

Interpretazione costituzionale: ruolo, poteri e limiti delle Corti. Considerazioni a margine dei lavori della sessione

di Giampaolo Parodi

Abstract: *Constitutional interpretation: role, powers and limits of the Courts. Considerations in the margins of the session proceedings* - The contribution draws from the discussion originated from some speeches made during the 3rd session, entitled “Constitutional Interpretation: role, powers and limits of the Courts”. Interpretation of the constitutional document was considered primarily as an instrument of jurisprudential redefinition of the powers of the Courts, especially in terms of regulating the temporal effects of the declaration of unconstitutionality.

Keywords: Decisions of the constitutional courts; Judicial activism; Judicial review of legislation; Temporal effects.

765

1. Interpretazione del documento costituzionale e ridefinizione dei poteri delle Corti

Il titolo della III sessione, *Interpretazione costituzionale: ruolo, poteri e limiti delle Corti*, ha suggerito di privilegiare anzitutto – ponendo l’accento sulla prima parte del titolo – l’interpretazione del documento costituzionale ad opera delle Corti, tanto sotto il profilo dell’uso, ora più ora meno persuasivo, della comparazione¹, quanto sotto il profilo delle ricadute, sul piano dell’interpretazione costituzionale, imputabili all’allargamento del contraddittorio attraverso, in particolare, la prassi variamente disciplinata degli *amici curiae*².

Tale forma di apertura alla “società civile” determina, secondo un’opinione ormai radicata, una più solida “legittimazione” del giudice delle leggi, in contrasto con il punto di vista di chi, peraltro sensatamente, ritiene a tal fine necessaria e sufficiente la conformità del suo operato alle norme costituzionali e legislative che ne disciplinano le funzioni, unitamente alla coerenza con le regole processuali elaborate in via regolamentare e pretoria

¹ F. Duranti, *Giustizia costituzionale e comparazione. Nuove tendenze e dinamiche negli ordinamenti di democrazia stabilizzata*, in questo numero speciale.

² L.P. Vanoni, *Amicus Curiae e Original Public Meaning: L’uso della storia nelle argomentazioni costituzionali*; K. Laffusa, ‘With a little help from my friends’: *il ruolo degli amici curiae nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale in Italia e in Francia*, in questo numero speciale.

dalle Corti stesse³. In questa prospettiva, il prestigio delle Corti dipende dalla qualità delle motivazioni – meglio garantita, secondo l'opinione di alcuni, dalla possibilità eventualmente prevista di esprimere *dissents* – più che dall'apertura del contraddittorio, senza considerare alcune distorsioni addebitate alla prassi degli *amici curiae* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti nel periodo recente⁴.

Già Tocqueville, del resto, aveva messo in luce come il *judicial review* si legittimasse, nei rapporti con gli altri poteri, in quanto attività giurisdizionale in senso proprio, in virtù dei suoi connotati originari: il *cases and controversies requirement*, l'attivazione non officiosa del giudice. Mentre nel modello austriaco, nell'insuperata prospettiva kelseniana, la Corte si legittima quale legislatore negativo previsto dalla Costituzione a garanzia della propria effettività.

La formulazione del tema assegnato alla sessione ha poi suggerito di soffermarsi – muovendo dalla seconda parte del titolo sopra riportato – su ruolo, poteri e limiti delle Corti come risultanti dalla giurisprudenza che, a partire dal testo costituzionale, in via pretoria li ridefinisce, per così dire *praeter constitutionem* o *praeter legem* (salva codificazione *ex post*, come ricordato a proposito della dichiarazione d'incompatibilità in Germania).

Nel corso della III sessione, in particolare, la discussione ha con ampiezza di argomenti affrontato i problemi legati al controllo e alla modulazione degli effetti temporali in diverse esperienze di giustizia costituzionale, non solo europee.

