



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

OTTAVO SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
19 SETTEMBRE 2019

TRA TUTELA ORDINAMENTALE E DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA: LE
UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNGEN QUALE POSSIBILE MODELLO DI ISPIRAZIONE
PER LA GESTIONE DEGLI EFFETTI DELLE SENTENZE DI ACCOGLIMENTO *

NANNAREL FIANO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le *Unvereinbarkeitserklärungen*. – 3. Il rapporto tra il Giudice costituzionale ed il legislatore tra l’esperienza italiana e quella tedesca. – 4. Il rispetto della discrezionalità legislativa tra l’esperienza italiana e quella tedesca. – 5. La necessità di evitare “conseguenze eccessive”: l’esperienza italiana e quella tedesca a confronto. – 6. Una breve indagine: tecniche decisorie a confronto. – 7. Conclusioni: necessità di riforma della disciplina degli effetti. Quali modalità?

1. Premessa

L’intervento in oggetto si pone l’obiettivo di evidenziare le analogie e le differenze tra la giurisprudenza temporalmente manipolativa posta in essere dal *Bundesverfassungsgericht*¹ corrispondente alle decisioni di incompatibilità (le c.d. *Unvereinbarkeitserklärungen*), e quella della Corte costituzionale.

Tanto premesso, pare significativo evidenziare sin da subito che il fenomeno del differimento degli effetti delle sentenze di accoglimento rappresenta un aspetto problematico e fortemente attuale della giustizia costituzionale.

Un confronto serrato con la *ratio* e con i nodi critici delle *Unvereinbarkeitserklärungen* risulta pertanto utile non solo al fine di valutarne possibili sbocchi nella giurisprudenza costituzionale italiana, ma anche per indagare una questione ancora aperta che interessa il Giudice delle leggi sin dall’inizio della propria attività di Custode delle Costituzioni.

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Sul punto si veda M. D’AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in (a cura di M. D’AMICO, F. BIONDI), “La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 41 e ss.

Come noto, la questione relativa ai limiti all'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento ha svolto un ruolo non secondario sin dalla giurisprudenza degli anni sessanta: soprattutto in seguito all'adozione della sent. n. 52 del 1965 è emersa una forte tensione tra Corte costituzionale e Corte di Cassazione penale, posto che quest'ultima aveva inteso attribuire un'efficacia solamente *pro futuro* alle decisioni di accoglimento intervenute in materia processuale penale, così derogando al principio di retroattività. In occasione della nota sent. n. 127 del 1966, il Giudice delle leggi ha sancito la coerenza sistematica tra l'art. 136 Cost. e l'art. 30 della l. n. 87 del 1953, ribadendo in tal modo l'efficacia retroattiva delle proprie pronunce; con la sent. n. 49 del 1970, invece, è stato posto in essere un significativo *révirement*, avendo stabilito la Corte costituzionale di lasciare "l'ultima parola" ai giudici in punto di determinazione degli effetti.

In seguito, il tema dell'efficacia delle sentenze di accoglimento fu affrontato dalla dottrina in occasione del Seminario tenutosi presso il Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, nel quale furono sviluppate ampie riflessioni intorno alle problematicità della prassi temporalmente manipolativa inaugurata dalle note sentt. nn. 266 del 1988 e 50 del 1989.

Successivamente, il Giudice delle leggi ha adottato ulteriori (ma limitate) pronunce derogatorie rispetto alla disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento, quali la sent. n. 1 del 1991² in tema di pensioni nel settore pubblico, la significativa sentenza "meccanismo" n. 243 del 1993 in materia di previdenziale, la nota sentenza n. 360 del 1996 in tema di reiterazione dei decreti legge non convertiti e la più recente sent. n. 1 del 2014³.

La questione relativa alla modulazione degli effetti nel tempo è stata nuovamente al centro del dibattito sulla giustizia costituzionale in seguito all'adozione della sent. n. 10 del 2015, alla quale sono seguite le sentt. nn. 178 del 2015 e 188 del 2016, fino ad arrivare alla recente pronuncia con cui il Giudice delle leggi ha agito, seppur secondo una modalità *sui generis*, sul tempo degli effetti delle proprie pronunce, cioè a dire l'ord. n. 207 del 2018⁴; ancora, si segnala la recentissima sent. n. 246 del 2019 dotata di efficacia meramente *ex nunc*, in occasione della quale la Corte costituzionale ha fatto salvi gli effetti utili dell'azione amministrativa⁵.

