

LEONARDO PACE

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi Roma Tre
leonardo.pace@uniroma3.it

**AUTOMATICITÀ VERSUS FLESSIBILITÀ DEGLI EFFETTI
NORMATIVI ANCHE ALLA LUCE DELLA
GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE**

**AUTOMATICITY VERSUS FLEXIBILITY OF REGULATORY
EFFECTS ALSO IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL
JURISPRUDENCE**

SINTESI

Il lavoro analizza la figura degli automatismi legislativi e cerca di riflettere sui presupposti teorici e sulle conseguenze sistematiche di tale figura, ossia l'interazione fra previsione astratta e caso concreto e la necessaria (nonché conseguente) integrazione fra livello legale e livello costituzionale. La prima parte dello studio ha una connotazione marcatamente teorica e si concentra sull'analisi della norma giuridica e sulla necessaria integrazione fra livello legale e livello costituzionale. Le acquisizioni teoriche di questa prima parte vengono poi messe alla prova della giurisprudenza costituzionale, al fine di delineare le caratteristiche della figura degli automatismi legislativi.

ABSTRACT

The work analyzes the figure of legislative automatisms and tries to contemplate the theoretical assumptions and systematic consequences of this institute, i.e. the interaction between case in point and actual case and the necessary (as well as consequent) integration between legal and constitutional level. The first part of the study has a markedly theoretical connotation and focuses on the analysis of the legal norm and on the integration between legal and constitutional level. The theoretical acquisitions of this first part are then put to the test of the Constitutional jurisprudence, in order to outline the characteristics of the figure of legislative automatisms.

PAROLE CHIAVE: automatismi legislative – norma giuridica – giurisprudenza costituzionale – principi costituzionali – ragionevolezza

KEYWORDS: legislative automatism – legal norm – constitutional jurisprudence – constitutional principles – reasonableness.

INDICE: 1. Premessa – 2. Norme costitutive e automaticità degli effetti – 3. Le norme di comportamento e la loro centralità nel discorso giuridico – 3.1. Le norme di comportamento come generalizzazione defettibili – 3.2. Segue. Le lacune assiologiche – 3.3. Il principio di convenienza dell'effetto al fatto e la Costituzione che fa sistema con la legislazione – 4. Un tentativo di definizione degli automatismi legislativi – 4.1. Segue. Deroga e automatismi legislativi – 5. Automatismi legislativi e giurisprudenza costituzionale: natura derogatoria e necessità di integrazione costituzionale dei contenuti della legislazione – 5.1. Irrazionalità delle presunzioni assolute di pericolosità e incostituzionalità dell'applicazione automatica della previsione normativa – 5.2. L'incidenza del principio costituzionale al cospetto di una presunzione non del tutto infondata nelle sue basi razionali – 6. Non sempre un effetto normativo automatico è un automatismo. Conferme dalla giurisprudenza costituzionale – 7. Applicazione automatica della previsione normativa e interessi meritevoli di tutela – 8. La supremazia della Costituzione, il processo dialettico di positivizzazione del diritto e l'operare dell'interprete secondo un fine integrativo.

1. Premessa

Nell'odierna esperienza giuridica sempre più spesso ci si imbatte nella figura degli automatismi legislativi¹ e questi ultimi non sempre sono distinti dalla liminare, ma differente, realtà dell'automaticità degli effetti normativi. I due fenomeni, infatti, sono spesso accomunati, nonché guardati con sospetto, al punto tale che è registrabile una tendenza a ritenere avvolte da una presunzione di illegittimità le norme che ad essi possono essere associate.

Occorre chiarire fin d'ora che l'effetto automatico non sempre può considerarsi una patologia delle norme, ovverosia un automatismo legislativo illegittimo e che pertanto occorre tenere ben distinti gli effetti automatici, intesi quale naturale e *fisiologica* impossibilità di modulare l'effetto giuridico, dagli *automatismi* o *automatismi illegittimi*, quale manifestazione della *patologica* impossibilità di modulare il suddetto effetto.

L'automaticità degli effetti, infatti, non può considerarsi, sempre e di per sé, *illegittima* o, comunque sia, sospetta di illegittimità (come potrebbe apparire da una lettura affrettata della giurisprudenza costituzionale), ma anzi è pacificamente ammessa, nonché considerata pienamente legittima, per un particolare tipo di norme: le norme costitutive. Essa, al contrario, mal si concilia, arrivando

¹ Lo scritto ripropone, in alcuni passaggi anche testualmente, le più ampie riflessioni dell'autore contenute nel lavoro monografico L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020.

ad essere considerata, addirittura, una patologia, che può assumere anche le forme dell'illegittimità, allorché sia espressa dalle proposizioni ipotetico-prescrittive, poiché tali tipi di norme, al contrario di quelle costitutive, devono consentire l'adattabilità o l'adeguamento dell'effetto giuridico alla fattispecie concreta o, detto diversamente, devono permettere che la fattispecie concreta sia in grado di condizionare la produzione dell'effetto giuridico (non solo l'an di tale effetto, bensì anche il *quomodo*).

2. Norme costitutive e automaticità degli effetti

Si deve alla ricostruzione di Herbert L.A. Hart il merito di aver permesso il pieno e consapevole superamento della concezione riduzionista – che, sulla scorta dell'insegnamento kelseniano, riduceva il fenomeno normativo allo schema ipotetico-precettivo – mediante la dimostrazione (*recte*: il disvelamento) dell'esistenza di norme che non predicano obblighi e in generale non riguardano le azioni degli uomini, ma attribuiscono poteri o riguardano altre norme²; ossia di norme che, in definitiva, hanno una «*funzione organizzativa in senso lato*»³.

In Italia va soprattutto a Gaetano Carcaterra il merito di aver compiuto il primo e serio tentativo di abbracciare la prospettiva pluralista, aperta dal filosofo inglese, con lo studio di un nuovo tipo di norme, denominate norme costitutive⁴, nonché la prima, compiuta e consapevole analisi del fenomeno della costitutività.

Secondo Carcaterra, le norme costitutive, pur condividendo con quelle prescrittive «*una generica funzione produttiva in quanto tendono a far sì che si produca una certa situazione*»⁵, «*producono l'effetto, che è il loro scopo e il loro contenuto, realizzandolo da sé: lo costituiscono – ecco la loro caratteristica – nel momento stesso del loro entrare in vigore*»⁶.

2 H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 97, ma in generale 95 ss. e 44-52 *passim*.

3 G. CARCATERRA, *Lezioni di filosofia del diritto*, Roma, 1994, 102.

4 Studio che è stato compiuto essenzialmente nelle due monografie, *Le norme costitutive*, Milano, 1974, e *La forza costitutiva delle norme*, Roma, 1979, e nel saggio *Le regole del Circolo Pickwick*, in «*Nuova civiltà delle macchine*», III-3-4, 1985, 16 ss.

5 G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, cit., 62.

6 *Ivi*, 63.

In altri termini, con le norme costitutive «*le situazioni e i fatti costituiti si producono in maniera immediata, sono destinati ad acquistare realtà mercé un unico atto, quello (eventualmente complesso) col quale si emana la norma, senza che occorra fare appello all'obbedienza, o alla collaborazione esecutiva di alcuno*»⁷.

Queste norme, seppur nell'unitaria categoria siano presenti differenti tipologie⁸, si caratterizzano per il fatto che: non descrivono, non prescrivono né esprimono emozioni o stati d'animo, ma producono qualcosa. Da qui il nome di proposizioni operative o performative. Le regole costitutive, infatti, pur avendo l'aspetto grammaticale di una ordinaria descrizione, hanno la funzione essenziale "di fare qualcosa parlando"; nel formularle, il loquente compie ciò che in esse dice⁹.

Esempi di norme costitutive, che dal punto di vista linguistico sono dei «*performativi dispositivi, statutori o costitutivi*»¹⁰, sono le norme che *prescrivono una abrogazione*, con le quali non si descrive un'avvenuta abrogazione né si prescrive a qualcuno di provvedere in tal senso, ma direttamente si verifica l'abrogazione; le norme riguardanti gli *status*, si pensi all'art. 59, I co., Cost., il quale statuisce che «è senatore a vita, salvo rinuncia, chi è stato Presidente della Repubblica» o all'art. 2 c.c., in base al quale «*chi ha compiuto diciotto anni è maggiorenne*»¹¹; così come performative sono le norme che includono cose o oggetti in particolari classi o categorie giuridiche¹².

In definitiva, le norme costitutive *dispongono direttamente il proprio contenuto*¹³.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Si veda ad es. l'ampia bibliografia sul tema della costitutività di A.G. CONTE. Della complessa e vasta posizione dell'A. sul tema può aversi un quadro di sintesi nella voce da questi scritta: *Costitutività di regole*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1989.

⁹ Così G. CARCATERA, *Le norme costitutive*, cit., 58.

¹⁰ G. CARCATERA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., 61.

¹¹ Sono gli esempi che richiama lo stesso G. CARCATERA, *La forza costitutiva delle norme*, cit., 59.

¹² Un esempio è dato dall'art. 812 c.c., con il quale si dispone che sono «beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici...».

¹³ Così L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, 2007, 233.

Qui si può tralasciare l'analisi degli ulteriori sviluppi di questa ricostruzione – frutto dei successivi studi di Carcaterra e soprattutto di Amedeo Giovanni Conte e della sua scuola¹⁴ – e ci si può limitare ad aggiungere un ulteriore aspetto delle norme costitutive, che può apprezzarsi guardando queste ultime mediante la lente dell'effetto giuridico.

Come osservato in modo particolarmente efficace da Giuseppe Ugo Rescigno, con le norme costitutive «l'effetto giuridico [...] “si produce”, cioè si presenta come risultato automatico, senza che nessun essere umano debba o possa fare alcunché, né col fine di produrlo né col fine di impedirlo. È questo aspetto meccanico, apparentemente necessario, automatico, che l'aggettivo “costitutivo” intende cogliere: il fatto previsto dalla regola [...] genera per il sol fatto di essere accaduto l'effetto giuridico previsto come conseguenza»¹⁵. In tal senso, il fatto condizionante, che può essere sia un fatto in senso stretto sia un atto, si presenta come *condizione sufficiente* del prodursi dell'effetto¹⁶.

Ciò chiarito, occorre, poi, chiedersi quale sia la funzione che svolgono le norme costitutive, o meglio, qual è lo spazio occupato nel sistema normativo dagli effetti da esse automaticamente prodotti.

Se si pensa alle norme sulla capacità di agire o che costituiscono qualità giuridiche di determinati beni o situazioni, a quelle che predispongono *status* e, infine, alle norme di abrogazione espressa può scorgersi come l'effetto, prodotto in modo automatico e senza l'intermediazione di alcuno, diventi parte di innumerevoli regole che lo assumeranno come condizione (la quale a seconda dei casi sarà necessaria, o sufficiente, ovvero necessaria e sufficiente, di altre conseguenze)¹⁷.

Fa notare giustamente Rescigno che lo specifico effetto delle regole costitutive è quello in base al quale «ogni qual volta un determinato fatto, nel senso più

14 Per una panoramica, se si vuole, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma “astratta” e caso “concreto”*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 30 ss.

15 G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, 39.

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*.

ampio delle parole, deve essere preso in considerazione nella argomentazione giuridica, tale fatto deve considerarsi esistente se si danno le condizioni previste dalla regola».

Del resto, una prospettiva non molto distante sul piano delle conseguenze pratiche, seppur non perfettamente coincidente sul versante del fondamento teorico, è quella di Uberto Scarpelli, il quale lucidamente ha affermato che «*le norme giuridiche costitutive sono metanorme concernenti la produzione di norme, e determinazioni di presupposti ed ambiti operativi delle norme cui si riferiscono, con le quali si integrano nella disciplina giuridica di varie materie*»¹⁸.

