

Effetti delle decisioni dei giudici costituzionali: tecniche e seguito politico

di Fabrizio Politi

Abstract: *Effects of the decisions of constitutional judges: techniques and political appeal* – The experience of the jurisprudence of contemporary constitutional courts is the subject of numerous criticisms which revolve around the theme of the limits of the role of the constitutional judge and his relationship with the legislative power. The examination of the typologies of decisions and of the different ways through which the Courts modulate the effects of the declaration of unconstitutionality of the law constitutes a significant moment of examination of the role of the Courts in the implementation of the Constitution.

Keywords: Constitutional courts; Constitution; Declaration of unconstitutionality; Effects of law.

1. Considerazioni introduttive

L'esame, in una prospettiva comparata, degli effetti delle decisioni (e, prima ancora, delle tipologie decisorie, ed in particolare delle dichiarazioni di incostituzionalità) dei giudici costituzionali e del "seguito politico" di tali decisioni (e dunque l'esame del rapporto che intercorre fra giudice costituzionale e legislatore, *rectius* delle modalità con cui il decisore politico si rapporta con le pronunce del giudice costituzionale) si presenta particolarmente complesso.

Infatti, i due oggetti di studio (quello relativo alle tecniche decisorie – e dunque concernente gli effetti delle decisioni del giudice costituzionale – e quello relativo al "seguito politico" di tali decisioni) trovano il loro comune denominatore (o quanto meno, un possibile comune denominatore) proprio nel rapporto fra giudice costituzionale e legislatore (o, meglio, nelle modalità che ciascuno di questi due soggetti utilizza per rapportarsi con l'altro).

L'esame degli effetti delle decisioni (e l'esame delle tipologie decisorie) delle corti costituzionali (in particolare europee) sarà svolto ponendo specifica attenzione al tema della modulazione nel tempo degli effetti delle pronunce di incostituzionalità, quale specifico punto di osservazione delle modalità di rapporto (nelle principali esperienze europee di giustizia costituzionale)¹ fra giudice costituzionale e legislatore (e dunque fra giudice

¹ Si utilizza a questo proposito la nozione di "esperienza giuridica" come elaborata da G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune* (1930), *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), *Il problema della scienza del diritto* (1937), *L'esperienza in concreto* e *L'esperienza giuridica*

costituzionale e potere politico) e, per questa strada, quale punto di osservazione delle modalità prescelte dai giudici costituzionali per l'attuazione e la difesa della Costituzione (per così cercare di individuare quali siano gli itinerari effettivamente percorsi, nelle esperienze giuridiche contemporanee, nella difesa dei valori costituzionali da parte della giurisprudenza delle corti costituzionali).

L'analisi delle esperienze di giustizia costituzionale dei maggiori paesi europei sembra dare prova dell'esistenza di linee di tendenza comuni ed anche di una "comunicazione" fra le varie esperienze costituzionali contemporanee - anche quale risposta a problematiche comuni o simili - e dunque di un "dialogo" fra le Corti (che è anche un "dialogo fra ordinamenti")². E, proprio con riguardo alla dimensione europea, va rilevata la necessità di tenere conto anche del rapporto con i profili sovranazionali

nella storia, pubblicati postumi (tutti in *Opere*, 6 voll., Milano, 1959); a Capograssi fa esplicito riferimento R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 348-368 (adesso anche in *Riv. it. per le scienze giur.*, 4, 2013, 61 ss., che (*ivi*, 67) afferma che quella di «esperienza giuridica» è «l'unica nozione, di quante disponiamo, che sia idonea ... a ricomprendere ogni altra ... nella quale convergono correnti sempre più larghe del pensiero giuridico moderno, rapportando ad essa ogni problema del diritto e della sua conoscenza»; e perché (*ivi*, 68) «consente, come nessuna altra concezione, di considerare anche la giurisprudenza in una con ogni altro aspetto della fenomenologia giuridica. Solo la nozione di 'esperienza giuridica' permette ..., con il suo valore unificante, di scorgere nella congerie dei dati rapportabili al giuridico - dalle strutture organizzative degli ordinamenti alle attività di *scientia iuris* - i nessi, le correlazioni, i reciproci condizionamenti, i rapporti fattuali e gli eventuali rapporti logici, le implicazioni ideologiche palesi e occulte (che non mancano mai, nella vita come nella *scientia*). Ma pure è nozione che permette di rappresentarne le discontinuità, le contraddizioni, le ambiguità, e casualità, gli arbitrii, i conflitti, le sopraffazioni, le negazioni. Muovendo dalla risoluzione della nozione di diritto in quella di 'esperienza giuridica' la dizione 'studio storico del diritto' non ha più ragione di essere, perché lo studio della esperienza giuridica non può essere altro che ... uno 'studio storico': non, beninteso, uno studio della 'storia del diritto', ma della sua storicità»; v. anche A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, 1957; F. Cerrone, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orestano, Giuliani*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2016, 963 ss.; G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981; A. Cervati, *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009; Id., *Emilio Betti, interpretazione del diritto e impegno del giurista contemporaneo*, in 5(1) *Critical Hermeneutics* (2021); P. Ridola, *Esperienza costituzioni storia. Pagine di storia costituzionale*, Napoli, 2019; Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010.

² Vedi, in generale, M. Olivetti, T. Groppi (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003; AA.VV., Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Annuario 2006. La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010; D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato*, Napoli, 2014; M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1972; Id., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; L. Elia, *Giustizia costituzionale e diritto comparato (appunti di ricerca)*, in *Quad. cost.*, 1984; K.H. Ladeur, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Krise? Deutschland, Europa, Nord- und Südamerika*, Tübingen, 2021; P. Popelier, S. Verstraelen, D. Vanheule, B. Vanlerberghe (Eds), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Antwerp-Cambridge, 2013; S. Verstraelen, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, in 14 *German L.J.* 1687 (2013).

dell'UE e della CEDU, quale imprescindibile aspetto delle contemporanee esperienze giuridiche degli ordinamenti statali interessati³.

La scelta dei singoli ordinamenti oggetto di specifico esame è dipesa non solo dalla opzione per le più significative esperienze europee di giustizia costituzionale, ma è anche orientata nel senso di giustapporre esperienze che muovono da impostazioni (o, se si preferisce, che seguono modelli) differenti con riguardo all'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità (*pro futuro vs. pro praeterito*; efficacia *ex nunc vs. efficacia ex tunc*; nullità *vs.* annullabilità; potere o meno di modulazione dell'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità, ecc.) al fine di evidenziare le dinamiche registrate nei singoli ordinamenti.

E' stato rilevato da tempo un "avvicinamento" (o, se si preferisce, una contaminazione) fra i vari modelli di giustizia costituzionale quale conseguenza della elaborazione di risposte comuni (o comunque tendenzialmente non difformi) a problematiche simili (esigenze di tenuta del bilancio statale, tenuta del quadro ordinamentale, timore di effetti dirompenti, ecc.). A questo proposito, gli strumenti decisionali indirizzati a limitare nel passato o a differire nel futuro gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità vengono a costituire significative cartine di tornasole in merito alle "risposte" elaborate – a volte in via pretoria dallo stesso giudice costituzionale – all'interno dei singoli ordinamenti contemporanei con riguardo ai ricorrenti problemi legati alle esigenze di bilancio o al timore di effetti dirompenti per la tenuta del sistema.

Parafasando Rolando Tarchi, può dirsi che la riflessione odierna sul rapporto fra giudice costituzionale e legislatore presuppone "una riflessione generale di metodo", in base alla quale l'intera scienza del diritto costituzionale è chiamata a doversi misurare⁴. Al tempo stesso, deve rilevarsi che un'adeguata riflessione sul metodo finirebbe, in questa sede, per sottrarre spazio al tema specifico della presente relazione e pertanto ci si limita a segnalare la problematica di fondo (su cui si cercherà di tornare in sede di considerazioni conclusive) rappresentata dal significato che intenda assegnarsi oggi alla funzione di garanzia costituzionale ed alle "concrete"

³ Da ultimo, su questo profilo, v. M. Bonini, *Tornare alla separazione dei poteri e alla tutela dei diritti: il patriziato giurisdizionale del Bundesverfassungsgericht tedesco alla prova del NGEU e del MES*, in *DPCE Online*, 2, 2023, che evidenzia che «da qualche decennio il BVerfG ha conquistato un ruolo di primo piano sulla scena europea (anche con un dialogo peculiare con la Corte di Giustizia UE) individuando i principi costituzionali e i diritti fondamentali da rispettare nel processo di integrazione europea».

⁴ R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 897-898, che, dopo aver rilevato che «la questione riguarda anche il sistema (o i sistemi) delle garanzie», si (e ci) interroga: «quali sono le istituzioni di garanzia? E quali sono l'oggetto e le finalità che devono essere garantite?»; ed aggiunge la necessità «quando si parla di garanzie della costituzione (e della democrazia costituzionale)» di non poter fare riferimento al solo livello nazionale, giacché «anche le altre istanze giurisdizionali (Corte Edu e Corte di giustizia dell'Unione europea, che sarebbe sbagliato assimilare a dei tribunali costituzionali o a delle corti supreme, trattandosi di organi *sui generis*, ...), esercitano a loro volta funzioni di garanzia che sono tuttavia riferite, oltre che alla tutela di taluni diritti individuali ...), alla protezione del solo ordinamento di cui fanno parte e dei rispettivi interessi da tutelare»; Id., *Democrazia e istituzioni di garanzia. Un rapporto dialettico o conflittuale?*, Napoli, 2021; v. anche G. Salerno, *Le garanzie della democrazia*, in *Rivista AIC*, 3, 2018;

modalità operative mediante le quali tale funzione è chiamata a (o può) svolgersi.

Tornando più specificamente al tema degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, si può prendere le mosse dalla constatazione che, ad eccezione del modello austriaco⁵, la gran parte dei contemporanei modelli europei di giustizia costituzionale tende ad assegnare alle decisioni di incostituzionalità, in linea di principio, effetti retroattivi: dalla *Nichtigkeit* dell'ordinamento federale tedesco alla "cessazione di efficacia" di cui all'articolo 136 della Costituzione italiana⁶ fino al modello portoghese, la cui Costituzione dispone l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità e la reviviscenza della norma abrogata da quella dichiarata incostituzionale (v. *infra*). Al tempo stesso, questi stessi ordinamenti prevedono anche forme di limitazione dell'efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità, mediante strumenti a volte previsti dalla stessa Costituzione (o dalla legge ordinaria) o introdotti in via pretoria dal giudice costituzionale (con frequente incrocio fra le due opzioni).

Quindi, a valle già di un primo rapido sguardo sulle esperienze contemporanee, appare possibile affermare che sia le singole discipline costituzionali sia la giurisprudenza delle varie corti costituzionali, con modalità a volte simili e volte differenti, hanno dato luogo a diversi strumenti di differimento nel tempo (e/o di modulazione della retroattività) degli effetti delle pronunce di incostituzionalità e si può aggiungere che le corti costituzionali, tramite l'utilizzo dei relativi strumenti decisorii, hanno anche "costruito" (per questa via) una propria "modalità di rapporto" con il

⁵ Cui bisogna aggiungere da ultimo il modello francese che – come noto – nasce come modello di controllo esclusivamente preventivo di costituzionalità ma che dal 2008 introduce la possibilità di un accesso in via incidentale (v. *infra*).

⁶ Con riguardo all'esperienza italiana si vedano, senza pretesa di esaustività, AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989; AA.VV., *Giudizio 'a quo' e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario, 13-14 novembre 1989, Milano, 1990; AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993; M. D'Amico, F. Biondi (cur.), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018; M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; V. Onida, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021; C. Panzera, *Interpretare manipolare combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013; G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; Id., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007; Id., *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1, 2022; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova, 1997; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000; M. Troisi, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli, 2020; N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 3, 2021.

legislatore⁷. E, come detto, al fondo delle problematiche che ruotano attorno al tema degli strumenti decisori del giudice costituzionale e della efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità (ma anche del “seguito politico” delle stesse), vengono a porsi, da un lato, il tema del rapporto fra giudice costituzionale e legislatore⁸ (tema cui oggi bisogna aggiungere il profilo sovranazionale, che – non a caso – spesso incide anche sulla scelta, operata dallo stesso giudice costituzionale, dello specifico strumento decisorio) e, dall’altro lato, il tema dell’efficacia normativa – diretta o indiretta – della Costituzione e del ruolo dei predetti organi – giudice costituzionale e legislatore – nell’attuazione della stessa.

2. Strumenti decisionali ed effetti della decisione di incostituzionalità fra modellistica e specifiche esperienze costituzionali

Una breve panoramica (senza alcuna pretesa di esaustività) delle varie tipologie di strumenti decisionali utilizzati (nell’ambito dei giudizi di costituzionalità della legge) dai maggiori tribunali costituzionali europei, appare necessaria per (provare ad) individuare alcune linee di riflessione⁹.

⁷ In dottrina, non mancano richiami alla visione kelseniana della Corte costituzionale quale “legislatore negativo” (H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981). La giustizia costituzionale per Kelsen è chiamata a «garantire il rispetto della Costituzione, dei diritti delle minoranze e della ripartizione di competenze all’interno dello Stato federale, senza mettere in discussione la supremazia del Parlamento», H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione* (1928), in Id., *La garanzia giurisdizionale*, cit., 191, secondo cui, al fine di tutelare il bene “supremo” della certezza del diritto, occorre «contenere l’annullamento ... entro un termine fisso stabilito dalla costituzione, per esempio da tre a cinque anni a partire dall’entrata in vigore della norma da annullare» in quanto sarebbe «estremamente increscioso dover annullare per incostituzionalità una legge e più ancora un trattato dopo che sono stati in vigore per lunghi anni senza ricevere critiche» (pertanto, con riguardo all’efficacia della declaratoria di incostituzionalità ritiene «opportuno, in ogni caso, nell’interesse della certezza del diritto, non attribuire effetti retroattivi all’annullamento delle norme generali»); E. Palici Di Suni, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, 17; sul ruolo di Kelsen nell’elaborazione dei progetti della Costituzione austriaca del 1920, G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano, 1998; F. Politi, *La nascita della Corte costituzionale austriaca e la tutela delle libertà nella Costituzione austriaca del 1920*, in R. Orrù, F.F. Gallo, L.G. Sciannella (cur.), *Tra storia e diritto: dall’impero austro-ungarico al nation building del primo dopoguerra. La parabola della Repubblica cecoslovacca (1918-2018)*, Napoli, 2020, 63 ss. L’esperienza della giurisprudenza delle varie Corti costituzionali europee degli ultimi decenni dimostra che le dinamiche contemporanee degli ordinamenti giuridici non possono essere analizzate e comprese mediante il ricorso a modelli teorici rigidi e predeterminati, che risultano palesemente inadeguati per comprendere le complesse dinamiche istituzionali contemporanee e le connesse esigenze di limitazione del potere.

⁸ Non a caso fin dall’istituzione delle prime corti costituzionali sorge in Europa un vivace dibattito sul significato del controllo di costituzionalità (basti ricordare la contrapposizione fra Kelsen e Schmitt, magistralmente ricostruita da C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; oggi anche Napoli, 2014).

⁹ In dottrina v. A.A. Cervati, *Incossituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1998, 287 ss.; H.

Da un rapido confronto fra le varie discipline costituzionali emergono innanzitutto - e si potrebbe aggiungere, ovviamente - le differenze legate all'epoca di redazione delle rispettive costituzioni, giacché in quelle redatte negli ultimi decenni del novecento si riscontra la consapevolezza di problematiche (e delle relative scelte) che, nelle costituzioni approvate nei decenni precedenti, non sempre erano state altrettanto definite (tant'è che sono state "messe a punto" dalla giurisprudenza costituzionale e/o dal legislatore successivo).

