

***Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione”  
temporanea della norma costituzionale?\****

*di Valerio Onida- Professore emerito di diritto costituzionale nell’Università degli studi di  
Milano*

ABSTRACT: The article highlights the most noteworthy aspects of decision no. 41/2021 of the Italian Constitutional Court concerning the *modulation*, through time, of the effects of decisions that declare the unconstitutionality of a law.

SOMMARIO: 1. Un inedito caso di “sospensione” temporanea degli effetti dell’accertamento della incostituzionalità di una norma legislativa. – 2. La corretta ricostruzione da parte della Corte della portata della norma dichiarata incostituzionale. – 3. La differenza rispetto ai casi di incostituzionalità sopravvenuta, o di limitazione degli effetti “retroattivi” della pronuncia di incostituzionalità. – 4. La non persuasiva giustificazione della pronuncia in nome dell’interesse dell’amministrazione della giustizia.

**1. Un inedito caso di “sospensione” temporanea degli effetti dell’accertamento della incostituzionalità di una norma legislativa**

Un altro (discutibile) passo sulla strada della “modulazione” o della “manipolazione” (in senso ampio) degli effetti delle sentenze che dichiarano la incostituzionalità di una legge è stato compiuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 41 del 2021. Le norme impugnate, risalenti al 2013

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

(artt. 62-72 del d.l. 21 giugno 2013, n. 269, conv. dalla legge n. 98 del 2013), che prevedono la partecipazione in via ordinaria ai collegi di Corte d'appello di giudici onorari (i giudici ausiliari) anche al di fuori di ogni ipotesi di sostituzione d'urgenza in via eccezionale, sono state bensì dichiarate incostituzionali dalla Corte per violazione dell'art. 106, secondo comma, della Costituzione, che prevede la nomina di giudici onorari solo per le funzioni attribuite a giudici singoli, e quindi non per le funzioni di membro ordinario dei collegi di Corte d'Appello. Ma, ecco la novità, le norme in questione – che pur la Corte ha accertato essere “*del tutto fuori sistema*” e “*in radicale contrasto*” con i parametri indicati dai giudici remittenti, sono state dichiarate illegittime solo “*nella parte in cui non prevedono che essi [esse] si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116*” sulla riforma generale della magistratura onoraria, vale a dire entro il 31 ottobre 2025.

Ciò significa che norme di cui si è accertata oggi la totale incompatibilità con il dettato costituzionale potranno continuare a restare in vigore e ad essere applicate dagli organi giudiziari addirittura per più di quattro anni! Non si è trattato, dunque, come in altri casi, di escludere o limitare l'effetto “retroattivo” della dichiarazione di incostituzionalità, “modulandone” gli effetti nel tempo *in praeteritum*, ma di rinviare la caducazione delle norme incostituzionali ad una data futura, con tutta probabilità assai lontana, per consentire ancora per qualche anno (fino a oltre quattro!) l'operatività e l'applicabilità di norme la cui incostituzionalità pure è stata definitivamente accertata, cioè per consentire alle Corti di Appello di continuare ad avvalersi nei propri collegi dell'illegittimo apporto deliberativo di magistrati onorari. E' una sorta di singolare e inedita operazione di “sospensione” temporanea dell'art. 106, secondo comma, della Costituzione, decisa dalla Corte costituzionale.

L'unico caso precedente, apparentemente più simile al nostro, di modulazione *pro futuro* degli effetti di una pronuncia di incostituzionalità è quello della sentenza n. 13 del 2004 in tema di attribuzioni dei dirigenti scolastici regionali, in cui la Corte ha stabilito che il compito degli uffici statali di provvedere alla definizione delle dotazioni organiche del personale docente nelle istituzioni scolastiche, non più in armonia con il nuovo assetto delle competenze dopo la riforma costituzionale del 2001 (dove la illegittimità della relativa norma), rimanesse in vita fino a quando le Regioni non avessero provveduto a organizzare l'esercizio della funzione con i propri uffici. Ma lì si trattava, anzitutto, di un problema di attuazione del nuovo riparto di competenza fra Stato e

Regione derivante dalla riforma costituzionale del 2001, non di una violazione di norme costituzionali sostanziali comportanti anche violazione di diritti, come il diritto ad essere giudicati da giudici idonei, forniti dei requisiti previsti dalla Costituzione. Inoltre la durata della “deroga” era limitata al tempo necessario perché le Regioni intervenissero con la propria disciplina, ed era giustificata dall’intento di evitare il formarsi di un vero e proprio “vuoto” normativo, che sarebbe stato anch’esso incostituzionale.