Volendo rimanere su un livello di astrazione comprensivo, si può osservare che, all'esito della discussione, trova conferma la tripartizione che distingue i modelli di giudizio sulle leggi a seconda che la pronuncia d'incostituzionalità sia dotata: di efficacia pienamente retroattiva (in base all'assunto che considera la legge contraria a costituzione alla stregua di una legge nulla, *void*, come tale incapace di produrre qualsiasi effetto); di efficacia solo limitatamente retroattiva (quindi con il limite del giudicato o, più ampiamente, dei rapporti esauriti, nel quadro di un sistema che concepisce la declaratoria d'incostituzionalità, per lo più, come decisione di annullamento⁵); ovvero di efficacia *ex nunc*, nel quadro di un sistema che concepisce la dichiarazione d'incostituzionalità come decisione di annullamento *pro futuro*, o come atto di legislazione negativa di natura sostanzialmente abrogativa.

L'indagine comparata consente poi di classificare le decisioni di incostituzionalità, sotto il profilo della loro natura "dichiarativa" o

³ Su questo punto è intervenuto G. Naglieri, *L'autonomia processuale del giudice costituzionale. Rileggere regole, soggetti e funzioni del processo costituzionale attraverso un crittotipo*, in questo numero speciale.

⁴ Riferimenti in G. Parodi, *L'intervento dei terzi nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Analisi della giurisprudenza recente e profili di comparazione*, in *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali*, Atti del seminario di studi svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 18 dicembre 2018, Milano, 2020, 49 ss.

⁵ Anche se, com'è ben noto, non mancano casi nei quali la decisione viene presentata come dichiarazione di nullità, ma si prevede il limite del giudicato, come accade – al di là dello smisurato dibattito che vede contrapposta la teoria della nullità alla dottrina dell'annullabilità – nel sistema tedesco (§ 79, *Abs. 2, BVerfGG*).

“costitutiva”, in base ad una tripartizione ulteriore che individua in linea di massima le seguenti varianti: decisioni dichiarative dell’invalidità e dell’inefficacia della norma contraria a costituzione (in ipotesi *ab origine* incapace di produrre effetti: tipicamente, il modello del *judicial review*, salvo pronunce ad effetto *prospective*); decisioni dichiarative dell’invalidità e, per così dire, costitutive dell’inefficacia *ex tunc* della norma contraria a costituzione (posto che solo dopo la pronuncia si determina un obbligo generalizzato e sanzionato di negare applicazione alla norma dichiarata incostituzionale⁶); decisioni dichiarative dell’invalidità e costitutive dell’inefficacia *ex nunc* della norma contraria a costituzione.

Con riguardo a quest’ultimo caso, è nota la rinnovata fortuna del modello austriaco, compiutamente disciplinato nel testo costituzionale⁷, mentre a proposito della circolazione dei modelli ascrivibili alla seconda variante sopra delineata si è ricordata nel corso dei lavori della sessione l’influenza tedesca in Spagna (testimoniata anche dall’evocata sentenza del Tribunale costituzionale n. 45 del 1989⁸); si è inoltre ricordato l’articolo 282 della Costituzione portoghese e la disciplina dei poteri della *Cour d’arbitrage* (ora Corte costituzionale) belga, che ha in buona parte mutuato il modello accolto nei trattati comunitari, laddove disciplinano il potere della Corte di giustizia di precisare gli effetti delle sentenze dichiarative dell’invalidità degli atti delle istituzioni (ora previsto all’art. 264 TFUE)⁹.

Nel corso dei lavori, significativi riferimenti sono stati infine rivolti sia all’esperienza canadese e sudafricana, non immune, quest’ultima, da innesti per via giurisprudenziale di categorie consolidate in altre esperienze di controllo accentrato¹⁰; sia ai modelli anglosassoni di controllo di mera compatibilità con i nuovi *Bills of Rights*, normalmente di rango legislativo ordinario, nel Regno Unito (*HRA*) e in Nuova Zelanda¹¹.

