

Marco Bignami

Gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale: problemi e prospettive

(doi: 10.1439/116447)

Quaderni costituzionali (ISSN 0392-6664)

Fascicolo 1, marzo 2025

Ente di afferenza:

Università di Siena (unisi)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Orizzonti di giustizia costituzionale

Gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale: problemi e prospettive

1. PREMESSA

Il presente seminario interno, i cui lavori ho l'onore di coordinare, si muove nella prospettiva di valutare se e come la Corte potrà procedere, volendo, nella ridefinizione dei propri poteri di incidere sulla dimensione temporale delle pronunce di accoglimento, in sede di applicazione dell'art. 136 della Costituzione. Lo scopo del presente intervento è perciò di individuare possibili prospettive in tale direzione.

A fronte di una disposizione costituzionale a prima lettura esplicita nel porre una rigida regola su tale materia, resta che l'ipotesi di manipolare gli effetti temporali delle decisioni della Corte non è meramente speculativa, in forza di due decisioni spartiacque: l'una che ciò permette per il passato, escludendo la retroattività (sent. n. 10/2015, sulla c.d. *Robin tax*); l'altra che ciò ammette per il futuro, preservando l'efficacia della disposizione colpita fino ad una certa data (sent. n. 41/2021, sui giudici onorari applicati alle Corti di appello). Innanzi a tale delimitazione di campo, si erge tuttavia il severo ammonimento di larga parte della dottrina circa l'incompatibilità di tali tecniche con l'art. 136 della Costituzione (per tutti, Romboli 2015), sicché, nell'ambito di un seminario rivolto a riflettere su un magma ancora non sedimentatosi, è da tale dubbio che si deve partire.

In effetti, le pronunce di manipolazione temporale sono ancora piuttosto rade, pur a fronte di casi in cui ad esse si sarebbe potuto ricorrere (si pensi al noto confronto tra la sent. n. 10/2015 e la sent. n. 70 /2015, la prima manipolativa per finalità di equilibrio delle finanze pubbliche, la seconda pienamente retroattiva, a fronte di identiche esigenze: Barbera 2015). Ne deriva che non si può ancora considerare sciolta l'alternativa tra l'impiego sistematico di questa tecnica decisoria ed il suo definitivo abbandono.

Nel proseguo del presente testo scritto, invertendo parzialmente l'ordine espositivo della mia relazione introduttiva al seminario, prenderò anzitutto in

considerazione le proposte da altri avanzate, e svilupperò poi il ragionamento esposto oralmente. Va ulteriormente premesso che la bontà di ogni soluzione andrebbe saggiata sulla sua capacità di adattarsi sia alla contrazione dell'effetto retroattivo, sia alla paralisi di quello *pro futuro*, anche quale strumento per sfuggire all'ipocrisia di dichiarazioni di inammissibilità, o persino di non fondatezza, comandate dallo stato delle cose (Antonini 2015, 1064).

2. LE PROPOSTE DI INTEGRAZIONE DEL PERCORSO FINO AD ORA SEGUITO DALLA CORTE

Per preservare la legalità costituzionale e al contempo assicurare la disponibilità, in capo alla Corte, di una modalità decisoria evidentemente così preziosa da imporsi nonostante l'impervio sentiero che impone di percorrere, si può anzitutto cercare una via irenica che neghi in radice il conflitto tra l'una e l'altra esigenza. A sua volta, tale via subisce diramazioni, a seconda che si intenda argomentare o nel senso che *a)* la manipolatività temporale è già in sé compatibile *tout court* con l'art. 136 Cost., o nel senso che *b)* vi sono accorgimenti tecnici con i quali raggiungere siffatta compatibilità, e in assenza dei quali essa invece mancherebbe. Nel corso del seminario, tali posizioni sono state entrambe sostenute, con differenti sfumature. Ne sono intuitivi i pregi, cosicché a me tocca esclusivamente ipotizzare le perplessità che potrebbero destare.

Muovendosi nella prospettiva *sub a) supra*, vi è anzitutto la suggestione di rileggere con occhi vergini la previsione costituzionale che impone la cessazione di *efficacia* della disposizione dichiarata illegittima dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, rammentando che una declinazione di essa in termini di cessazione di *applicazione* (con conseguente effetto retroattivo) si deve alla sola scelta in tal senso compiuta dall'art. 30 l. n. 87/1953. Sarebbe allora possibile recuperare la spinta abrogativa *pro futuro* della decisione di accoglimento di kelseniana ascendenza, sia attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 30, sia eventualmente mediante dichiarazione di illegittimità di quest'ultima disposizione, previa autoremissione. Si aggiunge che ciò non dovrebbe comportare l'esclusione dell'efficacia retroattiva della pronuncia di accoglimento sempre ed in ogni caso, ma, piuttosto, l'affidamento a favore di uno scrutinio da esercitarsi su questo punto di volta in volta. Tuttavia, a mio parere vi sono ostacoli alla ricezione di un tale modo di ragionare.

In primo luogo, con ciò si rinnega una pacifica giurisprudenza costituzionale di segno contrario, che ha costantemente reputato l'art. 30 il frutto obbligato dell'art. 136 Cost. Di regola, quando la Corte innova la propria giurisprudenza, tende del tutto condivisibilmente ad innestarla quale nuova foglia che germoglia dal ceppo comune, e non quale radice da cui generare un albero di altra specie.

In secondo luogo, sul piano logico è certamente ammesso ridefinire il significato che riveste nel corpo dell'art. 136 Cost. la cessazione di *efficacia* di una disposizione, ma non già, mi pare, attribuire a tale espressione una semantica cangiante, che permetta ora di superare la retroattività, ora di garantirla. In altre parole: se si vuole davvero tornare alla Costituzione come Sonnino voleva tornare allo Statuto, allora si dovrà prendere sul serio il fatto che essa scolpisce *senza eccezioni* la dimensione temporale delle decisioni di accoglimento, quale che essa sia, naturalmente retroattiva, oppure *pro futuro*: *tertium non datur*! E, su questo piano, non si vede come inquinare la limpidezza di un precetto costituzionale con i torbidi di una legge ordinaria, per quanto di sistema come è la l. n. 87/1953.

In terzo luogo, non sembra che questo approccio permetta di conseguire l'obiettivo di incidere *pro futuro* sulla efficacia della norma primaria dichiarata incostituzionale, che, a maggior ragione, non potrebbe che cessare dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Nell'ambito della visuale di cui *sub b) supra* (gli accorgimenti tecnici), è stato proposto, riprendendo un antico spunto di Sergio Bartole, di dissociare il deposito della decisione dalla sua pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*, così da concedere al legislatore il tempo necessario per intervenire, e al contempo impedire il pregiudizio ad interessi costituzionalmente rilevanti che verrebbe dalla immediata cessazione di efficacia di una certa norma (in questo seminario, Lamarque e Morrone). Le obiezioni alle quali presta il fianco tale soluzione, a mio parere, sono le seguenti.

In primo luogo, non si sfugge all'impressione che si tratti di un espediente che (pur ammettendo che sia praticabile nel rispetto dell'art. 30 l. n. 87/1953 o previa dichiarazione parziale di incostituzionalità di essa) reca osservanza al testo dell'art. 136 Cost., ma ne tradisce lo spirito, benché il costituzionalismo sia per natura quanto è più lontano da ogni formalismo tecnico.

