

AUTOMATISMI LEGISLATIVI, PRESUNZIONI ASSOLUTE E BILANCIAMENTO

di Stefania Leone*

SOMMARIO: 1. Gli automatismi quale categoria legislativa “sospetta”; 2. Un inquadramento della struttura degli automatismi a partire dalla composizione del loro rapporto con le presunzioni assolute; 3. Limite della ragionevolezza e discrezionalità legislativa: impostazione del ragionamento; 4. Automatismi e uguaglianza: l’ordinamento di fronte a un bivio. 5. Lo scrutinio di costituzionalità sugli automatismi legislativi tra rispondenza ai dati di esperienza e rilevanza dei beni da mettere a bilanciamento.

1. Gli automatismi quale categoria legislativa “sospetta”

L’obiettivo che ci si propone è di ragionare della sfuggente figura degli automatismi legislativi inizialmente prescindendo dalle acquisizioni della ormai significativa giurisprudenza costituzionale formatasi a riguardo. Si ritiene, infatti, che proprio allo scopo di approcciare in modo più consapevole le decisioni della Corte costituzionale e di metterne a fuoco gli schemi valutativi utilizzati, sia utile preliminarmente soffermarsi su alcuni nodi teorici.

Si tratterà cioè di verificare come funzionano gli automatismi, e, prima ancora, quali ne siano le caratteristiche strutturali; caratteristiche che, come si vedrà, si rivelano in modo ancora più nitido nel momento in cui si proceda a portare alla luce il rapporto tra la regola automatica e la presunzione assoluta che ne costituisce il fondamento giustificativo. Necessario sarà poi un ragionamento sulle ricadute che la scelta di ricorrere a questo modello legislativo può produrre sul principio di uguaglianza e, in un’ottica di bilanciamento, sugli altri interessi costituzionali eventualmente implicati.

Prima di ogni cosa, però, si ritiene importante provare a definire, e contenere, il campo di indagine. Quella in esame è invero categoria dai contorni alquanto sfumati, derivandone il rischio che la medesima previsione normativa possa sembrare rientrarvi agli occhi di alcuni, restarne fuori agli occhi di altri.

Eppure, un tentativo di perimetrazione si impone, considerando che sugli automatismi grava ormai un pesante sospetto di illegittimità.

A questo proposito, deve però subito dirsi che ad essere stigmatizzate non sono tutte le norme che presentano caratteristiche simili a quelle di cui qui ragioniamo. Non è infatti raro imbattersi nell’ordinamento in regole costruite su meccanismi rigidi, come rigidi sono gli automatismi: il possesso

* Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

di un certo diploma di laurea per accedere a un concorso pubblico, il superamento di una certa soglia di età per acquisire la titolarità di un diritto o la capacità di agire, ecc. Queste regole, ancorché rigide, non appaiono però dubbie come lo sono invece quelle discipline che ormai convenzionalmente, e con una accezione di fatto negativa, siamo soliti chiamare “automatismi”, e delle quali ormai svariate volte si è dovuta occupare la Corte costituzionale.

Non lo sono perché esse operano in modo generalizzato. Pur soggiacendo, come ogni prescrizione normativa, al limite della ragionevolezza, su di esse non sembra allora appuntarsi un pregiudizio di illegittimità. A suscitare forti perplessità sono piuttosto quei dispositivi normativi che intervengono “rigidamente” in settori ove la disciplina applicabile in via generale sia invece improntata a “flessibilità”, e dunque proporzionalità e capacità di adeguamento alle specificità dei molti casi della vita. Per limitarci a qualche esempio, si pensi al regime giuridico delle sanzioni penali, delle misure cautelari, o alla disciplina riguardante le vicende della responsabilità genitoriale¹. In questi settori, contrassegnati come detto dalla previsione di regole normalmente elastiche, talvolta intervengono, in via derogatoria, per talune più o meno circoscritte ipotesi, regole conformate in modo tale da non lasciare invece spazio a qualsivoglia modulazione applicativa. In situazioni come queste, allora, la regola si mostra viepiù *automatica* al cospetto della *non automaticità* della regola generalmente operante, ed è probabilmente proprio il raffronto tra le caratteristiche delle due discipline ad attirare sulla prima tanta diffidenza. E si dirà come recentissimamente la Corte costituzionale abbia dato notevole peso a questo fattore, tenendo distinta, da una parte, la categoria - sospetta - degli automatismi legislativi veri e propri, dall'altra quella delle “*regole legali*”, anch'esse poggianti su condizioni e limiti rigidi, ma portatrici di minor problematicità proprio in quanto non operanti in via derogatoria².

2. Un inquadramento della struttura degli automatismi a partire dalla composizione del loro rapporto con le presunzioni assolute

Delimitato il campo di indagine, occorre ora chiarire quali siano gli elementi strutturali tipici degli automatismi, soffermandosi anzitutto sulla loro caratteristica “rigidità”.

Secondo un'efficace definizione, gli automatismi legislativi sarebbero “*quelli che, al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta con precisione*”

¹ Si possono ovviamente fare altri esempi, concernenti il settore delle adozioni, delle misure di sicurezza, dei provvedimenti disciplinari, delle regole di concessione della licenza di porto d'armi (anche se in quest'ultimo caso la norma flessibile prevista dall'art. 43 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza sembra avere, rispetto agli automatismi legati alla condanna per taluni reati, una funzione residuale), ecc..

² Cfr. sentt. nn. 17 e 76 del 2017, su cui si tornerà diffusamente *infra* § 5.

dalla norma, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita della norma”³.

La definizione proposta suggerisce di scomporre la regola automatica in due elementi: quella che possiamo definire la *fattispecie-presupposto*, da una parte, e, dall'altra, la *conseguenza giuridica* che ne discende.

Si può dire che l'automatismo è tale se entrambi questi elementi sono configurati dal legislatore in modo tale - ovverosia così precisamente - da operare meccanicamente.

Ragionando in merito alla *fattispecie-presupposto*, si può dire che essa è “*descritta con precisione*” quando il fattore da cui dipende la conseguenza giuridica voluta dal legislatore è tale - vuoi perché trattasi di una determinata età o distanza di età, vuoi di altra condizione oggettivamente constatabile, come l'aver riportato una condanna per un determinato titolo di reato - da azzerare ogni spazio di discrezionalità applicativa, operando piuttosto alla stregua di un “interruttore”. Se l'interruttore scatta, la norma sprigiona le conseguenze prescritte, senza che i soggetti chiamati a sussumere il caso della vita nella *fattispecie-presupposto*, dato l'azzeramento di qualsiasi margine interpretativo, possano in alcun modo fungere da filtro⁴.

Riflettendo in merito al secondo versante, quello concernente la conseguenza derivante dal verificarsi del presupposto normativo, essa è “*altrettanto precisamente definita*” nel senso che deve trattarsi di un effetto fisso, non

³ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 210.

⁴ Si può dubitare, pertanto, che fosse vero e proprio automatismo quello salvato dalla Corte costituzionale con l'ord. n. 40 del 2002. La norma censurata (art. 276, comma 1-ter, c.p.p.) disponeva in quel momento l'obbligatoria sostituzione della misura degli arresti domiciliari con la custodia cautelare in carcere in caso di trasgressione alla prescrizione concernente il “*divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora*”. È vero che la Corte, nel dichiarare manifestamente infondata la questione, faceva anzitutto perno su una argomentazione tesa a giustificare il ricorso da parte del legislatore alla presunzione di inadeguatezza degli arresti domiciliari per chi, violando la prescrizione prevista dalla norma, aveva evidentemente manifestato radicale insofferenza alla misura, ma è altrettanto significativa la nota di chiusura della decisione. Con essa la Corte precisava come non fosse comunque escluso “*che il fatto idoneo a giustificare la sostituzione della misura, tipizzato dal legislatore nella anzidetta formula normativa, possa essere apprezzato dal giudice in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, per verificare se la condotta di trasgressione in concreto realizzata presenti quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la “violazione” che la norma impugnata assume a presupposto della sostituzione*”. In altri termini, la Corte lasciava intendere che la formula utilizzata dal legislatore (“*allontanarsi dalla propria abitazione*”) fosse formula plasmabile dall'interprete in considerazione della *ratio legis*, avendo il giudice pertanto lo spazio necessario per valutare se, in concreto, il comportamento del soggetto integrasse o meno la trasgressione tipizzata in norma. Proprio per questo c'è motivo di ritenere che quello scrutinato non fosse nemmeno un automatismo, la *fattispecie-presupposto* descritta in norma non essendo tale da azzerare la valutazione dell'interprete nel giudizio circa la sua effettiva verifica.

suscettibile di dare luogo a differenziazioni in sede applicativa. Per intenderci, laddove nel delineare la sanzione conseguente ad un reato, la si incornici, secondo il modello tipico, entro una soglia minima e un tetto massimo, si è senz'altro al di fuori dello schema-tipo delle regole automatiche, queste implicando, infatti, che non si possa in alcun modo differenziare la sorte spettante a quanti ricadono nel loro ambito applicativo.

Quanto sin qui detto consente di portare in superficie il connotato probabilmente più caratteristico di questo modo di legiferare, che bene è stato sottolineato in un'altra proposta definitoria, laddove si è affermato che l'automatismo è tale se la conseguenza giuridica collegata al presupposto fattuale descritto dalla norma sia una conseguenza "inderogabile"⁵. Ed è in effetti quest'ultimo uno degli elementi coesenziali alla regola rigida e, perciò, automatica: il suo essere regola impermeabile all'eccezione e insuscettibile di qualsivoglia modulazione applicativa (essa si applica a *tutti* coloro che ricadono nella fattispecie-presupposto e in *egual modo*).

In sintesi, l'automatismo è regola in ogni sua parte sprovvista di flessibilità.

È però importante soffermarsi sulla giustificazione dell'inderogabilità connaturata all'automatismo, perché è essa stessa compartecipe - sia pur invisibile - della sua struttura tipica: trattasi di quella presunzione assoluta che ne sta alla base, la quale è a sua volta, per natura, irrettrabile.

Se così è, al fine di meglio inquadrare il rapporto tra l'automatismo legislativo e il suo fondamento presuntivo, può essere utile una pur breve incursione nel diritto civile, ove l'espedito della presunzione quale particolare tecnica probatoria dei fatti giuridici ha trovato formale ospitalità. Un'incursione non peregrina se a questo punto dell'indagine si pone specifica attenzione proprio agli automatismi intesi in senso stretto, ovverosia a quelle disposizioni che intervengono con una disciplina rigida in settori normalmente regolati attraverso norme flessibili. Infatti, l'eventuale demolizione dell'automatismo legislativo da parte del Giudice costituzionale ha proprio come effetto - attraverso la riespansione della disciplina ordinariamente applicabile nel settore, caratterizzata da elasticità o dalla previsione di meccanismi in grado di assicurarla⁶, piuttosto

⁵ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, 12.

¹ insiste sull'elemento della inderogabilità J. LUTHER, *Le (in-)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggiusta automatismi*, in questo Volume, per il quale queste proposizioni si risolverebbero in comandi o divieti, appunto, inderogabili, caratterizzati da una fattispecie e una conseguenza giuridica dotate di determinatezza sufficiente a non dare luogo a incertezze.

