

**L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo  
la norma dichiarata incostituzionale *ab origine*:  
natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti \***

di Roberto Romboli \*\*  
(6 aprile 2015)

**1. La natura vincolante delle regole del processo costituzionale e la possibilità di un loro bilanciamento con principi e valori sostanziali. La sentenza n. 10 del 2015: un caso di “uso” oppure di “abuso” del diritto processuale costituzionale?**

La pronuncia n. 10 di questo anno rappresenta certamente, per differenti motivi, una decisione di grande importanza, una di quelle sentenze che certamente possiede tutte le caratteristiche per entrare a far parte delle “grandi decisioni” della Corte costituzionale, vuoi per la sua incidenza sul nostro reale modello di giustizia costituzionale, vuoi per la collocazione del Giudice costituzionale nella forma di governo e quindi per la sua incidenza in ordine allo spostamento del pendolo verso l'anima giurisdizionale o verso quella politica della Corte.

Le mie osservazioni sono relative ad un solo aspetto della decisione, in particolare quello relativo alla tipologia della pronuncia o meglio al tentativo, vedremo in seguito se davvero riuscito, di modulare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, incidendo su quella che del tutto impropriamente viene chiamata la “retroattività” della pronuncia.

A questo proposito può essere utile richiamare, seppure in maniera necessariamente sintetica, alcune riflessioni in ordine al significato ed al valore che deve attribuirsi alle previsioni relative al processo costituzionale ( <sup>1</sup>).

Innanzitutto credo debba essere sottolineato come l'efficacia delle disposizioni processuali assuma un diverso significato a seconda del tipo di controllo e della natura del medesimo.

Così, per rimanere nell'ambito del controllo di tipo accentrato, pare di immediata evidenza la differenza che intercorre in proposito tra un controllo di tipo politico ed uno di tipo giurisdizionale e, in questo secondo caso, tra un controllo a carattere astratto, senza alcuna considerazione per la tutela di una situazione specifica ed un controllo a carattere concreto, nell'ambito del quale la tutela di un diritto fondamentale può risultare essere l'unico o comunque principale scopo oppure garantita solo in maniera indiretta, come accade nel caso del giudizio sulle leggi attivato in via incidentale.

Il rilievo che assumono l'esistenza di regole processuali ed il rispetto delle medesime tende ad aumentare proporzionalmente quanto più il sistema contiene forme di tutela delle posizioni soggettive e dei diritti fondamentali e quanto più esse divengono importanti o addirittura esclusive ai fini del giudizio ( <sup>2</sup>).

Questo giustifica il maggiore interesse che il tema suscita nei paesi dell'America latina nei quali l'accesso in via diretta determina la necessaria concretezza dei giudizi costituzionali e dove infatti spesso esiste, accanto a quello civile ed a quello penale, un codice di diritto

---

\* Lo scritto riproduce l'intervento al Seminario organizzato da *Quaderni costituzionali* sulla sentenza n. 10/2015, svoltosi presso la Biblioteca de “il Mulino” il 18 marzo 2015 e i cui atti saranno pubblicati in uno dei prossimi fascicoli della Rivista. Lo stesso, con piccole modifiche ed integrazioni, è destinato altresì agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*.

1 Per una esposizione più ampia e ragionata v., volendo, Romboli (2011, IV, 2295 ss.) ed AA. ivi citati.

processuale costituzionale e dove, non a caso, l'insegnamento universitario della giustizia costituzionale ha la denominazione "diritto processuale costituzionale".

Alla esistenza di un vero processo costituzionale in Italia sono state, come noto, dedicati diversi studi e alcuni incontri scientifici, tra i quali un seminario organizzato dalla Corte costituzionale<sup>(3)</sup> e almeno due incontri specifici del Gruppo di Pisa<sup>(4)</sup>.

In occasione del primo, mentre alcuni si espressero nel senso di una svalutazione del significato e della importanza da attribuire alle disposizioni del processo costituzionali<sup>(5)</sup>, altri invece ne rivendicarono il valore, rilevando come l'aspettativa di giustizia non potrebbe sussistere senza un processo, non essendo neppure pensabile un giudice senza un diritto processuale, il quale si trasformerebbe in gestore arbitrario delle posizioni sulle quali è chiamato a decidere<sup>(6)</sup>.

Nella sostanza, per quanto concerne la situazione italiana, il problema che pare porsi non è tanto quello della esistenza o meno di regole processuali, quanto all'evidenza quello della loro vincolatività per tutti i destinatari ed in particolare per il Giudice costituzionale, condizione indispensabile per potersi parlare di vera regola processuale nel significato ad essa tradizionalmente attribuito dal diritto processuale.

Il problema si pone specificamente con riguardo all'attività, di fondamentale importanza per la Corte costituzionale, che è rappresentata dal bilanciamento fra i differenti principi e valori costituzionali, rispetto alla quale può porsi il problema se il rispetto della regola processuale possa entrare nel bilanciamento oppure se i termini siano tra loro incomparabili.

---

2 In proposito v. pure Zagrebelsky (1990, 108 ss.), il quale rileva che processo e diritto processuale esistono solo dove il processo è indirizzato alla tutela di diritti individuali che pretendono di farsi valere e dove quindi, dovendo decidere su posizioni altrui, il diritto processuale è assolutamente inderogabile da parte del soggetto pubblico, mentre allorché il procedimento si svolge nell'interesse del soggetto procedente e del buon esercizio della funzione del medesimo, si dovrà parlare di "diritto procedurale", il quale è da ritenersi maggiormente derogabile e nella "disponibilità" del soggetto.

Analogamente Panunzio (1990, 263), il quale parla di un diritto processuale costituzionale che "può formarsi solo nell'ambito di una giurisdizione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali della persona".

3 Il seminario si svolse nei giorni 13 e 14 novembre 1989 e gli atti sono pubblicati nel volume *Giudizio "a quo" e promovimento* cit.

4 I relativi atti sono pubblicati nei volumi Romboli (1991) e Bindi, Perini, Pisaneschi (2008).

5 In particolare Carlo Mezzanotte (1990, 63 ss.) rilevò come tutte le categorie del processo costituzionale sono rimaste fluide e non capaci di creare un diritto processuale costituzionale coerente con una chiara ed univoca ispirazione di fondo, in quanto il processo costituzionale riguarda il sistema di governo e quindi l'incertezza delle categorie processuali non è altro che la conseguenza della incerta collocazione della Corte nella forma di governo. Le categorie come tali appartengono al diritto processuale, ma la razionalità che le sorregge non risponde a criteri di astratta coerenza logica, bensì alla concretezza ed oggettività del sistema che impone alla Corte un ruolo commisurato alla funzionalità della forma di governo, per cui le categorie processuali mantengono il loro intrinseco significato solo nei casi di micro-conflittualità.

Una posizione simile fu espressa da Giovanni Bognetti (1990, 221 ss.) il quale ritenne inopportuno impegnarsi in uno studio sistematico dei principi e delle regole processuali per i giudizi costituzionali, individuando la soluzione alle denunciate incoerenze nei comportamenti processuali del Giudice costituzionale in una riformulazione "flessibilizzante" dei principi, fino alla introduzione di un sistema di *certiorari*, con il superamento del principio del chiesto e pronunciato.

6 Così Zagrebelsky (1990, 105 ss.), sul presupposto che nel processo costituzionale sono presenti non solamente *leges*, ma anche *iura* e che l'aspetto "oggettivo" è sempre unito a quello "soggettivo" di tutela dei diritti fondamentali.

Si tratta in particolare di capire se il rispetto delle regole processuali debba considerarsi "esterno" all'attività di bilanciamento oppure "interno" alla stessa.

Se, in altri termini, le disposizioni che regolano il procedimento debbano ritenersi come una sorta di cornice che delimita e quindi stabilisce i confini entro cui la Corte può esercitare la propria attività, fra cui ovviamente anche quella di bilanciamento, con la conseguenza che il rispetto delle stesse legittima la successiva opera della Corte, al pari della esistenza dei presupposti del giudizio costituzionale (questione sollevata da un "giudice", nel corso di un "giudizio" ecc.) oppure, viceversa, se il rispetto delle regole processuali entri anch'esso, al pari dei principi sostanziali coinvolti ed emergenti dalla specifica questione sottoposta all'esame della Corte, nell'opera di bilanciamento, di modo che, a seconda dei casi, possa essere ritenuto ora prevalente, ora recessivo rispetto agli altri valori in giuoco <sup>(7)</sup>.

Ritenere il rispetto delle regole processuali un valore "interno" all'opera di bilanciamento, significa in sostanza negare l'esistenza di un diritto processuale costituzionale e la funzione in via di principio attribuita e riconosciuta alle regole processuali, togliendo loro qualsiasi, reale significato, una volta che la violazione delle stesse può sempre essere giustificata e legittimata attraverso il richiamo alla "ragionevolezza dei fini di volta in volta presumibilmente perseguiti dalla Corte" oppure alla "ragionevolezza del mezzo prescelto".

Il richiamo alla necessità del rispetto delle regole processuali sta a significare tutela di un valore assai importante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità cioè di "individuare *standards* di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale" <sup>(8)</sup>.

Indubbio che la Corte costituzionale sia un giudice "particolare" e che, di conseguenza, il processo costituzionale assuma un significato "particolare", anche nei suoi istituti più classici, quali quelli di azione, intervento, parte ecc.

Tale particolarità risulta già dal riconoscimento alla stessa di un potere normativo in ordine al proprio processo, attraverso l'approvazione di norme integrative, che realizza uno dei pochi casi in cui un giudice disciplina il proprio processo. Ugualmente indubbio, in ragione delle competenze ad esso attribuite, il margine più ampio riconosciuto al Giudice costituzionale nell'interpretare le regole processuali e soprattutto nell'integrare le stesse attraverso la propria giurisprudenza "creativa" <sup>(9)</sup>.

---

7 Questa seconda posizione è sostenuta, con estrema chiarezza, da Mezzanotte (1990, 69), il quale afferma che nel processo costituzionale "si sottopone a una sorta di bilanciamento, espresso, tacito o implicito, tutto quanto ha rilievo ai fini di un esito ragionevole, non importa se processuale o di merito, delle questioni di costituzionalità".

Alla stessa conclusione pare giungere anche chi, pur partendo dall'affermazione della necessità di un diritto processuale costituzionale, composto di principi, per quanto possibile, da rispettare, ritiene poi che di tale diritto faccia parte anche il principio non scritto secondo cui "la Corte deve poter valutare le esigenze di efficienza del suo processo e soprattutto l'"impatto ambientale" delle sue decisioni e, in rapporto a quella sua (purché ragionevole) valutazione, deve poter piegare e sacrificare in qualche caso la "logica" di quegli altri principi" (Bognetti, 1990, 226).