In secondo luogo, sono intuibili le difficoltà che si avrebbero se il legislatore, dopo il deposito della decisione e prima della sua pubblicazione a data certa, modificasse la disposizione in oggetto, ciò che, anzi, dovrebbe costituire proprio l'obiettivo ultimo della proposta: cesserebbe, infatti, di avere efficacia mediante pubblicazione una norma che non vige più nell'ordinamento a causa dello *ius superveniens*.

In terzo luogo, in tal modo rischia di essere del tutto vanificato l'obiettivo di guadagnare tempo al legislatore per modificare l'ordito normativo, *prima* che la disposizione di legge cessi di essere applicata. Difatti, ammesso che il dispositivo della pronuncia sia reso noto dalla Corte, la conclusione in ordine alla illegittimità *attuale* della norma primaria non potrebbe che determinarne l'inapplicabilità in ogni giudizio pendente in cui essa fosse rilevante, stante l'evidente non manifesta infondatezza (ma si dovrebbe dire: la fondatezza) del dubbio di costituzionalità. Se applicata al caso dei giudici

onorari deciso dalla sent. n. 41/2021, ad esempio, una tecnica del genere avrebbe in ogni caso eliso del tutto le esigenze di buon andamento della giustizia predicate dalla Corte, posto che nessuna Corte di appello composta da giudici onorari avrebbe potuto proseguire nel giudizio. Si aggiunga che la conoscenza del solo dispositivo, in assenza della motivazione, rende arduo il compito del legislatore di porre mano alla materia, in assenza di indicazioni circa la via costituzionalmente tracciata dalla Corte. D'altro canto, non pare neppure immaginabile che la Corte tenga celato il contenuto della decisione dopo il suo deposito e prima della pubblicazione, non solo per palpabili difficoltà fattuali, ma soprattutto perché in tal modo andrebbe mancato lo scopo di sollecitare l'intervento medicinale del legislatore. La norma, nel silenzio sul dispositivo stesso, continuerebbe ad avere applicazione, ma il legislatore non sarebbe neppure nelle condizioni di percepire il suo dovere di ricondurla a Costituzione.

In quarto luogo, si tratta di una metodica non utile quanto alla limitazione della retroattività, visto che quest'ultima persisterebbe sia nel giudizio *a quo*, sia, come si è appena visto, in ogni altro giudizio pendente alla data del deposito della pronuncia e persino sopravvenuto rispetto ad essa, ma non ancora definito al tempo della pubblicazione della sentenza.

Ancora perseguendo la strategia *sub b) supra* (gli accorgimenti tecnici), è stimolante l'idea che la Corte potrebbe, quanto alla limitazione degli effetti *pro futuro*, dichiarare la illegittimità costituzionale di una norma di legge, nella parte in cui essa pretende di avere efficacia *oltre* un certo termine (o, che è lo stesso, nella parte in cui non prevede tale termine), rinvenuto dal giudice costituzionale nel sistema: ad esempio, oltre il termine previsto per la riforma della magistratura onoraria, nel caso della già citata sent. n. 41/2021. In tal modo, sarebbe possibile coniugare l'effetto postergato della dichiarazione di illegittimità costituzionale con l'osservanza dell'art. 136 Cost., poiché la norma cesserebbe *immediatamente* di avere efficacia nella parte in cui prevede di avere efficacia oltre il termine così individuato. La manipolazione, perciò, cadrebbe non sull'effetto cronologico della sentenza di accoglimento, presidiato dall'art. 136 Cost., ma sulla dimensione temporale della legge censurata. Corollario di tale impostazione è che tale legge continuerebbe ad avere (legittima) applicazione fino al compimento del termine. La disposizione avente forza di legge, si dice (Tarchi 2021, 33), vive non solo in una sfera di efficacia materiale, ma anche in un ambito di efficacia temporale: come la Corte può incidere sulla prima attraverso pronunce manipolative del contenuto, così a maggior ragione potrebbe operare sulla seconda, mediante manipolative temporali.

A mio parere, i dubbi con i quali dovrebbe confrontarsi questa ipotesi, e che ho già avanzato durante il seminario a *primo ascolto*, per così dire, sono almeno i seguenti:

In primo luogo, è dubitabile la premessa teorica secondo la quale la legge ordinaria dispone essa stessa della propria efficacia temporale, contenendo una clausola implicita di perdurante vigenza, oppure omettendo di contenerla, che la Corte potrebbe colpire quale parte costitutiva della disposizione impugnata (o ad essa aggiungere con una pronuncia additiva, che dichiari l'illegittimità della disposizione nella parte in cui non prevede un termine oltre il quale ne cessi l'efficacia). Sembrerebbe maggiormente coerente con le più convincenti letture del sistema delle fonti ammettere che le vicende nel tempo della legge non sono affidate ai contenuti propri di ciascuna di esse, ma, piuttosto, al fenomeno della inesauribilità del potere legislativo, in una con il divieto che una fonte disponga di sé stessa (Zagrebelsky 1984, 39). Così, la legge ha applicazione fino a quando non viene abrogata da una norma sovraordinata o equiordinata non perché l'abrogazione raggiunge un contenuto implicito di essa che ne governa la dimensione temporale, ma piuttosto in ragione del fatto per cui il legittimo esercizio della funzione legislativa viene limitato nel tempo solo per effetto di una nuova e contraria manifestazione di volontà del medesimo potere, o di un potere superiore. È, insomma, sulla base della logica intrinseca del sistema costituzionale delle fonti, e non di un pletorico contenuto della stessa legge ordinaria, che si espande e si ritira l'efficacia temporale delle norme. In definitiva, anche questa soluzione, al pari dell'idea di ritardare la pubblicazione della sentenza, espone il fianco al sospetto di strumentalità rispetto ad un obiettivo pre-dato, per raggiungere il quale, pur nell'osservanza *formale* dell'art. 136 Cost., vengono compiute scelte non del tutto coerenti con la *sostanza* della garanzia costituzionale.

In secondo luogo, si potrebbe osservare che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge a partire da una certa data, la Corte sta inevitabilmente accertando allo stesso tempo la *non fondatezza* della questione sollevata dal giudice *a quo*. Sta, in altri termini, dando atto delle condizioni che avrebbero imposto l'adozione di una pronuncia di rigetto, anziché di accoglimento sia pure ritagliato nel tempo. La si può vedere come segue. Un'unica disposizione, come può gemmare norme diverse *nel contenuto*, destinatarie di manipolazioni oggettive, così può originare norme diverse *nel tempo*, a propria volta soggette, si dice, a manipolative *temporali*. Così, si può immaginare che la disposizione X generi la norma T1 e la norma T2: pur avendo lo stesso contenuto, esse si distinguono in una dimensione diacronica, nel senso che quel contenuto continua ad essere legittimo nel tempo T1, e cessa di esserlo nel tempo T2.

Se questo è vero, come sarebbe allora possibile che la Corte dichiari la illegittimità costituzionale di T2, *benché il giudice a quo abbia sottoposto al giudizio incidentale T1*? Non rischia tale operazione di mascherare un inammissibile mutamento d'ufficio del *thema decidendum*, proprio per effetto della premessa dogmatica in ordine alla esplosione della legge nella dimensione

cronologica? Se ne potrebbe avere la riprova, se si immaginasse che fosse stato direttamente il rimettente ad impugnare la norma T2, anziché quella T1, *la sola rilevante innanzi a sé*. Ove, ad esempio, il giudice *a quo* avesse sollecitato la Corte a dichiarare illegittima la disposizione che permette la presenza di giudici non togati nelle Corti di appello, *ma a partire dal termine previsto per l'entrata in vigore della riforma della magistratura onoraria*, che altro avrebbe potuto rispondere il giudice costituzionale di diverso da una manifesta inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, in quanto prematura? E perché mai la Corte potrebbe invece accogliere la medesima questione che, se espressamente posta, avrebbe dovuto giudicare inammissibile?