⁶ Si pensi alle decisioni riguardanti la (illegittima) inclusione della detenzione domiciliare destinata alle madri di prole di età non superiore a dieci anni tra i benefici penitenziari preclusi ai detenuti condannati per i reati indicati all'art. 4-bis della legge n. 354 del 1975 (sentt. nn. 239 del 2014 e 76 del 2017), o, ancora, alle pronunce relative a taluni (illegittimi) rigori nella

che attraverso il subentro, disposto dalla Corte, di una nuova regola capace di operare alla stregua di una presunzione relativa⁷ - di ricollocare l'attività probatoria al centro del giudizio⁸. Un'incursione, poi, soprattutto utile per vedere più da vicino come operano quei procedimenti di inferenza che, connaturati alle presunzioni, fanno per ciò stesso da substrato agli automatismi legislativi.

Nel nostro sistema giuridico la codificazione civilistica delle presunzioni - legali e semplici - si situa agli artt. 2727, 2728 e 2729 c.c.⁹

L'art. 2727 c.c. si occupa di descrivere il meccanismo deduttivo che ne caratterizza la messa in opera: «Le presunzioni sono le conseguenze che la

adozione delle misure di sicurezza (tra le diverse, sentt. nn. 1 del 1971, 253 del 2003); si pensi poi alle decisioni relative alla (illegittima) destituzione di diritto, senza previo esperimento di apposito procedimento disciplinare, nei confronti di dipendenti della p.a.. (tra le diverse, sentt. nn. 971 del 1988, 268 del 2016).

⁷ Per limitarci a qualche esempio, Corte cost., sent. n. 303 del 1996, in materia di adozioni, e Corte cost., sent. n. 231 del 2011, in materia di misure cautelari. Sulla prima pronuncia v. E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, in Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, a cura di D. Butturini, M. Nicolini, Napoli, 2014, 88, 89; E. LAMARQUE, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero, il giudice è soggetto alla legge ma la legge è derogabile nell'interesse del minore)*, in *Giur. cost.*, 1996, 1503 ss. Con riferimento, invece, alle pronunce riguardanti le misure cautelari, M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni di custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minor sacrificio della libertà personale*, in *Consulta-online.it.*, e *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, 2012, 3, il quale le qualifica come "additive di regola ... a valenza sostitutiva". Si tratterebbe di additive per deficit di flessibilità secondo C. SALAZAR, *Guerra e pace nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive di principio quali decisioni atte a rimediare alle omissioni incostituzionali*, in *Corte costituzionale e Parlamento*, a cura di A. Ruggeri, G. Silvestri, 2000, 279.

⁸ Proprio per questa ragione ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di individuare tra i vizi dell'automatismo la sua incidenza sul diritto alla prova, con conseguente lesione dell'art. 24 Cost.. Non è questo, però, argomento che la Corte costituzionale abbia mai utilizzato, o quantomeno formalizzato. Sul punto, si vedano tuttavia le riflessioni di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 93, secondo il quale il giudizio costituzionale su simili meccanismi può svolgersi o sulla base del solo principio di uguaglianza, o proprio nella sua specificazione contenuta nel diritto di difesa.

⁹ Risalendo nel tempo, tracce della nozione sembrerebbero già rinvenirsi nel concetto di *praesumptio* del diritto romano d'epoca classica, ove inteso alla stregua di "argomentazione probabile fondata su ciò che è conforme alla opinio communis". Così R. REGGI, *Presunzione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, 257. Gradualmente, la *praesumptio* è successivamente venuta a configurarsi come vera e propria regola di diritto (esemplificazioni in L. RAMPONI, *Teoria generale delle presunzioni nel diritto civile*, Torino, 1890, 70 ss.), sino all'affermarsi, nel diritto giustiniano, della nitida distinzione tra *paesuntiones facti* e *praesuntiones juri*. Cfr. V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1968, 765.

legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto».

È utile soffermarsi sulle ragioni per le quali l'ordinamento sceglie di ricorrere ad una presunzione legale. A questo proposito si è detto che attraverso tale espediente è consentito fare leva su un "*procedimento in virtù del quale si sostituiscono a condizioni produttive di effetti di difficile accertamento condizioni di più agevole constatazione*"¹⁰. A chiarimento esemplificativo, sovente si richiama l'efficace ricostruzione di Jhering: "*Si supponga che un legislatore voglia regolare legalmente la capacità personale ... e che egli parta da questa idea: sarà maggiore chi possiede il discernimento e la fermezza di carattere necessari per gestire da sé i propri affari.... Sarebbe non poco assurdo farne una norma di legge in questa forma astratta: si perderebbe tempo e si soffrirebbero non poche preoccupazioni se si verificasse in ogni specie concreta l'esistenza delle due condizioni. Il legislatore creerebbe una sorgente inesauribile di controversie ed aprirebbe il varco all'arbitrio del giudice ... Come eviterà queste difficoltà il legislatore? In luogo di esigere caso per caso la verifica del discernimento e della fermezza di carattere, ne fisserà di altre, che hanno con quelle una certa correlazione regolare, sebbene non necessaria, ma che hanno su di esse il vantaggio di poter essere in concreto riconosciute in maniera più facile e sicura: ad es. l'età superiore ai ventuno anni*"¹¹.

Su queste premesse, dunque, il codice civile ha all'art. 2727 c.c. formalizzato la figura della presunzione legale e della presunzione semplice. Il successivo art. 2728 c.c. torna invece sulle sole presunzioni legali, distinguendo quelle relative (*iuris tantum*) da quelle assolute (*iuris et de iure*). Ai fini della disamina degli automatismi legislativi qui proposta, ad interessarci sono le presunzioni legali assolute, esse pretendendo la necessità della relazione inferenziale fra fatto noto e fatto non noto.

La nozione di presunzione assoluta si ricava dalla previsione in forza della quale «contro le presunzioni *sul fondamento delle quali* la legge dichiara nulli certi atti o non ammette l'azione in giudizio non può essere data prova contraria, salvo che questa sia consentita dalla legge stessa». A ben vedere, tra gli artt. 2727 e 2728 c.c. non c'è piena coincidenza strutturale¹². L'art. 2727 c.c., infatti, definisce la presunzione come quel nesso di inferenza tra A (fatto conosciuto) e B (fatto non conosciuto) che viene *formulato* dal legislatore o dal giudice. L'art. 2728, secondo comma, c.c., invece, dà conto dell'evenienza

¹⁰ V. ANDRIOLI, *Presunzioni*, cit., 767.

¹¹ R. JHERING, *Geist. des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen Entwicklung*, vol. I, Leipzig, 1891, 54, nella traduzione di V. ANDRIOLI, *Presunzioni*, cit., 767.

¹² Si è infatti osservato che lo schema unitario costruito dalla prima disposizione per incorniciare sia le presunzioni legali sia quelle semplici viene in parte a sgretolarsi alla luce della successiva disposizione, dedicata invece alle sole presunzioni legali. G. FABBRINI, *Presunzioni*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1996, 280.

che una disposizione prescriva la nullità di un atto o l'esclusione di un'azione giudiziaria *fondandosi* su di una presunzione. Sono appunto queste le presunzioni assolute, le quali, infatti, sovente si presentano sotto forma di regole non già che *formulano* esse stesse una presunzione, ma che *si fondano* su di una presunzione¹³. In dottrina si è allora osservato che qui la presunzione assume in realtà la veste di “*ratio*”, di “*spiegazione*”, di “*fondamento* “*esterno*”” della norma di legge¹⁴. Non diversamente, potremmo aggiungere, dagli automatismi legislativi, anch'essi, come si è anticipato, poggiati su di una premessa che non affiora a livello normativo ma che rimane implicito presupposto della sua stessa esistenza.

Proviamo allora a ridefinire gli automatismi legislativi proprio alla luce di questo loro rapporto, di sostanziale identità, con la presunzione assoluta che ne motiva l'adozione: l'automatismo legislativo è quella disposizione che, in via derogatoria, prescrive il meccanico prodursi di un rigido effetto al verificarsi di un rigido presupposto, quest'ultimo ritenuto presuntivamente sintomatico dell'elemento fondante la sua stessa *ratio legis*.

Un esempio: il legislatore impedisce a taluni soggetti, per il sol fatto di essere stati condannati per uno dei reati inseriti in un elenco di fattispecie di particolare gravità, di accedere ad alcuni benefici penitenziari. La regola poggia su una “giustificazione legale”, ovvero sia, usando il linguaggio delle presunzioni, un “fatto noto” (l'intervenuta condanna per uno di quei reati). La stessa regola trova però la sua “giustificazione reale”, e dunque la sua *ratio legis*, in un “fatto ignoto” (la pericolosità sociale di coloro che abbiano commesso quei reati), un fatto dato per esistente in ragione del suo probabilistico collegamento con la fattispecie-presupposto descritta nella disposizione.

Se così è, due sono le conclusioni alle quali si può già pervenire:

a) Si può presumere che il legislatore decida di intervenire con una regola di tipo automatico laddove il fattore che ne costituisce la giustificazione “reale” sia un fattore di difficile accertamento probatorio; il Parlamento sceglie dunque in questi casi di considerarlo accaduto al verificarsi di quella fattispecie che costituisce invece la giustificazione “legale” della disciplina.

b) Se è vero che il fatto ignoto dato per presupposto dalla regola automatica ne costituisce la giustificazione “reale”, la congruenza del collegamento

¹³ Un esempio di presunzione assoluta è costituito dal disposto dell'art. 238 c.c., ai sensi del quale «Salvo quanto disposto dagli articoli 128, 234, 239, 240 e 244, nessuno può reclamare uno stato contrario a quello che gli attribuiscono l'atto di nascita di figlio legittimo e il possesso di stato conforme all'atto stesso». Una presunzione relativa è invece, ad esempio, quella configurata dall'art. 462, comma secondo, c.c., che dopo aver individuato nei nati o concepiti al momento dell'apertura della successione i soggetti capaci di succedere, afferma che «salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta».

¹⁴ M. TARUFFO, *Presunzioni, Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, 1.

probabilistico tra il fatto ignoto e il fatto noto inevitabilmente rileva ai fini della valutazione di ragionevolezza dei meccanismi normativi automatici.

È su quest'ultimo profilo che conviene soffermarsi preliminarmente.

3. Limite della ragionevolezza e discrezionalità legislativa: impostazione del ragionamento

La regola automatica, trovando la propria *ratio legis* in un fatto presunto, dovrà essere valutata, sotto il profilo della ragionevolezza, proprio in relazione alla probabilistica coerenza tra questo fatto e il fattore che, per scelta legislativa, ne costituisce indice di (probabile) esistenza.

Nella dottrina civilista, molto si è ragionato della valenza del fattore probabilistico sottesa alle presunzioni: *l'id quod plerumque accidit*¹⁵. Converterà allora darne conto.

Ciò che qui merita di essere sottolineato è che, pur tutti essendo consapevoli che normalmente il legislatore vi ricorre quando si sia persuaso dell'esistenza di un legame per così dire statistico tra fatto noto e fatto ignoto, allo stesso tempo si è da più parti sostenuto che la presunzione legale assoluta non avrebbe davvero a che fare con il diritto probatorio, ma essa sarebbe norma sostantiva. Ciò per dire che, attraverso di essa, il legislatore *“stabilisce, sia pure sulla base di una massima d'esperienza, l'equivalenza, per la produzione degli effetti, al fatto che li dovrebbe produrre, di un fatto diverso”*¹⁶. In modo ancora più esplicito, si è parlato di *“pura disposizione legale”*¹⁷, che mette di imperio in collegamento due fatti, quello noto e quello ignoto, sulla base di una equipollenza giuridica (quindi prescritta), non di una equivalenza naturale (unicamente descritta)¹⁸.

