



EFFETTI NEL TEMPO DELLA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ E RUOLO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE

FABRIZIO POLITI*

SOMMARIO: 1. Effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità e “collocazione” del giudice costituzionale nell’ordinamento giuridico. Considerazioni introduttive. – 2. La “inevitabile” problematicità della determinazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità. Alcuni profili dell’esperienza italiana. – 3. Uno sguardo comparato sugli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità. – 4. La modulazione temporale dell’efficacia della dichiarazione di incostituzionalità nel prisma della creatività delle Corti costituzionali.

1. Effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità e “collocazione” del giudice costituzionale nell’ordinamento giuridico. Considerazioni introduttive

Le questioni che ruotano attorno alla problematica concernente l’efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità da sempre sono oggetto di attenzione da parte della dottrina¹ e della giurisprudenza per gli inevitabili riflessi sulla disciplina da applicare nei singoli casi e, più in generale, sulle conseguenze in tema di tutela - immediata o differita - dei diritti lesi da norme incostituzionali. Ma è indubbio che è dagli anni Ottanta del secolo scorso che questo tema (proprio a seguito di diverse pronunce della Corte)² si pone prepotentemente nel nostro Paese all’attenzione della dottrina³ per

* Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi dell’Aquila.

¹ Basti ricordare la contrapposizione fra Calamandrei ed Esposito in merito all’interpretazione dell’art. 136 Cost. emersa nel convegno fiorentino dei processualciviltisti del 1950: P. CALAMANDREI, *Il controllo giurisdizionale sulle leggi* (1950), ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. III, Roma 2019, 486 ss.; C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 264 ss.

² Si fa riferimento in particolare alle sent. n. 266 del 1988 e n. 50 del 1989.

³ In merito sempre fondamentali sono gli atti del Convegno (cui partecipò tutta la maggiore dottrina) tenutosi a palazzo della Consulta nel 1988: AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989; v. già AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988; cui *adde*, con riguardo ai lavori monografici, M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano 1993; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze*

poi registrare, negli anni successivi, un sostanziale arretramento in ragione di un *self-restraint* della Corte conseguente sia alla constatazione delle numerose questioni poste dalle sentenze “temporali”, sia alla scelta della Corte di ricorrere alle c.d. “additive di principio”. Ed in questi ultimi anni, l’attenzione agli effetti (non solo “retroattivi”) della dichiarazione di incostituzionalità ha spinto la giurisprudenza costituzionale a risposte variegata in ragione appunto dell’intersecarsi dell’efficacia (sia retroattiva che *pro futuro*) delle sentenze di accoglimento con altre questioni (effetti dirompenti sull’ordinamento, sul bilancio pubblico, incrocio con la discrezionalità del legislatore, ecc.).

L’esame - sia a livello di ordinamento italiano che in una prospettiva comparata - degli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità si presenta particolarmente ampio e complesso. Il tema delle tecniche decisorie utilizzate dal giudice costituzionale per “modulare” nel tempo gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità tocca direttamente almeno due questioni: quella relativa all’efficacia – immediata o meno - da riconoscersi alle norme della Costituzione e quella relativa alla collocazione del giudice costituzionale nell’ordinamento giuridico nella duplice versione del rapporto intercorrente, da un lato, fra giudice costituzionale e legislatore e, dall’altro lato, fra giudice costituzionale e giudice comune⁴. La modulazione nel tempo degli effetti delle pronunce di incostituzionalità si pone infatti quale significativo punto di osservazione delle modalità di rapporto (e non solo in Italia, ma possiamo affermare in tutte le principali esperienze europee di giustizia costituzionale)⁵ fra giudice costituzionale e legislatore (e dunque fra giudice costituzionale e potere politico) ma anche fra

d’incostituzionalità, Milano 1993; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Contributo ad una teoria dell’invalidità costituzionale della legge*, Padova 1997; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, Padova 2000; AA.VV., “Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli 2006; *Corte costituzionale e processo costituzionale. Nell’esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. PACE, Milano, 2006.

⁴ Magistrale a tal proposito già il titolo di R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993.

⁵ Si utilizza a questo proposito la nozione di “esperienza giuridica” come elaborata da G. CAPOGRASSI, *Analisi dell’esperienza comune* (1930), *Studi sull’esperienza giuridica* (1932), *Il problema della scienza del diritto* (1937), e *L’esperienza in concreto e L’esperienza giuridica nella storia*, pubblicati postumi (tutti in *Opere*, 6 voll., Milano, 1959); a Capograssi fa esplicito riferimento R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 348-368 (adesso anche in *Riv. it. per le scienze giur.*, 2013, n. 4, 61 ss., che (pag. 67) afferma che quella di «esperienza giuridica» è «l’unica nozione, di quante disponiamo, che sia idonea ... a ricomprendere ogni altra ... nella quale convergono correnti sempre più larghe del pensiero giuridico moderno, rapportando ad essa ogni problema del diritto e della sua conoscenza»; e perché (pag. 68) «consente, come nessuna altra concezione, di considerare anche la giurisprudenza in una con ogni altro aspetto della fenomenologia giuridica. Solo la nozione di ‘esperienza giuridica’ permette ..., con il suo valore unificante, di scorgere nella congerie dei dati rapportabili al giuridico – dalle strutture organizzative degli ordinamenti alle attività di *scientia iuris* – i nessi, le correlazioni, i reciproci condizionamenti, i rapporti fattuali e gli eventuali rapporti logici, le implicazioni ideologiche palesi e occulte (che non mancano mai, nella vita come nella *scientia*). Ma pure è nozione che permette di rappresentarne le discontinuità, le contraddizioni, le ambiguità, e casualità, gli arbitrii, i conflitti, le sopraffazioni, le negazioni. Muovendo dalla risoluzione della nozione di diritto in quella di ‘esperienza giuridica’ la dizione ‘studio storico del diritto’ non ha più ragione di essere, perché lo studio della esperienza giuridica non può essere altro che ... uno ‘studio storico’: non, beninteso, uno studio della ‘storia del diritto’, ma della sua storicità»; v. anche A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957; F. CERRONE, *Sull’esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in *Dir. pubbl.*, 2016, n. 3, 963 ss.; G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981; A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009; P. RIDOLA, *Esperienza costituzioni storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli, 2019.

giurisdizione costituzionale e giurisdizione comune. Dall'incrocio dell'analisi delle questioni che emergono da tale duplice punto di vista emergono - ad avviso di chi scrive - significative considerazioni sulle modalità prescelte dai giudici costituzionali per la difesa e l'attuazione della Costituzione.

L'analisi delle esperienze di giustizia costituzionale dei maggiori paesi europei indica l'esistenza di una "comunicazione" fra le stesse (anche quale risposta a problematiche simili)⁶ ed è stato rilevato da tempo un "avvicinamento" (o, se si preferisce, una contaminazione) fra i vari modelli di giustizia costituzionale quale conseguenza della elaborazione di risposte tendenzialmente non difformi a problematiche simili (esigenze di tenuta del bilancio statale, tenuta del quadro ordinamentale, timore di effetti dirompenti, ecc.). E gli strumenti decisionali indirizzati a limitare nel passato o a differire nel futuro gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità vengono a costituire significative cartine di tornasole in merito alle "risposte" elaborate - a volte in via pretoria dallo stesso giudice costituzionale - all'interno dei singoli ordinamenti contemporanei con riguardo ai ricorrenti problemi legati alle esigenze di bilancio o al timore di effetti dirompenti per la tenuta del sistema.

Con riguardo specifico al tema degli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità, si può prendere le mosse dalla constatazione che, ad eccezione del modello austriaco⁷, la gran parte dei contemporanei modelli europei di giustizia costituzionale tende ad assegnare alle decisioni di incostituzionalità, in linea di principio, effetti retroattivi: dalla *Nichtigkeit* dell'ordinamento federale tedesco alla "cessazione di efficacia" di cui all'articolo 136 della Costituzione italiana⁸ fino al modello portoghese, la cui Costituzione dispone l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità e la reviviscenza della norma abrogata da quella dichiarata incostituzionale (v. *infra*). Al tempo stesso, questi stessi ordinamenti prevedono anche forme di limitazione dell'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità, mediante strumenti a volte previsti dalla stessa Costituzione (o dalla legge ordinaria) o introdotti in via pretoria dal giudice costituzionale (con frequente incrocio fra le due opzioni). Quindi, a valle già

⁶ Vedi, in generale, AA.VV., M. OLIVETTI - T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003; AA.VV., Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010; AA.VV., D. BUTTURINI - M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato*, Napoli, 2014; L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (appunti di ricerca)*, in *Quad. cost.*, 1984.

⁷ Cui bisogna aggiungere da ultimo il modello francese che - come noto - nasce come modello di controllo esclusivamente preventivo di costituzionalità ma che dal 2008 introduce la possibilità di un accesso in via incidentale (v. *infra*).

⁸ Con riguardo all'esperienza italiana si vedano, senza pretesa di esaustività, oltre agli scritti citati *supra* nella nota 3, AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993; AA.VV., M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018; V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 2/2021; C. PANZERA, *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007; Id., *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/2022; M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, 2020; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 3/2021.

di un primo rapido sguardo sulle esperienze contemporanee, appare possibile affermare che sia le singole discipline costituzionali sia la giurisprudenza delle varie corti costituzionali hanno dato luogo a molteplici strumenti di differimento nel tempo (e/o di modulazione della retroattività) degli effetti delle pronunce di incostituzionalità. E le corti costituzionali, tramite l'utilizzo di tali strumenti decisori, hanno "costruito" (per questa via) una propria "modalità di rapporto" con il giudice comune e con il legislatore⁹.

2. La "inevitabile" problematicità della determinazione degli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità. Alcuni profili dell'esperienza italiana

Le pronunce con cui la Corte costituzionale modula gli effetti nel tempo delle proprie decisioni si presentano sempre caratterizzate da un elevato tasso di problematicità. Ma, prima ancora, è da ricordare che lo stesso tema relativo alla determinazione della efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità è, di per sé, ricco di molteplici aspetti legati alla natura della sentenza di accoglimento (dichiarativa, costitutiva, dispositiva, di accertamento costitutivo, ecc.)¹⁰, al rapporto intercorrente nei diversi

⁹ In dottrina, non mancano richiami alla visione kelseniana della Corte costituzionale quale "legislatore negativo" (H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, a cura di C. GERACI, Milano, 1981). La giustizia costituzionale per Kelsen è chiamata a «garantire il rispetto della Costituzione, dei diritti delle minoranze e della ripartizione di competenze all'interno dello Stato federale, senza mettere in discussione la supremazia del Parlamento», H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione* (1928), in Id., *La garanzia giurisdizionale*, cit., 191, secondo cui, al fine di tutelare il bene "supremo" della certezza del diritto, occorre «contenere l'annullamento ... entro un termine fisso stabilito dalla costituzione, per esempio da tre a cinque anni a partire dall'entrata in vigore della norma da annullare» in quanto sarebbe «estremamente increscioso dover annullare per incostituzionalità una legge e più ancora un trattato dopo che sono stati in vigore per lunghi anni senza ricevere critiche» (pertanto, con riguardo all'efficacia della declaratoria di incostituzionalità ritiene «opportuno, in ogni caso, nell'interesse della certezza del diritto, non attribuire effetti retroattivi all'annullamento delle norme generali»); sul ruolo di Kelsen nell'elaborazione dei progetti della Costituzione austriaca del 1920, G. BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano, 1998; F. POLITI, *La nascita della Corte costituzionale austriaca e la tutela delle libertà nella Costituzione austriaca del 1920*, in AA.VV., *Tra storia e diritto: dall'impero austro-ungarico al nation building del primo dopoguerra. La parabola della Repubblica cecoslovacca (1918-2018)*, a cura di R. ORRÙ – F.F. GALLO – L.G. SCIANNELLA, Napoli, 2020, 63 ss.

¹⁰ In generale le sentenze degli organi giurisdizionali si sogliono distinguere in due macrocategorie: di accertamento o dispositive (così già F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale". Natura, efficacia, esecuzione*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Padova, 1957, 244). Se le sentenze di accertamento «si caratterizzano per avere come solo ed esclusivo contenuto la qualificazione giuridica di una fattispecie», le sentenze di accertamento costitutivo sono «vincolate in un duplice senso: sia perché devono venire necessariamente emanate ... sia perché hanno un contenuto predeterminato, attinente alle conseguenze ricollegate dall'ordinamento a certe condizioni di fatto e di diritto» (F. PIERANDREI, *op.ult. cit.*, 246). Ma, come noto, in dottrina, con riguardo alla natura della sentenza di accoglimento, si sono registrate numerose posizioni: G. AZZARITI (sr.), *Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 193 ss., ritiene la sentenza di accoglimento "puramente dichiarativa" di una preesistente invalidità. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 72 ss., dopo aver evidenziato come l'interrogativo volto a determinare se il sindacato di costituzionalità abbia carattere dichiarativo o costitutivo, possa tradursi nell'altro volto a stabilire se le leggi viziate da incostituzionalità siano nulle o annullabili, sottolineava la contraddizione fra il verbo "dichiara" (posto dall'art. 136 Cost.), che porterebbe a ritenere a natura dichiarativa della sentenza di accoglimento, e la previsione (posta sempre dall'art. 136 Cost.) della perdita di efficacia ex nunc della legge dichiarata incostituzionale (che invece conduce a ritenere che il tipo di pronuncia abbia efficacia costitutiva). E così F. PIERANDREI (*Corte costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Milano, 1962, 969) ritiene la sentenza di accoglimento una pronuncia di "accertamento costitutivo" (*contra* F. Carnelutti, *Una pezza*

ordinamenti fra giudizio di costituzionalità e giudizio *a quo* e, più in generale, al *quantum* di tutela che la giustizia costituzionale può (o deve) riuscire ad assicurare ai singoli con riguardo alle libertà ed ai diritti costituzionalmente riconosciuti.

L'art. 136 della Costituzione italiana, come noto, dispone che la legge dichiarata incostituzionale «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». Ma cosa vuol dire “cessazione di efficacia”? E qual è il significato di tale (o, se si preferisce, quale senso vogliamo assegnare a questa) espressione?

