



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2024 FASCICOLO III

Roberto Pinardi

La Corte e il venir meno del vizio di incostituzionalità
(a margine di una pronuncia di “legittimità costituzionale sopravvenuta”)

2 settembre 2024

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



Roberto Pinardi

La Corte e il venir meno del vizio di incostituzionalità
(a margine di una pronuncia di “legittimità costituzionale sopravvenuta”)*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’*iter* argomentativo che caratterizza la [sentenza n. 140 del 2024](#). – 3. Una pronuncia di “legittimità costituzionale sopravvenuta”. – 4. Sull’interpretazione diacronica della legge sottoposta al vaglio della Corte. – 5. Il venir meno del *vulnus* costituzionale (alcuni casi tipici). – 6. Tre aspetti peculiari della [sentenza n. 140 del 2024](#). – 6.1. Il passaggio dall’illegittimità alla legittimità della normativa *sub iudice* è determinato da una pronuncia della Corte costituzionale. – 6.2. Sul *dies a quo* della legittimità *superveniens* e sui suoi effetti nel giudizio principale – 6.3. “Legittimità costituzionale sopravvenuta” e art. 136, comma 1, Cost.

ABSTRACT: *The article examines Constitutional Court ruling no. 140 of 2024, focusing on "supervening constitutional legitimacy" and its application in this case. The Court upheld the payback mechanism for medical devices as reasonable and proportionate, despite concerns about legal certainty and company expectations. The article also notes how a prior ruling (no. 139 of 2024) altered the rule's proportionality, rendering the raised objections unfounded. Additionally, it discusses the diachronic interpretation of the law and timing issues related to the ruling's publication.*

1. Premessa

La [sentenza n. 140 del 2024](#) presenta profili di interesse con riguardo ad alcuni passaggi argomentativi che la Corte costituzionale sviluppa nel punto 8.1 del *Considerato in diritto*. Passaggi che mi inducono a tornare sulla nozione di “legittimità costituzionale sopravvenuta” nonché a soffermarmi sul suo peculiare utilizzo riscontrabile nel caso di specie.

Ma procediamo con ordine e ricostruiamo, innanzitutto, nei suoi tratti essenziali, l’*iter* argomentativo che caratterizza la pronuncia *de qua*.

2. L’*iter* argomentativo che caratterizza la [sent. n. 140 del 2024](#)

La Corte si trovava a giudicare su alcune questioni sollevate dal TAR del Lazio, con riguardo all’art. 9-*ter* del d. l. n. 78 del 2015 (come convertito nella l. n. 125 dello stesso anno), nella parte in cui tale disposizione prevede il cosiddetto *payback* per i dispositivi medici, ossia impone a carico delle aziende che forniscono tali dispositivi al Servizio sanitario nazionale di

* .

Roberto Pinardi è professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell’Università di Modena-Reggio Emilia.



corrispondere una quota della somma necessaria a ripianare lo sfioramento del tetto di spesa che viene imposto alle Regioni per l'acquisto di materiale del genere. Dopo aver ricostruito puntualmente il quadro normativo in cui si inserisce la disciplina impugnata ed aver circoscritto il *thema decidendum* alle previsioni concernenti il *payback* per come queste hanno inciso nel periodo 2015-2018, la Corte affronta, nel merito, le doglianze prospettate dal giudice *a quo*, giungendo, alla fine, all'adozione di una pronuncia di non fondatezza.

Rilievo centrale, nel ragionamento del giudice delle leggi, rivestono alcune riflessioni sviluppate per respingere le censure formulate in rapporto all'art. 41 Cost.¹. Parametro che, secondo il giudice rimettente, risultava violato da una misura che era il frutto di un bilanciamento «irragionevole e non proporzionato» tra la libertà di iniziativa economica che deve riconoscersi alle aziende coinvolte ed il limite dell'«utilità sociale» che il secondo comma della disposizione costituzionale impone al suo esercizio.