Il particolare effetto prodotto da queste norme sarebbe pertanto quello di far considerare esistenti determinati fatti¹⁹, o, più in generale, determinare i presupposti e gli ambiti operativi delle altre norme, cui le norme costitutive si riferiscono. Per tale ragione si possono configurare come condizione di esistenza del loro oggetto, poiché l'ordinamento, una volta per tutte, qualifica determinati fatti come esistenti.

In questa prospettiva, la qualificazione ontica di fatti o situazioni non è mai fine a se stessa, ma serve per la costruzione, ed è rilevante per la ricostruzione, di altre proposizioni normative, rispetto alle quali esse costituiranno dei presupposti.

Le norme costitutive, infatti, devono essere necessariamente e funzionalmente legate alle norme di comportamento²⁰, ossia alle norme ipotetico-prescrittive.

Quanto si va affermando è sostenuto da almeno due ordini di ragioni: per un verso, per dare agli enunciati normativi un *significato empirico*; per l'altro, per evitare che le norme «*siano pragmaticamente assurde o [...] prive di funzione*»²¹. Nel primo senso, infatti, se si vuole che gli enunciati normativi abbiano

18 U. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, Milano, 1995, 23.

19 I quali sono funzionali alla costruzione di una regola finale, ossia di una regola che conclude il caso della vita.

20 Nello stesso senso anche V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari, 1987, 50, nt. 34.

21 In questo senso C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, Milano, 1999, 57, del quale è anche la frase riportata fra virgolette.

un significato empirico, «*le condizioni e l'effetto, prima o poi, dopo un numero di passaggi più o meno alto ma non infinito*», devono riagganciarsi «*a possibili esperienze [...] cui ci si riferisce per guidare la condotta di qualcuno*»²²; nel secondo senso, del resto piuttosto evidente, affinché la norma o anche la concatenazione di norme abbia un senso deve necessariamente riferirsi ad un comportamento²³.

3. Le norme di comportamento e la loro centralità nel discorso giuridico

Ciò chiarito veniamo dunque all'analisi delle norme di comportamento²⁴, ricordando, preliminarmente, che, queste ultime, possono descriversi come “entità” a struttura ipotetica, in cui è espresso un rapporto di condizionalità fra una fattispecie e una conseguenza giuridica.

Ai limitati fini dell'indagine che qui si propone, è sufficiente ricordare che tale tipologia di norme ha tanto una funzione precettiva, ossia sono un modello o una regola di condotta tendenzialmente vincolativo²⁵, quanto una funzione valutativa o qualificativa: non solo perché sono strumento cui gli organi dell'applicazione possono ricorrere per valutare un determinato fatto *ex post*, ma anche nel senso, fondamentale, che esse, già all'atto di essere poste, ossia già in sé, sono qualificazione del fatto astrattamente oggetto di disciplina. In altri termini, tali norme sono necessariamente *anche* «criterio di valutazione in termini di regolarità: *regolarità che si pone non come un quid che è, ma come un quid che deve essere*»²⁶, in cui la valutazione è rappresentata dalla conseguenza giuridica, «*ossia la qualificazione sui generis della condotta umana*»²⁷.

22 C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore*, cit., 56 s.

23 *Ivi*, 57.

24 Chi scrive è consapevole dell'inversione dell'ordine classico – sorretto peraltro da motivazioni logiche, posta la chiarita primazia di queste – della trattazione sulle differenti tipologie di norme; inversione, tuttavia, che è funzionale alla trattazione che qui si propone.

25 In questo senso si vedano, per tutti, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 144 e U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, 52.

26 A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 273 (enfasi nel testo).

27 *Ibidem*.

Se è vero che «la norma giuridica è, [...] innanzi tutto, una prescrizione (giuridica), ossia un modello o regola di comportamento o di condotta tendenzialmente vincolativo»²⁸, è altrettanto vero che quel comportamento debba necessariamente essere valutato: nel senso non tanto di stabilire le modalità deontiche incorporate nell'apodosi o conseguenza giuridica (cioè la qualificazione del fatto tipizzato), ma, ancora prima, nella tipizzazione del caso che funge da condizione per il sorgere della conseguenza giuridica. La funzione precettiva deve, in definitiva, sempre e necessariamente fondarsi su una valutazione in termini di regolarità che porta alla tipizzazione tanto del fatto condizionante quanto delle conseguenze giuridiche derivanti dal primo²⁹.

Tale tipologia di norme, pertanto, prima ancora di essere prescrizioni, sono valutazioni di comportamenti. O meglio: per essere delle prescrizioni che non si riducano alla vuota forma del comando devono essere necessariamente e primariamente delle valutazioni³⁰, tese a porre un certo fatto come condizione di determinate conseguenze.

Soltanto non disconoscendo lo spazio occupato dalla funzione qualificativa trovano senso e spiegazione sia il meccanismo di astrazione, che porta alla tipizzazione di un certo fatto rispetto ad una determinata giustificazione (o *ratio legis*), sia, e in modo del tutto conseguente, la dialettica tra fatto e diritto e le ragioni per le quali il fatto, nell'odierna esperienza costituzionale, può arrivare ad influenzare – se non, alle volte, addirittura ad invalidare – il diritto. Ciò (ma sul punto torneremo ampiamente fra brevissimo) costituisce anche un più sicu-

28 Così F. MODUGNO, voce *Norma*, (teoria generale), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, 338.

29 Seppur in una prospettiva differente da quella fatta propria in questo scritto, poiché tendente a valorizzare il momento imperativo della norma, quanto si va sostenendo trova conferma anche nelle autorevoli parole di M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 8, il quale afferma «che non esis[e] un'antitesi fra comando e giudizio, ma che quello sia una specie di questo. Se comando significa espressione in forma imperativa di una volontà, questa espressione deve consistere in un giudizio che dichiara vietati, doverosi, consentiti o autorizzati certi comportamenti, cioè li valuta in un determinato modo».

30 Sul punto riecheggiano le parole di C. ESPOSITO, *Lineamenti di una teoria*, cit., 13 s., secondo il quale la norma, «non solo giuridica, ma valuta, non solo riconosce l'esistenza di un predicato di un soggetto (come avviene nel giudizio teoretico), ma prende posizione di contro all'oggetto che dichiara degno o indegno, biasimevole o lodevole, meritevole o immeritevole, e per il fatto stesso che li dichiara tali».

ro retroterra teorico rispetto ad una serie di questioni che la più moderna e attenta teoria del diritto ha racchiuso nei due concetti di defettibilità delle norme e di lacune assiologiche nel diritto.

3.1. Le norme di comportamento come generalizzazione defettibili

È oramai nozione acquisita che le norme, in quanto generalizzazioni, siano selettive, tanto come inclusioni quanto come esclusioni, poiché soffermano la loro attenzione su un numero di proprietà limitate, sopprimendone tutte le altre³¹. In questo senso Herbert L. A. Hart parlava di «*penombra di incertezza che è destinata a circondare nella loro applicazione tutte le norme giuridiche*»³²; dal che, si può affermare che la legge (*recte*: le singole disposizioni), in quanto generalizzazione, deve possedere un coefficiente di indeterminatezza per lasciare aperte «*“zone di possibilità” interpretative*» e, quindi, applicative³³.

La soluzione ipotizzata dalla legge, ossia la conseguenza giuridica, ha come presupposto, infatti, una situazione astratta che non potrà mai «*coincidere interamente con la situazione storica in cui sorge il caso, sicché la soluzione di quest'ultimo, esaurendosi nella sua sussunzione in un paradigma normativo che lo rende identico ad altri e differente da altri, oppure assumendolo come un tipo sul quale potranno modellarsene altri, sarà inevitabilmente una soluzione – quando lo sia – soltanto parziale del problema umano*»³⁴.

Il passo appena riportato, tratto dalla voce *Formalismo giuridico* di Angelo Ermanno Cammarata, è particolarmente illuminante poiché evidenzia che «*i*

31 Parla di norme come strumento per operare «scelte pratiche all'ingrosso», M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980, 5 ss. Del resto, già nella filosofia antica si aveva ben presente l'insufficienza della legge rispetto alla particolarità dei casi concreti. Nell'Etica Nicomachea (ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di A. Plebe, VII, 10, 1137b, Roma-Bari, 1979), Aristotele, infatti, metteva in luce l'intrinseca inidoneità della legge (*recte*: comando universale) di disciplinare il caso particolare («prescrivere rettamente intorno ad alcune cose particolari»).

32 H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958), trad. it. in *Contributi all'analisi del diritto* a cura di V. Frosini, Milano, 1964, 130; sul punto si veda anche ID., *Il concetto di diritto*, cit., 148.

33 L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individuazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, 47, in senso analogo anche M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 100.

34 A. E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 1017.

“casi” comunque tipizzati e classificati, non possono perdere la loro realtà storica di problemi umani, come problemi individuali di comportamento» e, pertanto, «tra la soluzione del caso come problema di “legalità” e la soluzione del problema individuale, non potrà mai eliminarsi uno scarto»³⁵.

Questo “scarto”, ossia questo essere inevitabilmente soggette ad eccezioni implicite³⁶ nella fase dell'applicazione, è stato anche denominato *defettibilità delle norme*, dovendosi, queste ultime, considerarsi alla stregua di condizionali *defettibili*, ossia esser trattate «come condizionali le cui *conseguenze giuridiche* sono soggette a “eccezioni”, ovvero a *condizioni negative* di applicazione»³⁷.

Da quanto detto si ricava che la disposizione deve essere formulata in modo tale da garantire un certo grado di elasticità nella sua interpretazione (vale a dire nell'individuazione della norma), deve cioè essere in grado di consentire l'operatività di quello che potremmo definire (prendendo in prestito l'espressione da autorevole dottrina) *principio di adattabilità dell'effetto al fatto*, quale specificazione del più generale principio di *convenienza dell'effetto al fatto*³⁸, di modo che la conseguenza giuridica, o apodosi, prevista dalla norma, ossia la soluzione normativa, risulti sempre coerente e adeguata ai casi concreti riferibili alla descrizione contenuta nell'antecedente, fattispecie o protasi. Ne consegue che quanto più ampia sia la descrizione della fattispecie tanto più devono essere graduabili le conseguenze giuridiche: in altri termini, quanto più la fattispecie sia in grado di estendersi su una elevata diversità di casi tanto maggiore deve essere la varietà di soluzioni, ossia di conseguenze, che a tali casi si possono ap-

35 *Ibidem*.

36 Cfr. sul punto M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., 127. Tali eccezioni, continua l'Autore, non «possono esplicitarsi ed enumerarsi una volta per tutte: altrimenti potrebbe provvedervi lo stesso legislatore, e la questione della defettibilità non sorgerebbe. La questione sorge, invece, perché le eccezioni implicite si presentano solo al momento dell'applicazione sicché si potrebbe sempre invocare il verificarsi di un'eccezione implicita per ottenere la disapplicazione di una norma che ci dispiace».

37 P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 490. Sebbene ad essere defettibili siano, in realtà, le conseguenze giuridiche, parlare genericamente di norme defettibili è vantaggioso, perché in tal modo emerge come ad essere defettibili siano «le conseguenze giuridiche *imputate a certe condizioni positive* delle quali, per ipotesi, non si discute» (p. 491).

38 A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 456.

plicare. Sinteticamente si potrebbe affermare che una fattispecie ampia impone una varietà di soluzioni normative e quindi una graduabilità delle conseguenze giuridiche.