In terzo luogo (e direi soprattutto, perché, come si sa, basta una nuova teoria a superare un dubbio teorico), una scelta di campo come quella in esame, frutto di una riflessione sistematica sulla struttura delle norme nel tempo e sul rapporto tra disposizione e norma, se ha il pregio delle unificanti teorie generali, potrebbe averne al contempo il difetto di erodere ogni margine di flessibilità. Essa, infatti, comporta *necessariamente* l'insensibilità all'accertamento della illegittimità costituzionale sia del giudizio *a quo*, sia di ogni altro processo pendente fino al termine di grazia reperito dalla Corte, proprio perché, *fino ad allora, la questione è per definizione non fondata*. La Corte, in definitiva, si costruirebbe una gabbia di regole costrittive dalla quale non potrebbe evadere, se non a costo di smentirne il postulato di base. Eppure, è stata proprio la vanificazione del c.d. premio di cattura (vale a dire, dell'effetto dell'accoglimento sul processo principale), e la conseguente rottura della incidentalità, che ha suscitato le critiche più serrate quanto alla sent. n. 10/2015 (Tesauro 2015, 1923). Condivisibili o no che esse siano con riferimento al particolare caso allora deciso, resta il fatto che, come dirò a breve, forti ragioni di diritto costituzionale militano nel senso che la modulazione temporale sia inopponibile alle parti del giudizio *a quo*. Né si può escludere che, in taluni casi, la Corte voglia ampliare l'effetto retroattivo della pronuncia ad altre ipotesi, pur negandolo in via generale ai rapporti pendenti fino ad una certa data. È chiaro, invece, che la soluzione qui in esame non permette in alcun modo di raggiungere questo effetto, quando, al contrario, ciò che caratterizza le esperienze straniere di giustizia costituzionale (lo si dirà sinteticamente tra poco) è proprio l'amplissimo margine di manovra che i giudici costituzionali sanno riservarsi su un terreno così scivoloso.

3. LA VIA SEGUITA INVECE DALLA CORTE

Insomma, si possono avanzare riserve sulla natura risolutiva delle proposte così abbozzate, nel senso che esse, prese da sole con l'ambizione di escludere le altre, possono non soddisfare le sfaccettate esigenze poste alla base della manipolazione temporale. Certo è che la Corte, fino ad oggi, non

ha ragionato nei termini sopra esposti, ma si è piuttosto dotata di una teorica, formulata solidamente con la sent. n. 10/2015 e rilanciata integralmente dalla sent. n. 41/2021, tale che viene da chiedersi se davvero vi sia la necessità di correggerla o di arricchirla ulteriormente, qualora si intenda ribadire la necessità, in taluni casi, di incidere sulla dimensione temporale delle pronunce di accoglimento.

Anzitutto, è utile tornare sull'approccio seguito in quelle occasioni. Come è ben noto, la Corte si è dichiaratamente posta sul terreno del bilanciamento tra principi costituzionali, e ha ritenuto che, per effetto di esso, non fosse possibile in un caso permettere l'espansione retroattiva della illegittimità costituzionale a danno dell'equilibrio di bilancio; nell'altro caso, l'immediata cessazione di efficacia della legge, con paralisi dei processi d'appello e gravi perturbamenti al buon andamento della giustizia. È stato avanzato il dubbio, durante questo seminario, che nel proprio scrutinio la Corte non abbia coinvolto direttamente l'art. 136 della Costituzione. Eppure, i commentatori hanno subito posto il tema dell'aggiramento della struttura cogente del processo costituzionale, ed avvertito, per dirla con uno di essi (Pugiotto 2015), che si sarebbe ecceduto proprio nel voler bilanciare i perni stessi della bilancia. In effetti, la grande maggioranza dei lettori ha dato persino per scontata sia la natura processuale della regola espressa dall'art. 136 Cost., sia l'inclusione di essa nel giudizio di bilanciamento.

A me pare difficile contestare che l'art. 136 Cost. abbia costituito, almeno nella sostanza, uno dei fattori dell'operazione di *balancing*, né avrebbe potuto essere diversamente. Gli effetti del giudicato sono, per ogni giudice, di regola estranei alla decisione sul merito della controversia, nel senso che *prima* ci si pronuncia su di essa, e *poi* si cala la regola del caso concreto, enucleata in tal modo, nel guscio spaziale e temporale che la legge ha disegnato a tale scopo. Questa è la ragione per la quale, nei vari rami dell'ordinamento giuridico, dal diritto civile a quello penale, passando per il diritto amministrativo, il tema degli effetti del giudicato è affidato alla manualistica processuale.

Allo stesso modo, la Corte può certamente bilanciare i principi costituzionali che remano in direzioni opposte in un caso specifico (tutela della sfera patrimoniale dei petrolieri contro equilibrio delle finanze pubbliche; diritto ad essere giudicati da una Corte di appello composta da togati contro esigenze di funzionamento della macchina della giustizia). Tuttavia, una volta che si sia trovato il punto di equilibrio, esso dovrà pur sempre essere instillato nell'ordinamento attraverso la flebo del giudicato costituzionale, vale a dire sulla base delle regole che prevedono una certa efficacia nello spazio e nel tempo della decisione.

Qualora, tuttavia, il punto di caduta sia *incompatibile proprio con tali regole*, nel senso che, per raggiungerlo, si deve postulare che esse vengano in tutto o in parte meno, allora, per necessità logica, o si ammette di violare le

regole (ciò che la Corte certamente non può permettersi), o le si ipostatizza in principi e le si rende a propria volta parte del processo di bilanciamento. Nella sostanza, pare quanto finora accaduto: il giudice costituzionale ha ritenuto di dover sacrificare la retroattività della decisione, o anche l'immediata cessazione di efficacia della norma dichiarata illegittima, al fine di prevenire vuoti di tutela costituzionale ancor più gravi rispetto al superamento della naturale efficacia temporale del proprio giudicato.

È certo che siano le ragioni del diritto costituzionale a indirizzare verso le manipolative temporali, e lo è altrettanto che in base ad esse la Corte abbia deciso. Tuttavia, si possono avanzare riserve sul fatto che ciò implichi di per sé la esclusiva natura sostanziale, e non anche processuale, di un modo di intervenire che mette in gioco l'estensione temporale del giudicato costituzionale. Perlomeno, va dato atto che, come si è detto, l'incidenza della sent. n. 10 sul processo costituzionale è un dato acquisito nella riflessione della grande maggioranza degli studiosi (per tutti, ancora Romboli 2015).

