

Dell'illegitimità "a tempo" dei giudici onorari, del paradosso di Epimenide ed altre storie

Marco Rossetti

Sommario: 1. Premessa. -2. Il contenuto della decisione. -3. Salvaguardare il funzionamento della giustizia? -4. Precedenti conformi? -5. Questione di rilevanza. - 6. E le altre Corti? -7. Quel che resta del giorno.

1. Premessa

“Luci della ribalta” è un grande capolavoro di Charlie Chaplin. In una scena celebre di quel film il protagonista (Calvero, un vecchio attore alcolizzato ma dal cuor d'oro) confida a Terry, la ragazza che salvò dal suicidio, di essere stato licenziato. *“Ma non potevano farlo!”*, esclamò lei indignata. *“Certo che potevano - replicò Calvero -, tanto è vero che lo hanno fatto”*.

Il celebre scambio di battute m'è tornato alla mente nel leggere le motivazioni con cui Corte cost. 17.3.2021 n. 41 ha dichiarato costituzionalmente illegittime le norme (artt. 62-72 d.l. 21.6.2013 n. 69, conv. nella legge 9.8.2013 n. 98) che incardinarono nelle Corti d'appello i “Giudici Aggregati d'Appello”, magistrati onorari destinati ad integrare i collegi giudicanti, al dichiarato fine di accelerare lo smaltimento dell'arretrato.

La Consulta ha infatti sì dichiarato illegittime le suddette norme, per violazione dell'art. 106 cost., ma ha soggiunto che tale illegittimità scatterà solo il 31.10.2025, e cioè all'esito del completamento della complessiva riforma, ancora *in itinere*, della magistratura onoraria. La sentenza, quindi, produrrà i suoi effetti non dal momento dell'introduzione della norma dichiarata illegittima; né dal momento

della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della decisione; ma da un momento futuro¹.

Una pronuncia, dunque, di incostituzionalità non solo non retroattiva, ma nemmeno non retroattiva: non *ex tunc*, né *ex nunc*, ma addirittura *ex tum*.

Chiedersi se la Corte costituzionale avesse il potere di adottare una simile decisione è ozioso quanto il chiedersi se l'impresario teatrale poteva licenziare Calvero: lo hanno fatto, e tanto basta. Del resto, è troppo risalente e troppo vasta, per essere qui anche solo riassunta, la mole di scritti dottrinari e paludati, concordanti nel ravvisare nel Giudice delle leggi un organo giuridico-politico, il quale ha il delicatissimo compito di bilanciare valori e principî tutti degni di tutela costituzionale, ma spesso in conflitto tra loro, e degli esiti di questo bilanciamento, come bene è stato scritto, “*non si può certo pretendere che coincidano sempre con quelli frutto della beata solitudine di chi fa ricerca scientifica*” (Tesauro, *Incostituzionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio über alles*, in Foro it., 2015, I, 1922).

Nondimeno, in questa occasione la scelta della Consulta appare molto allarmante, perché per la prima volta - come spero di riuscire a dimostrare - rompe un ulteriore argine alla regola del *self restraint*, e va a toccare quelle regole senza le quali nessun'altra regola è concepibile: le regole del gioco, cioè quelle del processo.

Per spiegare questa affermazione esporrò dapprima brevemente il contenuto della decisione che si commenta e le ragioni con cui la Consulta ha ritenuto di dichiarare questa “illegittimità costituzionale *ex tum*”; quindi proverò a spiegare perché i precedenti richiamati dalla Consulta appaiono poco pertinenti rispetto al caso di specie; infine proverò ad elencare alcune *criticità* cui questa sentenza ci espone.

2. Il contenuto della decisione

¹ E persino incerto, se il legislatore dovesse prorogare, come già più volte ha fatto quel termine. Viene fatto di chiedersi se, in tal caso, la dichiarata illegittimità degli art. 62 e ss. d.l. 69/13 scatti ipso facto, oppure dovrà prima denunciarsi di illegittimità costituzionale la norma di proroga: problema che qui non affronterò, ma che aggrava la complessiva fragilità della decisione che si annota.

Nel 2013 il Governo ritenne di adottare un decreto-legge recante “*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*”, pomposamente battezzato “decreto del fare”².

Si trattava di uno di quei provvedimenti *per lancem saturam*, dei quali tanti ne abbiamo visti e tanti ne vedremo: 87 articoli sulle materie più disparate, dalle accise sui carburanti alle reti WiFi, dai contributi alle imprese ai compensi per gli amministratori di società pubbliche. In questo guazzabuglio di previsioni, ecco il *coup de génie*: siccome le Corti d'appello arrancano, facciamo loro una bella iniezione di magistrati onorari: 400, poi elevati ad 850 (per effetto dell'art. 1, comma 701, l. 27 dicembre 2017, n. 205, e poi dell'art. 256, comma 1, lettera b), d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77).

Comparve così per la prima volta nel nostro ordinamento la figura di un giudice onorario, il quale altro non fa, se non il consigliere di Corte d'appello.