E così, ad esempio, la Costituzione portoghese (art. 282, comma 4), dopo aver affermato l'efficacia *erga omnes* e retroattiva (*ex tunc*) della declaratoria di incostituzionalità (sancendo, tra l'altro, la reviviscenza della norma abrogata da quella dichiarata incostituzionale)¹⁰, precisa che il Tribunale costituzionale, quando lo esigano «la certezza del diritto, ragioni di equità o di interesse pubblico di eccezionale rilievo», può (con specifica motivazione) «stabilire gli effetti dell'incostituzionalità ... con una portata più limitata». Questo potere di modulazione ("portata più limitata") degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità (potere che il Tribunale costituzionale utilizza soprattutto con riguardo a dichiarazioni di incostituzionalità i cui effetti incidono sull'erario) è stato per lungo tempo inteso (ed utilizzato) con riguardo esclusivamente alla portata retroattiva (quindi quale potestà di limitazione degli effetti retroattivi) della pronuncia di incostituzionalità¹¹. A partire dalla sentenza n. 353 del 2012, il Tribunale

Kelsen, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, in *Zeitschrift für Schweizer Recht*, XLII, 1923-1924, 173 ss., trad. it., *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 5 ss., 25; E. Orlando, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 99 ss.; Id., *La legittimazione del Verfassungsgerichtshof e la metamorfosi della giurisdizione costituzionale in Austria*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, 2011, 43 ss.; G. Parodi, *La Germania e l'Austria*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 225 ss.; D. Tega, *La Corte nel contesto*, Bologna, 2020; S. Verstraelen, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, in 14 *German L.J.* 1687 (2013).

¹⁰ Come evidenziato da R. Tarchi, *Così fan tutte. La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento da parte delle corti costituzionali europee. Una prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, Itinerari della comparazione, marzo 2021, evidente appare l'analogia con l'art. 140.6 della Costituzione austriaca della disposizione posta dall'art. 282 della Costituzione portoghese laddove, nel porre la disciplina degli effetti delle decisioni di accoglimento, prevede anche la reviviscenza delle disposizioni eventualmente abrogate (quale effetto ripristinatorio automatico del diritto anteriore giustificato dell'esigenza di impedire lacune normative). La piena retroattività della dichiarazione di incostituzionalità è espressamente esclusa soltanto per i casi passati in giudicato in materia penale, in materia disciplinare e di illeciti amministrativi a garanzia del principio del *favor rei*, salvo statuizione difforme dello stesso Tribunale costituzionale portoghese; in dottrina v. L. Nunes De Almeida, *El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones*, in *Rev. est. pol.*, 60-61, 1988, 859 ss.; Id., *Les effets des arrêts du Tribunal constitutionnel*, in AA.VV., *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, Paris, 1989, 387 ss.

¹¹ Per un'ampia, puntuale ed approfondita rassegna sulla giurisprudenza costituzionale portoghese v. P. Costantini, R. Orrù, *Vicende e attività del Tribunal Constitucional*

costituzionale portoghese, chiamato a pronunciarsi sulla disciplina relativa allo stipendio dei dipendenti pubblici (e dunque su questione avente rilevanti riflessi sulle casse pubbliche e peraltro in anni di grave crisi finanziaria), ne ha dichiarato l'incostituzionalità ma posponendone l'efficacia a decorrere dall'anno successivo. Questa scelta ha consentito di ridurre (anzi, di eliminare) l'impatto della pronuncia sull'erario, azzerandolo di fatto con riguardo sia al passato che all'esercizio finanziario in corso. La pronuncia – nonostante la dichiarazione di incostituzionalità – è venuta così ad affermare la “ulteriore efficacia” della norma (pur dichiarata) incostituzionale per tutto l'anno in corso, ed ha di fatto posto il dovere per il legislatore di individuare le risorse necessarie per l'anno successivo o comunque di adeguare la

portoghese nel biennio 2017-2018, in *Giur. cost.*, 2019, 2781 ss.; A. Ciammariconi, R. Orrù, *Vicende ed attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2015-2016*, in *Giur. cost.*, 2017, 2217 ss.; Id., *Vicende ed attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2013-2014*, in *Giur. cost.*, 2015, 1867 ss.; R. Orrù, *Vicende ed attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2011-2012*, in *Giur. cost.*, 2013, 5178 ss.; Id., *Vicende ed attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2009-2010*, in *Giur. cost.*, 2011, 3935 ss.; Id., *Vicende ed attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2007-2008*, in *Giur. cost.*, 2009, 4225 ss.; Id., *Vicende ed attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2005-2006*, in *Giur. cost.*, 2007, 3935 ss.; Id., *Vicende ed attività del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 2001-2002*, in *Giur. cost.*, 2003, 3387 ss.; Id. *Vicende e giurisprudenza del Tribunal Constitucional portoghese negli anni 1999 e 2000*», in *Giur. cost.*, 2001; Id., *Vicende e giurisprudenza del Tribunal Constitucional portoghese negli anni 1997 e 1998*, in *Giur. cost.*, 1999, 4167 ss.; Id., *Vicende e giurisprudenza del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 1995-1996*, in *Giur. cost.*, 1998, 3003 ss.; Id., *La giurisprudenza del Tribunal Constitucional portoghese nel biennio 1993-1994*, in *Giur. cost.*, 1995, 3998 ss.; Id., *Il Tribunal Constitucional portoghese e la sua giurisprudenza nel biennio 1991-1992*, in *Giur. cost.*, 1993; v. inoltre R. Orrù, *Il giudice costituzionale portoghese e le sfide della giustiziabilità dei diritti sociali: un'isagoge*», in L. Mezzetti, E. Ferioli (cur.), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, 2018, 461 ss.; Id., *Il Portogallo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, 2^a ed., Roma-Bari, 2014, 225 ss.; R. Orrù, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in *DPCE*, 2, 2014, 1015 ss.; Id. *La Crisis económica y las responsabilidades de los jueces constitucionales: reflexiones desde el caso portugués*, in L. Mezzetti (cur.), *Anuario Italo-Iberoamericano di diritto costituzionale*, vol. I, Napoli, 2014, 391 ss.; Id., *La crisi nel perimetro dell'Unione europea: prove lusitane di costituzionalismo “minimalizzato”?*, in A. Ciccarelli, P. Gargiulo (cur.), *La dimensione sociale dell'Unione europea alla prova della crisi globale*, Milano, 2012, 79 ss.; Id., *La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006, 1 ss.; Id., *Corti europee e Tribunal Constitucional portoghese: tracce di riflessione di un dialogo ad intensità variabile*, in G.F. Ferrari (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006, 409 ss.; Id., *Introduzione* in J.J. Gomes Canotilho, *Il diritto costituzionale portoghese*, a cura di R. Orrù, Torino, 2006, XXI ss.; Id., *Recensione* a G. Vagli, *L'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Portogallo* (Pisa, 2001), in *DPCE*, 2001, 2083 ss.; v. inoltre L. Azzena, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (cur.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, II, 253 ss.; G. Fontana, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, M. Olivetti, T. Groppi (cur.), *La giustizia costituzionale in Europa*, cit., 179 ss.; M. Belletti, *Il sistema di giustizia costituzionale portoghese*, in L. Mezzetti (cur.), *Modelli e sistemi di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 267 ss.

normativa ai vincoli costituzionali (ma sempre a decorrere dal successivo esercizio finanziario)¹².

A partire da tale sentenza, il Tribunale costituzionale portoghese (soprattutto nei casi in cui ritiene sussistente la necessità di salvaguardare la stabilità dei conti pubblici) ha iniziato ad adottare decisioni con cui ha differito (*pro futuro*) gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità¹³. Bisogna aggiungere che la formula contenuta nell'art. 282 della costituzione portoghese (possibilità di “modulare” gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità per garantire la certezza del diritto o per ragioni di equità o per un interesse pubblico di carattere eccezionale)¹⁴, se da un lato pone sul Tribunale costituzionale un onere di motivazione, al tempo stesso appare caratterizzata da un'indeterminatezza delle clausole giustificatrici della limitazione dell'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità sicché ricade sul Tribunale costituzionale un ampio spazio di manovra, facilmente occultabile dietro motivazioni di stile o comunque generiche¹⁵.

¹² In precedenza, tale risultato era stato perseguito dal Tribunale costituzionale mediante l'*escamotage* della pubblicazione con ritardo (anche di diversi sei mesi) della specifica decisione di incostituzionalità (sentenza n. 866/1996) per il timore del vuoto normativo conseguente alla declaratoria di incostituzionalità. Con riguardo all'ordinamento europeo, il TFUE attribuisce alla Corte di giustizia, «ove lo reputi necessario», il potere di precisare «gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi» (art. 264, secondo comma, TFUE). La Corte di giustizia ha interpretato questa disposizione nel senso di rendere possibile l'operatività *ex nunc* delle pronunce di annullamento di atti normativi comunitari, e si è riconosciuto – dalla sentenza *Defrenne* del 1976 – il potere di procedere ad una tale limitazione anche nel quadro di pronunce interpretative. In questi casi, l'esclusione della retroattività è da ritenersi eccezionale e subordinata al concorrere di diverse condizioni, sintetizzabili nella sussistenza della “buona fede” di singoli e Stati membri che abbiano applicato in modo erroneo una normativa obiettivamente incerta e nella gravità delle conseguenze economiche che rischierebbero di prodursi nel caso di un'applicazione retroattiva della pronuncia resa dalla Corte.

¹³ Nella sentenza n. 353 del 2012 il Tribunale costituzionale portoghese, pur riconoscendo incostituzionali diverse misure legislative che limitavano prestazioni economiche a favore dei dipendenti pubblici e dei pensionati, ne ha differito l'effetto per oltre sei mesi. In quell'occasione tra le critiche mosse al Tribunale costituzionale portoghese vi è stata quella di avere esorbitato dai propri poteri e che la relativa decisione difettava di una adeguata motivazione; C. Blanco De Morais, *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso*, in *Rev. jur. inst. sup. Manuel Teixeira Gomes*, 3, 2013, 55 ss.; J. Miranda, *O Tribunal Constitucional em 2012*, in *Rev. jur. inst. sup. Manuel Teixeira Gomes*, 3 2013, 17 ss.; la decisione è stata favorevolmente giudicata da J. Sousa Ribeiro, *O diferimento da eficácia no tempo da declaração de inconstitucionalidade*, in *Rev. leg. jur.*, 3998, 2016, 266 ss.; R. Tarchi, *Così fan tutte*, cit., 79 ss., ha evidenziato che alle opzioni consentite dalla disciplina costituzionale, si è sommata un'attività creativa dello stesso Tribunale costituzionale, attività che ha incrementato il tasso di discrezionalità delle scelte e di flessibilità degli strumenti decisorii a disposizione.

¹⁴ Nella sent. n. 272 del 1986 il Tribunale costituzionale portoghese ha affermato che una dichiarazione d'incostituzionalità può essere un «fattore di incertezza giuridica sui rapporti già costituiti» ed in tali casi la limitazione degli effetti retroattivi della sentenza di incostituzionalità riduce i rischi di incertezza (R. Tarchi, *Così fan tutte*, cit., 81).

¹⁵ R. Tarchi, *Così fan tutte*, cit., 81. Ed infatti in merito alla portata di tale previsione si è sviluppato in dottrina un significativo dibattito; cfr. C. Blanco De Morais, *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso*, in *Rev.*

E' così stato riscontrato in dottrina che dall'esame della giurisprudenza del Tribunale costituzionale portoghese è possibile rilevare un utilizzo "elastico"¹⁶ delle citate clausole ma anche della modulazione nel tempo degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, non limitandosi il Tribunale costituzionale all'alternativa "secca" tra effetti *ex tunc* ed effetti *ex nunc*, ma optando anche per una "combinazione" fra il riconoscimento (o la negazione) dell'efficacia retroattiva e l'esclusione (o meno) del ripristino delle norme anteriori abrogate oppure "attenuando" la retroattività degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità¹⁷.

Nonostante la differente disciplina costituzionale, non dissimile appare il percorso registrato nell'ordinamento spagnolo.

In Spagna, la disciplina degli effetti delle sentenze del *Tribunal constitucional* è posta in parte dalla Costituzione, ma soprattutto dalla relativa *Ley Orgánica* (LOTC, n. 2 del 1979, articoli da 38 a 40), il cui art. 39 dispone che la sentenza che dichiara l'incostituzionalità della legge, dichiara "anche la nullità" della norma incostituzionale¹⁸. La *Ley Orgánica* sul *Tribunal constitucional* dispone dunque l'efficacia *ex tunc* della dichiarazione di incostituzionalità ed infatti la dottrina e la giurisprudenza spagnole hanno inizialmente riconosciuto l'efficacia retroattiva delle decisioni di accoglimento (con il limite del giudicato). A partire dal 1989 (con la sentenza n. 45 del 1989), il *Tribunal constitucional*, con riguardo ad una legge tributaria, ha affermato che la dichiarazione di incostituzionalità non produce necessariamente la "nullità" della legge con la conseguente

jur. inst. sup. Manuel Teixeira Gomes, 3, 2013, 55 ss.; J.J. Gomes Canotilho, *Il diritto costituzionale portoghese*, Torino, 2006; J. Miranda, *La Justicia Constitucional en Portugal*, in *An. Iberoam. Just. Const.*, 1, 1997, 325 ss.; J. Sousa Ribeiro, *O diferimento da eficácia no tempo da declaração de inconstitucionalidade*, in *Rev. leg. jur.*, 3998, 2016, 266 ss.; R. Tavares Lanceiro, *A manipulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, à luz do artigo 282º, nº 4, da Constituição, pelo Tribunal Constitucional*, <http://www.academia.edu/32234368/Amanipulaçãodeefeitosdadeclaraçãodeinconstitucionalidadecomforçaobrigatóriageralàluzdoartigo282ºono4daConstituiçãopeloTribunalConstitucional.pdf>, che parla di potere-dovere del Tribunale costituzionale di accertare in anticipo le conseguenze normative delle proprie decisioni di accoglimento.

¹⁶ R. Tarchi, *Così fan tutte*, cit., 81.

¹⁷ R. Tarchi, *op. ult. cit.*, 82; C. Guerrero Picó, *Portogallo*, in P. Passaglia (cur.), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, 2014, in www.cortecostituzionale.it, 92.

¹⁸ L'art. 164 della costituzione spagnola prevede l'efficacia *erga omnes* delle decisioni che dichiarano l'incostituzionalità di una legge (l'art. 161.1 lett. a), dispone l'intangibilità delle sentenze passate in giudicato). In dottrina v. A. Garrorenza Morales, *Artículo 164: Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional*, in O. Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1999, vol. XII, 299 ss.; J. Salas, *Il Tribunale costituzionale spagnolo e la sua competenza in riferimento alla forma di governo. I suoi rapporti con i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario*, in *Quad. cost.*, 1982, 646; J. Jiménez Campo, *Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español*, in *La jurisdicción constitucional en España, La ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, 1995, 100 ss. R. Romboli, R. Tarchi, *La giustizia costituzionale in Spagna*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale*, cit., II, 343; G. Rolla, *L'esperienza spagnola*, in *Corte costituzionale, giudizi comuni e interpretazioni adeguatrici*, 6.11.2009, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/06_11_09_Rolla.pdf.

possibilità di limitazione nel tempo degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità¹⁹. Il Tribunale costituzionale spagnolo ha così affermato il proprio potere di modulare nel tempo l'efficacia della pronuncia di incostituzionalità, scindendo la dichiarazione di incostituzionalità dall'accertamento della nullità della legge medesima. Tale scissione consente al Tribunale costituzionale di restringere – fino ad eliminarla – l'efficacia retroattiva della pronuncia di incostituzionalità (che però così opera anche solo *ex nunc*)²⁰ e successivamente, sempre facendo leva su tale meccanismo, il Tribunale costituzionale spagnolo ha affermato l'ulteriore potere di differimento nel tempo (*pro futuro*) degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità²¹.