Questa impostazione ha portato taluni ad elaborare la seguente conclusione: la circostanza che, nel dettare una presunzione assoluta, il legislatore abbia tenuto conto di quanto normalmente accade o non lo abbia fatto, o addirittura si sia posto in contrasto con quanto l'esperienza comune insegna, *“può rilevare sul piano della spiegazione storica della norma, ma non rileva sul piano del suo significato e degli effetti giuridici che ne discendono”*¹⁹.

L'affermazione, soprattutto laddove si consideri che la presunzione assoluta potrebbe incidere su diritti fondamentali, non può che suonare proble-

¹⁵ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di Diritto privato*, Milano, 1998, 610.

¹⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, ristampa del 2002, Napoli, 299.

¹⁷ G. FABBRINI, *Presunzioni*, cit., 281, 282.

¹⁸ La presunzione, in altre parole ancora, collega un fatto produttivo di taluni effetti ed un altro fatto equiparato per legge. Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 103. Per questa via argomentativa è stata addirittura sottoposta a riconsiderazione la distinzione tra presunzioni legali assolute, ancorché queste sorrette da razionalità, e “finzioni”, che ne sono genuinamente prive. V. ANDRIOLI, *Presunzioni*, cit., 767, 768.

¹⁹ M. TARUFFO, *Presunzioni*, cit., 2.

maticamente drastica. E non sarà un caso che, proprio per la problematicità insita in queste figure giuridiche, lo stesso codice civile ne abbia ristretto i contorni²⁰, spesso attraverso la previsione di deroghe che impattano notevolmente sulla loro effettiva portata²¹.

Al contempo, però, quella conclusione ci costringe a fare i conti con un dato innegabile: che in una statuizione normativa ideata per semplificare l'accertamento giudiziario attorno a fatti di complicata verifica casistica è ineliminabile un qualche tasso di - discrezionale - approssimazione, e, di conseguenza, un più o meno significativo margine di errore. Attraverso la presunzione assoluta, il legislatore fa esercizio di una discrezionalità che ha infatti anzitutto a che vedere con il quanto probabile si pensi essere il rapporto di consequenzialità naturalistica tra *factum probans* e *factum probandum*, affinché quello stesso elemento esperienziale possa giustificare l'adozione di una regola giuridica conseguente.

Una discrezionalità ineliminabile, ma al contempo - assumendo finalmente il punto di vista del diritto costituzionale - non certo illimitata. Sappiamo infatti che la Costituzione rappresenta un argine alla facoltà della legge di inferire del tutto arbitrariamente da un fatto l'esistenza di un altro, come dimostra peraltro la circostanza che la Corte costituzionale non si è tirata indietro dal censurare la patente irrazionalità di una presunzione *iuris et de jure* in caso di evidente fallacia del sillogismo presuntivo²².

Ciò considerato, se, come si è cercato di dire, gli automatismi legislativi si fondano su meccanismi presuntivi, laddove questi ultimi manifestassero in sede di scrutinio la loro fragilità, le regole automatiche andrebbero incontro

²⁰ A. PALAZZO, *Presunzione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, 267 ss.

²¹ V. ANDRIOLI, *Presunzioni*, cit., 767. D'altra parte, si è osservato, se negli ordinamenti moderni il centro degli interessi da tutelare è la persona, la presunzione assoluta è coerentemente chiamata a svolgere "il ruolo di bilanciare gli effetti, in modo da renderli indiscutibili, tutte le volte che coincide nella realtà la sussistenza dell'interesse con la presunzione del fatto che lo rende inattaccabile". Proprio per questo la presunzione assoluta non sarebbe certo sempre idonea a soddisfare gli interessi in gioco. Così A. PALAZZO, *Presunzione*, cit., 266.

²² È il caso della presunzione assoluta introdotta all'art. 47, comma quinto, del r.d. n. 3269 del 1923 (legge di registro), che ai fini dell'imposta di registro statuiva che «quando i macchinari che servono ad un opificio non vengono effettivamente smontati e trasportati, ma rimangono in servizio dell'opificio stesso, si presumono venduti all'acquirente, ancorché essi siano stati esclusi dalla vendita, e non ostante che l'acquirente del macchinario appaia una persona diversa dall'acquirente dell'opificio». La mera presenza del macchinario al momento del trasferimento dell'immobile faceva presumere la vendita di questo senza nemmeno consentire di dimostrare l'inesistenza di alcun vincolo pertinenziale tra il macchinario stesso e l'opificio. Ciò che ha indotto la Corte costituzionale, con la sent. n. 167 del 1976, a censurare la disciplina (anche alla luce della diversa natura, di presunzione relativa, prevista invece per i trasferimenti in campo di fondi agricoli), osservando come la mancanza delle condizioni che legittimano il rapporto pertinenziale "non può essere surrogata, sia pure in via presuntiva, dalle circostanze obiettive previste dalla norma", che in ciò esibisce, pertanto, la sua "irrazionalità".

alla possibilità di rimanere imbrigliate nel giudizio di ragionevolezza ancorato all'art. 3 Cost.. Allo stesso tempo, però, non può non segnalarsi sin d'ora l'eventualità che questo scrutinio si imbatta in alcune insidie, la prima delle quali data proprio dal fatto che ad essere scrutinata è una previsione legislativa sorretta da un ineliminabile *quantum* di discrezionalità; ciò che dovrebbe spingere subito ad interrogarsi su quanta sia la - discrezionale - approssimazione che, propria dell'automatismo, l'ordinamento è disposto a sopportare.

La risposta è probabilmente suscettibile di modificarsi, giacché la dose di approssimazione accettabile dipende anche da *altri* fattori, di cui il Giudice costituzionale deve tenere conto all'atto di sottomettere al proprio giudizio i meccanismi normativi automatici. Tali fattori hanno a che fare, da una parte, con il settore in cui sia intervenuto l'automatismo e dunque con le caratteristiche dello specifico fatto la cui esistenza il legislatore abbia dato per presunta; dall'altra, con gli interessi in gioco, potendo incidere, e non poco, sull'esito della valutazione operata dalla Corte il rilievo delle esigenze costituzionali da mettere di volta in volta a bilanciamento. Quel che si intende dire è che, sebbene nell'ambito dello scrutinio solitamente svolto dalla Corte costituzionale sugli automatismi il c.d. controllo di evidenza per certi versi mantenga una sua autonomia²³, l'eventuale ulteriore apprezzamento da parte della Corte circa la correttezza della ponderazione legislativa tra gli interessi implicati, di fatto, anche se non formalmente, potrebbe incidere sul rigore del giudizio di evidenza. L'impressione che si ha, in altre parole, e anticipando le conclusioni di queste riflessioni, è che nell'ambito dello scrutinio di ragionevolezza sulla presunzione assoluta sottostante l'automatismo, il margine di errore legislativo tollerabile può mutare anche in considerazione del bene della vita che quell'errore rischia di travolgere.

Prima di provare a verificarlo concretamente alla luce di alcuni esempi, è bene però anzitutto ragionare di una questione preliminare a tutto. Si tratta cioè di capire se la Costituzione dia qualche tipo di indicazione - esplicita o implicita - sui 'modelli legislativi', manifestando eventuale preferenza per l'utilizzo di schemi normativi elastici, capaci di adattamento ai casi della vita. In quest'ottica, dovrà essere evidentemente vagliato, in primo luogo, il rilievo che assume in proposito l'art. 3 Cost., e dunque che tipo di ricadute possa avere sul principio di uguaglianza l'opzione del Parlamento per una disciplina rigida piuttosto che per una regolamentazione flessibile.

²³ Ci si riferisce al controllo sulla rispondenza tra presunzione legale e realtà sottostante, che ha a che vedere con l'"*evidenza delle cose*". G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 244. Osserva come questo tipo di controllo, nei giudizi sugli automatismi, assuma "*se non un rilievo autonomo, almeno uno spazio e dei contorni precisamente definiti*" L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, www.gruppodipisa.it.

4. Automatismi e uguaglianza: l'ordinamento di fronte a un bivio.

Al fine di indagare il rapporto tra automatismi e principio di uguaglianza, occorre muovere dalla constatazione che ogni automatismo, proprio perché regola meccanica che attinge la propria *ratio* alla sussistenza di un fatto presunto sulla base di una massima di esperienza, porta inevitabilmente con sé l'assimilazione di situazioni che nella realtà possono invece non corrispondere. L'automatismo, dunque, sacrifica l'uguaglianza (intesa come “a ciascuno il suo”) sull'altare della generalizzazione, in linea teorica contravvenendo infatti al divieto, anch'esso discendente dall'art. 3 Cost., di pareggiare situazioni che siano oggettivamente diverse²⁴. E numerose sono infatti le pronunce ove la Corte costituzionale ha chiarito come la censura su una regola che imbriglia il potere di apprezzamento concreto del giudice serve a “evitare ingiustificati livellamenti di situazioni diverse”²⁵.

La questione, però, non è priva di complessità. Bisognerebbe infatti intendersi sull'esatta valenza del principio di uguaglianza. Se infatti è vero che, alla luce di una ormai incontrovertibile interpretazione, male fa l'ordinamen-

²⁴ Secondo l'espressione usata dalla stessa Corte costituzionale nella sent. n. 53 del 1958, e poi sviluppata nella sent. n. 64 del 1961, ove essa ha precisato che l'uguaglianza “non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, mentre, al contrario, deve essergli consentito di adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse ... Un ordinamento il quale non distingue una situazione da situazione e tutte le situazioni consideri allo stesso modo non è nemmeno pensabile, anche perché, come bene è stato osservato, finirebbe in sostanza col non disporre regola alcuna”. In dottrina, tra i primi, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1958, 715, e in seguito tra i molti, con efficace argomentazione, A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, 1994, 6, per il quale questa lettura dell'art. 3 Cost. si imporrebbe in ragione del fatto che “Una regola formulata in termini uguali può avere ricadute diverse in relazione alla diversità delle situazioni nelle quali viene applicata”.

²⁵ Corte cost., sent. n. 139 del 1982, relativa alla norma che, assumendo la persistente pericolosità sociale di coloro che abbiano commesso reati gravi in condizione di infermità mentale, prescrive il loro ricovero in ospedale psichiatrico per un periodo minimo anch'esso legislativamente predeterminato. V. anche chiaramente in questo senso Corte cost., sent. n. 40 del 1990, ove la Corte, ragionando della norma che imponeva di diritto la destituzione del notaio in ipotesi prefissate, affermava che questo automatismo operava “indistintamente per l'infinita serie di situazioni che stanno nell'area della commissione di uno stesso pur grave reato”, non potendo per ciò reggere il confronto con il principio di uguaglianza. Ancora, si è parlato di “dimensione individualizzante” “richiesta dal principio di uguaglianza”, nella sent. n. 234 del 2015.

L'esigenza di assicurare la differenziazione di situazioni non assimilabili è stata identificata quale “ratio decidendi di tutte le pronunce della Corte costituzionale in tema di ragionevolezza delle presunzioni assolute” da A. TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4911; v. su questo punto anche G. SCACCIA, *Gli “strumenti”*, cit., 343.

to ad accomunare situazioni che accomunabili non sono, dovendo invece provvedere a disgiungerle nel trattamento, fino a che punto questo compito deve spingersi? Quali sono, e quante sono, le differenze che l'ordinamento è tenuto a "vedere" e quindi a considerare? E *quale autorità*, e *come*, ha il compito di farsi garante dell'uguaglianza? Il legislatore mediante l'astrazione normativa, che è inevitabilmente portatrice di approssimazione, ancorché idonea ad assicurare la certezza del diritto, o l'organo dell'applicazione, nella condizione di valutare ogni sfumatura della fattispecie concreta e di produrre "regole del caso" *ad hoc*, ma che messe a sistema potrebbero restituire un quadro irrazionale e non soggetto a controlli?²⁶

Si tratta di interrogativi di complessità formidabile, che sotto traccia dissvelano tutte le difficoltà di comprendere fino in fondo la portata del principio di uguaglianza²⁷.