La Corte, dal canto suo, da un lato, riconosce apertamente che «il meccanismo del *payback* presenta criticità con riguardo, soprattutto, alla tutela delle aspettative delle imprese e alla certezza dei rapporti giuridici»; dall'altro, tuttavia, «considerate le plurime e rilevanti finalità perseguite dal legislatore», ritiene che tale meccanismo «non risult[*i*] irragionevole né sproporzionato».

Non irragionevole perché «pone a carico delle imprese un contributo solidaristico che trova giustificazione nell'esigenza di assicurare la dotazione di dispositivi medici necessaria alla tutela della salute, soprattutto in una generale situazione economico-finanziaria altamente critica».

Con riferimento, invece, «alla valutazione della proporzionalità del meccanismo in questione, assume decisivo rilievo» – nel pensiero dell'organo di giustizia costituzionale – «il fatto che questa Corte, con [sent. n. 139 del 2024](#), ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 3, del d.l. n. 34 del 2023, come convertito, [...] “nella parte in cui non estende a tutte le aziende fornitrici di dispositivi medici la riduzione al 48 per cento della quota determinata dai provvedimenti regionali e provinciali di cui all'art. 9-ter, comma 9-bis, del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78”». Come conseguenza, infatti, di tale pronuncia – prosegue la Consulta – «anche le aziende che non hanno rinunciato al contenzioso sono tenute a versare, per le annualità 2015, 2016, 2017 e 2018, una somma» che, corrispondendo «a meno della metà di quella ad esse richiesta con i provvedimenti impugnati nei giudizi *a quibus*, [...] rende l'onere a carico delle imprese, limitatamente al suddetto periodo, non sproporzionato. Né può ritenersi che il *payback* abbia ridotto eccessivamente i margini di utile delle imprese, essendo indimostrato che si sia prodotto un tale effetto».

¹ Cfr. al riguardo, le argomentazioni che si leggono nel punto 8.1 della motivazione in diritto e da cui sono tratte le citazioni riportate, di seguito, nel testo.



3. Una pronuncia di “legittimità costituzionale sopravvenuta”

In sintesi: nel ragionamento della Corte costituzionale «assume decisivo rilievo» il fatto che la modifica di una disposizione che non era oggetto dell’odierno giudizio, ad opera di una propria pronuncia di carattere additivo, abbia reso «non sproporzionato» il sacrificio che veniva richiesto alle aziende fornitrici di dispositivi medici. Mentre siffatto sacrificio sarebbe risultato, al contrario – cioè in assenza della pronuncia in parola – censurabile, «con riguardo, soprattutto, alla tutela delle aspettative delle imprese e alla certezza dei rapporti giuridici».

In questo modo, pertanto, il giudice delle leggi, per un verso, riconosce che la disciplina *sub iudice* non contrasta, attualmente², con l’art. 41 Cost., da cui l’adozione di un dispositivo di rigetto; per l’altro, tuttavia, accerta anche l’originaria “sproporzione” – e dunque l’originaria incostituzionalità – della misura legislativa sottoposta al suo scrutinio. Dando luogo, in tal modo – se complessivamente considerato – ad uno schema argomentativo che risulta analogo, ma inverso, rispetto a quello che caratterizza le pronunce di “incostituzionalità sopravvenuta”, se è vero che con queste, al contrario, la Corte accerta (e del tutto conformemente dichiara³) che il contrasto tra la norma scrutinata ed il parametro costituzionale di giudizio si è determinato, in realtà, solo a partire da un momento successivo rispetto a quello dell’entrata in vigore della normativa censurata.