## **2. La corretta ricostruzione da parte della Corte della portata della norma dichiarata incostituzionale**

Si noti che la sentenza, nel merito della questione di costituzionalità decisa, è molto ben motivata e convincente – direi esemplare - là dove ricostruisce con cura la storia della magistratura onoraria nel nostro Paese e argomenta con chiarezza il contrasto (peraltro evidente) con la Costituzione della legge che ha previsto l’attribuzione in via ordinaria a giudici onorari, quali sono i “giudici ausiliari”, di funzioni spettanti a giudici collegiali come le Corti d’appello. E’ singolare anzi che ci sia voluto qualche anno (dal 2013) per arrivare a rilevare e ad accertare questo vizio della nuova legge, passando per una giurisprudenza che – come rilevato da uno dei due collegi della Corte di Cassazione che hanno sollevato la questione – aveva fatto affiorare alcune tendenze interpretative per le quali la Corte Suprema ha giustamente parlato di “*un fenomeno interpretativo di minimizzazione dell’art. 106, secondo comma, Cost. nella parte in cui «confina» il legislatore ordinario in ordine al ruolo dei magistrati onorari*”, e di uno “*«svuotamento» di significato*” apportato alla stessa norma costituzionale (Cass. civ., ord. 9 dicembre 2019, che ha sollevato la questione di costituzionalità: cfr. i parr. 4.6 e 4.9 dell’ordinanza).

Né si potevano certo invocare per similitudine, per giustificare la norma, previsioni costituzionali come quella che riguarda le sezioni specializzate (art. 102, secondo comma, Cost.), con cui si intende acquisire al collegio l’apporto “aggiuntivo” di professionalità ulteriori rispetto a quella, principale, propria dei giudici professionali; tanto meno il caso della nomina a consigliere di Cassazione di professori universitari e avvocati di lunga esperienza (art. 106, terzo comma, Cost.), che non sono giudici onorari ma giudici professionali selezionati in base a particolari requisiti di cultura e capacità.

La *ratio* della norma costituzionale di cui all'art. 106, secondo comma, è evidente, ed è quella di riservare in ogni caso a collegi composti da giudici professionali (salvo eventuali casi eccezionali di sostituzione necessitata per motivi di urgenza), le funzioni giudicanti di maggior rilievo e delicatezza, come quelle di appello, destinate a rivedere in seconda istanza sentenze pronunciate in primo grado, per lo più da giudici singoli, confermando, o invece correggendo tempestivamente, orientamenti interpretativi controversi, prima ancora dell'eventuale intervento della Corte suprema.

### **3. La differenza rispetto ai casi di incostituzionalità sopravvenuta, o di limitazione degli effetti “retroattivi” della pronuncia di incostituzionalità**

Come giustificare allora la sopravvivenza di una così palese “rottura” della Costituzione, ben al di là di casi precedenti in cui si era ammessa la partecipazione di magistrati onorari in un collegio giudicante quale supplenza contingente in vista di esigenze eccezionali (si pensi alla sentenza n. 103 del 1998, richiamata dalla Corte, ma che non a caso era stata, magari in nome di un'interpretazione “larga” di tale presupposto, una pronuncia di infondatezza)? Qui l'incostituzionalità è stata invece riconosciuta in pieno, eppure si è ammessa una “sopravvivenza” della norma per un futuro limitato temporalmente ma assai significativo.

Non si tratta di un caso simile a quelli in cui la Corte ha espressamente indicato in una data successiva all'entrata in vigore della norma, ma sempre anteriore alla pubblicazione della pronuncia costituzionale, la decorrenza dell'incostituzionalità e dei suoi effetti, modulando questi ultimi nel tempo (anteriore alla pronuncia) in relazione ad altre modificazioni introdotte nell'ordinamento (v. ad es. le sentt. n. 501 del 1988, n. 1 e n. 124 del 1991, n. 416 del 1992). E nemmeno si tratta, come si è accennato, di un caso simile a quelli in cui la Corte ha “salvato” gli effetti già prodotti dalla norma incostituzionale, escludendo o limitando la “retroattività” della pronuncia in relazione a rapporti, pur non esauriti, sorti prima della pronuncia medesima: come nella nota sentenza n. 10 del 2015 sull'addizionale IRES, o in altre pronunce in cui la Corte ha limitato o escluso gli effetti “retroattivi” della pronuncia di incostituzionalità, salvaguardando l'efficacia di atti e rapporti anteriori (ad es., da ultimo, sentenze n. 246 del 2019 in tema di cooperazione fra Stato e Regione; n. 152 del 2020 in tema di prestazioni previdenziali comportanti maggiore spesa): senza mai però

prevedere la perdurante applicabilità delle norme illegittime a rapporti sostanziali successivi alla pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità.

Qui non si tratta nemmeno di consentire una temporanea “sopravvivenza in deroga” di norme incostituzionali, in via transitoria e in qualche modo necessitata, per meglio organizzare il passaggio da un regime antecedente, o addirittura precostituzionale, ad uno successivo più coerente con la Costituzione, come nei casi, pur evocati dalla sentenza, della limitazione degli effetti delle pronunce dichiarative della illegittimità costituzionale delle norme sulla nomina dei giudici militari (sent. n. 266 del 1988) o sulla pubblicità delle udienze nei processi tributari (sent. n. 50 del 1989). Neanche si tratta di assicurare, come dice la Corte, la “*necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale, segnatamente dell’art. 106, secondo comma, Cost.*”. Infatti la norma dichiarata incostituzionale non si inseriva in un processo graduale di attuazione o di migliore attuazione della Costituzione, ma, al contrario, costituiva una novità assoluta, contraria alla Costituzione, introdotta solo di recente *ex novo*, senza precedenti analoghi, disattendendo per la prima volta in modo clamoroso il precetto costituzionale dell’art. 106, secondo comma, fino ad allora sostanzialmente rispettato dalle leggi. Non c’è nessuna “gradualità” possibile nel passaggio da un sistema (incostituzionale), introdotto *ex novo*, che ammette l’attribuzione a giudici onorari di funzioni spettanti a giudici collegiali ad uno (conforme alla Costituzione) che questa attribuzione correttamente escluda.