8 Elia (1990, 98); in proposito pure Carrozza (1991, 63 ss., spec. 69-70).

9 Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla nozione di "giudice" e di "giudizio", di "parte" del giudizio costituzionale, di "rilevanza" oppure relativamente al contraddittorio nel processo costituzionale o alla tipologia delle decisioni.

Tutto questo ammesso e riconosciuto esistono però limiti <sup>(10)</sup> oltre i quali le regole processuali cesserebbero di potersi considerare come tali, con una inevitabile ricaduta sulla stessa legittimazione della Corte nel sistema, la quale trova in larga misura fondamento proprio sulla presenza di regole processuali e sul rispetto delle medesime.

Riprendendo il titolo di un noto saggio di Alessandro Pizzorusso (1996, 140) potremmo parlare di “uso” del diritto processuale costituzionale da parte della Corte, nel senso di legittima interpretazione estensiva e creativa delle regole processuali e di “abuso” dello stesso allorchè certi limiti invalicabili vengano invece superati e chiederci se la soluzione indicata dalla Corte nella decisione da cui abbiamo preso le mosse debba essere ricompresa tra i casi di “uso” oppure tra quelli di “abuso” del diritto processuale costituzionale.

## **2. La disciplina della efficacia delle sentenze di incostituzionalità: il rapporto tra l'art. 136 Cost. e l'art. 30, 3° comma, l. 87/1953.**

L'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità è regolata, come noto, dagli artt. 136 Cost. e 30, 3° comma, l. 87/1953.

In base alla disposizione costituzionale, quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge “la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”, mentre la legge ordinaria precisa che “le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

In Italia, a differenza di quanto avvenuto in quasi tutti gli altri paesi, la disciplina relativa al controllo di costituzionalità delle leggi contenuta nella Costituzione ha la particolarità di non contenere un elemento assolutamente essenziale quale la indicazione delle vie di accesso al Giudice costituzionale.

La Corte costituzionale infatti, come scrisse Mortati, fu la Cenerentola della Costituzione e la necessità di approvare definitivamente il testo finale fu una delle cause dell'approvazione dell'emendamento Arata che rinviò a dopo la regolamentazione dell'accesso alla Corte <sup>(11)</sup>.

Il risultato fu che la disciplina della efficacia delle sentenze di accoglimento fu stabilita “sotto il velo di ignoranza” di quelle che sarebbero state le vie di accesso ed ancora di più di quello che sarebbe divenuto, una volta attivato, il controllo delle leggi nel nostro paese.

Nella discussione finale avutasi all'Assemblea costituente una posizione di prevalenza sembrava infatti riconosciuta alle diverse forme di ricorso diretto, restando quella incidentale solo uno tra i diversi modi di accesso ed è in questo momento che l'art. 136 Cost. venne approvato.

La legge costituzionale 1/1948 lasciò cadere le ipotesi di ricorso diretto (tranne quello particolare, previsto anche dall'art. 127 Cost., del ricorso dello Stato o delle regioni

---

<sup>10</sup> E' in questo senso che Valerio Onida (1990, 305) ha posto in guardia nei riguardi di un processo di “destrutturazione delle regole”, specie per un “giudice che comunque dispone inappellabilmente delle proprie regole”. Egli procede anche a sintetizzare quelle regole che ritiene “comunque necessarie”, individuandole nei principi secondo cui “non spetta alla Corte stabilire *se* decidere o meno, come può fare un organo politico; non spetta alla Corte stabilire *su che cosa* decidere, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno; non spetta alla Corte, se non entro limiti determinati, stabilire *quando* occuparsi di un determinato tema”.

<sup>11</sup> Per una ricostruzione storica della approvazione degli artt. 136 Cost e 30 l. 87/1953, v. M. D'Amico (1993, spec. 71 ss.)

avverso leggi regionali o statali) e determinò le condizioni per cui la via incidentale risulterà essere per molti anni l'unica via di accesso alla Corte costituzionale.

La legge del 1953, attraverso il suo art. 30, 3° comma, intese esplicitamente prendere atto della scelta a favore del sistema incidentale e della necessaria "utilità" del giudizio costituzionale per il processo nell'ambito del quale la questione viene sollevata.

Anche in ragione di ciò si sono poi sviluppate due differenti letture delle suddette disposizioni, in parte fondate sulla nota contrapposizione tra Calamandrei e Esposito, per la prima delle quali l'art. 136 Cost. sarebbe rivolto a disciplinare l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità per il futuro (quindi con effetto *ex nunc*), mentre l'art. 30 l. 87/1953 riguarderebbe gli effetti per il passato, stabilendo la efficacia "retroattiva" delle decisioni di incostituzionalità con riguardo sia al giudizio *a quo* che ai giudizi ancora pendenti (quindi l'effetto *ex tunc*)<sup>(12)</sup>.

Con riferimento ad un possibile contrasto tra le due previsioni si è posta specificamente la questione di costituzionalità della disposizione di legge ordinaria per violazione di quella costituzionale.

La Corte costituzionale ritenne la stessa infondata, attraverso una sentenza interpretativa, sottolineando la differenza di effetti tra l'istituto della abrogazione (*ex nunc*) e quello della incostituzionalità (*ex tunc*), da avvicinarsi invece alle conseguenze derivanti dall'annullamento dell'atto e precisando altresì che il principio del *tempus regit actum* non può valere nel caso della incostituzionalità, il quale è retto dai differenti principi che regolano appunto l'annullamento.

In tale occasione la Corte precisò che "il terzo comma dell'art. 30 della l. n. 87 (...) nel suo contenuto sostanziale, non diverge in alcun modo dal precetto costituzionale" e che "non giova in contrario richiamarsi alla diversa formulazione del terzo comma dell'art. 30, rispetto all'art. 136 della Costituzione. Questo infatti stabilisce, in linea generale ed obiettiva, quale sia la conseguenza nell'ordinamento della pronuncia di incostituzionalità: il terzo comma in contestazione ne precisa gli effetti nel processo in corso, ai fini della disapplicazione conseguente alla dichiarata illegittimità"<sup>(13)</sup>.

Anche a seguito di tale pronuncia e della interpretazione fatta propria dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, la tesi oggi nettamente prevalente è quella favorevole ad una interpretazione sistematica delle due disposizioni, nel senso che quella ordinaria rappresenta solo una chiarificazione della norma costituzionale, risultando la non applicazione una logica conseguenza della cessazione di efficacia e coordinandosi quindi perfettamente il meccanismo incidentale con il tipo di effetti conseguenti alla dichiarazione di incostituzionalità.<sup>(14)</sup>

---

12 In tal senso SILVESTRI (1989, 47 ss.).

Di recente è stato sostenuto che il meccanismo incidentale ha reso insostenibile il sistema delineato dall'art. 136 Cost., al quale ha posto rimedio l'art. 30 l. n. 87, dal momento che le formule usate nelle due disposizioni ("cessazione di efficacia" e "non applicazione") non sono equivalenti, ma espressione di intendimenti diversi, il primo disciplina gli effetti futuri ed astratti della decisione, il secondo gli effetti sui rapporti passati e concreti nei giudizi particolari che li riguardano (Zagrebelsky-Marcenò, 2012, 350-351).

13 Corte cost. 29 dicembre 1966, n. 127, *Giur. cost.*, 1966, 1697, con note di Conso, Elia e Modugno, la quale ricorda la relazione alla l. 87/1953 e le dichiarazioni del Presidente della Commissione parlamentare, nel senso "che la formula adoperata nel citato terzo comma è interpretativa e integrativa di quella costituzionale, in quanto chiarisce che la pronuncia di illegittimità vale per tutti i processi in corso".

Più di recente v. in proposito le osservazioni di Siclari (1999, 1778 ss.).

14 Per una chiara ricostruzione in tal senso delle due disposizioni v. Politi (1997, 10 ss.).

### 3. La conciliabilità della mancanza di effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale nel processo *a quo* con il carattere “incidentale” del giudizio costituzionale.

Seguendo la motivazione della decisione in esame in ordine alla possibile modulazione degli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità, può essere utile fermare l'attenzione su quattro aspetti: l'incidenza di una simile operazione sul modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia, con particolare riguardo alle caratteristiche della via incidentale; i precedenti espressamente richiamati dalla Corte a supporto della medesima; le esperienze di diritto comparato pure citate a conforto; le affermazioni relative alla spettanza alla Corte di un simile potere, attraverso l'attività di bilanciamento e il raffronto con la “creazione” delle sentenze manipolative.

Sul primo aspetto la Corte afferma che “una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale”, non ponendosi essa in contrasto con il carattere incidentale del giudizio, in quanto il requisito della rilevanza opera solo “in entrata”, vale a dire per quanto concerne la ammissibilità della questione sollevata dal giudice, ma non per la Corte ai fini della decisione della eccezione di costituzionalità <sup>(15)</sup>.

E' pacifico che il requisito della rilevanza vada verificato con riguardo al momento in cui il giudice decide di proporre la questione alla Corte, risultando privi di rilievo eventi o atti successivi a tale momento che pure determinino la sicura irrilevanza della questione.

Si tratta, come noto, della c.d. irrilevanza sopravvenuta sulla quale esiste una giurisprudenza costituzionale assolutamente consolidata nel senso di cui sopra. La particolarità nel nostro caso è che la irrilevanza è determinata non da un avvenimento successivo o da una modifica normativa che renda certamente inapplicabile la norma nel giudizio *a quo*, ma dalla decisione della stessa Corte che accoglie la questione proposta dal giudice e che decide che la norma dichiarata incostituzionale debba ugualmente essere applicata nel giudizio *a quo*. Con ciò ribadendone la rilevanza-applicabilità, ma escludendo la utilizzabilità per quel giudizio degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

Il problema di conciliabilità con il nostro sistema di giustizia costituzionale si pone però principalmente in rapporto al carattere “incidentale” del giudizio costituzionale, rispetto al quale il requisito della rilevanza è solamente un aspetto, che certamente non esaurisce la “incidentalità”.

Proprio la via incidentale infatti ha determinato nelle più seguite classificazioni dei modelli di giustizia costituzionale, la individuazione di un terzo modello, accanto a quello diffuso-concreto nordamericano e quello accentrato-astratto kelseniano. Tale modello è stato definito come “misto” o, in maniera non del tutto condivisibile, come “europeo”, in ragione del fatto di contenere elementi sia dell'uno che dell'altro (“accentrato, ma ad iniziativa diffusa”, “oggettivo, ma tendente altresì a garantire una tutela dei diritti fatti valere nel giudizio *a quo*”).