4. Sull’interpretazione diacronica della legge sottoposta al vaglio della Corte

Ogniquale volta la Corte accerta che il vizio⁴ della disciplina impugnata si è determinato (oppure, viceversa, è venuto meno) in un momento successivo rispetto a quello della sua entrata in vigore, essa fonda il proprio ragionamento di logica giuridica su una (implicita, ma ineludibile) premessa di ordine teorico che consiste nella possibilità di interpretare in senso *diacronico* la disposizione oggetto del suo sindacato. Di modo che, utilizzando, in concreto, la tradizionale dicotomia dialettica tra “norma” e “disposizione”⁵ non tanto (o non solo) nei consueti termini sincronici – per cui da un unico testo legislativo vengono ricavate, in via interpretativa, distinte norme parziali, alternative, componibili, ecc. – quanto piuttosto in

² Ma su questo aspetto del ragionamento sviluppato dalla Corte, cfr. quanto evidenziato, *infra*, al par. 6.3.

³ Ciò che distingue questa tecnica decisionale dalle pronunce “temporalmente manipolative”, nelle quali, al contrario, si registra uno iato tra il momento del verificarsi del *vulnus* costituzionale accertato ed il *dies a quo* della dichiarata incostituzionalità (su questa distinzione, tra gli altri, cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2022, 223 ss. e gli Autori *ivi* richiamati).

⁴ Materiale, si potrebbe aggiungere, se è vero che vige, viceversa, per i vizi di natura formale, la regola del *tempus regit actum*.

⁵ Dovuta, come è assai noto, a V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano 1964, 195 ss.; *Id.*, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, 39 ss.



termini diacronici, la Corte enuclea da un medesimo enunciato dispositivo norme diverse dal punto di vista della loro efficacia nel tempo ed in tal modo riesce a circoscrivere a singole *tranche* della vigenza temporale della legge impugnata le proprie valutazioni.

Ebbene, proprio perché «si ammette generalmente la scindibilità nel tempo della serie di norme ricavate dal medesimo testo»⁶, questo modo di procedere della Corte costituzionale mi è sempre parso – a prescindere da qualsivoglia valutazione più specifica circa la validità delle motivazioni addotte nelle singole decisioni – esente da rilievi critici. Giacché il *dictum* della Corte rimane, in casi del genere, nell’ambito di un’attività che è meramente dichiarativa.

Si potrebbe anzi evidenziare che si tratta, se ben si considera, di un *modus operandi* addirittura doveroso. Essendo compito, infatti, del giudice delle leggi non soltanto accertare l’esistenza di un *vulnus* costituzionale, ma anche individuarne, con la massima precisione possibile, il perimetro, così da evitare che l’annullamento di una legge illegittima finisca per coinvolgere anche periodi della sua vigenza temporale rispetto ai quali, viceversa, non è possibile predicare un suo contrasto con la Costituzione.

5. *Il venir meno del vulnus costituzionale (alcuni casi tipici)*

Alla luce di siffatte premesse, in un saggio monografico ormai lontano nel tempo⁷, mi ero spinto ad ipotizzare alcuni casi tipici in cui la Corte costituzionale sarebbe potuta pervenire all’adozione di pronunce di “legittimità costituzionale sopravvenuta”⁸.

Ricavando, in verità, tali ipotesi – come già segnalavo in quella sede – semplicemente “rovesciando” alcune fattispecie di giudizio in cui la Corte, viceversa, si era già pronunciata per la incostituzionalità *superveniens* della normativa scrutinata⁹.

⁶ In termini G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quad. cost.*, 1989, 79.

⁷ Il riferimento è a R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d’incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 67 ss.

⁸ È ovvio, poi, che il verificarsi di ipotesi siffatte presuppone che il giudice delle leggi non sia già intervenuto con una precedente pronuncia di natura caducatoria, onde annullare la disciplina *de qua* in ragione del vizio che ne connota *ab origine* la vigenza, eliminando, in tal modo, l’oggetto stesso di ogni possibile e futura impugnazione.

⁹ Cfr., nel medesimo senso, P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale ‘differita’ fra l’esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell’auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, rispettivamente 404 e 403, il quale rileva che «le stesse ipotesi tradizionali della incostituzionalità sopravvenuta potrebbero ricorrere anche per giustificare» l’«opposta ipotesi – per dir così – di ‘costituzionalità sopravvenuta’, nella quale la norma originariamente incostituzionale trapassi ad una condizione di conformità a Costituzione».