Nel nostro caso non si tratta dunque di assicurare una ordinata transizione da un regime precostituzionale, o comunque consolidato da lungo tempo, ma non conforme alla Costituzione, ad uno di piena attuazione della Costituzione: qui addirittura si consente di attendere, per togliere effetti alla norma incostituzionale introdotta pochi anni fa, un “riordino” complessivo del sistema della magistratura onoraria, che di per sé appariva già complessivamente conforme, da questo punto di vista, all’art. 106 della Costituzione, rinviando al futuro la caducazione di una nuova disciplina di recente introduzione, del tutto innovativa e palesemente incostituzionale, e quindi insuscettibile di essere sostituita o adattata, ma destinata semplicemente a cadere.

In altri casi ricordati dalla Corte, come si è accennato, si è trattato solo di “modulare” gli effetti *in praeteritum* della pronuncia di incostituzionalità, escludendo che questa potesse valere a travolgere atti già compiuti o rapporti già costituiti in passato. Qui invece si è voluto non solo consentire la sopravvivenza degli effetti già prodotti in passato dalla norma incostituzionale, evitando così di travolgere giudizi già pronunciati da collegi irregolarmente composti, ma

consentire che giudici onorari possano continuare, anche dopo la sentenza di incostituzionalità, a svolgere *ordinariamente*, in base alla norma incostituzionale, funzioni collegiali, in violazione del preciso divieto costituzionale.

#### **4. La non persuasiva giustificazione della pronuncia in nome dell'interesse dell'amministrazione della giustizia**

Il motivo sostanziale per decidere nel modo che si è detto è stato indicato dalla Corte in una *“temporanea tollerabilità costituzionale”* rispetto al parametro invocato, per *“l’incidenza dei concorrenti valori di rango costituzionale”*, cioè allo scopo di evitare, nell'immediato, *“un grave pregiudizio all’amministrazione della giustizia”* derivante dall'immediata inutilizzabilità dell'apporto alle Corti d'Appello dei predetti giudici onorari.

Ma non si può dire che questo fosse l'unico modo per evitare una grave e non altrimenti affrontabile crisi del servizio giustizia. Infatti non mancano altri rimedi per colmare i “vuoti” che si produrrebbero negli uffici col venir meno della normativa incostituzionale: vuoti peraltro, anche in futuro, mai colmabili ricorrendo in via ordinaria a giudici onorari, in contrasto con la Costituzione: a meno di modificare l'articolo 106, come si era tentato di fare con una iniziativa, ricordata dalla Corte ma rimasta senza seguito, e peraltro di assai dubbia opportunità, poiché essa equivarrebbe ad accantonare il principio di fondo per cui le strutture giudicanti di maggior livello sono affidate a giudici professionali selezionati per concorso.

I rimedi “giusti” per consentire una ordinata prosecuzione dei processi, nel rispetto della Costituzione, in realtà esistono, e possono e debbono essere apprestati, principalmente attraverso iniziative anche straordinarie di reclutamento di nuovi magistrati professionali, e attraverso il potenziamento immediato e consistente degli uffici per il processo, in cui il giudice professionale possa trovare maggiore supporto nello svolgimento delle sue funzioni: oltre che, eventualmente, attraverso riforme semplificatrici dei procedimenti giudiziari, o altre riforme intese a ridurre la domanda di giustizia cui deve rispondere la magistratura professionale. Senza dire della possibilità di innalzare di nuovo (anche in modo permanente) l'età pensionabile dei giudici professionali, consentendo così di continuare ad utilizzarli senza privare troppo presto, nell'immediato, gli uffici dell'apporto prezioso, già disponibile, della loro professionalità ed esperienza.

Tutto insomma, meno che dare nuovo avallo ad un utilizzo praticamente quasi indifferenziato di giudici professionali (che devono essere reclutati in numero sufficiente e formati seriamente per le funzioni più delicate loro riservate), e di giudici onorari, che dovrebbero essere meglio differenziati dai primi per modalità di reclutamento e di assegnazione agli uffici nonché per il loro *status*: allontanandosi il meno possibile dall'idea originaria di una giustizia "di prossimità", amministrata da persone in grado di svolgere tali funzioni non in esclusiva, in base alle loro pregresse o contemporanee diverse esperienze nella società: senza fare della magistratura onoraria un sorta di carriera giudiziaria professionale "di secondo livello" per chi non trova altro impiego o non riesce a sviluppare un'attività libero-professionale adeguata.