La via incidentale del resto ha inteso integrare in qualche misura il principio di soggezione del giudice alla legge, sollevando il medesimo da tale obbligo di osservanza allorchè la

---

15 Così già M.R.MORELLI (1989, 421 e 1989 A, 514).

La Corte fa poi riferimento anche all'ipotesi della questione di costituzionalità avente ad oggetto norme penali di favore, la quale pare però essere cosa diversa e riguardare, al pari ad esempio delle questioni sollevate nell'ambito del procedimento cautelare, la nozione di rilevanza, la quale viene intesa in un significato meno stringente al fine di poter superare una “strettoia” del giudizio incidentale e di poter giudicare su questioni altrimenti istituzionalmente irrilevanti.

legge si ponga in contrasto con i principi costituzionali, in attuazione della subordinazione del piano della legalità a quello della costituzionalità.

Il giudice pertanto se nutre un dubbio circa la conformità della legge alla Costituzione, non può essere obbligato ad applicare una legge incostituzionale, ma deve sollevare la questione davanti alla Corte e qualora questa ritenga che il dubbio manifestato dal giudice abbia fondamento, quest'ultimo potrà decidere il suo giudizio senza fare applicazione della legge incostituzionale.

Dal punto di vista infine del soggetto destinatario della legge e titolare dei diritti costituzionali, la via incidentale rappresenta l'unico strumento che l'ordinamento gli riconosce per far valere il suo diritto nei confronti di una lesione di un diritto fondamentale da parte del legislatore, non essendo prevista alcuna forma di ricorso individuale diretto al Giudice costituzionale.

Difficile pertanto non rilevare come la soluzione di ritenere la norma dichiarata incostituzionale non efficace nel giudizio *a quo* determina un totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesa alla via incidentale, con conseguente stravolgimento della finalità ad essa sottese <sup>(16)</sup>.

Il giudice *a quo* infatti e la parte che ha proposto l'istanza, sollevando dubbi circa la conformità di una norma alla Costituzione, si trovano a veder riconosciuto il fondamento degli stessi e quindi la lesione dei diritti costituzionali ad opera del legislatore, ma al tempo stesso a dover sopportare l'applicazione di una legge dichiarata incostituzionale <sup>(17)</sup>.

Non pare un caso che quegli ordinamenti - come di recente quello francese relativamente alla "nuova" competenza attribuita al *Conseil constitutionnel* in ordine al controllo *a posteriori* attraverso la via incidentale <sup>(18)</sup> - che prevedono la efficacia *ex nunc* delle decisioni di incostituzionalità, hanno poi in via giurisprudenziale fornito una interpretazione tale da garantire l'"effetto utile" della eccezione di costituzionalità, facendo sì che la dichiarazione avesse efficacia quanto meno nel giudizio *a quo*, allo scopo di evitare una palese contraddizione del sistema.

---

16 In senso contrario invece M. D'amico (1993, 59), secondo la quale la limitazione della retroattività degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità non si pone in contraddizione con la natura incidentale, muovendosi sul piano della efficacia e non della autorità della sentenza.

Secondo Bignami (2015) la sentenza n. 10 del 2015 ha spezzato il nesso che rende l'incidente di costituzionalità una fase pregiudiziale, finalizzata a decidere la controversia da cui esso ha tratto origine, finendo per porre sul medesimo piano coloro che hanno adito la giurisdizione per tutelare i propri diritti e chi invece è rimasto inerte e usufruisce dei vantaggi connessi all'iniziativa altrui, esattamente nella medesima misura.

17 Secondo Pinardi (1993, 114 ss.), la Corte costituzionale, con le sue decisioni, disattende le legittime aspettative di coloro i quali, avendo eccepito a giusta ragione il vizio di costituzionalità, hanno ottenuto in ultima analisi un chiaro riconoscimento della fondatezza delle loro pretese. L'A. ritiene altresì che, attraverso questa tipologia di decisioni la Corte viene ad eludere "la somma garanzia giurisdizionale posta a tutela della coerenza complessiva del sistema normativo ... operato dallo stesso organo costituzionale cui tale garanzia dovrebbe far capo".

Analogamente Politi (1997, 291), per il quale questo tipo di decisioni produce una sorta di autolimitazione da parte della Corte del proprio compito istituzionale.

18 La riforma del sistema di controllo delle leggi in Francia è stata realizzata a seguito della revisione costituzionale degli artt. 61 e 62 (l. cost. 23 luglio 2008 n. 724), cui è stata data attuazione con l'approvazione della legge organica 10 dicembre 2009 n. 1523.

#### **4. I precedenti giurisprudenziali richiamati dalla Corte come espressione di due differenti momenti della giustizia costituzionale ed il riferimento espresso a situazioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta.**

Passando al secondo aspetto, la Corte costituzionale, nell'affermare che una graduazione degli effetti temporali delle dichiarazioni di incostituzionalità deve ritenersi coerente con i principi costituzionali, sostiene di aver già operato in tal senso "anche in passato, in alcune circostanze sia pure non del tutto sovrapponibili a quella in esame" e cita in proposito otto decisioni.

I precedenti citati fanno riferimento a due differenti momenti ed esperienze della giurisprudenza costituzionale, la prima verificatasi alla fine degli anni Ottanta ed inizio degli anni Novanta del secolo corso (1988-1992), la seconda circa dieci anni dopo (2003-2004) in ipotesi, come dirò, assai diverse.

Le cinque decisioni citate con riguardo al primo momento sono espressione del tentativo compiuto in tali anni dalla Corte di superare quelli che furono chiamati gli "ostacoli politici" <sup>(19)</sup> che avrebbero potuto "frenare" il Giudice costituzionale nella sua volontà di giungere alla dichiarazione di incostituzionalità, unitamente al necessario rispetto delle scelte discrezionali del legislatore.

Tale tentativo avvenne attraverso la creazione di una nuova tipologia di decisioni indicata per lo più come "illegittimità costituzionale sopravvenuta" oppure anche "sentenze di accoglimento datato" (Cerri, 2012, 268), di "incostituzionalità progressiva" (Panunzio, 1989, 279 ss.) o di "accoglimento dal momento in cui" (Zagrebelsky, 1989, 209).

In realtà, nonostante la Corte si sia sforzata sempre di motivare le sue decisioni attraverso il riferimento a situazioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta <sup>(20)</sup>, a meglio vedere era possibile distinguere tra due diversi modi di operare da parte del Giudice costituzionale.

In ragione di ciò avevo proposto di distinguere tra una illegittimità costituzionale sopravvenuta in senso stretto e la limitazione dell'efficacia retroattiva della incostituzionalità realizzata in concreto attraverso un bilanciamento tra valori o principi costituzionali (Romboli, 1990, 108 ss. e 1993, 106 ss.).

Nel primo caso (illegittimità sopravvenuta in senso stretto) la Corte affermava che una determinata disciplina, conforme al dettato costituzionale al momento della sua entrata in vigore, era divenuta incostituzionale solo successivamente, a seguito del sopraggiungere di avvenimenti posteriori, per cui l'effetto della dichiarazione di incostituzionalità doveva decorrere dal momento in cui tale condizione si era effettivamente verificata. La determinazione della efficacia della dichiarazione di incostituzionalità discendeva dal fatto che la legge impugnata perdeva efficacia, non dal giorno della sua entrata in vigore, ma da un momento successivo (quello cioè da cui è divenuta incostituzionale), restando fermo che tale legge non poteva trovare applicazione nel giudizio *a quo* e in tutti i giudizi ancora pendenti in cui deve farsi applicazione della stessa. Dal momento in cui la legge fosse divenuta incostituzionale, ciò doveva infatti valere per tutti, anche per i rapporti sorti prima del passaggio della soglia temporale di tollerabilità costituzionale. <sup>(21)</sup>

---

19 L'espressione è di Pace (1989, 53).

20 Tale figura, già richiamata con riguardo al controllo delle leggi anteriori alla Costituzione, si esprime nel fatto che una determinata legge, approvata successivamente alla Costituzione, è perfettamente conforme ad essa nel momento dell'approvazione, mentre il contrasto si verifica successivamente a seguito di una modificazione del quadro normativo attraverso l'introduzione di nuove leggi oppure in ragione di una evoluzione dei costumi o della avvenuta concretizzazione di alcuni valori costituzionali.

Nel secondo caso invece (bilanciamento) la Corte, nella considerazione che la dichiarazione di incostituzionalità di una legge, nel tutelare e garantire certi valori, produrrebbe contemporaneamente effetti negativi rispetto ad altri valori, anch'essi meritevoli di tutela a livello costituzionale, differiva l'efficacia della propria pronuncia in maniera tale da ridurre o eliminare tali effetti negativi ed indicava quindi un termine a partire dal quale la disposizione impugnata doveva ritenersi incostituzionale. In questi casi la Corte è pervenuta al risultato di richiedere che la norma dichiarata incostituzionale venisse ciò nonostante ancora applicata nel giudizio *a quo* oppure nei giudizi pendenti. Evidente la differenza in ordine alla individuazione del *dies a quo*, cui ricollegare gli effetti della decisione di accoglimento. Nel primo caso esso, coincidendo con il momento in cui la legge è divenuta per tutti incostituzionale, deve essere ricavata interamente all'interno della questione di costituzionalità ad essa sottoposta e dal materiale normativo a disposizione della Corte, mentre nel secondo, dovendosi individuare il punto di minor sofferenza per i differenti valori in giuoco, essa gode indubbiamente di una maggiore discrezionalità, che sfugge a possibili verifiche, se non quella relativa alla sua "ragionevolezza".<sup>(22)</sup>

Dei cinque precedenti richiamati dalla Corte costituzionale due sembrano potersi collocare nella prima categoria<sup>(23)</sup> e tre alla seconda<sup>(24)</sup>.

21 Cfr. Panunzio (1989, 279 ss.), secondo cui "una volta che il valore costituzionale è ormai tutto spiegato non tollera più di essere compresso, una volta che la soglia sia stata superata, quel valore diviene operante pienamente per tutti: ciò che prima per i soggetti era costituzionalmente tollerabile (doveva essere tollerato) oggi, anche per quegli stessi soggetti ed i loro rapporti, non lo è più".