Un primo caso concerne l'ipotesi, che era già stata, peraltro, adombrata in dottrina¹⁰, in cui un vecchio parametro costituzionale venga sostituito da uno nuovo, cui la disciplina anteriore risulti conforme. Questa ipotesi è stata oggetto di peculiare attenzione, anche in tempi recenti, con specifico riguardo al controllo di legittimità costituzionale in via diretta¹¹.

In secondo luogo, si può pensare all'eventualità in cui il passaggio dall'incostituzionalità alla costituzionalità della normativa impugnata dipenda dall'adozione o viceversa dall'abrogazione di un'altra disciplina legislativa, laddove ciò renda "ragionevole" una previsione normativa precedentemente censurabile¹².

In terzo luogo, la sopraggiunta legittimità della disciplina denunciata può dipendere non tanto dal verificarsi di un fatto puntuale, come nei due casi cui ho appena accennato, quanto piuttosto da un processo per la cui concreta maturazione è risultato necessario il decorso di un certo periodo (più o meno) lungo di tempo¹³. Come nell'ipotesi di un mutamento nella "coscienza sociale" o di una graduale trasformazione del quadro legislativo (o giurisprudenziale) in cui la norma si trova inserita.

6. Tre aspetti peculiari della [sent. n. 140 del 2024](#)

Ora, rispetto a quanto sin qui descritto, la [sent. n. 140 del 2024](#) si segnala – *in parte qua* – all'attenzione del lettore per un triplice ordine di peculiarità tra loro connesse.

6.1. Il passaggio dall'illegittimità alla legittimità della normativa sub iudice è determinato da una pronuncia della Corte costituzionale

Primo: l'accadimento che determina la legittimità *superveniens* della previsione *sub iudice* consiste (non tanto nella modifica legislativa, quanto piuttosto) nella modifica conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disciplina diversa rispetto a quella

¹⁰ Da M. PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. del dir.*, XXII, Milano, 1973, 926.

¹¹ Cfr. infatti, al riguardo, le riflessioni sviluppate da C. PADULA, *Il mutamento del parametro: la legittimità sopravvenuta delle leggi regionali*, in D. de Pretis - C. Padula (a cura di), *Questioni aperte nei rapporti tra Stato e Regioni*, Giappichelli, Torino, 2023, 191 ss.

¹² Un accenno a questo caso in A. CERRI, *Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento "datate"*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 2441, il quale parla, a giusta ragione, di «una sorta di "anacronismo legislativo" rovesciato».

¹³ Di modo che, in occasioni del genere, come già si verifica nell'ipotesi speculare di pronunce di "incostituzionalità sopravvenuta", l'evidente difficoltà di stabilire con precisione il momento esatto in cui cessa il contrasto tra la legge ed il parametro costituzionale di riferimento finisce per conferire al giudizio della Corte un maggior grado di discrezionalità valutativa (ciò che non esclude, tuttavia – per lo meno a mio avviso – che la Consulta, anche in simili occasioni, possa pronunciarsi per la legittimità (o l'illegittimità) *superveniens* della normativa *sub iudice*: mi sia consentito rinviare, sul punto, alle riflessioni sviluppate in R. PINARDI, *La Corte*, cit., spec. 63-64, nota 27).



sottoposta al controllo della Corte. Circostanza, questa, che non pone, ritengo, problemi particolari circa la correttezza dell'operato dell'organo di giustizia costituzionale, se è vero che la possibilità, per quest'ultimo, di "riscrivere", con pronunce di natura "manipolativa" – e dunque con l'efficacia *erga omnes* che è garantita alle sentenze caducatorie – la normativa che è oggetto del suo sindacato è ormai pacifica da tempo¹⁴.