In altra occasione¹¹ si è già affermato che la “cessazione di efficacia” di cui all'art. 136 Cost. comporta l'incapacità della disposizione dichiarata incostituzionale sia di produrre effetti per atti e fatti futuri, ma anche l'incapacità di continuare a disciplinare i rapporti già sorti nel periodo antecedente (ed i rapporti “esauriti” non vengono intaccati dalla dichiarazione di incostituzionalità proprio perché riguardo ad essi la norma ha già cessato – avendoli già prodotti – la produzione dei relativi effetti). In questa prospettiva deve riconoscersi alla sentenza di accoglimento un “effetto innovatore” giacché essa fa cessare l'efficacia di un atto che quindi in precedenza non poteva non esserne dotato. “Cessazione di efficacia” vuol dire che la norma dichiarata incostituzionale non è più capace di (e dunque non può più essere utilizzata per) regolare alcun rapporto giuridico, indipendentemente dal momento in cui il rapporto stesso sia sorto. Ma proprio il sostantivo “cessazione” indica che, fino al momento di adozione (o di pubblicazione) della sentenza di accoglimento, una “efficacia” vi è stata (tant'è che l'effetto della sentenza di accoglimento è appunto disporre la “cessazione”, cioè l'interruzione di una efficacia che dunque fino a quel momento si è prodotta). E del resto è agevole evidenziare come la nostra Costituzione non parli di nullità (né di annullamento) della legge incostituzionale (ed è da aggiungere che le categorie della nullità e della annullabilità erano ben note ai costituenti – o quanto meno agli autorevoli giuristi membri dell'Assemblea costituente - i quali, qualora avessero voluto caratterizzare in tal senso la dichiarazione di incostituzionalità, ben avrebbero utilizzato tali formule), ma ricorre invece alla formula “cessazione di efficacia”. Fino alla sentenza della Corte costituzionale, a volte anche per numerosi anni, la disposizione legislativa dichiarata incostituzionale è stata fonte di regolazione di numerosi rapporti. Pertanto deve riconoscersi che quella disposizione legislativa ha prodotto efficacia ed infatti l'art. 136 Cost. parla di “cessazione di efficacia”, di una efficacia dunque che fino a quel momento si era senz'altro prodotta. Tale espressione (“cessazione di efficacia”) significa dunque che non importa il momento in cui il relativo rapporto sia sorto, ma che il giudice, così come ogni altro operatore giuridico, nel momento in cui è chiamato a risolvere una determinata questione non possa

all'articolo 136 della Costituzione?, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 239 ss., secondo il quale tali sentenze sono costitutive), mentre (qualche decennio dopo) G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 629, parlerà di «accertamento ad effetti costitutivi» essendo la sentenza di accoglimento «strutturalmente ... una decisione di accertamento» e specificherà che «Non spetta invece alla Corte disporre alcunché in ordine alle conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità. Gli effetti innovativi o costitutivi nell'ordinamento giuridico sono stabiliti una volta per tutte dall'art. 136 Cost. che fa discendere re dall'accertamento dell'illegittimità costituzionale della legge la sua perdita di efficacia». V. inoltre A.M. SANDULLI, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla illegittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 23 ss.

¹¹ F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. (Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge)*, Padova, 1997.

più applicare la disposizione dichiarata incostituzionale proprio perché questa è oramai priva di alcuna efficacia cioè di capacità di produrre effetti.

Ed è appunto in base a questo schema – posto dall'art. 136 Cost. con riguardo agli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità della legge - che bisogna affrontare ed approfondire il tema dell'efficacia temporale della dichiarazione di incostituzionalità nonché la fenomenologia delle pronunce con cui la stessa Corte costituzionale decide di modulare l'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità. A questo proposito non possiamo non ricordare la primissima contrapposizione registrata subito dopo la promulgazione della Carta costituzionale (e ben prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale), nel famoso convegno dei processualcivili del 1950, fra Piero Calamandrei e Carlo Esposito ove, all'affermazione di Calamandrei secondo cui la formulazione dell'art. 136 Cost. (laddove prevede la cessazione di efficacia della legge dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza di accoglimento) implicitamente riconoscerebbe la efficacia della legge incostituzionale fino al giorno della pubblicazione della sentenza di accoglimento (sicché la sentenza di accoglimento avrebbe effetti solo *pro futuro*)¹², Carlo Esposito replicava ricordando proprio il carattere della incidentalità del giudizio di costituzionalità (e quanto previsto dalla legge costituzionale n. 1 del 1948) sicché l'efficacia solo pro futuro della dichiarazione di incostituzionalità avrebbe fatto sì che proprio il giudizio dal quale era sorta la questione di costituzionalità non avrebbe mai potuto beneficiare degli effetti della sentenza di accoglimento giacché in inevitabilmente antecedente alla sentenza medesima. E proprio il ricordo della primissima *querelle* relativa all'interpretazione dell'art. 136 Cost. conferma come il quadro concernente l'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità sia sempre altamente problematico.

La Corte costituzionale, a partire dalla metà degli anni Ottanta del secolo scorso, si è fatta carico della responsabilità di cominciare ad elaborare dispositivi di incostituzionalità volti al limitare o a modulare l'efficacia temporale della dichiarazione di incostituzionalità tramite sentenze ad effetti solo *pro futuro* o sentenze ad effetti retroattivi limitati¹³. E così, la sent. n. 50 del 1989 (con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che escludeva la pubblicità delle udienze delle Commissioni tributarie “*a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti*”) era ad effetti esclusivamente *pro futuro*. Quell'esperienza (così come quella relativa alla sent. n. 10 del 2015) dimostra che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sono sempre strettamente legati alle caratteristiche (e dunque alla tipologia) della norma dichiarata incostituzionale. Ed anche il richiamo alla rilevanza della questione di costituzionalità (che assegna specifico significato alla incidentalità del giudizio di costituzionalità) non può non risentire della tipologia della disposizione legislativa di cui stiamo parlando.

¹² Per P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, cit., 96, l'art. 136 Cost. «chiaramente stabilisce la irretroattività erga omnes dell'annullamento» sicché la dichiarazione di incostituzionalità influisce «solo sui rapporti realizzati dopo la pubblicazione della decisione, non su quelli sorti anteriormente».

¹³ Corte cost., sentt. nn. 266 e 501 del 1988, 50 del 1989, 1 e 124 del 1991, 416 del 1992.

Un'ulteriore considerazione di cui bisogna necessariamente tenere conto con riguardo al tema dell'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento attiene al fatto che non è possibile fare riferimento solo alla giurisprudenza della Corte costituzionale ma anche a quella dei giudici comuni, giacché è il giudice comune che quotidianamente accerta (o, se si preferisce, dispone) della efficacia temporale della dichiarazione di incostituzionalità. Così, ad esempio, sono senz'altro da apprezzare le riflessioni della dottrina volte ad evidenziare che il giudizio *a quo* della sentenza n. 10 del 2015 finisce per restare non toccato dalla dichiarazione di incostituzionalità (anche se il giudice *a quo* nel caso di specie ha poi comunque ritenuto di non applicare la norma dichiarata incostituzionale, disattendendo quanto affermato dalla Corte costituzionale), ma deve aggiungersi che accade spesso, in numerosi giudizi, che il giudice ritenga non applicabile nel caso di specie la sentenza di accoglimento e dunque ritenga (per una pluralità di ragioni) non toccata la questione concreta dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Con riguardo alla sent. n. 10 del 2015, mi sembra da apprezzare l'accento che la Corte costituzionale pone – nella propria motivazione - sulla tipologia della disposizione dichiarata incostituzionale, giacché è proprio con riguardo a tale caratteristica che la sent. n. 10 del 2015 appare adeguatamente motivata. Infatti, in tale pronuncia, la Corte ricorda che la disposizione legislativa impugnata prevedeva che la tassa ivi prevista non dovesse essere scaricata sull'utente finale. La Corte costituzionale riconosce che non è in grado di controllare (per la struttura stessa della disposizione impugnata) se l'operato delle aziende petrolifere abbia determinato o meno l'effetto di scaricare il costo della tassa sull'utente finale. Pertanto, afferma la Corte, il riconoscimento di un'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità della disposizione legislativa che prevedeva il tributo in questione determinerebbe l'effetto per cui le imprese che hanno scaricato sull'utente finale il costo del tributo, si troverebbero a beneficiare due volte di un ingiusto vantaggio perché andrebbero ad ottenere il rimborso di un tributo in realtà pagato dall'utente finale. A questo proposito, è da evidenziare che le grandi imprese non hanno presentato ricorso contro questa tassa (quasi a far supporre che abbiano effettivamente scaricato sull'utente finale il relativo costo) e pertanto l'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità farebbe beneficiare due volte tali imprese le quali, in prima battuta, non hanno pagato il tributo giacché lo hanno scaricato sul consumatore finale, ed in seconda battuta perché si assegnerebbe allo Stato (e dunque a tutti i contribuenti) l'onere di restituire alle imprese un tributo pagato dai consumatori. Di fronte a questa constatazione devono ricordarsi le parole di Sergio Panunzio secondo cui nella ricerca di pervenire ad una giustizia assoluta può apparire preferibile accontentarsi di un *quantum* accettabile di giustizia possibile.

Circa l'esistenza di un potere della Corte costituzionale di modulare gli effetti delle proprie sentenze, deve ribadirsi che la modulazione dell'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento è sempre problematica, sicché ogni pronuncia della Corte costituzionale (ma anche dei giudici comuni) volta a limitare la c.d. “retroattività” della dichiarazione di incostituzionalità va sottoposta ad uno stretto scrutinio giacché lo schema della incostituzionalità sopravvenuta (*rectius*, della modulazione temporale della efficacia della dichiarazione di incostituzionalità) non può diventare un comodo schema per giustificare la ultrattività di norme incostituzionali.

Al tempo stesso appare opportuno non adottare un atteggiamento di aprioristica chiusura verso siffatta fenomenologia di pronunce costituzionali, ma invece interrogarsi sulle ragioni profonde (formali e sostanziali) che conducono il giudice (innanzitutto costituzionale, ma anche comune) ad optare per percorsi argomentativi che conducono ad una limitazione della efficacia della dichiarazione di incostituzionalità. Ed in questa prospettiva non può non essere ricordata la sent. n. 1 del 2014, in cui la Corte costituzionale espressamente individua l'esaurimento del rapporto e l'efficacia solo *pro futuro* della dichiarazione di incostituzionalità. In quell'occasione, la Corte impegna parte della motivazione per dimostrare che l'operatività (l'efficacia) delle disposizioni legislative dichiarate incostituzionali si è esaurita nel momento di applicazione delle stesse (momento elettorale) sicché la dichiarazione di incostituzionalità produrrà effetti solo con riguardo al prossimo svolgimento delle elezioni politiche (fenomeno della individuazione, da parte della stessa Corte costituzionale, dell'esaurimento del rapporto).

E, sempre con riguardo al problema che ci occupa, particolare importanza ha la sentenza n. 32 del 2014 relativa alla dichiarazione di incostituzionalità della disposizione legislativa concernente la distinzione fra droghe pesanti e droghe leggere. In conseguenza di tale sentenza si è prodotta una ricchissima giurisprudenza ordinaria e di legittimità che infine ha portato ad una pronuncia delle Sezioni Unite del settembre/ottobre 2014 in cui la Cassazione si è pronunciata non solo sull'efficacia temporale della dichiarazione di incostituzionalità, ma soprattutto sulla individuazione del soggetto competente a pronunciarsi in materia individuandolo nel giudice dell'esecuzione penale. Ma possono ricordarsi, con riguardo ai problemi di "efficacia nel tempo" della relativa dichiarazione di incostituzionalità, anche le sentt. n. 238 del 2014 (che ha dichiarato l'incostituzionalità di disposizione legislativa limitativa della responsabilità degli Stati stranieri in caso di crimini di guerra), n. 37 del 2015 (che ha dichiarato incostituzionale una disposizione legislativa che faceva salvi, per il passato, gli incarichi dirigenziali già affidati dalle Agenzie delle dogane, delle entrate e del territorio a propri funzionari e che consentiva a tale Agenzia di attribuire incarichi dirigenziali a propri funzionari, mediante la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato).

I diversi orientamenti - dottrinali e giurisprudenziali - in tema di efficacia temporale delle sentenze di accoglimento si affermano fin dalla prima sentenza della Corte costituzionale ed alla base degli stessi si ritrovano le contrapposizioni (o, se si preferisce, le tensioni dialettiche) che periodicamente tornano e rinnovarsi fra differenti modalità di approccio al tema in questione. La Cassazione, a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta (e poi nei decenni successivi), lentamente tende ad orientarsi e poi si consolida nel noto indirizzo basato sulla inapplicabilità ulteriore della disposizione dichiarata incostituzionale con l'unico limite dei rapporti esauriti¹⁴. E si deve alla giurisprudenza della Cassazione l'elaborazione della distinzione fra rapporti pendenti e rapporti esauriti e la determinazione della nozione di "rapporto esaurito" (oltre alle riflessioni sulla individuazione del momento di "esaurimento" del rapporto), così com'è stata la Cassazione ad affrontare le problematiche (e a dare le proprie risposte) relative agli effetti

¹⁴ Per una dettagliata ricostruzione di tali orientamenti della giurisprudenza comune dal 1956 fino alla metà degli anni Novanta v. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 75 ss.

conseguenti alla dichiarazione di incostituzionalità di norme relative a termini di prescrizione oppure a disposizione meramente abrogatrici e così via.

Il primo momento di tensione fra Corte costituzionale e Cassazione si avrà, come noto, in seguito all'orientamento adottato dalla Cassazione penale (a partire dalla metà degli anni Sessanta) relativo alla efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità della disposizione legislativa che regolava l'istruttoria sommaria nel processo pretorile¹⁵; e su tale questione si è poi avuta anche una pronuncia della Corte costituzionale relativa proprio alla conformità dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 all'articolo 136 della Costituzione¹⁶. Negli anni Ottanta la giurisprudenza penale e quella civile della Cassazione seguiranno percorsi fra loro differenti ed andranno ad intersecarsi diversamente. Ma proprio queste constatazioni ci confermano che questo tema è inevitabilmente problematico. Ed è un problema (come ricordava Carlo Mezzanotte nel 1988)¹⁷, di diritto costituzionale sostanziale perché, quando si parla di efficacia nel tempo (o – se si preferisce – di retroattività) della dichiarazione di incostituzionalità, si sta affrontando il tema del riconoscimento dei diritti.

Ed allora vanno ribaditi con forza i seguenti principi: a) la necessità di adeguate motivazioni che consentano di conoscere le scelte valutative e di merito compiute dalla Corte costituzionale, affinché le stesse possano essere oggetto di aperto dibattito¹⁸; b) l'affermazione che lo schema dell'incostituzionalità sopravvenuta non può certo diventare una sorta di *passé-partout* che possa giustificare qualunque operazione di limitazione dell'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità¹⁹; c) attenzione al profilo di tutela dei diritti (ed in particolare dei diritti dei soggetti “deboli”, mentre oggi la giurisprudenza della Corte costituzionale a volte sembra tutelare con maggiore attenzione i diritti dei “soggetti forti”) e dunque attenzione al profilo della incidentalità del giudizio di costituzionalità.

¹⁵ Cassazione, sez. un. penali, 24 gennaio 1966, Tarantini, in *Giur. cost.*, 1966, 531 ss., ma v. già Cassazione penale, sez.un., 27 ottobre 1962, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 450 ss., ove si afferma il principio della “non influenza”, sulle sentenze già adottate dai giudici di merito, della declaratoria di incostituzionalità della norma concernente il potere del Procuratore della Repubblica di rimessione al pretore dei giudizi di competenza del tribunale. In dottrina v. V. ONIDA, *In tema di interpretazione delle norme sugli effetti delle pronunce di incostituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 1965, 1420 ss.; N. LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giust. Civ.*, 1963, 2249 ss.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza n. 127 del 1966, in *Giur. Cost.*, 1966, 1697 ss., con note di G. CONSO, *Il deposito degli atti istruttori e il diritto di difesa nelle varie ipotesi di istruzione sommaria*, *ivi*, 1703 ss.; L. ELIA, *Sentenze interpretative di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, *ivi*, 1715 ss.; e di F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 l. 11 marzo 1953 n. 87*, *ivi*, 1723 ss. Infine la tensione fra Corte costituzionale e Cassazione penale si conclude con la sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 1970, in *Giur. Cost.*, 1970, 948 ss., con nota di L. ELIA, *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, *ivi*, 949 ss.