² Cfr. C. COLAPIETRO, in *Giur. it.*, 1991, 1103-1104; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1993, 60.

³ La dottrina ha espresso alcune criticità quanto agli effetti pratici conseguenti a tale pronuncia: cfr. P. CARNEVALE, *La Corte vince ma non (sempre) convince*, in *Nomos*, 2014, 9-17; G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in www.forumcostituzionale.it, 2014. Sembra che la Corte costituzionale, in tale occasione, abbia inteso percorrere una concezione "soggettiva" della giustizia costituzionale; sul punto si veda A. ANZON DEMMING, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in www.rivistaaic.it, 2015, 10-11.

⁴ Chi scrive intende mettere in evidenza il fatto che la pronuncia in questione costituisce un modello decisionale del tutto innovativo, che sembra rappresentare un *quid pluris* rispetto ad una mera decisione di natura interlocutoria; se è vero quindi che il carattere non definitivo della stessa costituisce un profilo critico rispetto alla possibilità di annoverarla *de plano* tra le decisioni che modulano gli effetti nel tempo, tuttavia il differimento degli effetti in essa contenuto permette, forse, di qualificarla quale pronuncia temporalmente manipolativa nel senso *ampio* del termine.

⁵ A commento della pronuncia si veda M. D'AMICO, *Una "vistosa" motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, in "Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale" 1/2020, 141-144; per un approccio critico alla pronuncia alla luce della sistematizzazione delle pronunce temporalmente manipolative che viene svolta in essa da parte della Corte costituzionale si veda R. PINARDI, *Incostituzionalità "sopravvenuta" vs. manipolazione degli effetti temporali: alcune precisazioni terminologiche concettuali (sent. n. 246/19)*, in www.forumcostituzionale.it, 2019.

2. Le Unvereinbarkeitserklärungen

Prima di affrontare il tema del modello decisionale delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, evidenziandone pregi e criticità, occorre sottolineare il fatto che il sistema di giustizia costituzionale tedesco presenta, tra gli altri, in via del tutto analoga a quello italiano, un controllo di legittimità costituzionale in via incidentale⁶.

Il *Bundesverfassungsgericht* ha “inventato”⁷ le decisioni di incompatibilità per “fornire risposte adeguate, anche sotto il profilo degli strumenti decisori, alle variegate forme in cui l’invalidità della legge può manifestarsi sotto il profilo temporale”⁸, come sembra di fatto stia da tempo (e di molto recente, come posto in evidenza nel paragrafo antecedente) cercando di fare anche il Giudice delle leggi italiano⁹.

Secondo autorevole dottrina, una delle ragioni che si collocano alla base della deroga rispetto al tradizionale dogma della nullità della norma incostituzionale consiste nella progressiva “costituzionalizzazione” dell’ordinamento giuridico, dovuta in gran parte all’estensione dei diritti fondamentali, la quale esige maggiore elasticità “decisionale”¹⁰ in capo al Giudice costituzionale.

È quindi proprio tale visione “dinamica” del rapporto tra legge incostituzionale e contesto normativo ad avere stimolato il *BVerfG* ad intervenire sui propri strumenti decisori forzando il quadro normativo di riferimento, così introducendo un nuovo modello decisionale in via del tutto pretoria¹¹ che è stato flesso “nei modi ritenuti più opportuni, quanto alla perdurante efficacia o all’immediata inefficacia della normativa che ne è colpita”¹², in seguito positivizzato dal legislatore nel 1970 in occasione dell’entrata in vigore della quarta legge di modifica del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* il 21.12. 1970.

Tanto premesso, la tradizionale¹³ teoria della *nullità ipso iure* della norma dichiarata incostituzionale e quindi, specularmente, della natura “dichiarativa” della declaratoria di incostituzionalità, si fonda su diverse disposizioni costituzionali¹⁴, nonché su diversi modelli giuridici¹⁵, volti ad affermare il principio della “*lex superior derogat lex inferiori*”. D’altra parte,

⁶ C.d. *konkrete Normenkontrolle*.

⁷ Così K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H. Beck, München, 2018, 320.

⁸ Si tratta di una citazione presa a prestito da M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, Cedam, Padova, 2000, 314.

⁹ Cfr. M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in “La Corte costituzionale e i fatti”, cit., 339.