Alla luce di quanto appena rilevato, tuttavia, non si può ritenere che una fattispecie precisamente determinata imponga una conseguenza giuridica altrettanto precisamente individuata. Anche in questa seconda ipotesi, infatti, possono sempre venire alla luce i c.d. casi recalcitranti; casi, cioè, che corrispondono agli elementi essenziali descritti nella fattispecie, ma che ne divergono per altri, non rendendo possibile la piena assimilazione fra la fattispecie astratta e il caso concreto, di modo che la conseguenza giuridica non risulti pienamente adeguata alla soluzione del secondo. Anche in questa ipotesi, pertanto, deve poter operare il principio di adattabilità dell'effetto al fatto, ossia devono sempre essere previsti dei "meccanismi di flessibilità" interni alla norma, tali da permettere un'adeguata regolamentazione dei casi volta a volta corrispondenti alla (seppur in parte divergenti dalla) fattispecie normativa.

Quanto sin qui detto rappresenta un primo, ma ancora non definitivo, approdo, perché per inquadrare correttamente il tema degli automatismi nei suoi presupposti teorici, occorre considerare che il problema giuridico posto dal profilo materiale deve risolversi non in riferimento alla singola norma – la quale è direttamente coinvolta nella soluzione di esso – ma in forza dell'intero ordinamento positivo, posto che, e seguendo ancora l'insegnamento di Angelo Falzea, l'effetto giuridico non viene a determinarsi solo in funzione della singola norma, ma dell'intero sistema³⁹.

3.2. Segue. Le lacune assiologiche

Il *deficit* del mondo legale rispetto al mondo ideale, che poco sopra abbiamo affrontato sotto la lente della defettibilità delle norme, può essere guardato anche attraverso il concetto, correlato al primo, di lacuna assiologica e in partico-

³⁹ *Ivi*, 458.

lar modo, secondo la ricostruzione offerta da Chiassoni⁴⁰, partendo dal pensiero di Alchourrón e Bulygin⁴¹, di lacuna assiologica sostitutiva.

Secondo l'Autore⁴² quest'ultima sarebbe riscontrabile in tutti i casi in cui vi sia una norma *sub*-ottimale che indebitamente eguagli o differenzi situazioni che avrebbero dovuto essere, rispettivamente, differenziate o eguagliate. In queste ipotesi⁴³ si impone all'interprete l'esigenza di compiere un'operazione volta alla sostituzione della norma *sub*-ottimale con quella ottimale⁴⁴.

Non rientra nell'economia dello scritto indagare approfonditamente la validità del modello metodologico proposto, in quanto qui interessa più che altro riflettere sulla prospettiva che tale ricostruzione apre al diritto costituzionale.

Il concetto di lacuna assiologica è in grado, infatti, di fornire una descrizione efficace dei meccanismi di invalidazione delle norme di legge il cui vizio consiste nel non dare adeguata attuazione ad una norma o ad un principio costituzionale⁴⁵. In altri termini, la ricostruzione proposta da Chiassoni rappresenta un utile strumento esplicativo delle dichiarazioni di incostituzionalità che vengono ad ingenerarsi quando l'astratta previsione di legge, non dando adeguata attuazione ad un principio costituzionale, è conforme a Costituzione solo

40 P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 213 ss.

41 C. E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Sistemi normativi: introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, ed. it. a cura di P. Chiassoni e G. Battista Ratti, Torino, 2005.

42 P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione*, cit., 220 ss.

43 Da qui l'aggiunta del termine "sostitutiva" rispetto al termine (e concetto) coniato da Alchourrón e Bulygin.

44 In realtà, tale operazione interpretativo-sostitutiva si compone di due distinte fasi: una prima, in cui l'interprete valuta se la soluzione apprestata dal legislatore sia o non ottimale rispetto ad una norma o principio superiore che su quella materia incide; una seconda, nella quale l'interprete, accertato che la disciplina legislativa risulti essere non ottimale, introduce (in sostituzione) un'altra norma che meglio regola il caso in base alle istanze espresse dalla norma o principio superiore.

45 Pur condividendo l'impostazione teorica che differenzia principi e valori costituzionali, in queste pagine, al fine di rendere più agevole l'esposizione, nonché in ragione dello spazio a disposizione, si fa riferimento ai soli principi, non distinguendo quest'ultimi dai valori. Tale scelta (ed è questo il motivo per il quale si è compiuta) non incide tuttavia sulle tesi esposte e sulle posizioni che vengono qui prese. Per un'analisi più ampia di tali entità, per le ragioni sulla necessità della loro distinzione, nonché per le indicazioni sulla vasta bibliografia sul tema, sia consentito rinviare a L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., spec. 75 ss.

riguardo alla disciplina di alcune e non di tutte le ipotesi o fattispecie concrete da essa astrattamente regolabili.

Rispetto alle norme che non disciplinano in conformità al testo costituzionale determinate ipotesi o fattispecie concrete, la finale antinomia è, a ben vedere, determinata da una “mancanza” o da un’assenza.

Se si condivide quanto sin qui detto, deve ammettersi che non tutte le operazioni interpretativo-applicative, che, superando il dato normativo così come esso risulta *prima facie* (ossia come risulta dalla sua interpretazione letterale), cercano di ottenere una disciplina giuridica più aderente al caso concreto possono indiscriminatamente essere etichettate come “mera ribellione alla legge”.

Rispetto a operazioni di questo tipo si potrebbe pervenire, invece, ad una differente lettura. Considerando la norma anche e primariamente come qualificazione, ossia quale valutazione che porta alla tipizzazione di un determinato fatto, il quale poi assorge a condizione di certe conseguenze giuridiche, il superamento della (lettera della) legge sarebbe determinato, non tanto dalla volontà dell’organo dell’applicazione di recidere o attenuare i legami di obbedienza alla legge, ma da un *limite della legge*. Quest’ultima, infatti, potrebbe aver erroneamente valutato e qualificato un determinato fatto, poiché, da un lato, potrebbe aver escluso oppure incluso proprietà che, rispettivamente, avrebbe o non avrebbe dovuto considerare (sotto o sovrainclusività), ovvero, dall’altro, ha adottato una regolamentazione che, nella generalizzazione tipologica, risulti inadeguata rispetto ad un superiore livello normativo e (prima ancora) assiologico.

Naturalmente, il “superamento della legge” non può sempre essere guardato con indulgenza: pure vi possono essere casi in cui la legge non si applica così “come essa è”, non tanto perché affetta da un difetto strutturale (sotto o sovrainclusività) o da una lacuna assiologico, ma perché così come essa è non piace; ossia, pur argomentandosi con l’imprescindibile richiamo ad un qualche

parametro formale, si ritiene non rispondente a ragioni di giustizia sostanziale o, sarebbe meglio dire, a particolari convinzioni morali dell'interprete, «*in quanto tali soggettive, o al più condivise entro una comunità circoscritta di riferimento*»⁴⁶.

Volendo cercare di delineare una prima conclusione intermedia, si può dire che gli effetti automatici non provocano problemi sistematici fino a quando restano chiusi nel recinto delle norme costitutive, non potendolo valicare, o potendolo fare solo al costo di instabilità, per estendersi sul terreno delle norme di comportamento⁴⁷. Territorio, quest'ultimo, nel quale deve, invece, vigere sempre una piena condizionalità degli effetti, non soltanto nel senso che questi siano legati a (e in un certo senso promanino da) determinati presupposti di fatto, ma nel senso che la fattispecie concreta, con i suoi elementi essenziali ed accidentali, sia concretamente in grado di condizionarli. Ciò detto, è, tuttavia, necessario tenere in debita considerazione un ulteriore aspetto: non tutte le caratteristiche non previste dalla generalizzazione normativa hanno la capacità di condizionare la produzione di determinate conseguenze giuridiche, ma solo quelle la cui rilevanza è data (ossia quelle illuminate) da un principio superiore incidente sul caso concreto.

3.3. Il principio di convenienza dell'effetto al fatto e la Costituzione che fa sistema con la legislazione

Come si è già ricordato, l'effetto giuridico non si produce (e non può prodursi) solo in funzione della singola norma, ma in relazione all'intero sistema, motivo per cui il principio di convenienza dell'effetto al fatto permette, sì, al profilo materiale di condizionare quello formale, ma solo nella misura in cui il primo, nel suo complesso, sia illuminato o espressione del sistema assiologico di riferimento.

Continuando a seguire tale tracciato, si può allora sostenere che con l'affermarsi del livello costituzionale, ossia di un diverso livello assiologico di ri-

⁴⁶ Così F. RIMOLI, *L'interpretazione "morale" della costituzione: brevi considerazioni critiche*, in L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, 146, già in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

⁴⁷ V. *infra*, § 6.

ferimento, la soluzione legale di un problema individuale deve essere fornita anche alla luce di una interpretazione sistematica della norma direttamente implicata nella soluzione del caso, che tenga conto anche dei *principi costituzionali*. Questi ultimi, infatti, possono imporre una differente (o parzialmente differente) soluzione giuridica perché pretendono, prima di tutto, di considerare diversamente determinate qualità del caso concreto, le quali, in ipotesi, non siano state correttamente o adeguatamente ponderate al momento della costruzione dell'ipotesi normativa condizionante.

Se, aderendo a quanto autorevolmente sostenuto, si ammette che il principio illumina la realtà e pretende che essa venga disciplinata conformemente ad esso⁴⁸, deve riconoscersi che «*le conseguenze pratiche del diritto non sono [...] affatto un aspetto successivo, indipendente ed ininfluente sul diritto stesso, ma ne sono un elemento qualificativo*»⁴⁹: «*alla realtà di fatto l'ordinamento deve costantemente adeguarsi*»⁵⁰.

È proprio quest'esigenza di congruenza alla realtà di fatto che spiega il perché per la legge non sia più sufficiente la sola conformità alla Costituzione, ma sia necessaria una più incisiva compatibilità, congruenza e addirittura adeguatezza rispetto al livello costituzionale, il quale a sua volta si pone non quale quadro lineare, dato una volta per tutte, ma quale elemento di complessità che è solo funzionalmente e ideologicamente retto dal principio di unità⁵¹. Ne deriva, come è stato acutamente rilevato, che «*la conformità dell'ordine legislativo all'ordine costituzionale non è dunque un'eventualità assoluta, oggettivamente certa e misurabile, ma un processo, una tendenza alla cui realizzazione*» il legislatore, la Corte e più in generale i pubblici poteri contribuiscono ognuno per la sua parte⁵².

La pressione dei principi costituzionali sulla sfera legislativa impone, in definitiva, non l'«*astratta conformità*» alla Costituzione, «*ordine superiore ed esterno*»,

48 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 166.

49 *Ibidem*.

50 L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 231.

51 Così C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, 2014, 108 ss.

52 F. MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1655.

ma la «*corrispondenza ad un'idea di interna ragionevolezza e plausibilità*» delle scelte politiche che trovano espressione nella legge. Queste ultime, infatti, per essere considerate «*come legittimo esercizio della funzione legislativa*» devono incorporare una «*dose minima di adeguatezza, congruenza e proporzionalità rispetto al fatto*» così come, quest'ultimo, è illuminato dai principi costituzionali che nella fattispecie concreta entrano in gioco⁵³.

In definitiva, i principi assurgono ad elementi catalizzatori che operano tanto sul versante del fatto quanto su quello della disposizione⁵⁴ ed impongono la costante tensione alla ricerca di un delicato equilibrio che si regga sulla «*ininterrotta dialettica fatto/diritto*»⁵⁵, equilibrio di cui è espressione e allo stesso tempo condizione il canone della ragionevolezza⁵⁶, il quale viene a configurarsi quale «*ponte*» tra il mondo delle regole e il mondo dei valori, ma anche fra «*fra prescrizioni e realtà*»⁵⁷.

Tutto ciò può tradursi nella formula che il diritto debba essere ragionevole e il parametro per valutare tale ragionevolezza devono essere *non le ragioni del caso* in sé e per sé considerato, rappresentando semmai queste il *problema*, ma il testo della Costituzione, ammettendosi che di questo testo debbano rilevare non solo le regole, ma anche i principi.