¹⁷ C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, *cit.*, 39 ss.

¹⁸ A.A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale (Atti del Convegno di Trieste, 26-28 maggio 1988)*, Milano, 1988, 125 ss.; *Id.*, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, *cit.*, 313 ss.

¹⁹ In tal senso in particolare S. PANUNZIO, *Incostituzionalità sopravvenuta, incostituzionalità progressiva ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, *cit.*, 275 ss.

Esemplare, a questo proposito, appare la sentenza n. 41 del 2021, nella quale la Corte dichiara la “costituzionalità provvisoria” delle disposizioni impugnate allo scopo di consentirne l’ulteriore permanenza fino ad una data che la Corte medesima individua nel quadro normativo vigente. E tale “costituzionalità provvisoria” è frutto del bilanciamento fra l’esigenza di tutela della Costituzione ed il timore di effetti dirompenti sull’amministrazione della giustizia. Più precisamente, tale sentenza si caratterizza per il peculiare dispositivo in cui la Corte dichiara l’incostituzionalità degli articoli da 62 a 72 del d.l. n. 69 del 2013, conv. con modif. in l. n. 98 del 2013, «nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall’art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116 (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57)».

La Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della figura del “giudice ausiliario di corte d’appello”, magistrato onorario chiamato a partecipare ai collegi delle corti d’appello. “L’addizione” contenuta nel complesso dispositivo sopra ricordato si concretizza nell’introduzione di una (nuova) norma che pone un limite temporale di ulteriore applicabilità delle impugnate disposizioni. La “manipolazione” compiuta dalla Corte è dunque funzionale ad assicurare un’ulteriore operatività della figura del “giudice ausiliario” nonostante l’acclarata incostituzionalità delle disposizioni legislative che la regolano. Ed infatti gli articoli da 62 a 72 del d.l. n. 69 del 2014 (conv. in l. n. 98 del 2013) sono dichiarati incostituzionali non nella loro portata (la qual cosa avrebbe determinato l’immediato venir meno della figura di tale giudice onorario, con ricadute sull’efficienza dell’amministrazione della giustizia), ma nella parte in cui non prevedono un’ulteriore norma volta a delimitarne l’operatività temporale. E la Corte individua tale limite temporale in quello fissato dall’art. 32 del d. lgs. n. 116 del 2017, sempre che non giunga prima il “riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria”.

La sentenza n. 41 del 2021 è dunque una dichiarazione di “costituzionalità provvisoria” (fino al 31.10.2025) della figura del “giudice ausiliario d’appello”. La Consulta, pur riconoscendo l’incostituzionalità delle menzionate disposizioni, posticipa la decorrenza degli effetti della declaratoria di incostituzionalità (effetti che, a loro volta, saranno solo *pro futuro*) alla data del 31 ottobre 2025. In tale pronuncia evidente è l’attenzione della Corte verso “l’effetto dirompente” sull’efficienza dell’amministrazione della giustizia conseguente al venir meno (dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza) dei giudici ausiliari di appello (tutti incardinati nei calendari dei lavori delle corti di appello) e (quale conseguenza della retroattività della dichiarazione di incostituzionalità) all’aumento dei ricorsi in Cassazione per l’annullamento delle sentenze emesse dalle corti d’appello con la presenza di un giudice onorario (con il successivo “ritorno” in corte d’appello di numerose questioni già trattate). Nella ricerca di una risposta a tali problemi (sia *pro praeterito* che *pro futuro*), la sentenza n. 41 del 2021 pone una *Fristsetzung* (cioè un termine di scadenza della costituzionalità

provvisoria delle impugnate norme)²⁰, *Fristetzung* che – a ben vedere - non si rinviene nel dispositivo della pronuncia, ma solo nella motivazione e nel “Comunicato Stampa” («Incompatibili con la Costituzione i giudici ausiliari, ma a partire dal 31 ottobre 2025») emesso dalla Corte medesima²¹.

La motivazione della sentenza n. 41 del 2021 segue questo schema: dopo aver constatato la rilevanza (nel giudizio *a quo*) della questione di costituzionalità, la Corte spende gran parte della motivazione nella ricostruzione delle discipline susseguitesesi in tema di magistratura onoraria. Indi, riconosciuta (in poche battute) l’incostituzionalità (peraltro evidente alla luce del disposto dell’art. 106, comma 2, Cost. e della stessa giurisprudenza costituzionale) delle disposizioni impugnate, la Corte ritiene necessario un bilanciamento fra l’esigenza di rispetto delle norme costituzionali e la tutela di “altri valori costituzionali” che sarebbero compromessi dagli effetti dirompenti che la dichiarazione di incostituzionalità produrrebbe sull’efficienza della giustizia. Il riconoscimento di siffatta necessità di bilanciamento induce la Corte a “modulare” nel tempo l’effetto della dichiarazione di incostituzionalità, spingendola, da un lato, ad individuare, nel quadro legislativo vigente (così come dalla stessa Corte ricostruito), un termine temporale (futuro) fino al quale poter ritenere “costituzionalmente ammissibili” le impugnate disposizioni legislative (nonostante l’acclarata incostituzionalità) e, dall’altro lato, ad assegnare a tale termine temporale la funzione di *dies a quo* della produzione (esclusivamente *pro futuro*) degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

La Corte costituzionale (nella sentenza n. 41 del 2021) si dimostra consapevole di quella che è forse l’obiezione maggiore che può essere – e che è stata - posta alle sentenze *pro futuro* e che è rappresentata dalla messa in crisi della incidentalità del giudizio di costituzionalità, che vuol dire sacrificio delle situazioni soggettive che chiedono tutela nei giudizi *a quibus* (e, più in generale, a quelle poste in condizioni simili). A questa obiezione la Corte replica che la possibilità di modulare l’efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità non può ritenersi “preclusa” dall’eventualità che la dichiarazione di incostituzionalità «risulti non essere utile, in concreto, alle parti nel processo principale», giacché «la rilevanza della questione va valutata, al fine della sua ammissibilità, al momento dell’ordinanza di rimessione». Il presente lavoro non consente di approfondire adeguatamente le questioni che ruotano attorno al tema della rilevanza, ma non può non sottolinearsi che, in un’accezione così ristretta, la rilevanza finisce per assumere il ruolo di mera “occasione” dell’intervento della Corte. E, a questo proposito, non convince il richiamo, operato dalla Corte, alle sentenze n. 266 del 1988 (relativa alla nomina dei giudici militari) e n. 50 del 1989 (relativa alla pubblicità delle udienze nel

²⁰ Sulle esperienze di diritto comparato v. da ultimo R. TARCHI, “*Così fan tutte*”: la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento da parte delle Corti costituzionali europee. Una prospettiva comparata, in *DPCE on line*, marzo 2021 (e dottrina ivi richiamata); sulle esperienze tedesca ed austriaca v. in particolare A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 287 ss.

²¹ Nel “Comunicato stampa” emesso dalla Corte costituzionale il 17 marzo 2021 si riconosce che «Sono incostituzionali le norme che hanno previsto, come magistrati onorari, i giudici ausiliari presso le Corti d’appello. Le quali, tuttavia, potranno continuare ad avvalersi legittimamente dei giudici ausiliari per ridurre l’arretrato fino a quando, entro la data del 31 ottobre 2025, si perverrà ad una riforma complessiva della magistratura onoraria, nel rispetto dei principi costituzionali».

processo tributario), giacché in quei casi un'efficacia nel giudizio *a quo* venne comunque a prodursi (al contrario di quanto avviene nel caso in esame). E le medesime argomentazioni valgono anche con riguardo alla sentenza n. 10 del 2015 (definita dalla Corte come «la pronuncia che maggiormente ha segnato tale percorso giurisprudenziale»), pronuncia altamente significativa sul fronte della tecnica di bilanciamento (in particolare fra tutela delle posizioni del singolo ed esigenza di stabilità delle casse pubbliche)²², ma che si differenzia dal caso in esame giacché in essa l'incostituzionalità (della relativa disposizione legislativa) era comunque dichiarata.

La sentenza n. 41 del 2021 si differenzia dalle citate sentenze ad effetti temporali limitati giacché queste ultime comunque dichiaravano (sia pure *ex nunc*) l'incostituzionalità delle disposizioni impugnate, mentre la sentenza n. 41 del 2021 viene a porsi quale peculiare modello decisorio (di “costituzionalità provvisoria”), giacché in essa il timore della produzione di effetti dirimpenti per l'ordinamento conduce la Corte ad una dichiarazione di “provvisoria costituzionalità” della disciplina in esame. Quindi, la sentenza n. 41 del 2021 si differenzia da quelle ad effetti solo *pro futuro* (es. sent. n. 50 del 1989 o n. 10 del 2015) e si avvicina piuttosto alle pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata²³, dalle quali però si differenzia perché nel modello in esame la Corte introduce una “addizione” che individua il termine in cui “scade” la “provvisoria costituzionalità” (ed in cui sopraggiunge la definitiva incostituzionalità che a sua volta produrrà effetti solo *pro futuro*). Si delinea così un “modello italiano” di *Fristsetzung*, introdotto in via pretoria (come del resto avvenuto per tutte le pronunce manipolative della Corte), modello avente natura ibrida (con tutti i problemi emergenti da tale “ibridazione”).

Questo nuovo modello, se si affianca a quello delle ordinanze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata (di cui segue l'identico schema argomentativo, giacché in entrambi i casi il timore di arrecare un maggiore *vulnus* al quadro costituzionale blocca la piena produzione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità), se ne distacca, da un lato, perché “l'addizione” operata con la dichiarazione di incostituzionalità introduce (o mira ad introdurre) un termine certo in cui la “costituzionalità provvisoria” è destinata a concludersi e, dall'altro lato, perché la “futura” incostituzionalità (che si produrrà solo in caso di inerzia del legislatore) avrà comunque effetti solo *pro futuro*. La Corte stessa afferma che tale modello (basato sulla «sperimentata tecnica della pronuncia additiva») inserisce nella disciplina censurata «un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire». Ma lo schema della “costituzionalità provvisoria” – come creato dalla Corte - è fondato sull'assegnazione di un'ampia discrezionalità alla Corte medesima: ed infatti la Corte stessa dichiara che il dispositivo in esame consente “una temporanea tollerabilità costituzionale” rispetto al parametro costituzionale violato. Ma

²² Nella sent. n. 10 del 2015 la Corte afferma che «l'applicazione retroattiva della presente declaratoria di illegittimità costituzionale determinerebbe ... una grave violazione dell'equilibrio di bilancio...» e cagionerebbe «un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.». In seguito, la Corte (sentenza n. 246 del 2019) ha affermato che può «eccezionalmente presentarsi l'esigenza di bilanciamento con altri valori e principi costituzionali, i quali in ipotesi risulterebbero gravemente in sofferenza ove tali effetti risalissero, come di regola, retroattivamente fino alla data di efficacia della norma censurata». Al riguardo v. F. POLITI, *'Questo potere che la Corte si è dato': quando Corte costituzionale e Cassazione giocano 'di sponda' sul potere della prima di modulare gli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità (Osservazione a Corte cost. 6 giugno 2019 n. 140)*, in questa Rivista 2019, 1573 ss. (e dottrina ivi citata).

²³ R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore*, cit., 21 ss.

nessuna parola spende la Corte per indicare cosa significhi (o in cosa consista) la “temporanea tollerabilità costituzionale” (locuzione dietro la quale può facilmente nascondersi ogni operazione volta a far permanere norme palesemente incostituzionali).

La sentenza n. 41 del 2021 è dunque un esempio che ripropone tutte le questioni che la dottrina ha affrontato in tema di sentenze ad effetti temporali limitati, ed in cui il profilo che sembra richiedere maggiore attenzione è quello che ruota attorno alla necessità di un’adeguata motivazione affinché dietro al richiamo al “bilanciamento fra valori” o alle “esigenze di continuità dell’ordinamento” non finiscano per occultarsi valutazioni discrezionali ed opinabili, che svolgono di fatto la funzione di comoda giustificazione della disapplicazione della Costituzione e del sacrificio di posizioni soggettive costituzionalmente tutelate²⁴. Infatti, il modello decisorio della “costituzionalità provvisoria” può diventare uno schema argomentativo facilmente replicabile, con cui la Corte giustifica la permanenza (anche per numerosi anni) di istituti e/o apparati normativi incostituzionali. E va aggiunto che tale schema di dispositivo potrebbe non assicurare il venir meno della normativa incostituzionale anche dopo lo scadere del *dies ad quem* individuato dalla Corte, non potendo escludersi che il giudice comune - soprattutto dopo che la Corte medesima abbia riconosciuto la difficoltà di addivenire ad una dichiarazione di incostituzionalità - possa continuare a ritenere necessario “attendere” l’intervento del legislatore (e, parimenti, va rilevato che “l’addizione” prospettata dalla Corte non preclude al legislatore ulteriori interventi normativi eventualmente concernenti proprio la norma che pone il termine). Pertanto va ribadito il rischio che tramite siffatto modello decisorio si pervenga di fatto ad un diniego di tutela delle posizioni soggettive lese da norme incostituzionali. La sentenza di “costituzionalità provvisoria”, riconoscendo la perdurante operatività della disciplina incostituzionale, “sacrifica” anche per il futuro (quanto meno fino al compiersi del *dies ad quem*) quelle posizioni soggettive che proprio al giudice costituzionale chiedevano tutela²⁵. Pertanto, anche a voler riconoscere l’esigenza di tutela di ragioni oggettive di “equilibrio dell’ordinamento” - ragioni che la Corte non può ignorare - il dispositivo di “costituzionalità provvisoria” non può diventare un comodo schema argomentativo che finisce per assicurare la ultrattività di norme incostituzionali con conseguenziale abbandono delle esigenze di protezione dei diritti dei singoli.

3. Uno sguardo comparato sugli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità

Da un rapido confronto fra le esperienze dei maggiori tribunali costituzionali europei²⁶ emerge innanzitutto la consapevolezza nelle costituzioni più recenti delle

²⁴ In tal senso v. già A.A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., 142 ss.

²⁵ E riemerge così la centralità delle questioni che ruotano attorno al problema della rilevanza ed alla distinzione del giudizio di costituzionalità come strumento di tutela dei diritti soggettivi o del diritto oggettivo (su cui, *ex multis*, G. ZAGREBELSKY, *Relazione*, in *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Milano 11-12 ottobre 2002, Padova 2004, 35 ss.).

²⁶ In dottrina v. A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 287 ss.; H. KELSEN, *Verfassungs- und*

problematiche che ruotano attorno alla efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità.