22 La differenza tra i due diversi modi di operare della Corte è segnalata pure da Zabrebelsky (1989, 208 ss.), il quale distingue in proposito tra i casi di "illegittimità sopravvenuta, che consegue al vizio della legge e non ad una volontà della Corte e le sentenze di incostituzionalità che limitano la loro efficacia retroattiva "per motivi di ordine generale"; da Pinardi (1993, 55 ss.) e da Ruggeri, Spadaro (2014, 185), i quali distinguono la "illegittimità costituzionale sopravvenuta" dalla "incostituzionalità differita"; da Panzera (2013, 129 ss.), il quale distingue tre ipotesi: la illegittimità costituzionale sopravvenuta, la illegittimità differita e la modulazione degli effetti causata dal timore di "vuoti" normativi nell'immediato futuro.

23 Trattasi delle sentenze 27 aprile 1988, n. 501 e 26 marzo 1991, n. 124, *Foro it.*, 1989, I, 639 e 1991, I, 1333.

Nel primo caso la Corte ha dichiarato la incostituzionalità di talune disposizioni in materia pensionistica relative a magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, procuratori e avvocati dello stato, facendo decorrere gli effetti dal 1° gennaio 1988, data a partire della quale si sarebbe verificata, a seguito della successione nel tempo di una serie di leggi, la situazione di incostituzionalità.

Nel secondo caso la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina relativa all'indennità di contingenza per la parte in cui non consentiva la computabilità della stessa su elementi retributivi diversi da quelli previsti dalla contrattazione collettiva prevalente nel settore dell'industria, a decorrere dal 28 febbraio 1986, data di entrata in vigore della l. 38/1986 che ha restituito alle parti sociali il potere di modificare, anche in senso più favorevole ai lavoratori, la disciplina legale.

Nello stesso periodo si è verificato pure un terzo caso, non citato dalla Corte e da ricondurre alla stessa tipologia di decisione: Corte cost. 9 gennaio 1991, n. 1, *Foro it.*, 1991, I, 375.

24 Trattasi delle sentenze 9 marzo 1988, n. 266, 16 febbraio 1989, n. 50 e 9 novembre 1992, n. 416, *Foro it.*, 1988, I, 1432, 1990, I, 822 e 1993, I, 10.

Nel primo caso la Corte ha dichiarato la incostituzionalità della normativa che regolava il sistema di irrogazione di sanzioni disciplinari o provvedimenti circa la "carriera" dei giudici militari, senza la istituzione di un organo di autogoverno della magistratura militare. La illegittimità è dichiarata "nella parte in cui consente che i provvedimenti di cui all'articolo in questione siano ulteriormente adottati con la procedura indicata nella medesima disposizione", precisando che "la decisione non tocca in alcun modo gli atti amministrativi e giurisdizionali già posti in essere in conseguenza del disposto di cui alla norma impugnata, tenuto conto della ricordata, necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale in materia e delle difficoltà contingenti che hanno potuto rallentare la attuazione".

Le decisioni citate con riguardo al secondo periodo si riferiscono, come detto, ad una situazione per molti versi differente.

Innanzitutto riguardano giudizi di costituzionalità promossi in via principale, secondo caratteristiche pertanto del tutto diverse dalla via incidentale, inoltre fanno riferimento ad una avvenuta modifica del parametro costituzionale, attraverso la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione.

Sebbene in una logica diversa, anche in questi casi si tratta di una forma di illegittimità costituzionale sopravvenuta, a seguito della modificazione dei rapporti di competenza tra stato e regioni. Ciò che fino ad un certo momento era competenza statale, dopo la riforma è divenuto competenza delle regioni, con conseguente incostituzionalità delle leggi statali che disciplinavano una certa materia <sup>(25)</sup>.

In conclusione, un elemento che accomuna tutti i ricordati precedenti è rappresentato dal richiamo operato dalla Corte ad una situazione di incostituzionalità sopravvenuta e ad una necessaria gradualità nella attuazione dei principi costituzionali, le quali fondano e legittimano la limitazione degli effetti “retroattivi” della dichiarazione di incostituzionalità.

## **5. Il richiamo della Corte ad esperienze di giustizia costituzionale di altri paesi: i casi di previsione a livello normativo del potere di dilazionare gli effetti nel tempo e quelli di creazione, *praeter legem*, di tipi particolari di decisione**

Per quanto concerne invece i riferimenti ad esperienze di altri paesi, la Corte osserva come “del resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche

---

Il secondo caso è relativo alla dichiarazione di incostituzionalità della mancata previsione della pubblicità delle udienze davanti alle commissioni tributarie. Per la Corte “stante la gradualità con la quale è avvenuta la evoluzione della natura delle commissioni tributarie, soltanto ora può considerarsi realmente verificata la sopravvenuta illegittimità costituzionale. La declaratoria di illegittimità costituzionale non può avere e non ha alcuna conseguenza sugli atti pregressi e sui provvedimenti emessi anteriormente alla data di pubblicazione della sentenza, i quali rimangono tutti pienamente validi”.

Il terzo caso riguarda il mancato intervento obbligatorio del p.m. nei procedimenti di modificazione dei provvedimenti riguardanti i figli minori in caso di separazione, a differenza di quanto previsto in caso di divorzio. A giudizio della Corte tale previsione poteva ritenersi giustificabile fintanto che i due procedimenti erano regolati diversamente, mentre dopo che la l. 74/1987 ha dettato una disciplina identica per entrambi, la differenza è divenuta incostituzionale. La Corte precisa che tale effetto opera solamente “con riferimento ai giudizi instaurati dopo la entrata in vigore di tale legge”.

25 La Corte richiama come precedenti le sentenze 23 dicembre 2003, n. 370, 13 gennaio 2004, n. 13 e 29 dicembre 2004, n. 423, *Foro it.*, 2005, I, 49, 2014, I, 2666 e 2005, I, 2291.

Il primo caso è relativo al fondo speciale per gli asili nido stabilito con legge statale non più compatibile con il nuovo assetto delle competenze stato-regione dopo la riforma del titolo V. In ragione della rilevanza sociale del servizio degli asili-nido, relativo a prestazioni che richiedono continuità di prestazioni in relazione ai diritti costituzionali implicati, la Corte ha ritenuto che restassero salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti.

Nel secondo caso la Corte, sempre a seguito del mutamento delle competenze dopo la revisione del titolo V, ha dichiarato la incostituzionalità di una legge statale relativamente alla competenza del dirigente scolastico regionale, stabilendo però che la stessa venisse meno solo quando le regioni, nel proprio ambito territoriale e nel rispetto della continuità del servizio di istruzione, con legge, avessero attribuito a propri organi la definizione delle dotazioni organiche del personale docente delle istituzioni scolastiche.

Nel terzo caso la Corte ha dichiarato la incostituzionalità dei contributi statali per la iscrizione a scuole paritarie, rilevando come la particolare rilevanza della misura, che richiede continuità di erogazione in relazione ai diritti costituzionali implicati, giustificava che restassero salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti.

nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi”.

Circa le esperienze esplicitamente citate pare opportuno svolgere alcune brevi osservazioni.

Le pronunce del Tribunale costituzionale portoghese hanno, come accade in Italia, una efficacia *ex tunc* e se è vero che questo procede, in certi casi, ad una limitazione degli effetti verso il passato, è anche vero che questo potere è espressamente conferito al Tribunale dalla stessa Costituzione.

L'art. 282, 4° comma, prevede infatti che “quando [lo esigano] la certezza del diritto, ragioni di equità o di interesse pubblico di eccezionale rilievo, che devono essere motivate, il Tribunale costituzionale potrà determinare gli effetti della incostituzionalità (...) con una portata più limitata di quanto previsto nel primo e nel secondo comma”.

Anche per la Corte costituzionale austriaca la possibilità di dilazionare l'efficacia delle dichiarazioni di incostituzionalità fino ad un massimo di diciotto mesi è espressamente prevista nella legge costituzionale austriaca del 1930, il cui art. 140, par. 5, 3° periodo, nel testo vigente, stabilisce che “l'annullamento ha effetti dal giorno della pubblicazione [della sentenza], a meno che la Corte costituzionale non abbia stabilito un termine per la sua entrata in vigore; questo termine non può superare i diciotto mesi”.

Di regola si ritiene essenziale salvaguardare la posizione delle parti che hanno dato origine alla questione, rispetto ai quali la sentenza sarà comunque efficace.

Nella esperienza tedesca la soluzione adottata in proposito è stata anticipata in via giurisprudenziale e successivamente formalizzata in una legge del 1970.

Il Tribunale costituzionale federale ha operato nell'ambito della tipologia delle decisioni, distinguendo, anche quanto a dispositivo e quindi ad efficacia, tra decisioni di “incompatibilità” e decisioni di “incostituzionalità-nullità”.

Nel primo caso viene a determinarsi un “blocco di applicazione” per il passato, il presente ed il futuro della disciplina giudicata incompatibile con la Legge fondamentale e questo “sia nel caso di specie sia negli altri rapporti ancora in corso (*ergo* non coperti da giudicato) in cui venga in rilievo la disciplina, senza che, però, questa venga privata della sua validità. Il giudizio sul caso *de quo*, al pari di quelli su eventuali altre cause, viene sospeso fino all'intervento del legislatore, sollecitato dal Tribunale costituzionale” (Rorig, 2014, 32).

La dottrina prevalente ha ritenuto che, prima del riconoscimento normativo, il Tribunale aveva operato in una situazione normativa che consentiva l'intervento creativo della giurisprudenza, qualificabile come *praeter* (e non *contra*) *legem*.

In Spagna il Tribunale costituzionale ha operato in una maniera per alcuni aspetti accostabile a quella del Tribunale federale tedesco, vale a dire attraverso una, certamente “ardita”, interpretazione della legge organica che veniva a modificare la lettura fino ad allora seguita dalla giurisprudenza costituzionale.

Nei primi dieci anni di funzionamento infatti il Tribunale ha tenuto ferma la efficacia *ex tunc* della dichiarazione di incostituzionalità, mentre a partire dalla decisione n. 45 del 1989, ha sostenuto la possibilità di scindere la dichiarazione di incostituzionalità ed il conseguente accertamento della nullità, operando quindi, come il Tribunale tedesco, sul piano della tipologia delle decisioni e distinguendo tra decisioni di incostituzionalità semplice e decisioni di incostituzionalità-nullità.

Nella surricordata decisione il Tribunale costituzionale spagnolo ha sostenuto espressamente che “la legge organica non autorizza questo Tribunale, a differenza di quanto accade in qualche altro sistema, a ritardare o differire il momento di efficacia della nullità. Tuttavia quel collegamento tra incostituzionalità e nullità non è sempre necessario, né gli effetti della nullità nella parte riferita al passato vengono definiti dalla legge, che lascia a questo Tribunale il compito di precisare la sua portata in ogni caso, dato che la

categoria della nullità non ha lo stesso contenuto nei differenti settori dell'ordinamento. Il collegamento tra incostituzionalità e nullità si rompe, tra gli altri casi, in quelli in cui il motivo dell'incostituzionalità della norma si individua, non nella sua lettera, ma in una sua omissione" (26).