Vi è, infatti, una giustificazione ultima nell'affermazione che l'esigenza di ragionevolezza del diritto debba predicarsi avendo come *costante punto di riferimento la Costituzione*. Come ha giustamente fatto notare Roberto Bin, se si guarda la legge nella sua inidoneità nel seguire l'infinita varietà del reale, l'irragionevolezza potrebbe essere considerata un «*carattere strutturale della stessa legge, carattere che si manifesta non appena il caso a cui essa deve essere applicato si trovi fuori dalla*

⁵³ Le frasi fra virgolette sono di G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2001, 388.

⁵⁴ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 239.

⁵⁵ *Ivi*, 236.

⁵⁶ *Ivi*, 237.

⁵⁷ Le frasi fra virgolette sono di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 646.

sua ratio»⁵⁸. Che questa evenienza possa accadere – continua l'Autore – rientra nelle «*poche certezze umane*», risultando quale inevitabile conseguenza della «*non raggiungibile varietà del concreto*»⁵⁹.

Soltanto immettendo la Costituzione nel rapporto tra legge e esigenze regolative del caso e intendendo la ragionevolezza della legge nel senso che quest'ultima riesca a contemperare ad un tempo le ragioni del caso con le ragioni del sistema normativo complessivamente inteso, per gli elementi che esso pone e *alla luce degli elementi valoriali che esso presuppone*, si evita, pertanto, che il giudice possa individuare semplicemente la risposta adeguata al caso «*anche attraverso la rimozione freudiana dell'eventuale ostacolo costituito dal testo della legge*»⁶⁰.

Estremizzare, infatti, la capacità condizionante del caso rispetto al *normativo* può condurre ad «*esaurire il diritto in ogni singola applicazione*» o, detto in altri termini, la prevalenza «*del metodo casistico sul metodo sistemico*»⁶¹. Scelta, questa, che avrebbe il prezzo di «*compromettere [...] l'unità dell'ordinamento, fino al punto di risolvere la scienza giuridica nella previsione di ciò che verosimilmente verrà deciso da ogni singolo giudice, assumendo così la prospettiva di uno scetticismo radicale e assolutamente fuori-sistema*»⁶².

In altri termini, se il valore precettivo e assiologico della Costituzione non è destinato ad operare come solo limite negativo, ma come vincolo positivo nella ricerca di un significato normativo che rispetto ad esso risulti coerente, la legge deve permettere il raggiungimento di questo risultato, ossia la formulazione della legge non deve solo essere coerente, potremmo dire in modo statico, con i principi e i precetti costituzionali, ma dovrebbe essere aperta anche alla coerenza dinamica, ossia alla innata capacità dei principi costituzionali di essere normogeni.

58 R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 78.

59 R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., 78, del quale sono entrambe le citazioni.

60 A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, 54.

61 L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 117.

62 *Ibidem*.

4. Un tentativo di definizione degli automatismi legislativi

La legge, quindi, dovrebbe essere sempre strutturata in modo da lasciare aperte «*zone di possibilità interpretative*»⁶³, che le permettano un costante adeguamento con il livello costituzionale e soprattutto con la variegata possibilità dei principi di creare norme di comportamento, per la capacità che essi hanno di interagire con i casi concreti che sorgono nelle concrete dinamiche ordinamentali.

È proprio ciò – o meglio l'assenza di tale connotazione – a caratterizzare in negativo le disposizioni legislative esprimenti un automatismo: quando il legislatore insiste non tanto sul grado di precisione, ma si trincerava dietro la formulazione rigida dell'ipotesi normativa, vale a dire quando cerca di imbrigliare la capacità dell'interprete-applicatore sia nella libera valutazione (*recte*: ricostruzione) dei fatti sia nella (im)possibilità di modulare le conseguenze giuridiche⁶⁴, incide sulla capacità integrativa delle varie componenti, tanto normative quanto materiali, coinvolte astrattamente nella concreta vicenda applicativa

Alla luce di quest'ultima considerazione può fornirsi un tentativo di definizione della categoria degli automatismi legislativi, individuandosi con tale espressione quelle prescrizioni normative non in grado di assorbire le eccezioni, o meglio le condizioni negative di applicazione, al punto tale da presentarsi come una soluzione non ottimale o *sub*-ottimale (si è cioè in presenza di una lacuna assiologica) rispetto a una norma o principio superiori, i quali incidono sui casi dalle stesse disciplinati.

Quanto appena rilevato, se guardato con le lenti della discrezionalità del soggetto chiamato a dare applicazione al diritto, si traduce nell'impossibilità o nella ridotta possibilità di valutare le caratteristiche del caso concreto al momento dell'applicazione di determinate conseguenze giuridiche o, quindi, nell'impossibilità di modulare queste ultime, con la correlata inattuazione, o non sufficientemente adeguata attuazione, del dover essere costituzionale.

63 Ricorrendo ancora all'espressione di L. TUMMINELLO, *op. cit.*, 47.

64 È quanto avviene, ad es., con le presunzioni assolute; v. *infra* §§ 5 e ss.

4.1. Segue. Deroga e automatismi legislativi

Chiarito che vi è la necessità, di ordine sistematico, di modulare l'effetto giuridico al fine di consentire l'integrazione tra il livello legale e quello costituzionale, è opportuno indagare una caratteristica saliente delle norme esprimenti automatismi legislativi illegittimi, che può essere così sintetizzata: è nella *relazione sottrattiva*⁶⁵, esprimentesi nel rapporto di "regola-eccezione", che può concettualmente collocarsi la figura in esame, tanto che, a guardare le varie ipotesi di automatismi illegittimi colpiti dalla declaratoria di incostituzionalità, sembra emergere con nitidezza di contorni la categoria logica della deroga.

Le norme costruite sull'automatismo illegittimo limitano l'espansione di altra norma potenzialmente atta a regolare i medesimi rapporti, tanto che, se la norma derogante non esistesse, i casi previsti verrebbero ricondotti sotto la disciplina della norma derogata.

In altri termini, l'automatismo legislativo illegittimo si presenta come derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria, che al contrario è improntata alla modulazione degli effetti normativi rispetto alle caratteristiche del caso concreto e ciò, come si vedrà, ha dei riflessi anche rispetto alla sua compatibilità costituzionale⁶⁶.

Non essendo questa la sede per indagare in modo analitico una categoria logico-giuridica sulla quale la scienza del diritto da tempo si è cimentata, ci limitiamo solo a segnalare che qui si fa riferimento al concetto logico di deroga, ossia all'ordinaria relazione tra norme, «quando una norma sta ad un'altra come l'eccezione alla regola»⁶⁷, e non all'«effetto giuridico derogato», con il quale si delinea il modo di risoluzione delle antinomie⁶⁸.

65 N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 63

66 In senso analogo A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2019, 801 ss. e S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Riv. GdP*, 2017, *passim*.

67 G.U. RESCIGNO, voce *Deroga (in materia legislativa)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 303.

68 Nel quale, sul richiamato schema logico della deroga, si innesta il momento tempo, così ancora G. U. Rescigno, voce *Deroga*, cit., 303.

In questa prospettiva, la norma derogatoria si presenta «*come norma devian-
te che frustra l'aspettativa di altra norma*»⁶⁹, tanto che si è constatato che il concetto
di deroga «*contiene in sé il germe dell'idea della sottrazione*», in forza del quale può
rappresentarsi come un «*sottrarsi per sottrarre*»⁷⁰.

È evidente che questa sottrazione non è di per sé illegittima ed anzi può
considerarsi indispensabile sul piano sistematico, poiché consente di dare rispo-
ste ad «*esigenze di un certo pregio*», quali, per ciò che qui rileva, «*quella della maggiore
aderenza, meglio rispondenza del diritto alle molteplici sfaccettature del reale (sintetizzata
nella massima: suum cuique tribuere)*»⁷¹.

Quando, però, non rispecchia tali “esigenze di pregio”, la deroga assume
le forme di «*un venir meno tout-court ad un dover essere*»⁷² e quindi dovrebbe par-
larsi più opportunamente di illegittima disapplicazione o di una violazione.

Prima di (o meglio: al fine di) abbandonare il piano della riflessione teori-
ca e proiettarci su quello del diritto positivo, possiamo “innestare” il concetto
logico di deroga su quello degli automatismi e porre così un ulteriore punto
fermo nell’analisi che qui si propone.

La rigida previsione di legge volta a limitare la modulazione degli effetti
rispetto al caso concreto diviene pertanto automatismo legislativo (illegittimo)
quando in questo sottrarre (alla disciplina generale incentrata sulla discreziona-
lità) per sottrarsi (vale a dire per introdurre un regime che non risponde alle re-
gole generali) si superano i limiti fisiologici e si trasmoda in un venir meno *al
dover essere costituzionalmente imposto*: o perché la disciplina risulti non coerente
con le proprie basi razionali oppure perché risulta in contrasto con un princi-
pio costituzionale.

È, infatti, necessario chiarire che, ricorrendo alla figura della deroga per
tentare di delineare il concetto di automatismo legislativo (illegittimo), non si

⁶⁹ P. CARNEVALE, *L'art. 138 della costituzione fra deroghe e applicazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*,
n. 2/2018, 3.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ivi*, 4, oltre che come ricorda sempre Carnevale, alla prevalenza dei vincoli di natura for-
male su quelli logico-funzionali; quella delle necessità di ordine sistemico, ecc.

⁷² *Ibidem*.

vuole (perché non sarebbe corretto) proporre una sovrapposizione completa tra automatismi legislativi e deroga, nel senso che gli automatismi legislativi siano *semplicemente* ipotesi derogatorie; se così fosse, nel tentativo definitorio non emergerebbero le ragioni dell'incostituzionalità, poiché abbiamo visto che la deroga, anche dal punto di vista logico, individua un'ipotesi di sottrazione fisiologica alla disciplina della norma generale-derogata di determinate fattispecie.

5. Automatismi legislativi e giurisprudenza costituzionale: natura derogatoria e necessità di integrazione costituzionale dei contenuti della legislazione

5.1. Irrazionalità delle presunzioni assolute di pericolosità e incostituzionalità dell'applicazione automatica della previsione normativa

Il primo filone della giurisprudenza costituzionale che occorre prendere in considerazione è quello avente ad oggetto le presunzioni assolute di pericolosità in forza delle quali trovava giustificazione legislativa l'applicazione automatica tanto delle misure di sicurezza quanto della custodia cautelare in carcere.

Nella giurisprudenza costituzionale si registra, infatti, un'inferenza significativa tra la presenza di una presunzione di pericolosità e la pronuncia di incostituzionalità tesa a sanzionare l'automatismo legislativo⁷³, tant'è che in questi casi il superamento di quest'ultimo si atteggia quasi a mera conseguenza del processo di falsificazione cui viene sottoposta la regola presuntiva.

Qui verranno prese in considerazione soltanto le pronunce riguardanti le ipotesi di applicazione automatica del riformatorio giudiziario per i minori infraquattordicenni⁷⁴, dell'ospedale psichiatrico giudiziario⁷⁵ e della custodia cautelare in carcere per gli imputati di reati sessuali⁷⁶.

⁷³ Su tale inferenza significativa, se si vuole, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 181 ss.

⁷⁴ Sentenza n. 1 del 1971.

⁷⁵ Sentenza n. 139 del 1982 e 249 del 1983.

⁷⁶ Sentenza n. 265 del 2010; sentenza, quest'ultima, prima di una lunga serie di pronunce, fra le quali ci limitiamo a ricordare, le sentenze nn.: 231 del 2011, per i delitti di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope; 331 del 2011, per il reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina; 110 del 2012, per i reati di associazione di cui all'art.