Interrogandosi sui compiti della legge al suo cospetto - ma il ragionamento potrebbe estendersi ai compiti dell'ordinamento per ora complessivamente inteso - uno dei maggiori studiosi del tema ha affermato che "*due situazioni sono analoghe non in assoluto ... ma in relazione al punto di vista assunto*", che, giuridicamente parlando, è quello "*dato dalla ratio legis*". Ne consegue che un problema di "*ingiustificata parificazione di fattispecie diverse*" si pone solo quando in quella considerata "*non sussistono elementi collegabili alla ratio legis ... e non quando sussistono ulteriori fattori potenzialmente diversificanti (perché la valorizzazione o non di questi è compito del legislatore...)*"²⁸. Dunque non tutte le differenze tra gli individui e le situazioni rilevano, ma solo quelle che siano strettamente pertinenti rispetto alla giustificazione e alla finalità della regola di volta in volta considerata.

Se questo è vero, è però altresì vero che a seconda della regola presa in considerazione, e soprattutto - nella prospettiva appena richiamata - della sua ragion d'essere e della sua finalità, può significativamente cambiare il grado di dettaglio dei fattori differenziali che l'ordinamento è obbligato a valorizzare. E non c'è dubbio che tanto più particolaristici essi siano, tanto meno

²⁶ Dell'idea che oggi l'uguaglianza vada intesa proprio come "*adeguatezza del diritto alle situazioni concrete*", con la conseguenza che "*i tutti*" (ai quali normalmente si rivolge la legge) "*nell'epoca della personalizzazione del diritto, quando l'uguaglianza assume il valore della differenziazione di ciò che è diverso, non esistono più*", dovendo essere sostituiti con "*i tanti*", *indefinitivamente diversi, fino al punto che ciascuno di essi, nei casi della vita in cui si trova inserito, merita, per ragioni costituzionali, un trattamento ad hoc*", G. ZAGREBESKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 213.

²⁷ Per H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, 187 la formula per cui occorre trattare in modo uguale casi uguali e in modo diverso casi diversi è una formula "*incompleta*", addirittura "*vuota*", fintanto che non si dica quali somiglianze e quali differenze devono assumere in questo senso rilievo.

²⁸ A. CERRI, *Uguaglianza*, cit., 10. V. anche P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Uguaglianza (principio di)*, in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1973, 1090.

idoneo al compito sarà, in autonomia, il legislatore. La legge – le cui qualità di generalità e astrattezza, sia pur in forma ormai molto ridotta, sfumata o persino alterata, ne rimangono connotati “*naturali*”²⁹ – è proprio per questa sua natura inadatta ad introiettare i tanti casi della vita dei quali, eventualmente, si debba tenere conto.

Se i fattori differenziali da considerare non sono sintetizzabili in categorie astratte, e all’estremo limite opposto si tratti addirittura di fattori riconducibili alla “unicità” di singole situazioni e individui, ebbene in queste ipotesi è allora chiaro che sarà l’autorità del caso singolo – i giudici, l’amministrazione, ecc.³⁰ – a poter ed anzi dover provvedere a valorizzarli, al fine di ritagliare

²⁹ Nel senso inteso da F. MODUGNO, *Legge in generale*, in Enc. dir., 1973, Milano, 889, per il quale “*E’ naturale che, più spesso, il contenuto proprio della legge ... si esprimerà in norme, ossia in proposizioni, come si suol dire, generali, astratte, innovative in grado eminente*”. Questo carattere, “*naturale*” e “*prevalente*”, però, come ormai pacifico, non assurge a carattere indefettibile della legge. Sulla originaria valenza generale e astratta della legge, e sulle trasformazioni della sua struttura al mutamento della forma di stato, v. G. ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, Milano, 2013, spec. 34 ss. e 49 ss.. Meriterebbero peraltro di essere indagate e comparate le diverse forme di trasformazione della legge nel passaggio allo Stato sociale, giacché, mentre il modello della legge provvedimento ha in qualche modo “assecondato” questa evoluzione, dando però luogo ad abusi, quello della legge automatica è invece un modello che denota in un certo senso la volontà del legislatore di “resistere” a quella evoluzione.

³⁰ Esula dai ragionamenti qui oggetto di riflessione la problematica concernente il rapporto tra diritto e scienza, ma molto evidentemente si potrebbe dire dei casi in cui lo spazio valutativo da preservare sia, appunto, quello della scienza. Si pensi alla sorte che è spettata al vincolo legislativo riguardante l’obbligo di creazione e impianto dei tre embrioni fecondati attraverso le tecniche di pma (sent. n. 151 del 2009). Su questi temi, e sul rapporto tra diritto e scienza, si fa rinvio alle riflessioni di M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, spec. 57 ss., nonché in *La decisione della Corte costituzionale fra aspetti di principio e ricadute pratiche*, in *I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale*, a cura di M. D’Amico, I. Pellizzone, Milano, 2010, 214 ss.; A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017; I. PELLIZZONE, *Il diritto alla salute della donna e il limite rigido del Legislatore*, in *I diritti delle coppie infertili*, cit., 100 ss.. Il problema che l’A. esamina è proprio quello dei rischi insiti nella scelta del legislatore di imbrigliare attraverso norme rigide la valutazione del medico, questi dovendo invece poter operare, sulla scorta delle migliori conoscenze scientifiche, tenuto conto delle specificità del caso concreto. Cfr. anche in tema B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, spec. 69 ss e 410 ss..

^Ancora, non si ha modo qui di indagare le situazioni nelle quali la disciplina legislativa dovrebbe lasciare spazi alla autodeterminazione degli individui, soprattutto quando quest’ultima serve rispetto ad ulteriori specifici diritti costituzionali. Si consideri, a titolo esemplificativo, la questione concernente l’automatica attribuzione ai nati del cognome paterno, che non dando modo ai genitori di scegliere un regime diverso, produce ricadute sull’uguaglianza morale e giuridica dei genitori e sugli stessi interessi del minore. Sulla questione e i temi implicati

su quel caso la specifica risposta dell'ordinamento. Insomma, laddove occorra tenere in alta considerazione le molteplici variabili con le quali si presentano al cospetto dell'ordinamento i casi della vita, e dunque quei fattori che richiedono un trattamento “disegualmente egualitario”, il compito non potrà che traslare dal legislatore al soggetto responsabile dell'applicazione. O meglio, il primo dovrà configurare fattispecie elastiche, in modo da lasciare al secondo la possibilità di valutare sul piano interpretativo se quelle concrete vi rientrino o meno in ragione del loro eventuale collegamento con la *ratio legis*.

A ben riflettere è la Costituzione - ma talvolta la stessa natura delle cose - ad orientare nella selezione degli ambiti in cui l'ordinamento è in effetti tenuto, in forza del principio di uguaglianza, a dare minuziosamente conto delle differenze tra gli individui.

A parere di chi scrive, allora, è in questi (soli) casi - e non invece sempre e comunque - che si potrebbe forse argomentare l'esistenza di una “riserva” di spazi valutativi in capo ai soggetti dell'applicazione normativa³¹.

(dopo la sent. n. 286 del 2016 della Corte costituzionale), v. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4/2017; E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017; S. SCAGLIARINI, *Dubbi e certezze e sicure incertezze in materia di cognome dei figli*, in *Rivista AIC*, 2/2017. V. inoltre, nel volume in corso di pubblicazione *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei poteri? Un percorso non ancora concluso* (a cura di M. D'Amico e S. Leone), le riflessioni di M. CARTABIA, *Attuare la Costituzione: la presenza femminile nelle istituzioni*, e, volendo, di S. LEONE, *Il ruolo dei giudici e della Corte costituzionale nella più recente fase di attuazione del principio costituzionale di parità di genere*.

³¹ Diversamente, parrebbe muovere da un'idea di maggior pervasività di tale regola, A. PUGIOTTO, *Intervento al III Seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie giuspubblicistiche*, 18 settembre 2014, Università di Roma Tre, www.gruppodipisa.it, 4, che argomenta l'illegittimità delle presunzioni assolute ricavandola “dall'indebito assorbimento della riserva di giurisdizione nella riserva di legge”, mentre i due meccanismi di garanzia “devono restare separati”. Per l'A., conseguentemente, le pronunce della Corte costituzionale che censurano gli automatismi nel sindacato di legittimità costituzionale avrebbero in realtà il sostanziale effetto di ripristinare il giusto confine tra riserva di legge e di giurisdizione. Più esplicitamente ancora A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, hanno affermato che dietro alla forma dell'incidente di costituzionalità (sugli automatismi) si celerebbe in realtà un vero e proprio conflitto di attribuzioni da menomazione tra poteri, che vedrebbe il giudiziario come parte lesa.

^H Ha parlato di decisioni che introducono una “regola sulla competenza”. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 92. Simile parrebbe l'impostazione di A. RUGGERI, *Eguaglianza*, cit., che ragiona di necessità di preservare la “sfera di competenza del giudice menomata dal meccanismo legislativo”, necessità preordinata a tutelare adeguatamente i diritti. Su quest'ultimo profilo insiste anche T. GROPPi, *La sentenza n. 253 del 2003: la Corte e il “diritto mite”*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 29 luglio 2003, per la quale le censure del Giudice costituzionale

Pensiamo al regime delle sanzioni penali. Nell'approntare il *quantum* e il *quomodo* del trattamento punitivo, lo Stato è tenuto, per espresso dettato costituzionale (art. 27, comma terzo, Cost.), a perseguire l'obiettivo della risocializzazione del reo. Il finalismo rieducativo come paradigma della sanzione penale evidentemente impone di tenere in massima considerazione le differenze (occorrendo risocializzare *quel* reo, artefice di *quella* condotta, tenuta in *quelle* circostanze, ecc.). Ciò che avviene, in un primo momento, a livello normativo, mediante l'inquadramento della sanzione tra una soglia minima e un tetto massimo³², e grazie a ciò, in un secondo momento, in fase di erogazione, attraverso la costruzione di una sanzione "*personale*" e in questo senso, appunto, "*finalizzata*" nel senso indicato dall'art. 27 Cost.³³. Nella giurisprudenza costituzionale ha peraltro trovato ormai conferma l'interpretazione per cui simile trattamento individualizzato deve potersi applicare in tutte le ipotesi in cui l'ordinamento prospetti una limitazione della libertà personale. Così, ad orientare la disciplina delle misure cautelari è il combinarsi degli artt. 13 e 27, comma secondo, Cost., dal quale discende il criterio del "*minore sacrificio necessario*". In questo caso è la logica a riempire di ulteriore significato il criterio. Se la restrizione della libertà personale è *ultima ratio*, occorrendo vagliare primariamente l'adeguatezza di misure meno afflittive, tutti gli elementi capaci di consentire simile valutazione avranno normalmente rilievo. Ecco perché, coerentemente, la Corte ritiene che il sistema cautelare debba, anzitutto, declinarsi secondo il modello della "*pluralità graduata*" e, in secondo luogo, limitarsi a fornire criteri per scelte tarate sulle "*esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete*"³⁴.