In due delle quattro esperienze richiamate dalla Corte costituzionale il potere di dilazionare nel tempo l'efficacia delle sentenze di incostituzionalità è pertanto espressamente previsto nella Costituzione o in una legge costituzionale, mentre nelle restanti due il Giudice costituzionale si è mosso - con una indubbia creatività, ma per lo più *praeter legem* - nell'ambito della tipologia delle decisioni, senza mai riconoscere a se medesima il potere di regolare, in maniera difforme da quanto espressamente previsto dalla legge, gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

In proposito viene in mente l'ammonimento di Alessandro Pizzorusso (1991, 7), con riguardo "agli atteggiamenti disinvolti, sotto il profilo del rispetto dei principi processuali, che ha Corte ha talora assunto", nel senso che "quello che conta non è tanto il numero o la qualità delle inosservanze, quanto il fatto che esse non siano teorizzate come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale (che sarebbe invero assai pericolosa per la Corte e per il paese), ma siano anzi tenacemente (anche se non sempre convincentemente) smentite".

## **6. L'applicabilità nel giudizio a quo della norma riconosciuta *ab origine* incostituzionale ed il parallelo con le sentenze manipolative. La disapplicazione dell'art. 30, 3° comma, l. 87/1953 e la sostanziale riscrittura dello stesso ad opera della Corte costituzionale.**

A giustificazione della modulazione degli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità, la Corte costituzionale fa espresso riferimento alla attività di bilanciamento tra principi di rango costituzionale, sostenendo di dover tenere in debita considerazione l'impatto della propria pronuncia su altri principi costituzionali, al fine di valutare l'eventuale graduazione degli effetti temporali e che "è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro" (27).

Rispetto ai ricordati precedenti la Corte, per la prima volta, non fa alcun riferimento a situazioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta o di gradualità nella realizzazione di principi costituzionali, ma al contrario riconosce che la normativa impugnata era illegittima *ab origine*, sottolineando addirittura che le modifiche della stessa intervenute

---

26 In occasione della recente riforma della legge organica del Tribunale costituzionale (approvata nel 2007), era stato proposto di formalizzare l'interpretazione seguita dal Tribunale costituzionale, inserendo una disposizione secondo la quale "quando la sentenza dichiara l'incostituzionalità, dichiarerà parimenti la nullità delle norme impugnate o denunciate. Ciononostante, motivatamente e per preservare i valori o gli interessi che la Costituzione tutela, la sentenza potrà dichiarare unicamente l'incostituzionalità oppure differire gli effetti della nullità entro un termine che in nessun caso potrà superare i tre anni". La proposta non è stata poi approvata in sede di riforma della legge organica.

Sul punto v. Guerrero Picò (2014, 86 ss.).

27 Per l'affermazione secondo cui, a differenza di quanto accade in altri sistemi di giustizia costituzionale, gli effetti delle decisioni di incostituzionalità sono integralmente previsti dal diritto ed operano del tutto automaticamente, per cui alla Corte spetta dichiarare il contrasto della legge con la Costituzione, ma non spetta dettare alcuna disposizione sugli effetti della sua dichiarazione, v. Zagrebelsky (1989, 199).

Analogamente Onida (1989, 305) rileva come "non spetta alla Corte determinare gli effetti delle proprie pronunce: la Corte determina il contenuto della decisione, non i suoi effetti".

successivamente alla proposizione della questione di costituzionalità hanno reso, se possibile, ancora più incostituzionale la normativa impugnata <sup>(28)</sup>.

La motivazione infatti fa riferimento non ad elementi da valutare oggettivamente allo scopo di fissare il *dies a quo* per la decorrenza degli effetti della incostituzionalità, bensì esclusivamente all'attività di bilanciamento svolta dalla stessa Corte, allo scopo di pervenire alla soluzione costituzionalmente ritenuta più corretta e ponendo in tale attività sullo stesso piano elementi di ordine sostanziale con quelli di ordine processuale, elementi che dovrebbero ritenersi "interni" alla questione ed elementi invece necessariamente "esterni" alla medesima.

La Corte costituzionale svolge in proposito un parallelo con le più note decisioni manipolative, rilevando come le esigenze dettate dal ragionevole bilanciamento tra i diritti e i principi coinvolti determina la scelta della tecnica decisoria, "così come la decisione di illegittimità costituzionale può essere circoscritta solo ad alcuni aspetti della disposizione sottoposta a giudizio – come avviene ad esempio nelle pronunce manipolative – similmente la modulazione dell'intervento della Corte può riguardare la dimensione temporale della normativa impugnata, limitando gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale sul piano del tempo".

Questa impostazione riprende la tesi espressa in dottrina in particolare da Gaetano Silvestri (1989, 47 ss.), il quale ha posto una distinzione tra applicazione della norma ed applicazione della sentenza, rilevando come la automaticità di contenuti tra illegittimità ed annullamento si verifica solo nel caso della incostituzionalità "secca", al di fuori del quale la misura della disapplicazione dipende dal modo di applicazione della sentenza. Attraverso le sentenze additive la Corte stabilisce in maniera vincolante come la sentenza deve essere applicata e le sentenze manipolative potrebbero essere ammesse solo se si riconosce che la Corte può disporre in modo cogente sugli effetti delle proprie sentenze.

Secondo questa tesi la sentenza della Corte ha effetti normativi e questo non potrà essere sconosciuto per gli effetti temporali, vale a dire per la determinazione di un'altra modalità (al pari di quella manipolativa) di applicazione della sentenza, in quanto l'ambito temporale, nei limiti delle situazioni giuridiche esistenti, è una delle dimensioni della concreta incidenza della decisione di accoglimento sul sistema normativo. <sup>(29)</sup>

Le due ipotesi (sentenze manipolative e dilazione degli effetti) non sembrano in realtà tra loro così facilmente accostabili.

La prima infatti fa riferimento alla possibilità, accolta dalla Corte, di dichiarare una legge solo parzialmente incostituzionale, dal momento che la stessa non può essere giudicata interamente incostituzionale, ma solo nella parte in cui prevede o non prevede qualcosa <sup>(30)</sup>. Di conseguenza è solo una parte o in certi casi una interpretazione a porsi in contrasto con la Costituzione e solo quella viene quindi espunta dall'ordinamento.

---

28 Secondo Marcheselli (2015) diverso è affermare che "la ingiustizia nel passato non c'è stata" rispetto a dire che "l'ingiustizia c'è già stata ma può essere tollerata perché l'Europa ci chiede di tenere in ordine i conti".

29 Successivamente lo stesso Autore ha sostenuto che, a rigore, la modulazione degli effetti dovrebbe essere esclusa in ragione delle legittime aspettative delle parti del giudizio *a quo* e della necessaria immediata eliminazione della legge incostituzionale. Al pari di quanto accade per le sentenze manipolative, la critica rigorista, a giudizio di Silvestri, ha fondamento solo se si ritiene che la Corte non partecipa al processo attivo di attuazione della Costituzione, ma solo a quello di applicazione della stessa contro norme di contenuto incompatibile (Silvestri, 2009, 131-133.).

30 Secondo M.R. Morelli (1989, 511) le sentenze "nella parte in cui" si pongono sul medesimo piano di quelle di incostituzionalità "dal momento in cui".

Certamente la Corte, come noto, ha poi impiegato la dichiarazione di incostituzionalità parziale allo scopo di manipolare il testo della norma oggetto del giudizio costituzionale, ma richiamandosi in questo alle necessarie “rime obbligate”.

In ogni caso diversa appare l’operazione della Corte allorchè questa viene ad incidere sull’oggetto del giudizio rispetto a quella attraverso la quale viene ad operare all’“esterno” del medesimo con riguardo cioè agli effetti della decisione di incostituzionalità <sup>(31)</sup>.

A fronte di una disposizione legislativa che stabilisce inequivocabilmente che la norma dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla *Gazzetta ufficiale*, la Corte costituzionale non procede ad una, seppur ardita, interpretazione della medesima, bensì ad una sostanziale disapplicazione della stessa in ragione dell’esito di un bilanciamento tra principi costituzionali e regole processuali, costituzionalmente necessario allo scopo di contemperare tutti i principi e diritti in gioco e per un risultato sostanziale che eviti di determinare una ancora maggiore situazione di incostituzionalità.

In proposito potremmo innanzi tutto dubitare circa la possibilità di bilanciare principi con regole, nella considerazione del risultato sostanziale <sup>(32)</sup>: potrebbe la Corte sorvolare sul fatto che un ricorso o una questione sono stati presentati fuori termini o senza il rispetto delle condizioni stabilite dalla legge solo in considerazione dell’importante significato del tema sollevato o della sicura fondatezza della questione?

La Corte costituzionale procede infatti ad una sostanziale riscrittura dell’art. 30, 3° comma, l. 87/1953, stabilendo che essa, con decisione inoppugnabile e secondo un principio di stretta proporzionalità, può chiedere al giudice *a quo* o a quelli dei giudizi pendenti di derogare a tale disposizione, in presenza dei seguenti presupposti: “l’impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco”.

## **7. La incidenza della disciplina della efficacia della dichiarazione di incostituzionalità sulla tutela dei diritti. La necessaria chiarezza del dispositivo (il caso della sent. 170/2014) e la possibile riduzione della tutela a causa della autolimitazione della Corte nei riguardi delle leggi costituzionalmente necessarie.**

In conclusione vorrei svolgere alcune considerazioni in ordine alla incidenza della disciplina relativa alla efficacia nel tempo delle dichiarazioni di incostituzionalità sulla tutela dei diritti fatti valere nel processo *a quo* o in quelli pendenti e pertanto sulle conseguenze

---

31 Cfr. Panunzio (1989, 277), il quale osserva come attraverso il raffronto tra le sentenze manipolative e la modulazione degli effetti nel tempo si finisce per confondere cose diverse. Le prime infatti attengono all’oggetto della questione, mentre cosa diversa è che la Corte, una volta che sia già stato definito l’oggetto, disponga degli effetti della pronuncia dal punto di vista temporale. In questo caso “la Corte non opera più (per così dire) dentro il suo giudizio, ma fuori di esso: non definisce tanto le norme ed il loro significato precettivo, ma definisce i destinatari della sua pronuncia”. Anche Politi (1997, 275 ss. ) parla di una differenza qualitativa che intercorre tra le decisioni manipolative e quelle che tendono a modulare l’efficacia temporale.