Nella giurisprudenza costituzionale spagnola si rinviene dunque oggi il riconoscimento al Tribunale costituzionale del potere di limitare la retroattività degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, potere utilizzabile mediante la dichiarazione di *simple inconstitucionalidad*²². Tale potere si esprime in via di eccezione e con onere di motivazione a carico del Tribunale costituzionale, nei casi in cui quest'ultimo ritenga che l'efficacia retroattiva possa produrre gravi effetti nell'intero ordinamento (disponendo dunque che gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità siano solo *pro futuro*)²³.

¹⁹ E. García De Enterría, *Un paso importante para el desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes constitucionales*, in *Rev. esp. der. adm.*, 81, 1989, 5 ss.; nella sentenza n. 45 del 1989, il Tribunale costituzionale spagnolo individua la categoria della *simple inconstitucionalidad* e riconosce il proprio compito di individuazione e precisazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sui rapporti giuridici già esistenti in ragione del principio di tutela della certezza giuridica (ed in base a tale principio ricomprende gli atti amministrativi definitivi all'interno della categoria dei rapporti esauriti).

²⁰ Il Tribunale costituzionale ha adottato questo tipo di decisioni

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

²¹ Anche il potere di dilazionare *pro futuro* gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione di legge è utilizzato dal Tribunale costituzionale soprattutto con riguardo a questioni con effetti sul bilancio pubblico (v. ad esempio sentenza n. 152 del 2014), ma va rilevato che il ricorso alla modulazione dell'efficacia nel tempo della pronuncia di incostituzionalità è in genere giustificato nelle motivazioni delle pronunce del tribunale costituzionale spagnolo con il richiamo al principio della certezza del diritto.

²² F. Rubio Llorente, *La jurisdicción constitucional en España*, in F. Rubio Llorente, J. Jiménez Campo, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1997, 13; G. Parodi, *Gli effetti nel tempo della decisione d'incostituzionalità: profili di comparazione*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 533-534.

²³ In questi casi la modulazione temporale degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità consegue alla scissione fra dichiarazione della incostituzionalità della legge e accertamento (o declaratoria) della nullità della stessa. Tali pronunce dichiarano l'incostituzionalità della legge ma non la nullità della medesima. Anche questa tipologia di pronunce è adottata dal tribunale costituzionale facendo richiamo alla necessità di

A partire dalla sentenza n. 96 del 1996, il Tribunale costituzionale spagnolo ha ritenuto di poter differire nel tempo degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, giustificando tale decisione in base alla considerazione della necessità – necessità che si afferma successivamente alla dichiarazione di incostituzionalità – dell'adozione di una nuova disciplina i cui contenuti richiedono scelte che ricadono nella discrezionalità riservata al legislatore. Questa nuova tecnica decisoria – caratterizzata dall'invito al legislatore ad intervenire “quanto prima” – è utilizzata per evitare il prodursi di vuoti normativi ritenuti pregiudizievoli per l'ordinamento.

Nell'esperienza spagnola (con riguardo alla quale va ricordato anche il dibattito che ha accompagnato l'approvazione della *ley Orgánica* n. 15/2015 relativa all'esecuzione delle sentenze del Tribunale costituzionale, ma su tale profilo si tornerà più avanti)²⁴, la possibilità di modulare o annullare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità è stata molto utilizzata nell'ultimo decennio soprattutto nei confronti della legislazione adottata per fronteggiare la crisi economico-finanziaria successiva al 2010²⁵.

L'esperienza spagnola delle pronunce di incostituzionalità ad effetti solo *pro futuro* spinge facilmente a richiamare il *modello austriaco*, la cui disciplina costituzionale (fra quelle in vigore) è quella temporalmente più risalente²⁶ e che si caratterizza per la previsione dell'efficacia *ex nunc* della

salvaguardare il principio della certezza del diritto (la «sicurezza giuridica» di cui all'art. 9.3 della costituzione spagnola) e soprattutto per salvaguardare l'equilibrio dei bilanci pubblici, ma anche con riguardo ad ipotesi di omissioni legislative.

²⁴ Con la *Ley Orgánica* n. 15/2015 è stato previsto che, in caso di inosservanza delle proprie decisioni, il Tribunale costituzionale può: 1) irrogare sanzioni pecuniarie (da 3.000 a 30.000 euro); 2) sospendere coloro che non abbiano adempiuto a quanto previsto nella sentenza del Tribunale Costituzionale; 3) esercitare un potere sostitutivo nei confronti dei soggetti inottemperanti, potendo esigere la cooperazione del Governo nazionale per l'attuazione della propria decisione; 4) raccogliere testimonianze per individuare eventuali responsabilità penali di coloro che non hanno posto in esecuzione quanto prescritto in sentenza. Tale riforma è stata criticata da parte della dottrina e non condivisa dalla Commissione di Venezia, che ha osservato che: «The attribution of the power of execution of its decisions to the Constitutional Court may seem as an increase of power at first sight. However, the division of competences of adjudicating on the one hand, and of executing its results, strengthens the system of checks and balances as a whole, and in the end, also the independence of the Constitutional Court. The Venice Commission does not recommend that these powers be attributed to the Constitutional Court»; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion 827/2015, *On the Law of 16 October 2015 Amending the Organic Law no. 2/1979 on the Constitutional Court*, 10-11 March 2017, CDL-AD(2017)003 (anche: Commissione di Venezia, *Opinion on the Law of 16 October 2015 amending the Organic Law no. 2/1979 on the Constitutional Court*, 10-11 marzo 2017, in www.venice.coe.int). In dottrina v. E. Stradella, *Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo*, in *Federalismi.it*, 3, 2018; M. Almeida Cerredá, *El “nuevo” sistema de ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional español*, in *Ist. Fed.*, 1, 2016, 179 ss.

²⁵ R. Tarchi, *Così fan tutte*, cit., 81, segnala che nel quadriennio 2014-2017 sono state almeno una decina le pronunzie che hanno stabilito la decorrenza *ex nunc* degli effetti o differendoli nel futuro, oppure facendo salvi i provvedimenti amministrativi già adottati nel periodo precedente.

²⁶ In dottrina v. C. Bezemek, *A kelsenian model of constitutional adjudication. The Austrian Constitutional Court*, in *ZÖR*, 2021; G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica*

declaratoria d'incostituzionalità, con l'eccezione del caso (giudizio *a quo*) che ha dato luogo alla pronuncia (eccezione che a sua volta è alla base del potere riconosciuto alla Corte costituzionale austriaca di estendere gli effetti della decisione anche ad ulteriori rapporti in corso; i cd. "casi paralleli", *Anlassfällen*), e per l'assegnazione al giudice costituzionale del potere di differire fino a diciotto mesi gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità (*Fristsetzung*)²⁷.

Il modello austriaco si caratterizza dunque per la previsione – in via generale – di un'efficacia meramente *pro futuro* della dichiarazione di incostituzionalità (con l'unica eccezione del giudizio *a quo*)²⁸, con la contemporanea assegnazione al giudice costituzionale del potere di estendere per il futuro, la vigenza della legge dichiarata incostituzionale attraverso il differimento (per un massimo di 18 mesi) degli effetti della pronuncia.

L'art. 140 della legge costituzionale federale (B-VG) dispone che la legge dichiarata incostituzionale continui ad applicarsi alle fattispecie verificatesi nel periodo antecedente alla pronuncia della Corte (con la sola eccezione del caso oggetto della pronuncia) e che – sempre *pro futuro* – «tornano in vigore le disposizioni di legge abrogate dalla legge incostituzionale». A quest'ultimo proposito, l'art. 140, comma 6, B-VG puntualizza che la c.d. "reviviscenza" delle norme dichiarate incostituzionali debba essere indicata nel dispositivo della sentenza. E' dunque assegnato al *Verfassungsgerichtshof* un potere di modulazione – sia nel senso della limitazione che in quello dell'estensione²⁹ – degli effetti nel tempo della dichiarazione d'incostituzionalità.

dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920, Milano, 1998; B. Caravita, *Corte "Giudice a quo" e introduzione del giudizio sulle leggi*, Vol. I, *La Corte costituzionale austriaca*, Padova, 1985; U. Haider-Quercia, E. D'Orlando, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2014-2015*, in *Giur. cost.*, 2016, 1915 ss.; T. Öhlinger, *Legge sulla Corte costituzionale austriaca*, Calenzano, 1982; E. Orlando, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 99 ss.; E. Palici Di Suni (cur.), *Una Corte costituzionale per l'Austria*, Torino, 2013; Id., *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2016.

²⁷ La Corte costituzionale, quando dispone il differimento degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità individua, nel dispositivo, il *dies a quo* di efficacia della dichiarazione di incostituzionalità («al fine di consentire al legislatore di attivarsi per evitare vuoti normativi»). L'apposizione del termine («sempreché la Corte stessa non disponga diversamente nella sua sentenza») comporta che la legge dichiarata incostituzionale continui ad applicarsi a tutte le fattispecie verificatesi anteriormente al decorso del termine stesso, ad eccezione («per ragioni di equità e funzionalità del meccanismo di instaurazione») «del caso che ha dato origine alla pronuncia».

²⁸ Gli atti (ed i casi) simili a quelli che hanno dato origine al caso *a quo* (c.d. "*Quasi-Anlassfälle*") in via di principio non sono intaccati dalla pronuncia di incostituzionalità della norma, ma si sono registrate eccezioni con riguardo a casi già pendenti nel momento dell'udienza (e quindi della sentenza) della Corte costituzionale.

²⁹ L'art. 140, par. 7, B-VG consente alla Corte costituzionale di estendere gli effetti della declaratoria d'incostituzionalità anche a fattispecie e rapporti giuridici pendenti all'inizio dell'udienza o della camera di consiglio (art. 140, comma 7, B-VG), come individuati dalla stessa sentenza. La previsione di un "effetto retroattivo" per casi diversi di quello *a quo* (anche ad altri casi ancora pendenti così stabilendo un effetto retroattivo della pronuncia di incostituzionalità; v. nota precedente) discende dalla

Nell'esperienza della giurisprudenza costituzionale austriaca si rinviene un frequente utilizzo, da parte della Corte costituzionale, di pronunce caratterizzate da una modulazione dell'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità (soprattutto con riguardo a dichiarazioni di incostituzionalità di norme in materia tributaria e finanziaria, o comunque con riguardo a questioni aventi impatto sul bilancio dello Stato)³⁰. A questo riguardo, è stato rilevato che nelle motivazioni delle singole pronunce non si rinviene un eccessivo sforzo argomentativo da parte della Corte costituzionale austriaca in merito alla indicazione delle ragioni che la spingono a ricorrere alla *Fristsetzung* o comunque alla modulazione dell'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità.

Molto studiata (e non da oggi) da parte della dottrina italiana³¹ è anche l'esperienza tedesca, ove la Legge sul Tribunale costituzionale federale

ponderazione, per ogni singolo caso, tra la certezza del diritto e la «giustizia del diritto» (*Rechtsrichtigkeit*); a volte l'effetto retroattivo può estendersi anche a questioni coperte da giudicato (*Mindestkörperschaftssteuer*).

³⁰ La disciplina austriaca degli effetti delle decisioni di incostituzionalità viene spesso illustrata mediante un richiamo alla visione kelseniana della Corte costituzionale quale «legislatore negativo» (abrogazione della legge con un'efficacia costitutiva), H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, Berlin-Leipzig, 1929, 31, 54; Id., *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, in *Zeitschrift für Schweizer Recht*, XLII, 1923-1924, 173 ss.; trad. it., *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, cit., 5 ss.

³¹ Senza pretesa di esaustività, G. Repetto, F. Saitto (cur.), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparata alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020; E. Benda, E. Klein, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg, 1991; E. Bertolini, *Le sentenze del Bundesverfassungsgericht, in Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto interno e comparato*, Napoli, 2014, 177 ss.; H. Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, 2019; C. Böckenförde, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze: Eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin, 1966; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002; A.A. Cervati, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 287 ss.; N. Fiano, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, 2016, in *Forum Quad. cost.*, 2016; Id., *Il Bundesverfassungsgericht e l'arte di differire gli effetti 'finanziari' delle proprie decisioni*, in *Federalismi.it*, 23, 2018; Id., *Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale*, Milano, 2022; R. Gaier, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *Jus*, 2015; C. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1985; D. Hömig, in T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, H. Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, 2019; J. Luther, *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, in J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale*, vol. I, Torino, 2000, 172 ss.; F. Pedrini, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, in *Forum Quad. cost.*, 5 giugno 2015; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., 96 ss.; F. Politi, *Gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 334 ss.; K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*,

(*Bundesverfassungsgerichtsgesetz* - BVerfGG)³² distingue (art. 31) fra la dichiarazione di “nullità” (*Nichtigkeit*) di una norma di legge e la dichiarazione di “incompatibilità” (*Unvereinbarkeit*) di una norma di legge con la Costituzione³³. Fin dagli anni cinquanta³⁴ in Germania si era sviluppata una prassi (poi recepita da una modifica del BVerfGG del 1970)³⁵ in base alla quale il Tribunale costituzionale procede – anziché alla dichiarazione di nullità – alla mera *dichiarazione di incompatibilità*³⁶.

München, 2021; H.P. Schneider, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung*, in *NJW*, 1980; A. von Bogdandy, D. Paris, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 3, 2020, 9 ss.

³² L'art. 31 BVerfGG dispone che «1). Le decisioni del Tribunale costituzionale federale vincolano gli organi costituzionali della Federazione e dei Länder, nonché tutti gli organi giudiziari e le autorità amministrative. 2) Nei casi di cui al § 13, nn. 6, 6a, 11, 12 e 14, la decisione del Tribunale costituzionale federale ha forza di legge. Ciò vale anche nei i casi di cui al § 13 n. 8a, se il Tribunale costituzionale federale dichiara una legge compatibile od incompatibile con la Legge fondamentale, ovvero nulla. Qualora una legge sia dichiarata compatibile od incompatibile con la Legge fondamentale o con altre norme federali, ovvero nulla, il dispositivo della decisione deve essere pubblicato, a cura del ministro federale della Giustizia, nel Bollettino ufficiale federale. Lo stesso vale per il dispositivo della decisione di cui al § 13, nn. 12 e 14».

³³ Gli articoli 93 e 100 del *Grundgesetz* elencano le competenze del *Bundesverfassungsgericht* ma nulla dispongono in merito alle tipologie di pronunce ed alla efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità.

³⁴ Così l'ordinanza, 11 giugno 1958 - 1 BvR 1/52, 46/52 (BVerfGE 8, 1): «Una legge che viola la Costituzione deve in linea di principio essere dichiarata nulla. Con riferimento ad una legge sulla retribuzione (dei funzionari) che a seguito di una modifica delle circostanze non corrisponde più ai requisiti minimi di un mantenimento adeguato, una tale decisione del Tribunale costituzionale condurrebbe però ad una situazione che sarebbe ancora meno compatibile con l'ordinamento costituzionale; l'art. 33, comma 5, LF esige infatti l'esistenza di disposizioni legali sulla retribuzione. Alla luce del collegamento dei due principi costituzionali ... il Tribunale costituzionale ... deve limitarsi ad accertare che il legislatore federale ha violato tramite l'omissione di una modifica della retribuzione il diritto di cui all'art. 33, comma 5, LF. Una tale decisione, che lascia la legge sulla retribuzione finora vigente per il momento intatta, non è tuttavia priva di rilevanza pratica; tale decisione obbliga infatti il legislatore ... ad un conseguente intervento».