C'è voluto un po' di tempo, perché nei meandri dell'ordinamento giudiziario non è facile orientarsi, ma alla fine qualcuno dei litiganti - e non importa qui se strumentalmente o meno - cominciò a riflettere: ma l'art. 106, comma secondo, cost., non limita la nomina di magistrati onorari alle sole “*funzioni attribuite a giudici singoli*”?

Questo qualcuno fu un signore che, rimasto vittima d'un sinistro stradale, si vide attribuire dalla Corte d'appello di Roma un concorso di colpa, si vide rigettare la domanda di risarcimento del danno alla persona perché frutto di patologie pregresse, e rigettare altresì la domanda di risarcimento del danno patrimoniale, perché non provato.

Possiamo star certi che, in caso di accoglimento di tali pretese, il nostro danneggiato si sarebbe ovviamente guardato bene dal dolersi della composizione del collegio giudicante. Ma, si sa, *habent sua sidera lites*: a dar torto al nostro automobilista fu un collegio composto da un G.A.A., o giudice aggregato d'appello che dir si voglia; e la parte soccombente impugnò per cassazione la sentenza d'appello, invocandone la nullità per vizio di composizione del

² Per la cronaca, si trattava del Governo presieduto da Matteo Renzi.

giudice: ovviamene sul presupposto che gli artt. 62 e ss. del “decreto del fare” fossero costituzionalmente illegittimi.

La Corte di cassazione, dinanzi a questo motivo di ricorso, ritenne rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata dal ricorrente, e lo fece con una ordinanza dalla motivazione ampia, rigorosa ed ineccepibile [Cass. civ., sez. III, ord. 9.12.2019 n. 32032, in GiustiziaCivile.com, fasc., fasc. del 20.12.2019, con nota di Farina, *Sulla (dubbia costituzionalità della) composizione del collegio di appello cui ha partecipato un giudice ausiliario*].

2.1. Pervenuta dunque la questione all’esame della Corte costituzionale, questa ha condiviso i dubbi di costituzionalità prospettati dal giudice rimettente. Il perno della decisione è molto semplice: i giudici onorari possono sì integrare i collegi giudicanti, ma solo per esigenze temporanee ed eccezionali.

Il d.l. 69/13, invece, aveva eretto a sistema la partecipazione dei giudici onorari ai collegi giudicati d’appello: una applicazione, dunque, sistematica e non episodica; ordinaria e non eccezionale. Di qui, il *vulnus* all’art. 106, comma secondo, cost. (così Corte cost. 41/21, § 19 del “Considerato in diritto”).

Ma questa, se vogliamo, è la parte tutto sommato meno interessante della decisione: semmai, avrebbe destato scalpore un provvedimento di non fondatezza, tale è lo iato tra l’art. 106 cost. da un lato, e il “decreto del fare” dall’altro.

La parte della motivazione che invece ha attratto l’attenzione degli interpreti e dei primi commentatori è quella in cui la Corte costituzionale, dopo avere rilevato l’oggettiva incostituzionalità della norma, ha affermato che gli effetti della propria decisione dovranno decorrere dal 31.10.2025: e cioè dal termine di scadenza che il legislatore si è dato (ai sensi dell’art. 32 del d.lgs. n. 116 del 2017) per l’entrata in vigore della riforma organica della magistratura ordinaria. Questa conclusione è stata giustificata dalla Corte costituzionale con tre argomenti:

a) l’esigenza di salvaguardare “*il funzionamento della giustizia nelle Corti d’appello*”, la quale è anch’essa un valore di rilievo

costituzionale, *“tanto più nella situazione attuale, che vede come urgente l’esigenza di riduzione dei tempi della giustizia”*;

b) la giurisprudenza costituzionale già in passato ha ammesso il “differimento” degli effetti della propria decisione (la sentenza cita sei diversi precedenti);

c) non rileva che la sentenza dichiarativa di illegittimità costituzionale “ad effetto differito” sia inutile per le parti del processo *a quo*, in quanto *“la rilevanza della questione va valutata, al fine della sua ammissibilità, al momento dell’ordinanza di rimessione”*, e non dunque al momento della decisione.

Si tratta di tre argomenti, ad avviso di chi scrive, più fragili del ponte Morandi. Non solo: il terzo di essi si pone in contrasto con un filone giurisprudenziale costituzionale non meno nutrito di quello invocato dalla sentenza a fondamento della propria decisione; si pone in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea; espone l’Italia al rischio di severe condanne per violazione dell’articolo 6 CEDU.

Nei paragrafi che seguono proverò a spiegare queste tre affermazioni.

3. Salvaguardare il funzionamento della giustizia?

A svelare la fragilità del primo argomento speso dalla Corte costituzionale a sostegno della propria decisione di “incostituzionalità differita” basteranno pochi rilievi.

Osserva la Corte che una pronuncia “normale” di illegittimità costituzionale avrebbe nuociuto *“all’ordinamento giurisdizionale e al funzionamento della giustizia nelle corti d’appello”*.

