'interpretazione autentica può essere legittima difesa da un eccesso di potere di interpretazione se corregge una giurisprudenziale effettivamente contraria alla volontà dichiarata della legge interpretata o se interviene in contrasti di interpretazione prevenendo il rischio di interpretazioni

⁸³ <http://storia.camera.it/documenti/progetti-legge/19530724-24-capalozza-ed-altri-annullamento>.

contrarie alla lettera e volontà del legislatore. L'assenza o non autenticità dell'interpretazione può essere invece indice di irragionevolezza e illegittimità costituzionale di una tale legge, rovesciando sul legislatore un onere di giustificazione che siano davvero interessi generali ed astratti diversi dalla pretestuosa chiarezza e certezza della legge a renderne necessaria l'adozione.

In caso di aggiustamenti giurisdizionali di automatismi legislativi, la Corte costituzionale censura non necessariamente casi di abuso, ma casi di eccesso di potere legislativo e uso arbitrario della funzione legislativa, cercando peraltro di prevenire anche abusi della funzione giurisdizionale. Il legislatore "eccede" dal proprio potere se stabilisce ad pene o sanzioni fisse, non bilanciando sufficientemente le esigenze di determinatezza e certezza della legge con quelle di "individualizzazione" o personalizzazione della responsabilità penale (27 co. 1),⁸⁴ di umanità o rieducazione (art. 27 co. 3) *ad personam*. In questi ed altri casi di automatismo, l'adozione di un'interpretazione adeguatrice risulterebbe in contrasto con la lettera e, in genere, anche con la volontà storica del legislatore, eccedendo i poteri di interpretazione e perfezionamento giurisprudenziale della legge affidati al giudice. La disapplicazione dell'automatismo potrà essere consentita solo da una sentenza costituzionale che ne dichiari l'illegittimità costituzionale.

L'estensione del potere discrezionale del giudice potrebbe tuttavia essere non l'unica soluzione, specialmente in caso di poteri di natura più amministrativa assegnati al giudice, poteri che potrebbero essere non riservati al giudice e quindi anche affidati ad autorità amministrative, specie se indipendenti.

Sia nell'interpretazione dei diritti, sia in quella dell'ordine dei poteri come limiti alle correzioni reciproche tra legislatore e giudice emerge il ruolo dei principi fondamentali della Costituzione. Tali principi, desumibili dall'interpretazione della parte preliminare e dell'insieme delle norme costituzionali, conferiscono alla Costituzione un grado adeguato di costituzionalismo, ispirando l'interpretazione – non importa se legislativa o giurisdizionale – sia delle "garanzie" che si devono "assicurare" ai diritti, sia delle "separazioni" che si devono "determinare" nei poteri. La legittimità costituzionale delle leggi e la legittimazione costituzionale dei poteri derivano da questi principi supremi che pretendono equilibri e bilanciamenti, ad es. tra libertà ed eguaglianza, dignità e solidarietà, democrazia e stato di diritto, legalità e costituzionalità. Il legislatore si richiama pertanto alla legittimazione democratica, il giudice a un principio di stato di diritto che unisce alla garanzia delle legalità quella dei diritti e la separazione dei poteri. Fa parte dei sub-principi dello stato di diritto quella della certezza del diritto, a sua volta concretizzabile in ulteriori sub-principi di conoscibilità, determinatezza e continuità del diritto e controbilanciato dal principio della giustizia del caso concreto (nel linguaggio giuridico tedesco la *Einzelfallgerechtigkeit*).

⁸⁴ Cfr. per l'illegittimità delle pene di confisca del patrimonio BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 20. März 2002 - 2 BvR 794/95 - Rn. (1-145), http://www.bverfg.de/e/rs20020320_2bvr079495.html, BVerfGE 105, 135 – 185.

La legge interpretativa pretende di accrescere la determinatezza, l'aggiustamento dell'automatismo di accrescere la giustizia. Sarebbe costituzionalmente illegittima ove non individuasse l'oggetto dell'interpretazione, usando ad es. un rinvio generico. In tal caso lederebbe la conoscibilità e determinatezza del diritto allo stesso modo di una sentenza creativa di deroga ad un automatismo che fosse priva di fattispecie interpretabile. La conoscibilità e determinatezza del diritto peraltro non solo per il la fattispecie disegnata dal legislatore, ma anche per le massime di interpretazione giurisprudenziale che devono rendere prevedibili anche le future sentenze. Non sono compatibili con la determinatezza sentenze "sibilline". Sarebbe pertanto da esaminare e monitorare il seguito giurisprudenziale delle sentenze costituzionali di accoglimento che incidono su automatismi sanzionatori.

L'aspetto pratico più problematico della certezza del diritto è la tutela della continuità del diritto che si traduce non tanto in un diritto soggettivo, quanto in una garanzia oggettiva delle forme nelle quali si esercita la sovranità, garanzia che rende sostenibile il dovere dei cittadini di osservare "la Costituzione e le leggi" (art. 54 cost.). Sviluppata innanzitutto nella tutela degli interessi legittimi nei confronti del secondo potere, la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento nella continuità degli atti giuridici vale anche, entro certi limiti variabili, nei confronti delle norme prodotte dagli atti del legislatore e del giudice. La tutela dell'affidamento è massima in ambito penale se i legislatori – e forse anche la giurisprudenza – incidono in modo restrittivo sul principio supremo della libertà, è minore in ambito civile ed amministrativo se incidono sul principio di eguaglianza che tollera distinzioni nel tempo giustificabili anche con esigenze di certezza del diritto, come nel caso di leggi interpretative autentiche (v. però con le incertezze giurisprudenziali di cui sopra). La continuità non salva l'automatismo legislativo illegittimo, semmai può salvare gli atti non più impugnabili fondati su una legge dichiarata costituzionalmente illegittima o su illegittimi atti di regolamentazione e pianificazione. Non sarebbe ragionevole tutelare la continuità in presenza di liti e conflitti politici, ad es. in pendenza di ricorsi o divergenze in Corte di cassazione, di procedimenti legislativi di riforma o di questioni di costituzionalità. Essendo eterni non i valori fondamentali, ma solo la ricerca di giustizia e certezza del diritto, i cittadini non possono pretendere l'eternità delle leggi, né l'eternità della stessa Costituzione.

Prof. J. Luther, Università del Piemonte orientale