³⁵ L'art. 79 BVerfGG (relativo al controllo astratto) disciplina anche gli effetti temporali delle decisioni di incompatibilità e di nullità, limitandoli di regola alle decisioni ancora impugnabili (escludendo l'incidenza sulle sentenze passate in giudicato), disponendo «la riapertura del procedimento ... nei confronti di una sentenza penale passata in giudicato, fondata su una norma dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale o nulla ai sensi del § 78, ovvero fondata sull'interpretazione di una norma dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale dal Tribunale costituzionale federale» e che «Per il resto rimangono intangibili ... le decisioni non più impugnabili, fondate su una norma dichiarata nulla ai sensi del § 78».

³⁶ La dottrina tedesca tende a qualificare la sentenza di incompatibilità quale tipologia decisionale “attenuata” rispetto alla sentenza di nullità: N. Fiano, *La modulazione nel tempo*, cit., 74: «Nell'ordinamento giuridico tedesco, la teoria della nullità (*Nichtigkeitslehre*) e la teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale rappresentano due posizioni dogmatiche opposte»; e (più avanti, 76) «a fondamento della teoria dell'annullabilità della norma incostituzionale non vi sono solamente ragioni di natura teorica, ma anche (e forse soprattutto) ragioni di natura pragmatica»; infatti (91) le *Unvereinbarkeitserklärungen* sono «la variante decisionale non

La dottrina ha da tempo rilevato che la normativa tedesca non indica le condizioni che possono condurre il *Bundesverfassungsgericht* ad adottare l'una o l'altra (tipologia di) decisione. E non a caso nella dottrina tedesca si rinviene un significativo impegno nella individuazione delle tipologie dei casi in cui il *BVfG* opta per la dichiarazione di "incompatibilità" in luogo di quella di "nullità"³⁷. E così è stato evidenziato che il Tribunale costituzionale tedesco utilizza lo strumento della dichiarazione di "incompatibilità" (*Unvereinbarkeit*) laddove ravvisi di trovarsi di fronte ad uno spazio spettante alla discrezionalità del legislatore (ad esempio, nei casi in cui il rimedio alla situazione incostituzionale possa avvenire mediante molteplici possibilità la cui scelta spetta al legislatore, ad esempio nei casi di violazione del principio di uguaglianza³⁸ o nei casi di omissioni da parte del legislatore) oppure nei casi in cui la dichiarazione di "nullità" (e dunque il venir meno *ex tunc* della disciplina incostituzionale) produrrebbe situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quella esistente (ad esempio, nel caso di lesione di interessi aventi fondamento costituzionale)³⁹. E' proprio in tali casi che il *Bundesverfassungsgericht* ordina anche il superamento del "blocco di applicazione" della norma incostituzionale fino alla novella legislativa, ritenendo appunto "tollerabile" - per un periodo transitorio - il pregiudizio derivante dalla - perdurante applicazione della - normativa incostituzionale o, ancora, nei casi in cui il *Bundesverfassungsgericht* ritiene di trovarsi di fronte ad una disciplina legislativa composta da una parte ritenuta incostituzionale ed una conforme a costituzione ed in cui appare impossibile scindere la prima dalla seconda⁴⁰. E non è difficile riscontrare che il Tribunale costituzionale tedesco ha spesso ritenuto di rilevare la sussistenza di tali condizioni in

regolamentata più significativa della prassi del *BVfG*» e rispondono all'esigenza di evitare il «taglio netto» della sentenza di nullità, in tal modo precludendo la formazione di un vuoto normativo.

³⁷ La dottrina si è molto soffermata sul problema dell'individuazione di una casistica delle *Unvereinbarkeitserklärungen*; al riguardo v. N. Fiano, *La modulazione nel tempo*, cit., che sottolinea «la prassi pragmatica, flessibile e non dogmatica» di tale esperienza, elencando le «sottocategorie delle *Unvereinbarkeitserklärungen*» e le ulteriori fenomenologie (dalla *weitere Anwendbarkeit* della norma dichiarata incompatibile, alla *Fortgeltungsanordnung* alla decisione di incompatibilità integrata da una *Übergangsregelung*).

³⁸ N. Fiano, *La modulazione nel tempo*, cit., 132, individua nella violazione del principio di uguaglianza e nella tutela della sfera discrezionale del legislatore "campi applicativi" di elezione della sentenza di incompatibilità.

³⁹ Il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che sono interessi degni di tutela (che giustificano - in attesa dell'intervento del legislatore - l'applicazione delle norme incostituzionali) la certezza del diritto, la tutela della vita, l'integrità e la libertà o la autodeterminazione sessuale, l'interesse alla tenuta del bilancio dello Stato ed alla affidabilità della programmazione finanziaria (nonché l'interesse ad un'uniforme azione amministrativa in relazione ai periodi di imposta conclusi e definiti).

⁴⁰ N. Fiano, *La modulazione nel tempo*, cit., 17 e 19, sottolinea che il rispetto delle sentenze di incompatibilità nei confronti della discrezionalità del legislatore costituisce un dato positivo per quanto riguarda la relazione intercorrente tra Tribunale costituzionale e Parlamento, non solo per la garanzia del rispetto della suddivisione delle competenze, ma anche per la maggiore "responsabilizzazione" cui è soggetta l'attività del parlamento («in un'ottica tutta interna alla giustizia costituzionale»).

particolare in casi incidenti sulle pubbliche finanze (ad esempio, ma non solo, in materia tributaria e previdenziale)⁴¹.

Le pronunce di *unvereinbarkeit* pongono sul legislatore l'obbligo di rimuovere la situazione di incostituzionalità mediante l'adozione di una nuova disciplina legislativa costituzionalmente conforme (disciplina che, a sua volta, potrà anche essere retroattiva o comunque porre la normativa da applicare con riguardo ai rapporti pendenti)⁴² e comportano la sospensione del processo *a quo* e dei processi "paralleli" (*anlassfallen*). Si determina dunque un "blocco di applicazione" (*Anwendungssperre*) della disciplina giudicata incompatibile con la Legge fondamentale (*id est*, la sospensione dell'applicazione della norma fino all'intervento del legislatore), ma si registrano anche casi di pronunce di incompatibilità con ordine di "applicazione provvisoria" (*weitere Anwendung*) della norma dichiarata incompatibile (che continua dunque ad applicarsi fino all'intervento del legislatore) o anche casi in cui il Tribunale costituzionale detta una disciplina *ad hoc*⁴³. In alcune fattispecie, il *Bundesverfassungsgericht* dispone

⁴¹ Il *Bundesverfassungsgericht* fa riferimento alla necessità di assicurare la «affidabilità della programmazione finanziaria» (oltre che la tenuta del bilancio statale). Nell'ordinanza del 22 giugno 1995 - 2 BvL 37/91 (BVerfGE 93, 121) il Tribunale costituzionale, con riguardo ad una tassa sul patrimonio, ha affermato: «Il § 10 n° 1 della legge sull'imposizione patrimoniale ... è, quantomeno sin dall'anno di imposta 1983 in tutte le sue versioni, incompatibile con l'art. 3, comma 1, LF ... Il legislatore è tenuto a provvedere ad emanare una novella al più tardi entro il 31 dicembre 1996. Sino a tale data la legge previgente dovrà ancora trovare applicazione». E più avanti: «La violazione del principio di uguaglianza conduce soltanto alla dichiarazione di incompatibilità, poiché ... il legislatore ha varie possibilità per rimediare alla situazione incostituzionale. Le esigenze di un'affidabile progettazione finanziaria e del bilancio e di un'uniforme azione amministrativa per i periodi di imposta in gran parte conclusi giustificano che le disposizioni sull'imposizione patrimoniale per gli anni fiscali passati possano ancora essere applicate come in precedenza». V. anche la sentenza del 9 febbraio 2010 - 1 BvL 1, 3, 4/09 (BVerfGE 125, 175 - *Hartz IV*) sul minimo esistenziale nell'ambito del sussidio di disoccupazione in cui il Tribunale ha dichiarato la disciplina incompatibile con la Legge fondamentale ed ha fissato un termine entro il quale il legislatore doveva intervenire. Richiamando la propria giurisprudenza, il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato che «il legislatore non deve rimediare retroattivamente ad una situazione non compatibile con la Legge fondamentale, se ciò contrasta con la programmazione finanziaria e del bilancio oppure se la situazione costituzionale non era ancora stata chiarita in maniera sufficiente e pertanto deve essere concesso un adeguato termine al legislatore». E «nel caso in cui il legislatore non dovesse tuttavia adempiere all'obbligo di modifica normativa entro il 31 dicembre 2010, una legge adottata oltre tale data troverebbe comunque applicazione già a partire dal 1° gennaio 2011 ... poiché le disposizioni finora vigenti continuano ad applicarsi, ed il legislatore è tenuto solo a rideterminare le prestazioni di regola con effetto pro futuro, i giudizi rimessi non devono rimanere sospesi fino alla nuova normativa del legislatore».

⁴² Il Tribunale costituzionale fissa a volte un termine entro il quale il legislatore deve rimediare alla situazione incostituzionale (anche con effetti retroattivi) fornendo anche (più o meno dettagliate) indicazioni; R. Gaier, *Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in *Jus*, 2011, 961 ss.

⁴³ Il *Bundesverfassungsgericht* può aggiungere alla dichiarazione di incompatibilità un «ordine di provvisoria applicazione» (*Weitergeltungsanordnung*) della norma dichiarata incompatibile fino all'intervento del legislatore anche fissando un termine (*Fristsetzung*) al legislatore.

l'applicazione della sentenza di incostituzionalità in favore solo dei ricorrenti (c.d. "premio di cattura"), permanendo invece per tutti gli altri casi la vigenza della norma incostituzionale⁴⁴.

Si può pertanto affermare che il *Bundesverfassungsgericht* ha dato vita ad uno strumentario che, evitando la dichiarazione di nullità (e dunque la rimozione) *ex tunc* della norma dichiarata incostituzionale, consente non solo la "provvisoria" esistenza di norme incostituzionali (allo scopo di evitare un vuoto legislativo, un buco di bilancio, o il prodursi di effetti dirimpenti per l'ordinamento o ancora per il rispetto del c.d. principio di continuità, ecc.), ma anche allo stesso giudice costituzionale di modulare caso per caso la dimensione di siffatta "provvisoria esistenza". Operano in tale direzione anche la dichiarazione di incostituzionalità *parziale* della legge (o della norma, con conseguente limitazione della produzione degli effetti ritenuti dirimpenti), l'adozione di pronunce monitorie (*Appellentscheidungen*), in cui il *Bundesverfassungsgericht* dichiara che una legge è "ancora conforme a Costituzione", ma in cui invita il legislatore ad intervenire per rendere la norma conforme a Costituzione indicando anche i principi cui la nuova disciplina deve conformarsi (e l'eventuale inerzia del legislatore determina che la legge "diventa incostituzionale"), fino alla sentenza di interpretazione conforme a Costituzione (*verfassungskonforme Auslegung*), che ha effetti *erga omnes* (ed anche nei confronti del legislatore).

L'autorevolezza del *Bundesverfassungsgericht* e la costante attenzione del legislatore tedesco ai moniti provenienti dal BVfG hanno fatto sì che le sollecitazioni del primo siano sempre seguite dal secondo (tant'è che la questione relativa alle eventuali conseguenze discendenti dall'inerzia del legislatore non ha trovato spazio nelle riflessioni dottrinali in ragione appunto dell'assenza di casi in cui si è realizzata tale eventualità)⁴⁵. A questo proposito, va ricordato che l'art. 35 BVerfGG assegna al Tribunale costituzionale il potere di fornire indicazioni sull'esecuzione della sua pronuncia, sul soggetto cui è demandata (ad es., il legislatore), nonché sulle forme e sui modi dell'esecuzione, disponendo inoltre che il Tribunale costituzionale può adottare provvedimenti per dare esecuzione alle proprie decisioni.

In Belgio, nel contenzioso per annullamento, la dichiarazione di incostituzionalità determina l'annullamento, totale o parziale della legge, con effetti retroattivi ed *erga omnes*⁴⁶. E' concessa alla Corte costituzionale

⁴⁴ Per approfondimenti, v. M.Th. Roerig, in *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità. Aggiornamento* [Comp. 222], a cura di Paolo Passaglia, Corte costituzionale, luglio 2017; Id., *Germania*, in *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, (a cura di P. Passaglia), Corte costituzionale, 2014; Id., *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza tedesca e austriaca*, Corte costituzionale, 2018.

⁴⁵ N. Fiano, *La modulazione nel tempo*, cit.

⁴⁶ In dottrina v. C. Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, Bruxelles, 2006; F. Delpérée, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, 2000; P. Martens, *L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles*, in *Le dialogue des juges - Les cahiers de l'institut d'études sur la justice*, Bruxelles, 2007; M.-F. Rigaux, B. Renauld, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, 2008; M. Uyttendaele, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Bruxelles, 2014; M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, 2012.

belga la possibilità di mantenere in vita (“qualora lo reputi necessario”) gli effetti (o alcuni effetti) della disposizione annullata (c.d. *maintienement degli effetti della norma annullata*) laddove ritenga sussistenti alcune specifiche ragioni: la necessità di lasciare al legislatore il tempo di elaborare una nuova disciplina; il rischio di effetti dirompenti per la “sicurezza giuridica”, per la continuità di un servizio pubblico (o di una determinata politica pubblica), o per potenziali difficoltà per gli affari in corso o per la peculiare natura della disposizione annullata (o per il rischio di deludere “aspettative legittime” del cittadino)⁴⁷. La Corte belga utilizza spesso tale potere (di modulazione degli effetti nel tempo della sentenza di annullamento) allo scopo di consentire al legislatore (entro un termine ragionevole) l’approvazione di una nuova disciplina evitando il rischio di “vuoti normativi” o di situazioni di “incertezza giuridica”. In tali casi, l’annullamento della norma incostituzionale opera, dunque, solo *pro futuro* giacché la Corte lascia in vita (sia pure “provvisoriamente”) gli effetti della norma dichiarata incostituzionale⁴⁸.

Nel contenzioso pregiudiziale (in cui l’effetto della decisione è diverso da quello delle sentenze adottate nel contenzioso di annullamento)⁴⁹, al giudice costituzionale non è assegnata (dalla legge) la facoltà di modulare gli effetti della propria decisione, ma in via pretoria la Corte ha esteso tale potere anche in questa sede motivando tale decisione con argomentazioni diverse (dalla esigenza di evitare situazioni di “incertezza” con riguardo all’applicabilità nel tempo delle disposizioni dichiarate incostituzionali, al rischio di pericolo per la “sicurezza giuridica” o per il “legittimo affidamento” dei cittadini). La Corte costituzionale belga definisce “eccezionale” (in questa sede) il mantenimento degli effetti della norma dichiarata incostituzionale (in quanto eccezione alla natura dichiarativa della sentenza pronunciata nel contenzioso pregiudiziale) e pertanto tale eventualità può ritenersi ammissibile solo nei casi in cui sia ritenuta giustificata dallo specifico caso concreto⁵⁰.

⁴⁷ F. Bouhon, *Le juge constitutionnel et la fiscalité négociée: le maintien des effets d'une norme annulée, applicable une seule fois. Note sous l'arrêt n. 54/2008 de la Cour constitutionnelle*, in *Rev. Dr. ULg*, 2008, 1-32.

⁴⁸ B. Lombaert, *Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage – Recours en annulation et questions préjudicielles*, *A.P.T.*, 1998, 174 ss.

⁴⁹ Nel contenzioso pregiudiziale, la Corte pronuncia “*sentenze di risposta*” (in cui afferma la violazione o meno delle norme costituzionali) aventi efficacia solo *inter partes*. Ma tali sentenze in pratica determinano sui giudici comuni un vincolo di conformazione (c.d. *autorité relative renforcée* della cosa giudicata delle sentenze pronunciate su una questione pregiudiziale). In dottrina v. F. Delpérée, A. Rasson-Roland, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, 1996; J. Van Compernelle, M. Verdussen, *La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique*, in *Cahiers du Conseil const.*, 14, 2003, 87 ss.