Si noti, tuttavia, che ciò non significa che il caso in esame risulti totalmente sovrapponibile alla seconda ipotesi cui accennavo, *supra*, nel paragrafo 5. Se è vero che mentre l'adozione o l'abrogazione che interviene ad opera del decisore politico non ha (di norma) effetti "retroattivi", lo stesso non può dirsi per le declaratorie di illegittimità costituzionale¹⁵.

Si può discutere, inoltre, se, contrariamente a quanto avviene nei tre casi tipici che ho poc'anzi evidenziato, a seguito dell'adozione di una pronuncia additiva o sostitutiva si può determinare esclusivamente il venir meno di un *vulnus* costituzionale, ma non, viceversa, l'ipotesi opposta, ossia l'incostituzionalità sopravvenuta della disciplina impugnata. Mi limito qui a ricordare, a tal proposito, che, secondo una parte della dottrina¹⁶, ciò risulta possibile nel caso in cui la Corte costituzionale adotti una pronuncia additiva di prestazione che determini l'applicazione di una legge di spesa anche a fattispecie che la stessa non prendeva in considerazione, rendendo in tal modo insufficiente la copertura finanziaria originariamente prevista. In simili frangenti, infatti, secondo l'opinione *de qua*, si determinerebbe, proprio a causa del *dictum* del giudice delle leggi – e dunque a far tempo dal giorno successivo alla pubblicazione della sua pronuncia manipolativa – «una situazione di incostituzionalità sopravvenuta ex art. 81 ult. comma Cost.»¹⁷.

¹⁴ Almeno con riferimento, si potrebbe aggiungere, alle classiche pronunce additive o sostitutive "a rime obbligate" (secondo la celebre definizione coniata da V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Il Mulino, Bologna, 1978, 84), essendo in corso, al contrario, un acceso dibattito dottrinale sull'ammissibilità di pronunce manipolative "a rime possibili", sul quale mi permetto di rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a R. PINARDI, *Sulle più recenti tecniche decisorie elaborate dalla corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore: le sentenze a "rime possibili" e le ordinanze di "incostituzionalità prospettata*, Relazione al Seminario di Milano del 13 gennaio 2023 su: *Le decisioni dei giudici costituzionali e i loro effetti*, in corso di pubblicazione sulla [Rivista del Gruppo di Pisa](#), spec. § 4.1.

¹⁵ Ciò che comporta conseguenze concrete in ordine al tenore della decisione che verrà adottata dal giudice *a quo*, come si avrà modo di porre in evidenza, con riguardo al caso di specie, nel corso del paragrafo successivo.

¹⁶ Per indicazioni bibliografiche più precise cfr., al riguardo, R. PINARDI, *La Corte*, cit., 45-46, nota 19.

¹⁷ Testualmente F. DONATI, *Sentenze della Corte costituzionale e vincolo di copertura finanziaria ex art. 81 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1989, II, p. 1548 (naturalmente l'Autore faceva riferimento, nell'occasione – *ratione temporis* – all'ultimo comma dell'art. 81 Cost. nel testo precedente alla modifica operata dalla l. cost. n. 1 del 2012).



6.2. *Sul dies a quo della legittimità superveniens e sui suoi effetti nel giudizio principale*

Secondo: il fatto che determina il venir meno del *vulnus* costituzionale, e cioè l'adozione della [sentenza n. 139 del 2024](#), si situa a stretto ridosso della pronuncia in commento, collocandosi, infatti, in un momento temporale successivo non soltanto al sorgere dei rapporti giuridici di cui si discute nel giudizio principale o al concreto instaurarsi di quest'ultimo, ma addirittura al momento in cui il TAR del Lazio ha sollevato, con le ordinanze del 24 e del 30 novembre 2023, la questione di legittimità costituzionale.