32 Sulla differenza tra regole e principi (e valori) nel bilanciamento ai fini della limitazione della efficacia retroattiva delle sentenze di incostituzionalità, v. Ruotolo (2000, 139 ss., spec. 141), il quale cita Dworkin, nel senso che “le regole sono applicabili nella forma del tutto o niente”, per cui se si danno i fatti previsti da una regola ed essa è valida, allora si deve accettare la risposta che essa fornisce. Le regole quindi esprimono comandi definitivi, mentre i principi comandi di ottimizzazione dei valori da questi espressi che devono essere realizzati nella misura più ampia, in relazione alle possibilità di fatto e di diritto.

che la decisione in esame potrebbe avere sulla tutela dei diritti a livello sovranazionale (specie di fronte alla Corte Edu), nonché a livello interno (specie davanti ai giudici comuni). Una valutazione conclusiva sarà infine dedicata ad una possibile soluzione alla risalente necessità di liberare la Corte costituzionale dagli “ostacoli politici” che possono trattenerla da dichiarare la incostituzionalità di una legge.

Con riguardo al primo aspetto è forse superfluo ricordare come determinare (e quindi poter limitare) la efficacia della dichiarazione di incostituzionalità di una norma non può essere considerata al pari di una qualsiasi tecnica di giudizio, incidendo una simile scelta direttamente sui diritti garantiti o illegittimamente limitati da quella norma <sup>(33)</sup>.

Per questo assume una particolare importanza, proprio per la tutela dei diritti coinvolti, che gli effetti della pronuncia del Giudice costituzionale risultino del tutto chiari e privi di possibili incertezze, in modo tale da dare luogo ad una uniforme applicazione della decisione.

Cosa che purtroppo non sempre accade, come di recente nel caso della sentenza n. 170 del 2014 con la quale è stata dichiarata la incostituzionalità degli art. 2 e 4 l. 14 aprile 1982 n. 164, nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

La mancanza di chiarezza circa gli effetti è infatti testimoniata dalle differenti letture fornite in dottrina in ordine agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità; mentre per alcuni le disposizioni oggetto della questione dovrebbero continuare ad essere applicate fino all’intervento del legislatore, per altri invece queste sarebbero da ritenersi inapplicabili fintanto che il legislatore non intervenga nel senso richiesto dalla Corte <sup>(34)</sup>.

La ragione di tale incertezza deriva dal fatto che la disposizione dichiarata incostituzionale viene, al tempo stesso, ritenuta nella motivazione addirittura come costituzionalmente necessaria, in quanto l’introduzione, nei casi quali quello in esame, di un divorzio a domanda “equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l’art. 29 Cost.”.

Questo, a mio giudizio, deriva dal fatto che, per la prima volta, la Corte costituzionale dichiara la incostituzionalità di una “pura e semplice” omissione legislativa, non collegata cioè alla incostituzionalità di una norma scritta. Ipotesi questa, come noto, non prevista dal nostro sistema di giustizia costituzionale, con la conseguenza che la stessa non ha potuto essere considerata dalla disciplina degli effetti delle sentenze di incostituzionalità, che ha tenuto a base l’ipotesi in cui oggetto della questione sia una norma e non una pura omissione del legislatore, che rappresenta per la nostra esperienza di giustizia costituzionale un oggetto “nuovo” della questione di costituzionalità <sup>(35)</sup>.

---

33 In tal senso, con riferimento alla c.d. incostituzionalità “differita”, v. Cerri (2012, 268), il quale rileva come in questo caso “si finisce quasi sempre con l’incidere sul diritto di agire, su un diritto che, per essere inviolabile e supremo, risulta anche difficilmente suscettibile di bilanciamento”, mentre con riguardo alla decisione in esame, v. Dickmann (2015, 12), il quale osserva come tale pronuncia produce l’effetto di una oggettiva “minore” garanzia per i soggetti lesi dalla legge dichiarata incostituzionale.

34 Per un chiaro quadro ed una sistematizzazione delle varie posizioni espresse in dottrina v. Veronesi (2014).

35 In proposito, in maniera più motivata, Romboli (2014, I, 2680 ss.)

La ricaduta sulla minore tutela dei diritti deve indurre a cautela la Corte costituzionale allorchè decide di procedere ad una sorta di autolimitazione del proprio compito istituzionale attraverso la elaborazione ed emanazione di pronunce “ad effetti retroattivi limitati o nulli” (Politi, 1997, 291).

Lo stesso effetto può di recente essere ricondotto ad una affermazione, non adeguatamente sottolineata dalla dottrina, contenuta nella nota decisione n. 1 del 2014 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità della legge n. 270 del 2005 relativa alla legge elettorale nazionale.

In tale occasione infatti, a quanto mi risulta per la prima volta, la Corte ha ritenuto che il limite delle leggi costituzionalmente necessarie, elaborato con riguardo alla ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo, deve ritenersi valido anche per le pronunce di incostituzionalità.

L'aver ritenuto il limite in questione valido anche per la Corte, conduce alla conseguenza che di fronte ad una legge costituzionalmente necessaria, ma anche palesemente incostituzionale, essa, venendo all'evidenza meno al proprio ruolo, non può procedere alla dichiarazione di incostituzionalità qualora a seguito di quest'ultima non risulti una normativa immediatamente applicabile.

Unica possibilità pertanto è quella di far uso delle c.d. sentenze manipolative, nella versione additiva o sostitutiva, con esclusione quindi di quelle che dichiarano la incostituzionalità totale della disposizione.

Anche in questo caso, come in quello in esame, pare giocare un ruolo fondamentale la necessità di evitare che si crei una situazione normativa più incostituzionale rispetto a quella cui tende a porre rimedio la dichiarazione di incostituzionalità.

Evidente il rischio che una simile motivazione possa divenire una sorta di *passe-partout* valido per qualsiasi opzione decisoria <sup>(36)</sup> e comunque il compito della Corte è quello di giudicare sulla costituzionalità di una legge, mentre altri sono i soggetti ai quali spetta ricercare le soluzioni alternative a quella incostituzionale.

Il rischio per la Corte è pertanto quello di spingersi in un terreno che non le appartiene, snaturando il proprio ruolo, come in parte sembra sia accaduto proprio in occasione della ricordata sentenza 1/2014, allorchè la Corte ha operato in modo che non si creasse una lacuna, attraverso una dichiarazione di incostituzionalità che reintrodurrebbe il sistema proporzionale e soprattutto con una additiva in materia di voto di preferenza che, proprio sulla base della motivazione della pronuncia, non poteva certo ritenersi “a rime obbligate”. Lo stesso Giudice costituzionale indica infatti varie possibili soluzioni alternative alle liste bloccate della l. 270/05 dichiarate incostituzionali, salvo individuare, in attesa di un intervento del legislatore, quella della preferenza unica, senza che questa sia ricavata da una norma giuridicamente esistente e mai prevista ad esempio per l'elezione del senato.

## **8. L'ipotesi di un possibile ricorso alla Corte di Strasburgo delle parti del giudizio a quo, nel quale deve essere applicata la norma dichiarata *ad origine* incostituzionale.**

Venendo adesso agli effetti ed alle possibili conseguenze della decisione in esame con riguardo ad un eventuale “dialogo” con la Corte di Strasburgo, l'ipotesi potrebbe essere

---

36 In proposito v. Zagrebelsky (1989, 220), secondo cui l'eccessiva dilatazione della dichiarazione di illegittimità costituzionale sopravvenuta “può diventare un *passe partout* improprio, dai confini nebulosi usato per ‘governare’ in tutti i casi in cui appaia opportuno gli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità, in pieno contrasto con l'effetti *ope legis* previsto dall'ordinamento, nonché incompatibili con i caratteri di una funzione che, almeno dal punto di vista delle forme, viene unanimemente considerata giurisdizionale”.

Nello stesso senso v. Politi (1997, 291).

quella di un ricorso davanti alla stessa, per supposta violazione degli art. 6 e 13 della Cedu<sup>(37)</sup>, da parte dei soggetti parti del giudizio *a quo*<sup>(38)</sup>.

Ciò sul presupposto che, nel nostro ordinamento, la proposizione di una questione attraverso la via incidentale rappresenta l'unico strumento a disposizione del cittadino per far valere la lesione di un suo diritto da parte di atto legislativo o avente forza di legge.

Il riconoscimento, per tale via, dell'avvenuta lesione del diritto e la contemporanea affermazione della ciò nonostante necessaria applicazione della legge al ricorrente che ha avuto ragione con il suo ricorso, equivale nella sostanza ad una mancata tutela del diritto fatto valere e quindi ad una possibile violazione dei diritti garantiti dalla Cedu.

Nella specie le disposizioni impugnate erano quelle contenute in un decreto legge del giugno 2008, convertito in legge nell'agosto dello stesso anno e, a seguito di un giudizio instaurato davanti all'autorità giudiziaria, la questione di costituzionalità era stata sollevata davanti alla Corte con ordinanza di rinvio del marzo 2011.

La Corte costituzionale si è pronunciata sull'eccezione di costituzionalità con sentenza del febbraio 2015, vale a dire dopo quattro anni dalla data del provvedimento di rimessione ed ha deciso che per l'intero periodo di vigenza della normativa riconosciuta incostituzionale l'avvenuta lesione del diritto, in considerazione di prevalenti principi o valori costituzionali, non potesse ricevere soddisfazione.

Il ritardo, essendo i tempi medi di decisione per il giudizio in via incidentale attestati intorno a sei mesi-un anno, va pertanto interamente a pesare sui ricorrenti non garantiti per la lesione del proprio diritto durante un periodo reso più lungo proprio in conseguenza del ritardo con cui la Corte ha deciso la questione, non potendosi certo escludere la lesione stessa in ragione del fatto, sottolineato dal Giudice costituzionale, che "gli interessi della parte ricorrente trovano comunque una parziale soddisfazione nella rimozione, sia pure solo *pro futuro*, della disposizione costituzionalmente illegittima".

A supporto della fondatezza di un eventuale ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbero essere utilizzate le motivazioni con cui proprio la Corte costituzionale si pronunciò in ordine alla questione di costituzionalità relativa al potere della Corte di Lussemburgo di limitare nel tempo gli effetti delle pronunce pregiudiziali, rese sulla validità di disposizioni regolamentari impositive di prestazioni patrimoniali, escludendo dagli effetti della dichiarazione di invalidità gli atti di esecuzione compiuti in epoca anteriore alla pronuncia, anche se oggetto della stessa controversia che ha dato origine al deferimento della questione pregiudiziale.