Di più. Non sono mancate occasioni in cui la Corte ha asserito l'esistenza di un principio di proporzionalità capace di conformare a sé qualsiasi

sugli automatismi implicherebbero il riconoscimento della "*incapacità del Parlamento di porsi come unico ed esclusivo garante di certi diritti fondamentali, la cui garanzia non può che essere realizzata, caso per caso, dai giudici*".

³² Ciò che, ad un tempo, consente di soddisfare sia la finalità rieducativa sia il principio di legalità previsto in materia penale. Sul portato dei due principi rispetto alla quantificazione della pena G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 212; M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 546.

³³ Corte cost., sent. n. 50 del 1980. Su problemi che in questo senso pongono le c.d. pene fisse sia consentito rinviare alla ricognizione della giurisprudenza e della letteratura presente in S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in corso di pubblicazione sulla Rivista AIC.

³⁴ Tra le molte, sentt. n. 331 del 2011, n. 265 del 2010. In realtà, come si diceva, tutte le decisioni che hanno sgretolato gli automatismi presenti in discipline potenzialmente implicanti limitazioni della libertà personale sono state guidate dal principio del minor sacrificio possibile del diritto in parola. F. URBAN, *Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 9.

tipo di sanzione, l'art. 3 Cost. sempre richiedendo “*adeguatezza tra illecito e irroganda sanzione*”³⁵.

Come si diceva, però, anche in assenza di espliciti comandi costituzionali, è la natura delle cose a poter orientare nel comprendere fino a che punto l'ordinamento sia obbligato a vestire ciascuno della propria regola. Si pensi alla tutela dei minori, costituzionalizzata all'art. 31 Cost. Non occorre alcuna ulteriore precisazione del principio costituzionale per capire che siamo in un ambito nel quale tanto impatto hanno nel riempirlo di concreti contenuti le specificità di ciascun individuo. La giurisprudenza costituzionale è ricca di conferme in questo senso, avendo la Corte a più riprese precisato come “*diverso sia l'atteggiamento psichico, rispetto a una condotta qualsiasi ... allorché si tratti di un minore che si avvicini ai quattordici anni di età ... e allorché si tratti di un infante o di un bimbo in tenera età*”, cosicché nei loro confronti si appalesa una “*esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evoluitività della personalità del minore*” richiede³⁶. La circostanza di trovarci di fronte a soggetti che, in costante evoluzione psichico-fisica, si trovano di fatto di giorno in giorno a costruire la propria identità, rende nei loro confronti molto problematica, dunque, l'adozione di regole generalizzate.

Si potrebbero proporre diversi altri esempi, tutti accomunati dalla circostanza di riguardare fattori altamente condizionabili dalle caratteristiche individuali di ciascuno o dalle peculiarità fattuali della singola situazione. E si potrebbe allora concludere nel senso che, in questi casi, l'uso di automatismi legislativi fondati su presunzioni assolute che diano per normalmente avverata la sussistenza del fattore che giustifica la produzione di un certo

³⁵ Corte cost. sent. n. 270 del 1986, ove la Corte constatava come l'ordinamento fosse ormai proiettato verso la “*tendenziale ... esclusione di sanzioni rigide, non graduate – cioè – in rapporto al caso concreto occorso. Tutto ciò ovviamente, in adempimento del principio di uguaglianza, non può impingere nella mera area punitiva penale bensì incide largamente anche nel campo amministrativo*”. Si spiega così il filone giurisprudenziale che, a partire dalla successiva sent. n. 971 del 1988 ha censurato le norme prescriventi la destituzione di diritto degli impiegati pubblici senza previa apertura di un procedimento disciplinare, all'esito del quale valutare la misura della sanzione irrogabile. Evidenza come quello riscontrato nei giudizi sugli automatismi sia un vizio di proporzionalità A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 194 ss.

³⁶ Corte cost. sent. n. 125 del 1992, avente ad oggetto la norma che imponeva il ricovero nel riformatorio giudiziario dell'infraquattordicenne, presumendone la pericolosità sociale, che avesse commesso un delitto non colposo per il quale sia previsto l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a 3 anni. Fra le molte pronunce dalle quali emerge l'esigenza di un sistema di giustizia minorile incentrato su prognosi individualizzate v. anche sentt. nn. 143 del 1996, 182 del 1991, 128 del 1987, 222 del 1983, 46 del 1978, e da ultimo, invece sent. n. 90 del 2017, che ha ancora una volta censurato un automatismo in tema di sospensione immediata della pena carceraria che ne limitava l'applicabilità anche ai minori rientranti nelle categorie di condannati indicati in norma (ancora una volta per i reati di cui all'art. 4-bis dell'ord. pen., e per altri reati richiamati dall'art. 656, comma 9, lett. a) c.p.).

effetto giuridico è per ciò stesso illegittimo. E ciò in quanto, in simili casi, il principio di uguaglianza pretende la massima malleabilità possibile della norma giuridica e, per l'effetto, la massima capacità di diversificazione del trattamento giuridico nel momento applicativo. Ed infatti, in casi come questi normalmente il legislatore non interviene con automatismi, ma con norme flessibili, che lasciano molto spazio alla valutazione casistica del giudice o degli altri operatori eventualmente coinvolti nell'applicazione³⁷.

Se così è, potrebbe allora apparire contraddittorio (e sospetto) che in questi stessi settori, il Parlamento talvolta decida, con interventi derogatori, di sottrarre al giudice quote di apprezzamento valutativo, e di consegnare alla norma il compito di cristallizzare ed esaurire la regola dei casi descritti nella fattispecie astratta.

Il giudizio su simili interventi legislativi, tuttavia, dovrebbe essere svolto anche tenendo conto del fatto che spesso, quegli stessi fatti che risultano così altamente condizionabili dall'apporto particolaristico di ciascun individuo, e che pertanto richiederebbero un apprezzamento individualizzato, sono al tempo stesso fatti di assai difficile verifica sul piano probatorio (il grado di maturazione di un minorente, l'idoneità di una persona a svolgere le funzioni genitoriali, la sua pericolosità sociale, la sua propensione a commettere un nuovo reato, ecc.).

Ragionando per ora in astratto, allora, si potrebbe osservare che laddove occorra determinare conseguenze giuridiche a partire da fatti difficilmente accertabili, non di rado perché relativi alla dimensione interiore dell'individuo, ma che al contempo, per l'identica ragione, meriterebbero di essere riscontrati casisticamente, alla luce delle specifiche caratteristiche del singolo, l'ordinamento si trova di fronte a un bivio; un bivio che di fatto costringe ad optare per l'approccio comportante il minor sacrificio possibile dell'uguaglianza: lo strumento livellatore dell'automatismo o, appunto, il ricorso ad una regolamentazione flessibile o per lo meno cedevole³⁸. Si tratta di due

³⁷ A questo proposito, merita un richiamo il recente intervento legislativo in materia di ordinamento penitenziario. La legge di delega approvata dal Parlamento, come noto, impegna tra l'altro il Governo a muoversi nel senso della "eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale" (cfr. art. 1, comma 85, lett. a) della legge n. 103 del 2017), che peraltro riporta all'attenzione il discusso tema del c.d. ergastolo ostativo. Su cui v. A. PUGIOTTO, D. GALLIANI, *Eppure qualcosa si muove*, cit., spec. 6 ss.

³⁸ Che si tratti della scelta tra due mali, è stato evidenziato in letteratura anche da Schauer a partire da riflessioni sulle origini e sull'evoluzione dell'*aequitas*: "Fino a che non ci sarà un

opzioni molto diverse tra loro, eppure entrambe implicanti un margine di errore: l'errore dato dall'approssimazione della regola legislativa rigida, in un caso, l'errore dato dalle difficoltà di accertamento del giudice (anzi, dei tanti giudici), nell'altro.

Della complessità del dilemma anche la Corte costituzionale è certo consapevole. Non ci si riferisce solo al fatto che essa abbia affermato – va detto, in una ormai risalente decisione – che “*obiettive difficoltà di accertamento*” di un determinato fatto “*non consentono di stabilire in astratto se corrisponda meglio al principio di eguaglianza consentire al legislatore la predeterminazione ..., o invece affidare solo al giudice di disporre di volta in volta ... dato che il pericolo della diseguaglianza di trattamento non viene meno neanche con questa soluzione, che non offre alcuna certezza ma solo mere probabilità*”³⁹; ad essere significativa è invece soprattutto la circostanza che essa abbia in più occasioni deciso, pure all'esito di pronunce di illegittimità, di non travolgere *in toto* gli assunti presuntivi fissati dal legislatore, determinandosi piuttosto nel senso di una loro “correzione”, comportante la trasformazione di presunzioni assolute in presunzioni relative. Forse, si potrebbe dire, anche

*meccanismo che corregga gli sbagli inevitabilmente commessi decidendo secondo generalizzazioni, ci saranno decisioni effettivamente errate, e potrà sembrare ad alcuni, come è stato Platone e Aristotele, che questo sia ridicolo, tremendo, assurdo, o ingiusto. Eppure, quando il meccanismo per correggere tali errori sia creato, esso sarà comunque in balia della discrezionalità dei correttori d'errore, una discrezionalità che ad alcuni parrà una buona collocazione dell'autorità decisionale, ma ad altri sembrerà variabile ... Anche questa variabilità produrrà errori, se pure di natura diversa da quelli derivanti dalla necessaria generalità delle regole. Quando non abbiamo un meccanismo di equità, è facile vedere gli errori che conseguono alle generalizzazioni; ma quando creiamo tale meccanismo, spesso sono altrettanto evidenti gli errori di diverso genere che derivano dal garantire a persone reali, che possono sbagliarsi, la discrezionalità di determinare quando gli errori della generalizzazione debbano essere corretti, e quando no”. F. SCHAUER, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, trad. di A. M. Taruffo, Bologna, 2008, 57, 58. L'A. afferma che a suo dire sarebbe proprio la storia dell'*equity* inglese, che ha vissuto periodi floridi e poi spinte ad un ridimensionamento, a confermare le difficoltà di risolvere il problema dell'errore in un senso (attraverso la generalizzazione legislativa) o nell'altro (la correzione sul piano applicativo degli errori della legge). Sui possibili “costi collaterali” dello spostamento della valutazione in capo ai giudici proprio con riferimento alle riflessioni di Schauer, A. TESAURO, *Corte costituzionale*, cit., 4930 ss., e spec. 4943, 4943.*

^A questo proposito, bisogna dire che, probabilmente, in materia di salute gli automatismi legislativi risultano particolarmente sospetti, perché incidenti sull'autonomia di valutazione dello scienziato, il quale la svolge alla luce delle peculiarità del caso concreto e soprattutto sulla scorta delle proprie conoscenze tecniche. In questo caso, insomma, il Parlamento con più difficoltà può giustificare un proprio rigido intervento riferendosi alla necessità di facilitare il compito di coloro che avrebbero altrimenti la responsabilità dell'accertamento fattuale.

³⁹ Corte cost., sent. n. 106 del 1972, con la quale la Corte aveva salvato la norma che disponeva per l'incapace di intendere e di volere il ricovero in un manicomio giudiziario per un periodo minimo commisurato alla pena che si sarebbe dovuta irrogare.

con l'obiettivo di contenere entro qualche limite la ricerca casistica, da parte del giudice, della prova contraria capace di mettere fuori gioco la regola generale posta dal legislatore. D'altra parte, la Corte di recente ha anche sottolineato come, in certi delicati settori, la regola generale, nel fornire criteri oggettivi, può costituire "*un efficace usbergo della serenità del giudice*"⁴⁰, quasi a proteggerlo dai pericoli del suo stesso dominio valutativo.