4. SI PUÒ ANCORA CREDERE NEL PROCESSO COSTITUZIONALE?

Non credo che una tale attrazione del processo nell'orbita del diritto costituzionale sostanziale debba suscitare eccessiva sorpresa. In altra sede (Bignami 2022) ho anzi avuto modo di rilevare che la frana del diritto processuale a favore del diritto sostanziale è, invece, un tratto caratteristico del nostro ordinamento, e si manifesta in ogni settore di esso. Non è tanto, perciò, che il processo costituzionale non abbia mai veramente visto la luce, quanto che a morire sotto i nostri occhi sono, progressivamente, gli altri processi (civile e amministrativo anzitutto), le cui strutture, in origine di acciaio, si illiquidiscono oramai nel grande mare della effettività delle tutele per ragioni di giustizia sostanziale. I giuristi, scossi dagli esiti catastrofici attribuiti (credo a torto) al giuspositivismo nell'epoca delle feroci dittature novecentesche (basti ricordare la parabola intellettuale di Radbruch), temono l'accusa *social* di costituirsi in élite tecnocratica, e quindi abdicano senza eccessivi pensieri alla quintessenza del dominio di casta, cioè al rigore dei tecnicismi processuali. Di ciò non resta che prendere atto, pur dovendosi rammentare che l'argomento rischia di provare troppo, giacché, così ragionando all'estremo, si finirebbe per reputare aggirabile ogni norma processuale, alla luce dell'imperativo di dire giustizia. Ma, si sa, la Corte è in una posizione qualitativamente differente, non vi è norma del suo processo che non si compenetri alle più intime esigenze sostanziali del sindacato sulle leggi, sicché non è sempre facile tracciare una netta linea di demarcazione.

Certo, è oramai un *Leitmotiv* l'affermazione che proprio nel caso del giudice costituzionale il rispetto delle regole processuali si impone con particolare coerenza, posto che esso definisce la posizione nella forma di governo di un organo dalle pronunce non impugnabili, e dunque davvero *superiorem*

non recognoscens (spunti critici su ciò sono stati avanzati in questo seminario da Lamarque). Del resto, qualche perplessità potrebbe essere opposta persino al caposaldo teorico da cui la Corte ha preso le mosse, vale a dire che il bilanciamento in punto di effetti temporali sia prescritto dalla finalità di non aprire, con le proprie pronunce, un inaccettabile vuoto di tutela degli interessi di rilievo costituzionale compressi per effetto dell'accoglimento della questione, così partorendo una forma di incostituzionalità persino più grave di quella alla quale si vuole porre rimedio.

Eppure, si prendano in considerazione le tre pronunce più significative del nuovo corso (alla sent. n. 10/2015 e alla sent. n. 41/2021 si aggiunge, quindi, la sent. n. 1/2014).

Con la sent. n. 1/2014, la Corte, pur dichiarata la illegittimità costituzionale della legge elettorale, e a procedimento di convalida dei titoli in corso, esclude, in forza del principio di continuità dello Stato, che la pronuncia determini un effetto su tale procedimento, da concludere, perciò, sulla base delle disposizioni già ritenute costituzionalmente illegittime. Tuttavia, sarebbe stato ugualmente possibile sciogliere le Camere illegittimamente insediate: in questo caso, doveroso ove fosse mancata la limitazione della retroattività, non si vede davvero quale forma di illegittimità costituzionale potesse residuare a causa della sentenza.

Quanto alla sent. n. 10/2015, ho già avuto modo di osservare nella sua immediatezza (Bignami 2015a) che un allargamento della spesa pubblica derivante da una sentenza *che costa* (una volta risolto in senso positivo il dibattito, animatosi negli anni '80 del secolo scorso, sulla ammissibilità di simili pronunce a fronte dell'art. 81 Cost.) in sé non implica necessariamente la violazione degli equilibri di finanza pubblica, ma, semmai, l'obbligo di manovrare la leva fiscale per farvi fronte, o di tagliare altre voci della spesa pubblica, e non necessariamente in danno dei ceti meno abbienti, come invece la Corte in quell'occasione ha ritenuto.

Infine, Valerio Onida (Onida 2021) ha già rilevato, a commento della sent. n. 41, che si sarebbero potuti sterilizzare gli effetti del divieto di destinare giudici onorari alle funzioni di appello, ove fatto valere immediatamente, mediante un reclutamento straordinario. Nello stesso senso, qui aggiungerei che sarebbe stato anche possibile applicare *pro tempore* i togati di primo grado in appello, sostituendoli con gli onorari. Insomma, ve ne è perlomeno per argomentare, alla luce degli ultimi due esempi, nel senso che la manipolazione temporale, invece che preservare una residua sfera di discrezionalità afferente all'indirizzo politico generale, la abbia viceversa, e paradossalmente, immiserita, prevenendo l'esercizio di essa secondo variegate soluzioni, costituzionalmente ammissibili, di ricucitura del *vulnus* costituzionale. Anzi, se ci muove nell'orbita chiara e distinta del modello di giustizia costituzionale disegnato da Kelsen, laddove la Costituzione è composta di precetti precipitati in norme

superiori, che prevalgono su contrarie disposizioni di legge, è persino non immediata l'individuazione, in tali casi, di quale sia la previsione costituzionale *inevitabilmente* compromessa per effetto della pronuncia di accoglimento.

Insomma, articolati e convincenti argomenti si oppongono alla manipolazione temporale, per chi ha fiducia nell'anima giurisdizionale del controllo di costituzionalità.

5. *SEGUE*

Tuttavia, lo scettico che dubitasse del sistema euclideo applicato al diritto ben potrebbe replicare a questi argomenti, chiedendosi se davvero quest'orbita rassicurante continua a guidare la giustizia costituzionale, o se non si dovrebbe forse ammettere che Schmitt, pur nell'ambito della sua peculiare concezione, non aveva ogni torto nel sospettare nel sindacato di costituzionalità altro che una comune attività giurisdizionale di sussunzione in norme. Perlomeno si può dire che tale scrutinio ha accolto in sé, nel corso degli anni, molteplici e legittime istanze di valore costituzionale, tali da suggerire che la Costituzione vi opera non soltanto quale aggregato di prescrizioni (principi o regole che siano), codificate in disposizioni, ma anche quale espressione del più ampio ordito che intreccia il dinamismo sociale con l'azione combinata delle forze politiche (Barbera 2007, 263). Così, un organo costituzionale, nell'esercizio di competenze che sono esclusivamente proprie, non potrebbe ignorare a cuor leggero gli effetti di perturbamento, anche di fatto, che in tal modo si producono in danno della sfera di attribuzione altrui (il conflitto tra poteri per menomazione nasce da questa idea).

In questa prospettiva, quale giudice costituzionale potrebbe davvero disinteressarsi del virulento impatto che una propria pronuncia provocherebbe sulla vita politica del Paese, se essa obbligasse il Capo dello Stato a sciogliere le Camere, anziché permetterlo soltanto? Quale giudice potrebbe trascurare che una manovra correttiva di bilancio, tesa a reperire ingenti risorse, costituisce uno snodo fondamentale della medesima vita politica, affidato di regola a chi la guida, e non all'organo di giurisdizione costituzionale? Quale Corte, infine, potrebbe sorvolare sul fatto che obbligare il legislatore ad affannosi compromessi sul reclutamento o sull'applicazione dei giudici togati ne appanna la capacità di una riforma organica della materia?

È certamente assai indicativo, in tal senso, che, come ebbi modo di rilevare nel 2015 al convegno di Bari voluto da Franco Gallo e Giuseppe Tesaurò (Bignami 2015b, 1128), il diritto comparato mostra che «non sembra esservi giudice che non manifesti la volontà di appropriarsi del dominio della sfera temporale delle proprie decisioni, pur quando esso non gli è consegnato dal legislatore costituzionale o ordinario, o che comunque non abbia lavorato per allargarne i confini, quando invece tale dominio gli è stato esplicitamente at-

tribuito». Le conclusioni alle quali ero giunto allora, prendendo in esame i casi del diritto dell'Unione, americano, tedesco, spagnolo, francese e portoghese, hanno trovato conferma, con più ampio respiro, nella ricerca di Rolando Tarchi sintetizzata nel volume, distribuito ai partecipanti al seminario, dal significativo titolo «*Così fan tutte*» (Tarchi 2021). Una così netta inclinazione del diritto costituzionale comparato non può essere ridotta ad un caso, ma manifesta piuttosto la sussistenza di profonde esigenze di governo della giustizia costituzionale, alle quali si offre a corollario il potere manipolativo degli effetti temporali. Esso, in altre parole, si profila quale componente oramai indispensabile per il corretto funzionamento del controllo di costituzionalità, che è sua volta architrate dello Stato costituzionale. In breve: *espressione di un principio supremo dell'ordine costituzionale dello Stato*.