Ciò non dovrebbe, tuttavia, sortire alcun effetto circa il tenore della decisione che il giudice *a quo* è chiamato, ora, ad assumere, in quanto, nonostante sia stata accertata, in motivazione, l'illegittimità della normativa impugnata anche con riferimento al periodo in cui sono sorti i rapporti che sono oggetto di contestazione, l'efficacia "retroattiva" della modifica apportata dalla [sent. n. 139](#) fa sì che il giudice rimettente possa applicare, nei confronti delle aziende ricorrenti, la disciplina impugnata tenendo conto di quella riduzione al 48 per cento della quota dovuta che rende non sproporzionata, e dunque ragionevole, la previsione di un *payback* per i dispositivi medici.

6.3. *"Legittimità costituzionale sopravvenuta" e art. 136, comma 1, Cost.*

Terzo: come s'è visto, la Corte costituzionale respinge le doglianze prospettate ritenendo «decisiva» la modifica apportata all'art. 8, comma 3, del d. l. n. 34 del 2023, ossia l'estensione «a tutte le aziende fornitrici di dispositivi medici» della «riduzione al 48 per cento della quota determinata dai provvedimenti regionali e provinciali di cui all'art. 9-ter, comma 9-bis, del decreto-legge 19 giugno 2015, n. 78». Peccato, però, che, nel momento in cui la Corte si pronuncia in tal senso, la modifica in parola, frutto della (quasi) contemporanea¹⁸ [sent. n. 139 del 2024](#), non fosse ancora intervenuta (*rectius*: non fosse ancora giuridicamente efficace). In quanto la [sent. n. 140](#) porta la data del 3 luglio del 2024, mentre la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della [sent. n. 139](#) – da cui dipende, ex art. 136, comma 1 Cost., il prodursi degli effetti dell'accoglimento (anche manipolativo, com'è pacifico) – si è avuta solamente in data 24 luglio¹⁹.

Né si potrebbe replicare a questa osservazione facendo riferimento al giorno del deposito della [sent. n. 139](#) nella cancelleria della Consulta, in applicazione della tesi risalente, ma autorevole, secondo cui la vera pubblicazione della declaratoria d'incostituzionalità, ai sensi

¹⁸ La [sent. n. 139](#) è infatti datata 19 giugno 2024.

¹⁹ Cfr. infatti, al riguardo, *Gazzetta ufficiale, 1ª serie speciale*, 24 luglio 2024, n. 30.



e per gli effetti dell'art. 136 Cost., è appunto quella effettuata con il deposito in cancelleria²⁰, in quanto anche siffatto deposito è avvenuto, comunque, ben oltre il 3 luglio, ossia il 22 dello stesso mese.

Insomma: se è vero che la Corte non poteva non sapere della modifica dell'art. 8, comma 3, cit. che era stata da lei stessa operata solo pochi giorni prima e del fatto che tale modifica incideva sull'esito del giudizio di costituzionalità che aveva ad oggetto l'art. 9-ter del d. l. n. 78 del 2015 (così come convertito dalla l. n. 125 dello stesso anno), è altrettanto vero che tale semplice conoscenza di un fatto avvenuto non può sostituirsi al meccanismo costituzionalmente previsto dal cui solo avverarsi dipende il prodursi degli effetti giuridici di ogni sentenza di accoglimento. E quindi anche il venir meno del *vulnus* che inficiava la disciplina impugnata e con esso la possibilità di addivenire ad una pronuncia di non fondatezza delle questioni prospettate ex art. 41 Cost. Sicché una gestione più oculata dei tempi del processo costituzionale, di cui la Corte, peraltro, è «padrona assoluta»²¹, avrebbe consentito di giungere al medesimo esito dispositivo senza dar vita, per questo, alla disarmonia segnalata.

²⁰ Così A. PACE, *Osservazioni sulla "pubblicazione" delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1965, 462 ss.; ID., *Ancora sul "deposito in cancelleria" come "pubblicazione" delle pronunce di illegittimità costituzionale*, ivi 1970, 2056 ss.

²¹ Per riprendere un'efficace affermazione, formulata proprio con riguardo al giudizio sulle leggi, da T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997, 214.