Ad affermazioni siffatte si deve rispondere, molto semplicemente, che non è vero; e se fosse vero, comunque quel *vulnus* sarebbe largamente inferiore a quello arrecato a chi, dopo anni di giudizi, si vede rispondere che la sua pretesa era fondata, ma il giudice non la può accogliere.

Vediamo perché.

In primo luogo, l’impatto che la retroattività della sentenza 41/21 avrebbe avuto sui giudizi in corso sarebbe stato, tutto sommato, limitato. Ciò per due ragioni.

Per quanto riguarda le decisioni di appello già concluse, delle tre l'una: o al momento della decisione costituzionale erano passate in giudicato; oppure erano ancora suscettibili di impugnazione; oppure erano state già impugunate.

Nel primo e nel terzo caso, la sentenza non avrebbe avuto nessun impatto, in quanto per le sentenze già passate in giudicato sarebbe ovviamente valsa la regola del diritto quesito, e per le sentenze già impugunate la regola della impossibilità di proporre in cassazione motivi aggiunti.

Sicché, se la nullità della sentenza derivante dalla composizione del collegio giudicante non era stata dedotta come motivo di ricorso per cassazione, la dichiarazione di illegittimità costituzionale non avrebbe avuto effetti, in virtù del principio di conversione delle nullità in motivi di gravame. E l'esperienza insegna che tale vizio in sede di legittimità è stato proposto in casi rarissimi: chi scrive dall'entrata in vigore del decreto 69/13 ad oggi ha partecipato a collegi giudicanti di legittimità che hanno deciso un numero complessivo di 8.674 ricorsi, e solo in tre casi (tutti e tre proposti, peraltro, dal medesimo avvocato) è stata dedotta come motivo di ricorso per cassazione la nullità derivante dalla composizione del collegio giudicante d'appello integrato da un magistrato onorario.

Quindi l'unico impatto una sentenza di accoglimento retroattiva avrebbe potuto produrlo solo sulle decisioni di appello non impugunate, e per le quali fossero ancora in corso i termini per l'impugnazione.

Si potrebbe obiettare - e siamo alla seconda ragione - che la Corte costituzionale si sia posta il problema non già delle cause già decise, ma degli appelli non ancora decisi o che sarebbero stati proposti in futuro, e che le corti di appello sarebbero state costrette a giudicare a ranghi ridotti.

Ma naturalmente una previsione su tale impatto non poteva certo farsi "a spanne", ma si sarebbe dovuta fare sulla base di dati precisi. Quanti processi pendono in appello? Quanti sono stati decisi da collegi giudicanti integrati da giudici onorari? Per quanti di questi sono in corso i termini per l'impugnazione?

Non disponendo di questi dati, che scrive non può che limitarsi ad una considerazione banale e superficiale: se immaginiamo *in vitro* una

Corte d'appello composta da due togati ed un onorario, e se teniamo a mente che da quest'ultimo la legge esige 90 provvedimenti l'anno, il venir meno dell'ausilio del giudice onorario comporterebbe la distribuzione sugli altri due membri del collegio di 3,5 appelli aggiuntivi al mese: un peso che qualunque magistrato che volesse dichiararsi degno di portare con onore la toga sulle spalle sarebbe stato ben in grado di sopportare.

Infine, sia consentita una stilla di sarcasmo: i giudici aggregati di appello sono stati introdotti nel 2013, e siamo nel 2021: non mi risulta tuttavia né che le corti d'appello abbiano smaltito l'arretrato esistente nel 2013, né che i tempi dei giudizi di secondo grado si siano particolarmente abbreviati. Credo, dunque, che l'enfasi posta dalla Corte costituzionale sulla “*insostituibilità dell'apporto*” dei giudici aggregati d'appello sia eccessiva, avuto riguardo al principio che in nome di quell'enfasi è stato sacrificato il principio di certezza del diritto.

Si badi che non intendo negare, né sottovalutare, l'utilità dell'apporto dei giudici aggregati d'appello: intendo solo dire che altro è uno strumento “utile”, ben altro è uno strumento “insostituibile”; e che sacrificare le regole del processo sull'altare della mera utilità o, peggio, della comodità, non mi sembra una scelta felice.

4. Precedenti conformi?

La sentenza che qui si annota, come accennato, ha giustificato la propria decisione quanto agli effetti non retroattivi della sentenza richiamando sei diversi precedenti costituzionali, quasi a dimostrare che la sentenza 41/21 non costituisce un *novum*, ma si inserisce in un solco già da tempo arato.

Deve tuttavia in contrario osservarsi non solo che nessuno dei sei precedenti invocati era pertinente rispetto al caso di specie; non solo che nessuno di quei precedenti aveva ad oggetto un caso analogo; non solo che quei precedenti sono stati tirati per i capelli a coonestare una decisione oggettivamente nuova e dirompente; ma - quel che più rileva - che la Corte ha totalmente ignorato che proprio i precedenti da essa invocati suscitarono in dottrina un vespaio di critiche e polemiche, da parte del fior fiore della dottrina costituzionalista,

critiche e obiezioni delle quali la sentenza qui in commento si è seraficamente disinteressata.