Vi è allora da chiedersi se la Corte, anziché inseguire sofisticate teorie a rischio di un eccessivo irrigidimento dello schema del giudizio, non debba preferire, qualora intenda persistere sulla via della manipolazione, la traccia annunciata dalle sent. n. 10/2015 e n. 41/2021, per così dire a viso aperto. Ammettendo, cioè, di poter rivendicare al giudizio di bilanciamento la disciplina costituzionale in ordine agli effetti temporali delle proprie pronunce, e conferendole un'impronta di sostanza. E questo perché ciò risponde ad un principio supremo, innanzi al quale piegano il capo persino le disposizioni costituzionali che si frappongono alla piena espansione di esso, ivi incluso l'art. 136 Cost.

Naturalmente, quest'ultimo continuerebbe ad operare in via ordinaria, e secondo il significato che sempre gli è stato riconosciuto: assicurare la retroattività delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale a tutti i rapporti non ancora esauriti; garantire la cessazione di efficacia della disposizione illegittima a partire dalla pubblicazione della sentenza, entro i termini prescritti dall'art. 30 l. n. 87/1953.

Uguualmente, quale estrema eccezione, e quando tali prescrizioni impediscano alla Corte di rendere giustizia costituzionale, allora, all'esito di una approfondita motivazione circa l'esito del bilanciamento, la Corte potrebbe far valere la priorità assiologica della Costituzione come un corpo unitario e complesso *contro* l'art. 136 Cost., determinandone un prudente arretramento, dai confini mutevoli a seconda dei casi. Fuori da ogni finzione, a mio giudizio è proprio quanto accaduto finora: la sporadicità delle decisioni maturate in tal senso non è allora necessariamente indice di esitazione, ma può essere più semplicemente lo specchio della effettiva eccezionalità dell'istituto, e della giusta prudenza con la quale la Corte lo gestisce.

6. I LIMITI INVALIDABILI AL POTERE MANIPOLATIVO

Ragionando nei termini sopra esposti, è bene sottolinearlo, si resta nel campo della attività giurisdizionale, rivendicata senza circonlocuzioni, com-

piuta nella consapevolezza di quanto tuttavia peculiare sia la sua epifania nel sindacato di costituzionalità. Che esso, infatti, sia ricettivo di istanze così consustanziali alla natura dello Stato costituzionale da imporsi persino su disposizioni superprimarie subvalenti; che tali istanze siano rinvenute dalla Corte stessa, passo dopo passo, nel faticoso lavoro di assicurare la garanzia giurisdizionale della Costituzione; che dal palazzo della Consulta provengano, mediante decisioni esplorative, le luci di un'alba che volgerà al sole di mezzogiorno solo se accompagnate da un crescente consenso della comunità aperta degli interpreti; ebbene tutto ciò potrà poco soddisfare i puristi, ma ugualmente appare oggi come la realtà concreta del controllo accentrato, seppur così differente dal modello originario ideato dal suo padre fondatore.

Vi sono, però, limiti in questa continua ridefinizione delle regole del gioco.

Anzitutto, sono quelli che provengono dal già assunto carattere giurisdizionale di un bilanciamento inclusivo dell'art. 136 Cost., in forza di superiori istanze di tenuta dell'ordine costituzionale. Per non incorrere in una grave contraddizione intrinseca, la Corte non potrà, infatti, che arrestarsi a fronte del sacrificio che verrebbe arrecato, ove fossero modulati nel tempo gli effetti della decisione, ad altri, ma ugualmente non pregiudicabili, principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato, come tali sottratti al *balancing*. Tra questi, come è a tutti noto, la Corte ha già annoverato il diritto di difesa scolpito dall'art. 24 della Costituzione, al punto che, in nome di tale supremazia valoriale, essa si è spinta persino a incrinare parti dei Patti Lateranensi (sent. n. 18/1982) e a svincolarsi da regole maturate in senso al diritto internazionale generale (sent. n. 238/2014).

Alla luce di tali premesse, andrebbe nuovamente testato l'indirizzo inaugurato dalla sent. n. 10/2015, e poi confermato dalla sent. n. 41/2021, di sottrarre il giudizio *a quo* agli effetti di una pronuncia di accoglimento. Difatti, in tal modo, il diritto di agire in giudizio, e di denunciare in tale sede la compressione da parte della legge di una propria posizione giuridica attiva, viene in linea di principio annichilito da una pronuncia che, pur dichiarando quella legge illegittima, preclude che si traggano le dovute conseguenze nel processo principale. Qui, si noti, la questione non mi sembra concernere la rilevanza, che, come ricordano le sentt. n. 10/2015 e n. 41/2021, deve sussistere quando il dubbio di costituzionalità è sollevato, ma non necessariamente quando la Corte lo risolve. Ancor prima, e più radicalmente, viene a mancare la *incidentalità* (Bignami 2015a), vale a dire il nesso pregiudiziale tra giudizio principale e giudizio incidentale che non solo connota sul piano logico-giuridico il nostro sindacato accentrato, ma gli conferisce l'anima di strumento per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi contro disposizioni incostituzionali.

Nella prospettiva delle parti, come già Cappelletti sosteneva, il giudizio incidentale non è che la prosecuzione innanzi alla Corte di quello principale, vale a dire la sede ove esse continuano ad esercitare l'incomprimibile diritto

di difesa. Ebbene, proprio se si ragiona in termini di ordine costituzionale dello Stato, non vi può essere bilanciamento che conculchi *integralmente* tale assetto (si potrà semmai discutere, caso per caso, se la manipolazione temporale comprometta solo in parte, e non nel suo nucleo essenziale, tale diritto, e si renda per tale via parzialmente compatibile con esso).

Inoltre, il secondo limite che, a mio parere, la Corte dovrebbe darsi consiste nell'euristica dell'ascolto. Quando vengono individuati principi supremi che, pur sfuggiti alla tassonomia della Costituzione scritta, ugualmente qualificano l'ordine costituzionale, la cautela è necessaria, anche in ragione dell'elevato grado di discrezionalità implicito in tale scelta. Il confronto con le Corti europee, i giudici comuni, gli studiosi, gli operatori del diritto diviene allora vitale perché la decisione si stratifichi nella coscienza collettiva ed evolva da proposta a fondamento acquisito, scampando all'accusa di «suprematismo giudiziario» (Morrone 2019, 251).

Ora, anche su questo piano la Corte potrebbe porsi domande sulla opzione di non escludere il giudizio *a quo* dal divieto di retroattività. È questo, infatti, il punto cruciale sul quale si è esercitato con maggior vigore il dissenso della dottrina, ed in particolare degli studiosi di giustizia costituzionale. È questo, in aggiunta, il solo eventuale lato di attrito con le Corti europee, che potrebbero contestare alla Corte la violazione del diritto ad un ricorso effettivo e ad un processo giusto (Scaccia 2015, 1106 oltre alle considerazioni svolte in questo seminario). Forse, per coagulare un ragionevole *overlapping consensus*, e schivare il rischio di nuovi bracci di ferro tra Corti, si potrebbe approfittare del fatto che la piena espansione retroattiva della pronuncia nel solo giudizio principale non solo non cagiona, di regola, effetti di grave squilibrio, ma si congiunge perfettamente alla teorica del bilanciamento, eccettuandone i sovraordinati principi costitutivi dell'ordine costituzionale, e garantendo così la dovuta tutela al diritto di difesa già azionato innanzi alla Corte.