In quella occasione la nostra Corte ritenne che "ove però la sentenza arrivi ad escludere dalla efficacia della dichiarazione di invalidità l'atto o gli atti stessi oggetto della controversia che ha provocato il ricorso pregiudiziale alla Corte da parte del giudice nazionale, non si può nascondere che sorgono gravi perplessità in ordine alla compatibilità con il contenuto essenziale del diritto alla tutela giurisdizionale della norma che consente una pronuncia siffatta" e che "il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubita della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida,

---

37 Secondo Pinardi (1993 114-115), la dilazione degli effetti temporali che escluda la possibile disapplicazione per il giudizio *a quo* pare porsi in contrasto con quel diritto alla tutela giurisdizionale che l'art. 24 Cost. riconosce come diritto inviolabile e che secondo la stessa Corte "va ascritto tra i principi supremi del nostro ordinamento" in considerazione della sua strettissima correlazione con il principio democratico. L'A. sottolinea come "è evidente che con le sue decisioni la Corte disattende le legittime aspettative di coloro i quali, avendo eccettuato a giusta ragione il vizio di costituzionalità, hanno ottenuto in ultima analisi un chiaro riconoscimento della fondatezza delle loro pretese".

38 Pone il problema anche Bignami (2015)

ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima". (39)

### **9. La possibilità per i giudici comuni di procedere direttamente ad una modulazione degli effetti nella loro attività di bilanciamento di valori e la efficacia del *dictum* della Corte nei riguardi degli stessi: la inadeguatezza del dispositivo a realizzare le finalità espresse in motivazione.**

Di maggior interesse, almeno nella immediatezza dei tempi, il problema relativo alla efficacia di quanto deciso dalla Corte - stante almeno alla motivazione e salvo quanto dirò subito dopo – nei riguardi dei giudici comuni i quali saranno chiamati a dare applicazione alla sentenza in esame.

La Corte costituzionale ha infatti confermato, con riguardo alla generalità dei casi, l'interpretazione da sempre seguita degli artt. 136 Cost. e 30, 3° comma, l. 87/1953, rispetto alla quale ha individuato un limite alla normale "retroattività" della pronuncia di incostituzionalità sulla base di un'operazione di bilanciamento tra differenti valori, tendente ad evitare l'eccessivo sacrificio di uno tra questi e la creazione di una situazione di maggiore incostituzionalità.

Stante questo, potremmo chiederci quale sia l'efficacia del *dictum* della Corte nei confronti dei giudici comuni, i quali sono certamente vincolati dalla dichiarazione di incostituzionalità, ma pure dalla disciplina degli effetti della stessa derivante dalle disposizioni costituzionali e della legge.

Da tempo una parte della dottrina aveva avvertito come "la pretesa della Corte di gestire gli effetti retroattivi delle sue pronunce (fuori del caso dell'incostituzionalità sopravvenuta) non potrebbe alla fine essere efficacemente difesa dalla Corte contro un divergente orientamento della magistratura comune, che ritenesse invece tali effetti integralmente e inderogabilmente regolati dal diritto" (Zagrebelsky, 1989, 219) o avanzato almeno l'interrogativo, per il caso di limiti alla retroattività derivanti dall'operare di altri valori costituzionali, "se, e fino a che punto, possa essere la Corte, e non piuttosto i giudici dei casi concreti, a dire l'ultima parola" (Onida, 1989, 338).

Accanto ai dubbi circa la vincolatività della indicazione ricavabile dalla motivazione della sentenza in ordine ai limiti alla "retroattività" degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, potrebbe porsi l'ulteriore dubbio circa la possibilità, in futuro, che i giudici comuni possano loro stessi, nell'ambito del potere di bilanciamento tra valori che certamente spetta loro – come in moltissime occasioni la Corte ha avuto modo di sottolineare - procedere a limitare l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità, attraverso un'operazione simile a quella svolta dal Giudice costituzionale.

---

39 Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232, *Foro it.*, 1990, I, 1855, la quale ha pure rilevato che "una volta riconosciuta l'importanza del procedimento previsto dall'art 177 del Trattato ai fini della realizzazione di un compiuto sistema di tutela giurisdizionale a garanzia dei diritti dei singoli nell'ordinamento comunitario, non può non apparire in contraddizione con la natura stessa di una sentenza pregiudiziale, e con la relazione necessaria che intercorre fra giudizio incidentale e giudizio principale, l'ipotesi in cui la sentenza emanata nel giudizio incidentale non possa trovare applicazione nel giudizio incidentato che l'ha provocata" e che "di fronte ad una possibile violazione di un principio fondamentale, [non] potrebbero invocarsi (...) le esigenze primarie dell'applicazione uniforme del diritto comunitario e della certezza del diritto. Una simile valutazione comparativa appare invero difficilmente configurabile, e si può inoltre rilevare che ambedue le esigenze invocate non risulterebbero affatto compromesse, ove, pur facendo salvi gli effetti pregressi del regolamento invalidato, si lasciasse inalterata l'efficacia della pronuncia nella controversia oggetto del giudizio principale ed anche in tutti quei giudizi già iniziati dinanzi alle giurisdizioni nazionali prima della data di emanazione della sentenza invalidante".

Di questo la Corte pare accorgersi allorchè, nel sostenere la possibilità di individuare limiti alla efficacia generalmente riconosciuta alle dichiarazioni di incostituzionalità sulla base di quanto normativamente stabilito e di farlo quando sussista la necessità di salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irrimediabilmente sacrificati, precisa che in questi casi “la loro individuazione è ascrivibile all’attività di bilanciamento tra valori di rango costituzionale ed è, quindi, la Corte costituzionale – e solo essa – ad avere la competenza in proposito” (corsivo aggiunto).

L’aspetto comunque più importante credo sia legato alla efficacia di quanto chiaramente ricavabile dalla motivazione della sentenza in esame – nel senso cioè che la dichiarazione di incostituzionalità non debba valere per il giudizio in corso e per i giudizi pendenti – rispetto a quanto invece sta scritto sia nella parte conclusiva della motivazione che nel dispositivo.

La Corte infatti sostiene che “in conclusione, gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui sopra devono, nella specie e per le ragioni di stretta necessità sopra esposte, decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della presente decisione nella *Gazzetta ufficiale* della Repubblica” e nel dispositivo la dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata viene dichiarata “a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella *Gazzetta ufficiale* della Repubblica”.

In entrambi i casi si tratta pertanto di una mera parafrasi di quanto scritto nell’art. 136 Cost. e quindi della apparente riaffermazione di un principio ampiamente conosciuto e di una efficacia da sempre attribuita alle decisioni di incostituzionalità.

La divergenza tra un chiaro dispositivo e la motivazione dovrebbe, secondo i principi, essere risolta a favore del primo <sup>(40)</sup> - soprattutto quando, come nella specie, esso non contiene alcuna forma di rinvio alla seconda - e quindi della non applicazione della norma dichiarata incostituzionale “a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione [della] sentenza nella *Gazzetta ufficiale* della Repubblica”.

In effetti se guardiamo ai precedenti richiamati dalla Corte costituzionale concernenti giudizi in via incidentale e nei quali, attraverso il riferimento alla illegittimità costituzionale sopravvenuta, ha inteso modificare l’efficacia derivante dalla applicazione dei criteri generali fissati dalla legge, essa ha provveduto a far risultare espressamente la deroga dalla formulazione del dispositivo <sup>(41)</sup>.

Ed anche nella sola ipotesi in cui nel dispositivo la incostituzionalità veniva dichiarata “a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella *Gazzetta ufficiale* della Repubblica”, veniva subito dopo precisato “ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti” <sup>(42)</sup>.

Il dispositivo in conclusione, per come è stato formulato nella sentenza in esame, parrebbe pertanto tale da poter frustrare le finalità, stando alla motivazione, inequivocabilmente perseguite dalla Corte, ma non adeguatamente ed efficacemente espresse nel dispositivo.

---

40 Per alcune considerazioni più specifiche sul punto v., volendo, Romboli (1991, 686 ss.).

41 Corte cost. 9 marzo 1988, n. 266 cit. ha dichiarato la incostituzionalità della disposizione impugnata “nella parte in cui consente che i provvedimenti di cui allo stesso articolo siano ulteriormente adottati con la procedura indicata nella medesima disposizione”; Corte cost. 5 maggio 1988, n. 501 cit., nel cui dispositivo si precisa che la dichiarazione di incostituzionalità viene dichiarata “con decorrenza dalla data del 1° gennaio 1988”; Corte cost. 26 marzo 1991, n. 124 cit., nel cui dispositivo si precisa che la incostituzionalità è “sopravvenuta dal 28 febbraio 1986”; 9 novembre 1992, n. 416 cit., nel cui dispositivo pure si precisa che la incostituzionalità è “sopravvenuta dal 12 marzo 1987”.

42 Corte cost. 16 febbraio 1989, n. 50 cit.

**10. La possibilità per la Corte di modulare gli effetti delle sentenze di incostituzionalità: le soluzioni *de iure condito* e quelle *de iure condendo*. La necessità di una modifica quanto meno dell'art. 30 l. 87/1953: i “moniti” e l'autosollevamento della questione di costituzionalità.**

Come ha ricordato Sergio Panunzio, il primo compito degli studiosi “più che quello di favorire o contrastare questa tendenza della giurisprudenza, è quello di capirla, spiegandone le ragioni” (43).

In questo senso appare evidente come la sentenza in esame rappresenti un tentativo senza dubbio apprezzabile di liberare la Corte costituzionale da quelli che, oramai da tempo e da diverse parti, sono stati chiamati “gli ostacoli politici”, i quali possono impedire alla stessa di svolgere appieno il proprio ruolo di garante dei principi costituzionali.

Tali ostacoli sono stati per lo più individuati nelle ipotesi in cui la dichiarazione di incostituzionalità di una legge potrebbe produrre situazioni di maggiore incostituzionalità oppure sconvolgere l'ordine e la gradualità dell'attuazione dei valori costituzionali o ancora determinare rilevanti conseguenze economico-sociali oppure l'azzeramento di tutta quanta l'attività processuale svolta in un determinato settore nel corso di un ampio periodo di tempo da parte di tutti i giudici italiani (44).

Allo scopo di individuare una possibile risposta al problema, in misura maggiore o minore da tutti riconosciuto, sono state avanzate diverse soluzioni, alcune *de iure condito*, altre *de iure condendo*.