In queste ipotesi, il sindacato di costituzionalità si incentra preventivamente e prevalentemente sul controllo di ragionevolezza delle presunzioni assolute, per verificare se ci sia corrispondenza tra le statuizioni legislative e la realtà sottostante da queste disciplinata.-

La Corte, infatti, previamente verifica la compatibilità della presunzione con i dati di esperienza *extra*-giuridici, rilevando, ad es., che: per i minori infra-quattordicenni la pericolosità non costituiva la regola, ma l'eccezione⁷⁷; il perdurare dell'infermità psichica non aveva fondamento in basi scientifiche⁷⁸; per le ipotesi di reato, considerate dal legislatore, non vi era una congrua base statistica che indicava la custodia cautelare in carcere come l'unica misura adeguata a soddisfare le esigenze cautelari⁷⁹.

La mancata rispondenza ai dati di esperienza generalizzati determina, quindi, l'irrazionalità delle generalizzazioni legislative che fa perdere, in definitiva, qualsiasi giustificazione all'obbligatorietà e all'automaticità della misura (ossia della conseguenza giuridica) normativamente prevista.

Se, infatti, il potere valutativo-interpretativo del soggetto chiamato a dare applicazione al diritto non viene imbrigliato dalla generalizzazione sulla quale la norma è costruita (poiché questa non necessariamente impedisce l'adattabilità dell'effetto al fatto), detto potere deve ritenersi escluso allorché la norma sia costruita su di una presunzione assoluta, poiché quest'ultima è prevista proprio affinché all'accadimento di determinati fatti si "attivi" la presunzione e, pertanto, si applichino le specifiche conseguenze giuridiche previste dal legislatore.

Leggendo, inoltre, le disposizioni colpite dalla incostituzionalità attraverso le lenti della deroga, può constatarsi come le ipotesi di pericolosità presunta, e, quindi, di applicazione automatica delle misure di sicurezza (del riformatorio

416 c.p. finalizzato alla contraffazione di prodotti industriali e al loro commercio; 213 del 2013, con la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della custodia cautelare obbligatoria per il reato di sequestro di persona; e, infine, 232 del 2013 per il reato di violenza sessuale di gruppo *ex* 609-*octies*.

77 Sent. 1 del 1971, *cons. dir.* 6.

78 Sent. 139 del 1982, *cons. dir.* 8.

79 Sent. 265 del 2010, *cons. dir.* 10.

giudiziario per il minore infraquattordicenne e dell'ospedale psichiatrico giudiziario per l'infermo di mente autore di reato), si ponevano come eccezione, fondantesi sulla previsione dell'art. 204, 2° co., c.p., alla regola dell'accertamento in concreto, stabilita dal 1° co. dello stesso articolo.

Anche la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere rappresenta un'ipotesi derogatoria illegittima, non solo perché le misure cautelari debbano conformarsi al principio costituzionale del minor sacrificio necessario della libertà personale, ma anche perché, nella specie, l'art. 275 c.p.p. è costruito attorno ai principi: di *proporzionalità* della misura concretamente applicabile all'entità del fatto o alla sanzione che sia stata o si ritenga possa essere applicata e di *adeguatezza* della misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare in concreto; principi, questi, in forza dei quali il giudice deve poter scegliere la misura meno afflittiva tra quelle idonee a soddisfare le esigenze cautelari e far ricorso alla custodia cautelare in carcere solo quando ogni altra misura risulti inadeguata.

Le deroghe qui analizzate si presentavano, pertanto, come una sottrazione al regime ordinario che provocava un sottrarsi al dover essere costituzionale.

Come si è già ricordato nelle pagine precedenti, l'essere in deroga alla disciplina generale non è sufficiente a far sorgere un automatismo legislativo illegittimo, poiché la sottrazione deve assumere le forme dell'illegittimità, cioè, nel sottrarre determinate fattispecie alla disciplina generale-derogata, deve determinarsi un *sottrarsi* al costituzionalmente imposto. L'illegittimità, che si determina a seguito di tale sottrazione, può assumere la forma minima dell'incoerenza fra l'automatismo (*recte*: la norma esprime tale automatismo) con le sue basi razionali (è il caso delle declaratorie di incostituzionalità delle misure di sicurezza e dell'obbligatorietà della custodia cautelare in carcere analizzate in queste pagine) o quella massima del contrasto con una norma o principio costituzionale che impone determinati contenuti alla disciplina legislativa (come avviene per il principio rieducativo, come subito appresso si dirà).

5.2. L'incidenza del principio costituzionale al cospetto di una presunzione non del tutto infondata nelle sue basi razionali

Alla luce del discorso fin qui condotto è possibile, infatti, compiere un passaggio ulteriore e ragionare su di un elemento già emerso nella ricostruzione teorica compiuta nella prima parte: l'effetto non deve essere valutato solo con riguardo alla fattispecie dal quale direttamente dipende, ma alla luce dell'intero sistema o, detto altrimenti, le conseguenze giuridiche devono intendersi quali effetti scaturenti alla luce dell'ordinamento complessivamente inteso.

Sembra muoversi in questa direzione la Corte costituzionale con la sentenza n. 253 del 2019, con la quale, e dopo lungo tempo, si è pervenuti finalmente a rilevare l'incompatibilità costituzionale della disciplina dell'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 (o. p.) rispetto al dover essere costituzionale, seppur la pronuncia riguarda la sola concessione dei permessi premio.

Il giudice delle leggi ha colpito la disciplina dell'art. 4-*bis* o. p., superando, (giova ripetersi) per la sola disciplina dei permessi premio, la presunzione assoluta e stabilendo, altresì, precisi indici da valutare per la concessione del beneficio anche in assenza di collaborazione con la giustizia.

Seppur in dottrina non è mancato chi ha indicato alcune zone d'ombra della pronuncia, sulle quali in questa sede può anche non indugiarsi⁸⁰, la decisione è particolarmente significativa proprio per il profilo posto in evidenza in queste pagine e sembra fondarsi sul seguente assunto: l'effetto giuridico deve essere giustificato primariamente rispetto al quadro costituzionale di riferimento, che nel caso specifico è rappresentato dal principio rieducativo, espresso dall'art. 27, terzo comma, Cost.

In questa prospettiva, il giudice delle leggi, confortato soprattutto dalle affermazioni della Corte EDU nella sentenza *Viola c. Italia*⁸¹, afferma molto

⁸⁰ In questo senso si vedano A. PUGIOTTO, *Procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentt. nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 2019, 514 e M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistemapenale.it*, 2019, § 4.

⁸¹ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 13 giugno 2019 - Ricorso n. 77633/16 - Causa *Viola contro Italia*. La versione in lingua italiana è disponibile al seguente indi-

chiaramente che «non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima», in quanto «non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza». È, tuttavia, l'assolutezza della presunzione a «non regge[re]» il «confronto con gli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.», poiché «tale assolutezza impedisce di valutare il percorso carcerario del condannato, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero del reo alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.».

Volendo leggere la pronuncia alla luce dell'idea della *deroga*, può dedursi che gli automatismi preclusivi contenuti nell'art. 4-*bis* o. p., costituiscono una sottrazione al regime ordinario, la quale provoca, anche qui, un sottrarsi al dover essere costituzionale e nello specifico all'operatività del principio rieducativo, il quale impone che il trattamento sanzionatorio si conformi al percorso di risocializzazione del detenuto.

Se in forza del principio di convenienza dell'effetto al fatto, il profilo materiale deve poter condizionare quello formale e l'effetto deve determinarsi dall'interazione fra livello legale e quello costituzionale, le norme sull'esecuzione penale devono sempre permettere l'attuazione del principio rieducativo e, pertanto, l'effetto, nel nostro caso la preclusione alle misure e ai benefici penitenziari, deve determinarsi alla luce di detto principio.

Ciò significa che le misure risocializzanti devono essere concesse non in forza di aprioristiche scelte legislative, le quali, impedendo la concreta valutazione del grado di pericolosità del detenuto, inibiscono la risocializzazione di quest'ultimo, ma in base alle circostanze del caso concreto, accertate dal giudice. Di quelle circostanze, cioè, che *pretendono* di essere disciplinate in conformità al principio costituzionale (la risocializzazione del condannato) e che, pertanto, devono poter condizionare l'effetto normativamente previsto (la concessione del beneficio).

rizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20.np.

Volendo tirare le somme della giurisprudenza passata in rassegna e al fine di introdurre ulteriori considerazioni, possiamo rilevare come la verifica sulle basi razionali della disciplina, fondata sulla valutazione di conformità, non solo alla evidenza delle cose, ma ad un principio o norma costituzionale, che si conclude con la dichiarazione di incostituzionalità dell'automatismo illegittimo, permette non solo che il profilo materiale, il caso concreto, riesca a condizionare quello formale – racchiuso nella norma di legge – ma soprattutto che la soluzione legale di un problema individuale sia disciplinata conformemente a Costituzione. Superare il rigido meccanismo legale, per riconoscere al giudice la discrezionalità interpretativo-applicativa originariamente negata, permette, in definitiva, la concreta operatività della disciplina costituzionale nella soluzione del caso concreto o, se si vuole, del problema di vita reale.

6. Non sempre un effetto normativo automatico è un automatismo. Conferme dalla giurisprudenza costituzionale

Come si è già visto nella prima parte di questo scritto, in cui si è riflettuto del tema sul piano teorico, non tutti gli effetti normativi, per il sol fatto di prodursi automaticamente, ossia senza l'intermediazione dell'interprete-applicatore, possono essere considerati, di per sé, degli automatismi legislativi (illegittimi). Ciò vale anche quando parrebbe che tali effetti comprimano principi di pregio costituzionale, quale quello della speciale tutela del minore.

Tale assunto trova conferma, seppur presentando alcune zone d'ombra⁸², anche nella giurisprudenza costituzionale.

Ne è esempio la vicenda che si è conclusa con la sentenza n. 17 del 2017, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale sull'art. 275, quarto comma, c.p.p., censurato dal giudice rimettente in quanto prevede che al compimento del sesto anno di età del minore, si riespan-

⁸² Sul punto sia consentito rinviare a L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., capitolo III, §§ 3 e 4.

da il regime ordinario e, sussistendone i presupposti previsti dalla legge, si applichi la misura custodiale alla madre di quest'ultimo⁸³.

Tale previsione normativa era stata denunciata dal giudice *a quo*, in quanto ritenuta un automatismo illegittimo, poiché sarebbe stato impedito all'organo dell'applicazione di apprezzare la particolare condizione del minore, che, per il sol fatto di aver compiuto il sesto anno di età, si sarebbe venuto a trovare privo di entrambi i genitori.

Operazione, questa, che trovava la sua giustificazione proprio nella tutela dell'interesse del minore, il quale, anche in questa vicenda, ha dimostrato di essere "ordigno" cui ricorrere per far saltare qualsiasi argine imposto dalle disposizioni legislative.

Un uso pericoloso, questo, che rischia di trasformare l'attenzione, certo non priva di giustificazione, che l'ordinamento deve rivolgere alle particolari situazioni soggettive dei minori in un valore tiranno in grado di fagocitare qualsiasi limite che si frappone alla sua espansione⁸⁴.

Nell'occasione il giudice delle leggi non ha ceduto alle sirene del *best interest* e, anzi, ha ben messo in evidenza i pericoli di ordine sistemico che si possono avere nel perseguire la via della sua preminenza incondizionata. Superando il limite dei sei anni in forza del criterio della speciale tutela del minore, ai fini della concessione della custodia cautelare, la decisione sull'applicazione della misura cautelare – così ha giustamente posto in rilievo la Corte – sarebbe as-

83 In buona sostanza, la norma che ha superato indenne lo scrutinio di costituzionalità, impedendo che la custodia cautelare possa essere applicata in presenza di figli di età non superiore ai sei anni, prevede che al compimento del sesto anno di età del fanciullo, si riespanda il regime ordinario.