Nulla di grave sarebbe successo, ad esempio, se la sent. n. 41/2021, partendo da tale premessa concettuale, avesse dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge impugnata *pro futuro*, «salvi gli effetti di immediata cessazione dell'efficacia di essa nel giudizio *a quo*», così condannando a morte un solo processo comune, e non migliaia.

Certamente, vi possono essere casi in cui, specie per il profilo degli squilibri finanziari, la garanzia della retroattività, pur così limitata, potrebbe apparire essa stessa pregiudizievole. Resta però il fatto che ciò è altamente improbabile, specie se la Corte si pronunciasse su un solo processo, evitando di riunirlo con altri ugualmente pendenti sulla medesima disposizione. Altrimenti, occorrerebbe a mio giudizio rassegnarsi, perché il limite dell'art. 24 Cost. continua a sembrarmi insuperabile.

In occasione dello scritto del 2015 al quale ho già accennato (Bignami 2015b), ho infatti individuato quattro ipotesi che mi paiono ancora ragione-

volmente distinguibili, a seconda del grado di concretizzazione del diritto alla difesa *costituzionale* nel processo:

a) il giudizio *a quo*, per il quale insisto nel reputare necessaria la retroattività;

b) i giudizi pendenti innanzi alla Corte al tempo della decisione sul giudizio *a quo*, e aventi identico oggetto a quest'ultimo: qui si dovrebbe affermare di regola la retroattività, poiché l'azione è già giunta avanti alla Corte, salvo che, per casi davvero straordinari, ciò non fosse possibile se non vanificando lo scopo stesso della modulazione temporale;

c) i giudizi pendenti presso le giurisdizioni comuni, ove il diritto di difesa è stato esercitato, ma non ancora al punto di far breccia in un processo costituzionale: qui l'esclusione della retroattività può essere argomentata qualora si ritenga che tale elemento costituisca una ragionevole causa di distinzione, tale da soddisfare il principio di uguaglianza;

d) i giudizi che potrebbero ancora essere avviati innanzi al giudice comune, nel rispetto del termine di prescrizione o di decadenza, ma che ancora non lo sono stati alla data della pubblicazione della sentenza della Corte: qui il contenimento della retroattività è certamente agevolato dalla considerazione che esiste una «radicale differenza» (sent. n. 210/2013), ai fini della tutela costituzionale, tra chi abbia agito in giudizio per tutelare i propri diritti, e chi, invece, sia rimasto inerte, cogliendo così solo di riflesso i frutti dell'iniziativa altrui.

7. LE PREFERIBILI ALTERNATIVE: IN DIFESA DELLE ORDINANZE A INCOSTITUZIONALITÀ DIFFERITA

Le manipolative temporali, a dispetto di ogni incoraggiamento dogmatico o pratico, restano campo minato, sul quale porre piede soltanto se ciò sia davvero costituzionalmente necessario. Sarebbe quindi opportuno, per ogni altro caso, reperire soluzioni alternative, di minor grado di invasività. Tra queste, spicca l'ordinanza a incostituzionalità *differita* (e non soltanto *prospettata*, secondo una formula che, per quanto autorevole, non dà conto adeguatamente del vincolo giuridico del legislatore a intervenire!).

Vi sono certamente autori che reputano tale tecnica, inaugurata dall'ord. n. 207/2018, persino più dirompente, e perciò meno consigliabile, delle pronunce rese tramite la manipolazione temporale (tra questi Morrone, durante il seminario). E vi sono poi le considerazioni sviluppate, in particolare, da Massimo Luciani, al quale si deve la più nitida e argomentata critica dell'istituto (Luciani 2023, 200 ss.). Quanto ai primi, l'opinione dipende a mio parere dall'accoglimento di una prospettiva non condivisibile, per la quale, cioè, la Corte comprimerebbe l'*an* e il *quando* della discrezionalità legislativa, obbligandolo a legiferare entro data certa (quella dell'udienza alla quale la Corte

rinvia la decisione con ordinanza, dopo aver già illustrato le ragioni della incostituzionalità).

Senonché, una volta che il giudice costituzionale abbia enunciato il contenuto minimo necessario perché la norma impugnata sia ricondotta a legalità costituzionale e il tempo massimo di tollerabilità di persistenza nell'ordinamento della disposizione illegittima, davvero non si capisce dove e in che consisterebbe questa discrezionalità. Il legislatore ha il dovere di intervenire e non può certamente aversene a male se il custode giudiziale della Costituzione glielo rammenta. Il punto, vale a dire, non è se il Parlamento adempierà, o no, al suo compito, ma se, nel riparto delle competenze costituzionali, esso sia esigibile in linea astratta, così da legittimare la Corte a decidere in base a tale presupposto. A mio parere la risposta al quesito non può che essere positiva. Del resto, non è già pacifico l'obbligo di normare in materie coperte da riserva di legge? E non lo è altrettanto l'obbligo di approvare, e subito, la legge elettorale, ove quella che c'è per qualche ragione si rivelasse inapplicabile?

In definitiva, il mezzo permette non di conculcare il libero flusso della legislazione, ma all'opposto di proteggerlo quanto più possibile, coinvolgendo il Parlamento in un processo collaborativo di difesa della Costituzione per quanto attiene alla Corte, e di attuazione di essa, per quanto concerne le Camere.

Quanto alle ulteriori perplessità (cerco qui di replicare in ordine ai numerosi profili critici segnalati da Massimo Luciani), che il Parlamento opti comunque per una comoda inerzia che le sottragga al proprio compito non è sempre vero: non lo è stato, ad esempio, in tema di ergastolo ostativo. Mentre, nel caso *Cappato*, la Corte ha evitato la polemica politica che avrebbe potuto sollevare un immediato intervento a gamba tesa su un tema eticamente sensibile, posto che la responsabilità ultima del persistente vuoto di disciplina legislativa è interamente ricaduto sulla neghittosità delle Camere. La Corte, in altri termini, mediante l'incostituzionalità differita non solo assicura la transazione, se possibile, verso la nuova disciplina legislativa, ma si pone al riparo da censure di inopportuna invadenza dell'indirizzo politico generale. Se, poi, il legislatore si astiene dal normare una certa materia potrebbe dipendere non dal comodo alibi offerto dalla supplenza giudiziaria, ma invece dall'ostinata volontà politica di girare alla larga da temi così divisivi da non permettere un componimento gradito alla disgregata base elettorale della maggioranza.

In questo caso, pur nella consapevolezza che vi è poco da sperare, ugualmente la Corte bene si muoverebbe (e comunque non provocherebbe danni), se agisse come se le istituzioni democratiche funzionassero a dovere. Né, a mio parere, è del tutto convincente dire che, se l'incostituzionalità già c'è, allora essa andrebbe subito dichiarata senza differimenti; che se invece ciò non avviene, allora ciò significa che l'incostituzionalità non c'è. Non vi è al-

cun dubbio che la norma, in caso di incostituzionalità differita, sia da subito costituzionalmente illegittima, e che lo sia secondo le indicazioni che la Corte enuncia con l'ordinanza. Ma questo non equivale a negare che, pur all'interno di queste coordinate, vi è uno spazio ulteriore per dirigere la nave sul punto della mappa reputato preferibile nell'ambito della residua discrezionalità legislativa.