⁶ Si è ricordata a questo proposito la categoria dell’accertamento costitutivo applicata da una parte della dottrina al sistema italiano. Per i necessari riferimenti si rinvia a G. Parodi, *Commento all’art. 136 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2648 ss.

⁷ Riferimenti in G. Parodi, *Gli effetti nel tempo della decisione d’incostituzionalità: profili di comparazione*, in P. Aimò et al. (cur.), *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 511 ss.

⁸ Con la sentenza n. 45 del 1989, il *Tribunal* ha rivisto la sua precedente giurisprudenza in materia di effetti dell’incostituzionalità della legge, sia teorizzando il potere del giudice costituzionale di calibrare gli effetti nel tempo della pronuncia di nullità, sia affermando la possibilità di dichiarare l’incostituzionalità della legge, senza pronunciarne contestualmente la nullità.

⁹ Riferimenti in G. Parodi, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quad. reg.*, 2007, 319 ss.

¹⁰ Riferimenti alle esperienze canadese e sudafricana in M. Di Bari, *Suspended/Prospected declarations of invalidity: A comparative analysis of the Canadian, South African, and Italian judicial techniques*, in questo numero.

¹¹ F. Duranti, *Giustizia costituzionale e comparazione. Nuove tendenze e dinamiche negli ordinamenti di democrazia stabilizzata*, cit.; al caso neozelandese fa riferimento anche E. Andreoli, *Aderenza al testo e interpretazione costituzionale. Riflessioni dalle esperienze australiana e neozelandese*, in questo numero.

2. In particolare: la regolazione degli effetti della pronuncia d'incostituzionalità

Per quanto riguarda la fonte dei poteri di modulazione degli effetti della pronuncia d'incostituzionalità, nella prospettiva enunciata nel titolo assegnato alla III sessione, è parso opportuno ulteriormente distinguere. In particolare, accanto al modello austriaco – esaustivamente disciplinato nel *B-VG* e nelle altre costituzioni che lo hanno recepito – va collocato sia il modello caratterizzato dall'efficacia normalmente retroattiva della pronuncia d'incostituzionalità con previsione *esplicita* del potere delle Corti di derogarvi; sia quello, di maggiore interesse ai presenti fini, che prevede un'efficacia normalmente retroattiva della pronuncia con affermazione *in via pretoria* del potere di limitare gli effetti *pro praeterito* della declaratoria di incostituzionalità, o di differirli *pro futuro*¹².

La discussione si è concentrata sulle ipotesi di elaborazione giurisprudenziale anche nel tentativo di comprendere, attraverso più o meno agevoli esercizi di comparazione, l'evoluzione della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, “eccezionalmente”¹³ impegnata nel “bilanciamento” tra interessi che, nel caso concreto, troverebbero tutela nella piena applicazione delle regole processuali sugli effetti della dichiarazione di illegittimità – destinati a prodursi *ope consitutionis* e *ope legis* – e interessi antagonisti di primario rilievo costituzionale sul piano sostanziale. Operazione controversa, inevitabilmente, giacché non si tratta di scrutinare, nei limiti consentiti alla Corte, la ragionevolezza del bilanciamento sottostante alla disciplina impugnata, seguendo linee interne al *thema decidendum* delineato nell'ordinanza o nel ricorso.

Tale discussa forma di “retroattività bilanciabile” sembra ormai acquisita al patrimonio di strumenti processuali della Corte, come attesta la giurisprudenza che, ancora di recente, ha ribadito quanto affermato nella sentenza n. 10 del 2015, come, in particolare, la sentenza n. 41 del 2021 sui giudici ausiliari nei collegi di Corte d'appello, pur caratterizzata da un differente meccanismo dilatorio. Si tratta, come si dirà tra un attimo, di tecniche decisorie destinate a coesistere con la diversa soluzione adottata nel caso Cappato.

¹² Significativo, a questo riguardo, quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10 del 2015: «[...] la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, *indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi*. Una simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale» (punto 7 del *Cons. in dir.*; corsivo non testuale).