84 In questo senso E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi del gruppo di lavoro II, Famiglia e filiazione*. Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", "La famiglia davanti ai suoi giudici?" Catania, 7-8 giugno 2013, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 6, che si rifà a quanto affermato da J. CARBONNIER, *Droit Civil*, I.2, *La famille, les incapacités*, Paris, 1969 e da P. RONFANI, *L'interesse del minore nella cultura giuridica e nella pratica*, in MANGIONI C., BARALDI C. (a cura di), *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell'infanzia*, Urbino, 1997, 254; sempre di E. LAMARQUE si veda anche *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, 83 ss.; si mostra critica verso la capacità espansiva di tale interesse pure L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 150.

sunta sulla base di valutazioni relative non già alla persona indagata (o imputata) ma al minore, soggetto terzo ed estraneo al procedimento penale.

Sulla base di tali presupposti il giudice costituzionale ha chiarito che non si è in presenza di un automatismo legislativo, bensì di una *deroga «ai criteri che i commi precedenti del medesimo articolo dettano in tema di applicazione delle misure cautelari»*.-

Non solo, pertanto, quando vengono introdotte delle deroghe alla disciplina ordinaria vi sono ragioni di coerenza e sostenibilità ordinamentale che rendono legittima e addirittura doverosa la precisa individuazione dei presupposti applicativi della normativa derogatoria, ma neppure deve ritenersi che l'interesse del minore, quando sia implicato nella disciplina legislativa, debba avere assoluta e incondizionata prevalenza, essendo non solo perfettamente compatibile con il sistema, ma altresì doveroso, che si realizzi – afferma sempre la Corte – un punto di equilibrio *«attraverso regole legali che determinano, in astratto, i limiti rispettivi entro i quali i diversi principi possono trovare contemperata tutela»*⁸⁵.

Trova conferma, pertanto, che nell'ordinamento trovano legittimo spazio gli effetti costitutivi, prodotti dalle relative norme, poiché essi hanno la funzione di determinare i presupposti e gli ambiti operativi delle norme (di comportamento) cui si riferiscono⁸⁶.

Lo si è già detto nella ricostruzione teorica: risponde alla logica della costitutività ed è pienamente rispondente alla funzione svolta dalle norme costitutive che, in fase applicativa, l'interprete non abbia, o abbia entro limitatissimi margini, la possibilità di valutare se il caso concreto sia in grado di condizionare la produzione di determinati effetti giuridici. Il suo campo di azione è, infatti, limitato all'accertamento della sola corrispondenza fra l'accadimento reale e la previsione normativa, accertata la quale egli deve limitarsi a constatare ovvero dichiarare la (automatica) produzione dell'effetto giuridico.

⁸⁵ Corte costituzionale nella sentenza n. 76 del 2017.

⁸⁶ Secondo la già richiamata definizione di U. SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico*, cit., 23 e sul punto si rinvia a quanto già detto nel § 2.

Quanto si va affermando trova ulteriore conferma in un gruppo di pronunce di costituzionalità riguardanti l'attività vincolata della pubblica amministrazione e in particolar modo le ipotesi di concessioni e autorizzazioni o di revoca e cancellazione da albi, a causa della mancanza o della sopravvenuta perdita dei requisiti prescritti dalla legge.

Il giudice costituzionale, naturalmente, non ha condotto il suo scrutinio guardando allo statuto teorico della norma sottoposta al suo giudizio, ma si è limitato a rilevare che al cospetto di attività vincolata, che comporta l'applicazione automatica di determinati effetti normativi, l'operare del principio di proporzionalità non è imposto dal sistema.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla proporzionalità dell'effetto normativamente previsto rispetto al caso concreto, ha ritenuto che tale principio (e con esso il generale principio di adattabilità dell'effetto al fatto) non sia applicabile *«nei casi in cui la legge preveda la decadenza automatica da ruoli o da autorizzazioni all'esercizio di determinate attività come conseguenza della perdita di un requisito soggettivo necessario per l'accesso e per la permanenza nel ruolo o per la prosecuzione del rapporto autorizzatorio»*⁸⁷.

La mancanza di un requisito soggettivo per la prosecuzione del rapporto autorizzatorio può essere elemento, infatti, dal quale *«il legislatore può legittimamente far discendere la decadenza dal rapporto stesso non essendo ipotizzabile una maggiore o minore "gravità" di tale mancanza in modo da dover proporzionare ad essa la reazione dell'ordinamento e da richiedere una graduazione come nell'ipotesi di vere e proprie sanzioni disciplinari»*⁸⁸.

In definitiva, il principio di adattabilità dell'effetto al caso concreto, sotto la veste del principio di proporzionalità, non può essere invocato *«per quei provvedimenti espulsivi che conseguono, di diritto, al venir meno di un requisito soggettivo»*⁸⁹.

87 Sentenza n. 2 del 1999 *cons. dir.* § 2.

88 Sentenza n. 297 del 1993 *cons. dir.* § 5.

89 Sentenza n. 226 del 1997, *cons. dir.* § 2, che richiama la pronuncia n. 297 del 1993, ma si veda anche la sentenza n. 161 del 2018.

La ragione di tale presa di posizione è resa esplicita nella sentenza n. 161 del 2018⁹⁰, nella quale si legge che «*la natura necessitata del provvedimento di revoca dell'autorizzazione e cancellazione dall'albo configura l'attività dell'amministrazione competente quale attività vincolata, limitata alla mera verifica della sussistenza del requisito di onorabilità richiesto dalla legge*» ed è «*ovvia conseguenza dell'assenza di discrezionalità amministrativa. Il che non esclude, tra l'altro, la possibilità di censurare l'atto in questione per i pur limitati profili di contrasto con la legge*»⁹¹.

Se si riflette sull'iscrizione o la cancellazione dagli albi professionali, sulla concessione e la revoca di concessioni o autorizzazioni, prendendo in considerazione non l'attività e gli atti, ma le norme ad essi sottese, ci si avvede che queste ultime sono proprio norme costitutive, che vincolano l'amministrazione «*nel momento "dispositivo", cioè nella decisione degli effetti dell'atto*»⁹². In altri termini, tali norme sono costruite su «un nesso di condizionalità sufficiente tra il ricorrere dei presupposti», normativamente individuati, e gli effetti giuridicamente previsti⁹³.

Se, pertanto, l'effetto giuridico, interamente prefigurato dall'ordinamento, si presenta come il risultato automatico della sussistenza di determinati presupposti, è del tutto conseguente che la sussistenza nel tempo di tali presupposti sia la condizione per il permanere degli effetti normativamente previsti. Così come sorgono automaticamente, gli effetti giuridici delle norme costitutive sono destinati a cessare automaticamente, quando uno dei presupposti che ne è condizione venga meno.

Ciò giustifica, in definitiva, la previsione normativa che, alla riscontrata mancanza del requisito prescritto dalla legge, statuisce l'automatica applicazione della revoca o della cancellazione.

Se, pertanto, l'effetto automatico è fisiologica esplicazione della costitutività, la norma che lo prevedesse non dovrebbe essere considerata un automati-

90 Affermazione fatta con specifico riferimento alla violazione degli articoli 24 e 113 Cost.

91 Sentenza n. 161 del 2018 *cons. dir.* § 3.2.

92 F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *federalismi.it*, 2017, 13.

93 *Ibidem.*

simo legislativo e dovrebbe, pertanto, uscire indenne dallo scrutinio di costituzionalità o, comunque sia, la declaratoria di incostituzionalità tesa alla flessibilizzazione dei relativi effetti dovrà essere in un qualche modo contenuta nella sua portata manipolativa.

Sulla base di tale ultima affermazione può essere guardata sotto altra luce anche la sentenza n. 303 del 1996, in tema di limite di età tra adottato e adottanti, considerata quale «*sentenza capitale*»⁹⁴ in tema di automatismi.

La disposizione colpita dalla declaratoria di incostituzionalità, nello stabilire il limite di età fra adottanti e adottando, in quarant'anni, aveva (ed ha tutt'ora, anche se il limite massimo sia stato dal legislatore alzato a quarantacinque anni di età) la funzione di costituire e, per l'appunto, di delimitare l'ambito di applicazione delle altre norme sull'adozione, con specifico riguardo al requisito del divario di età. In altri termini, questa sul limite di età è una norma costitutiva, i cui effetti automatici non potrebbero essere ricondotti alla categoria degli automatismi legislativi o, detto altrimenti, dovrebbero considerarsi, non una patologia, bensì fisiologici elementi del sistema.

Tenere in debita considerazione la natura della norma dichiarata costituzionalmente illegittima permette di dare pienezza di senso, poi, all'utilizzo del criterio di necessità fatto dal giudice delle leggi nella pronuncia del 1996.

Nella sentenza si legge, infatti, che affinché la possibilità di adozione anche nei casi in cui il limite di età normativamente previsto sia superato «*non si trasformi in una regola, la cui fissazione è invece rimessa alla discrezionalità del legislatore, l'eccezione deve rispondere ad un criterio di necessità in relazione ai principi e valori costituzionali assunti quale parametro di valutazione di legittimità costituzionale della disposizione denunciata (artt. 2 e 31 della Costituzione)*»⁹⁵. La Corte restringe di molto l'area di operatività dell'eccezione introdotta, seppur, naturalmente, il criterio di necessità sia un criterio mobile, che rimette nelle mani del giudice di merito il po-

94 G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, 181 (cui le citazioni si riferiscono), ma tale lettura è presente già nel volume G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

95 Sent. 303 del 1996, *cons. dir.* 4.

tere di interpretare se una determinata situazione rientri in una situazione di necessità.

Il ricorso al criterio di necessità sta a dimostrare, quindi, che, quando si opera al fine di innestare il modello delle norme ipotetico-prescrittive sulle norme costitutive, ossia consentire che anche per queste tipologie di norme il caso concreto sia in grado di condizionare la produzione dell'effetto (non solo nell'*an*, ma anche nel *quomodo*), l'operazione deve essere necessariamente delimitata.

Ciò conferma, inoltre, che per le norme costitutive l'automaticità degli effetti rappresenta, infatti, la regola, la quale, peraltro, risponde a precise esigenze ordinamentali: se gli effetti automatici normativamente previsti devono necessariamente ricollegarsi ad una condotta, e quindi alle relative norme di comportamento, è altrettanto vero che il discorso ipotetico-prescrittivo deve trovare aggancio in norme costitutive, le quali, qualificando come esistenti – alle condizioni previste da tali norme – fatti determinati, evitano che il sistema giuridico possa avvatarsi su se stesso. Mettere in discussione gli effetti automatici delle (*recte*: innestare la struttura delle norme ipotetico-prescrittive sulle) norme costitutive espone il sistema giuridico al rischio di una regressione all'infinito, in quanto l'organo dell'applicazione avrebbe il potere di rideterminare ogni volta i presupposti di applicazione o gli ambiti applicativi delle norme ipotetico-prescrittive, che sugli effetti costitutivi fondano il proprio discorso normativo.

In definitiva, l'automaticità degli effetti deve considerarsi una patologia propria del discorso ipotetico-prescrittivo: solo rispetto a quest'ultima tipologia di norme è, pertanto, opportuno parlare di automatismi legislativi (illegittimi), ed è solo in esso che la (cura della) declaratoria di incostituzionalità, tesa a superare la rigida previsione normativa ,può, e deve, operare in tutta la sua pienezza.

Ciò chiarito, occorre tuttavia fare una precisazione. Quanto si va qui affermando sta a significare che una norma costitutiva non potrebbe essere ritenuta viziata per il sol fatto di prevedere effetti automatici e non modulabili e, in definitiva, di comprimere o escludere in modo irragionevole i poteri valutativi dell'organo dell'applicazione⁹⁶, ma non deve intendersi nel senso che le norme costitutive, o meglio gli effetti automatici da queste prodotte, vadano, per ciò solo, esenti dal controllo di costituzionalità.