Il lettore dunque mi scuserà se mi prenderò qualche rigo in più per dimostrare quanto appena sostenuto.

4.1. La prima sentenza invocata dalla decisione qui in rassegna a sostegno delle proprie conclusioni sull'efficacia temporale delle sentenze costituzionali è Corte cost., 09-03-1988, n. 266, in Foro it., 1988, I, 1432.

In quel caso un giudice istruttore militare penale, essendo stato nominato dal ministro ma non dall'organo di autogoverno della magistratura militare che il legislatore avrebbe dovuto introdurre ma non aveva ancora introdotto, dubitò della legittimità costituzionale delle norme che attribuivano di fatto all'esecutivo il potere di nomina dei magistrati militari.

Quel caso, dunque, non aveva affatto ad oggetto la ritualità della composizione del collegio giudicante; e quel che più rileva è che in quel caso la Corte costituzionale dichiarò costituzionalmente illegittime le norme censurate solo a partire dalla pubblicazione della propria sentenza per una semplice ragione: perché ritenne che solo da quel momento le norme sospettate erano divenute costituzionalmente illegittime, a causa del decorso del tempo ragionevolmente concesso al legislatore per provvedere.

Nel 1988, dunque, la Corte costituzionale ragionò così: *il legislatore avrebbe dovuto provvedere entro un certo tempo; quel tempo è trascorso; il legislatore non ha provveduto; quindi, la norma è divenuta incostituzionale al momento in cui è spirato il termine a disposizione del legislatore.*

Un ragionamento, dunque, ben diverso da quello adottato dalla sentenza qui in commento, la quale invece ha ragionato così: *il legislatore dovrà provvedere entro un certo tempo; quel tempo non è ancora trascorso; la norma è incostituzionale sin d'ora, ma io Corte differisco gli effetti della mia sentenza allo spirare di quel tempo.*

4.2. La seconda decisione invocata dalla sentenza qui in rassegna a sostegno della propria conclusione è Corte cost., 16-02-1989, n. 50, in

Foro it., 1990, I, 822, la quale dichiarò costituzionalmente illegittime le norme che non prevedevano la pubblicità delle udienze del processo tributario.

In quella sentenza si affermò che l'illegittimità costituzionale in essa affermata *“opera esclusivamente per i procedimenti pendenti successivamente alla data prevista dall'art. 136, primo comma, della Costituzione, ferme restando le attività compiute ed i provvedimenti emessi anteriormente a tale data, nella vigenza della norma ora dichiarata costituzionalmente illegittima”*. La motivazione è tutta qui. Non si fece dunque questione di bilanciamento degli interessi, di efficienza del servizio, di continuità del servizio, di diritti della persona. Una sentenza, per dirla con Franco Cordero, equivalente ad un pugno sbattuto sul tavolo. In ogni caso, ciascuno può intendere come vi sia una bella differenza tra gli effetti della nullità processuale derivante dal fatto che l'udienza non si è celebrata in forma pubblica, e la nullità processuale derivante dal vizio di costituzione del giudice. Nel primo caso la nullità è sanabile dall'acquiescenza delle parti, nel secondo no; nel primo caso per far valere la nullità come motivo di gravame occorre dedurre che essa abbia nuociuto ai diritti della difesa (ipotesi più teorica che reale), nel secondo caso no.

4.3. La terza decisione invocata come “precedente” dalla Consulta è Corte cost., 13-01-2004, n. 13, in Foro it., 2004, I, 2666.

Tale decisione dichiarò costituzionalmente illegittime alcune norme statali in materia di nomina dei dirigenti scolastici, in quanto ritenute lesive delle prerogative regionali.

Nella stessa sentenza, tuttavia, la Corte affermò che le norme dichiarate costituzionalmente illegittime dovessero continuare ad applicarsi, al fine di garantire la *“continuità di funzionamento del servizio di istruzione”*, in quanto servizio pubblico essenziale.

Anche in questa sentenza, pertanto, la Corte differì gli effetti della propria decisione, ma in quel caso si trattava di un giudizio di legittimità costituzionale proposto in via principale da una Regione non in via incidentale, con la conseguenza che non si poneva alcun problema di rilevanza nel giudizio di illegittimità costituzionale: rilevanza che, come meglio si dirà in seguito, ovviamente viene meno

nel momento in cui le parti del giudizio non possono beneficiare delle conseguenze della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

In secondo luogo, la proclamazione della nullità delle sentenze pronunciate da Corte d'appello integrate da giudici onorari non avrebbe certo "impedito la continuità di funzionamento del servizio", dal momento che le corti d'appello comunque avrebbero continuato ad esistere.

4.4. Veniamo ora a Corte cost., 11-02-2015, n. 10, in Foro it., 2015, I, 1502, la quale ha rappresentato sinora il caso più eclatante (e più criticato in dottrina) di decisione "a effetto differito" della Corte costituzionale.