¹³ In Corte cost., sent. n. 246 del 2019, si legge: «è possibile che vi sia «l'eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti» (sentenza n. 10 del 2015). Può infatti *eccezionalmente* presentarsi l'esigenza di bilanciamento con altri valori e principi costituzionali, i quali in ipotesi risulterebbero gravemente in sofferenza ove tali effetti risalissero, come di regola, retroattivamente fino alla data di efficacia della norma censurata» (corsivo non testuale).

In relazione a tali recenti pronunce è apparsa evidente la perdurante attualità del dibattito consegnato agli atti del seminario del 1988 presso la Corte costituzionale, non avaro di riferimenti comparatistici¹⁴.

Significativa, in particolare, è sembrata nel corso della discussione la conclusione proposta (accantonato il modello tedesco dell' *Unvereinbarkeit* per l'assenza di una previsione analoga all'art. 31 *BVerfGG*¹⁵) da Carlo Mezzanotte nei termini seguenti: «... il riguardo dovuto agli equilibri istituzionali richiederebbe che gli interventi della Corte in funzione limitativa degli effetti retroattivi delle sentenze non costituissero espressione di attivismo giudiziale e di ingerenza nelle attribuzioni altrui, ma fossero recepite come manifestazione di virtù passiva e di capacità di autocontrollo»¹⁶.

Secondo tale chiave di lettura, si tratterebbe quindi di un'elaborazione giurisprudenziale del potere di graduazione degli effetti nel tempo non già come strumento di attivismo, per aprirsi spazi di intervento più ampi, bensì, piuttosto, quale tecnica di giudizio diretta ad evitare una lacuna (assiologica) non meno grave, o anche più grave, del vizio denunciato¹⁷.

Peraltro, come nel corso dei lavori si è detto, la contrapposizione tra *judicial activism* da un lato e, dall'altro, *self-restraint*, o esercizio di "virtù passive" (Bickel), non è sempre appagante, potendosi in certi casi piegare anche questo secondo approccio al perseguimento di *policies* autonomamente elaborate dal giudice costituzionale.

A dimostrazione della difficoltà della comparazione su questi temi, non pare d'altro canto superfluo ricordare che, almeno nella giurisprudenza più recente, il differimento come strumento di estensione degli spazi d'intervento del giudice costituzionale evidenzia anche in Austria – quindi nel sistema più "deferente" nei confronti del legislatore – un profilo, per così dire, funzionale, peraltro già chiaro alla dottrina più risalente¹⁸.

La possibilità di tener conto delle ragioni della finanza pubblica e di altre esigenze di ordine pratico attraverso la *Fristsetzung* sembra infatti rendere più agevoli interventi "ampliativi" del giudice costituzionale. Si tratta di una conseguenza in passato ritenuta coerente con l'ispirazione originaria dell'istituto, che già Ch. Eisenmann aveva colto con le seguenti,

¹⁴ *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, 1989.

¹⁵ Il paragrafo 1 del citato art. 31 *BVerfGG* attribuisce effetti vincolanti alle decisioni, non solo di incostituzionalità, del Tribunale costituzionale, precisando che esse vincolano gli organi costituzionali della Federazione e dei *Länder* così come tutti i tribunali e le autorità. Una previsione analoga è presente anche nelle Costituzioni spagnola (art. 38) e francese (art. 62).

¹⁶ C. Mezzanotte, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 46.

¹⁷ Sul *judicial activism* si è soffermato in particolare D. Camoni, *A ciascuno il suo? Giudice costituzionale e legislatore tra separazione dei poteri e tutela dei diritti fondamentali*, in questo numero speciale.