⁵⁰ In sede di contenzioso pregiudiziale, la Corte costituzionale belga ha ritenuto necessario mantenere gli effetti della norma dichiarata incostituzionale nei casi di timore di eccessive conseguenze sulle casse pubbliche (C.C., 3 aprile 2014, n. 60/2014) o del prodursi di situazioni di “insicurezza giuridica” (C.C., 18 dicembre 2014, n. 187/2014; C.C., 7 maggio 2015, n. 57/2015; C.C., 21 gennaio 2016, n. 10/2016; C.C., 2 giugno 2016, n. 86/2016), o di una “destabilizzazione” delle attività economiche interessate dalla norma (C.C., 12 marzo 2015, n. 29/2015), o di conseguenze dirompenti

Peculiare significato viene ad avere anche l'esperienza francese, ove, con riguardo agli effetti delle decisioni del *Conseil constitutionnel*⁵¹, l'articolo 62 della Costituzione (come modificato nel 2008 a seguito all'introduzione del controllo di costituzionalità in via incidentale), dispone che la norma dichiarata incostituzionale «non può essere promulgata né applicata» (nei casi in cui la decisione del *Conseil* è assunta in un giudizio in via preventiva), mentre (laddove la decisione sia assunta a valle di un giudizio in via incidentale) la norma è «abrogata a partire dalla pubblicazione della decisione del *Conseil constitutionnel* o in altra data successiva quale stabilita da tale decisione». E' inoltre rimesso al *Conseil constitutionnel* il potere di stabilire «le condizioni ed i limiti in cui gli effetti prodotti da tale disposizione possono essere rimessi in discussione».

La riforma costituzionale del 2008, che ha introdotto il controllo di costituzionalità *a posteriori* (*question prioritaire de constitutionnalité*, *QPC*), ha dunque previsto l'annullamento *ex nunc* della norma dichiarata incostituzionale, assegnando contemporaneamente al *Conseil constitutionnel* il potere di modulare gli effetti nel tempo della dichiarazione d'incostituzionalità, sia differendoli nel futuro, sia per rimuovere effetti già prodotti dalla legge dichiarata incostituzionale. Ed il *Conseil* ricorre spesso (nell'ambito del controllo in via incidentale)⁵² alla modulazione degli effetti nel tempo della dichiarazione d'incostituzionalità⁵³, soprattutto nelle questioni aventi ad oggetto norme tributarie⁵⁴ o comunque incidenti

sull'efficienza del sistema processuale penale (C.C., 2 giugno 2016, n. 83/2016) o nei casi di rispetto del principio di legalità in materia penale.

⁵¹ L'art. 62 della Costituzione francese prevede che le decisioni del *Conseil constitutionnel* «sono obbligatorie per i pubblici poteri e per tutte le autorità amministrative e giurisdizionali». In dottrina v. S. Austray, *QPC fiscale et effets de la décision dans le temps*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil const.*, 33, 2011; F. Barque, *Le Conseil constitutionnel et la technique de la «censure virtuelle»: développements récents*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 2006, 1409 ss.; S. Blanchet, *La censure virtuelle*, in <http://www.droitconstitutionnel.org>, gennaio 2009; S. Catalano, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Napoli, 2016; G. Delledonne, *Il tempo ritrovato. La modulazione degli effetti temporali delle decisioni del Conseil constitutionnel, prima e dopo l'avvento della QPC*, in D. Butturini, M. Nicolini (cur.), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Napoli, 2014, 221 ss.; L. Favoreu, J.C. Escarras, *Comunicazione*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'articolo 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, 297 ss.; X. Magnon, *La modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels*, in *Ann. intern. justice const.*, 2012, 558 ss.

⁵² Il *Conseil constitutionnel* ricorre alla modulazione nel tempo anche nel giudizio in via preventiva: nella decisione n. 2008-564 DC del 19 giugno 2008, il differimento è stato motivato con la necessità di dar tempo al legislatore di rimediare all'incostituzionalità e l'entrata in vigore "temporanea" della legge incostituzionale era giustificata dall'esigenza del rispetto di obblighi comunitari.

⁵³ D. Ribes, *L'incidence financière des décisions du juge constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil const.*, 24, 2008.

⁵⁴ Es. *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2014-397 QPC del 6 giugno 2014, *Commune de Guyancourt* (in cui si è derogato all'"effetto utile" della QPC sulla base delle conseguenze finanziarie considerate manifestamente eccessive; *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2016-571 QPC del 30 settembre 2016, *Société Layher SAS*, in cui il *Conseil constitutionnel* ha differito l'effetto della declaratoria di incostituzionalità giacché

sull'equilibrio di bilancio. A questo proposito, va rilevato che il *Conseil constitutionnel* fin dal 2009⁵⁵ ha riconosciuto l'importanza di preservare (a vantaggio della parte che nel giudizio *a quo* abbia eccepito la questione di costituzionalità) il c.d. "effetto utile" della dichiarazione di incostituzionalità, sicché quest'ultima deve essere applicabile (oltre che al giudizio *a quo*) anche ai giudizi in corso. A quest'ultimo proposito va aggiunto che il *Conseil constitutionnel* ha affermato la non applicabilità ai giudizi in corso della dichiarazione di incostituzionalità nei casi di timore del prodursi di "ripercussioni eccessive" ma ha riconosciuto che l'incostituzionalità "può essere invocata" dagli interessati (affermando quindi che il giudice non debba rilevarla d'ufficio)⁵⁶.

Inoltre va ricordato che il *Conseil*, anche prima della riforma costituzionale del 2008 e già nel controllo in via preventiva, si era auto-attribuito un margine di manovra in merito sia alla tipologia decisoria sia all'efficacia nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità. E così frequente è l'utilizzo - da parte del *Conseil* - della pronuncia di rigetto con riserve interpretative (c.d. *dichiarazione di conformità con riserve interpretative*)⁵⁷ oppure di pronunce in cui il *Conseil*, pur riscontrando l'incostituzionalità della disposizione, non ne dichiara l'incostituzionalità (*incostituzionalità non dichiarata*) in ragione del timore di conseguenze eccessivamente negative della dichiarazione d'incostituzionalità (esito più incostituzionale di quello di partenza)⁵⁸. E così soprattutto in materia

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

⁵⁵ Decisione n. 2009-595 DC del 3 dicembre 2009.

⁵⁶ Decisioni n. 2010-52 del 14 ottobre 2010 e n. 2011-181 QPC del 13 ottobre 2011, in cui il *Conseil constitutionnel* ha affermato il proprio potere di «fissare la data dell'annullamento e di modulare nel tempo» gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità e «di prevedere che siano rimessi in discussione gli effetti che la disposizione ha prodotto prima dell'intervento di questa dichiarazione» (v. Decisioni n. 2010-108 QPC del 25 marzo 2011 e n. 2010-110 QPC del 25 marzo 2011).

⁵⁷ *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2010-57 QPC del 18 ottobre 2010, *Société SITA FD et autres*, in cui gli effetti delle riserve interpretative sono ritenute più favorevoli al contribuente della dichiarazione d'incostituzionalità, che avrebbe avuto effetto unicamente *pro futuro* (la riserva interpretativa ha quindi effetti retroattivi). Va ricordato che le decisioni del *Conseil* sono vincolanti anche nella parte motiva, sicché le riserve interpretative hanno la stessa autorità del dispositivo; Il principio è espresso anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (CE, *réf.*, ordinanza n. 294505 del 26 giugno 2006, *Madame Ahamada Anfian*; v. anche *Conseil d'Etat*, 15 maggio 2013, *Commune de Gurmenceon*).

⁵⁸ Nella Decisione n. 2001-453 DC del 18 dicembre 2001, *LFSS pour 2002*, la dichiarazione d'incostituzionalità (conseguente ad un vizio formale) avrebbe impedito di rimediare ad una violazione della Costituzione: «la dichiarazione di non conformità ... avrebbe l'effetto di far sussistere nella legislazione in vigore un errore materiale comportante una disparità di trattamento, contraria nel caso di specie al principio di

finanziaria, il *Conseil* ha adottato decisioni di “costituzionalità condizionale” (dette anche “censure virtuali”) in cui il *Conseil constitutionnel* accerta ma non dichiara l’incostituzionalità della disposizione ed afferma la necessità di una rapida eliminazione del vizio da parte del legislatore⁵⁹. Questa tecnica decisoria, elaborata all’interno del controllo di costituzionalità *a priori*, consente l’entrata in vigore della legge, ma al tempo stesso impone al legislatore l’onere di rimediare alla evidenziata incostituzionalità⁶⁰.

Dal rapido esame sopra svolto delle esperienze comparate di giustizia costituzionale si evince chiaramente che l’efficacia retroattiva della dichiarazione di incostituzionalità è sottoposta a significative deroghe (a volte esplicitate negli stessi testi costituzionali a volte affermatesi in via pretoria). Il modello austriaco, basato sulla regola dell’effetto abrogativo della declaratoria di incostituzionalità, prevede (ma come eccezione) l’efficacia per il giudizio che ha dato luogo alla pronuncia (e alla Corte costituzionale è assegnata la possibilità di estendere gli effetti della decisione anche ad ulteriori rapporti in corso). Simile la soluzione adottata in Francia a seguito dell’introduzione della *QPC*, ma va sottolineato che già in sede di controllo preventivo erano state in via pretoria individuate alcune soluzioni volte a consentire alla legge – pur dichiarata incostituzionale – di entrare in vigore e produrre effetti. Ed anche in Germania, se la Legge sul Tribunale costituzionale federale contempla la possibilità di pronunciare decisioni di nullità o di (mera) incompatibilità con la Legge fondamentale, va ricordato che tale previsione – a sua volta – è stata inserita con la riforma legislativa del 1970, che ha dato copertura legislativa ad un potere che il Tribunale costituzionale si era già attribuito in via pretoria.

3. Tipologie decisorie e creatività delle Corti costituzionali

Il ventaglio degli strumenti decisionali a disposizione del giudice costituzionale costituisce un significativo punto di caduta della problematica

eguaglianza, tra i beneficiari, a seconda che fossero alloggiati in uno stabilimento o che risiedessero nel loro domicilio; ... poiché questa disposizione è stata dettata dalla necessità di rispettare la Costituzione, non si può dichiararla contraria a quest’ultima»; in *Conseil constitutionnel*, decisione n. 2003-468 DC del 3 aprile 2003, *Élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen*, la rimozione della legge dichiarata incostituzionale avrebbe prodotto effetti lesivi della Costituzione maggiori di quelli prodotti dalla normativa che tale legge mirava a sostituire. In dottrina v. D. Ribes, *Le réalisme du Conseil constitutionnel*, in *Cahiers du Conseil const.*, 22, 2007.

⁵⁹ F. Barque, *Le Conseil constitutionnel et la technique de la «censure virtuelle»: développements récents*, in *Rev. dr. pub. sc. pol.*, 2006, 1409 ss.; il *Conseil* utilizza lo strumento della “censura virtuale” per la tutela di un “interesse generale” (ad esempio quello «alla protezione sanitaria della popolazione», decisione n. 2005-528 DC del 15 dicembre 2005) o per «lasciare alle autorità competenti il compito di procedere agli adattamenti necessari e di superare le difficoltà inerenti all’applicazione di una riforma», decisione n. 2005-530 DC del 29 dicembre 2005.

⁶⁰ Decisione n. 97-395 DC del 30 dicembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, in cui il *Conseil* aveva riconosciuto il carattere “non-sincero” della legge finanziaria, senza però dichiararne l’incostituzionalità; *Conseil constitutionnel*, decisioni n. 2005-528 DC del 15 dicembre 2005, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*, e n. 2005-530 DC del 29 dicembre 2005, *Loi de finances pour 2006*.

dei rapporti fra giudice costituzionale e legislatore anche con riguardo al rispettivo ruolo nell'attuazione della Costituzione. In questo ambito, peculiare significato riveste la problematica relativa alla limitazione nel tempo degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità (con riguardo sia al passato - mediante la limitazione degli effetti retroattivi della dichiarazione di incostituzionalità - sia al futuro, mediante il differimento *pro futuro* dell'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità).

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

Bisogna inoltre aggiungere che la preoccupazione per gli effetti dirompenti della dichiarazione di incostituzionalità è presente anche nel giudice comune che, a sua volta, spesso interviene per limitare l'efficacia della dichiarazione di incostituzionalità (si pensi alla definizione della nozione di “rapporto esaurito”, alle preclusioni processuali, ecc.) ma a volte anche per estenderli (si pensi ai “casi paralleli”). Quest'ordine di considerazioni, se da un lato conferma che la riflessione sul ruolo e sulla collocazione del giudice costituzionale nell'ordinamento non si limita (né può limitarsi) al rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (ma deve necessariamente prendere in considerazione anche il rapporto con il potere giudiziario), dall'altro lato è indice della problematicità che da sempre accompagna il tema sia (più in generale) della giustizia costituzionale (e nello specifico degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità), sia (nello specifico) degli effetti “nel tempo” (e cioè con riguardo ai rapporti già sorti e a quelli *in itinere*) della dichiarazione di incostituzionalità. A questa considerazione bisogna poi aggiungere l'evoluzione stessa (come registrata a partire dalla seconda metà del secolo scorso) delle singole esperienze di giustizia costituzionale ed in particolare con riferimento alle tecniche argomentative elaborate ed utilizzate dalle singole Corti costituzionali⁶¹.

Il risalente - e ricorrente - dibattito sulla natura (dichiarativa o costitutiva) delle sentenze che accertano l'incostituzionalità della legge⁶² si lega ovviamente (ed in misura molto stretta) con l'efficacia *ex tunc* o *ex nunc* della dichiarazione di incostituzionalità, ma la “creatività” delle Corti (ad

⁶¹ A.A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno di Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano, 1988, 142 ss.; v. anche A. Ruggeri (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale. Atti del seminario di Messina 7-8 maggio 1993*, Torino, 1994.

⁶² Sul dibattito dottrinale relativo alla natura delle sentenze di accoglimento v. l'ampia ricostruzione contenuta in G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988 (e dottrina ivi citata); e in A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019.

esempio nelle dichiarazioni di incostituzionalità “parziali” – di testi legislativi o di norme – o di omissioni del legislatore), unita all’attenzione (anch’essa sempre presente) per gli effetti delle proprie decisioni (sul bilancio statale, sul funzionamento della macchina della giustizia e più in generale delle pubbliche amministrazioni, sull’affidamento e sulla certezza dei rapporti ecc.), conduce a ritenere formalistico (se non superato) tale dibattito e forse proprio la conclusione che ha assegnato alle sentenze di accoglimento la natura di sentenze di “accertamento costitutivo” appare meglio rispondente alle dinamiche delle esperienze giuridiche contemporanee. E soprattutto (ma sul punto si tornerà diffusamente più avanti) bisogna recuperare pienamente il significato della valenza creativa dell’interpretazione giuridica.