E così, la Costituzione portoghese (art. 282, comma 4), dopo aver affermato l'efficacia *erga omnes* e retroattiva (*ex tunc*) della declaratoria di incostituzionalità (sancendo, tra l'altro, la reviviscenza della norma abrogata da quella dichiarata incostituzionale)²⁷, precisa che il Tribunale costituzionale, quando lo esigano «la certezza del diritto, ragioni di equità o di interesse pubblico di eccezionale rilievo», può (con specifica motivazione) «stabilire gli effetti dell'incostituzionalità ... con una portata più limitata». Questo potere di modulazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità (potere che il Tribunale costituzionale utilizza soprattutto con riguardo a dichiarazioni di incostituzionalità i cui effetti incidono sull'erario) è stato per lungo tempo inteso (ed utilizzato) con riguardo esclusivamente alla portata retroattiva (quindi quale potestà di limitazione degli effetti retroattivi) della pronuncia di incostituzionalità²⁸. A partire dalla sentenza n. 353 del 2012, il Tribunale costituzionale portoghese, chiamato a pronunciarsi sulla disciplina relativa allo stipendio dei dipendenti pubblici (e dunque su questione avente rilevanti riflessi sulle casse pubbliche e peraltro in anni di grave crisi finanziaria), ne ha dichiarato l'incostituzionalità ma posponendone l'efficacia a decorrere dall'anno successivo. Questa scelta ha consentito di eliminare l'impatto della pronuncia sull'erario, azzerandolo di fatto con riguardo sia al passato che all'esercizio finanziario in corso. La pronuncia – nonostante la dichiarazione di incostituzionalità – è venuta così ad affermare la “ulteriore efficacia” della norma (pur dichiarata) incostituzionale per tutto l'anno in corso, ed ha di fatto posto il dovere per il legislatore di individuare le risorse necessarie per l'anno successivo o comunque di adeguare la normativa ai vincoli costituzionali (ma sempre a decorrere dal successivo esercizio finanziario)²⁹.

Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, in *Zeitschrift für Schweizer Recht*, XLII, 1923-1924, 173 ss., trad. it., *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 5 ss., 25; E. ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 99 ss.; Id., *La legittimazione del Verfassungsgerichtshof e la metamorfosi della giurisdizione costituzionale in Austria*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, 43 ss.; G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 225 ss.

²⁷ Come evidenziato da R. TARCHI, *Così fan tutte. La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento da parte delle corti costituzionali europee. Una prospettiva comparata*, cit., evidente appare l'analogia con l'art. 140.6 della Costituzione austriaca della disposizione posta dall'art. 282 della Costituzione portoghese laddove, nel porre la disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento, prevede anche la reviviscenza delle disposizioni eventualmente abrogate (quale effetto ripristinatorio automatico del diritto anteriore giustificato dell'esigenza di impedire lacune normative). La piena retroattività della dichiarazione di incostituzionalità è espressamente esclusa soltanto per i casi passati in giudicato in materia penale, in materia disciplinare e di illeciti amministrativi a garanzia del principio del *favor rei*, salvo statuizione difforme dello stesso Tribunale costituzionale portoghese.

²⁸ Sulla giurisprudenza costituzionale portoghese v. R. ORRÙ, *Il Portogallo*, in P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, 2ª ed., Roma-Bari, 2014, 225 ss.; R. ORRÙ, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in *DPCE*, 2014, 1015 ss.

²⁹ In precedenza, tale risultato era stato perseguito dal Tribunale costituzionale mediante l'*escamotage* della pubblicazione con ritardo (anche di diversi sei mesi) della specifica decisione di incostituzionalità (sentenza n. 866/1996) per il timore del vuoto normativo conseguente alla declaratoria di incostituzionalità.

A partire da tale sentenza, il Tribunale costituzionale portoghese (soprattutto nei casi in cui ritiene sussistente la necessità di salvaguardare la stabilità dei conti pubblici) ha iniziato ad adottare decisioni con cui ha differito (*pro futuro*) gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità³⁰. Bisogna aggiungere che la formula contenuta nell'art. 282 della costituzione portoghese (possibilità di “modulare” gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità per garantire la certezza del diritto o per ragioni di equità o per un interesse pubblico di carattere eccezionale)³¹, se da un lato pone sul Tribunale costituzionale un onere di motivazione, al tempo stesso appare caratterizzata da un'indeterminatezza delle clausole giustificatrici della limitazione dell'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità che finisce per assegnare al Tribunale costituzionale un ampio spazio argomentativo, facilmente occultabile dietro motivazioni di stile o comunque generiche. Ed infatti dall'esame della giurisprudenza del Tribunale costituzionale portoghese è possibile rilevare un utilizzo “elastico”³² della modulazione nel tempo degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, non limitandosi il Tribunale costituzionale all'alternativa “secca” tra effetti *ex tunc* ed effetti *ex nunc*, ma optando anche per una “combinazione” fra il riconoscimento (o la negazione) dell'efficacia retroattiva e l'esclusione (o meno) del ripristino delle norme anteriori abrogate oppure “attenuando” la retroattività degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità³³.

Nonostante la differente disciplina costituzionale, non dissimile appare il percorso registrato nell'ordinamento spagnolo, ove la disciplina degli effetti delle sentenze del *Tribunal constitucional* è posta soprattutto dalla relativa *Ley organica* (LOTCE, n. 2 del 1979), il cui art. 39 dispone che la sentenza che dichiara l'incostituzionalità della legge, dichiara «anche la nullità» della norma incostituzionale³⁴. La *Ley orgánica* sul *Tribunal constitucional* dispone dunque l'efficacia *ex tunc* della dichiarazione di incostituzionalità ed infatti la dottrina e la giurisprudenza spagnole hanno inizialmente riconosciuto l'efficacia retroattiva delle decisioni di accoglimento (con il limite del giudicato). A partire dal 1989 (con la sentenza n. 45 del 1989), il *Tribunal constitucional*, con riguardo ad una legge tributaria, ha affermato che la dichiarazione di incostituzionalità non produce necessariamente la “nullità” della legge con la conseguente possibilità di limitazione nel

³⁰ Nella sentenza n.353 del 2012 il Tribunale costituzionale portoghese, pur riconoscendo incostituzionali diverse misure legislative che limitavano prestazioni economiche a favore dei dipendenti pubblici e dei pensionati, ne ha differito l'effetto per oltre sei mesi. In quell'occasione tra le critiche mosse al Tribunale costituzionale portoghese vi è stata quella di avere esorbitato dai propri poteri e che la relativa decisione difettava di una adeguata motivazione; R. Tarchi, *Così fan tutte*, cit., 79 ss., ha evidenziato che alle opzioni consentite dalla disciplina costituzionale, si è sommata un'attività creativa dello stesso Tribunale costituzionale, attività che ha incrementato il tasso di discrezionalità delle scelte e di flessibilità degli strumenti decisorii a disposizione.

³¹ Nella sent. n. 272 del 1986 il Tribunale costituzionale portoghese ha affermato che una dichiarazione d'incostituzionalità può essere un «fattore di incertezza giuridica sui rapporti già costituiti» ed in tali casi la limitazione degli effetti retroattivi della sentenza di incostituzionali riduce i rischi di incertezza (R. Tarchi, *Così fan tutte*, cit., 81).

³² R. TARCHI, *op. ult. cit.*, 81.

³³ R. TARCHI, *op. ult. cit.*, 82.

³⁴ L'art. 164 della costituzione spagnola prevede l'efficacia *erga omnes* delle decisioni che dichiarano l'incostituzionalità di una legge (salva l'intangibilità delle sentenze passate in giudicato). R. ROMBOLI – R. TARCHI, *La giustizia costituzionale in Spagna*, in J. LUTHER – R. ROMBOLI – R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, vol. II, Torino, 2000, 343.

tempo degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità³⁵. Il Tribunale costituzionale spagnolo ha così affermato il proprio potere di modulare nel tempo l'efficacia della pronuncia di incostituzionalità, scindendo la dichiarazione di incostituzionalità della legge dall'accertamento della nullità della legge medesima. Tale scissione consente al Tribunale costituzionale di restringere – fino ad eliminarla – l'efficacia retroattiva della pronuncia di incostituzionalità che così viene ad operare solo *ex nunc*³⁶. In un secondo momento, sempre facendo leva su tale meccanismo, il Tribunale costituzionale spagnolo ha affermato anche il proprio potere di differimento (come posposizione nel futuro) degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità³⁷. Pertanto, oggi, nella giurisprudenza costituzionale spagnola si rinviene il riconoscimento al Tribunale costituzionale del potere di limitare (mediante la dichiarazione di *simple inconstitucionalidad*)³⁸ sia la retroattività degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità (disponendo dunque che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità siano solo *pro futuro* nei casi in cui il Tribunale costituzionale ritenga – adeguatamente motivando - che l'efficacia retroattiva possa produrre gravi effetti nell'ordinamento)³⁹, sia (a partire dalla sentenza n. 96 del 1996) l'efficacia *ex nunc* (e futura) della dichiarazione di incostituzionalità. E quest'ultimo potere è giustificato dalla considerazione della necessità – necessità che si afferma successivamente alla dichiarazione di incostituzionalità - dell'adozione di una nuova disciplina i cui contenuti richiedono scelte che ricadono nella discrezionalità riservata al legislatore. Questa nuova tecnica decisoria – caratterizzata dall'invito al legislatore ad intervenire «quanto prima» - è utilizzata per evitare il prodursi di vuoti normativi ritenuti pregiudizievoli per l'ordinamento.

³⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Un paso importante para el desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes constitucionales*, in *Rev. Española Derecho Adm.*, n. 81, 1989, 5 ss.; nella sentenza n. 45 del 1989, il Tribunale costituzionale spagnolo individua la categoria della *simple inconstitucionalid* e riconosce il proprio compito di individuazione e precisazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sui rapporti giuridici già esistenti in ragione del principio di tutela della certezza giuridica (ed in base a tale principio ricomprende gli atti amministrativi definitivi all'interno della categoria dei rapporti esauriti).

³⁶ E' soprattutto nei confronti di norme tributarie (la sentenza 45/1989 verteva sulla disciplina dell'imposta sul reddito delle persone fisiche) che il Tribunale costituzionale spagnolo adotta tale tipo di decisioni al fine di ridurre (rectius, annullare) gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sulle casse pubbliche; in dottrina E. CRIVELLI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze nel sistema di giustizia costituzionale spagnolo*, in *AA.VV., La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 262.

³⁷ Anche il potere di dilazionare *pro futuro* gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione di legge è utilizzato dal Tribunale costituzionale soprattutto con riguardo a questioni con effetti sul bilancio pubblico (v. ad esempio sentenza n. 152 del 2014), ma va rilevato che il ricorso alla modulazione dell'efficacia nel tempo della pronuncia di incostituzionalità è in genere giustificato nelle motivazioni delle pronunce del tribunale costituzionale spagnolo con il richiamo al principio della certezza del diritto.

³⁸ F. RUBIO LLORENTE, *La jurisdicción constitucional en España*, in F. RUBIO LLORENTE – J. JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1997, 13; G. PARODI, *Gli effetti nel tempo della decisione d'incostituzionalità: profili di comparazione*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 533-534.

³⁹ In questi casi la modulazione temporale degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità consegue alla scissione fra dichiarazione della incostituzionalità della legge e accertamento (o declaratoria) della nullità della stessa. Tali pronunce dichiarano l'incostituzionalità della legge ma non la nullità della medesima. Anche questa tipologia di pronunce è adottata dal tribunale costituzionale facendo richiamo alla necessità di salvaguardare il principio della certezza del diritto (la "sicurezza giuridica" di cui all'art. 9.3 della costituzione spagnola) e soprattutto per salvaguardare l'equilibrio dei bilanci pubblici, ma anche con riguardo ad ipotesi di omissioni legislative.

Nell'esperienza spagnola (con riguardo alla quale va ricordato anche il dibattito che ha accompagnato l'approvazione della *ley organica* n. 15/2015 relativa all'esecuzione delle sentenze del Tribunale costituzionale)⁴⁰, la possibilità di modulare o annullare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità è stata molto utilizzata nell'ultimo decennio soprattutto nei confronti della legislazione adottata per fronteggiare la crisi economico-finanziaria successiva al 2010⁴¹.

L'esperienza spagnola delle pronunce di incostituzionalità ad effetti solo *pro futuro* richiama il *modello austriaco*, la cui disciplina costituzionale (oltre ad essere - fra quelle in vigore - quella temporalmente più risalente)⁴² si caratterizza per la previsione dell'efficacia *ex nunc* della declaratoria d'incostituzionalità, con l'eccezione del caso (giudizio *a quo*) che ha dato luogo alla pronuncia (eccezione che a sua volta è alla base del potere riconosciuto alla Corte costituzionale austriaca di estendere gli effetti della decisione anche ad ulteriori rapporti in corso; i cd. "casi paralleli", *Anlassfallen*), e per l'assegnazione al giudice costituzionale del potere di differire fino a diciotto mesi gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità (*Fristsetzung*)⁴³. Il modello austriaco si caratterizza dunque per la previsione - in via generale - di un'efficacia meramente *pro futuro* della dichiarazione di incostituzionalità (con l'unica eccezione del giudizio *a quo*)⁴⁴, con la contemporanea assegnazione al giudice costituzionale del potere di

⁴⁰ Con la *Ley organica* n. 15/2015 è stato previsto che, in caso di inosservanza delle proprie decisioni, il Tribunale costituzionale può: 1) irrogare sanzioni pecuniarie (da 3.000 a 30.000 euro); 2) sospendere coloro che non abbiano adempiuto a quanto previsto nella sentenza del Tribunale Costituzionale; 3) esercitare un potere sostitutivo nei confronti dei soggetti inottemperanti, potendo esigere la cooperazione del Governo nazionale per l'attuazione della propria decisione; 4) raccogliere testimonianze per individuare eventuali responsabilità penali di coloro che non hanno posto in esecuzione quanto prescritto in sentenza. Tale riforma è stata criticata da parte della dottrina e non condivisa dalla Commissione di Venezia, che ha osservato che: «*The attribution of the power of execution of its decisions to the Constitutional Court may seem as an increase of power at first sight. However, the division of competences of adjudicating on the one hand, and of executing its results, strengthens the system of checks and balances as a whole, and in the end, also the independence of the Constitutional Court. The Venice Commission does not recommend that these powers be attributed to the Constitutional Court*»; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion 827/2015, *On the Law of 16 October 2015 Amending the Organic Law no. 2/1979 on the Constitutional Court*, 10-11 March 2017, CDL-AD(2017)003 (anche: Commissione di Venezia, *Opinion on the Law of 16 October 2015 amending the Organic Law no. 2/1979 on the Constitutional Court*, 10-11 marzo 2017, in www.venice.coe.int). In dottrina v. E. STRADELLA, *Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo*, in *federalismi.it*, 2018, n. 3.