Del resto, la forte analogia, più volte rilevata, tra le ordinanze a incostituzionalità differita e le decisioni di incompatibilità alla tedesca dovrebbe assicurare sull'efficacia e la bontà delle prime, con l'ulteriore vantaggio che le pronunce casalinghe non sottendono un vizio intermedio della legge, a cavallo tra illegittimità e inefficacia, ma si limitano a consentire al giudice costituzionale di gestire il suo ruolo di udienza, al contempo attivando il Parlamento mediante una adeguata motivazione sulla futura dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Ammetto che la Corte non sia stata cristallina, quando ha dato ad intendere che l'impiego della tecnica in questione sarebbe stato giustificato, perlomeno nel caso *Cappato*, dalla «rilevanza dei valori» in gioco, esponendosi alla critica di validare in tal modo «una specifica lettura filosofica» della Costituzione (così, ancora, Luciani). Più semplicemente, però, si è trattato di impedire che una norma penale incriminatrice *incostituzionale* fosse applicata *medio tempore*, esito con ogni evidenza contrario alla legalità costituzionale, e senza alcuna necessità di scomodare valori. Questa considerazione serve ad enfatizzare che l'incostituzionalità differita non dovrebbe affatto essere ritenuta eccezionale, diversamente dalla manipolazione temporale, ma piuttosto *la tecnica ordinaria* con cui rapportarsi al legislatore ogni qual volta, innanzi ad una illegittimità costituzionale, appaia necessario, o anche solo opportuno, affidarsi alla legge per ricostruire l'ordinamento, pur garantendo nel frattempo la paralisi della disposizione illegittima.

8. *SEGUE*

Se queste riflessioni valgono sul piano teorico, allo stesso modo l'ordinanza a incostituzionalità differita è difendibile sul piano pratico. Non mi convince, per prima cosa, l'idea che essa fallisca il proprio obiettivo, laddove oggetto del dubbio di costituzionalità non sia una disposizione di divieto o prescrizione (ad esempio, la norma sanzionatoria che i giudici comuni mai potrebbero applicare, nelle more dell'intervento legislativo), ma l'assenza di una disposizione permissiva o incentivante (ad esempio, la norma che, ove vi fosse, attribuirebbe un'utilità). Si sottovaluta, infatti, l'amplessissimo progresso della tutela cautelare concedibile sia dal giudice ordinario, sia da quello amministrativo, verso misure le più variegate, aventi lo scopo di preservare in via interinale la *res litigiosa*, quand'anche fondata su posizioni giuridiche che

l'amministrativista definirebbe pretensive, vale a dire di allargamento delle pretese. In altre parole: il giudice comune, a fronte di un'ordinanza che già motivasse le ragioni dell'incostituzionalità della legge nella parte in cui non prevede l'erogazione di una certa prestazione o il compimento di una certa attività, ben potrebbe in sede cautelare sollevare nuovamente il dubbio di legittimità costituzionale (in realtà già risolto dalla Corte), sospendendo il processo *non prima di avere ordinato in via meramente interinale proprio quella erogazione o quell'attività*, in tal modo dando piena soddisfazione alla parte.

Si è detto *potrebbe*. Sarebbe stato meglio dire: *dovrebbe*. Perché, ancora una volta, non è affatto questione di discrezionalità, ma di obbligo: nessun giudice può dare applicazione ad una disposizione primaria della cui costituzionalità si abbia motivo di dubitare (in realtà, qui il dubbio la Corte lo ha già fugato); e neppure può negare l'ampliamento costituzionalmente dovuto della sfera giuridica dei consociati, a fronte di un'istanza cautelare fondata sul pericolo inevitabile che il bene della vita altrimenti andrebbe disperso nell'attesa.

Infine, non mi sembra inoppugnabile la denuncia di vacuità dell'istituto, ove il legislatore intervenga al solo scopo di frodare la Corte, con una normativa del tutto inadeguata, ma tale da comportare la restituzione degli atti all'esito dell'udienza di rinvio. È sufficiente osservare che il giudice costituzionale resta il *dominus* della questione, e conserva ogni potere di intervento mediante il trasferimento di essa sulle disposizioni sopravvenute. Anzi: *sarebbe questa la via preferibile in ogni caso*, proprio al fine di scongiurare reiterati rimpalli con il legislatore.

9. SEGUE: IL PROBLEMA DELLA PERDURANTE APPLICAZIONE DELLA NORMA DICHIARATA INCOSTITUZIONALE

Piuttosto, va detto che la tecnica Cappato non risponde ai casi in cui la Corte, nel posticipare gli effetti dell'accoglimento a data futura, voglia al contempo che la disposizione continui fino ad allora ad avere applicazione, come è accaduto con la sent. n. 41. Tale effetto non può essere raggiunto, proprio perché il giudice comune non potrà definire la causa sulla base della norma gravata dal dubbio (*recte*: dalla certezza) dell'illegittimità e dovrà, perciò, sospendere il giudizio. È chiaro che, in tali ipotesi, tornerà a farsi largo la manipolazione degli effetti temporali: sarebbe ad esempio possibile dare atto dell'esito del bilanciamento, in esso incorporando la necessità che la norma abbia corso *medio tempore*, e inibendo espressamente al giudice comune di privarla di applicazione, come accade in Germania con il superamento per comando giudiziale del blocco di applicazione.

Se posto alle strette, devo confessare nuovamente che non trovo altro modo per giustificare teoricamente una decisione che a tutti gli effetti scalca la regola espressa dall'art. 136 Cost., se non quella di ammettere la cede-

volezza di tale ultima disposizione nel bilanciamento degli interessi. Si potrà dire, cioè, che la legge sotto scrutinio è immediatamente incostituzionale, ma che la Costituzione ugualmente esige, per prevenire danni esiziali alla sua trama, che essa continui ad avere applicazione entro un margine temporale di tollerabilità (salvo che nel giudizio *a quo*). Questo effetto peculiare (imputabile, in tesi, a ragioni intrinseche al controllo di costituzionalità, precipitate in principio supremo) non è in definitiva compatibile con l'art. 136 Cost., tanto che, a mio parere, ogni tentativo finora ipotizzato di vincere l'*impasse* si avvita inevitabilmente su sé stesso, o comunque reclama finzioni giuridiche buone più per la speculazione teoretica, che non per un governo pratico e a tutti comprensibile della giustizia costituzionale. Ove la Corte volesse insistere, occorrerebbe invece assumersi la responsabilità di flettere la regola in nome dei principi (supremi), dotando la disposizione dichiarata incostituzionale di una forma di ultrattività quale soluzione ponte, costituzionalmente imposta per non precipitare nel caos dell'anarchia giuridica.

Bisogna in ogni caso tenere presente che i giudici comuni potrebbero ribellarsi, in un modo che la Corte avrebbe difficoltà a contenere. Certo, non sarebbe consentito ignorare un comando della Corte, specie se incorporato nel dispositivo: si tratterebbe, in tal caso, di una ribellione patologica, a rischio di illecito disciplinare. Ma qui i termini del problema sono opposti a quelli innescati dalla sent. n. 10/2015 (conseguenti al divieto di non applicare nel passato una norma reputata illegittima nel futuro), caso per il quale vige il principio generale che obbliga a tale applicazione, salvo pronuncia di accoglimento del giudice costituzionale. Difatti, al contrario, viene in discussione (ad esempio con la sent. n. 41/2021) la richiesta di continuare a dare corso ad una norma di cui è nota la illegittimità costituzionale.