¹⁰ U. BATTIS, in (a cura di J. ISENSEE - P. KIRCHHOF), *Handbuch des Staatsrechts*, 2014, § 275 *Der Verfassungsverstoß und seine Rechtsfolgen*, 2014, 803-804; similmente anche la dottrina italiana: cfr. C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli, 2013, 166.

¹¹ In occasione dell’adozione della decisione *BVerfGE* 28, 227 (*Steuerprivileg, Landwirte*), e tuttavia, già verso la fine degli anni cinquanta, il *BVerfG* aveva iniziato a derogare rispetto all’adozione della sentenza di nullità (*Nichtigkeitserklärung*). Cfr. F. PEDRINI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l’esperienza tedesca*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

¹² Cfr. M. BIGNAMI, *Il Caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in (a cura di F. S. MARINI, C. CUPELLI), “Il caso Cappato”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, cit., 29.

¹³ La nullità *ipso iure* trova la sua origine in una concezione generale e consolidata; cfr. K. GRAßHOF, in (a cura di C. BURKICZAK, F. W. DOLLINGER, F. SCHORKOPF) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 2015, 1172; ancora, si veda A. ARNDT, *Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, in *DöV*, 1959, 81 ss.

¹⁴ Cfr. gli artt. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 *GG*.

¹⁵ M. DIETZ, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2011, 125.

anche gli artt. 78 I, 82 I e 95 III *BVerfGG* fanno riferimento - precisamente - alla nullità della norma incostituzionale¹⁶.

Sembra quasi che le decisioni di incompatibilità, come si accennava, positivizzate solamente venti anni dopo il loro utilizzo agli artt. 31 II e 79 I *BVerfGG*¹⁷, abbiano plasmato la disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità: come infatti afferma significativamente la dottrina, alla luce della rilevante diffusione delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, l'art. 78 *BVerfGG* rappresenta, oramai, una disposizione "incompleta"¹⁸.

Eppure, occorre rilevare che un fondamento giuridico legittimante di tale prassi non sembra essere ancora stato individuato dalla dottrina¹⁹.

Come giustificare quindi l'utilizzo delle decisioni di incompatibilità alla luce della tradizionale teoria della nullità della norma?

Attenta dottrina ha affermato che una delle possibili modalità di superamento di tale *empasse* di sistema consista nella relativizzazione del principio della nullità *ab origine* della norma dichiarata incompatibile: la validità di una norma incostituzionale, in altri termini, può porsi alla base del rispetto di un principio costituzionale²⁰ "altro" rispetto a quello violato dalla norma non conforme a Costituzione.

Dinnanzi ad una norma costituzionalmente illegittima, il *BVerfG* può in via generale adottare, alternativamente, la decisione di nullità o la decisione di incompatibilità.

In linea di massima²¹, queste ultime corrispondono a due *ratio* diverse²²:

a) quella di dichiarare l'incompatibilità di una norma con la Costituzione, senza che a ciò consegua l'eliminazione della stessa dall'ordinamento giuridico, in quanto, in caso contrario, l'efficacia *ex tunc*, tipica della declaratoria di incostituzionalità, potrebbe creare una situazione di

¹⁶ K. SCHLAICH, C. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 320.

¹⁷ Sulla riforma di tale articolo si veda C. PESTALOZZA, *Die Geltung verfassungswidriger Gesetze*, in AöR, 1971, 27 e ss.; H. BRINCKMANN, *Die fingierte Geltung*, in DöV, 1970, 406 e ss.

¹⁸ K. GRAßHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 1180. Ciò anche alla luce dello scarso utilizzo che il *BVerfG* fa della *Nichtigkeitsklärung*.

¹⁹ V. K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 337-338.

²⁰ In punto di relativizzazione dei principi costituzionali si veda l'autorevole dottrina di J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998, 15; M. DIETZ, *Verfassungsrechtliche Unvereinbarkeiten: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen*, cit., 183; così M. RUOTOLO, *La dimensione temporale*, cit., 377.