La configurazione della dichiarazione di incostituzionalità come pronuncia di mero accertamento della non conformità della norma di legge alla Costituzione comporta (o sembrerebbe comportare) una piena efficacia retroattiva della stessa (con il limite dei rapporti esauriti) quale conseguenza del ripristino del violato ordine costituzionale⁶³. Ma questo schema argomentativo, proprio alla luce dei trascorsi decenni di esperienze di giustizia costituzionale, dimostra la propria natura di frutto di una semplificazione che omette di prendere in considerazione la complessità (oltre che della Costituzione, dell’atto oggetto del giudizio – e cioè della inesauribile ricchezza e molteplicità dei contenuti degli atti legislativi e dei fenomeni dalla stessa regolati – e dunque) dell’intero fenomeno del controllo di costituzionalità della legge. Il controllo di costituzionalità raramente si lascia ricondurre ad un semplicistico riscontro binario di conformità/diformità fra norma costituzionale e norma primaria giacché la insopprimibile creatività dell’interpretazione, da un lato, e la varietà delle tipologie di disposizioni legislative (oltre alla inesauribilità dei casi della vita), dall’altro lato, pongono la giustizia costituzionale su un orizzonte molto più complesso. Il giudizio di costituzionalità (per rimanere allo stretto confronto fra norma costituzionale parametro e norma di legge oggetto del giudizio di costituzionalità, e prescindendo per ora da tutti i problemi “di contesto”) pone inevitabilmente al giudice costituzionale una serie di questioni che (ad esempio) già si differenziano in ragione della tipologia della norma oggetto del giudizio di costituzionalità (di diritto sostanziale o di diritto processuale; civile, penale, tributaria, ecc.; facoltizzante o divieto, ecc.), della concreta tecnica redazionale utilizzata per “scrivere” quella determinata disposizione, o ancora in ragione del rapporto della disposizione impugnata con le altre norme regolanti la materia e dunque sugli effetti globali che determina nell’ordinamento il venir meno di quella specifica disposizione. Nell’intreccio delle questioni che è chiamato ad affrontare, il giudice costituzionale si raffigura (*rectius*, al giudice costituzionale si presenta) una “unica” questione di costituzionalità⁶⁴ alla quale egli è

⁶³ Esattamente speculari l’impostazione del modello austriaco (e kelseniano) che assegna efficacia solo *pro futuro* alla sentenza della Corte (quale “legislatore negativo”) con l’unica retroattività nei confronti del giudizio *a quo*.

⁶⁴ L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981- luglio 1985)*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 299 ss.

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

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

problematica in esame (strumenti decisori a disposizione del giudice costituzionale ed efficacia della dichiarazione di incostituzionalità) tocca direttamente la (o, se si preferisce, discende dalla) questione relativa alla normatività della Costituzione (o, se si preferisce, al riconoscimento – o meno – di una diretta efficacia normativa alle singole disposizioni costituzionali) e dunque al grado di vincolatività che si intenda riconoscere alle norme costituzionali nei confronti dei diversi soggetti dell'ordinamento: legislatore, giudici, p.a., singoli cittadini. Emerge così anche la domanda relativa all'individuazione del soggetto cui spetti l'attuazione della Costituzione, e cioè se sia compito esclusivo del legislatore o se invece (per richiamare – ad esempio – la visione haeberliana)⁶⁵ tale attuazione sia un processo che debba vedere necessariamente coinvolti tutti i soggetti dell'ordinamento con il riconoscimento di un ruolo proprio della giurisdizione e, nello specifico, del giudice costituzionale, chiamato dunque a svolgere un compito non solo “cassatorio” di norme incostituzionali ma “attivo” dal punto di vista della interpretazione delle disposizioni costituzionali, delle disposizioni legislative (anche tramite la interpretazione costituzionalmente orientata), nonché nei confronti delle omissioni – totali o parziali – del legislatore (e con tutti i conseguenti problemi che finisce inevitabilmente per porre un ruolo “attivo” o “proattivo” del giudice costituzionale)⁶⁶.

Il ruolo “attivo” (o “creativo”) della giurisprudenza costituzionale è sempre stato oggetto di – anche forti – critiche (e, ancor prima, Schmitt criticava la stessa idea di instaurazione di un giudice costituzionale) critiche riassumibili nell'accusa dell'invasione – da parte del giudice costituzionale – dell'ambito riservato al potere legislativo⁶⁷. Fra le correnti dottrinali critiche dell'esperienza delle giurisprudenze costituzionali, hanno trovato, negli ultimi decenni, ulteriore spazio il c.d. originalismo (Scalia) e quanti hanno

⁶⁵ P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Berlin, 1978.

⁶⁶ Sempre attuali appaiono le riflessioni di C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, 153 ss.

⁶⁷ C.N. Tate, T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, 1995; C. Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, 2005; P. Rosanvallon, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, Roma, 2012; sulla *Jurisdiktionsstaat*, E.W. Böckenförde, *Stato, Costituzione, democrazia: studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale* (a cura di M. Nicoletti, O. Brino), Milano, 2006; V. Baldini, *Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e Jurisdiktionsstaat (i limiti della völkerrechtsfreundlichkeit nell'ordinamento costituzionale italiano)*, in *Rivista AIC*, 2, 2013.

accusato le corti di «suprematismo giudiziario»⁶⁸ o comunque di invasione degli spazi riservati al legislatore⁶⁹.

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

Innanzitutto, bisogna spendere alcune riflessioni sul significato profondo dell'interpretazione giuridica e del ruolo del giudice nell'interpretazione degli atti normativi (di grado costituzionale e di grado legislativo). A questo proposito, deve ricordarsi che l'impostazione che assegna all'interprete (e nello specifico al giudice) un ruolo di soggetto chiamato ad individuare il significato "esatto" del comando contenuto nell'atto normativo come "scritto" dal legislatore (impostazione strettamente discendente dallo schema proprio della Rivoluzione francese che assegna al giudice il compito di mera *bouche de la loi*) ha mostrato da tempo tutti i propri limiti. L'attività interpretativa contiene in sé una ineliminabile componente «creativa di diritto» (Betti definisce l'interpretazione giuridica quale «interpretazione con funzione normativa») perché il diritto non è monopolio del solo legislatore (Paolo Grossi)⁷⁰.

In secondo luogo, con specifico riguardo allo schema della divisione dei poteri, è agevole evidenziare che tale schema: a) è inadeguato a comprendere le concrete dinamiche contemporanee degli ordinamenti giuridici; b) è (appunto) uno "schema" che, in quanto tale, è artificiale ed è il riflesso di un'ideologia – o di una mitologia giuridica (direbbe Paolo Grossi) – come dimostra uno sguardo disincantato su qualunque ordinamento

⁶⁸ A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss., che afferma di utilizzare l'espressione «suprematismo giudiziario» per indicare «un'attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare "realtà" o "forme" nuove rispetto a quelle dell'ordinamento vigente. Una realtà non oggettiva che, però, si pretende di rendere tale attraverso strumenti e, in ultimo, mediante la costruzione di un consenso presso l'opinione pubblica, come fonte di legittimazione politica» (*ibidem*, nota 1, 251-252); in risposta a Morrone v. R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, 757 ss.; ed E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, 777 ss.

⁶⁹ R. Tarchi, op. ult. cit., 972, evidenzia la portata della «polemica nei confronti di quella che viene considerata un'espansione dei poteri delle Corti (costituzionale e comuni) rispetto alla sfera del circuito politico, di un attivismo giudiziario che sconfinerebbe nelle prerogative della sfera della decisione politico-parlamentare; una polemica che ... evoca alcuni dei toni e dei temi del problema "contro-maggioritario", con il quale si denuncia un attivismo giurisprudenziale che avrebbe condotto le Corti ad invadere progressivamente spazi naturali dell'attività legislativa e della decisione politica *tout court*. [...] si assisterebbe, così, secondo taluni, ad un ribaltamento degli equilibri istituzionali, con il circuito della rappresentanza soggiogato e incapace di reagire in maniera efficace».

⁷⁰ Su questi argomenti F. Politi, *Studi sull'interpretazione giuridica*, Torino, 2019; Id., *Interpretazione giuridica e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 21, 2023, 109 ss.

giuridico (ferma rimanendo l'esigenza di vicendevole controllo fra i poteri)⁷¹. Appare dunque necessario recuperare il significato del principio di separazione dei poteri quale *checks and balances*, cioè quale espressione dell'esigenza di vicendevole controllo (e dunque limitazione) fra poteri ed in cui nessuno ha "l'ultima parola" (v. *infra*). Inoltre, lo "schema" montesquieuiano non prevedeva (ed anzi prescinde completamente dalla esistenza di) un giudice costituzionale, il cui significato profondo discende dalla presenza di una costituzione cui è assegnata la valenza di norma di grado superiore ed a garanzia della quale è appunto previsto il controllo di costituzionalità (che opera *in primis* proprio nei confronti del legislatore e cioè della maggioranza politica di turno, essendo la funzione prima del giudice costituzionale quella di essere garante della costituzione nei confronti della tirannia della maggioranza). E proprio quest'ultima considerazione dimostra come l'applicazione meccanica dello schema della divisione dei poteri finisca per far smarrire il *proprium* del costituzionalismo del ventesimo secolo.

A questo proposito piace ricordare la ricostruzione proposta da Maurizio Fioravanti⁷² secondo cui le costituzioni della seconda metà del XX secolo - oltre a segnare una tappa nuova nella storia del principio di uguaglianza (con conseguente incidenza anche sul ruolo del giudice costituzionale, ma su questo aspetto v. *infra*)⁷³ - sono espressioni del contemporaneo "Stato costituzionale"⁷⁴, la cui nozione non può essere ("semplicemente") ricompresa all'interno di quella del preesistente Stato di diritto che («a un certo punto della sua vicenda storica») viene a dotarsi di una costituzione rigida e del controllo di costituzionalità delle leggi, giacché «non è accaduto solo questo è accaduto molto di più». Per Fioravanti, nel secondo dopoguerra, «si apre una vera e propria nuova età della plurisecolare vicenda dello Stato moderno europeo»⁷⁵. E se la collocazione della Costituzione al vertice della scala delle fonti del diritto già di per sé viene a determinare un «diverso rapporto tra legislazione e giurisdizione», è necessario liberarsi dallo schema della giurisdizione come mera applicazione

⁷¹ Per Montesquieu «Non vi sono in ciascuno stato tre poteri; ma si distinguono nella sovranità, cioè a dire nel potere di governare, tre specie di potestà, secondo l'oggetto, sopra di cui il governo si manifesta» (Cap. VI, p. 320).

⁷² M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale. Le libertà fondamentali. Le forme di governo. Le costituzioni del Novecento*, Torino, 2021, 329 ss.

⁷³ M. Fioravanti, op. ult. cit., 345, che sottolinea come nelle costituzioni della seconda metà del XX secolo il principio di uguaglianza diventa «materia per tutti gli interpreti della costituzione compresi i giudici», la cui funzione non può più essere ricostruita quale mera «applicazione della legge» (né quale «applicazione della costituzione»), giacché «il fatto che l'uguaglianza sia ora nella costituzione, e che si debba realizzare in conformità al dettato costituzionale, attraverso la legge, ed il sindacato che i giudici svolgono sulla legge medesima, proprio alla luce del principio costituzionale di uguaglianza, ha cambiato completamente panorama storico complessivo».

⁷⁴ Al riguardo v. P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005; Id., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001.

⁷⁵ M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., 358, secondo cui (*ivi*, 367) è il «peso storico della trasformazione costituzionale in atto a partire dalla metà del secolo scorso che ci sta conducendo da una democrazia legislativa ad una democrazia costituzionale, da una democrazia monistica a una democrazia pluralistica e da una democrazia esclusiva internazionale ad una democrazia sovranazionale».

della legge e prendere atto del fatto che determinati fenomeni non sono «da intendere sempre e comunque come una patologia dello Stato di diritto». Siamo di fronte a «l'incerto e contraddittorio, ma sempre più deciso, manifestarsi di un'altra fisiologia, che è per l'appunto quella dello Stato costituzionale» (stato costituzionale che ha preso il posto dello «Stato nazionale di diritto»)⁷⁶. L'introduzione in Costituzione di norme di principio «ha spezzato il monopolio legislativo nell'attuazione della costituzione» e questo fenomeno («che caratterizza tutte le democrazie contemporanee») si concretizza proprio «in un'obiettivo diminuzione di peso della legislazione di fronte alla Costituzione e un parallelo e corrispondente aumento di peso della giurisdizione».

Se il diritto non è monopolio del solo legislatore, non può esserlo neppure l'attuazione della Costituzione che richiede il necessario coinvolgimento di tutti gli attori dell'ordinamento. Nel nuovo assetto costituzionale, legislazione e giurisdizione vengono a porsi quali «strumenti, o percorsi, di realizzazione dei principi costituzionali, ciascuna con i propri caratteri». A casi di preponderanza della via legislativa si affiancano casi in cui («fatalmente») spetta alla giurisprudenza (ordinaria e costituzionale) dare consistenza al singolo principio costituzionale, ma le situazioni «più consuete» sono quelle in cui «il legislatore prova a realizzare un certo equilibrio fra diversi principi costituzionali, ma non riesce a farlo in modo adeguato, ragionevole, proporzionato e la sua legge va perciò incontro ad una correzione, che non può realizzarsi altro che per via giurisdizionale ... per poi produrre magari un successivo aggiustamento legislativo»⁷⁷. L'attuazione della costituzione avviene mediante tale articolato processo «in cui sia il legislatore che i giudici hanno svolto il loro senza che si possa più dire chi è il sovrano chi tra i due abbia l'ultima parola. Ed in effetti, ciò che viene qui in gioco, alla fine, è la possibilità stessa di mantenere il concetto tradizionale di sovranità, intesa proprio come diritto all'ultima parola». Ed il «necessario dialogo» fra legislazione e giurisdizione non solo amplia «i confini del principio di uguaglianza» ma ne «muta la struttura», giacché oggi il principio di uguaglianza richiede (non solo più una meccanica uniforme applicazione della legge generale e astratta ma) soprattutto una adeguata tutela delle differenze: «E se la legge sia giusta o meno, sotto questo profilo del giusto equilibrio fra astratto e concreto, lo si può e lo si deve sindacare con il controllo di costituzionalità»⁷⁸.

⁷⁶ M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., 359: «Nello stato costituzionale, la certezza del diritto non è più presunta come un portato necessario della legge, come il risultato immancabile di una pronta, sicura ed uniforme applicazione della legge. La certezza del diritto è piuttosto da acquisire attraverso l'interpretazione, la correzione, o l'eventuale rimozione - con il controllo di costituzionalità - della legge, essenzialmente per opera della giurisprudenza, non solo costituzionale, ma anche ordinaria. In altre parole, ... ad essere mutato è proprio il paradigma, ... l'unica via percorribile in senso ricostruttivo è quella del dialogo fra legislazione e giurisdizione».

⁷⁷ M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., 365.

⁷⁸ M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., 360: «Con l'avvento dello Stato costituzionale rinasce invece il grande tema della legge ingiusta e una legge può essere ingiusta non solo perché troppo concreta perché costitutiva di privilegio di penalità nei confronti di un soggetto determinato, ma anche perché troppo astratta, perché pretende cioè di applicarsi in modo uniforme ad una pluralità di situazioni obiettivamente

Con riguardo al ruolo dei giudici, alla critica secondo cui i «giudici stanno facendo rinascere la componente aristocratica del costituzionalismo»⁷⁹, può risponderci (oltre alla constatazione della «rivincita della natura pratica del diritto che lo conduce a realizzarsi nel caso concreto, interpretando la legge alla luce dei principi costituzionali») che il ruolo accresciuto della giurisdizione non è da vedersi nei termini di usurpazione di potere a danno al legislativo né con un saldo negativo per la democrazia⁸⁰. Le trasformazioni costituzionali in atto⁸¹ si esplicano inevitabilmente in «processi travagliati e incerti» (e «dai contorni largamente indefiniti»), ma va rilevato che la democrazia (il processo democratico) non può ritenersi monopolio del legislatore (né della maggioranza politica di turno quale «rappresentante del popolo sovrano») e che il diritto non è produzione esclusiva del legislatore⁸². Del resto, tutti gli studiosi del pluralismo da tempo hanno evidenziato i complessi caratteri che caratterizzano le democrazie contemporanee e che non consentono una riduzione delle stesse ad una monistica visione⁸³. La democrazia (*rectius*, la continua realizzazione del principio democratico) viene a strutturarsi come «processo di progressiva ed articolata concretizzazione dei principi costituzionali», processo che vede necessariamente coinvolti sia il legislatore che i giudici («ciascuno con i propri strumenti»), processo che non è (e non deve essere) «monopolio della rappresentanza politica», ma al quale devono poter prendere parte «tutti i soggetti e gli ordini che costituzionalmente hanno il compito di concretizzare i principi costituzionali»⁸⁴.

diverse». Fioravanti sottolinea il profondo significato che viene ad assumere il processo di integrazione europea («la sovranazionalità»), quale espressione della «tendenza delle norme costituzionali di principio ... ad assumere significato non solo nei confronti dell'ordinamento in cui hanno avuto origine in senso positivo, ma anche su un piano ulteriore, che è quello sovranazionale». In ragione di tale tendenza vengono ad assumere specifico ruolo «nuovi soggetti istituzionali come le corti internazionali in dialogo tra di loro con le stesse corti nazionali riproponendo anche su questo piano un rinnovato ruolo protagonista della giurisdizione».