⁴¹ R. TARCHI, *Così fan tutte*, cit., 81, segnala che nel quadriennio 2014-2017 sono state almeno una decina le pronunzie che hanno stabilito la decorrenza *ex nunc* degli effetti o differendoli nel futuro, oppure facendo salvi i provvedimenti amministrativi già adottati nel periodo precedente.

⁴² In dottrina v. G. BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano, 1998; B. CARAVITA, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi*, Vol. I, *La Corte costituzionale austriaca*, Padova, 1985; E. ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 99 ss.

⁴³ La Corte costituzionale austriaca, quando dispone il differimento degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità individua, nel dispositivo, il *dies a quo* di efficacia della dichiarazione di incostituzionalità («al fine di consentire al legislatore di attivarsi per evitare vuoti normativi»). L'apposizione del termine («sempreché la Corte stessa non disponga diversamente nella sua sentenza») comporta che la legge dichiarata incostituzionale continui ad applicarsi a tutte le fattispecie verificatesi anteriormente al decorso del termine stesso, ad eccezione («per ragioni di equità e funzionalità del meccanismo di instaurazione») «del caso che ha dato origine alla pronuncia».

⁴⁴ Gli atti (ed i casi) simili a quelli che hanno dato origine al caso *a quo* (c.d. "*Quasi-Anlassfälle*") in via di principio non sono intaccati dalla pronuncia di incostituzionalità della norma, ma si sono registrate eccezioni con riguardo a casi già pendenti nel momento dell'udienza (e quindi della sentenza) della Corte costituzionale.

estendere per il futuro, la vigenza della legge dichiarata incostituzionale attraverso il differimento (per un massimo di 18 mesi) degli effetti della pronuncia. Infatti, l'art. 140 della legge costituzionale federale (B-VG) dispone che la legge dichiarata incostituzionale continui ad applicarsi alle fattispecie verificatesi nel periodo antecedente alla pronuncia della Corte (con la sola eccezione del caso oggetto della pronuncia) e che – sempre *pro futuro* - «tornano in vigore le disposizioni di legge abrogate dalla legge incostituzionale». A quest'ultimo proposito, l'art. 140, comma 6, B-VG puntualizza che la c.d. “reviviscenza” delle norme dichiarate incostituzionali debba essere indicata nel dispositivo della sentenza. E' dunque assegnato al *Verfassungsgerichtshof* un potere di modulazione – sia nel senso della limitazione che in quello dell'estensione⁴⁵ – degli effetti nel tempo della dichiarazione d'incostituzionalità.

Nell'esperienza della giurisprudenza costituzionale austriaca si rinviene un frequente utilizzo – e senza un eccessivo sforzo argomentativo, nelle motivazioni delle singole pronunce, nella indicazione delle ragioni che spingono la Corte a ricorrere alla *Fristestzung* o comunque alla modulazione nel tempo dell'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità - di pronunce caratterizzate da una modulazione dell'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità soprattutto con riguardo a dichiarazioni di incostituzionalità di norme in materia tributaria e finanziaria, o comunque con riguardo a questioni aventi impatto sul bilancio dello Stato⁴⁶. In Germania⁴⁷, la Legge sul Tribunale

⁴⁵ L'art. 140, par. 7, B-VG consente alla Corte costituzionale di estendere gli effetti della declaratoria d'incostituzionalità anche a fattispecie e rapporti giuridici pendenti all'inizio dell'udienza o della camera di consiglio (art. 140, comma 7, B-VG), come individuati dalla stessa sentenza. La previsione di un “effetto retroattivo” per casi diversi di quello *a quo* (anche ad altri casi ancora pendenti così stabilendo un effetto retroattivo della pronuncia di incostituzionalità; v. nota precedente) discende dalla ponderazione, per ogni singolo caso, tra la certezza del diritto e la “giustizia del diritto” (*Rechtsrichtigkeit*); a volte l'effetto retroattivo può estendersi anche a questioni coperte da giudicato (*Mindestkörperschaftssteuer*).

⁴⁶ La disciplina austriaca degli effetti delle decisioni di incostituzionalità viene spesso illustrata mediante un richiamo alla visione kelseniana della Corte costituzionale quale “legislatore negativo” (abrogazione della legge con un'efficacia costitutiva), H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, Berlin-Leipzig, 1929, 31, 54; Id., *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, in *Zeitschrift für Schweizer Recht*, XLII, 1923-1924, 173 ss.; trad. it., *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., 5 ss.

⁴⁷ L'esperienza tedesca tempo è oggetto di riflessione specifica da parte della dottrina italiana: senza pretesa di esaustività, v. AA.VV., *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparata alla luce del caso italiano*, G. REPETTO – F. SAITTO (a cura di), Napoli, 2020; E. BENDA – E. KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrecht*, Heidelberg, 1991; E. BERTOLINI, *Le sentenze del Bundesverfassungsgericht*, in *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato*, Napoli, 2014, 177 ss.; H. BETHGE, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, 2019; G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002; A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 287 ss.; N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'arte di differire gli effetti 'finanziari' delle proprie decisioni*, in *federalismi.it*, 2018, n. 23; Id., *Il fattore “tempo” nella giustizia costituzionale*, Milano, 2022; J. LUTHER, *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in J. LUTHER – R. ROMBOLI – R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Vol. I, cit., 172 ss.; K. SCHLAICH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 2021; A. VON BOGDANDY – D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2020, n. 3, 9 ss.

costituzionale federale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* - BVerfGG)⁴⁸ distingue (art. 31) fra la dichiarazione di “nullità” (*Nichtigkeit*) di una norma di legge e la dichiarazione di incompatibilità (*Unvereinbarkeit*) di una norma di legge con la Costituzione⁴⁹. Fin dagli anni cinquanta⁵⁰ in Germania si era sviluppata una prassi (poi recepita da una modifica del BVerfGG del 1970)⁵¹ in base alla quale il Tribunale costituzionale procede – anziché alla dichiarazione di nullità – alla mera *dichiarazione di incompatibilità*⁵².

La dottrina ha da tempo rilevato che la normativa tedesca non indica le condizioni che possono condurre il *Bundesverfassungsgericht* ad adottare l’una o l’altra (tipologia di) decisione. E non a caso nella dottrina tedesca si rinviene un significativo impegno nella individuazione delle tipologie dei casi in cui il BVfG opta per la dichiarazione di “incompatibilità” in luogo di quella di “nullità”⁵³. E così è stato evidenziato che il

⁴⁸ L’art. 31 BVerfGG dispone che «1). Le decisioni del Tribunale costituzionale federale vincolano gli organi costituzionali della Federazione e dei Länder, nonché tutti gli organi giudiziari e le autorità amministrative. 2) Nei casi di cui al § 13, nn. 6, 6a, 11, 12 e 14, la decisione del Tribunale costituzionale federale ha forza di legge. Ciò vale anche nei i casi di cui al § 13 n. 8a, se il Tribunale costituzionale federale dichiara una legge compatibile od incompatibile con la Legge fondamentale, ovvero nulla. Qualora una legge sia dichiarata compatibile od incompatibile con la Legge fondamentale o con altre norme federali, ovvero nulla, il dispositivo della decisione deve essere pubblicato, a cura del ministro federale della Giustizia, nel Bollettino ufficiale federale. Lo stesso vale per il dispositivo della decisione di cui al § 13, nn. 12 e 14».

⁴⁹ Gli articoli 93 e 100 del *Grundgesetz* elencano le competenze del *Bundesverfassungsgericht* ma nulla dispongono in merito alle tipologie di pronunce ed alla efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità.

⁵⁰ Così l’ordinanza, 11 giugno 1958 - 1 BvR 1/52, 46/52 (BVerfGE 8, 1): «Una legge che viola la Costituzione deve in linea di principio essere dichiarata nulla. Con riferimento ad una legge sulla retribuzione (dei funzionari) che a seguito di una modifica delle circostanze non corrisponde più ai requisiti minimi di un mantenimento adeguato, una tale decisione del Tribunale costituzionale condurrebbe però ad una situazione che sarebbe ancora meno compatibile con l’ordinamento costituzionale; l’art. 33, comma 5, LF esige infatti l’esistenza di disposizioni legali sulla retribuzione. Alla luce del collegamento dei due principi costituzionali ... il Tribunale costituzionale ... deve limitarsi ad accertare che il legislatore federale ha violato tramite l’omissione di una modifica della retribuzione il diritto di cui all’art. 33, comma 5, LF. Una tale decisione, che lascia la legge sulla retribuzione finora vigente per il momento intatta, non è tuttavia priva di rilevanza pratica; tale decisione obbliga infatti il legislatore ... ad un conseguente intervento».

⁵¹ L’art. 79 BVerfGG (relativo al controllo astratto) disciplina anche gli effetti temporali delle decisioni di incompatibilità e di nullità, limitandoli di regola alle decisioni ancora impugnabili (escludendo l’incidenza sulle sentenze passate in giudicato), disponendo «la riapertura del procedimento ... nei confronti di una sentenza penale passata in giudicato, fondata su una norma dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale o nulla ai sensi del § 78, ovvero fondata sull’interpretazione di una norma dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale dal Tribunale costituzionale federale” e che “Per il resto rimangono intangibili ... le decisioni non più impugnabili, fondate su una norma dichiarata nulla ai sensi del § 78».

⁵² La dottrina tedesca tende a qualificare la sentenza di incompatibilità quale tipologia decisionale “attenuata” rispetto alla sentenza di nullità: N. FIANO, *op. ult. cit.*, 74: «Nell’ordinamento giuridico tedesco, la teoria della nullità (*Nichtigkeitslehre*) e la teoria dell’annullabilità della norma incostituzionale rappresentano due posizioni dogmatiche opposte»; e (più avanti, p.76) «a fondamento della teoria dell’annullabilità della norma incostituzionale non vi sono solamente ragioni di natura teorica, ma anche (e forse soprattutto) ragioni di natura pragmatica»; infatti (p.91) le *Unvereinbarkeitserklärungen* sono «la variante decisionale non regolamentata più significativa della prassi del BVerfG» e rispondono all’esigenza di evitare il “taglio netto” della sentenza di nullità, in tal modo precludendo la formazione di un vuoto normativo.

⁵³ La dottrina si è molto soffermata sul problema dell’individuazione di una casistica delle *Unvereinbarkeitserklärungen*; al riguardo v. N. FIANO, *op. ult. cit.*, che sottolinea «la prassi pragmatica, flessibile e non dogmatica» di tale esperienza, elencando le “sottocategorie delle *Unvereinbarkeitserklärungen*” e le ulteriori fenomenologie (dalla *weitere Anwendbarkeit* della norma dichiarata incompatibile, alla *Fortgeltungsanordnung* alla decisione di incompatibilità integrata da una *Übergangsregelung*).

Tribunale costituzionale tedesco utilizza lo strumento della dichiarazione di “incompatibilità” (*Unvereinbarkeit*) laddove ravvisi di trovarsi di fronte ad uno spazio spettante alla discrezionalità del legislatore (ad esempio, nei casi in cui il rimedio alla situazione incostituzionale possa avvenire mediante molteplici possibilità la cui scelta spetta al legislatore, ad esempio nei casi di violazione del principio di uguaglianza⁵⁴ o nei casi di omissioni da parte del legislatore) oppure nei casi in cui la dichiarazione di “nullità” (e dunque il venir meno *ex tunc* della disciplina incostituzionale) produrrebbe situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quella esistente (ad esempio, nel caso di lesione di interessi aventi fondamento costituzionale)⁵⁵. E’ proprio in tali casi che il *Bundesverfassungsgericht* ordina anche il superamento del “blocco di applicazione” della norma incostituzionale fino alla novella legislativa, ritenendo appunto “tollerabile” - per un periodo transitorio - il pregiudizio derivante dalla – perdurante applicazione della - normativa incostituzionale o, ancora, nei casi in cui il *Bundesverfassungsgericht* ritiene di trovarsi di fronte ad una disciplina legislativa composta da una parte ritenuta incostituzionale ed una conforme a costituzione ed in cui appare impossibile scindere la prima dalla seconda⁵⁶ (e il Tribunale costituzionale tedesco ha spesso ritenuto sussistenti tali condizioni in casi incidenti sulle pubbliche finanze)⁵⁷.

⁵⁴ N. FIANO, *op. cit.*, 132, individua nella violazione del principio di uguaglianza e nella tutela della sfera discrezionale del legislatore “campi applicativi” di elezione della sentenza di incompatibilità.

⁵⁵ Il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che sono interessi degni di tutela (che giustificano – in attesa dell’intervento del legislatore – l’applicazione delle norme incostituzionali) la certezza del diritto, la tutela della vita, l’integrità e la libertà o la autodeterminazione sessuale, l’interesse alla tenuta del bilancio dello Stato ed alla affidabilità della programmazione finanziaria (nonché l’interesse ad un’uniforme azione amministrativa in relazione ai periodi di imposta conclusi e definiti).

⁵⁶ N. FIANO, *op. cit.*, 17 e 19, sottolinea che il rispetto delle sentenze di incompatibilità nei confronti della discrezionalità del legislatore costituisce un dato positivo per quanto riguarda la relazione intercorrente tra Tribunale costituzionale e Parlamento, non solo per la garanzia del rispetto della suddivisione delle competenze, ma anche per la maggiore “responsabilizzazione” cui è soggetta l’attività del parlamento («in un’ottica tutta interna alla giustizia costituzionale»).

⁵⁷ Il *Bundesverfassungsgericht* fa riferimento alla necessità di assicurare la “affidabilità della programmazione finanziaria” (oltre che la tenuta del bilancio statale). Nell’ordinanza del 22 giugno 1995 - 2 BvL 37/91 (BVerfGE 93, 121) il Tribunale costituzionale, con riguardo ad una tassa sul patrimonio, ha affermato: «Il § 10 n° 1 della legge sull’imposizione patrimoniale ... è, quantomeno sin dall’anno di imposta 1983 in tutte le sue versioni, incompatibile con l’art. 3, comma 1, LF ... Il legislatore è tenuto a provvedere ad emanare una novella al più tardi entro il 31 dicembre 1996. Sino a tale data la legge previgente dovrà ancora trovare applicazione». E più avanti: «La violazione del principio di uguaglianza conduce soltanto alla dichiarazione di incompatibilità, poiché ... il legislatore ha varie possibilità per rimediare alla situazione incostituzionale. Le esigenze di un’affidabile progettazione finanziaria e del bilancio e di un’uniforme azione amministrativa per i periodi di imposta in gran parte conclusi giustificano che le disposizioni sull’imposizione patrimoniale per gli anni fiscali passati possano ancora essere applicate come in precedenza». V. anche la sentenza del 9 febbraio 2010 - 1 BvL 1, 3, 4/09 (BVerfGE 125, 175 – *Hartz IV*) sul minimo esistenziale nell’ambito del sussidio di disoccupazione in cui il Tribunale ha dichiarato la disciplina incompatibile con la Legge fondamentale ed ha fissato un termine entro il quale il legislatore doveva intervenire. Richiamando la propria giurisprudenza, il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato che «il legislatore non deve rimediare retroattivamente ad una situazione non compatibile con la Legge fondamentale, se ciò contrasta con la programmazione finanziaria e del bilancio oppure se la situazione costituzionale non era ancora stata chiarita in maniera sufficiente e pertanto deve essere concesso un adeguato termine al legislatore». E «Nel caso in cui il legislatore non dovesse tuttavia adempiere all’obbligo di modifica normativa entro il 31 dicembre 2010, una legge adottata oltre tale data troverebbe comunque applicazione già a partire dal 1° gennaio 2011 ... poiché le disposizioni finora vigenti continuano ad applicarsi, ed il legislatore è tenuto solo a rideterminare le prestazioni di regola con effetto pro futuro, i giudizi rimessi non devono rimanere sospesi fino alla nuova normativa del legislatore».