Quanto detto ancora non spiega, però, perché il legislatore intervenga con regole rigide anche in settori nei quali è esso stesso a manifestare una preferenza per regole elastiche, che trovano infatti ordinariamente applicazione. Così è, in ambito penale, in materia di sanzioni, di misure di sicurezza, di custodia cautelare, di regime penitenziario, ecc.; così è, ancora, laddove occorra riscontrare l'idoneità di una coppia ad adottare un minore, o di un genitore a mantenere la potestà sul figlio.

Come già si è anticipato, la spiegazione che si può ipotizzare è che, talvolta, di fronte al bivio, l'ordinamento si determini per l'introduzione di una proposizione automatica o per l'adozione di una regola elastica anche in considerazione della natura e dell'importanza degli interessi che vengano di in volta in rilievo (esigenze individuali o di rilievo collettivo, esigenze più o meno stringenti, ecc.), e delle ricadute che l'una o l'altra scelta potrebbero determinare sulla loro integrità. Posto che, come si è detto, in ogni caso un margine di errore va scontato, potrebbe essere proprio il bene o i beni della vita incisi a fare la differenza, e se del caso a motivare il Parlamento ad approntare una disciplina insuscettibile di modulazioni applicative; ciò, evidentemente, laddove ritenga (a torto o a ragione) che quel bene della vita, per il suo rilievo, non possa tollerare compressioni episodiche legate agli esiti della discrezionalità giudiziaria.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 17 del 2017. Nella stessa decisione nota peraltro la Corte come la demolizione dell'automatismo potrebbe problematicamente significare l'attribuzione al giudice del compito di apprezzare discrezionalmente fatti che riguardano soggetti estranei al processo (nel caso di specie il minore della donna ridotta in custodia cautelare carceraria in ragione del reato contestato). È da notare che, invece, in altri giudizi, la Corte ha ritenuto questo profilo non rilevante. Si tratta della sent. n. 31 del 2012, che ha restituito al giudice la facoltà di stabilire caso per caso se la condanna per taluni reati comporti o meno la necessità di comminare anche la perdita della potestà genitoriale. La contraddizione tra le due impostazioni però è solo apparente, giacché evidente che un conto è dover verificare casisticamente la sussistenza dell'interesse del minore in riferimento ad una misura - quella della perdita della potestà genitoriale - che pur direttamente riguardando il condannato non può non essere inquadrata proprio alla luce del rapporto tra questi e il soggetto nei cui confronti la potestà è esercitata. Altro è invece pretendere che il giudice, nell'apprezzare la misura cautelare più idonea per un imputato tragga elementi decisivi dalla condizione di un soggetto terzo.

5. Lo scrutinio di costituzionalità sugli automatismi legislativi tra rispondenza ai dati di esperienza e rilevanza dei beni da mettere a bilanciamento

Al termine delle riflessioni proposte, è ora utile testarne la tenuta alla luce della ormai fitta giurisprudenza costituzionale formata in argomento⁴¹.

Prima di soffermarsi sulle tecniche decisorie sviluppate dalla Corte per testare la tenuta degli automatismi, sembra però importante indugiare per un attimo su un aspetto preliminare, messo a fuoco in due recentissime decisioni. Già è stato detto che non sono affatto rare le ipotesi in cui l'ordinamento sceglie di intervenire attraverso regole rigide; ma che i dubbi di legittimità costituzionale si sono di fatto da sempre appuntati solo su quelle norme che disvelano la propria natura automatica nel raffronto con la disciplina ordinariamente applicabile nel medesimo settore, disciplina che si contraddistingue all'opposto per la propria duttilità e capacità di adeguamento alle specificità dei singoli casi della vita. Ebbene, nell'ambito di un giudizio da poco definito, la Corte ha dato molto peso a questo elemento, al punto da restringere anche "nominalmente" i confini della categoria degli automatismi.

L'occasione è stata data dalla necessità di scrutinare la norma che vieta la custodia cautelare in carcere per le madri di prole infrasciense (art. 275, comma 4, c.p.p.); norma che *a contrario* implica, dunque, che al compimento del sesto anno di età del minore torni ad applicarsi il regime generale. Tale regime, per le donne gravemente indiziate dei delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p., implica però, ai sensi dell'art. 275, comma 3, c.p.p. l'obbligo per il giudice di ricorrere alla restrizione inframuraria. Quel che qui maggiormente interessa è che, nel salvare la norma specificamente oggetto di censura, il Giudice costituzionale ha anzitutto escluso che quella scrutinata desse luogo ad una "situazione di automatismo"⁴². L'automatismo sarebbe invece quello prescritto dall'art. 275, comma 3, c.p.p., che al sussistere di esigenze cautelari per gli imputati di determinati gravi reati, impone come detto al giudice di disporre la misura carceraria, privandolo della ordinaria competenza a stabilire, sulla base di indici fattuali concreti, la misura più idonea. Nella prospettiva della Corte, allora, la norma indubbiata non presenterebbe i tratti tipici dell'automatismo⁴³. Essa semmai limita la rigidità dell'automatismo prescritto dal legislatore in materia

⁴¹ Non avendo qui la possibilità di vagliare in modo esaustivo e attraverso un esame settoriale la giurisprudenza, si rinvia all'esame svolto da E. CRIVELLI, *Gli automatismi*, cit., 85 ss.; L. PACE, *Gli automatismi*, cit., 1 ss..

⁴² Corte cost., sent. n. 17 del 2017.

⁴³ Di diverso avviso M. CAREDDA, *Il limite d'età del figlio per il divieto di custodia cautelare in carcere del genitore: automatismo ragionevole?*, in *Giur. cost.*, 2017, 99, 100, che condivide però l'esito del giudizio nell'aver la Corte valutato non irragionevole la regola (o automatismo) scrutinato.

cautelare per taluni reati; e lo fa soprattutto prescrivendo - sebbene con ricorso a “condizioni” e “limiti” (l’età del bambino) - un divieto di carcerazione “di carattere generale” riferito a tutte le madri di prole infraseienne, indipendentemente dal capo di imputazione. Ancora più significativo, per lo specifico profilo qui esaminato, la circostanza che in una pronuncia di poco successiva (sent. n. 76 del 2017), essa abbia retrospettivamente qualificato quella salvata con la sent. n. 17 alla stregua di una ragionevole “regola legale”. La scelta terminologica, che si risolve in una voluta ridondanza - una regola prodotta dal Parlamento è per definizione “legale” - merita senz’altro una sottolineatura, con essa probabilmente la Corte avendo voluto rimarcare che un conto è un automatismo che interviene a comprimere quello spazio valutativo che normalmente è lo stesso legislatore a riconoscere ai soggetti dell’applicazione (così sono, nel caso esaminato, le disposizioni che in via di eccezione sottraggono al giudice il compito di decidere quale sia la misura cautelare adeguata al caso specifico, dando normativamente per presunta l’idoneità della sola custodia inframuraria); altro sono le regole, appunto, “legali”, così appellate, presumibilmente, per sottolinearne la portata generalizzata, tipica dell’atto legislativo nella sua forma più pura e tradizionale⁴⁴. È vero, in altre parole, che il limite dei sei anni, in quanto rigido, sfrutta un meccanismo ‘automatico’ che per definizione generalizza, ma tale meccanismo si innesta in una norma che non presenta i tratti problematici tipici degli automatismi legislativi su cui gravano i sospetti di illegittimità costituzionale⁴⁵.

Ciò premesso, e passando all’esame del tipo di *test* al quale gli automatismi legislativi (o presunti tali) vengono sottoposti, va anzitutto osservato che, esattamente come ci si aspetterebbe, i giudizi in questione si sviluppano quasi sempre a partire da una verifica sulla congruenza del substrato empirico della legge, giacché l’eventuale contrasto con “*l’evidenza delle cose*” costituisce senz’altro un vizio di arbitrarietà della legge⁴⁶.

⁴⁴ Ci si riferisce chiaramente ai connotati propri dell’atto legislativo di matrice post-rivoluzionaria, al quale fu riconosciuto il ruolo di unica fonte del diritto “*che, grazie alla sua astrattezza, generalità e rigidità, può garantire l’unità giuridica dello Stato ... e l’uguaglianza tra i cittadini*”. G. ARCONZO, *Contributo*, cit., 37, 38.

⁴⁵ Ciò non di meno, va detto, la Corte ricorre nel giudizio ai tradizionali canoni valutativi degli automatismi ai fini del riscontro di ragionevolezza della disciplina, sottoponendola sia a un *test* di evidenza sia ad una valutazione circa la correttezza del bilanciamento tra gli interessi in gioco. Quanto al primo versante, essa rileva come sia su dati di esperienza che il legislatore ha individuato in sei anni la soglia di età determinante ai fini della cessazione del regime derogatorio, tale età coincidendo “*con l’assunzione, da parte del minore, dei primi obblighi di scolarizzazione e, dunque, con l’inizio di un processo di (relativa) autonomizzazione rispetto alla madre*”. Quanto al secondo profilo, quello del bilanciamento, si rinvia a quanto si avrà modo di dire a breve proprio confrontando i due diversi esiti della sent. n. 17 e della sent. n. 76 del 2017.

⁴⁶ G. SCACCIA, *Gli “strumenti”*, cit., 244.

E in effetti ricorre ormai frequentemente in motivazione l'affermazione per cui la presunzione assoluta, vieppiù laddove incida sulla fruizione di un diritto, è da considerarsi illegittima quando non sorretta da una "*congrua base statistica*" che ne evidenzi la rispondenza "*a un dato di esperienza generalizzato*"⁴⁷.

Quando ciò concretamente si verifichi la Corte costituzionale ha provato a chiarirlo, anche se ricorrendo ad espressioni non sempre esattamente coincidenti. Così, talvolta ha affermato che a incrinare la presunzione assoluta sarebbe l'astratta configurabilità di "*un numero non trascurabile di casi*" capaci di contraddirla⁴⁸; di contro non mettendola in crisi la possibilità di ipotizzare solo "*casi ed ipotesi chiaramente marginali*"⁴⁹. In altre occasioni, con toni che parrebbero più rigorosi, ha invece detto che l'*id quod plerumque accidit* verrebbe meno quando sia "*agevole formulare ipotesi di accertamenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*"⁵⁰.

Ora, una prima constatazione da farsi, anche alla luce delle diverse formule impiegate per tratteggiarlo, è che un simile *test* rischia di aprire la strada alla sovrapposizione di un apprezzamento discrezionale sull'altro (quello della Corte su quello del legislatore). Ciò soprattutto se si condivide l'idea, che si è già avuto modo di esprimere (*supra* § 3), per cui in ogni presunzione legale è insita ed ineliminabile un'"approssimazione" concernente l'intensità del rapporto naturalistico tra *factum probans* e *factum probandum*. È forse anche perché di ciò consapevole che la Corte costituzionale, nel tentativo di dare una qualche oggettiva consistenza al *test* di evidenza, è quasi sempre andata alla ricerca di indici capaci di esibire *ictu oculi* la fallacia della presunzione. Il criterio in questo senso più usato è quello che fa perno sulla eterogeneità delle situazioni indiscriminatamente accomunate dal legislatore automatico. È allora nella maggior parte dei casi proprio l'ampiezza dell'ambito applicativo dell'automatismo ad essere stato considerato sintomatico della fragilità del ragionamento presuntivo sottostante.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale intervenuta in argomento, la norma si può palesare problematicamente ampia anzitutto nel suo riferirsi a plurime non omogenee categorie di situazioni. Si pensi alla norma che

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 213 del 2013.