¹⁸ Sui limiti al controllo di costituzionalità e sulla *judicial deference* nei riguardi delle prerogative del legislatore si sono soffermati F.E. Grisostolo e L. Restuccia, *Il paradosso delle immunità del potere politico: quando "separazione dei poteri" e "tutela dei diritti" entrano in tensione*, in questo volume.

perspicue, parole: «la Cour n'hésitera pas à annuler tout loi inconstitutionnelle qui lui sera déférée, puisqu'il lui est permis de parer elle-même aux conséquences fâcheuses que pourrait entraîner sa décision»¹⁹.

3. La recente giurisprudenza della Corte italiana. Alcuni riferimenti comparati

Con riguardo all'esperienza italiana, limiti all'elaborazione giurisprudenziale derivano, oltre che dagli articoli 136 Cost. e 30 l. n. 87 del 1953, dalla disciplina costituzionale e legislativa dell'incidentalità.

Come affermato da Gustavo Zagrebelsky in occasione del già richiamato seminario del 1988, “lo spostamento in avanti degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità non può mai raggiungere proporzioni tali da spezzare il legame funzionale tra la decisione della Corte e la difesa delle posizioni soggettive da cui l'incidente di costituzionalità ha preso avvio e di quelle altre che alle prime sono da assimilare in forza dell'eguaglianza di fronte alla legge”²⁰.

Poiché, pertanto, il “ruolo” delle Corti si definisce anzitutto grazie alla disciplina del processo costituzionale considerata nella sua interezza, la comparazione, come emerso nel corso dei lavori della sessione, è particolarmente impegnativa, sebbene non manchino del tutto, nella recente giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, riferimenti ad esperienze straniere o a specifiche vicende giurisprudenziali inseriti, per lo più in chiave analogica, nel percorso argomentativo seguito per teorizzare il potere di limitare o rinviare gli effetti dell'accertamento dell'incostituzionalità.

In ottica comparata, si è detto, sotto il profilo dell'incidentalità, verrebbe naturale il riferimento “polemico” al cosiddetto “premio di cattura” dell'esperienza austriaca²¹: pur connotata da prevalente astrattezza del giudizio e paradigmaticamente orientata alla generale efficacia *pro futuro* della dichiarazione d'incostituzionalità (perfino in Austria l'*Ergreiferprämie* è espressamente previsto dall'art. 140 *B-VG*, quanto meno in funzione dell'efficienza del meccanismo incidentale di instaurazione (limitatamente presente in Austria, sino alle revisioni costituzionali più recenti) accanto al potere della Corte di estendere la “retroattività” ai *Parallälfälle* in virtù di un potere di modulazione *pro praeterito* degli effetti.

Secondo la giurisprudenza costituzionale italiana meno recente, la necessaria retroattività nel giudizio *a quo*, oltre che dall'incidentalità, sembrava derivare anche dal diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale²²,

¹⁹ Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (Paris, 1928), ried. a cura di L. Favoreu, Paris, 1986, 227.

²⁰ G. Zagrebelsky, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità. Possibilità e limiti*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., 200.

²¹ Cfr. H. Schäffer, *Artikel 140*, in P. Rill, H. Schäffer (Hrsg.), *Bundesverfassungsrecht Kommentar*, Wien, 2001, 104 s.

²² In Corte cost. sent. n. 232 del 1989 (*Fragd*), si osserva che «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a

ciò che peraltro, a sua volta, pone problemi in riferimento al principio di eguaglianza, in assenza di un'abilitazione analoga a quella prevista in Austria dall'art. 140 *B-VG*, esercitabile al fine di individuare i casi pendenti ai quali estendere gli effetti della pronuncia²³.

Non meno delicati si presentano gli esercizi di comparazione con quanto accade in Germania, dove, nel ricorrere alle decisioni di incompatibilità, il *BVerfG* si trova di fronte all'alternativa tra l'effetto di blocco dell'applicazione della disciplina dichiarata incompatibile e la previsione, ad opera della decisione di *Unvereinbarkeit*, della perdurante applicazione della medesima disciplina.