Le pronunce di *unvereinbarkeit* pongono sul legislatore l'obbligo di rimuovere la situazione di incostituzionalità mediante l'adozione di una nuova disciplina legislativa costituzionalmente conforme (disciplina che, a sua volta, potrà anche essere retroattiva o comunque porre la normativa da applicare con riguardo ai rapporti pendenti)⁵⁸ e comportano la sospensione del processo *a quo* e dei processi "paralleli" (*anlassfallen*). Si determina dunque un "blocco di applicazione" (*Anwendungssperre*) della disciplina giudicata incompatibile con la Legge fondamentale (*id est*, la sospensione dell'applicazione della norma fino all'intervento del legislatore), ma si registrano anche casi di pronunce di incompatibilità con ordine di "applicazione provvisoria" (*weitere Anwendung*) della norma dichiarata incompatibile (che continua dunque ad applicarsi fino all'intervento del legislatore) o anche casi in cui il Tribunale costituzionale detta una disciplina *ad hoc*⁵⁹. In alcune fattispecie, il *Bundesverfassungsgericht* dispone l'applicazione della sentenza di incostituzionalità in favore solo dei ricorrenti (c.d. "premio di cattura"), permanendo invece per tutti gli altri casi la vigenza della norma incostituzionale⁶⁰. Si può pertanto affermare che il *Bundesverfassungsgericht* ha dato vita ad uno strumentario che, evitando la dichiarazione di nullità (e dunque la rimozione) *ex tunc* della norma dichiarata incostituzionale, consente (al giudice costituzionale) non solo di dichiarare la "provvisoria" esistenza di norme incostituzionali (allo scopo di evitare un vuoto legislativo, un buco di bilancio, o il prodursi di effetti dirompenti per l'ordinamento o ancora per il rispetto del c.d. principio di continuità, ecc.), ma anche di modulare caso per caso la dimensione di siffatta "provvisoria esistenza". Operano in tale direzione anche la dichiarazione di incostituzionalità *parziale* della legge (o della norma, con conseguente limitazione della produzione degli effetti ritenuti dirompenti), l'adozione di pronunce monitorie (*Appellentscheidungen*), in cui il *Bundesverfassungsgericht* dichiara che una legge è «ancora conforme a Costituzione», ma in cui invita il legislatore ad intervenire per rendere la norma conforme a Costituzione indicando anche i principi cui la nuova disciplina deve conformarsi (e l'eventuale inerzia del legislatore determina che la legge «diventa incostituzionale»), fino alla sentenza di interpretazione conforme a Costituzione (*verfassungskonforme Auslegung*), che ha effetti *erga omnes* (ed anche nei confronti del legislatore). E l'autorevolezza del *Bundesverfassungsgericht* e la costante attenzione del legislatore tedesco ai moniti provenienti dal BVfG hanno fatto sì che le sollecitazioni del primo siano sempre seguite dal secondo, tant'è che la questione relativa alle eventuali conseguenze discendenti dall'inerzia del legislatore non ha trovato spazio nelle riflessioni dottrinali in ragione appunto dell'assenza di casi in cui si è realizzata tale eventualità. A questo proposito, va ricordato che l'art. 35 BVerfGG assegna al Tribunale costituzionale

⁵⁸ Il Tribunale costituzionale fissa a volte un termine entro il quale il legislatore deve rimediare alla situazione incostituzionale (anche con effetti retroattivi) fornendo anche (più o meno dettagliate) indicazioni; R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *Jus* 2011, 961 ss.

⁵⁹ Il *Bundesverfassungsgericht* può aggiungere alla dichiarazione di incompatibilità un "ordine di provvisoria applicazione" (*Weitergeltungsanordnung*) della norma dichiarata incompatibile fino all'intervento del legislatore anche fissando un termine (*Fristsetzung*) al legislatore.

⁶⁰ Per approfondimenti, v. M.TH. ROERIG, in *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità. Aggiornamento* [Comp. 222], a cura di P. PASSAGLIA, Corte costituzionale, luglio 2017; Id., *Germania*, in *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, (a cura di P. PASSAGLIA), Corte costituzionale, 2014; Id., *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza tedesca e austriaca*, Corte costituzionale, 2018.

il potere di fornire indicazioni sull'esecuzione della sua pronuncia, sul soggetto cui è demandata (ad es., il legislatore), nonché sulle forme e sui modi dell'esecuzione, disponendo inoltre che il Tribunale costituzionale può adottare provvedimenti per dare esecuzione alle proprie decisioni.

In Belgio, nel contenzioso per annullamento, la dichiarazione di incostituzionalità determina l'annullamento, totale o parziale della legge, con effetti retroattivi ed erga omnes⁶¹. E' concessa alla Corte costituzionale belga la possibilità di mantenere in vita («qualora lo reputi necessario») gli effetti (o alcuni effetti) della disposizione annullata (c.d. *maintenimento degli effetti della norma annullata*) laddove ritenga sussistenti alcune specifiche ragioni: la necessità di lasciare al legislatore il tempo di elaborare una nuova disciplina; il rischio di effetti dirompenti per la "sicurezza giuridica", per la continuità di un servizio pubblico (o di una determinata politica pubblica), o per potenziali difficoltà per gli affari in corso o per la peculiare natura della disposizione annullata (o per il rischio di deludere "aspettative legittime" del cittadino)⁶². La Corte belga utilizza spesso tale potere (di modulazione degli effetti nel tempo della sentenza di annullamento) allo scopo di consentire al legislatore (entro un termine ragionevole) l'approvazione di una nuova disciplina evitando il rischio di "vuoti normativi" o di situazioni di "incertezza giuridica". In tali casi, l'annullamento della norma incostituzionale opera, dunque, solo *pro futuro* giacché la Corte lascia in vita (sia pure "provvisoriamente") gli effetti della norma dichiarata incostituzionale⁶³.

Nel contenzioso pregiudiziale (in cui l'effetto della decisione è diverso da quello delle sentenze adottate nel contenzioso di annullamento)⁶⁴, al giudice costituzionale non è assegnata (dalla legge) la facoltà di modulare gli effetti della propria decisione, ma in via pretoria la Corte ha esteso tale potere anche in questa sede motivando tale decisione con argomentazioni diverse (dalla esigenza di evitare situazioni di "incertezza" con riguardo all'applicabilità nel tempo delle disposizioni dichiarate incostituzionali, al rischio di pericolo per la "sicurezza giuridica" o per il "legittimo affidamento" dei cittadini). La Corte costituzionale belga definisce "eccezionale" (in questa sede) il mantenimento degli effetti della norma dichiarata incostituzionale (in quanto eccezione alla natura dichiarativa della sentenza pronunciata nel contenzioso pregiudiziale) e

⁶¹ In dottrina v. C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruxelles, 2006; F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, 2000; M.-F. RIGAUX, B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, 2008; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, 2012.

⁶² F. BOUHON, *Le juge constitutionnel et la fiscalité négociée: le maintien des effets d'une norme annulée, applicable une seule fois. Note sous l'arrêt n. 54/2008 de la Cour constitutionnelle*, *Rev. Dr. ULg*, 2008, 1 ss.

⁶³ B. LOMBAERT, *Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage – Recours en annulation et questions préjudicielles*, *A.P.T.*, 1998, 174 ss.

⁶⁴ Nel contenzioso pregiudiziale, la Corte pronuncia "sentenze di risposta" (in cui afferma la violazione o meno delle norme costituzionali) aventi efficacia solo *inter partes*. Ma tali sentenze in pratica determinano sui giudici comuni un vincolo di conformazione (c.d. *autorità relativa rinforzata* della cosa giudicata delle sentenze pronunciate su una questione pregiudiziale). In dottrina v. F. DELPÉRÉE - A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, 1996; J. VAN COMPERNOLLE - M. VERDUSSEN, *La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 14, Paris, 2003, 87 ss.

pertanto tale eventualità può ritenersi ammissibile solo nei casi in cui sia ritenuta giustificata dallo specifico caso concreto⁶⁵.

Peculiare significato viene ad avere anche l'esperienza francese, ove, con riguardo agli effetti delle decisioni del *Conseil constitutionnel*⁶⁶, l'articolo 62 della Costituzione (come modificato nel 2008 a seguito all'introduzione del controllo di costituzionalità in via incidentale), dispone che la norma dichiarata incostituzionale «non può essere promulgata né applicata» (nei casi in cui la decisione del *Conseil* è assunta in un giudizio in via preventiva), mentre (laddove la decisione sia assunta a valle di un giudizio in via incidentale) la norma è «abrogata a partire dalla pubblicazione della decisione del *Conseil constitutionnel* o in altra data successiva quale stabilita da tale decisione». È inoltre rimesso al *Conseil constitutionnel* il potere di stabilire «le condizioni ed i limiti in cui gli effetti prodotti da tale disposizione possono essere rimessi in discussione».

La riforma costituzionale del 2008, che ha introdotto il controllo di costituzionalità *a posteriori* (*question prioritarie de constitutionnalité, QPC*), ha dunque previsto l'annullamento *ex nunc* della norma dichiarata incostituzionale, assegnando contemporaneamente al *Conseil constitutionnel* il potere di modulare gli effetti nel tempo della dichiarazione d'incostituzionalità, sia differendoli nel futuro, sia per rimuovere effetti già prodotti dalla legge dichiarata incostituzionale. Ed il *Conseil* ricorre spesso (nell'ambito del controllo in via incidentale)⁶⁷ alla modulazione degli effetti nel tempo della dichiarazione d'incostituzionalità⁶⁸, soprattutto nelle questioni aventi ad oggetto norme tributarie⁶⁹ o comunque incidenti sull'equilibrio di bilancio. A questo proposito,

⁶⁵ In sede di contenzioso pregiudiziale, la Corte costituzionale belga ha ritenuto necessario mantenere gli effetti della norma dichiarata incostituzionale nei casi di timore di eccessive conseguenze sulle casse pubbliche (C.C., 3 aprile 2014, n. 60/2014) o del prodursi di situazioni di “insicurezza giuridica” (C.C., 18 dicembre 2014, n. 187/2014; C.C., 7 maggio 2015, n. 57/2015; C.C., 21 gennaio 2016, n. 10/2016; C.C., 2 giugno 2016, n. 86/2016), o di una “destabilizzazione” delle attività economiche interessate dalla norma (C.C., 12 marzo 2015, n. 29/2015), o di conseguenze dirompenti sull'efficienza del sistema processuale penale (C.C., 2 giugno 2016, n. 83/2016) o nei casi di rispetto del principio di legalità in materia penale.

⁶⁶ L'art. 62 della Costituzione francese prevede che le decisioni del *Conseil constitutionnel* “sono obbligatorie per i pubblici poteri e per tutte le autorità amministrative e giurisdizionali”. In dottrina v. S. AUSTRY, *QPC fiscale et effets de la décision dans le temps*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, n. 33; F. BARQUE, *Le Conseil constitutionnel et la technique de la «censure virtuelle»: développements récents*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 2006, 1409 ss.; S. BLANCHET, *La censure virtuelle*, in <http://www.droitconstitutionnel.org>, gennaio 2009; S. CATALANO, *La questione prioritaria de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Napoli, 2016; G. DELLEDONNE, *Il tempo ritrovato. La modulazione degli effetti temporali delle decisioni del Conseil constitutionnel, prima e dopo l'avvento della QPC*, in D. BUTTURINI – M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Napoli, 2014, 221 ss.; L. FAVOREU – J.C. ESCARRAS, *Comunicazione*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'articolo 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, 297 ss.; X. MAGNON, *La modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels*, in *Annuaire international de justice constitutionnel*, 2012, 558 ss.

⁶⁷ Il *Conseil constitutionnel* ricorre alla modulazione nel tempo anche nel giudizio in via preventiva: nella decisione n. 2008-564 DC del 19 giugno 2008, il differimento è stato motivato con la necessità di dar tempo al legislatore di rimediare all'incostituzionalità e l'entrata in vigore “temporanea” della legge incostituzionale era giustificata dall'esigenza del rispetto di obblighi comunitari.

⁶⁸ D. RIBES, *L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 24, 2008.

⁶⁹ Es. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2014-397 QPC del 6 giugno 2014, *Commune de Guyancourt* (in cui si è derogato all'“effetto utile” della QPC sulla base delle conseguenze finanziarie considerate manifestamente eccessive; *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2016-571 QPC del 30 settembre 2016, *Société Layher SAS*, in cui il *Conseil constitutionnel* ha differito l'effetto della declaratoria di incostituzionalità giacché l'immediata abrogazione delle norme contestate avrebbe avuto come effetto

va rilevato che il *Conseil constitutionnel* fin dal 2009⁷⁰ ha riconosciuto l'importanza di preservare (a vantaggio della parte che nel giudizio *a quo* abbia eccepito la questione di costituzionalità) il c.d. “*effet utile*” della dichiarazione di incostituzionalità, sicché quest'ultima deve essere applicabile (oltre che al giudizio *a quo*) anche ai giudizi in corso. A quest'ultimo proposito va aggiunto che il *Conseil constitutionnel* ha affermato la non applicabilità ai giudizi in corso della dichiarazione di incostituzionalità nei casi di timore del prodursi di “ripercussioni eccessive” ma ha riconosciuto che l'incostituzionalità “può essere invocata” dagli interessati (affermando quindi che il giudice non debba rilevarla d'ufficio)⁷¹.

Inoltre va ricordato che il *Conseil*, anche prima della riforma costituzionale del 2008 e già nel controllo in via preventiva, si era auto-attribuito un margine di manovra in merito all'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità. Infatti frequente è l'utilizzo di pronunce in cui il *Conseil*, pur riscontrando l'incostituzionalità della disposizione, non ne dichiara l'incostituzionalità (*incostituzionalità non dichiarata*) in ragione del timore di conseguenze eccessivamente negative della dichiarazione d'incostituzionalità (esito più incostituzionale di quello di partenza)⁷². E così soprattutto in materia finanziaria, il *Conseil* ha adottato decisioni di “*costituzionalità condizionale*” (dette anche “*censure virtuali*”) in cui il *Conseil constitutionnel* accerta ma non dichiara l'incostituzionalità della disposizione ed afferma la necessità di una rapida eliminazione del vizio da parte del legislatore⁷³. Questa tecnica decisoria, elaborata all'interno del

l'estensione dell'applicazione di un'imposta a persone che ne erano state esonerate dal legislatore; *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2017-651 QPC del 31 maggio 2017, *Association En marche!*, sulla disciplina degli *spot* elettorali, in cui il *Conseil constitutionnel* ha riconosciuto la violazione dell'art. 4 della Costituzione e del principio di uguaglianza ma ha indicato nel 30 giugno 2018 la data di abrogazione delle disposizioni dichiarate incostituzionali ed ha emesso una dichiarazione di conformità con riserve interpretative (in vista delle elezioni legislative che si sarebbero tenute qualche giorno dopo la pubblicazione della sentenza).