Vi possono evidentemente, e naturalmente, essere ipotesi per le quali la norma, pur se non possa essere reputata irragionevole (e così gli effetti automatici da questa prodotti), risulti in contrasto con un parametro costituzionale diverso dall'art. 3 Cost., ma, e in modo ancora più significativo, gli effetti automatici prodotti dalle norme costitutive possono essere travolti dalla declaratoria di incostituzionalità, che si muova lungo le direttrici di una valutazione racchiusa tutta all'interno del perimetro segnato dall'art. 3 Cost.

Ben può accadere, infatti, che la naturale e fisiologica automaticità degli effetti, nonostante sia perfettamente coerente con la natura della norma sottoposta a scrutinio di costituzionalità, risulti irragionevole (*recte*: irrazionale), poiché introduce un elemento di contraddittorietà nell'ordinamento.

Ciò è confermato da alcune affermazioni contenute nella sentenza n. 22 del 2018, nella quale la Corte ha valutato la compatibilità costituzionale della revoca automatica della patente, da parte del prefetto, in caso di sopravvenuta condanna del suo titolare, per reati in materia di stupefacenti⁹⁷.

Molto chiaramente si legge, infatti, che «la contraddizione non sta nel fatto che la condanna per reati in materia di stupefacenti possa rilevare come condizione soggettiva ostativa al mantenimento del titolo di abilitazione alla guida, agli effetti della sua revocabilità da parte dell'autorità amministrativa, anche

⁹⁶ Ciò rappresenta, infatti, il suo naturale portato, avendo essa la funzione di porre come giuridicamente esistenti determinati fatti, i quali rappresentano le condizioni di applicazione delle norme di comportamento con esse legate funzionalmente.

⁹⁷ Analogamente la Corte si è espressa con la sentenza n. 24 del 2020, in merito alla revoca automatica della patente da parte del prefetto per coloro che sono stati sottoposti a misure di sicurezza personali.

quando il giudice penale (non ritenendo che detto titolo sia strumentale al reato commesso o che possa agevolare la commissione di nuovi reati) decida di non disporre (ovvero disponga per un più breve periodo) la sanzione accessoria del ritiro della patente».

L'automatismo della revoca risulta, tuttavia, contraddittorio «rispetto alla discrezionalità della parallela misura del “ritiro” della patente che, ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. n. 309 del 1990, il giudice che pronuncia la condanna per i reati in questione “può disporre”, motivandola, “per un periodo non superiore a tre anni”».

In queste ipotesi, pertanto, la valutazione del giudice, che si fosse conclusa nel senso della non applicazione della misura, avrebbe rischiato di essere posta nel nulla dall'automaticità degli effetti della norma che il prefetto era chiamato a fare applicazione.

7. Applicazione automatica della previsione normativa e interessi meritevoli di tutela

Più volte nel corso di queste riflessioni si è ripetuto che, per permettere l'operatività del principio di adattabilità dell'effetto al fatto, e mediante esso l'adeguata regolamentazione dei casi volta a volta corrispondenti alla (e seppur in parte divergenti dalla) fattispecie normativa, la disposizione deve essere formulata in modo tale da garantire un certo grado di elasticità in fase applicativa. Si è detto anche, tuttavia, che la legge, guardata con le lenti della ragionevolezza, apparirebbe sempre inidoneità nel seguire l'infinita varietà del reale, poiché l'irragionevolezza potrebbe essere considerata un «carattere strutturale della stessa legge, carattere che si manifesta non appena il caso a cui essa deve essere applicato si trovi fuori dalla sua ratio»⁹⁸.

Applicando tali acquisizioni teoriche alla categoria degli automatismi legislativi, si potrebbe ritenere che la norma, la quale impedisse all'interprete-applicatore di modulare gli effetti giuridici rispetto all'infinita varietà del reale, risul-

⁹⁸ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit., 78.

terebbe sempre irragionevole e pertanto sicuramente destinata ad essere colpita dalla declaratoria di incostituzionalità.

Conclusione, quest'ultima, che non è sostenibile nella sua assolutezza, poiché risponde ad una precisa esigenza ordinamentale che il legislatore dia, fra quelli coinvolti nella disciplina normativa, prevalenza ad un interesse sugli altri. È affermazione talmente ovvia, questa, che non merita certo di essere scandagliata approfonditamente nei suoi presupposti teorici: qualsiasi attività di regolamentazione di fenomeni complessi – e fra queste a maggior ragione l'attività legislativa – deve basarsi su una composizione di interessi, nella quale (o mediante la quale) uno di essi, pur se rispetto a singole e determinate circostanze, anche temporali, possa o debba risultare prevalente.

Al legislatore non è certamente precluso di stabilire la prevalenza, anche incondizionata⁹⁹, di un interesse sugli altri e quindi, mediante la rigida formulazione linguistica, di impedire che le prevalenti caratteristiche del caso concreto possono pienamente condizionare la produzione dell'effetto giuridico. Non può di conseguenza reputarsi di per sé illegittimo che il legislatore impedisca che nella concreta vicenda applicativa possa determinarsi un diverso (rispetto a quello fissato nella previsione normativa) rapporto di prevalenza fra interessi.

Chiarito ciò, bisogna essere consapevoli che ragionare sul ruolo dell'interesse nella giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi è uno degli aspetti maggiormente delicati del tentativo di analisi che si propone, per i noti problemi che accompagnano la valutazione dell'operato del giudice delle leggi quando adopera la “figura” dell'interesse e soprattutto attua il bilanciamento di interessi¹⁰⁰.

Problemi, questi, che – volendo semplificare un discorso dall'elevata complessità – derivano dall'essere gli interessi al più veicolati e non (mai intera-

⁹⁹ Quanto nel testo si sostiene emerge con grande chiarezza dalla sentenza n. 109 del 2019 *cons. dir.* § 5.2.

¹⁰⁰ Per le opportune indicazioni bibliografiche sul tema, se si vuole, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 79 ss. e spec. 84 ss.

mente) qualificati dalle norme e, pertanto, dal loro ridotto grado di vincolatività al parametro costituzionale.

Accantonando per un momento tali problemi¹⁰¹, non si può fare a meno di evidenziare un elemento di assoluto rilievo: l'interesse può essere il dato su cui fondare la positiva valutazione di non irragionevolezza di una norma (*recte*: della sua *ratio legis*) e, per ciò che qui rileva, dell'applicazione automatica della previsione normativa.

Terreno privilegiato per condurre l'indagine su tali presupposti teorici è sicuramente il nutrito filone giurisprudenziale delle “rigide” sanzioni disciplinari.

Delle molte pronunce che si sono avute dal 1988 ad oggi¹⁰², significativa è, innanzitutto, la sentenza n. 234 del 2015, con la quale la Corte non ha accolto la questione sulla norma¹⁰³ che vieta la riabilitazione del notaio già destituito a seguito di condanna per alcuni reati¹⁰⁴. In tale occasione il giudice delle leggi ha rilevato come la (automatica) preclusione alla riabilitazione non risulti manifestamente irragionevole, poiché non è “cieca”¹⁰⁵ ai profili peculiari del caso concreto, ma viene, al contrario, calibrata con riferimento ad essi ed applicata, a seguito di un procedimento disciplinare, solo nelle ipotesi estreme, vale a dire solo nei *gravi casi* di destituzione del notaio.

Emerge, qui, l'elemento di rilievo, cui si è già fatto cenno in queste pagine: la rigida previsione normativa non è irragionevole perché essa è posta a tutela di un particolare interesse, vale a dire la fiducia incondizionata dei conso-

101 Sui quali si tornerà alla fine di questo paragrafo.

102 Si vedano le sentenze n. 971 del 1988, nella quale – in realtà si riprende quanto già detto, pur non accogliendo la questione, nella decisione n. 270 del 1986, e nn. 40 del 1990, 220 del 1995, 239 del 1996, 363 del 1996, 2 del 1999 e 329 del 2007 e 268 del 2016

103 Oggetto del giudizio di costituzionalità era l'art. 159, comma 3, della legge 16 febbraio 1913, n. 89, censurato in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.

104 Tali reati sono: falso, frode, abuso d'ufficio, concussione, corruzione, furto, appropriazione indebita aggravata, peculato, truffa e calunnia.

105 Secondo la suggestiva immagine di G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 180 ss.

ciati «in una figura destinata a garantire la sicurezza dei traffici giuridici, a propria volta preminente interesse dello Stato di diritto»¹⁰⁶.

Il ruolo dell'interesse nella giustificazione dell'automatica applicazione di una sanzione disciplinare emerge in tutta la sua evidenza anche nella sentenza n. 112 del 2014, con la quale la Corte ha rigettato la questione di costituzionalità sulla norma¹⁰⁷ che prevede, per gli appartenenti ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, la destituzione di diritto quale conseguenza automatica dell'applicazione di una misura di sicurezza personale.

In questa decisione sono stati proprio gli interessi della collettività ad aver salvato dalla incostituzionalità¹⁰⁸ la previsione della destituzione di diritto, quale conseguenza automatica dell'applicazione di una misura di sicurezza personale.

In altri termini, l'automatica applicazione della previsione normativa riflette la preminenza attribuita dal legislatore all'interesse della collettività ad essere difesa dalla pericolosità sociale di un individuo, allorché questo sia un dipendente dell'Amministrazione di pubblica sicurezza, reputando recessivo l'interesse del singolo alla graduazione della sanzione disciplinare che gli deve essere applicata.

Da ultimo merita di essere ricordata la sentenza n. 197 del 2018, con la quale la Corte non ha accolto la questione di legittimità costituzionale sulla norma¹⁰⁹ che prevede la sanzione della rimozione per il magistrato che sia stato condannato in sede disciplinare per le ipotesi¹¹⁰ in cui questi consapevolmente ottiene prestiti o agevolazioni da parti o indagati in procedimenti penali o civili

106 *Cons. dir.* punto 4.

107 Ricavabile dall'art. 8, primo comma, lettera c), del d.P.R. n. 737 del 1981 (Sanzioni disciplinari per il personale dell'Amministrazione di pubblica sicurezza e regolamentazione dei relativi procedimenti).

108 Con la sentenza n. 112 del 2014 è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, primo comma, lett. c), del d.P.R. n. 737 del 1981, censurato, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui prevede, per gli appartenenti ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, la destituzione di diritto quale conseguenza automatica dell'applicazione di una misura di sicurezza personale.

109 Ricavabile dall'art. 12, comma 5, del decreto legislativo n. 109 del 2006.

110 Previste dall'art. 3, comma 1, lett. e) del d.lgs. n. 109 del 2006.

pendenti presso l'ufficio di appartenenza o presso altro ufficio del medesimo distretto di corte d'appello; ovvero – ma solo quando si tratti di prestiti o agevolazioni «a condizioni di eccezionale favore» – da parti offese, testimoni o altri soggetti comunque sia coinvolti nei predetti procedimenti.

In questa occasione – e parimenti a quanto rilevato per la preclusione automatica alla riabilitazione del notaio – la Corte ha fondato la decisione di rigetto sulla constatazione che l'applicazione automatica della misure (e per converso l'impossibilità di modulare l'effetto giuridico) trovi fondamento nell'interesse all'imparzialità e all'indipendenza del magistrato, il quale in ultima istanza si traduce nella «*fiducia dei consociati nel sistema giudiziario, valore presidiato dalla norma ed essenziale per il funzionamento dello Stato di diritto*». Per tale ragione i magistrati non devono solo fare effettivo esercizio di indipendenza e imparzialità, ma devono anche evitare «*di esporsi a qualsiasi sospetto di perseguire interessi di parte nell'adempimento delle proprie funzioni*».

L'esito decisorio presta il fianco, in realtà, a più di qualche perplessità, potendosi nutrire fondati dubbi sulla ragionevolezza di una disposizione legislativa che accomuna sotto l'identico e rigido regime sanzionatorio un ampio ventaglio di condotte.