Alla prima opzione – dichiarazione d'incompatibilità con effetti di *Anwendungssperre* – alcuni hanno per certi versi accostato la tecnica del rinvio dell'udienza a data fissa, adottata dalla Corte italiana per la prima volta con l'ordinanza n. 207 del 2018²⁴, oggetto di analisi comparata nel corso dei lavori della sessione²⁵ soprattutto per l'effetto *de facto* preclusivo di un giudizio di manifesta infondatezza da parte del giudice comune, in considerazione dell'incostituzionalità "prospettata" nell'ordinanza in funzione, ad un tempo, monitoria e "collaborativa"²⁶. In altri termini, l'eccezione d'incostituzionalità, eventualmente proposta dai singoli nel corso dei giudizi successivi all'ordinanza della Corte, difficilmente potrebbe essere disattesa in quanto manifestamente infondata, in contrapposizione con quanto affermato, seppure in via interlocutoria, dal giudice costituzionale.

rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima».

²³ Art. 140, c. 7, *B-VG*.

²⁴ "Doppiata" dalla successiva sentenza di accoglimento n. 242/2019. In argomento G. Naglieri, cit.

²⁵ Cfr. F. Duranti, cit.

²⁶ Nell'ord. n. 207/2018, la Corte affronta il caso «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio *a quo*. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua». Analogamente, in tema di diffamazione a mezzo stampa, ord. n. 230/2020, poi "doppiata" dalla sentenza di accoglimento n. 150/2021.

Cfr. anche l'ord. n. 97/2021, in tema di ergastolo ostativo, nel solco delle due precedenti ordinanze interlocutorie nel motivare il rinvio a un anno dell'udienza, che «esigenze di collaborazione istituzionale impongono a questa Corte di disporre, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale». Con ord. n. 122/2022, la Corte ha disposto un nuovo rinvio di sei mesi, affermando che, «in considerazione dello stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge, appare necessario un ulteriore rinvio dell'udienza, per consentire al Parlamento di completare i propri lavori». Alla scadenza del secondo termine, la Corte ha pronunciato l'ordinanza di restituzione degli atti n. 227/2022, rilevando che «un decreto-legge ancora in corso di conversione – incide immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione».

Alla diversa opzione processuale della perdurante applicazione (*Weiteranwendung*) della disciplina dichiarata incompatibile, meno frequente nella giurisprudenza recente del *BVerfG*²⁷, si è, per certi versi, accostata invece la sentenza n. 41 del 2021, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina dei giudici ausiliari nei collegi di Corte d'appello, nella parte in cui non prevede che essa si applichi «fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116» (e non oltre)²⁸.

Si tratta di una soluzione processuale in parte inedita, giacché la disciplina censurata della quale si ammette la perdurante applicazione difficilmente può ritenersi conforme a Costituzione; neppure, a rigore, in via provvisoria, sino al riordino della disciplina «nei tempi stabiliti», o comunque sino alla scadenza del termine²⁹.

La Corte non ha infatti esitato a definire la disciplina impugnata «del tutto fuori sistema» e «in radicale contrasto» con i parametri costituzionali³⁰, ponendo così a quanto sembra fuori gioco, pur esprimendosi nei termini di una «temporanea tollerabilità costituzionale»³¹, la categoria, nota all'esperienza italiana come a quella tedesca, della costituzionalità provvisoria (il *BVerfG* ha in qualche occasione ragionato di leggi *noch verfassungsmäßig*)³².

Entro certi limiti, si può forse ricorrere alla categoria dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata sino al termine indicato, o dichiarata solo *pro futuro* (con la decorrenza specificata nel dispositivo). Pur

²⁷ Cfr. K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 2021, 340 ss.

²⁸ N. Fiano, *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos*, 1, 2021; accurati profili di comparazione su questo aspetto anche in Id., *Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale*, Milano, 2022, spec. 104 ss.

²⁹ Riferimenti comparatistici anche in F. Politi, *Una Fristsetzung Italian style? Nota a Corte cost., n. 41 del 17 marzo 2021*, in *Giur. cost.*, 2, 2021, 538 ss.