⁴⁸ Ancora Corte cost., sent. n. 213 del 2013. Ma v. anche Corte cost., sent. n. 139 del 1982, ove si ritiene acquisita alla giurisprudenza della Corte la doverosità di un controllo sulla presunzione (nella specie di pericolosità) finalizzata a verificare se essa "*non abbia fondamento nell'id quod plerumque accidit*", con la conseguenza di dare luogo a indiscriminate applicazioni rispetto a "*situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti cui la misura ragionevolmente può riferirsi*".

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 76 del 1981. V. anche sent. n. 231 del 2011.

⁵⁰ Corte cost., sent. n. 291 del 2010. Simile Corte cost., sent. n. 185 del 2015, ove si è detto che la presunzione è inficiata quando "*ben possono ipotizzarsi accadimenti reali contrari alla generalizzazione presunta*".

collegava la decadenza del personale della pubblica amministrazione al passaggio in giudicato di una condanna per uno tra molteplici titoli di reato, e che la Corte ha sanzionato proprio per la “*variegata serie di fattispecie delittuose, di diversa natura e gravità*” indebitamente accomunate in norma⁵¹. La disciplina può essere considerata troppo ampia, però, anche quando la lentezza della Corte si appunta sulla conseguenza automatica che si produce al verificarsi di una fattispecie-presupposto apparentemente unitaria (la condanna per una singola fattispecie di reato); fattispecie che, tuttavia, scrutinata a fondo nella sua struttura, può rivelarsi nei fatti un contenitore di situazioni e condotte tra loro anche molto distanti in relazione alla *ratio legis*. Si pensi in questo caso alle pronunce di illegittimità che stanno pezzo per pezzo iniziando a erodere il già citato art. 275, comma 3, c.p.p.. Di volta in volta, e fatta eccezione per alcune gravissime condotte criminose, la Corte ha constatato come la medesima fattispecie di reato presa in considerazione potesse in realtà assumere “*le più disparate connotazioni concrete*”, a molte delle quali

⁵¹ Corte cost., sent. n. 197 del 1993. Ma v. anche, tra le più recenti, sent. n. 185 del 2015, relativa all'aumento di pena fisso in caso di recidiva per alcuni reati (reati ritenuti dalla Corte costituzionale “*eterogenei*”, in quanto “*collegati dal legislatore solo in funzione di esigenze processuali e in particolare del termine di durata massima delle indagini preliminari, e quindi inidonei ad esprimere un comune dato significativo ai fini dell'applicazione della recidiva*”); sent. n. 268 del 2016, relativa alla perdita del grado con conseguente destituzione, senza procedimento disciplinare, del militare condannato definitivamente per reato militare o delitto non colposo comportante la pena accessoria della rimozione o interdizione temporanea dai pubblici uffici; norma censurata anche in ragione della “*ampiezza dei presupposti a cui viene collegata l'automatica cessazione dal servizio*”, e dunque della possibilità che essa sia “*applicata a una troppo ampia generalità di casi, rispetto ai quali è agevole formulare ipotesi in cui essa non rappresenta una misura proporzionata rispetto allo scopo perseguito*”.

⁵² sull'incongruenza del collegamento tra alcuni dei reati indicati dalla disciplina e la *ratio legis* v. anche sent. n. 172 del 2012, riguardante l'automatico diniego di regolarizzazione di talune categorie di lavoratori extracomunitari in caso di condanna, anche non definitiva, per determinati reati. La Corte censura la norma anche in considerazione del fatto che alcuni di questi comportamenti criminosi non necessariamente risultano sintomatici della pericolosità sociale di chi li abbia commessi. Sulla decisione, e sui precedenti relativi ad automatismi incidenti sulla permanenza dello straniero in territorio nazionale v. C. CORSI, *Il rimpatrio dello straniero tra garanzie procedurali e automatismo espulsivo*, in *La condizione giuridica dello straniero nella giurisprudenza della Corte costituzionale*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 26 ottobre 2012, Milano, 2013, 21, che ricostruisce la logica della giurisprudenza in materia notando che, secondo la Corte, “*se da un lato previsioni tassative di fattispecie possono essere necessarie per assicurare un efficace controllo dei flussi migratori e possono rappresentare una garanzia (rispetto anche a possibili abusi o discriminazioni), assicurando il rispetto del principio di legalità; dall'altro esse devono riguardare ipotesi univocamente coerenti con la ratio della norma e devono essere proporzionate all'esigenza di garantire l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato*”. V. anche dell'Autrice *La disciplina del soggiorno e rimpatrio dello straniero: fra «automatismi legislativi» e valutazioni discrezionali*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, 51 ss.

ben potrebbero corrispondere esigenze cautelari esaudibili con misure meno afflittive del carcere⁵². Ancora, simile argomentazione parrebbe aver assunto un peso significativo ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione che faceva obbligatoriamente conseguire il trasferimento ad altra sede o ufficio del magistrato colpito da sanzione disciplinare per aver commesso l'illecito funzionale di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 109 del 2006 (consistente nell'aver arrecato ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti). La Corte costituzionale ha censurato la disciplina per violazione dell'art. 3 Cost. con argomentazioni sviluppate proprio a partire dalla constatazione di quanto fosse "ampio" il "ventaglio dei possibili comportamenti" integranti l'illecito disciplinare⁵³.

Diversamente, ad aver salvato la norma che vieta la riabilitazione del notaio destituito - a seguito di un procedimento *ad hoc*⁵⁴ - in ragione della condanna ricevuta per la commissione di taluni reati, è stata la rintracciabilità di un comune denominatore tra le pur molteplici fattispecie delittuose poste a presupposto della misura. La Corte ha affermato, infatti, che nel selezionarle, il legislatore ha mostrato di averle sensatamente accomunate, riguardando tutte "fatti che in linea astratta sono suscettibili di spezzare la fiducia che la collettività ripone nel corretto esercizio delle pubbliche funzioni attribuite al notaio"⁵⁵.

Va inoltre notato che gli esiti del *test* di evidenza possono non solo portare talvolta a validare, talvolta a condannare la norma, ma possono anche precipitare in modo diverso sull'*iter* motivazionale e sugli stessi dispositivi. Così, in alcune ipotesi il Giudice costituzionale, avendo inficiato *in toto* la valutazione presuntiva del legislatore (così è stato ad esempio in riferimento alla presunzione di pericolosità sociale degli infraquattordicenni), ha per l'effetto restituito al giudice "mani libere" in fase valutativa⁵⁶. In altri casi an-

⁵² Corte cost., sent. n. 213 del 2013, 231 del 2011.

⁵³ Corte cost., sent. n. 170 del 2015, sulla quale v. F. ZAMMARTINO, *Sul trasferimento disciplinare dei magistrati da parte del CSM alla luce della sentenza n. 170/2015 della Corte costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 1/2016, 3 febbraio 2016.

⁵⁴ Reso necessario per effetto della precedente sent. n. 40 del 1990, con la quale la Corte costituzionale aveva censurato la previsione automatica della destituzione del notaio, anziché sulla base di valutazioni discrezionali. V. anche, con argomenti in parte analoghi, la sentenza n. 31 del 2012 sulla perdita della potestà genitoriale.

⁵⁵ Trattasi dei reati di falso, frode, abuso d'ufficio, concussione, corruzione, furto, appropriazione indebita aggravata, peculato, truffa e calunnia. Corte cost., sent. n. 234 del 2015.

⁵⁶ Si pensi, come detto, all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento alla norma che disponeva l'obbligatorio ricovero del minore di anni quattordici in riformatorio giudiziario per la commissione di taluni gravi reati. La Corte affermò priva di ogni fondamento la presunzione della pericolosità sociale del minore di anni quattordici, per il quale, anzi, varrebbe forse la presunzione opposta (Corte cost., sent. n. 1 del 1971, che trova conferma in sent. n. 139 del 1982). Contempla queste tra le decisioni che riscontrano un vizio "a monte" dell'automatismo A. PUGIOTTO, *Intervento*, cit.

cora, essa ha solo di poco limitato il raggio di azione della discrezionalità giurisdizionale. Così è stato in riferimento in relazione alla condanna inflitta per i reati di alterazione e soppressione di stato, al ricorrere della quale il codice faceva invece conseguire, in una chiave “veteropubblicista”⁵⁷ evidentemente non più consona alla ristrutturazione costituzionale del sistema, la perdita della potestà genitoriale⁵⁸. Nella seconda pronuncia in materia la Corte ha significativamente affermato che all’automatismo subentra un regime di “*valutazione concreta del giudice, così da assegnare all’accertamento giurisdizionale sul reato null’altro che il valore di “indice” per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà*”. Infine, si registrano ipotesi in cui, riconoscendo la plausibilità del ragionamento presuntivo del legislatore, ma contestandone l’assolutezza, la Corte ha censurato la norma solo nella parte in cui non ammette prova contraria (è il caso già richiamato degli automatismi in materia cautelare, ma anche di quelli riguardanti la distanza di età tra adottanti e adottati⁵⁹, in cui, peraltro, il Giudice costituzionale ha cura di richiamare più volte il giudice ad un uso “*eccezionale*” del potere di contraddire la regola presuntiva generale⁶⁰).

Un’ultima, ma cruciale, questione va però affrontata per tentare di comprendere a pieno la complessità delle valutazioni operate dalla Corte costituzionale in riferimento agli automatismi legislativi. Si è detto che sovente essa prende le mosse da uno scrutinio sulla fondatezza del ragionamento presuntivo posto alla base della disciplina; ma si è anche già avuto modo di dire che non è affatto secondario, ai fini del giudizio complessivo, il rilievo delle finalità e degli interessi toccati dalla norma scrutinata.

Sebbene come si è detto nell’ambito di questi giudizi il *test* di evidenza conservi formalmente una propria autonomia, non pare si commettano errori nel notare, allo stesso tempo, come l’esito di questo *test* possa essere sensibilmente condizionato dall’esito della valutazione concernente l’importanza delle esigenze costituzionali di volta in volta implicate, o, quantomeno, come

⁵⁷ V. MANES, La Corte costituzionale ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma primo, Cost.), in *Dir. pen. cont.*, 2/2013, 2.

⁵⁸ V. in particolare sent. n. 7 del 2013, ove la Corte ha per l’appunto affermato che “*All’irragionevole automatismo legale occorre sostituire – quale soluzione costituzionalmente più congrua – una valutazione concreta del giudice, così da assegnare all’accertamento giurisdizionale sul reato null’altro che il valore di “indice” per misurare la idoneità o meno del genitore ad esercitare le proprie potestà: vale a dire il fascio di doveri e poteri sulla cui falsariga realizzare in concreto gli interessi del figlio minore*”.

⁵⁹ Sent. n. 303 del 1996 (e seguenti sentt. nn. 304 del 1996, 283 del 1999, 401 del 1999). Queste sono invece le decisioni nelle quali, secondo A. PUGIOTTO, Intervento, cit., la Corte riscontra un vizio “*a valle*” dell’automatismo.

⁶⁰ Lo nota opportunamente E. CRIVELLI, *Gli automatismi*, cit., 89.

le risultanze dei due giudizi debbano essere “incrociate”⁶¹. A ragione, insomma, si è osservato che “*l'insofferenza per gli automatismi*” (in particolare quelli sanzionatori) “è direttamente proporzionale al lignaggio del diritto/interesse/valore sacrificato dallo stesso”⁶².