I giudici comuni potrebbero, allora, senza che alcunché lo vieti espressamente, sospendere i giudizi principali nei quali la norma dovrebbe avere applicazione, sollevando nuovamente l'identica questione di legittimità costituzionale già accolta, ma con effetti posticipati. Così operando, si conseguirebbe proprio lo scopo che la Corte ha voluto invece scongiurare, vale a dire il congelamento *medio tempore* della disposizione, perlomeno fino a quando la rinnovata questione sia dichiarata inammissibile (tralascio qui i problemi che tale ultima soluzione potrebbe a sua volta indurre). In tal caso, potrebbe la Corte sollevare conflitto di attribuzione contro ordinanze che le rivolgono un dubbio di costituzionalità? E, ancora, i tempi o di questo conflitto, o dei nuovi giudizi incidentali, non sarebbero tali da compromettere, almeno in parte, l'effetto utile perseguito con la manipolazione temporale?

Sono quesiti che mi inducono nuovamente a suggerire estrema prudenza, o comunque a lavorare progressivamente, affinché la indubbia novità costituita dalla manipolazione temporale penetri nella coscienza professionale degli operatori del diritto, e si accrediti della forza necessaria per essere ben

recepita. Non si costruisce, alla fine, uno strumento efficiente di giustizia costituzionale, senza il consenso dei giudici comuni (Lamarque 2012).

10. CONCLUSIONI

In conclusione, mi pare di poter riassumere nei seguenti termini i punti del mio intervento, sviluppato sul presupposto che la Corte intenda procedere sulla via della manipolazione degli effetti temporali delle proprie sentenze di accoglimento:

a) la base teorica con la quale giustificare simili decisioni si rinviene già, senza alcuna necessità di ulteriori correttivi fondati sull'una o l'altra categoria dogmatica, nelle sentt. nn. 10/2015 e 41/2021, che coprono sia l'ipotesi di limitare la retroattività, sia quella di posticipare gli effetti della decisione nel futuro;

b) per servirsi adeguatamente di tale teoria, occorrerebbe riconoscere apertamente che l'art. 136 Cost. è disposizione costituzionale soggetta al bilanciamento con principi costituzionali che ne possono talora giustificare un sacrificio, in forza di criteri di funzionalità del sindacato di costituzionalità, architrave dell'ordine costituzionale dello Stato. Come ho precisato innanzi, è mia opinione che si tratti di quanto finora nella sostanza accaduto;

c) un limite intrinseco a tale operazione si impone, laddove essa comporti a sua volta uno scacco per principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato, tra i quali, anzitutto, il diritto di difesa. Ciò suggerisce (e offre la relativa base teorica giustificativa) di far salvi in ogni caso gli effetti della pronuncia nel giudizio *a quo*. La Corte potrà poi decidere se equiparare a quest'ultimo i casi che già pendano innanzi a sé, e per i quali il diritto di difesa è stato concretamente azionato *nel processo costituzionale*, oppure se distinguerli dal primo, precludendovi l'efficacia retroattiva. Minori difficoltà vi sono nel pretermettere i giudizi pendenti avanti ai giudici comuni, ma nei quali la questione di costituzionalità non è ancora stata sollevata (né è detto che lo sarebbe) e, soprattutto, i casi in cui l'azione non è stata esperita neanche avanti a tali giudici;

d) la tecnica manipolativa non può che restare eccezionale a fronte della lettera dell'art. 136 Cost., alla quale è saggio continuare ad attribuire il significato che sempre le è stato dato, senza torsioni destabilizzanti. Un conto, infatti, è prendere atto che l'evoluzione delle cose ha reso necessario incorporare nel *balancing* tale disposizione costituzionale, altro conto sovvertirne all'improvviso una portata di valore storico, cresciuta nel tempo insieme con il sindacato di costituzionalità;

e) siffatta eccezionalità induce a privilegiare, anziché l'intervento sugli effetti temporali, ogni altra misura meno drastica. In particolare, la figura dell'incostituzionalità sopravvenuta quanto al passato, la tecnica dell'ordinanza a incostituzionalità differita quanto al futuro. Con quest'ultima la Corte

risolve adeguatamente i casi in cui voglia, appunto, differire gli effetti di una incostituzionalità già dichiarata, al contempo paralizzando l'applicazione della norma *medio tempore*: sono le tipiche ipotesi in cui è utile concedere spazio al Parlamento per intervenire, senza compromettere nel frattempo principi cardine dell'ordinamento, come accade, di regola, con le pronunce di incompatibilità alla tedesca. Solo qualora, invece, si volesse ottenere la perdurante applicazione della norma, non si potrà che ripiegare sull'inclusione dell'art. 136 Cost. nel *balancing*, per dire che l'esito del bilanciamento impone una certa postergazione a data fissa dell'effetto dell'accoglimento, pena la flessione di preminenti principi costituzionali.

BIBLIOGRAFIA

Antonini, L. (2015), *Il principio di stretta proporzionalità nel sindacato costituzionale delle leggi tributarie: potenzialità e limiti*, in *Rassegna Tributaria*, 5, pp. 1064 ss.

Barbera, A. (2007), *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano, Giuffrè, pp. 263 ss.

Barbera, A. (2015), *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 2.

Bignami, M. (2015a), *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in una innovativa sentenza della Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*.

Bignami, M. (2015b), *Gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale nella prospettiva del diritto comparato*, in *Rassegna Tributaria*, 5, pp. 1128 ss.

Bignami, M. (2022), *Trent'anni dopo: il processo costituzionale nella nebulosa*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, pp. 141 ss.

Lamarque, E. (2012), *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Bari, Laterza, pp. 101 ss.

Luciani, M. (2023), *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè, pp. 200 ss.

Morrone, A. (2019), *Suprematismo giudiziario. Sui sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 251 ss.

Onida, V. (2021), *Modulazione degli effetti temporali della pronuncia di incostituzionalità o «sospensione» temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, pp. 130 ss.

Pugiotto, A. (2015), *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

Romboli, R. (2015), *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*, in *Forum di Quaderni costituzionali*.

Scaccia, G. (2015), *Equilibri di bilancio, irretroattività assoluta della dichiarazione di incostituzionalità e principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015*, in *Rassegna Tributaria*, 5, pp. 1106 ss.

Tarchi, R. (2021), «*Così fan tutte*»: la manipolazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento da parte delle Corti costituzionali europee. Una prospettiva comparata, in *Itinerari della comparazione, Quaderni della Rivista DPCEonline*, 4, pp. 35 ss.

Tesaro, G. (2015), *Incostituzionalità della «Robin Hood tax»: ragioni di bilancio uber alles*, in *Foro italiano*, 6, pp. 1923 ss.

Zagrebelsky, G. (1984), *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, UTET, pp. 39 ss.

The Temporal Effects of the Constitutional Court's Rulings: Issues and Prospects. The Author, examining the most recent proposals to support the manipulation of the temporal effects of the decisions of the Constitutional Court, suggests that it is preferable to insist on the path followed so far, while reaffirming its exceptional nature. For this reason, considerable space is dedicated to the validity of the alternative solution constituted by the deferred unconstitutionality judgments.

Keywords: Additive judgments; Temporal manipulation; Retroactivity and effects *pro futuro*; Deferred unconstitutionality judgments.

MARCO BIGNAMI è Presidente della III Sezione del TAR Milano.