³⁰ Si legge al punto 20 della sent. n. 41/2021 che, «Conclusivamente, sussiste pertanto la denunciata illegittimità costituzionale degli articoli da 62 a 72 del d.l. n. 69 del 2013, come convertito».

³¹ Al punto 23 si legge: «Sicché l'illegittimità costituzionale della normativa censurata può essere dichiarata nella parte in cui non prevede che essa si applichi fino al completamento del riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi contemplati dal citato art. 32 del d.lgs. n. 116 del 2017, così riconoscendo ad essa – per l'incidenza dei concorrenti valori di rango costituzionale – una temporanea tollerabilità costituzionale, rispetto all'evocato parametro dell'art. 106, primo e secondo comma, Cost. In tale periodo rimane – anche con riguardo ai giudizi a quibus – legittima la costituzione dei collegi delle corti d'appello con la partecipazione di non più di un giudice ausiliario a collegio e nel rispetto di tutte le altre disposizioni, sopra richiamate, che garantiscono l'indipendenza e la terzietà anche di questo magistrato onorario».

³² Ancor meno pertinente è evocare gli effetti di convalida per il passato talora teorizzati con riguardo all'esperienza austriaca, come in H. Schäffer, *Artikel 140*, in P. Rill, H. Schäffer (hrsg.), *Bundesverfassungsrecht Kommentar*, Wien, 2001, 102, il quale ritiene che la declaratoria d'incostituzionalità abbia, accanto ad un effetto di invalidazione, un effetto di "convalida", o, meglio, di "immunizzazione" – per il passato, o anche per il futuro, sino alla scadenza del termine eventualmente stabilito dalla Corte costituzionale in sede di differimento degli effetti della decisione d'incostituzionalità (*Fristsetzung*) – della legge annullata *ex nunc*.

trattandosi di una pronuncia che, senza statuire direttamente sugli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale, per il tramite di un dispositivo additivo stabilisce un termine massimo di tolleranza dell'ulteriore vigenza della disciplina censurata³³, la sentenza n. 41 del 2021, sui profili controversi della cosiddetta "retroattività bilanciabile" e dell'incidentalità del giudizio, rinvia a quanto affermato dalla differente – quanto a formulazione (*Tenorierung*) del dispositivo – sentenza n. 10 del 2015³⁴, dalla quale il "modello Cappato" sembrava prendere le distanze privilegiando la soluzione processuale incentrata sui poteri di *case management* del giudice costituzionale³⁵. Alternativa, quest'ultima, tutto sommato più rispettosa degli articoli 136 della Costituzione e 30 della legge n. 87 del 1953, oltre che dell'incidentalità del giudizio³⁶, al di là di alcune riserve avanzate da una parte della dottrina in ordine alla pervasività e perentorietà del mandato affidato al legislatore.

In definitiva, desumendo dalla legislazione di graduale riforma della magistratura onoraria "rime adeguate" per formulare un dispositivo additivo manipolativo del termine di decorrenza degli effetti caducatori della decisione, la Corte ha limitato l'impatto della declaratoria d'incostituzionalità senza ricorrere ad un dispositivo espressamente derogatorio della disciplina degli effetti temporali.

La pronuncia non ha tuttavia mancato di esplicitare il bilanciamento posto a fondamento del dispositivo additivo "a termine", destinato ad attribuire la prevalenza – sugli interessi presidiati dall'art. 106 Cost.,

³³ In Corte cost., sent. n. 41/2021, al punto 23 si legge: «Occorre allora – come soluzione, nella specie, *costituzionalmente adeguata alla protezione di tali valori* – che la declaratoria di illegittimità delle disposizioni censurate lasci al legislatore un sufficiente lasso di tempo che assicuri la «necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale», segnatamente dell'art. 106, secondo comma, Cost., come e ancor più che nella ricordata pronuncia relativa alla magistratura militare (sentenza n. 266 del 1988). A tal fine la *reductio ad legitimitatem* può invece farsi, con la sperimentata tecnica della pronuncia additiva, inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire» (corsivo non testuale).