C'è solo da aggiungere che, in realtà, a seconda delle specifiche finalità e delle specifiche ricadute della norma considerata, la precedenza necessariamente da accordarsi a questa o quella esigenza costituzionale potrebbe o ulteriormente corroborare le ragioni di una sua declaratoria di illegittimità (è senz'altro questo il caso della perdita di diritto della potestà genitoriale, censurata per il rischio di un inaccettabile riverbero sul primario - ancorché non assoluto - interesse del minore⁶³); o all'opposto fornire argomenti salvifici per l'automatismo legislativo. Così, gli interessi presidiati dalla norma che, al ricorrere di esigenze cautelari per gli imputati di delitti di mafia, impone la custodia in carcere, ha da sempre potuto giovare di una immunità non solo perché, come bene illustrato dalla Corte, i tratti tipici della criminalità mafiosa (“*radicamento territoriale, fitta rete di collegamenti personali, alta capacità di intimidazione*”) depongono a favore della adeguatezza della misura più rigida, ma forse soprattutto perché qui lo Stato a ragione pretende di disporre

⁶¹ Interessante in questo senso quanto dice la Corte costituzionale nella sent. n. 197 del 1993. La Corte dichiara l'illegittimità della norma che prevede la decadenza di diritto, senza esperimento di procedimento disciplinare, del pubblico impiegato condannato in via definitiva per taluni gravi reati. E lo fa mettendo in luce l'eterogeneità delle ipotesi legislativamente considerate, e dunque la fragilità del dato probabilistico alla base della norma stessa. Aggiunge però significativamente nel ragionamento di essere cosciente che la norma scrutinata persegue importanti esigenze di “*ordine e sicurezza pubblica*”, di “*buon andamento*” e “*trasparenza delle amministrazioni pubbliche*”, ma che “*le anzidette finalità, di indubbio rilievo costituzionale, non valgono tuttavia a superare lo specifico rilevato profilo di incostituzionalità della norma in esame*”. Letta *a contrario* l'affermazione attesta come in altre ipotesi la valutazione attorno al bilanciamento potrebbe portare ad esiti diversi, e dunque a consentire al legislatore di “*superare*” il rilievo di costituzionalità concernente la ragionevole sussistenza di un *id quod plerumque accidit*.

⁶² V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “Parlamento interposto” (art. 117, comma primo, Cost.)*, in *Dir. pen. cont.*, 4.

⁶³ V. le già richiamate sentt. nn. 31 del 2012 e 7 del 2013. Commentando la prima, MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull'art. 569 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2012, 38 ss., ha peraltro notato come la Corte abbia molto sbilanciato il proprio giudizio proprio sul fronte della lesione dell'art. 31 Cost., evitando invece di stigmatizzare in sé la scelta di ricorrere ad un automatismo che potrebbe avere ricadute negative sulla rieducazione del reo. Anche V. Manes, *La Corte*, cit., nota come l'esito della pronuncia sia stato altamente condizionato dallo “spessore” dell'interesse in gioco; ciò che a detta dell'A. spiegherebbe anche perché in questo caso, a differenza di quanto normalmente accade quando la Corte si trovi a scrutinare le pene fisse, essa abbia perso la timidezza e trovato il coraggio di censurare la scelta legislativa.

meccanismi di difesa sociale molto rigorosi, altrimenti rischiandosi l'integrità di "beni primari", "individuali e collettivi"⁶⁴. In casi come questi, l'inevitabile margine di errore sottostante la presunzione assoluta è allora dall'ordinamento ritenuto tollerabile in ragione della necessaria salvaguardia di interessi superiori, che lo Stato non può rischiare di compromettere, anche a costo di produrre un ingiusto sacrificio della libertà personale di alcuni soggetti. Qui, insomma, si ritiene che l'ordinamento legittimamente scelga di non affidare il bilanciamento degli interessi in gioco all'apprezzamento casistico del giudice⁶⁵, che come si è detto potrebbe a sua volta commettere errori.

Anche la diversa sorte spettata alle questioni di legittimità costituzionale da ultimo sollevate in riferimento alla condizione delle madri detenute si spiega - tra le altre ragioni - anche per i differenti pesi delle esigenze in discussione⁶⁶. In entrambi i casi, in realtà, a venire in rilievo era l'interesse del minore a mantenere, in una fase delicata della propria crescita, un rapporto di convivenza con la madre.

La tutela dei minori, come noto, è interesse costituzionale di primissimo rilievo. Non solo. Per le ragioni già dette, si tratta anche di un interesse che può manifestarsi in modo diverso in relazione alle specificità di questo o quell'individuo (*supra* § 4). Ciò non di meno, non siamo in presenza di un interesse assoluto, incapace di subire attenuazioni in forza della necessaria protezione di altre esigenze costituzionali.

Nei casi considerati, l'interesse antagonista era quello alla sicurezza sociale presidiato dalla detenzione in carcere. Ma l'intensità di questa seconda esigenza variava in un caso rispetto all'altro. Un conto è infatti la norma dalla quale deriva, per effetto della riespansione di quanto dispone l'art. 275, comma 3, c.p.p., che al compimento dei sei anni del figlio debba essere ripristinata la carcerazione cautelare per la donna gravemente indiziata di reati di mafia e

⁶⁴ Corte cost., ord. n. 450 del 1995 e successivamente sentt. nn. 17 del 2017, 48 del 2015, n. 57 del 2013 e n. 265 del 2010, ove si è anche spiegato che la presunzione in questo caso si giustifica in ragione dei tratti tipici della criminalità mafiosa "(qualificata da forte radicamento territoriale, fitta rete di collegamenti personali, alta capacità di intimidazione)".

⁶⁵ A differenza delle ipotesi in cui, invece, espressamente essa ha affermato che l'unico modo per realizzare il bilanciamento delle diverse esigenze costituzionali rilevanti è lasciare che a farlo sia il giudice (Corte cost., sent. n. 253 del 2003). Parla di pronunce che conferiscono al giudice una "delega di bilanciamento in concreto" R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento "in concreto"*, in *Giur cost.*, 1991, 3574. Anche per M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza*, cit., la Corte in riferimento agli automatismi "insiste sull'impossibilità di fissare una volta per tutte un rapporto gerarchicamente predeterminato tra gli elementi in gioco ed esige un bilanciamento dinamico, in concreto, non astrattamente prestabilito".

⁶⁶ Trattasi delle già richiamate sentt. nn. 7 e 76 del 2017, la prima di infondatezza, la seconda giunta invece a censurare la disciplina. V. sulle pronunce G. LEO, *Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 5/2017.

laddove sussistano esigenze cautelari⁶⁷; altro quello della norma che esclude le madri condannate per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. dalla possibilità di accedere, alle stesse condizioni e limiti previsti per tutte le altre, alla detenzione domiciliare c.d. "specialissima", funzionale ancora una volta a garantire la continuità del rapporto genitoriale rispetto a figli minori di dieci anni⁶⁸. E ciò non solo perché, nel primo caso, non siamo forse in presenza di un vero e proprio automatismo, tale piuttosto essendo la regola prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p.,⁶⁹ ma anche perché non comparabili, per la Corte costituzionale, le esigenze di protezione della collettività soddisfatte attraverso il carcere come pena, e le esigenze di protezione della collettività soddisfatte attraverso il carcere come misura preventiva, quest'ultima funzionale ad evitare i più stringenti *pericula libertatis* (la fuga, l'inquinamento delle prove, la commissione di nuovi reati), e dunque interessi che possono ridimensionare il concorrente interesse del minore⁷⁰.

Questo esempio, tratto da alcune delle più recenti decisioni in argomento, consente di confermare l'impressione che emerge anche da una complessiva considerazione dei più salienti tracciati della giurisprudenza costituzionale formatasi nel corso degli anni sugli automatismi legislativi; l'impressione

⁶⁷ A questo proposito va peraltro notato come a seguito dell'intervento della l. n. 47 del 2015, la verifica, in generale, della sussistenza delle esigenze cautelari è diventata più stringente.

⁶⁸ La disposizione si inserisce in un contesto normativo articolato, necessariamente da ricostruire per comprendere la questione. L'art. 47-*ter*, comma 1, della legge n. 354 del 1975 stabilisce che chi abbia da scontare una pena non superiore a quattro anni, la può espriare in una privata dimora qualora si tratti di donna incinta o di madre di prole avente età inferiore ai dieci anni (c.d. detenzione domiciliare). L'art. 47-*quinquies* ha stabilito invece che, laddove non si applichi la precedente disposizione (perché la pena ha una durata superiore ai quattro anni), la medesima detenuta può comunque accedere alle condizioni di espiazione agevolata purché abbia scontato già un terzo della pena o quindici anni di carcere se condannata all'ergastolo (c.d. detenzione domiciliare speciale). Con un intervento correttivo del 2011, si è però previsto che anche in questa prima frazione di pena è concesso accedere alle modalità di espiazione di pena agevolate, purché non vi sia, oltre che pericolo concreto di commissione di altri reati, anche pericolo di fuga (c.d. detenzione domiciliare "specialissima"). Dall'ambito soggettivo di quest'ultimo regime agevolato, sono però escluse, attraverso l'automatismo censurato dalla Corte, le donne condannate per i reati di cui al comma primo dell'art. 4-*bis* ord. giud.

⁶⁹ Si ricorderà infatti che un peso assai rilevante ha qui avuto la circostanza che la norma scrutinata (consistente nel dettare un limite massimo, riferito all'età del minore, per circoscrivere il divieto di custodia in carcere della madre) non stabilisce una regola valida solo per le madri imputate di taluni reati, ma applicabile a tutte. In conseguenza di ciò, dunque, la Corte ha escluso si tratti di un vero e proprio automatismo.

⁷⁰ Si sofferma sul differente esito dell'opera di bilanciamento nelle due decisioni M. CARREDA, *Il limite*, cit., 100. Di diversa opinione G. BELLANTONI, *Ordinamento europeo, tutela del minore e limiti alla carcerazione a fini di salvaguardia del rapporto genitoriale con figli minori nel sistema processuale penale italiano*, in *Ordines*, 1/2015, per il quale, invece, il *favor libertatis* dovrebbe essere più forte nella fase cautelare di quanto sia nella fase esecutiva.

cioè che - nonostante l'innegabile presenza di schemi valutativi ricorrenti - sia guardando agli esiti, sia soprattutto guardando ai percorsi motivazioni di volta in volta costruiti, lo scrutinio operato dalla Corte sugli automatismi non possa esso stesso dirsi automatico. Trattasi infatti di un giudizio condizionato da molteplici variabili. Anzitutto dalla "natura" della norma scrutinata, che non sempre si presenta con le sembianze di un vero e proprio automatismo, trattandosi "solo" di una regola rigida di carattere generale. Ma questi scrutini un giudizio condizionato anche dalla circostanza che la verifica volta a testare se la scelta legislativa presuntiva sia assistita da ragioni di evidenza apprezzabili può finire "contaminata" dalle risultanze della necessaria sua sottoposizione alla prova del bilanciamento; una prova che, a sua volta, comporta anche una più o meno esplicitata considerazione da parte della Corte dei rischi che l'ordinamento corre a lasciare che tale bilanciamento sia operato aprioristicamente e rigidamente dal legislatore o, successivamente e casisticamente, dal giudice. Una valutazione dagli esiti non necessariamente scontati.