⁷⁰ Decisione n. 2009-595 DC del 3 dicembre 2009.

⁷¹ Decisioni n. 2010-52 del 14 ottobre 2010 e n. 2011-181 QPC del 13 ottobre 2011, in cui il *Conseil constitutionnel* ha affermato il proprio potere di «fissare la data dell'annullamento e di modulare nel tempo» gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità e “di prevedere che siano rimessi in discussione gli effetti che la disposizione ha prodotto prima dell'intervento di questa dichiarazione» (v. Decisioni n. 2010-108 QPC del 25 marzo 2011 e n. 2010-110 QPC del 25 marzo 2011).

⁷² Nella Decisione n. 2001-453 DC del 18 dicembre 2001, *LFSS pour 2002*, la dichiarazione d'incostituzionalità (conseguente ad un vizio formale) avrebbe impedito di rimediare ad una violazione della Costituzione: «la dichiarazione di non conformità ... avrebbe l'effetto di far sussistere nella legislazione in vigore un errore materiale comportante una disparità di trattamento, contraria nel caso di specie al principio di eguaglianza, tra i beneficiari, a seconda che fossero alloggiati in uno stabilimento o che risiedessero nel loro domicilio; ... poiché questa disposizione è stata dettata dalla necessità di rispettare la Costituzione, non si può dichiararla contraria a quest'ultima»; in *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2003-468 DC del 3 aprile 2003, *Élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen*, la rimozione della legge dichiarata incostituzionale avrebbe prodotto effetti lesivi della Costituzione maggiori di quelli prodotti dalla normativa che tale legge mirava a sostituire. In dottrina v. D. RIBES, *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 22, juin 2007.

⁷³ F. BARQUE, *Le Conseil constitutionnel et la technique de la «censure virtuelle»: développements récents*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 2006, 1409 ss.; il *Conseil* utilizza lo strumento della “censura virtuale” per la tutela di un “interesse generale” (ad esempio quello «alla protezione sanitaria della popolazione», decisione n. 2005-528 DC del 15 dicembre 2005) o per «lasciare alle autorità competenti il compito di procedere agli adattamenti necessari e di superare le difficoltà inerenti all'applicazione di una riforma», decisione n. 2005-530 DC del 29 dicembre 2005.

controllo di costituzionalità *a priori*, consente l'entrata in vigore della legge, ma al tempo stesso impone al legislatore l'onere di rimediare alla evidenziata incostituzionalità⁷⁴.

4. *La modulazione temporale dell'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità nel prisma della creatività delle Corti costituzionali*

L'esame del panorama comparato evidenzia quanto sia affermato il potere delle Corti (sia pure con modalità differenti) di "modulare" l'efficacia nel tempo (*pro praeterito* o *pro futuro*) della dichiarazione di incostituzionalità. Si riscontra infatti l'esistenza di strumenti decisionali (previsti da fonti costituzionali o legislative o introdotti in via pretoria dalle stesse Corti) o prassi (si pensi alla posticipazione della pubblicazione di una sentenza di incostituzionalità o all'adozione di ordinanze di rinvio di udienza ma in cui già si delinea una determinata linea decisionale) volte a modulare o limitare - se non eliminare del tutto - un'efficacia retroattiva o addirittura a posporre (mediante diverse tecniche argomentative) gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

Bisogna inoltre aggiungere che la preoccupazione per gli effetti dirompenti della dichiarazione di incostituzionalità è presente anche nel giudice comune che, a sua volta, spesso interviene per limitare l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità (si pensi alla definizione della nozione di "rapporto esaurito"⁷⁵, alle preclusioni processuali, ecc.) ma a volte anche per estenderli (si pensi ai "casi paralleli"). Quest'ordine di considerazioni, se da un lato conferma che la riflessione sul ruolo e sulla collocazione del giudice costituzionale nell'ordinamento non si limita (né può limitarsi) al rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (ma deve necessariamente prendere in considerazione anche il rapporto con il potere giudiziario), dall'altro lato è indice della problematicità che da sempre accompagna il tema sia (più in generale) della giustizia costituzionale (e nello specifico degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità), sia (nello specifico) degli effetti "nel tempo" (e cioè con riguardo ai rapporti già sorti e a quelli *in itinere*) della dichiarazione di incostituzionalità⁷⁶.

⁷⁴ Decisione n. 97-395 DC del 30 dicembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, in cui il *Conseil* aveva riconosciuto il carattere "non-sincero" della legge finanziaria, senza però dichiararne l'incostituzionalità; *Conseil constitutionnel*, decisioni n. 2005-528 DC del 15 dicembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, e n. 2005-530 DC del 29 dicembre 2005, *Loi de finances pour 2006*.

⁷⁵ Esemplare il caso della sentenza n. 1 del 2014 in cui la Corte costituzionale espressamente afferma che la dichiarazione di incostituzionalità della legge elettorale di Camera e Senato «non tocca in alcun modo gli atti posti in essere in conseguenza di quanto stabilito durante il vigore delle norme annullate, compresi gli esiti delle elezioni svoltesi e gli atti adottati dal Parlamento eletto». A questo proposito la Corte ricorda che «il principio secondo il quale gli effetti delle sentenze di accoglimento di questa Corte, alla stregua dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, risalgono fino al momento di entrata in vigore della norma annullata, principio «che suole essere enunciato con il ricorso alla formula della c.d. "retroattività" di dette sentenze, vale però soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida» (sentenza n. 139 del 1984)». Pertanto «Le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti».

⁷⁶ A.A. CERVATI, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., 142 ss.

Il risalente - e ricorrente - dibattito sulla natura (dichiarativa o costitutiva) delle sentenze che accertano l'incostituzionalità della legge⁷⁷ si lega ovviamente (ed in misura molto stretta) con l'efficacia *ex tunc* o *ex nunc* della dichiarazione di incostituzionalità, ma la "creatività" delle Corti (ad esempio nelle dichiarazioni di incostituzionalità "parziali" – di testi legislativi o di norme – o di omissioni del legislatore), unita all'attenzione (anch'essa sempre presente) per gli effetti delle proprie decisioni (sul bilancio statale, sul funzionamento della macchina della giustizia e più in generale delle pubbliche amministrazioni, sull'affidamento e sulla certezza dei rapporti ecc.), conduce a ritenere formalistico (se non superato) tale dibattito e forse proprio la conclusione che ha assegnato alle sentenze di accoglimento la natura di sentenze di "accertamento costitutivo" appare meglio rispondente alle dinamiche delle esperienze giuridiche contemporanee. E soprattutto (ma sul punto si tornerà diffusamente più avanti) bisogna recuperare pienamente il significato della valenza creativa dell'interpretazione giuridica.

La configurazione della dichiarazione di incostituzionalità come pronuncia di mero accertamento della non conformità della norma di legge alla Costituzione comporta (o sembrerebbe comportare) una piena efficacia retroattiva della stessa (con il limite dei rapporti esauriti) quale conseguenza del ripristino del violato ordine costituzionale⁷⁸. Ma questo schema argomentativo, proprio alla luce dei trascorsi decenni di esperienze di giustizia costituzionale, dimostra la propria natura di frutto di una semplificazione che omette di prendere in considerazione la complessità (oltre che della Costituzione, dell'atto oggetto del giudizio – e cioè della inesauribile ricchezza e molteplicità dei contenuti degli atti legislativi e dei fenomeni dalla stessa regolati – e dunque) dell'intero fenomeno del controllo di costituzionalità della legge. Il controllo di costituzionalità raramente si lascia ricondurre ad un semplicistico riscontro binario di conformità/differenza fra norma costituzionale e norma primaria giacché la insopprimibile creatività dell'interpretazione, da un lato, e la varietà delle tipologie di disposizioni legislative (oltre alla inesauribilità dei casi della vita), dall'altro lato, pongono la giustizia costituzionale su un orizzonte molto più complesso.

Il giudizio di costituzionalità (per rimanere allo stretto confronto fra norma costituzionale parametro e norma di legge oggetto del giudizio di costituzionalità, e prescindendo per ora da tutti i problemi "di contesto") pone inevitabilmente al giudice costituzionale una serie di questioni che (ad esempio) già si differenziano in ragione della tipologia della norma oggetto del giudizio di costituzionalità (di diritto sostanziale o di diritto processuale; civile, penale, tributaria, ecc.; facoltizzante o divieto, ecc.), della concreta tecnica redazionale utilizzata per "scrivere" quella determinata disposizione, o ancora in ragione del rapporto della disposizione impugnata con le altre norme regolanti la materia e dunque sugli effetti globali che determina nell'ordinamento il venir meno di quella specifica disposizione. Nell'intreccio delle questioni che è chiamato ad affrontare, il giudice costituzionale si raffigura (*rectius*, al giudice costituzionale si presenta) una

⁷⁷ Sul dibattito dottrinale relativo alla natura delle sentenze di accoglimento v. l'ampia ricostruzione contenuta in G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988 (e dottrina ivi citata); e in A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019.

⁷⁸ Esattamente speculari l'impostazione del modello austriaco (e kelseniano) che assegna efficacia solo *pro futuro* alla sentenza della Corte (quale "legislatore negativo") con l'unica retroattività nei confronti del giudizio *a quo*.

“unica” questione di costituzionalità⁷⁹ alla quale egli è chiamato (o comunque “si sente” chiamato) a dare una “unica” risposta che, a sua volta, va a toccare la dimensione della “collocazione” (e dunque il “significato”) del giudice costituzionale nell’ordinamento. In ogni pronuncia del giudice costituzionale si rinviene (conseguenzialmente) una risposta anche in merito alle problematiche legate al rapporto del giudice costituzionale con il legislatore (*rectius*, con la discrezionalità spettante al legislatore) ma anche con i giudici comuni (nonché con gli altri poteri dello Stato), risposta che a sua volta è “unica” e che discende direttamente dal quadro costituzionale. Ed è in questa prospettiva (o, se si preferisce, in questo orizzonte) che matura anche la risposta relativa alla individuazione dello strumento decisorio e dunque anche la decisione di modulare (o meno) l’efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità. Per il giudice costituzionale, l’opzione per un determinato strumento decisionale (così come l’opzione per una limitazione dell’efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità) non si prospetta come decisione “ulteriore” rispetto alla specifica questione di costituzionalità, ma viene a costituire una parte integrante della questione stessa. Ed in questa prospettiva forse appare più chiaramente come la “creatività delle Corti” (anche con riguardo alla scelta dello strumento decisionale) non sia un elemento “ulteriore” rispetto alla dichiarazione di incostituzionalità, ma è una componente essenziale della decisione stessa: la decisione sulla tipologia di strumento decisorio è un elemento (una componente) della dichiarazione di incostituzionalità. E quindi anche le problematiche connesse alla (scelta del giudice costituzionale in merito alla) efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità vanno poste all’interno di tale “unica” risposta giacché, modulando l’efficacia retroattiva o posponendo nel futuro (o addirittura rimettendo interamente al legislatore il compito di rimuovere la disciplina incostituzionale), il giudice costituzionale individua l’incostituzionalità all’interno di quella (“unica”) specifica dimensione (anche temporale) e nella ricostruzione (operata dal giudice costituzionale) di tale dimensione giocano un ruolo decisivo numerosi fattori (il caso concreto, la tipologia della norma oggetto del giudizio, la valutazione degli effetti – più o meno dirompenti - della dichiaratoria di incostituzionalità, il “costo” della sentenza, la disciplina generale di quella specifica materia, la successione nel tempo delle specifiche normative, la preesistenza o meno nella giurisprudenza comune di uno specifico indirizzo interpretativo, ecc.; e quindi – più in generale - il rapporto con il legislatore e con i giudici comuni).

Inoltre, bisogna aggiungere che l’individuazione della efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità si presenta: a) quale questione formale (ma che ha anche una valenza sostanziale, per i singoli casi concreti interessati dalla pronuncia del giudice costituzionale), legata al criterio di individuazione della norma da applicare al caso specifico (e quindi determinazione del criterio di coordinamento fra la disciplina dichiarata incostituzionale e gli effetti della sentenza della Corte costituzionale); b) ma anche quale questione di diritto costituzionale sostanziale in merito al rapporto che si ritiene debba sussistere fra giudice costituzionale e legislatore, da un lato, e fra giudice costituzionale e giurisdizione (giudice comune), dall’altro; e dunque quale aspetto peculiare (ed indicatore) della questione relativa al ruolo delle corti costituzionali nelle

⁷⁹ L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Vol. I, Padova, 1985, 299 ss.

dinamiche dell'ordinamento giuridico. Ma soprattutto è da rilevare che l'intera problematica in esame (strumenti decisori a disposizione del giudice costituzionale ed efficacia della dichiarazione di incostituzionalità) tocca direttamente la (o, se si preferisce, discende dalla) questione relativa alla normatività della Costituzione (o, se si preferisce, al riconoscimento – o meno - di una diretta efficacia normativa alle singole disposizioni costituzionali) e dunque al grado di vincolatività che si intenda riconoscere alle norme costituzionali nei confronti dei diversi soggetti dell'ordinamento: legislatore, giudici, p.a., singoli cittadini. Emerge così anche la domanda relativa all'individuazione del soggetto cui spetti l'attuazione della Costituzione, e cioè se sia compito esclusivo del legislatore o se invece (per richiamare – ad esempio - la visione haerberliana)⁸⁰ tale attuazione sia un processo che debba vedere necessariamente coinvolti tutti i soggetti dell'ordinamento con il riconoscimento di un ruolo proprio della giurisdizione e, nello specifico, del giudice costituzionale, chiamato dunque a svolgere un compito non solo “cassatorio” di norme incostituzionali ma “attivo” dal punto di vista della interpretazione delle disposizioni costituzionali, delle disposizioni legislative (anche tramite la interpretazione costituzionalmente orientata), nonché nei confronti delle omissioni – totali o parziali - del legislatore (e con tutti i conseguenti problemi che finisce inevitabilmente per porre un ruolo “attivo” o “proattivo” del giudice costituzionale)⁸¹.

Il ruolo “attivo” (o “creativo”) della giurisprudenza costituzionale è sempre stato oggetto di - anche forti - critiche (e, ancor prima, Schmitt criticava la stessa idea di instaurazione di un giudice costituzionale) critiche riassumibili nell'accusa dell'invasione – da parte del giudice costituzionale -dell'ambito riservato al potere legislativo⁸². Fra le correnti dottrinali critiche dell'esperienza delle giurisprudenze costituzionali, hanno trovato, negli ultimi decenni, ulteriore spazio il c.d. originalismo (Scalia) e quanti hanno accusato le corti di «suprematismo giudiziario»⁸³ o comunque di invasione degli spazi riservati al legislatore⁸⁴. Al fondo di queste critiche (all'interno delle quali deve essere

⁸⁰ P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978.