³⁴ Al punto 22 della sent. n. 41/2021 si legge: «Il bilanciamento di questi valori è stato operato dalla Corte in varie pronunce, anche eccezionalmente modulando nel tempo gli effetti della decisione; possibilità questa non preclusa dall'eventualità che, in un giudizio incidentale, una dichiarazione di illegittimità costituzionale, la quale di ciò tenga conto, risulti non essere utile, in concreto, alle parti nel processo principale, atteso che la rilevanza della questione va valutata, al fine della sua ammissibilità, al momento dell'ordinanza di rimessione».

³⁵ Cfr. anche Corte cost., sent. n. 242/2019, dove la Corte dichiara di fare leva sui «propri poteri di gestione del processo costituzionale».

³⁶ Corte cost., ord. n. 207/2018, anche sulla scorta di dettagliati riferimenti comparatistici, premette al dispositivo di rinvio dell'udienza a data fissa che «laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

suscettibili di immediata, ma problematica, tutela per il tramite di una pronuncia di mero accoglimento – all’esigenza di tener conto dell’innegabile impatto complessivo che la decisione di illegittimità costituzionale è destinata ad avere sull’ordinamento giurisdizionale e sul funzionamento della giustizia nelle corti d’appello.

Quanto al limite dell’incidentalità, la sentenza ribadisce l’ineranza del requisito della rilevanza al solo momento dell’instaurazione, senza che rilevi l’utilità dell’accoglimento nel giudizio *a quo*, negli stessi termini della sentenza n. 10 del 2015, che anche a tale riguardo viene richiamata, rimanendo in ombra il profilo del (“contenuto essenziale” del) diritto alla tutela giurisdizionale del singolo, al quale la citata sentenza *Fragd* sembrava aver attribuito il rango di controlimite³⁷.

Il modello decisorio in commento pare confermare l’attualità della già richiamata analisi di Mezzanotte, il quale sottolineava l’ineranza della manipolazione degli effetti dell’incostituzionalità a operazioni di bilanciamento sul piano sostanziale: «il problema dei limiti della retroattività è oggi – e sempre di più ... lo sarà in prospettiva – un problema di *bilanciamento* e dunque di *ragionevolezza*; un problema, insomma, di *diritto costituzionale sostanziale* riguardante il *merito della decisione della Corte*»³⁸.

La decisione n. 41 del 2021, di contenuto valutativo quanto al giudizio di prevalenza, nel caso singolo, di uno degli interessi concorrenti, sembra muoversi sul terreno della proporzionalità in senso stretto del sacrificio imposto all’interesse pretermesso in rapporto alla maggiore rilevanza dell’interesse antagonista – il funzionamento della giustizia nelle corti d’appello – al quale la Corte ha ritenuto, peraltro comprensibilmente, di dover assegnare la priorità³⁹.

Sembra importante segnalare come la Corte abbia in questo caso compiuto le sue valutazioni in termini espliciti, senza invocare la categoria talora fuorviante del “contemperamento” tra valori costituzionali concorrenti, non persuasiva di fronte alla piena soccombenza – ritenuta costituzionalmente necessaria – dell’interesse a far valere la nullità, derivante *prima facie* dalla violazione accertata dell’art. 106 della Costituzione, dei provvedimenti non definitivi pronunciati da collegi viziati nella loro composizione e costituzione.

Giampaolo Parodi
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli studi di Pavia
giampaolo.parodi@unipv.it

³⁷ Corte cost., sent. n. 232 del 1989; cfr. sopra, nota 22.

³⁸ C. Mezzanotte, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, cit., 44.

³⁹ Di fronte alla «impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali», come si dice nella già citata sent. n. 10 del 2015.