In quel caso il giudice rimettente aveva dubitato della legittimità costituzionale di una imposta (la c.d. "Robin Hood tax") della quale il contribuente aveva invano chiesto il rimborso, sul presupposto appunto della sua illegittimità.

La Corte costituzionale, con la sentenza sopra indicata, riconobbe che effettivamente l'imposta era costituzionalmente illegittima, ma aggiunse che la declaratoria di legittimità costituzionale avrebbe avuto efficacia solo a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione della sentenza costituzionale in Gazzetta Ufficiale. Se così non fosse stato, osservò allora la consulta, *"l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale (...) determinerebbe (...) uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva"*.

Fu quella decisione, a detta non mia, ma della dottrina costituzionalista pressoché unanime, "l'ora più buia" della giurisprudenza costituzionale recente.

Iniziamo col rilevare che il giudice rimettente aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale del 2011, e la Corte costituzionale la decise esattamente quattro anni dopo, nel 2015: e decise quattro anni dopo *solo quella questione*, e non anche le altre sollevate nel 2011 (pubblicate nella GU dell'anno 2011. Rilevo infatti che lo stesso Ufficio Studi della Corte costituzionale nella relazione sui "Dati quantitativi e di analisi" relativa all'anno 2015, indicò che in

quell'anno il tempo medio trascorso tra la pubblicazione in gazzetta ufficiale dell'ordinanza di Rimessione e l'udienza pubblica di discussione dinanzi alla Corte costituzionale era stato di 275 giorni (cfr. *Ufficio Studi della Corte costituzionale, Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2015 - Dati quantitativi e di analisi, p. 15, § 1.6,*

https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Dati_2015.pdf). E sarebbe davvero curioso sapere cosa impediva, ai presidenti della Corte costituzionale succedutisi nei quattro anni tra il 2011 ed il 2015, di fissare *illico et immediate* la discussione della questione posta da quel contribuente, se non la ragion di Stato³.

In ogni caso, e per i fini che qui rilevano, la sentenza 15/10 aveva ben poco a che vedere con il caso dei giudici aggregati d'appello.

In primo luogo, la proclamata irripetibilità di una imposta pur dichiarata incostituzionale fu affermazione senz'altro dirompente, ma insuscettibile di nuocere ai principi del processo e alla regola di conversione delle nullità in motivi di gravame; mentre la sentenza 41/21 va ad incidere proprio su questi ultimi principi.

Della sentenza del 2021 potrà dunque dirsi quel che la migliore dottrina già ascrisse alla sentenza-lumaca del 2015: e cioè che, *“così ragionando, il giudice costituzionale accoglie la tesi per cui la migliore tutela sostanziale può giungere a sacrificare il rispetto delle regole processuali e che quindi è ammesso un bilanciamento tra principî e regole, mentre si sarebbe potuto ritenere che il rispetto delle regole processuali rappresenti la cornice entro la quale la Corte possa legittimamente esercitare le sue funzioni, compresa quella di bilanciamento tra principî o valori costituzionali, dal momento che proprio il rispetto delle regole processuali vale a garantire la natura giurisdizionale della Corte costituzionale e quindi la sua legittimazione nel sistema”* (Romboli, *La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia «ex nunc» della dichiarazione di incostituzionalità*

³ In quel periodo si succedettero alla presidenza della Consulta ben **nove presidenti**: Paolo Maddalena, Alfonso Quaranta, Franco Gallo, Luigi Mazzella, Gaetano Silvestri, Sabino Cassese, Giuseppe Tesaurò, Paolo Maria Napolitano ed Alessandro Criscuolo: quest'ultimo, finalmente, fu quegli che ruppe gli indugi e impose di decidere finalmente la questione della “Robin Hood tax”.

attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla Corte nella motivazione, in Foro it., 2015, I, 1502⁴).

In secondo luogo, l'irripetibilità dell'imposta dichiarata incostituzionale fu affermazione giustificata con le esigenze di bilancio, esigenza ovviamente assente nel caso dei giudici onorari d'appello.

4.5. Il quinto precedente invocato dalla Consulta a sostegno della propria decisione di "incostituzionalità differita" è Corte cost. 2.12.2019 n. 246: anche quello fu un giudizio proposto in via principale da una Regione, la quale lamentava che fossero state lese le sue prerogative da una legge statale che aveva dettato disposizioni in materia di protezione civile senza disciplinare la "previa intesa" con la Regione.

La Corte, nel ritenere fondato il sospetto di illegittimità costituzionale, ritenne tuttavia che la dichiarazione di illegittimità delle norme censurate, le quali avevano attribuito determinati poteri a un commissario straordinario, non comportava la caducazione degli atti amministrativi da quest'ultimo adottati, per evitare che, in presenza di una calamità naturale, l'attività amministrativa "girasse a vuoto", con conseguente lesione del principio costituzionale di efficienza e buon andamento della P.A..

Anche nel caso deciso da Corte cost. 268/99, pertanto, non poteva sussistere alcun problema di "rilevanza" della questione di legittimità costituzionale nel giudizio *a quo*, per la semplice ragione che un giudizio *a quo* non v'era.

4.6. L'ultimo dei precedenti invocati dalla sentenza che qui si annota a sostegno della propria decisione è Corte cost. 20.7.2020 n. 152.

Tale sentenza dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 12, primo comma, della legge n. 118 del 1971, "*nella parte in cui attribuisce al soggetto totalmente inabile, affetto da gravissima disabilità e privo di*

⁴ Aspramente critici verso la sentenza 10/2015 furono altresì PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, AULETTA, *La Robin Tax, la Corte costituzionale e il processo civile: «omnis actor post iudicium tristis»*, in www.iudicium.it.

ogni residua capacità lavorativa, una pensione di inabilità [...] insufficiente a garantire il soddisfacimento delle minime esigenze vitali”, precisando tuttavia che la dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe comportato il diritto all’incremento pensionistico da parte degli aventi diritto a far data dalla pubblicazione della sentenza, ma non avrebbe attribuito loro il diritto al pagamento degli arretrati.

In quella sentenza, tuttavia, è contenuta una affermazione che smentisce i principi affermati dalla Corte cost. 41/21.

La sentenza sull’adeguamento delle pensioni agli invalidi, infatti, dopo aver richiamato i propri precedenti circa la possibilità di differire nel tempo gli effetti della sentenza dichiarativa di legittimità costituzionale, si pose espressamente il problema di come conciliare l’incremento pensionistico con il problema della rilevanza della questione nel giudizio *a quo*: è infatti evidente che, se la norma dichiarata costituzionalmente illegittima non sortisse effetti sull’esito della lite nel corso della quale venne sollevato l’incidente di illegittimità costituzionale, teoricamente la Corte costituzionale dovrebbe dichiarare la questione inammissibile per difetto di rilevanza.

Ebbene, mentre la sentenza qui in commento, su questo spinoso tema, se l’è cavata affermando che la rilevanza della questione andrebbe apprezzata al momento in cui viene sollevato l’incidente di legittimità costituzionale, e non al momento in cui viene decisa, Corte cost. 152/20 aveva adottato sul punto una motivazione ben diversa, affermando: *“l’estensione pro futuro [dell’incremento pensionistico] è coerente anche con la logica del giudizio incidentale poiché l’accoglimento ex nunc risponde comunque all’interesse della parte che ha attivato il processo principale ed è dunque rilevante al fine della decisione che dovrà adottare il giudice rimettente”*.

Allora, riflettiamo: nel 2020 la Corte costituzionale doveva stabilire se fosse conforme a costituzione una certa norma che stabiliva una certa misura della pensione di invalidità.

Stabili che la norma era incostituzionale, ma che l’incostituzionalità valeva solo dal giorno successivo a quello della pubblicazione della sentenza costituzionale in Gazzetta Ufficiale: ciò voleva dire che lo

Stato avrebbe dovuto pagare per il futuro il maggior trattamento pensionistico, ma non per il passato.

Dopo avere stabilito ciò, la Corte costituzionale ritenne che la propria decisione era comunque rilevante nel giudizio di merito, perché il pensionato, per effetto della sentenza costituzionale, avrebbe comunque visto accogliere la propria domanda, sia pure in misura inferiore a quella pretesa, e si sarebbe visto riconoscere comunque il diritto alla pensione maggiorata per gli anni futuri.

Completamente diversa è invece la fattispecie decisa da Corte cost. 41/21. Mentre nel caso deciso da Corte cost. 152/20 l'illegittimità costituzionale *pro futuro* non ha comportato il rigetto, ma solo la riduzione della pretesa azionata da parte attorea nel giudizio *a quo*, nel caso deciso da Corte cost. 41/21 si è verificato l'effetto esattamente opposto: e cioè che l'illegittimità costituzionale *pro futuro* dovrà comportare ineludibilmente il rigetto della pretesa azionata da parte attorea nel giudizio *a quo*.

5. *Questione di rilevanza*

Ho volutamente lasciato per ultimo l'argomento a mio avviso più eclatante con cui la Corte costituzionale ha giustificato la propria decisione di illegittimità costituzionale "differita": quello secondo cui la rilevanza nel giudizio *a quo* della questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale deve essere valutata al momento della rimessione alla Corte, e non già al momento della decisione di quest'ultima.

Ora, a confutare una simile affermazione basterebbe richiamare le migliaia di ordinanze con cui la Corte costituzionale ha disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo*, perché tenesse conto delle *ius superveniens*: ordinanze manifestamente erranee, dunque, se davvero la rilevanza andasse valutata al momento in cui l'incidente di costituzionalità viene sollevato, e non a quello in cui viene deciso. Ma sarebbe argomento troppo facile, e lo trascurerò.

Su un piano più "alto", qui preme rilevare come la sentenza in esame sembra tutta concentrata sullo sforzo di dimostrare che non sta varcando un nuovo limite, arrogando nuovi poteri alla Corte

costituzionale, e infliggendo nuovi *vulnera* alla certezza del diritto: sta semplicemente applicando principi già da tempo consueti.

Peccato, però, che un esame anche solo superficiale della giurisprudenza costituzionale svela che le cose non stiano affatto così. Fino al 2015, come già segnalato dalla migliore dottrina, la Corte costituzionale non aveva mai affermato che una norma illegittima potesse non applicarsi.

Aveva affermato una cosa ben diversa, e cioè che:

-) se la norma censurata era divenuta illegittima solo a partire da un certo momento, a causa dell'inerzia del legislatore, allora solo a partire da quel momento si potevano produrre gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale;

-) se la norma risultante dalla pronuncia additiva di incostituzionalità era a sua volta contrastante e recessiva rispetto ad altri valori costituzionali, allora era consentito non applicarla⁵.

Solo a partire dal 2015, la Corte costituzionale iniziò ad affermare un principio apparentemente mostruoso: e cioè che in determinati casi il giudice *a quo* non deve applicare la norma dichiarata costituzionalmente illegittima, e della cui illegittimità lui stesso aveva per primo dubitato.

Una conclusione che si traduce in una disapplicazione di fatto dell'art. 30, comma terzo, l. 87/53, secondo cui «*le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione*».

Se, poi, la Corte costituzionale ritenesse che la stretta applicazione di quel principio possa comportare la lesione di altri e prevalenti diritti

⁵ Per ampi riferimenti, AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989; ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989) e (1990-1992)* a cura di ROMBOLI, Torino, 1990, 108 ss. e 1993, 106 ss.; D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997; SICLARI, *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 1778 ss.; RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000; GRAGNANI, *Ipotesi di disciplina in via di autoregolamentazione degli effetti nel tempo delle decisioni di illegittimità costituzionale*, in PIZZORUSSO-ROMBOLI, *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, a cura di FAMIGLIETTI, MALFATTI, SABATELLI, Torino, 2002, 258 ss.; PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, Napoli, 2013.

costituzionalmente garantiti, avrebbe dovuto essa stessa sollevare davanti a sé la questione di legittimità costituzionale del suddetto articolo 30 della legge 87/53.

In questo modo, si è osservato, *“il meccanismo della via incidentale risulta in tal modo stravolto e privato delle sue finalità, né può dirsi sufficiente ad escludere tale effetto il rilievo della Corte secondo cui la rilevanza sarebbe un elemento valido solo «in entrata» (cioè per il giudice a quo), ma non «in uscita» (cioè per la Corte), essendo evidente, in ogni modo, che il requisito della rilevanza costituisce un elemento dell’«incidentalità», senza certamente esaurirne i caratteri”*⁶.

Decidendo come ha fatto, invece, la Corte costituzionale ha dato vita ad un autentico paradosso di Epimenide (quello del cretese che affermava *“c’è un cretese che dice: tutti i cretesi mentono”* e chiedeva agli astanti di giudicare se avesse detto il vero o falso):

la Corte costituzionale, infatti, ha di fatto obbligato il giudice rimettente a decidere la controversia applicando proprio la norma della cui legittimità costituzionale egli aveva fondatamente dubitato: e fu Alessandro Pizzorusso (non uno qualunque), citando Kelsen, a spiegare *«l’effetto retroattivo dell’annullamento risponde ad una necessità tecnica, giacché senza di esso le autorità preposte all’applicazione del diritto non avrebbero alcun interesse immediato e quindi sufficientemente forte a provocare l’intervento del Tribunale costituzionale»*⁷.

Pertanto, anche di fronte alle necessità di bilanciare gli effetti della pronuncia di illegittimità costituzionale con altri e non meno rilevanti principi, diritti od interessi di rango costituzionale, legge e buon senso

⁶ Romboli, *La sentenza n. 10 del 2015: l’efficacia «ex nunc» della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla Corte nella motivazione*, in *Foro it.*, 2015, I, 1502.

⁷ PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 89 ss., il quale cita il passo virgolettato nel testo di KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, traduzione di un articolo pubblicato nel 1928 sulla *Revue du droit public et de la science politique*.

avrebbero consigliato che almeno le parti del giudizio a quo potessero beneficiare della dichiarazione di illegittimità costituzionale⁸.

Stupisce, poi, che la sentenza in commento trascuri completamente di dar conto, anche soltanto al fine di evidenziarne la erroneità, dei non pochi precedenti della giurisprudenza costituzionale nella quale si affermarono principi diametralmente opposti.

In particolare Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232, Foro it., 1990, I, 1855, aveva solennemente affermato che sarebbe in contraddizione con il rapporto necessario che intercorre fra giudizio incidentale di costituzionalità e giudizio principale l'ipotesi che la sentenza incidentale resa dal giudice costituzionale non trovi applicazione nel giudizio che quella sentenza ha sollecitato ed ottenuto precisamente nel senso dell'accoglimento.

Ognuno, infatti, ha diritto a rivolgersi ad un giudice per far valere le proprie ragioni: e tale diritto si ridurrebbe ad una vuota declamazione, *“se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere, dall'autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che 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”* (Corte cost. 232/89, cit., § 4.2 dei “Motivi della decisione”).

6. E le altre Corti?

Sarebbe interessante sapere cosa pensa la Corte di Lussemburgo della sentenza 42/12 della Corte costituzionale italiana.

Più d'una volta, infatti, la Corte di giustizia è stata chiamata ad occuparsi del problema del “bilanciamento” tra il principio di effettività del diritto comunitario, ed altri principi rilevanti negli ordinamenti nazionali, invocati dagli Stati membri al fine di giustificare il proprio inadempimento ad obblighi comunitari.

Il caso emblematico fu quello delle hostess della compagnia aerea Sabena.

⁸ Fu la proposta già di Tesouro, *Incostituzionalità della «Robin Hood Tax»: ragioni di bilancio iiber alles*, in Foro it., 2015, I, 1922.

In quella compagnia le hostess erano pagate meno dei loro colleghi uomini, discriminazione vietata dall'articolo 119 del trattato istitutivo della (in allora) Comunità Economica Europea. Una delle hostess si rivolse al giudice per ottenere l'adeguamento retributivo, il giudice rimise la questione alla Corte di giustizia, quest'ultima stabilì che l'articolo 119 del Trattato era immediatamente precettivo, la retribuzione spettava dalla fine del periodo transitorio, di cui gli Stati disponevano per adeguare i propri ordinamenti a quello comunitario (Corte giust. CE, 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*, in Foro it., 1976, IV, 334).

In quel giudizio il Regno Unito e l'Irlanda, i quali avevano aderito alla comunità economica europea solo nel 1973, per contrastare i sospetti di illegittimità delle norme nazionali avevano sostenuto che affermare la *Drittwirkung* dell'art. 119 del Trattato avrebbe avuto effetti perniciosi sulle rispettive economie nazionali, scatenando rivendicazioni con effetto retroattivo non solo tra i lavoratori delle compagnie aeree, ma in molti altri settori.

Ebbene, in quel giudizio le funzioni di avvocato generale della Corte vennero svolte da Alberto Trabucchi, il quale così replicò a quei timori: *“argomenti di questo tipo, anche se degni di attenzione dal punto di vista dell'opportunità, non hanno rilevanza giuridica”*. Parere, quest'ultima, condiviso dalla Corte, la quale al riguardo osservò che *“non si può (...) spingersi fino a distorcere l'obiettivo del diritto o a comprometterne la futura applicazione, per tener conto delle ripercussioni che un provvedimento giurisdizionale può avere per il passato”*.

Dunque, la preminenza o la salvaguardia di altri interessi o valori, che vengano in conflitto con quelli agitati nel giudizio di legittimità o validità di una norma di legge, potranno così essere tenuti in considerazione, ma in nessun caso potranno nuocere a coloro che, al momento della decisione sulla validità della norma impugnata, *“abbiano già promosso un'azione giudiziaria o proposto un reclamo equipollente”*.

Insomma, secondo la Corte di giustizia anche il bilanciamento di valori confliggenti deve essere... bilanciato, e il differimento degli effetti di una pronuncia di illegittimità di una norma non potrebbe mai

nuocere a “*coloro che, prima della data della (...) pronuncia, abbiano avviato azione giurisdizionale ovvero proposto domanda equivalente, poiché, diversamente ragionando, verrebbe indebitamente compromessa la tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto comunitario*” (Corte giust. 4 maggio 1999, causa C-262/96, Sürül, punto 112).

E comunque, se davvero una norma costituzionalmente illegittima deve essere applicata, quando la sua disapplicazione venisse a confliggere con altri principi di rango costituzionale, è legittimo chiedersi se la relativa valutazione ed il connesso bilanciamento fra contrapposti valori costituzionalmente garantiti non possa addirittura essere compiuto direttamente dal giudice ordinario: la Corte costituzionale, infatti, ha ripetutamente affermato che spetta al giudice ordinario l'interpretazione della norma, e addirittura l'obbligo, in caso di più interpretazioni tutte consentite dal testo della legge, preferire quella “costituzionalmente orientata”. Per cui si perverrebbe al paradosso che il giudice di merito interpreta norma; la ritiene costituzionalmente illegittima; poi la bilancia con altri interessi di rango costituzionale e conclude che l'illegittimità della norma non può essere dichiarata perché limiterebbe questi ultimi.

È agevole immaginare quanto possa giovare alla certezza del diritto la diffusione di una simile prassi fra il giudice di ogni ordine e grado.

7. Quel che resta del giorno

Cosa resta di un diritto quando gli viene tolta la giustiziabilità? Nulla, fuor che il nome. Cosa resta, dunque, della giurisdizione, quando si impone al giudice rimettente di ritenere valida una sentenza nulla, perché pronunciata da un giudice che non avrebbe dovuto pronunciarla? Qui, a mio avviso, qualcosa resta: il rancore verso lo Stato di chi, dopo anni di giudizio, estenuanti attese e costi non lievi, si sente rispondere con bizantina logica che lui la ragione l'aveva, ma il giudice non gliela può dare.