Le prime sono state in genere avanzate, e ritenute quindi ammissibili, da quanti hanno sostenuto la legittimità, da parte della Corte costituzionale, di un bilanciamento anche comprensivo delle regole processuali e, in specie, della disciplina degli effetti delle sentenze di incostituzionalità, concludendo quindi nel senso che, in presenza degli “ostacoli politici” di cui sopra, la Corte possa derogare alla efficacia “retroattiva” delle proprie pronunce di illegittimità costituzionale (45), mentre altri hanno esplicitamente escluso tale possibilità, sostenendo quindi la ineludibilità di un intervento del legislatore a dettare una diversa disciplina della materia (Zagrebelsky, 1989, 218-219).

In una posizione intermedia potremmo collocare coloro che hanno ammesso la soluzione in via giurisprudenziale, ma limitandola a situazioni assolutamente eccezionali e derivanti in maniera vincolante da specifiche disposizioni costituzionali. In tal senso si è parlato di soluzioni a “rime obbligate” (Onida, 1989, 337) oppure “a rime obbligatissime” (Politi, 1997, 275).

La “via legislativa” ha posto il problema della indicazione del tipo di fonte richiesto allo scopo e non possono certo nutrirsi dubbi sul fatto che il ricorso ad una legge costituzionale sarebbe tale da eliminare in proposito qualsiasi dubbio (46).

---

43 Panunzio (1989, 222) il quale sostiene che ognuno di noi deve dare il proprio contributo ad un processo di assestamento o di modificazione del sistema “se ritiene che ciò sia utile ad una maggiore razionalità e funzionalità del sistema stesso: cioè, nel nostro caso, ad una migliore giustizia costituzionale”.

44 In proposito v., per tutti, Politi (1997, 291 ss.).

45 Agli Autori citati alla nota 7, cui *adde* Luciani (1989, 105 ss.), il quale ritiene una simile operazione della Corte per niente inusuale, richiamando in proposito e parificando quindi tale attività alle decisioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore.

46 In tal senso v., per tutti, Pace (1989, 54).

Nel progetto predisposto dalla Bicamerale nel 1997, mentre era prevista la possibilità, per la Corte, di differire fino ad un anno gli effetti delle sentenze di accoglimento, si era ritenuto di non introdurre nel progetto di riforma la facoltà della Corte di limitare gli effetti retroattivi delle proprie decisioni, in quanto si sarebbe così introdotto una deroga di carattere eccessivamente ampio al principio generale che impedisce di applicare a tutti i rapporti ancora “giustiziabili” le norme dichiarate incostituzionali<sup>(47)</sup>.

La modifica della normativa vigente risulta, a mio giudizio, assolutamente indispensabile per il raggiungimento dello scopo di una limitazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità verso il passato, dal momento che non può essere consentito al Giudice costituzionale di disapplicare una disposizione, quale l’art. 30, 3° comma, l. 87/1953 che inequivocabilmente richiede al giudice comune di non dare applicazione alla norma dichiarata incostituzionale a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla *Gazzetta ufficiale*. Il riconoscimento di un simile potere alla Corte renderebbe difficile escludere analoga possibilità con riguardo al giudice comune, pure legittimato all’attività di bilanciamento.

La suddetta disapplicazione non potrebbe comunque trovare giustificazione quale risultato di un inammissibile bilanciamento tra principi costituzionali ed una regola processuale, la quale, come detto, deve ritenersi esterna all’attività di bilanciamento ed anzi fondativa della legittimazione della Corte ad operare lo stesso, al pari dell’esercizio di qualsiasi altra competenza ad essa attribuita.

Allo scopo potrebbe però ritenersi sufficiente la modifica della legge 87/1953, conformemente alle esperienze di altri paesi che hanno inserito la previsione non nel testo costituzionale, ma nella legge organica di attuazione del medesimo e non vi è dubbio che, nel nostro sistema di giustizia costituzionale la suddetta legge (per alcuni non costituzionale, ma “costituzionalizzata”) abbia un ruolo analogo a quello rivestito, ad esempio nella esperienza spagnola o francese, dalla legge organica nella stessa materia<sup>(48)</sup>.

La Corte costituzionale, di fronte alla endemica inerzia del legislatore assai disattento alle esigenze di cui stiamo parlando, potrebbe intervenire, nel rispetto delle proprie competenze, sollecitando esplicitamente l’intervento del legislatore e minacciando altrettanto espressamente la dichiarazione di incostituzionalità, come spesso, anche di recente, ha fatto<sup>(49)</sup>.

Nel corso del più volte ricordato seminario dedicato dalla Corte costituzionale nel 1988 al problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità, Franco Modugno (1989, 15) aveva avanzato la possibilità che la Corte dichiarasse la incostituzionalità

---

47 In proposito v. Romboli, Rossi, Tarchi (1998, spec. 86 ss.)

48 Non sembra invece percorribile, per le ragioni riportate nel testo, la via di una modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale ad opera dello stesso Giudice costituzionale. In proposito v. le osservazioni di Gragnani (2002, 258 ss.).

49 Nella consueta conferenza stampa il Presidente Gallo, relativamente all’attività della Corte costituzionale nel 2013, ha sostenuto che i moniti “costituiscono l’unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità” e che “queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l’affermazione – resa nell’esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia” (corsivo aggiunto).

Alla qualificazione come obbligatorio dell’intervento del legislatore, è seguita nell’anno successivo (sentenze n. 1 e n. 170/2014) la dichiarazione di incostituzionalità delle normative che erano state citate come casi di mancato rispetto, da parte del legislatore, di specifici “moniti” o avvertenze contenuti in pronunce della Corte.

dell'art. 30 l. 87/1953, "in quanto esclude, indiscriminatamente, che le leggi dichiarate illegittime possano applicarsi in tutti i giudizi che abbiano per oggetto fatti che cadono in ordine temporale sotto il vigore delle leggi stesse".

Alla luce della decisione in commento potremmo pensare che la Corte costituzionale avrebbe potuto sollevare davanti a se medesima una questione di costituzionalità dell'art. 30, richiamandosi al principio di stretta proporzionalità e nella parte in cui non prevede che il principio di non applicazione non sia suscettibile di deroga neppure in presenza di una "impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento", anche quando "la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco".

\*\* Università di Pisa.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. (1989), *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè
- AA.VV. (1990), *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè
- Bignami, M. (2015), *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)
- Bindi E., Perini M., Pisaneschi A. (2008), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Bognetti, G. (1990), *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in *Giudizio "a quo" cit.*, 221 ss.
- Carrozza, P. (1991), *Il processo costituzionale come processo*, in Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale cit.*, 63 ss.
- Cerri A. (2012), *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè
- D'Amico M. (1993), *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè
- Dickmann, R. (2015), *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare "effetti ancor più incompatibili con la Costituzione"*, in *Federalismi.it*, 25 febbraio 2015, 12,
- Elia, L. (1990), *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio "a quo" cit.*, 98.
- Gragnani A. (2002), *Ipotesi di disciplina in via di autoregolamentazione degli effetti nel tempo delle decisioni di illegittimità costituzionale*, in Pizzorusso A., Romboli R., *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, a cura di Famiglietti G., Malfatti E., Sabatelli, P.P., Torino, Giappichelli.
- Guerrero Picò, C. (2014), *Spagna*, in Passaglia P. (cur.), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Corte costituzionale, Servizio studi, area diritto comparato, dicembre 2014.
- Luciani M. (1989), *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni '90*, in *Effetti temporali cit.*, 105 ss.
- Morelli M.R. (1989), *La sentenza n. 50 del febbraio 1989 e l'accoglimento del nuovo modello decisorio di declaratoria di incostituzionalità "sopravvenuta", a seguito di precedente pronuncia monitoria*, in *Effetti temporali delle sentenze cit.*, 421
- Morelli M.R. (1989 A), *Sentenza monito, inerzia del legislatore e successiva declaratoria di "incostituzionalità sopravvenuta". Nuove tipologie di decisioni costituzionali di accoglimento, al di là del dogma della efficacia retroattiva*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 514.
- Marcheselli, A. (2015), *Dalla Robin tax allo sceriffo di Nottingham*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)
- Mezzanotte C. (1990), *Processo costituzionale e forma di governo*, in *Giudizio "a quo" cit.*, 63 ss.
- Modugno, F. (1989), *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali delle sentenze cit.*, 15.
- Onida, V. (1989), *Relazione di sintesi*, in *Effetti temporali delle sentenze cit.*, 335.
- Onida, V. (1990), *Relazione di sintesi*, in *Giudizio "a quo" cit.*, 305
- Pace A. (1989), *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in *Effetti temporali cit.*, 53.
- Panunzio, S. (1989), *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali cit.*, 279 ss.
- Panunzio, S. (1990), *Qualche riflessione sulla "elasticità" delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in *Giudizio "a quo" cit.*, 263

- Panzerà, C. (2013), *Interpretare, manipolare, combinare*, Napoli, Esi.
- Pinardi, R. (1993), *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè.
- Pizzorusso, A. (1991), *Prefazione*, in Romboli R. (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 7.
- Pizzorusso, A. (1996), *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in Bessone, A. (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 140 ss.
- Politi, F. (1997), *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam.
- Romboli R. (1990, 1993), *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989) e (1990-1992)*, a cura di Romboli, Torino, Giappichelli.
- Romboli R. (cur.) (1991), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli
- Romboli, R. (1991 A), *Il contrasto tra motivazione e dispositivo come presupposto della correzione di errori materiali ed efficacia della interpretazione da parte della Corte di proprie precedenti decisioni*, in *Giur. cost.*, 1991, 686 ss.
- Romboli, R., Rossi, E., Tarchi, R. (1998), *La Corte costituzionale nei lavori della Commissione bicamerale*, a cura di Dal Canto, F., Torino, Giappichelli
- Romboli, R. (2011), *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Esi, vol. IV, 2295 ss.
- Romboli R. (2014), *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro it.*, 2014, I, 2680 ss.
- Rorig, M.T. (2014), *Germania*, in Passaglia, P. (cur.), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti cit.*, 32.
- Ruggeri, A., Spadaro, A. (2014), *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli
- Ruotolo, M. (2000), *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, Cedam
- Siclari, M. (1999), *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 1778 ss.
- Silvestri G. (1989), *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in *Effetti temporali delle sentenze cit.*, 47 ss.
- Silvestri, G. (2009), *Le garanzie della Repubblica*, Torino, Giappichelli
- Veronesi, P. (2014), *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Studium Iuris*, 2014.
- Zagrebelsky, G. (1989), *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in *Effetti temporali cit.*, 209.
- Zagrebelsky, G. (1990), *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio "a quo" cit.*
- Zagrebelsky, G.-Marcenò, V. (2012), *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino