

SANZIONI AMMINISTRATIVE, *RES IUDICATA* E INCOSTITUZIONALITÀ DELLA LEGGE APPLICATA DAL GIUDICE

Sommario: 1. Giudicato e sopravvenienze: questioni vecchie e nuove. – 2. L'esecuzione del giudicato applicativo di legge incostituzionale: il contributo della pronuncia n. 43/2017. – 3. Alla ricerca dell'effetto utile del giudicato costituzionale. – 3.1. L'inapplicabilità delle norme dichiarate incostituzionali nel comma terzo dell'art. 30 l.n. 87/1953. – 3.2. Il comma quarto dell'art. 30 l.n. 87/1953 tra eccezione e regola generale. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Giudicato e sopravvenienze: questioni vecchie e nuove

La capacità del giudicato di resistere ad atti e fatti giuridici sopravvenuti è da sempre oggetto di dibattito¹. Per quanto sia un tema sempre più spesso affrontato nell'ambito

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università Cattolica di Milano.

¹ Per un'ampia disamina della questione, si veda R. CAPONI, *L'efficacia nel tempo del giudicato civile*, Milano, 1991; cfr., ID., *Corti europee e giudicati nazionali* (Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, «Corti europee e giudici nazionali», Verona, 25-26 settembre 2009), in www.astrid-online.it. Più in generale, sul tema della crisi del concetto stesso di giudicato, cfr. E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza* (1935), rist., Milano, 1983, 14; l'A. osserva che «tutti i possibili effetti di una sentenza (dichiarativo, costitutivo, esecutivo) possono allo stesso modo immaginarsi, almeno in via puramente ipotetica, prodotti indipendentemente dall'autorità della cosa giudicata, senza che per questo venga meno la loro essenza o la loro natura specifica». In particolare, nella riflessione di E.T. Liebman, il provvedimento giurisdizionale non sfocia sempre e irrimediabilmente nell'«autorità del giudicato», essendo quest'ultima una «qualità» che può – ma non deve – connotare l'«efficacia naturale» della sentenza, conferendole (tendenziale) immutabilità. Per una ricostruzione di segno opposto, cfr., per tutti, E. ALLORIO, *Saggio "polemico" sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. proc. Civ.*, 1948, ora in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 487 ss.: ad avviso dell'A., infatti, la giurisdizione contenziosa non tende naturalmente alla formazione del giudicato. Per contro, può essere utile rammentare che «nella cultura giuridica dell'Europa continentale, all'interno della teoria degli atti dello Stato, il giudicato raggiunge il proprio apogeo a Vienna nella seconda decade del secolo XX». Così, R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, cit., 13-14. Il riferimento è, evidentemente, a quella corrente di pensiero, facente capo a Bernatzik e Merkl, che tentò di applicare l'istituto del giudicato all'atto amministrativo, sul presupposto di

dell'evoluzione dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamenti sovranazionali², il “mito” della *res iudicata*³ parrebbe in realtà in crisi sin dall'entrata in vigore delle costituzioni del primo e, ancor più, del secondo dopoguerra⁴.

Almeno a partire dalla metà del Novecento, infatti, le «garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale ed al processo cominciano ad essere avvertite come diritti inviolabili dell'uomo» e «la fonte di disciplina del processo non è più solo la legge ordinaria, ma è in primo luogo la Costituzione»⁵.

L'imporsi di un piano di legalità diverso e sovraordinato rispetto a quello della legalità ordinaria, «presidiato da una Corte che può pronunciare l'incostituzionalità di una legge, determinandone la perdita di efficacia *erga omnes* ed *ex tunc*»⁶, ha condotto e conduce – tra gli altri – ad un interrogativo così formulabile: *cosa accade al giudicato se la legge applicata dal giudice per dirimere una controversia è successivamente dichiarata incostituzionale?*

Si tratta di una questione destinata a complicarsi laddove si osservi che il giudicato rappresenta a sua volta un valore protetto dalla Costituzione⁷. Infatti, malgrado l'assenza di

una sostanziale omogeneità tra “giurisdizione” e “amministrazione”. Per la completa esposizione della tesi suindicata si veda A. MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, trad. it. C. Geraci (a cura di), Milano, 1987, 327 ss., ove l'A. precisa che «l'efficacia di giudicato degli atti amministrativi non [è] meno certa di quella degli atti giurisdizionali; non però come effetto di una qualificazione giurisdizionale presa a prestito dall'amministrazione e che resterebbe limitata ad un settore amministrativo affine alla giurisdizione, ma come risultato di un processo di pensiero che, al di là di ogni riferimento alla giurisdizione, parte dal concetto di diritto e abbraccia tanto l'ambito della giurisdizione quanto quello della pubblica amministrazione, come un tutto indivisibile e da trattare unitariamente. Non esiste il problema di un'efficacia di giudicato che nel capo dell'amministrazione sia meno autoctona che in quello della giurisdizione, giacché essa defluisce dalla stessa fonte e s'incanala allo stesso modo in queste due forme similari di applicazione del diritto». [...].

² In particolare, si intendono richiamare i casi di conflitto tra giudicati interni e decisioni delle Corti sovranazionali. In argomento, *cfr.*, *ex multis*, C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, 2835 ss.; V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, 2013; G. SORRENTI, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell'impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in *Federalismi.it*, 28 gennaio 2015.

³ L'espressione è di G. LEONE in *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 167 ss., ora in *Scritti giuridici*, Napoli, vol. I, 1987, 92.

⁴ R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, cit., 16

⁵ *Ibidem*. In particolare, sull'imprescindibilità di uno studio costituzionalistico dei principi del diritto processuale, V. CRISAFULLI, *Profili costituzionali del diritto processuale*, in *Stato e Diritto*, 1941, 41 ss..

⁶ Così, R. CAPONI, *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, 2829.

⁷ Sul fondamento costituzionale del giudicato, si veda A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 395 ss.; nonché, successivamente, G. SERGES, *Il “valore” del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, 2819 ss.. Secondo questa tesi, nel caso del giudizio civile, l'autorità della *res iudicata* si fonderebbe sugli articoli 111 co. 7 e 24 Cost., vale a dire nella correlazione tra il giudizio di legittimità svolto dalla Corte di Cassazione e il diritto di azione e di difesa. In questa prospettiva, la garanzia del controllo finale di legittimità delle decisioni giudiziali sui diritti avrebbe senso se ed in quanto riesca a tradursi in una statuizione definitiva, in un accertamento immutabile dei diritti dedotti in giudizio. Se così non fosse, sarebbe altresì compromesso lo stesso diritto di difesa sancito nell'art. 24 Cost., da intendersi «non solo come diritto di accesso ai tribunali e di svolgimento incondizionato dei poteri e delle facoltà necessari per conseguire la

un'espressa previsione costituzionale in tal senso⁸, non può negarsi che l'autorità della *res iudicata* contribuisca a rendere effettiva la tutela giurisdizionale dei diritti, nella misura in cui consente di attribuire definitività alle situazioni giuridiche accertate dal giudice.

Il giudicato rappresenta dunque un concetto di sintesi tra interessi antagonisti, quello di certezza giuridica e quello di verità e giustizia sostanziale, concetti a loro volta composti e suscettibili di evocare una vasta gamma di istanze e di interessi che assumono – o possono assumere – rilevanza costituzionale.

Nonostante le disposizioni sugli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale⁹ tacciano sul punto, l'affermazione per la quale la *res iudicata* costituisce un limite alla retroazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità rappresenta un dato acquisito nella giurisprudenza ordinaria degli ultimi cinquant'anni.

Tale silenzio si spiega alla luce del fatto che «mentre gli effetti per il futuro e quelli relativi al processo *a quo* hanno un fondamento costituzionale negli art. 136 cost. e 1 l. cost. n. 1 del 1948, gli effetti retroattivi ulteriori dipendono dalle norme legislative ordinarie che configurano l'esaurimento dei rapporti e, salvo il principio di razionalità e ragionevolezza, non hanno garanzia costituzionale, rappresentando, per così dire, un sovrappiù rispetto a quanto discende come conseguenza del sistema instaurativo adottato»¹⁰.

tutela del diritto, bensì [...] come garanzia che una volta raggiunto il risultato [...] esso rimanga protetto mediante la definitività e stabilità assicurate dalla *res iudicata*» (G. SERGES, *op.cit.*, 2822). Si tratta di un'opzione interpretativa che muove dalla riflessione di E. ALLORIO (*Saggio "polemico" sulla giurisdizione volontaria*, cit., 33), ovvero dall'individuazione dell'essenza stessa della tutela giurisdizionale nella cosa giudicata. Con riferimento, invece, al giudizio penale, la questione del fondamento costituzionale del giudicato si porrebbe in modo differente. In particolare, secondo l'analisi di G. Serges «nell'ordinamento processuale [penale] ad una nozione di giudicato in senso formale, quale è quella contenuta nell'art. 648 c.p.p. (ove si prevede la irrevocabilità e la conseguente non ripetibilità in sede di impugnazioni ordinarie del giudizio sul fatto, sulla responsabilità e sulla eventuale determinazione della pena) non corrisponde una previsione del giudicato sostanziale analoga a quella contenuta nell'art. 2909 c.c.. Non può dunque affermarsi che nel giudicato penale si possa configurare una sentenza irrevocabile destinata a regolare in via definitiva un rapporto giuridico sottostante, bensì esiste un principio quale è quello che si suole denominare con la formula del «divieto del *ne bis in idem*» (sancito dall'art. 649 c.p.p.) che rappresenta il profilo, per così dire, negativo del giudicato penale in quanto diretto ad impedire nuove imputazioni per un fatto medesimo rispetto ad un soggetto su cui si è irrevocabilmente giudicato». Sicché il problema del fondamento costituzionale del giudicato penale è piuttosto quello dell'ancoraggio costituzionale del principio del *ne bis in idem*, generalmente ricondotto agli artt. 27, comma 2, Cost. e 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in virtù del riconoscimento sovranazionale del principio. Per opzioni interpretative contrarie, ossia per la negazione del rango costituzionale del giudicato, cfr., V. DENTI, *Commento all'art. 111 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1987, 27 ss..

⁸ Per una ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente in merito all'introduzione di una esplicita previsione di immutabilità del giudicato, si rimanda all'analisi di G. MATTUCCI, *Giudicato civile e declaratoria d'incostituzionalità*, in E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze di giustizia costituzionale*, Atti del Convegno Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" (Siena, 8-9 giugno 2007), Torino, 2008, 385 ss..

⁹ Ci si intende riferire agli artt. 136 Cost. e 30 co. 3 l. 87/1953.

¹⁰ Così, G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale* (voce), in *Enc. Dir.*, Milano, XXXVI, 521.

Sicché, la delimitazione della portata *retroattiva*¹¹ delle pronunce costituzionali dipende «dai limiti – mobili in una certa misura, nel rispetto cioè degli art. 3, 23 e 113 cost. – che la legislazione ordinaria prevede *in ordine alla possibilità di discussione e definizione giudiziale di determinati rapporti*»¹² [corsivo aggiunto].

Non è dunque un caso se l'obbligo di disapplicazione della norma incostituzionale di cui all'art. 30 co. 3 della l. 87/1953, vero fulcro della *retroattività* delle pronunce di accoglimento¹³, sia tradizionalmente interpretato come *divieto per il giudice di dare applicazione alle*

¹¹ Sull'opportunità o meno di riferire la categoria della "retroattività" alle sentenze di accoglimento, cfr., G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 633 ss.; ad avviso dell'A., «se si vuol parlare di retroattività, occorre almeno chiarire che si tratta di un caso particolare per il quale non si determina alcuna successione fra discipline sostanziali»; la cd. retroattività delle pronunce di incostituzionalità non consiste dunque «nell'emanazione di una regola sostanziale nuova riferita a rapporti anteriori ma, per così dire, in un'interferenza processuale conseguente alle nuove norme utilizzabili dai giudici per definire i vecchi giudizi. Non si ha insomma una qualificazione ora per allora di situazioni e rapporti anteriori disciplinati da una diversa norma sostanziale, ma le conseguenze retroattive sono solo indirette [...]». Nello stesso senso, cfr., F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997, 407. Per una critica ancor più radicale all'uso del termine retroattività con riferimento alle pronunce di accoglimento, si veda A. PIZZORUSSO, *Coincidenza oppositorum?*, in *Foro it.*, 1966, II, 68; nonché V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 514 ss.. Sul punto, si veda inoltre R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 21 ss.: l'A., richiamando la dottrina dei "gradi" della retroattività (cfr., F.K. V. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886-1898, VIII, 383 ss.), ritiene che l'efficacia temporale delle pronunce di accoglimento debba definirsi non tanto come retroattiva, «quanto piuttosto [come] efficacia immediata (o irretroattiva)». Infatti, R. Pinardi rammenta che, per un uso rigoroso del concetto di retroattività, occorre muovere dalla distinzione tra «efficacia retroattiva (in senso stretto), intesa come collegamento di effetti giuridici a fatti anteriori all'entrata in vigore della legge e per un tempo del pari anteriore; di un'efficacia immediata (o irretroattiva), intesa come ipotesi speculare alla prima, e cioè come applicazione della nuova legge non solo alle situazioni future, ma anche a quelle pregresse tuttora *sub iudice*; e di un'efficacia differita, in virtù della quale la nuova norma viene applicata esclusivamente alle fattispecie future, continuando invece le situazioni pendenti ad essere regolate dalla vecchia disciplina». Per un ampio approfondimento sulla nozione di retroattività, di recente, per tutti, M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss..

¹² G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 635.

¹³ Dallo stesso dibattito parlamentare sul disegno di quella che è divenuta la l. 11 marzo 1953, n. 87, si apprende che la norma di cui al citato art. 30 risponde allo specifico fine di sancire la "normale" retroazione degli effetti delle decisioni di incostituzionalità, posto che in caso contrario – ovvero argomentando sulla base del solo art. 136 Cost. – si sarebbe giunti all'assurdo per cui la declaratoria di illegittimità non avrebbe avuto alcuna influenza sul giudizio *a quo*, svuotando di senso la stessa incidentalità del giudizio. A tal fine è significativo il riferimento alla relazione dell'On. Tesoro di accompagnamento della legge n. 87/1953 (in Atti Camera, I leg., doc. n. 469-A) in cui si afferma a chiare lettere che la norma di cui all'art. 30 si è resa necessaria a seguito dei «tormenosi dubbi di interpretazione dell'art. 136 della Costituzione», sollevati partendo dalla premessa che «la decisione della Corte, avendo efficacia *erga omnes*, va considerata, quanto all'effetto, come un atto legislativo e, precisamente, come una legge di abrogazione e rilevando, di conseguenza, che i rapporti tra dichiarazione di illegittimità e legge abrogata dovrebbero essere considerati come rapporti di diritto transitorio, da disciplinare come nel caso dell'entrata in vigore di una legge abrogata, cioè, alla stregua del principio fondamentale in materia dell'irretroattività delle leggi, che è espresso nella formula "la legge non dispone che per l'avvenire" e trova attuazione nel principio particolare *tempus regit actum* [...]». Applicando questi stessi principi al rapporto tra dichiara-

norme dichiarate illegittime, con l'ovvia conseguenza che tutti gli atti, fatti e rapporti sorti sulla base di tale norma, ma per qualche ragione insuscettibili di essere portati *sub iudice*, restano impermeabili alla sopraggiunta incostituzionalità.

Se si muove da questa angolazione si comprende con chiarezza quanto innanzi accennato: il passaggio in giudicato di una sentenza rappresenta il rapporto esaurito per antonomasia poiché, per definizione, preclude l'instaurazione di nuovi giudizi sulle medesime situazioni giuridiche e sancisce l'irreversibilità dell'accertamento ivi contenuto; e ciò, nel caso di sentenza *civile* o *amministrativa*¹⁴, pur a fronte della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma sulla quale tale accertamento si è fondato¹⁵.

Per quanto ovvia, la precisazione è d'obbligo, dal momento che il discorso è destinato a prendere una piega diversa allorché si ragioni di sentenza *penale* irrevocabile: inequivoco in tal senso è l'articolo 673 c.p.p. comma 1, per il quale «nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti», nonché lo stesso articolo 30 della legge 87 del 1953 che al comma 4 precisa che «quando in applicazione della norma dichia-

zione di illegittimità e legge illegittima si perviene alla conseguenza che il fatto che ha dato luogo alla controversia costituzionale, essendo per definizione anteriore alla pronuncia da parte della Corte della illegittimità della legge del tempo, dovrebbe, in ogni caso, continuare ad essere regolato dalla legge del tempo, cioè dalla legge dichiarata illegittima, senza rientrare nell'ambito della dichiarazione di illegittimità. Le norme della Costituzione, stando a questa interpretazione, obbligherebbero di riconoscere l'assurdo che la dichiarazione di illegittimità vale per tutti i casi meno per quello che ha dato luogo al giudizio di costituzionalità». In questo senso, *cfr.*, G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 633. Per un'interpretazione di segno opposto, si veda, A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, *sub* art. 136 Cost., 183 ss.. Ad avviso dell'A., l'art. 30 co. 3 l. 87/1953 sarebbe superfluo, ben potendosi ricavare l'intera disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento dal solo art. 136 Cost.. In argomento, si veda inoltre A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1989, 57 ss.: secondo l'interpretazione ivi proposta, la retroazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità risulterebbe dal combinato disposto degli art. 136 e 24 Cost..

¹⁴ Il tema del giudicato amministrativo ha, tuttavia, delle proprie peculiarità poiché si inserisce in una sequenza procedimentale di esercizio del potere amministrativo «che non solo precede il processo, ma finisce altresì per proiettarsi nel futuro per via dei vincoli di contenuto dell'azione amministrativa che produce la decisione». Così G. SERGES, *Il "valore" del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, 2824. Ma, per un'ampia riflessione sui rapporti tra amministrazione e processo amministrativo, si veda, G. BERTI, *La giustizia nell'amministrazione pubblica*, in *Jus*, 2003, 248 ss.. In particolare L'A. definisce lo stesso studio della giustizia amministrativa come «vera e finale apparenza della giuridicità dell'amministrazione pubblica», dal momento che l'amministrazione, in ragione dell'inestricabile legame che intrattiene con la società e con l'evoluzione dei relativi bisogni, sarebbe in grado di «sopravvivere ad un legislatore muto, e pur se, di fronte al silenzio, dovesse adottare delle regole per il futuro».

¹⁵ Sul concetto di rapporto esaurito, si veda R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *www.forumcostituzionale.it*. In particolare, l'A. precisa che i rapporti esauriti sono tali perché «per essi non è dato ricorso al giudice e dunque non c'è alcuna norma che egli debba applicare» (p. 4). Sul tema, più in generale, *cfr.*, A. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, cit., 1981, 184.

rata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

Quest'ultima disposizione, frutto di un emendamento in sede di approvazione della legge n. 87/1953, si spiega – almeno nell'*intentio legislatoris* – in relazione «a uno dei principi fondamentali del nostro diritto penale, quello della retroattività delle leggi in materia penale, quando esse dispongono in senso più favorevole all'imputato o al condannato»¹⁶.

In quest'ottica, la norma di cui all'art. 30, co.4, rappresenterebbe – e così viene tradizionalmente presentata – un'eccezione alla regola innanzi accennata, in virtù della quale «*le pronunce di accoglimento della Corte costituzionale hanno una sorta di efficacia retroattiva*, in quanto la dichiarazione d'illegittimità costituzionale inficia le disposizioni o le norme, che ne sono investite, fin dal momento in cui entrano in contrasto con la costituzione, *fatto salvo solo il limite delle situazioni giuridiche già consolidate* [...] quali le sentenze passate in giudicato [...]»¹⁷.

Si tratterebbe, dunque, di una norma prevista in ragione delle peculiarità della materia penale: il legislatore, infatti, in omaggio al *favor libertatis* e al *favor rei*, avrebbe conferito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice effetti identici a quelli derivanti dal fenomeno dell'*abolitio criminis*, di cui all'art. 2, comma 2, c.p., ossia l'irretroattività favorevole illimitata¹⁸.

Sicché l'art. 30 esprimerebbe due regole diverse e contrapposte: la prima, di carattere generale, prevista al co. 3, alla luce della quale la dichiarazione di incostituzionalità non inficia il giudicato formatosi sulla base della norma annullata; e la seconda, enunciata al co. 4, in virtù della quale la pronuncia di incostituzionalità avente ad oggetto *norme incriminatrici o comunque incidenti sul trattamento sanzionatorio* travolge lo stesso giudicato di condanna, impedendone o interrompendone l'esecuzione.

Ma, al di fuori della materia penale, come si giustifica l'esecuzione, anche coattiva, di un provvedimento giurisdizionale applicativo di norme dichiarate incostituzionali? Il fatto di consentire l'esecuzione di provvedimenti siffatti non determina il consolidarsi degli effetti incostituzionali prodotti da quelle stesse norme, oramai espunte dall'ordinamento?

D'altra parte, è la stessa Corte costituzionale a rammentare che dal giorno successivo alla pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità «nessun giudice può fare applicazione delle norme dichiarate illegittime, nessun'altra autorità può darvi esecuzione o assumerle comunque a base dei propri atti e nessun privato potrebbe avvalersene, perché gli atti

¹⁶ Così in *Atti Camera I leg.*, seduta pomeridiana del 13 febbraio 1951, res. sten., 26059.

¹⁷ Così, di recente, Cass. civ. sent. 18/02/2016, n. 3210.

¹⁸ S. ZIRULIA, *Aggravante della "clandestinità" e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, in *Corr. merito*, 2011, 510 ss.

e i comportamenti che pretendessero di trovare in quelle la propria regola sarebbero privi di base legale»¹⁹.

Nel tentativo di giustificare tale esito, si potrebbe certamente osservare che la definitività (degli effetti) della sentenza che risolve, ad esempio, una controversia tra due parti private è strumentale alla tutela dell'affidamento non solo della parte che ha "vinto" il processo ma anche dei terzi ai quali la stessa abbia eventualmente trasferito i propri diritti.

Sicché, ammettere l'esecuzione coattiva di tale pronuncia malgrado l'incostituzionalità della norma su cui si fonda, vuol dire tutelare l'interesse generale alla certezza dei rapporti giuridici, o – più in generale – alla sicurezza giuridica.

Si è infatti indotti a pensare che «la tutela dell'affidamento sia a vantaggio del soggetto privato nei confronti dell'attività dei pubblici poteri e non viceversa» che sia cioè «un elemento di garanzia che si colloca nella prospettiva liberale classica: libertà da interventi dei pubblici poteri che vengano *contra factum proprium* e scuotano la ragionevole aspettativa dei privati circa la coerenza dell'azione dei pubblici poteri in un determinato arco temporale»²⁰.

Se così inteso, il concetto di certezza dei rapporti giuridici finisce per perdere di significato «in relazione alle specificità del processo penale dove le parti non sono affatto su un piano di parità, e dove non ci sono affidamenti di terzi da tutelare; e dove piuttosto, si contrappongono la pretesa punitiva statale e un fascio assai vasto di diritti fondamentali dell'imputato e/o del condannato»²¹.

La funzione di garanzia del *ne bis in idem* sottesa al giudicato penale non si pone, invero, nel caso di modifiche favorevoli al condannato, avendo quest'ultimo, al contrario, tutto l'interesse a che vi sia una revisione del giudizio o una modifica della sanzione cui è sottoposto. In questi casi, semmai, «la ragione giustificativa del giudicato andrà cercata [...] nell'ovvia necessità di porre un limite alle risorse, economiche e umane, che lo Stato può ragionevolmente impiegare per accertare i reati e le relative responsabilità individuali, garantendo al tempo stesso un'equa possibilità di difesa all'imputato»²². Ed è chiaro come questo sia un interesse destinato a cedere dinanzi alla tutela dei diritti fondamentali del condannato eventualmente lesi da una condanna rivelatasi poi incostituzionale.

Il punto, tuttavia, è che un'impostazione siffatta tiene e non pone questioni problematiche solo finché si ragiona secondo le logiche "tradizionali" che vedono nel diritto penale

¹⁹ Corte cost. dec. 49/1970, punto 2 del *Considerato in diritto*. Con specifico riferimento ai "destinatari" dei vincoli derivanti dal giudicato costituzionale, si veda, per tutti, F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2003, in part. 181-244.

²⁰ R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, cit., 77. L'A. precisa infatti che «nei confronti dello Stato, e più in generale degli organismi di diritto pubblico non entra in gioco l'esigenza di tutelare l'affidamento che scaturisce dal giudicato».

²¹ F. VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali. Una replica a Gioacchino Romeo sulla vicenda dei "fratelli minori" di Scoppola all'esame delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 18 aprile 2012, 5.

²² *Ibidem*.

l'*extrema ratio* della potestà punitiva dell'ordinamento; nel diritto civile uno strumento che ricorre al risarcimento del danno con funzione compensativa del pregiudizio subito dal danneggiato; e nel diritto amministrativo uno strumento la cui funzione afflittiva si esplica di regola con provvedimenti ablatori-ripristinatori e talvolta con sanzioni in senso stretto, assistite dalle garanzie di cui alla l.n. 689 del 1981²³.

Si tratta però di funzioni destinate di fatto a sovrapporsi e a confondersi: basti pensare alla recente giurisprudenza civile di legittimità sui cd. danni punitivi²⁴, alla depenalizzazione avviata con il ricorso al diritto civile anziché come di consueto al diritto amministrativo²⁵; alle sanzioni amministrative *sostanzialmente* penali secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁶.

²³ Cfr., C.E. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 1999.

²⁴ La nozione di danni punitivi o *punitive* o *exemplary damages* è propria dei sistemi di *common law* e si sostanzia nel riconoscimento al danneggiato, prevalentemente in ipotesi di *tort*, ossia di responsabilità extracontrattuale, di una somma ulteriore rispetto a quella necessaria a compensare il danno subito (*compensatory damages*), nel caso in cui il danneggiante abbia agito con *malice* (assimilabile al dolo) o *gross negligence* (colpa grave). A mezzo di tale istituto, si intende dunque perseguire tanto l'obiettivo di neutralizzare il conseguimento di profitti attraverso il compimento di condotte illecite, quanto quello di disincentivare la realizzazione di comportamenti simili da parte di altri soggetti. Nell'ordinamento italiano, la questione dei danni punitivi si è posta con particolare riferimento alle domande di riconoscimento e di conseguente esecuzione di sentenze straniere contenenti condanne al pagamento di *exemplary damages*. Per lungo tempo, la Corte di Cassazione ha escluso tale possibilità, affermando che «nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato» (Così, Cass. civ., sent. 19.1.2007 n. 1183). Tuttavia, di recente con sent. 5 luglio 2017 n. 16601, le Sezioni Unite della Cassazione hanno concluso nel senso opposto, affermando la delibabilità di una sentenza straniera portante una condanna a *punitive damages*, ammettendoli così nel diritto interno. Sul punto, nel senso dell'inaccettabilità dei danni punitivi nell'ordinamento nazionale, si veda C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale sui rapporti tra legge e giurisprudenza a proposito di giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.3, 1 settembre 2017, 764 ss.. Per un generale inquadramento dell'istituto, cfr., G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nord-americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 435 ss..

²⁵ Il riferimento è al decreto legislativo 15 gennaio 2016, n. 7 (in vigore dal 6.2.2016), recante "*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67*". Come accennato nel testo, a mezzo di tale intervento normativo, il legislatore dispone, per la prima volta, l'arretramento del diritto penale a vantaggio del diritto civile, realizzando la cd. depenalizzazione civile; sicché, i reati oggetto di tale depenalizzazione (falsità in scrittura privata e in fogli firmati in bianco ex artt. 485 e 486 c.p., ingiuria ex art. 594 c.p., sottrazione di cose comuni ex art. 627 c.p. e appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di altre cose avute per errore o per caso fortuito ex art. 647 c.p.) perdono il proprio carattere di illecito penale per conservare quello di illecito civile, sanzionato, oltre che con il risarcimento del danno, con una sanzione pecuniaria civile irrogata dal giudice civile e devoluta alla Cassa delle ammende. In argomento, si veda A. GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 579 ss. Inoltre, per un approfondimento sul percorso che ha condotto al d.lgs. n. 7/2016, si rinvia a A. GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in www.lalegislazionepenale.eu, 29 luglio, 2016.

²⁶ Su quest'ultimo aspetto in particolare si veda *infra*.

2. L'esecuzione del giudicato applicativo di legge incostituzionale: il contributo della pronuncia n. 43/2017

In questo contesto si inserisce la pronuncia n. 43 del 2017²⁷ con cui la Corte costituzionale aggiunge un importante tassello al dibattito sull'estensione delle garanzie previste per la materia penale al diritto amministrativo sanzionatorio.

La pronuncia ha ad oggetto la questione di legittimità costituzionale del citato art. 30, quarto comma, l. 11 marzo 1953, n. 87, promossa dal Tribunale di Como, con ordinanza del 4 febbraio 2015²⁸, per violazione degli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli artt. 6 e 7 della CEDU.

La vicenda da cui origina il giudizio costituzionale ha ad oggetto sanzioni amministrative che risultano – secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo (c.d. *Engel criteria*)²⁹ – “sostanzialmente penali”; in particolare, si tratta delle sanzioni previste dall'art. 18-bis, comma 4, del d.lgs. n. 66 del 2003 (recante l'attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro), irrogate dalla Direzione territoriale del lavoro di Como a un istituto ospedaliero per violazione della durata dell'orario di lavoro e dei riposi giornalieri e settimanali dei dipendenti. In considerazione dell'elevato ammontare della sanzione amministrativa in questione e delle modalità di calcolo della stessa, non pareva infatti che vi fossero dubbi sulla natura intrinsecamente afflittiva del-

²⁷ A commento della pronuncia, si veda, M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 marzo 2017; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, ivi, 3 aprile 2017.; nonché, N. CANZIAN, *Le sanzioni amministrative «incostituzionali» fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017) coesistenza, e non assimilazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2017, 378-380.

²⁸ Ordinanza n. 106 del 4 febbraio 2015, in GU 1° Serie Speciale – Corte costituzionale n. 23 del 10 giugno 2015. Con commento di F. ELIA – A.JR GOLIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni "sostanzialmente" penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell'ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 (reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23)*, in *Osservatorio Costituzionale*, 1/2017, 27 febbraio 2017.

²⁹ Con approccio marcatamente sostanzialista, la natura *penale* di una sanzione è vagliata dalla Corte EDU facendo applicazione degli *Engel criteria*, vale a dire di tre parametri alternativi, costantemente richiamati a partire dalla risalente pronuncia Engel c. Paesi Bassi del 1976, al ricorrere dei quali il plesso di garanzie riferite alla natura penale dagli artt. 6 e 7 CEDU si estende a misure sanzionatorie che nel diritto interno non sono considerate pene in senso stretto. Si tratta di considerare: 1) la qualificazione giuridica della misura data dal diritto nazionale; 2) la natura dell'illecito a sua volta ricavabile dal tipo di comportamento sanzionato dalla norma, dalla struttura della norma stessa, dalle eventuali regole procedurali cui l'illecito risulta assoggettato; 3) la natura e gravità della sanzione tenendo conto della pena concretamente irrogata. Tra le sentenze con le quali la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la natura penale, ex art. 6 CEDU, delle sanzioni irrogate da alcune Autorità amministrative indipendenti italiane: cfr. Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ricorso n. 18640/10 e, ancor prima, Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, ricorso n. 43509/08. In generale, sull'influenza della giurisprudenza di Strasburgo sul tema delle sanzioni amministrative, si veda F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2015.

le stesse, attesa altresì la finalità perseguita, non meramente risarcitoria, ma general-preventiva e repressiva del fenomeno dello sfruttamento del lavoro³⁰.

Successivamente al passaggio in giudicato della sentenza che accertava definitivamente tale illecito, e che condannava l'istituto ospedaliero al pagamento della sanzione, sopraggiungeva però la dichiarazione di incostituzionalità proprio della norma di cui all'art. 18-*bis*³¹.

Pertanto, nel tentativo di giovare della pronuncia di illegittimità, il destinatario della sanzione ricorreva ex art. 615 c.p.c., opponendosi all'esecuzione delle cartelle di pagamento nel frattempo emesse: ad avviso della parte opponente la decisione costituzionale «spiegherebbe efficacia nel giudizio di opposizione, determinando l'illegittimità delle sanzioni amministrative irrogate in base al citato art. 18-*bis* d.lgs. 66/2003 e, di conseguenza, l'irregolarità o nullità delle cartelle opposte».

Ed è proprio all'interno del giudizio di opposizione all'esecuzione che si pone la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 co. 4 cit. decisa con la sentenza 43/2017: secondo il remittente, «il rapporto in causa doveva ritenersi esaurito e pertanto immune dagli effetti della declaratoria di incostituzionalità»³²; sicché «solo ritenendo applicabile alla fattispecie di causa l'art. 30 comma 4 l. 87/1953 [...] sarebbe [*stato*] possibile predicare l'idoneità della pronuncia costituzionale a determinare l'illegittimità della sanzione amministrativa adottata ex art. 18-*bis*»³³. Ad avviso del giudice *a quo*, inoltre, «l'applicazione dell'art. 30 co. 4 – e la conseguente non applicazione delle sanzioni previste dall'art. 18-bis comma 4 d.lgs. 66/2003 – [*avrebbe comportato*] la reviviscenza di una disciplina sanzionatoria – quella di cui all'art. 9 r.d.l. 692/1923 – più mite rispetto a quella dichiarata costituzionalmente illegittima»³⁴.

I tratti salienti della questione sono dunque i seguenti:

- il titolo esecutivo avverso cui le parti propongono l'opposizione ex art. 615 c.p.c. è una sentenza passata in giudicato;
- tale sentenza contiene la condanna al pagamento di una sanzione sostanzialmente penale secondo i criteri *Engel*;
- la pronuncia della Corte costituzionale è successiva alla formazione del giudicato in oggetto.

³⁰ L'importo di ciascuna delle cartelle di pagamento notificate all'istituto ospedaliero ammontava ad euro 216.836,83 (calcolato sulla base del numero di giornate di violazione).

³¹ Il riferimento è alla sentenza Corte cost. n. 153/2014, che dichiarava l'incostituzionalità dell'art. 18-*bis* del d.lgs. n. 66 del 2003 per contrasto con la previsione contenuta nell'art. 2, comma 1, lettera c) della legge (delega) 1 marzo 2002 n. 39. Quest'ultimo conteneva il criterio direttivo per il quale il legislatore delegato, nel regolare il nuovo apparato sanzionatorio, avrebbe dovuto prevedere «in ogni caso [...] sanzioni identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni omogenee e di pari offensività [...]». L'art. 18-*bis* aveva, invece, violato tale criterio, prevedendo un inasprimento delle sanzioni.

³² Ordinanza n. 106 del 4 febbraio 2015

³³ *Ibidem*.

³⁴ Ordinanza n. 106/2015, 3.

Il Giudice delle leggi dichiara tuttavia infondata la questione di legittimità con riferimento a tutti i profili di incostituzionalità rilevati dal remittente³⁵.

La Corte esclude anzitutto una violazione dell'art. 117 co 1, poiché «l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù [dei criteri Engel] trascina [...] con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo», «rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato»³⁶.

Stando alla ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale non sarebbe infatti individuabile nella giurisprudenza di Strasburgo «un principio analogo a quello previsto dall'art. 30, quarto comma, della legge 87 del 1953, volto a precludere l'esecuzione di una sanzione sostanzialmente penale, anche se inflitta con sentenza irrevocabile, qualora la norma che la prevedeva sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima o altrimenti invalida *ex tunc*»³⁷. Non vi sarebbe, cioè, alcuna affermazione della Corte EDU che possa «avvalorare l'interpretazione dell'art. 7 della Cedu nel significato elaborato dal giudice remittente, tale da esigere che gli Stati sacrifichino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime»³⁸.

Del pari, risulta esclusa qualunque violazione dell'art. 3 Cost. in ragione dell'irriducibile differenza intercorrente tra le sanzioni propriamente penali e quelle che sono tali solo nella sostanza. Al di là dei beni giuridici in gioco, sarebbero le peculiarità della fase esecutiva cui le stesse sono sottoposte a segnarne la differenza principale: solo in ambito penale è presente un giudice dell'esecuzione garante della legalità della pena, a cui compete ricondurre a legittimità la pena inflitta e successivamente dichiarata illegittima. Al di fuori del giudizio penale non esisterebbe un giudice che, sovraintendendo appunto alla legalità della pena, possa rideterminarla nel caso di sopravvenienze del tipo di quelle in esame³⁹. Con rife-

³⁵ Sulla violazione dell'art. 25 co. 2, Corte cost. n. 43/2017, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

³⁶ Corte cost. sentenza n. 43/2017, punto 3.4 del *Considerato in diritto*. Sul tema della discrezionalità del legislatore nella scelta politica del ricorso alla sanzione penale, v. V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 227 ss.

³⁷ Corte cost. sentenza n. 43/2017, punto 3.5 del *Considerato in diritto*.

³⁸ Corte cost. sentenza n. 43/2017, punto 3.8 del *Considerato in diritto*.

³⁹ È appena il caso di accennare al fatto che fino a pochi anni fa non era affatto scontato che l'illegittimità costituzionale di una norma non incriminatrice ma incidente sul trattamento sanzionatorio potesse rilevare in fase di esecuzione. La tesi tradizionale infatti opponeva il dogma dell'intangibilità del giudicato a qualunque modifica del trattamento sanzionatorio. In particolare, si riteneva che una tale soluzione fosse priva di un ancoraggio normativo: l'art. 673 c.p.p. prevede la revoca della sentenza di condanna da parte del giudice dell'esecuzione nel caso di abrogazione o di illegittimità costituzionale della sola norma *incriminatrice*; analogamente – si sosteneva – dal tenore dell'art. 30 co. 4 si ricava che la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali della sentenza irrevocabile scaturisce solo dalla declaratoria di incostituzionalità norma *incriminatrice*, stante il riferimento alla “norma”

rimento alle sanzioni in discussione – precisa la Corte – il giudice dell'opposizione all'esecuzione è investito della sola cognizione del titolo esecutivo⁴⁰.

Proprio tale ultimo rilievo consente di individuare due possibili piani di lettura della pronuncia in commento: il primo riguardante i rapporti tra CEDU e ordinamento nazionale e il secondo concernente il tema dell'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento e dell'incidenza delle stesse su *situazioni giuridiche consolidate, che abbiano quale peculiarità quella di non aver ancora avuto piena e completa esecuzione*.

Come già anticipato, nelle pagine che seguono si cercherà di indagare nella seconda delle direzioni indicate, chiedendosi se ed eventualmente perché il giudice dell'opposizione possa trovarsi a dare esecuzione ad una sanzione di fatto "incostituzionale".

3. Alla ricerca dell'effetto utile del giudicato costituzionale

Si provi dunque ad immaginare la prosecuzione del giudizio *a quo*.

Assumendo l'angolo visuale del giudice remittente, è facile accorgersi di come l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 4 co. si traduca, in sede di esecuzione, nell'ininfluenza della declaratoria di incostituzionalità della norma sulla cui base è stata determinata, e dunque, quantificata la sanzione "amministrativa" in discorso. A rigore, il giudice *a quo* dovrebbe dunque rigettare il ricorso proposto ex art. 615 c.p.c., non potendo cioè impedire l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale applicativo della norma dichiarata illegittima. L'impossibilità di *rimuovere* il giudicato osterebbe ad una decisione di segno opposto.

Tuttavia, malgrado la coerenza con il *decisum* costituzionale, un tale esito non mancherebbe di destare qualche perplessità.

A ben vedere, infatti, sembrerebbe collidere con il combinato disposto degli artt. 136 Cost. e 30 co. 3, l.n. 87 del 1953⁴¹ nella misura in cui, nonostante l'acclarata incostituzionali-

in applicazione della quale è stata pronunciata sentenza di condanna. Solo a partire da Cass., Sez. un. pen., 29.5.2014 (dep. 14.10.2014) n. 42858, il disposto dell'art. 30 4 co. è stato inteso nella sua interezza e posto a fondamento della possibilità di rideterminare la pena anche nel caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale concernente una norma penale diversa dalla norma incriminatrice, che però incide sul trattamento sanzionatorio. Sul tema dei poteri del giudice dell'esecuzione di fronte alla pena "incostituzionale", si vedano, tra i molti, G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 gennaio 2015; nonché M. GAMBARDELLA, *Declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma penale non incriminatrice e intangibilità del giudicato*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, *Speciale CEDU e ordinamento interno*, 63 ss..

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 43/2017, punto 4.2 del *Considerato in diritto*. Per la definizione di giudice dell'opposizione all'esecuzione come soggetto chiamato solo ad eseguire e non a decidere, si veda, B. CAPPONI, *Vicende del titolo esecutivo giudiziale nell'esecuzione forzata*, in *Corr. giur.*, 2012, 1512, nota n. 2.

tà, l'art. 18-*bis* continuerebbe a produrre effetti (136 Cost.) e ad essere applicato – sia pure indirettamente⁴² – nel processo esecutivo (30 co. 3 l. 87/53).

Di diverso avviso pare tuttavia essere il giudice remittente, a giudizio del quale l'art. 30 comma 3 l. 87/1953 non avrebbe alcuna rilevanza nella controversia, poiché «alla data di deposito della sentenza Corte cost. n. 153/2014, il rapporto obbligatorio costituitosi tra la parte opponente e la DTL di Como per effetto dell'emissione delle ordinanze-ingiunzione impugnate si era definitivamente esaurito»⁴³ o, per meglio dire, definitivamente stabilizzato, con il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Il remittente, infatti, richiamando la consolidata interpretazione datane dalla dottrina e dalla giurisprudenza, afferma che *la disapplicazione ex art. 30 può avere luogo solo nel caso in cui il rapporto giuridico regolato dalla norma incostituzionale possa ancora essere oggetto di un giudizio*. Circostanza quest'ultima da escludersi *in radice* nel caso di specie, attesa l'avvenuta formazione del giudicato.

In termini non dissimili si pronuncia la stessa Corte costituzionale allorché precisa che «il principio di retroattività degli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale di cui al terzo comma [dell'art. 30] si estende oltre il limite dei rapporti esauriti nel solo ambito penale, in

⁴¹ Per la ricostruzione dei rapporti tra gli artt. 136 Cost. e 30 co.3 legge 87/1953, si veda, G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 1988², 264. In particolare, ad avviso dell'A., «la formula dell'art. 136 (cessazione di efficacia) e quella dell'art. 30 (disapplicazione), pur senza essere in insanabile contraddizione denotano due scelte diverse del legislatore. Anche senza entrare nel merito della complessa questione dei destinatari delle norme giuridiche, si nota come la formula dell'art. 136 è comprensiva delle valenze della legge come regolatrice di rapporti e, operando sul piano della vigenza delle fonti, si riferisce all'obbedienza che da tutti (i destinatari «primari») è dovuta alla legge; la formula dell'art. 30 riguarda invece specificamente l'applicazione della norma ad una fattispecie, cioè, prima di tutto l'applicazione da parte dei giudici (i destinatari «secondari»)». Ma – com'è noto – che tra le norme in esame non vi sia identità di *ratio* è questione tutt'altro che pacifica, oggetto di numerose dispute dottrinali. Secondo una certa interpretazione (Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, Lezioni di diritto costituzionale, vol. II, L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1984, 387), l'art. 30, comma 3, l.n. 87 del 1953 spiegherebbe «con maggiore chiarezza» il principio della retroazione degli effetti delle sentenze di accoglimento già desumibile dal combinato disposto dell'art. 136 Cost. e dell'art. 1 l. cost. n. 1 del 1948. In quest'ottica, la norma costituzionale non sarebbe in grado di assicurare l'efficacia retroattiva della pronuncia di incostituzionalità, che finirebbe col palesarsi solo per il tramite dell'art. 1 della l. cost. n. 1/1948; circostanza, quest'ultima, definitivamente chiarita dall'art. 30. Si tratta di rilievi già presenti nella relazione del 1950 presentata a Firenze da C. Esposito in occasione del Congresso internazionale di diritto processuale: pochi anni prima della promulgazione della legge n. 87, Esposito sosteneva che la legge costituzionale n. 1 del 1948 avesse «involontariamente» determinato il contenuto dell'art. 136 Cost. (C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 266). In senso contrario, si pone la ricostruzione secondo cui la previsione costituzionale imporrebbe l'efficacia solo *pro futuro* della pronuncia di incostituzionalità, sì da ritenere la contrarietà a Costituzione dello stesso art. 30. Sul punto, in particolare, cfr., P. CALAMANDREI, *La illegittimità delle leggi nel processo civile. Con una lettera dedicatoria al Prof. Enrico Redenti*, Padova, Cedam, 1950, 96 ss..

⁴² Sul significato attribuito al concetto di applicazione di cui all'art. 30 co. 3 si veda *infra*.

⁴³ Si legge così nell'ordinanza n. 106 del 4 febbraio 2015, cit., 4. In particolare, ad avviso del remittente l'esperibilità dell'opposizione non sarebbe un argomento da cui poter desumere il non esaurimento del rapporto, potendo la stessa avere ad oggetto – come avviene nel caso di specie – titoli esecutivi definitivi per passaggio in giudicato della pronuncia del giudice di cognizione.

considerazione della gravità con cui le sanzioni penali incidono sulla libertà o su altri interessi fondamentali della persona»⁴⁴.

3.1. L'inapplicabilità delle norme dichiarate incostituzionali nel comma terzo dell'art. 30 l. 87/1953

È dunque evidente come, nel discorso che si va qui sviluppando, il divieto di applicazione della norma dichiarata incostituzionale sia inteso in un'accezione parzialmente differente rispetto a quella fatta propria dal giudice *a quo*.

Come poc'anzi accennato, secondo l'interpretazione accolta dal giudice remittente e dalla Corte costituzionale, il co. 3 dell'art. 30 verrebbe in rilievo nelle sole ipotesi di procedimenti giurisdizionali aventi ad oggetto controversie su fattispecie *direttamente* regolate dalla norma dichiarata incostituzionale, di modo che la disposizione in esame esaurirebbe la sua portata precettiva nel vietare che le norme dichiarate illegittime possano porsi espressamente alla base di un provvedimento giurisdizionale, comparando cioè nel dispositivo dello stesso⁴⁵.

Nondimeno, occorre notare che l'art. 30 co. 3 è suscettibile di esprimere una norma dalla portata ben più ampia di quella innanzi esposta, proiettandosi al di là dei giudizi aventi ad oggetto controversie potenzialmente risolvibili mediante la *diretta* applicazione delle norme dichiarate incostituzionali.

In questa direzione sembrerebbe condurre il concetto stesso di *applicazione* di norme e di disposizioni giuridiche.

Da un punto di vista teorico-generale, infatti, «applicare una norma significa invocarla quale premessa nella motivazione di un provvedimento giurisdizionale o amministrativo, per inferirne una decisione singolare»⁴⁶. Sicché una norma è applicata allorché «figuri in un'argomentazione giuridica, determinando o contribuendo a determinare il contenuto di una decisione», ogni volta cioè che la stessa «influisce[a], nel senso di derivazione statica, sulle decisioni»⁴⁷ degli organi dell'applicazione del diritto.

⁴⁴ Corte cost. sent. 43/2017, punto 3.1. del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Si tratta di rilievi del tutto condivisibili in ragione del fatto che l'art. 30 si spiega anzitutto in rapporto alla categoria processuale della rilevanza della questione di legittimità costituzionale: se presupposto perché si instauri il giudizio di costituzionalità è la rilevanza applicativa della norma della cui legittimità si dubita, è evidente come a seguito dell'acclarata contrarietà a Costituzione debba escludersi l'applicazione di detta norma – anzitutto – al processo *a quo*.

⁴⁶ R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 2010, 283.

⁴⁷ G. PINO, *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 11/2011, 799. In particolare, ad avviso dell'A. «l'applicabilità consiste nelle ragioni che rendono una disposizione o una norma [non solo] applicabile ad una controversia, [ma] comunque rilevante in un'argomentazione giuridica».

Siffatte considerazioni si fanno ancor più stringenti nella formulazione letterale dell'art. 30 co. 3., a mezzo del quale l'ordinamento ha inteso sancire l'*inapplicabilità tout-court* delle norme dichiarate incostituzionali, attribuendo loro una nuova condizione.

Per effetto della pronuncia costituzionale, tali norme divengono infatti incapaci di produrre nuovi vincoli giuridici nonché di giustificare il mantenimento e l'obbligatorietà di quelli prodotti in una fase precedente alla pronuncia della Corte.

Riprendendo quanto scriveva E. Cannada-Bartoli con riferimento agli atti amministrativi, l'inapplicabilità rappresenta invero una «conseguenza dell'invalidità»⁴⁸ e si sostanzia nell'irrelevanza degli effetti prodotti da un atto proprio a cagione della sua invalidità, in ciò distinguendosi dall'inefficacia, ossia dalla incapacità di un atto a produrre i propri effetti tipici⁴⁹.

In questo senso, l'art. 30 non solo rafforza la cessazione di efficacia delle norme dichiarate incostituzionali ex art. 136 Cost., ma intende evitare, per il tramite del concetto di inapplicabilità, che «le norme sopravvivano al loro annullamento [*per così dire*] “trasferendosi” negli effetti degli atti giuridici ad esse conformi»⁵⁰, adottati nel periodo precedente alla pronuncia della Corte.

Ma se tutto questo è vero, allora vuol dire che *la ratio sottesa al comma 3 dell'art. 30 viene in rilievo non solo nei casi di applicazione diretta delle norme dichiarate incostituzionali, ma anche con riguardo a tutti quei fatti e rapporti applicativi delle stesse che, a mezzo della propria perdurante efficacia, confermerebbero l'esistenza di tali norme, nonostante la pronuncia di incostituzionalità.*

3.2. Il comma quarto dell'art. 30 l.n. 87/1953 tra eccezione e regola generale

Pertanto, le affermazioni del giudice *a quo* e della Corte in ordine al rilievo da accordare all'art. 30 co. 3 sarebbero state ampiamente condivisibili nel caso in cui, alla data di pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità, *il giudicato in questione fosse già stato eseguito*: solo così infatti la norma annullata avrebbe effettivamente cessato di produrre effetti e, inevitabilmente, la decisione della Corte non avrebbe potuto spiegare incidenza alcuna. Del resto è evidente come tra l'esaurimento giudiziale di un rapporto giuridico e l'esaurimento degli effetti prodotti dallo stesso non vi sia necessariamente perfetta corrispondenza.

E in quest'ottica, potrebbe peraltro spiegarsi la presenza, in altri ordinamenti, di norme volte ad impedire l'esecuzione di sentenze irrevocabili applicative di legge incostituziona-

⁴⁸ E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 40.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ M. MAGRI, *Inapplicabilità e disapplicazione delle norme dichiarate incostituzionali da parte della pubblica amministrazione*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, «Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, Napoli, 2006, 112.

le. Si pensi, in particolare, al paragrafo 79 co. 2 della legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale tedesco laddove, con disposizione meno stringata rispetto all'omologa italiana, stabilisce che, al di fuori della materia penale, sebbene la declaratoria di incostituzionalità non intacchi le «decisioni non più impugnabili», *se la decisione non è stata ancora eseguita, l'esecuzione forzata non è ammessa e la dichiarazione di incostituzionalità può fondare l'opposizione all'esecuzione ai sensi del paragrafo 767 Zpo* (c.p.c. tedesco)⁵¹.

Il legislatore tedesco, a differenza di quello italiano, sancisce espressamente l'intangibilità dell'autorità dei giudicati diversi da quelli penali, pur in conseguenza dell'esito demolitorio del sindacato di costituzionalità, e, nel contempo, precisa che le decisioni definitive fondate su una norma dichiarata incostituzionale non possono più essere eseguite; lasciando così trapelare l'opportunità di ricostruire le situazioni che esauriscono i rapporti giuridici in una prospettiva sostanziale – e non meramente processuale – di “completo svolgimento” o di “piena attuazione” degli stessi⁵².

Anche alla luce di questo viene da chiedersi se sia sensato ritenere che il giudicato “incostituzionale” non ancora eseguito o in corso di esecuzione resti (davvero) *intangibile*.

Nel tentativo di dipanare tale questione, si potrebbe provare a rileggere il modo in cui le pronunce di incostituzionalità incidono nel sistema proprio a partire dalla regola di cui all'art. 30 co. 4.

A costo di lasciare sullo sfondo le innegabili istanze garantiste cui la stessa risponde, si dovrebbe osservare che tale disposizione, quando precisa che, se in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali, non sta dicendo altro se non che *la sentenza irrevocabile di condanna non può essere eseguita perché applica una norma dichiarata incostituzionale*. Il comma 3 dell'art. 30 sarebbe – per così dire – la causa del successivo comma 4, poiché dalla previsione di inapplicabilità delle norme dichiarate incostituzionali deriverebbe l'impossibilità di dare esecuzione ad una sentenza irrevocabile di condanna fondata su quelle stesse norme.

Ma, se si adotta questo schema di lettura, si vede come l'art. 30 co. 4, in realtà, non faccia altro che ribadire, con riferimento al giudicato penale, la regola generale di cui al co. 3 dello stesso articolo, poiché, al pari di quest'ultimo, intende precludere il perpetuarsi delle conseguenze pregiudizievoli scaturite dall'applicazione della norma incostituzionale.

Sicché quanto affermato in apertura non sarebbe poi così scontato: *il comma 4 dell'art. 30, anziché rappresentare una norma eccezionale che contravviene al principio dell'intangibilità del giudicato implicitamente ricompreso nel co. 3, potrebbe al contrario rite-*

⁵¹ Sul punto, si veda R. CAPONI, *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, cit., 2829. In commento al § 79 della legge istitutiva del Tribunale costituzionale tedesco, si veda H. LECHNER – R. ZUCK (a cura di) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar*, Beck, München, 2006, 411 ss..

⁵² Cfr., R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile*, cit., 288, nota n. 16.

nersi come applicazione (per la materia penale) del principio generale dell'effetto utile del giudicato costituzionale sintetizzato nell'accennata previsione di inapplicabilità delle norme incostituzionali. Se per norma eccezionale deve infatti intendersi quella che pone una disciplina antinomica e contrastante rispetto a quella contenuta in altra norma considerata generale⁵³, è chiaro come sia difficile affermare l'eccezionalità della regola di cui al co. 4 dell'art. 30 rispetto al co. 3 dello stesso.

La norma in esame, infatti, non farebbe altro che fornire patente conferma di come l'inapplicabilità delle norme dichiarate incostituzionali reagisca su un atto giuridico consequenziale⁵⁴, ossia sulla sentenza definitiva di condanna, rendendolo *ineseguibile* pena l'ultrattività della norma dichiarata incostituzionale.

Tale norma potrebbe porsi così in relazione diretta con la regola della inapplicabilità della norma dichiarata incostituzionale di cui al comma 3 dello stesso articolo 30.

E questo, peraltro, non sarebbe un modo del tutto nuovo di intendere le norme di cui all'art. 30.

Alcuni anni addietro, in un saggio che introduceva ad uno studio sul tema dell'immutabilità del giudicato dinanzi a sopravvenienze – *lato sensu* – normative⁵⁵, F. Modugno ha osservato che nonostante «*un forte argomento a favore della resistenza del giudicato po[ssa] desumersi dalla disposizione (art. 30, comma 4, l. n. 87/1953) che sancirebbe “la salvezza del giudicato civile pur dinanzi alla dichiarazione di incostituzionalità della legge”, non è detto (non è sicuro), a mio avviso, che l'ultimo comma dell'art. 30, legge n. 87/1953, debba essere interpretato, come comunemente si ritiene, quale “eccezione” al principio di salvezza del giudicato, sibbene come “assicurazione” (data la delicatezza dell'ipotesi) che la condanna penale basata su norma dichiarata incostituzionale non debba mai e in alcun modo avere effetto. Non sarei cioè tanto sicuro che si tratti (soltanto) di un'eccezione a un principio da reputarsi (fuori dalla condanna penale) senz'altro generale. A fronte ad esempio di un provvedimento definitivo e inoppugnabile, ovvero a fronte di una decisione del giudice amministrativo emessa sulla base di una legge dichiarata incostituzionale, non si potrebbe pensare invece ad una riapertura dei termini per ricorrere e, comunque sia, ad un ribaltamento del giudicato?» [corsivo aggiunto]⁵⁶.*

Se si riflette in questa direzione, si è indotti a dubitare del fatto che l'art. 30 esprima due regole diverse e contrapposte, una valida per gli effetti della dichiarazione di incostitu-

⁵³ Sulla nozione di norma eccezionale e sulla ricostruzione dei termini del relativo dibattito dottrinale, si veda, per tutti, F. MODUGNO, *Norme singolari, speciali, eccezionali* (voce), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 520 ss..

⁵⁴ M. MAGRI, *Inapplicabilità e disapplicazione*, 117.

⁵⁵ Nel saggio citato sono infatti presenti riferimenti tanto alle pronunce di incostituzionalità quanto all'attività legislativa successiva alla formazione del giudicato.

⁵⁶ F. MODUGNO, *Giudicato e funzione legislativa. Introduzione*, in *Giur. It.*, 2009, 2818. Con specifico riferimento al tema dei provvedimenti amministrativi applicativi di legge dichiarata illegittima, cfr. almeno, ID., *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del «potere esecutivo»*, in *Giur. Cost.*, 1963, 1731 ss..

zionalità su norme penali (co. 4) e un'altra relativa all'incostituzionalità di qualunque altra norma (co. 3).

Per quanto l'art. 30 paia costruito in modo da distinguere nettamente tali due ipotesi, non può ragionevolmente escludersi che lo stesso ponga, invece, una sola regola, quella di cui al comma 3, a mezzo della quale qualifica le "norme dichiarate incostituzionali" – cioè "tutte" le norme dichiarate incostituzionali – come incapaci di creare vincoli giuridici nonché di giustificare quelli precedentemente creati; regola, quest'ultima, che ribadisce al comma 4, applicandola ad una fattispecie particolarmente delicata, quale è l'*esecuzione* del giudicato penale di condanna basato su norma in contrasto con la Costituzione.

Proprio la costante incidenza del giudicato penale sui diritti fondamentali dell'individuo avrebbe infatti indotto il legislatore del '53 a fornire – per usare le citate parole di Modugno – «l'assicurazione» della cessazione dell'esecuzione del giudicato di condanna incostituzionale al solo sistema penale.

Inoltre, prescindendo dalle istanze connesse al *favor libertatis*, la presenza dell'art. 30 co. 4 potrebbe spiegarsi in ragione del fatto che, a differenza di quanto accade negli altri ambiti del diritto, al giudicato penale di condanna consegue sempre e di necessità una fase esecutiva, alla quale peraltro sovraintende la magistratura di sorveglianza; ed è solo attraverso l'esecuzione della sanzione (anche detentiva) che l'ordinamento consegue lo scopo della rieducazione del condannato (art. 27 comma 3 Cost.). La sentenza penale di condanna si caratterizza per il fatto di dar luogo ad una relazione tra il condannato e l'ordinamento destinata a durare nel tempo e ad estinguersi una volta raggiunto il fine rieducativo: in questo senso la stessa finalità rieducativa sarebbe frustrata se il reo si trovasse a scontare una pena sulla base di un precetto dichiarato contrario alla Costituzione.

Nel processo amministrativo e nel processo civile, invece, non solo l'esecuzione di una sentenza si svolge con modalità radicalmente differenti, attesa la diversità degli interessi che entrano in gioco nelle diverse fattispecie, ma ben può mancare qualora le parti diano "spontanea" esecuzione al giudicato stesso.

Ma ciò non vuol dire che il problema interessi solo l'ambito dell'ordinamento penale, poiché la questione affrontata dall'art. 30 comma 4 sembrerebbe piuttosto rinviare al più generale problema dell'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale incostituzionale.

Più precisamente, la questione sembrerebbe porsi *in tutti quei casi in cui si versi in una logica simile a quella adombrata dall'art. 30 co. 4, ovvero si sia in presenza di un giudicato con contenuto afflittivo rispetto al quale non si ponga alcuna istanza di tutela dell'altrui affidamento e che, per qualche ragione, non abbia ancora avuto completa esecuzione.*

4. Considerazioni conclusive

Il fatto di leggere l'art. 30 l.n. 87/1953 nei termini innanzi esposti determina, dunque, alcune conseguenze.

Anzitutto, ipotizzare che l'art. 30 co. 4 non sia una disposizione eccezionale rispetto al co. 3 del medesimo articolo, significherebbe ritenere lo stesso suscettibile non solo di interpretazione estensiva ma finanche analogica⁵⁷, non ponendosi il divieto ex art. 14 delle Preleggi. Sarebbe cioè lecito immaginare l'applicazione dell'art. 30 co. 4 al di fuori dell'ambito dell'ordinamento penale, con riferimento al caso in cui sopraggiunga la dichiarazione di incostituzionalità di una norma in concreto punitiva, su cui si sia fondato un provvedimento giurisdizionale definitivo non ancora attuato. Una soluzione di segno contrario sembrerebbe, invero, confliggere con il principio di ragionevolezza.

In questo senso, la stessa questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 comma 4 (così come prospettata dal giudice remittente della sentenza *de qua*) sarebbe un falso problema: basterebbe infatti osservare che nel caso di condanna definitiva (ma non ancora eseguita) ad una sanzione amministrativa sostanzialmente penale ricorre tanto la dimensione esclusivamente punitiva quanto l'assenza di un ragionevole affidamento da tutelare, per constatare la sussistenza degli estremi per l'applicazione analogica della norma di cui al citato art. 30 co.4.

Si tratta, del resto, di ciò che G. Zagrebelsky pare auspicare già sul finire degli anni '80, quando, dopo aver menzionato le peculiarità del sistema di giustizia costituzionale spagnolo ove la regola della massima retroattività della decisione di costituzionalità vale anche nel diritto amministrativo sanzionatorio, ha affermato che «*ciò può far riflettere anche noi sulla possibilità di un'interpretazione analogica dell'art. 30 l. 87, anche sul terreno delle sanzioni amministrative, tanto più in quanto ormai vi sia un collegamento tra i due fattori come l'estesa depenalizzazione recentemente realizzata*» [corsivo aggiunto]⁵⁸.

Tuttavia, perché la regola di cui all'art. 30 non degradi a mera petizione di principio, sarebbe necessario che la legge processuale apprestasse strumenti in grado di consentire l'effettiva cessazione dell'esecuzione della *res iudicata* medesima.

Malgrado l'assenza di specifiche previsioni nel codice del processo civile, potrebbe non essere azzardato ipotizzare, a questi fini, un ricorso allo strumento dell'opposizione all'esecuzione, nella misura in cui «introduce un giudizio avente per oggetto la contestazione del diritto della parte istante a procedere all'esecuzione forzata»⁵⁹.

⁵⁷ Sul concetto di analogia, cfr. L. CAIANI, *Analogia* (voce), in *Enc. dir.*, II, 1958, 349 ss..

⁵⁸ G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, cit., 636. Il riferimento era evidentemente alla depenalizzazione avviata con legge 689 del 1981. Tuttavia, secondo la tesi prevalente in dottrina (Cfr., C. E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 181), la mancata previsione nella legge 689/1981 del principio di retroattività favorevole dovrebbe indurre ad affermare l'irrelevanza nel diritto amministrativo sanzionatorio delle sopravvenute modifiche normative favorevoli al reo. Sul tema, nel senso di un progressivo superamento di tale preclusione almeno per le sanzioni sostanzialmente penali secondo i criteri *Engel*, di recente, si veda Corte cost. sent. 193/2016. In commento alla pronuncia, cfr., M. GALDI, *La Corte esclude ancora l'estensione generalizzata alle sanzioni amministrative dell'applicazione retroattiva del trattamento più favorevole, ma apre la porta a valutazioni caso per caso. Commento a Corte costituzionale, n. 20 luglio 2016, n. 193*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3/2016, 12 settembre 2016.

⁵⁹ Cassazione civile, sez. I, 27/12/2013, (ud. 31/10/2013, dep. 27/12/2013), n. 28663.

Infatti, «pur sul fondamento di diversi possibili oggetti di contestazione, una domanda è sempre presente come contenuto minimo e necessario dell'opposizione all'esecuzione: la domanda di dichiarazione dell'insussistenza attuale (non importa se originaria o sopravvenuta) del diritto di procedere ad esecuzione forzata, sul fondamento di quel determinato titolo e/o con la direzione soggettiva e/o oggettiva determinata dal suo esercizio o dal suo preannuncio»⁶⁰.

Nel caso in cui si abbia a che fare con un titolo di formazione giudiziale, gli unici limiti alla possibilità di ricorrere ex art. 615 c.p.c. «si concretano nell'impossibilità di far valere con l'opposizione all'esecuzione quei fatti estintivi, modificativi o impeditivi che avrebbero potuto esser fatti valere nel procedimento di cognizione chiuso col giudicato o tuttora pendente. [...]. Più precisamente, nell'uno e nell'altro caso, con l'opposizione all'esecuzione si possono far valere soltanto quei fatti estintivi, modificativi o impeditivi che si afferma essere avvenuti dopo il momento nel quale la preclusione o il giudicato avrebbe impedito di farli valere nel precedente giudizio di cognizione»⁶¹. Si tratta dunque di un procedimento volto a scongiurare il rischio che gli interessi riconosciuti e stabilizzati nel titolo e cioè nella sentenza passata in giudicato possano essere integralmente soddisfatti in via esecutiva senza tenere conto di successivi eventi che abbiano inciso sulla sua esistenza o comunque sulla sua portata; cioè che si dia di fatto esecuzione ad atti illegittimi.

In realtà, gli studiosi del processo civile hanno però escluso l'uso di tale giudizio per motivi di incostituzionalità; e questo malgrado si tratti, come appena accennato, di un giudizio pensato proprio per contrastare "eventi" sopravvenuti modificativi della situazione giuridica cristallizzata nel titolo esecutivo.

La causa di ciò è da ricercare anzitutto in un certo modo di intendere l'incostituzionalità della legge. Si sostiene, infatti, che la questione di legittimità costituzionale «poteva essere dedotta nel corso del primo processo e la possibilità che essa sia sollevata successivamente per impedire l'esecuzione della sentenza o per bloccare l'esecuzione già in corso si traduce in una notevole eccezione al principio [...] per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, e quindi in un danneggiamento del giudicato»⁶². Pertanto, proseguendo nel ragionamento, «prevedere un simile motivo di opposizione all'esecuzione non obbedisce alle regole dei limiti temporali del giudicato, ma ne costituisce un'eccezione, giacché impone una revisione dell'accertamento passato in giudicato. Una conseguenza così grave che si risolve in un'abrogazione parziale dell'art. 2909 c.c. non potrebbe a nostro avviso che essere disposta in via generale con una norma espressa (del tenore di quella del par. 79² della legge suo *Bundersverfassungsgericht*) che manca però nel nostro ordinamento»⁶³.

⁶⁰ C. MANDRIOLI, *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi* (voce), in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 439.

⁶¹ *Ivi*, 441.

⁶² R. CAPONI, *L'efficacia nel tempo del giudicato civile*, cit., 280, nota n. 16.

⁶³ *Ivi*, 374.

Sicché non solo l'incostituzionalità della legge parrebbe non potersi mai considerare alla stregua di un effetto giuridico che sopravviene al giudicato, ma il fatto di non aver sollevato la relativa questione in giudizio sembrerebbe quasi "sanzionato" con l'impossibilità di farla valere in sede di esecuzione: se il cittadino vuol esser certo che l'incostituzionalità della legge incida sulla propria sfera giuridica, provocandone una modifica *in melius*, non deve fare altro che adire tempestivamente il giudice.

Questo rischia però di creare un onere significativo e sproporzionato in capo al privato, finendo per lasciarlo sprovvisto di qualunque tutela, almeno se si esclude il ricorso a Strasburgo.

Ma per ovviare ad esiti siffatti, basterebbe riflettere sul fatto che la pronuncia di incostituzionalità, sebbene sia occasionata dal processo *a quo*, è destinata a spiegare efficacia *erga omnes*, incidendo sui perduranti effetti degli atti e dei rapporti (direttamente o indirettamente) applicativi della norma dichiarata incostituzionale.

In termini più generali, occorrerebbe muovere dall'assunto per cui l'incidenza *retroattiva* delle pronunce di accoglimento dipende dalle caratteristiche *sostanziali* – prima ancora che processuali – del rapporto applicativo della norma dichiarata incostituzionale. Il punto, dunque, non è stabilire quali atti possano ancora essere contestati in giudizio dopo la pronuncia della Corte costituzionale, ma quali continuino a produrre effetti nell'ordinamento in applicazione della legge annullata.