⁷⁹ A. Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, 2000; C. Guarneri, P. Pederzoli, *From Democracy to Juristocracy? The Power of Judges: A comparative study of courts and Democracy*, Oxford, 2002; R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, 2004; L.F. Goldstein, *From Democracy to Juristocracy*, in 38(3) *L. & Soc. Rev.* 611 (2004).

⁸⁰ M. Fioravanti, op. ult. cit., 366.

⁸¹ Sulle trasformazioni costituzionali v., da ultimo, V. Baldini, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, 2023.

⁸² M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., 367. Infatti, «il principio di uguaglianza si realizza, non solo trattando in modo uguale coloro che la stessa costituzione considera uguali ... ma anche trattando in modo diverso coloro che oggettivamente sono in una diversa condizione» e pertanto «il principio di uguaglianza si realizza anche tenendo conto delle differenze» e questa situazione pone «problemi inediti» che finiscono inevitabilmente per dare rilevanza alla figura del giudice e soprattutto del giudice costituzionale.

⁸³ P. Ridola, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987; Id., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011; Id., *Il costituzionalismo e lo stato costituzionale*, in *Nomos*, 2, 2018, 1 ss.

⁸⁴ M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., 367.

Nella logica dello Stato costituzionale contemporaneo «nessun potere può ergersi a *suprema potestas*» o «ad interprete esclusivo e autentico della volontà del popolo sovrano». Nella democrazia costituzionale i principi costituzionali si precisano attraverso le interazioni di una pluralità di poteri ed in particolare «attraverso il processo entro cui interagiscono legislazione e giurisdizione». Ed in ragione delle peculiarità delle costituzioni del pluralismo⁸⁵, si registra uno «straordinario ampliamento del ruolo della funzione giurisdizionale» (in piena contrapposizione con il modello storico precedente, proprio della Rivoluzione francese, del giudice come mero applicatore della legge dello Stato sovrano)⁸⁶. Ed all'ampiezza del controllo di costituzionalità bisogna aggiungere la dimensione euro-unitaria, ove l'opera interpretativa svolta dalla Corte di giustizia dell'UE ha ulteriormente ampliato gli orizzonti della giurisprudenza (giacché il giudice comune è chiamato ad operare una interpretazione – non solo costituzionalmente ma anche – eurolunitariamente orientata). Pertanto oggi il rapporto fra giudice costituzionale e legislatore non può apparire dimentico della dimensione della sovranazionalità (basti pensare alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* in tema di integrazione europea)⁸⁷.

Tornando alla dimensione statale, va peraltro ricordato che il fenomeno della interpretazione costituzionalmente orientata agisce come ulteriore potente fattore di incidenza del giudice costituzionale nelle dinamiche della giurisdizione (oltre che di attuazione della costituzione), nonché nel rapporto con il legislatore (e non a caso la tematica della *verfassungskonforme Auslegung* è – in particolare nella dottrina tedesca ma anche in quella italiana - studiata in stretta connessione con il tema degli strumenti decisori a disposizione del giudice costituzionale, oltre che con il tema delle tecniche argomentative).

⁸⁵ M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., 346-347 «nel tempo storico delle costituzioni democratiche è ... richiesto, proprio dalla nuova strutturazione del principio di uguaglianza, un ruolo ampio della giurisdizione, ed in particolare del controllo di costituzionalità della legge. Sotto questo profilo, chi infatti se non il giudice costituzionale potrà valutare la ragionevolezza delle differenziazioni introdotte dal legislatore? E valutare inoltre quando il legislatore ha superato un certo limite, così da determinare una sostanziale arbitrarietà di quelle differenziazioni?».

⁸⁶ M. Fioravanti, *Lezioni di storia costituzionale*, cit., 353, sottolinea che, secondo il valore di fondo posto nelle costituzioni democratiche del Novecento («la persona, ovvero un *quid pluris* rispetto all'astratto soggetto di diritto») «si lede il principio di uguaglianza, non solo trattando diversamente gli uguali, ma anche trattando in modo uguale coloro che oggettivamente hanno diverse posizioni sociali, economiche, culturali». E le differenziazioni introdotte dal legislatore devono rispondere «razionalmente ad una causa», e non essere «frutto di una volontà arbitraria». La legge deve evitare «il costituirsi di concreti privilegi», ma deve evitare anche «ingiustizie sostanziali, uniformità inconsapevoli delle differenze ... è tutto un problema di misure: nessuna legge può essere così 'concreta' da essere obiettivamente costitutiva di privilegi, nessuna legge può essere così 'astratta' da essere dimentica delle differenze, e fonte perciò di ingiustizie sostanziali».

⁸⁷ Al riguardo v., da ultimo, M. Bonini, *Tornare alla separazione dei poteri*, cit. (e dottrina e giurisprudenza ivi citata).

4. Il seguito delle sentenze del giudice costituzionale: a chi “l’ultima parola”?

Il problema del “seguito” delle sentenze del giudice costituzionale presenta (almeno) due profili di studio: a) il profilo legato al rispetto (in senso di attuazione o di non reintroduzione), da parte del legislatore, del “giudicato costituzionale” (*id est*, di quanto disposto dal giudice costituzionale); b) il profilo legato alla “realizzabilità” di una fase (o di un giudizio) di ottemperanza (con la connessa decisione relativa alla individuazione del soggetto cui assegnare tale potere e se tale soggetto debba o possa essere lo stesso giudice costituzionale)⁸⁸.

Con riguardo a quest’ultimo profilo, è agevole ricordare che la dottrina da tempo ha messo in rilievo quanto sia preferibile evitare l’instaurazione di un siffatto strumento che finirebbe per irrigidire il quadro dei rapporti fra poteri. Il panorama di diritto comparato mostra diverse opzioni, giacché i vari sistemi di giustizia costituzionale hanno adottato risposte diverse a tale questione⁸⁹. Ad esempio, il par. 35 del BVfG-G dispone che il *Bundesverfassungsgericht* «può stabilire nella sua decisione chi è chiamato ad eseguirla» e che «può anche, in singoli casi, regolare forme e modi dell’esecuzione»⁹⁰. Il tema del “giudicato costituzionale” e dell’effettività delle decisioni del giudice costituzionale si colora di peculiari sfumature con riguardo a pronunce che incidono su materie (si pensi ad esempio in materia di diritti sociali) che necessitano della *interpositio legislatoris* nonché di

⁸⁸ Con riguardo al profilo della “ottemperanza” al giudicato costituzionale, la dottrina italiana (con riguardo alla nostra disciplina costituzionale) ha da tempo sottolineato che al giudice delle leggi non spetta sovrintendere all’esecuzione delle proprie sentenze, dovendo essere lasciate al libero gioco delle forze politiche l’attuazione della Costituzione; P. Barile, *La Costituzione come norma giuridica: profilo sistematico*, Firenze, 1951.

⁸⁹ E. Stradella, op. ult. cit., 12, cita come esempio la disciplina dell’esecuzione delle sentenze della Corte EDU, riguardo alla quale l’art. 46 della Convenzione Edu (“Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze”) prevede che «le parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti», devolvendo così agli Stati l’obbligo di conformarsi alle decisioni assunte sulla base delle regole convenzionali; inoltre il par. 2 stabilisce che «la sentenza definitiva è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne controlla l’esecuzione». «Quindi la decisione giudiziaria è trasmessa ad un organo politico per l’esecuzione, in un’ottica cooperativa di doppio grado (tra organo giurisdizionale e organo politico, e tra organi politici posti su diversi livelli di governo) che ben traduce la dimensione politica che è assegnata al momento dell’esecuzione». Ed il successivo par. 4 prevede che «Se il Comitato dei Ministri ritiene che un’altra parte contraente rifiuta di conformarsi a una sentenza definitiva in una controversia in cui essa è parte può, dopo aver messo in mora tale Parte e con una decisione adottata con voto a maggioranza dei due terzi dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell’adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1».

⁹⁰ N. Fiano, *La modulazione nel tempo*, cit., 95, sottolinea come “Ai sensi del § 35 *BVerfGG* la *Unvereinbarkeitserklärung* costituisce non solo il fondamento dell’ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile, ma anche il fondamento di possibili forme di esecuzione della pronuncia stessa. La dottrina si è chiesta se il Tribunale costituzionale federale rappresenti un *dominus* dell’esecuzione delle proprie sentenze, considerato, peraltro, che lo stesso *BVerfG* si è attribuito in via del tutto autonoma tale definizione”.

ulteriori azioni positive da parte di soggetti pubblici (p.a., ecc.). In molti casi, infatti, la dichiarazione di incostituzionalità dell'omissione del legislatore richiede comunque un'ulteriore attività del legislatore (e dei soggetti pubblici in generale). Particolare appare l'esempio colombiano, ove alla Corte costituzionale è assegnato il potere (oltre che di rivolgersi per l'attuazione delle proprie decisioni direttamente ai diversi apparati dell'amministrazione, agli enti locali, alle autorità amministrative indipendenti, alle agenzie/enti pubblici operanti nel settore interessato) di istituire una commissione (composta da rappresentanti della società civile, associazioni e accademici e presieduta da un *magistrado auxiliar* avente funzione di raccordo con la Corte medesima)⁹¹, che costituisce un punto di raccordo tra Corte costituzionale, società⁹² e la realtà concreta oggetto di intervento⁹³.

Il panorama comparato mostra – con riguardo al seguito legislativo delle pronunce dei giudici costituzionali – un orizzonte non sempre omogeneo, giacché, a fronte dell'esperienza tedesca⁹⁴ (ed anche austriaca) di grande rispetto da parte del legislatore delle indicazioni (e delle prescrizioni) provenienti dal giudice costituzionale, in altri ordinamenti la dialettica tra giudice costituzionale e legislatore presenta anche momenti di tensione (anche se quantitativamente ridotti). Può dirsi, in via generale che i momenti di contrapposizione si hanno soprattutto con riguardo ai casi in cui il giudice costituzionale chiede (con sentenze-monito, sentenze-indirizzo, ecc.) un intervento in positivo al legislatore ed in cui appunto questi o non segue o tarda a recepire le indicazioni del giudice costituzionale. Da questo specifico

⁹¹ C. Rodriguez Garavito, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, in 89 *Tex. L. Rev.* 1669, 1696 (2011): "The main effect is the direct involvement of political actors, such as human rights NGOs, reform-oriented public agencies, and grassroots organizations that are likely to adopt the ruling's implementation as part of their own agenda and thus become a source of countervailing power against the status quo".

⁹² Spetta alla commissione stabilire in concreto il *quomodo* della attuazione delle decisioni della Corte ed il coinvolgimento di molteplici attori attribuisce alla fase esecutiva un carattere partecipato e "democratico", che procede per *obiettivi* (secondo il modello *dialogic judicial activism*), C. Rodriguez Garavito, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*, in *Texas Law Review*, 89, 2011, 1686 (È stata altresì coniata l'espressione "*empowered participatory jurisprudence*" per descrivere tale meccanismo monitorio di tipo dialogico, che esalta la dinamica collaborativa, rafforzando il coinvolgimento democratico della società, C. Rodriguez Garavito, *Beyond the Courtroom*, cit.).

⁹³ M.J. Cepeda-Espinoza, *Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court*, in 89 *Tex. L. Rev.*, 1699, 1704 (2011): «Judicial intervention is a way to mobilize the political process, but to mobilize it in a way in which participation is not only linked to the very specific party's interests in the case or the IDPs organizations or health organizations, but that promote a broader participation in the decision making that will lead to the fulfillment of the orders of the court... And it is empowered decisional participation because the court not only looks at access of the interested organizations to the decisional process, or to the opportunities for these participations so that they are timely and effective, but the court also unleashes a more technical participation».

⁹⁴ R. Tarchi, op. ult. cit., 988, evidenzia che nell'esperienza tedesca, «in più di un'occasione le istituzioni politiche (così come le istituzioni UE e di altri Stati ad essa aderenti) sono rimaste in attesa dei pronunciamenti del Tribunale costituzionale».

angolo prospettico, è stato evidenziato che la “mera dichiarazione di incompatibilità” (in particolare con riguardo all’esperienza tedesca delle sentenze di *Unvereinbarkeit* e alle molteplici declinazioni di tale strumento da parte del *Bundesverfassungsgericht*) ha la capacità di determinare una “apertura al legislatore” stimolando «il contatto tra Corte costituzionale e Parlamento, che potrebbe rivolgersi, come nel caso dell’esperienza tedesca, non soltanto al futuro, ma anche al passato»⁹⁵. Secondo questa impostazione, la modulazione nel tempo degli effetti della pronuncia di incostituzionalità (modulazione che può giungere anche ad annullare ogni effetto immediato alla dichiarazione di incostituzionalità venendo rimesso al legislatore l’onere di intervenire entro il tempo indicato) può consentire al giudice costituzionale (oltre che ad “ammorbidire” l’effetto deflagrante dell’efficacia *ex tunc* della declaratoria di incostituzionalità) il rispetto dei «confini dello spazio discrezionale del legislatore», rispetto che (oltre a rivelarsi utile nelle questioni in cui la declaratoria di incostituzionalità incide pesantemente sulla spesa pubblica o di funzionamento di organi costituzionali) può incentivare il legislatore sulla strada della collaborazione fra poteri e dunque di un vicendevole coordinamento (anche «agganciando, eventualmente, l’efficacia retroattiva all’intervento legislativo, così da valorizzarne lo spazio discrezionale», quale strumento appunto volto a consentire di superare le difficoltà legate al raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento)⁹⁶.

Ma, aldilà delle singole discipline, deve rilevarsi che appare senz’altro preferibile lasciare che le modalità di rispetto del vincolo discendente dalle pronunce del giudice costituzionale si sviluppino all’interno delle dinamiche della rappresentanza politica soprattutto laddove l’attuazione della sentenza richieda ancora un esercizio di discrezionalità legislativa, ricordando che comunque permane sul giudice costituzionale la possibilità di un’ulteriore occasione di “parola”. Emerge così la caratteristica propria dei contemporanei sistemi pluralistici⁹⁷ in cui non solo nessuno ha l’ultima parola, ma di presentarsi quali sistemi in cui è proprio “un’ultima parola” a non esserci e a non dover esserci, quale caratteristica propria di un autentico pluralismo (non solo istituzionale, ma anche valoriale)⁹⁸.

⁹⁵ N. Fiano, *La modulazione nel tempo*, cit., 310.

⁹⁶ N. Fiano, *La modulazione nel tempo*, cit., 310, la quale sottolinea la validità (e l’utilità) dell’idea secondo cui «la collaborazione tra la Corte e il Parlamento potrebbe muoversi proprio nella direzione di una possibile introduzione ... della separazione tra il momento dell’accertamento e quello della dichiarazione dell’incostituzionalità, senza sacrificare, nell’immediato, il nesso di incidentalità: sarà poi la stessa Corte costituzionale a stabilire, volta per volta, se la riforma legislativa avrà effetti retroattivi o proattivi».

⁹⁷ R. Tarchi, op. ult. cit., 992, evidenzia che in un ordinamento fondato sulla sovranità dei valori non esiste un soggetto politico istituzionale cui sia data l’ultima parola assoluta; esistono più soggetti che incarnano, volta per volta, quella sovranità. In questo quadro le corti vengono a rivestire un ruolo di primo piano in quanto le loro pronunce hanno il compito di «chiudere ... le contraddizioni normative e gli squilibri del sistema di potere».

⁹⁸ In senso contrario si esprimono ovviamente quanti lamentano (sia pure con tonalità differenti) che lo spazio della decisione politica sarebbe stato invaso dai giudici costituzionali (o dai giudici *tout court*) in ragione del ‘processo di giudizializzazione’ conseguente alla sempre maggiore incisività del giudizio di proporzionalità e

Il tema del “seguito” delle sentenze del giudice costituzionale, ci interroga anche sul versante della tenuta (e della capacità di prestazione) delle garanzie costituzionali (nello specifico, della funzione di garanzia della giustizia costituzionale). A questo proposito appare utile richiamare il pensiero di Paolo Ridola che invita a privilegiare (non un concetto tecnicistico di garanzia, ma) la dimensione storica delle garanzie, che, soprattutto nelle democrazie pluraliste, si caratterizza per il fatto che la costituzione stessa opera come “autogaranzia”. In altri termini, la costituzione è essa stessa strumento di garanzia nei confronti del legislatore, giacché impone a quest’ultimo il rispetto dei definiti ambiti di libertà (e sono le forze politiche – nella misura in cui si riconoscono nei valori costituzionali – ad assicurare la tenuta di tale garanzia)⁹⁹.

5. Considerazioni conclusive. Il rapporto fra giudice costituzionale e legislatore

Autorevole dottrina ha da tempo evidenziato la necessità che tra organi politici e organi di garanzia sussista un adeguato equilibrio «che entra in crisi quando dall’una o dall’altra parte si manifestano tendenze espansive variamente giustificate, ma sempre dannose sia al sistema politico che a quello delle garanzie»¹⁰⁰. E parimenti la dottrina ha più volte sottolineato l’esigenza che il giudice costituzionale si tenga lontano dall’accesso dibattito politico, quantunque sia inevitabile che a volte temi politici «caldi»¹⁰¹ o questioni eticamente sensibili¹⁰² vengano sottoposte all’attenzione delle Corti.

Inoltre va ricordato che il giudice costituzionale si trova così a doversi rapportare, oltre che con il legislatore anche con l’ordinamento europeo (in particolare la giurisprudenza della Corte di giustizia UE)¹⁰³.

A fronte dell’inerzia del legislatore, la tensione, nell’attuazione della costituzione, fra sindacato di costituzionalità e rispetto della discrezionalità del legislatore è elevata. E riemerge così la centralità di una metodologia di approccio alle problematiche in questione incentrata sulle singole esperienze giuridiche e cercando di non rimanere schiacciati in (anche eleganti e

ragionevolezza svolto delle Corti costituzionali (ed opererebbe in questa direzione anche l’adozione di sofisticate tecniche decisorie).

⁹⁹ P. Ridola, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997.

¹⁰⁰ G. Silvestri, *L’abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, 6.

¹⁰¹ Si pensi all’esempio recente della sentenza del *Conseil constitutionnel* sulle pensioni (Dec. 2023-849 DC, relativo a vizi del procedimento legislativo).

¹⁰² Esempio appare la comparazione fra le pronunce della Corte costituzionale italiana (sentenza n. 242 del 2019) e quella del febbraio 2020 del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 2527/16, 2 BvR 2354/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 651/16) relative al fine vita (entrambe ampiamente esaminate in dottrina).

¹⁰³ Inoltre ci si è interrogati se la Corte costituzionale debba preoccuparsi di un “rispetto attivo della costituzione da parte di tutti gli altri organi politici” P. Barile, *Relazione di sintesi*, in G. Silvestri (cur.), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano*, Atti del Convegno Messina-Taormina, 25-27 ottobre 1984, Milano, 1985, 258 ss.

suggestivi) ragionamenti schematici. La visione esperienziale da un lato aiuta ad entrare in un quadro complesso ed articolato (che deve essere esaminato rifuggendo da dogmatiche definizioni) e dall'altro lato mostra che il quadro delle giurisdizioni costituzionali ha arricchito la tutela delle libertà e dei diritti; si tratta di una grande conquista (soprattutto europea) del XX secolo e le singole esperienze europee dimostrano da un lato differenze profonde, ma anche una tendenza ad un avvicinamento (ed anche ad un dialogo) fra le corti (anche in ragione della esigenza di dare risposte a problematiche simili).

Allargando lo sguardo al più generale fenomeno dello Stato costituzionale, non si può non condividere la considerazione di Rolando Tarchi quando registra una «crisi del costituzionalismo» anche sotto la forma di «un arretramento delle garanzie costituzionali»¹⁰⁴. Tarchi individua l'argomentazione di fondo delle dottrine critiche delle esperienze di giustizia costituzionale nella idea «che la volontà degli eletti debba comunque prevalere, con una riproposizione prepotente della supremazia del principio di maggioranza, quale modalità pressoché unica e svincolata da possibili controlli di assunzione delle decisioni pubbliche». E' dunque in atto una sorta di «rivincita» del principio di maggioranza: gli istituti di garanzia, la tutela delle minoranze, i limiti al potere legislativo (e dunque alla volontà della maggioranza di turno affinché non si cada in una «tirannia della maggioranza») vengono sempre più ricostruiti secondo una logica riduttiva e anti-pluralistica e, in questa linea, oggetto di specifica critica finisce per essere il ruolo del giudice e del giudice costituzionale in particolare (accusato appunto – non solo di invadere lo spazio del legislatore, ma – di voler imporre alla maggioranza una «aristocratica» volontà minoritaria). Oltre alla distinzione tra giurisdizione e legislazione, bisogna ricordare che la «funzione fondamentale» della giustizia costituzionale (rappresentata dalla protezione delle minoranze e dei diritti fondamentali) collega direttamente la giustizia costituzionale con «l'idea fondante della democrazia costituzionale», e con «lo spirito del costituzionalismo come forma di limitazione del potere della maggioranza finalizzata alla protezione dei diritti individuali»¹⁰⁵. Questa «idea fondante» conduce ad «impedire che la

¹⁰⁴ R. Tarchi, op. ult. cit., 908 ss., evidenzia che i fenomeni di «retrocessione della democrazia costituzionale in ordinamenti nei quali essa si era già affermata» discendono da riforme il cui obiettivo (sia in Ungheria che in Polonia) era quello di «depotenziare le istituzioni di garanzia ed in primo luogo gli istituti della giurisdizione costituzionale, secondo una visione che valorizza al massimo la democrazia politica ed il principio di maggioranza, le cui decisioni non debbono essere limitate o contrastate da poteri indipendenti e neutrali». Tarchi evidenzia che (pag. 913) «Questi regimi, che mantengono il principio dell'elettività delle cariche politiche non si trasformano in stati autoritari, ma il tasso di democraticità dell'ordinamento viene ridotto in modo significativo».

¹⁰⁵ R. Tarchi, op. ult. cit., 976-977, evidenzia che la Costituzione prevede una legittimazione democratica («che discende dal basso investendo gli organi elettivi di indirizzo politico») ed una («che invece discende dall'alto») basata su «valori costituzionali meta-democratici»; e questa seconda è la peculiare legittimazione delle Corti costituzionali; e la forma di legittimazione per valori «consiste in prestazioni di unità secondo il valore, imperniata sui valori costituzionali comuni a tutte le forze in campo e perciò affidata alla giustizia costituzionale» (C. Mezzanotte, *Corte costituzionale*

maggioranza possa essere giudice in sua parte» giacché tale esito «apparirebbe come contraddittorio e ingiusto»¹⁰⁶ (e l'esperienza della Polonia è davanti ai nostri occhi).

Riconosciuta la necessità di svincolare il giudice costituzionale da una logica maggioritaria, va ribadita la necessità che il rapporto fra giudice costituzionale e legislatore si regga su una logica di collaborazione¹⁰⁷, logica che deve permeare l'intero sistema costituzionale ed alla quale anche la Corte deve porre specifica attenzione proprio al fine di poter svolgere al meglio la «funzione tipica della giustizia costituzionale» che «non può che essere quella di proteggere la Repubblica» proprio nel suo compito di perenne limitazione al principio/criterio maggioritario¹⁰⁸. Ed infatti il problema che si pone è quello relativo alla «capacità di resistenza della giustizia costituzionale», cioè alla capacità del giudice costituzionale di «funzionare al di fuori delle condizioni di normalità istituzionale» (ad esempio per la presenza di una maggioranza politica che mette in discussione i valori fondanti dell'assetto costituzionale e che imprime all'azione del legislatore tendenze in netto contrasto con alcuni dei valori costituzionali). È stato evidenziato che in tali casi il giudice costituzionale «difficilmente ha la forza di contrapporsi» giacché «i mezzi propri delle Corti sono quelli del ragionamento giuridico, dell'argomentazione, della persuasione, e non della

e legittimazione politica, cit., p. 115; Id., *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità ed attuazione della Costituzione*, Bari, 1982, 160 ss.).

¹⁰⁶ J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, London, 1980, spec. 102 ss.; R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, tr. it. Bologna, 1980, 247 ss.; il potere esercitato dai giudici (unitamente all'atteggiamento di fiducia nelle corti) è stato definito (da più parti) "aristocratico"; e così G. Azzariti, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2010, parla dei giuristi come di "un'aristocrazia senza potere"; sulla presenza di elementi aristocratici (con riferimento alla giurisdizione) nelle costituzioni democratiche v., da ultimo, M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023; Id., *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, n. 12/2019, 345 ss.; Id., *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. - Annali*, Vol. IX, Milano, 2016, 391 ss.; v. già G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994; Id., *Positivismo, scienza giuridica e diritto costituzionale*, in *DPCE Online*, 2, 2023, VII-XVI; il riferimento aristocratico alla giurisdizione risale, ovviamente a A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, Torino, 2006; R. Tarchi, op. ult. cit., 989, ha esattamente affermato che «Si possono avere giudizi diversi sull'importanza di questa componente aristocratica, ma è certamente un dato di fatto che essa non ha indebolito ma semmai contribuito a rafforzare la democrazia del più grande ed importante tra gli Stati europei».

¹⁰⁷ R. Tarchi, op. ult. cit., 990, sottolinea che «la garanzia complessiva della Costituzione dipende sia dal ruolo politico del legislatore, sia dall'operato dei giudici».

¹⁰⁸ R. Tarchi, op. ult. cit., 989-990: «La giustizia costituzionale, ... per sua natura, non è democratica e non potrebbe esserlo. Ciò non significa che gli apparati giurisdizionali siano antidemocratici, ma che il loro operato non risponde alla regola della maggioranza, e si pone a garanzia di eventuali degenerazioni della democrazia in forme di predominio della maggioranza a discapito della tutela costituzionalmente garantita delle minoranze e del principio di eguaglianza. La giustizia costituzionale ... rappresenta uno strumento strettamente necessario all'inveramento della democrazia»; v. anche G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005; R. Toniatti, *Il principio non-maggioritario quale garanzia della forma di Stato costituzionale di diritto in Europa*, in *DPCE*, 4, 2020, 1155 ss.

forza»¹⁰⁹. Al tempo stesso, sembra rilevarsi in panorama comparato una ricerca – almeno in alcuni ordinamenti – di un rafforzamento degli strumenti a disposizione del giudice costituzionale volti a garantire l'esecuzione delle relative decisioni (emblematico il caso della Spagna con la *Ley Orgánica* n. 15/2015). Ma proprio queste esperienze evidenziano «i rischi di un'attribuzione ad organi di garanzia di funzioni esecutive e di strumenti che poco hanno a che fare con la forza della persuasione», rischi che «sembrano superiori rispetto al potenziale beneficio della garanzia di una maggiore (non spontanea) *compliance*»¹¹⁰.

Piace concludere ricordando le considerazioni che Vezio Crisafulli esponeva nella Relazione generale di sintesi alla terza conferenza delle corti costituzionali europee tenutasi a Roma nell'ottobre del 1976 (e relativa appunto al rapporto tra giustizia costituzionale e potere legislativo)¹¹¹.

Per Crisafulli, «anche dopo il giudizio costituzionale il potere legislativo conserva un ampio margine di manovra, entro limiti diversi in relazione ai casi possibili, ma in sostanza di poco maggiore di quelli che incontra normalmente per il solo fatto della rigidità costituzionale garantita da controllo esterno. D'altro canto, anche il margine di manovra delle corti, sebbene sempre più circoscritto per la stessa natura della funzione ad esse attribuita, rimane considerevole e non perde di incisività, quali che siano le reazioni del legislatore alle loro pronunce»¹¹². Dunque «la vera garanzia in conclusione sta nel *fair play* dell'assemblea, così come la migliore garanzia

¹⁰⁹ R. Tarchi, op. ult. cit., 990.

¹¹⁰ R. Tarchi, op. ult. cit., 991, Secondo cui la «forza complessiva delle istituzioni di garanzia, l'intensità e l'incisività del ruolo che esse assumono, dipendono dalla sinergia che le Corti giudiziali sono in grado di stabilire con la scienza giuridica nel suo complesso ... Questo fa emergere ed insieme mette in discussione il ruolo del giurista, il cui compito principale diviene dunque quello di esercitare una forma di coscienza critica sugli altri formanti, contribuendo ad elaborare idee e proposte provviste di un fondamento razionale. Ed in questo il giurista dovrebbe mantenere la schiena dritta; anche le forme di collaborazione, pur necessarie e opportune, non dovrebbero trasformarsi in funzioni ancillari rispetto ai poteri (forti) dell'economia e (oggi deboli) della politica».

¹¹¹ V. Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Vol. 4, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Milano, 1978, 131 ss., il quale (133 e ss.) afferma che l'esistenza di una costituzione formale di tipo rigido, gerarchicamente sovraordinata alla legge, già «rappresenta un limite quantomeno di ordine negativo al potere legislativo» e che la rigidità costituzionale costituisce «un correttivo al principio democratico maggioritario». Pertanto, quanto più una costituzione è informata a valori democratici, il controllo di costituzionalità svolge «in concreto un ruolo anch'esso democratico, stabilizzando e ponendo al riparo da capricciosi mutamenti» i valori che stanno a fondamento della costituzione. Il giudice costituzionale (oltre ad infrangere il dogma ottocentesco della onnipotenza della legge e della sovranità delle assemblee parlamentari) si presenta dunque come «un elemento perturbatore dello schema di una democrazia pura, specie se gli organi a cui spetta il sindacato sulle leggi siano privi di legittimazione democratica». Ma lo stesso Crisafulli rileva la «inevitabilità» e la «necessarietà» della «mancanza di legittimazione democratica» degli organi di giustizia costituzionale laddove si intenda «assicurare l'effettiva estraneità del controllore rispetto agli orientamenti e indirizzi del controllato ed un massimo di neutralità politica del giudice della legittimità costituzionale».

¹¹² V. Crisafulli, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, cit., 147.

contro il pericolo di sconfinamento dei tribunali costituzionali sta nel loro *self restraints*¹¹³. E così concludeva: «Confesso perciò, in conclusione, che alla domanda, spesso ripetuta, a chi spetti *l'ultima parola*, non saprei dare, nemmeno nel quadro di ciascun singolo ordinamento, una risposta precisa ed appagante. O meglio, alla domanda si può dare, a mio avviso, soltanto una risposta politica, sulla base dell'esperienza fattuale, e perciò variabile con il mutare delle circostanze: non ultima delle quali l'immagine che ciascuna Corte ha di sé stessa»¹¹⁴.

Fabrizio Politi
Dip.to di Ingegneria Industriale e dell'Informazione e di Economia
Università degli studi dell'Aquila
fabrizio.politi@univaq.it

¹¹³ *Ivi*, 134

¹¹⁴ *Ivi*, 147.