Qui, pertanto, la valutazione di preminenza dell'interesse parrebbe l'unico modo che aveva la Corte per giungere ad una conclusione della vicenda di costituzionalità che non si mostrasse lesiva della discrezionalità del legislatore, in quanto l'intervento richiesto sarebbe risultato particolarmente incisivo sulla disciplina delle sanzioni disciplinari.

Esito, questo, che pone più di una qualche perplessità e che conferma le critiche mosse dalla dottrina sia alla connotazione spesso giustificazionista del controllo di ragionevolezza¹¹¹ sia alla debolezza del bilanciamento di interessi,

111 Così per tutti, A. PACE, *I limiti del potere*, Napoli, 2008, 14.

allorché utilizzato come comoda “via di fuga” in assenza di «strategie argomentative più salde»¹¹².

È evidente, inoltre, che se si generalizzasse la portata di tale *decisum*, ossia che l'automatismo legislativo non è illegittimo quando si mostri a tutela di un interesse che deve essere considerato prevalente nell'assetto fattuale disciplinato dalla norma, la quale detto automatismo esprime, molte delle censure di incostituzionalità potrebbe essere destinate al rigetto. Si potrebbe, infatti, sempre ritenere non irragionevole la preminenza di un determinato interesse su un altro e la conseguente impossibilità di modulare gli effetti, posta a tutela di quest'ultimo.

Occorre, pertanto, stabilire entro quali limiti la valutazione sulla preminenza di un determinato interesse possa determinare la salvezza della norma che “rigidamente” lo tuteli.

Un'indicazione, sulla soluzione tesa a scongiurare, per un verso, che qualsiasi scelta legislativa risulti irragionevole e, per l'altro, che la valutazione sull'interesse alla cui tutela è volta la norma coincida sempre con la salvezza della rigida previsione di legge, è offerta sempre dalla sentenza n. 197 del 2018.

Nello spiegare il perché la decisione non si pone in contrasto con la propria giurisprudenza sugli «automatismi sanzionatori nell'ambito del diritto penale», la Corte, non si limita a rilevare la diversità fra pene e sanzioni, bensì afferma che «alcune almeno delle garanzie che, sulla base della giurisprudenza di questa Corte, circondano la pena in senso stretto non si applicano, o si applicano con un maggior grado di flessibilità, alla sfera delle sanzioni disciplinari».

Sebbene la Corte non ne faccia espressa menzione, il riferimento alla pena indica che il diverso esito cui conduce la valutazione degli automatismi in materia penale è determinato dall'incidenza, sempre maggiore, del principio rieducativo.

112 M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in AA.VV. *Per i sessant'anni della Corte costituzionale*, Milano, 2017, Relazione al Convegno *Per i sessant'anni della Corte costituzionale*, svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 19 e 20 maggio 2016; anche in *Rivista AIC*, 2016 (dal quale la citazione è tratta), 13.

È, in altri termini, la diretta incidenza del principio costituzionale che determina lo scrutinio stringente di costituzionalità e da ciò può ricavarsi che, e fuori dai casi della costitutività, perché l'automaticità degli effetti possa ritenersi giustificata, non è sufficiente che la norma risulti funzionale alla tutela di uno specifico interesse¹¹³, reputato di rilevanza tale da giustificare la minore capacità del caso concreto di condizionare la produzione nel *quomodo* di un determinato effetto giuridico e, mediante esso, una differente composizione degli interessi coinvolti nella vicenda normativa. Deve, invece, dimostrarsi – e tale dimostrazione corrisponde alla fissazione del limite cui si è accennato poco sopra – che la rigida formulazione legislativa e la conseguente immodificabile composizione di interessi non sia incompatibile con un principio costituzionale, che trovi diretta ed immediata espressione nel testo costituzionale.

La predisposizione di un ordine di interessi, che veda la prevalenza incondizionata di uno di essi, non può, quindi, reputarsi di per sé irragionevole e quindi costituzionalmente incompatibile, purché essa non sia incompatibile con il differente ordine di interessi desumibile dall'ordito valoriale espresso dalla Carta costituzionale, che trova attuazione nelle disposizioni scritte e nei principi dalle prime desumibili.

Se l'interesse è una concreta rivendicazione, riferibile al piano dell'essere, e in quanto tale tutelabile nella misura in cui risulta corrispondente al dover essere costituzionale, allora soltanto quando sia riscontrabile una coincidenza fra il dovere essere costituzionale e la concreta composizione di interessi incorporata dalla disposizione legislativa, la prevalenza di un interesse, espressa mediante la rigida formulazione normativa, può andare esente dalla negativa valutazione di irragionevolezza e quindi dalla declaratoria di incostituzionalità.

Soltanto entro tale limite, gli effetti automatici, posti a tutela di un determinato interesse, potranno considerarsi giustificati e non si tramuteranno in au-

113 G. LEO, *Illegittimo l'automatismo nell'applicazione della sanzione accessoria della perdita della potestà del genitore per il delitto di alterazione di stato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, § 3. Ragiona sul ruolo dell'interesse nella giurisprudenza costituzionale sugli automatismi legislativi anche S. LEONE, *Automatismi legislativi*, cit., 17 ss.

tomatismi legislativi (illegittimi). Anche perché gli ambiti di discrezionalità interpretativo-applicativa non possono, di regola, essere eliminati quando è in gioco un principio costituzionale, al cospetto del quale deve sempre essere possibile modulare l'effetto normativo rispetto alle caratteristiche del caso concreto.

8. La supremazia della Costituzione, il processo dialettico di positivizzazione del diritto e l'operare dell'interprete secondo un fine integrativo

L'affermazione con la quale si è concluso il precedente paragrafo è perfettamente coerente con un certo modo di intendere il ruolo e lo spazio dei principi costituzionale e della connessa necessità, più volte posta in evidenza, che l'interprete-applicatore possa, e debba, procedere all'integrazione della legge, tanto in riferimento alle caratteristiche dei casi concreti, quanto alle connesse esigenze di attuazione del dato costituzionale.

Sulla base di tale assunto è, inoltre, anche possibile riannodare le conclusioni qui esposte con gli esiti dell'indagine teorica sul modo di intendere le norme di comportamento. Se queste ultime debbano intendersi sia come prescrizioni sia come valutazioni e qualificazioni di fatti, tali norme devono essere considerate come un dato, o meglio come l'elemento iniziale grazie al quale prende avvio il processo dialettico di positivizzazione del diritto; processo, questo, che non può esaurirsi nella legislazione, ossia nel momento di "posizione" della norma, ma deve necessariamente continuare anche nell'opera dei soggetti chiamati a dare applicazione al diritto¹¹⁴.

Se si riconosce, infatti, che, già nel suo essere posta, la norma è una valutazione in termini di regolarità, sempre passibile di risultare come una imprecisa rappresentazione e quindi qualificazione del reale e sub ottimale rispetto al livello assiologico di riferimento, si può arrivare ad ammettere, con minori ostacoli di ordine teorico, che il risultato da essa raggiunto, tutt'altro che definitivo,

¹¹⁴ Così, fra i tanti, F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 92 e ID. *Pluralismo e valori costituzionali*, Torino, 1999, 260.

può essere passibile di integrazione in un processo di valutazione (sebbene di secondo livello), al quale sono chiamati a partecipare gli stessi organi dell'applicazione, che in tal modo potranno operare una migliore composizione degli interessi in gioco nel caso concreto.

Processo, questo, che, naturalmente, deve compiersi nei limiti delle competenze di ciascun soggetto chiamato a parteciparvi. Il giudice comune lo fa nei limiti della valutazione già fissata dal legislatore, così come essa risulta cristallizzata nel testo della legge, potendo egli, pertanto, tentare una migliore e diversa valutazione degli interessi coinvolti, nei limiti in cui il testo glielo consenta. La Corte costituzionale, invece, può svincolarsi dalla valutazione risultante dalla lettera della legge, non è costretta alla pura dichiarazione di incostituzionalità, ma può addirittura sostituire o integrare – nei limiti del costituzionalmente obbligato (anche se spazi sono oramai aperti anche nella direzione del costituzionalmente adeguato) – la primaria valutazione impressa nel testo della legge.

Ciò, del resto, è perfettamente in linea con l'affermazione della supremazia della Costituzione, non solo nel suo aspetto (o efficacia) formale, ma altresì nella sua dimensione valoriale. Se, infatti, non si voglia far rimanere detta supremazia una sola affermazione o petizione di principio, non può negarsi che la sua protezione è tanto più intensa *«quanto più è effettiva, ed è più effettiva proprio quando, dinanzi agli organi a cui spetta l'applicazione della legge ai casi singoli, i contenuti costituzionali [...] siano assunti come concretamente condizionanti ogni altra [...] determinazione dell'ordinamento»*¹¹⁵.

Il superamento degli automatismi legislativi si muove proprio nella direzione di dare effettività al dato costituzionale, riespandendo il potere dell'organo dell'applicazione (essenzialmente il giudice) nel modulare le conseguenze giuridiche in base alle caratteristiche del caso concreto, al fine di permettere il maggior grado di soddisfazione possibile dei contenuti costituzionali implicati nella concreta vicenda applicativa.

115 C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 81.

In un modello pluralistico, infatti, ogni scelta deve, per quanto possibile, essere operata dal soggetto pubblico «secondo un tendenziale fine integrativo, preferendo cioè, tra le varie possibili, quell'opzione che consenta il massimo di soddisfazione della pluralità degli interessi in gioco»¹¹⁶. In tal senso acquista sempre maggiore rilevanza, più che il grado di precisione e di esattezza della regolamentazione, la capacità della norma di “dare copertura” al maggior numero di interessi concorrenti¹¹⁷.

Nell'attuale realtà ordinamentale – come si è efficacemente sostenuto – «il processo normativo» deve considerarsi «come un continuum che procede dalla posizione delle esigenze di positivizzazione del singolo modulo giuridico nel quadro della società civile, all'esito della decisione inerente ai comportamenti individuali». In altri termini «il ruolo dell'interprete si legittima entro un quadro dinamico di partecipazione che è definito essenzialmente dagli ambiti discrezionali che sono progressivamente ridotti mediante lo svolgersi del processo medesimo»¹¹⁸.

Pur ammettendo, perciò, la possibilità, e financo la necessità, che tali ambiti discrezionali siano via via ridotti, non può giungersi alla conclusione che essi possano essere del tutto eliminati¹¹⁹, in quanto la discrezionalità dell'interprete-applicatore deve, di regola, muoversi all'interno di una forbice che va dal *minimo*, da intendersi nel senso di riconoscere il potere di adeguare la fattispecie astratta alla fattispecie concreta, al *massimo*, di dare attuazione ad un principio costituzionale, o meglio di modulare l'attività interpretativo-applicativa alla luce di tale principio.

116 F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti*, cit., 182.

117 Sul punto, molto efficacemente, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 343, afferma che «solo una legge convenientemente flessibile, ma non muta né impotente davanti ai problemi della prassi comunitaria suscettibili di incidere su interessi giuridicamente rilevanti, può realizzare la propria vocazione di porsi quale struttura normativa di mediazione tra l'alterezza dei principi costituzionali, come tali generali ed indeterminati, e la concretezza della dimensione esecutiva/applicativa, inevitabilmente legata alla specificità dei casi individuali».

118 Così F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali*, cit., 133.

119 Nella prospettiva della teoria dei sistemi, poi, e secondo l'insegnamento luhmaniano la tutela degli spazi di discrezionalità permette all'interprete-applicatore e in particolar modo alla giurisdizione di assolvere alla «funzione di pietra angolare nella differenziazione del sistema», perché è baluardo alla «neutralizzazione politica della sua competenza specifica»; competenza che ha «un doppio aspetto: la possibilità di subire influenze da parte della politica e l'autonomia nella produzione di decisioni vincolanti, la dipendenza e l'indipendenza di questo sottosistema dal sistema politico» (così N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1990, 56).