⁸¹ Sempre attuali appaiono le riflessioni di C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, 153 ss.

⁸² C.N. TATE - T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995; C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2005; P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2012; sulla *Jurisdiktionsstaat*, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, Costituzione, democrazia: studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, in M. NICOLETTI – O. BRINO (a cura di), Milano, 2006; V. BALDINI, *Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e Jurisdiktionsstaat (i limiti della völkerrechtsfreundlichkeit nell'ordinamento costituzionale italiano)*, in *Rivista AIC*, 2/2013.

⁸³ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss., che afferma di utilizzare l'espressione «suprematismo giudiziario» per indicare «un'attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare “realtà” o “forme” nuove rispetto a quelle dell'ordinamento vigente. Una realtà non oggettiva che, però, si pretende di rendere tale attraverso strumenti e, in ultimo, mediante la costruzione di un consenso presso l'opinione pubblica, come fonte di legittimazione politica» (*ibidem*, nota 1, 251-252); in risposta a Morrone v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss.; ed E. CHELLI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ibidem*, 777 ss.

⁸⁴ R. TARCHI, *op. ult. cit.*, pag. 972, evidenzia la portata della «polemica nei confronti di quella che viene considerata un'espansione dei poteri delle Corti (costituzionale e comuni) rispetto alla sfera del circuito politico, di un attivismo giudiziario che sconfinerebbe nelle prerogative della sfera della decisione politico-parlamentare; una polemica che ... evoca alcuni dei toni e dei temi del problema “contro-maggioritario”, con il quale si denuncia un attivismo giurisprudenziale che avrebbe condotto le Corti ad

operata la distinzione fra quelle rivolte solo al giudice costituzionale e quelle indirizzate più in generale a qualunque giudice) è facile rinvenire un approccio fortemente schematico in cui il giudice costituzionale (per rimanere nell'ambito del giudice costituzionale) è ritenuto "usurpatore" di spazi decisionali propri della politica (e dunque del legislatore). Ma è proprio questo approccio ad apparire non condivisibile per numerose ragioni.

Innanzitutto, bisogna spendere alcune riflessioni sul significato profondo dell'interpretazione giuridica e del ruolo del giudice nell'interpretazione degli atti normativi (di grado costituzionale e di grado legislativo). A questo proposito, deve ricordarsi che l'impostazione che assegna all'interprete (e nello specifico al giudice) un ruolo di soggetto chiamato ad individuare il significato "esatto" del comando contenuto nell'atto normativo come "scritto" dal legislatore (impostazione strettamente discendente dallo schema proprio della Rivoluzione francese che assegna al giudice il compito di mera *bouche de la loi*) ha mostrato da tempo tutti i propri limiti. L'attività interpretativa contiene in sé una ineliminabile componente "creativa di diritto" (Betti definisce l'interpretazione giuridica quale «interpretazione con funzione normativa») perché il diritto non è monopolio del solo legislatore (Paolo Grossi)⁸⁵.

In secondo luogo, con specifico riguardo allo schema della divisione dei poteri, è agevole evidenziare che tale schema: a) è inadeguato a comprendere le concrete dinamiche contemporanee degli ordinamenti giuridici; b) è (appunto) uno "schema" che, in quanto tale, è artificiale ed è il riflesso di un'ideologia – o di una mitologia giuridica (direbbe Paolo Grossi) – come dimostra qualunque sguardo disincantato su qualunque ordinamento giuridico (ferma rimanendo l'esigenza di vicendevole controllo fra i poteri)⁸⁶. Appare dunque necessario recuperare il significato del principio di separazione dei poteri quale *checks and balances*, cioè quale espressione dell'esigenza di vicendevole controllo (e dunque limitazione) fra poteri ed in cui nessuno ha "l'ultima parola" (v. *infra*). Inoltre, lo "schema" montesquieuiano non prevedeva (ed anzi prescinde completamente dalla esistenza di) un giudice costituzionale, il cui significato profondo discende dalla presenza di una costituzione cui è assegnata la valenza di norma di grado superiore ed a garanzia della quale è appunto previsto il controllo di costituzionalità (che opera *in primis* proprio nei confronti del legislatore e cioè della maggioranza politica di turno, essendo la funzione prima del giudice costituzionale quella di essere garante della costituzione nei confronti della tirannia della maggioranza). E proprio quest'ultima considerazione dimostra come l'applicazione meccanica dello schema della divisione dei poteri finisca per far smarrire il *proprium* del costituzionalismo del ventesimo secolo.

invadere progressivamente spazi naturali dell'attività legislativa e della decisione politica *tout court*. ... si assisterebbe, così, secondo taluni, ad un ribaltamento degli equilibri istituzionali, con il circuito della rappresentanza soggiogato e incapace di reagire in maniera efficace».

⁸⁵ Su questi argomenti F. POLITI, *Studi sull'interpretazione giuridica*, Torino, 2019; Id., *Interpretazione giuridica e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 21/2023, 109 ss.

⁸⁶ Per Montesquieu «Non vi sono in ciascuno stato tre poteri; ma si distinguono nella sovranità, cioè a dire nel potere di governare, tre specie di potestà, secondo l'oggetto, sopra di cui il governo si manifesta» (Cap. VI, 320).

A questo proposito piace ricordare la ricostruzione proposta da Maurizio Fioravanti⁸⁷ secondo cui le costituzioni della seconda metà del XX secolo - oltre a segnare una tappa nuova nella storia del principio di uguaglianza (con conseguente incidenza anche sul ruolo del giudice costituzionale)⁸⁸ - sono espressioni del contemporaneo “Stato costituzionale”⁸⁹, la cui nozione non può essere (“semplicemente”) ricompresa all’interno di quella del preesistente Stato di diritto che (“a un certo punto della sua vicenda storica”) viene a dotarsi di una costituzione rigida e del controllo di costituzionalità delle leggi, giacché “Non è accaduto solo questo è accaduto molto di più”. Per Fioravanti, nel secondo dopoguerra, «si apre una vera e propria nuova età della plurisecolare vicenda dello Stato moderno europeo»⁹⁰. E se la collocazione della Costituzione al vertice della scala delle fonti del diritto già di per sé viene a determinare un «diverso rapporto tra legislazione e giurisdizione», è necessario liberarsi dallo schema della giurisdizione come mera applicazione della legge e prendere atto del fatto che determinati fenomeni non sono «da intendere sempre e comunque come una patologia dello Stato di diritto». Siamo di fronte a «l’incerto e contraddittorio, ma sempre più deciso, manifestarsi di un’altra fisiologia, che è per l’appunto quella dello Stato costituzionale» (stato costituzionale che ha preso il posto dello “Stato nazionale di diritto”)⁹¹. L’introduzione in Costituzione di norme di principio «ha spezzato il monopolio legislativo nell’attuazione della costituzione» e questo fenomeno («che caratterizza tutte le democrazie contemporanee») si concretizza proprio «in un’obiettiva diminuzione di peso della legislazione di fronte alla Costituzione e un parallelo e corrispondente aumento di peso della giurisdizione».

Se il diritto non è monopolio del solo legislatore, non può esserlo neppure l’attuazione della Costituzione che richiede il necessario coinvolgimento di tutti gli attori dell’ordinamento. Nel nuovo assetto costituzionale, legislazione e giurisdizione vengono a porsi quali «strumenti, o percorsi, di realizzazione dei principi costituzionali, ciascuna con i propri caratteri». A casi di preponderanza della via legislativa si affiancano casi in cui (“fatalmente”) spetta alla giurisprudenza (ordinaria e costituzionale) dare consistenza al singolo principio costituzionale, ma le situazioni “più consuete” sono quelle in cui «il

⁸⁷ M. FIORAVANTI, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le costituzioni del Novecento*, Torino, 2021, 329 ss.

⁸⁸ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 345, che sottolinea come nelle costituzioni della seconda metà del XX secolo il principio di uguaglianza diventa «materia per tutti gli interpreti della costituzione compresi i giudici», la cui funzione non può più essere ricostruita quale mera “applicazione della legge” (né quale “applicazione della costituzione”), giacché «il fatto che l’uguaglianza sia ora nella costituzione, e che si debba realizzare in conformità al dettato costituzionale, attraverso la legge, ed il sindacato che i giudici svolgono sulla legge medesima, proprio alla luce del principio costituzionale di uguaglianza, ha cambiato completamente panorama storico complessivo».

⁸⁹ Al riguardo v. P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005; Id., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001.

⁹⁰ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 358, secondo cui (pag. 367) è il «peso storico della trasformazione costituzionale in atto a partire dalla metà del secolo scorso che ci sta conducendo da una democrazia legislativa ad una democrazia costituzionale, da una democrazia monistica a una democrazia pluralistica e da una democrazia esclusiva internazionale ad una democrazia sovranazionale».

⁹¹ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 359: «Nello stato costituzionale, la certezza del diritto non è più presunta come un portato necessario della legge, come il risultato immancabile di una pronta, sicura ed uniforme applicazione della legge. La certezza del diritto è piuttosto da acquisire attraverso l’interpretazione, la correzione, o l’eventuale rimozione - con il controllo di costituzionalità - della legge, essenzialmente per opera della giurisprudenza, non solo costituzionale, ma anche ordinaria. In altre parole, ... ad essere mutato è proprio il paradigma, ... l’unica via percorribile in senso ricostruttivo è quella del dialogo fra legislazione e giurisdizione».

legislatore prova a realizzare un certo equilibrio fra diversi principi costituzionali, ma non riesce a farlo in modo adeguato, ragionevole, proporzionato e la sua legge va perciò incontro ad una correzione, che non può realizzarsi altro che per via giurisdizionale ... per poi produrre magari un successivo aggiustamento legislativo»⁹². L'attuazione della costituzione avviene mediante tale articolato processo «in cui sia il legislatore che i giudici hanno svolto il loro senza che si possa più dire chi è il sovrano ... chi tra i due abbia l'ultima parola. Ed in effetti, ciò che viene qui in gioco, alla fine, è la possibilità stessa di mantenere il concetto tradizionale di sovranità, intesa proprio come diritto all'ultima parola». Ed il “necessario dialogo” fra legislazione e giurisdizione non solo amplia «i confini del principio di uguaglianza» ma ne «muta la struttura», giacché oggi il principio di uguaglianza richiede (non solo più una meccanica uniforme applicazione della legge generale e astratta ma) soprattutto una adeguata tutela delle differenze: «E se la legge sia giusta o meno, sotto questo profilo del giusto equilibrio fra astratto e concreto, lo si può e lo si deve sindacare con il controllo di costituzionalità»⁹³.

Con riguardo al ruolo dei giudici, alla critica secondo cui i «giudici stanno facendo rinascere la componente aristocratica del costituzionalismo»⁹⁴, può risponderci (oltre alla constatazione della «rivincita della natura pratica del diritto che lo conduce a realizzarsi nel caso concreto, interpretando la legge alla luce dei principi costituzionali») che il ruolo accresciuto della giurisdizione non è da vedersi nei termini di usurpazione di potere a danno al legislativo né con un saldo negativo per la democrazia⁹⁵. Le trasformazioni costituzionali in atto si esplicano inevitabilmente in “processi travagliati e incerti” (e “dai contorni largamente indefiniti”), ma va rilevato che la democrazia (il processo democratico) non può ritenersi monopolio del legislatore (né della maggioranza politica di turno quale “rappresentante del popolo sovrano”) e che il diritto non è produzione esclusiva del legislatore⁹⁶. Del resto, tutti gli studiosi del pluralismo da tempo hanno evidenziato i complessi caratteri che caratterizzano le democrazie contemporanee e che non consentono una riduzione delle stesse ad una monistica visione⁹⁷. La democrazia (*rectius*, la continua realizzazione del principio democratico) viene a strutturarsi come «processo di progressiva ed articolata concretizzazione dei principi costituzionali», processo che vede necessariamente coinvolti sia il legislatore che i giudici («ciascuno con i propri strumenti»), processo che non è (e non deve essere) «monopolio della rappresentanza politica», ma al quale devono poter prendere parte «tutti i soggetti e gli

⁹² M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 365.

⁹³ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 360.

⁹⁴ A.S. SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, 2000; C. GUARNERI – P. PEDERZOLI, *From Democracy to Juristocracy? The Power of Judges: A comparative study of courts and Democracy*, Oxford, 2002; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004; L.F. GOLDSTEIN, *From Democracy to Juristocracy*, in *Law and Society Review*, 2004, vol. 38, n. 3.

⁹⁵ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 366.

⁹⁶ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 367. Infatti, «il principio di uguaglianza si realizza, non solo trattando in modo uguale coloro che la stessa costituzione considera uguali ... ma anche trattando in modo diverso coloro che oggettivamente sono in una diversa condizione» e pertanto «il principio di uguaglianza si realizza anche tenendo conto delle differenze» e questa situazione pone «problemi inediti» che finiscono inevitabilmente per dare rilevanza alla figura del giudice e soprattutto del giudice costituzionale.

⁹⁷ P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987; Id., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011; Id., *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale*, in *Nomos*, 2/2018, 1 ss.

ordini che costituzionalmente hanno il compito di concretizzare i principi costituzionali»⁹⁸. Ed in ragione delle peculiarità delle costituzioni del pluralismo⁹⁹, si registra uno «straordinario ampliamento del ruolo della funzione giurisdizionale» (in piena contrapposizione con il modello storico precedente, proprio della Rivoluzione francese, del giudice come mero applicatore della legge dello Stato sovrano)¹⁰⁰.

⁹⁸ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 367.

⁹⁹ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 346-347 «nel tempo storico delle costituzioni democratiche è ... richiesto, proprio dalla nuova strutturazione del principio di uguaglianza, un ruolo ampio della giurisdizione, ed in particolare del controllo di costituzionalità della legge. Sotto questo profilo, chi infatti se non il giudice costituzionale potrà valutare la ragionevolezza delle differenziazioni introdotte dal legislatore? E valutare inoltre quando il legislatore ha superato un certo limite, così da determinare una sostanziale arbitrarietà di quelle differenziazioni?».

¹⁰⁰ M. FIORAVANTI, *op. ult. cit.*, 353, sottolinea che, secondo il valore di fondo posto nelle costituzioni democratiche del Novecento («la persona, ovvero un *quid pluris* rispetto all'astratto soggetto di diritto») «si lede il principio di uguaglianza, non solo trattando diversamente gli uguali, ma anche trattando in modo uguale coloro che oggettivamente hanno diverse posizioni sociali, economiche, culturali». E le differenziazioni introdotte dal legislatore devono rispondere «razionalmente ad una causa», e non essere «frutto di una volontà arbitraria». La legge deve evitare «il costituirsi di concreti privilegi», ma deve evitare anche «ingiustizie sostanziali, uniformità inconsapevoli delle differenze ... è tutto un problema di misure: nessuna legge può essere così 'concreta' da essere obiettivamente costitutiva di privilegi, nessuna legge può essere così 'astratta' da essere dimentica delle differenze, e fonte perciò di ingiustizie sostanziali».