²¹ Sulla problematica identificazione dei campi di applicazione delle decisioni di incompatibilità si veda B. E. STREHLE, *Rechtswirkungen verfassungsgerichtlicher Normenkontrollentscheidungen*, Shulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1980, 111; J. BLÜGGEL, *Unvereinbarkeitserklärung statt Normkassation*, cit., 19; A. GERONTAS, *Die Appellentscheidungen, Sonderappelle und die bloße Unvereinbarkeitserklärung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in DVBl, 1982, 488; F. HUFEN - NÖRR - STIEFENHOFER LUTZ, *Beschränkung von Urteilstwirkungen im Falle der Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Rechtsnormen – Teil I – Rechtsgutachten*, 2018, 8, nota 18. La dottrina afferma che risulta difficile individuare altre ragioni giustificative delle decisioni di incompatibilità alla luce del fatto che la giurisprudenza del *BVerfG* in discorso non si lascia facilmente inquadrare; cfr. K. GRAßHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 1186. Peraltro, e ciò rileva, talvolta il *BVerfG* adotta le decisioni di incompatibilità integrate dalla *weitere Anwendbarkeit* anche quando l'adozione della sentenza di nullità non sarebbe del tutto foriera di gravissime conseguenze; cfr. K. GRAßHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 1189.

²² Rispetto alla possibilità di individuare la sola discrezionalità legislativa quale criterio orientatore delle decisioni di incompatibilità - tesi che potrebbe essere sostenuta alla luce della rilevanza che assume la discrezionalità del legislatore nell'adozione delle sentenze di incompatibilità - vi sono ampie critiche. Sul punto si veda W. HEUN, *Normenkontrolle*, in (a cura di P. BADURA, H. DREIER), "Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Verfassungsgerichtsbarkeit - Verfassungsprozess", Tübingen, 2001, 635-636.

“ancora maggiore incostituzionalità”²³, e questo alla luce della teoria delle “conseguenze giuridiche”²⁴, la quale si riallaccia - per potere sortire efficacia - all’intervento di completamento “salvifico” del legislatore²⁵;

b) quella di non sostituirsi alla discrezionalità legislativa qualora la norma sottoposta al suo giudizio violi, specificamente, il principio di uguaglianza²⁶; si tratta, come affermato dalla dottrina, dell’originario fondamento giustificativo delle *Unvereinbarkeitserklärungen*²⁷.

Per quanto riguarda, invece, la loro struttura - in alcun modo positivizzata nella legge sul funzionamento del *BVerfGG* - esse possono essere di tre tipi: la decisione di incompatibilità pura, quella integrata dall’ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile fino al futuro intervento legislativo e quella contraddistinta da una disciplina transitoria prevista, nello specifico, dallo stesso *BVerfG*²⁸.

a1) alla dichiarazione di incompatibilità pura consegue, fino all’entrata in vigore della disciplina normativa individuata dal legislatore (cd. *Nachbesserungspflicht*), la sospensione dei

²³ R. PINARDI, *La declaratoria d’incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, in “La Corte costituzionale e i fatti”, cit., 447. Con riferimento all’esperienza tedesca, secondo la dottrina di De Lungo, rilevanti tentativi volti a contenere ed “eludere la gabbia della retroattività” si registrano in ambiti materiali in cui è significativo l’impatto della declaratoria di incostituzionalità: ci si riferisce alla materia penale, alla materia elettorale e alla materia economico-finanziaria. Cfr. D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull’uso dell’argomento comparatistico nella giurisprudenza recente, a partire dal caso Cappato*, in “Il caso Cappato”, cit., 101.

Per una sintetica disamina della categoria della “maggiore incostituzionalità” si veda quanto sostenuto da Modugno a tal proposito: “Tutta la storia delle sentenze interpretative, di rigetto e di accoglimento, delle manipolative, aggiuntive o sostitutive, sta lì a dimostrarlo. L’*horror vacui*, il timore della lacuna, spesso è giustificato dall’avvertenza che il *posterius* può risultare più incostituzionale del *prius*”. Cfr. F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., “Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere”, Giuffrè, Milano, 1989, 13. Per una disamina meno risalente nel tempo si rimanda ad A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, in “La Corte costituzionale e i fatti”, cit., 526, la quale richiama anche l’esperienza tedesca sul punto.

²⁴ Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, 1996, 69. Ancora, R. WERNSMANN, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz - Rechtsfolgen und Rechtsschutz*, Duncker&Humblot, Berlin, 1999, 52-72.

²⁵ Quanto appena scritto riporta alla mente quanto affermato dall’On. Perassi in occasione dei Lavori preparatori che si sono tenuti nel corso dell’Assemblea Costituente: “cessando l’efficacia di una norma giuridica, si possano in certi casi presentare delle situazioni delicate (...) se non si provvede” (cfr. seduta del 2 dicembre 1947). Per questo motivo l’On. Perassi proponeva che la cessazione dell’efficacia della norma decorresse dalla pubblicazione della sentenza oppure dal termine - non superiore a sei mesi - fissato dalla Corte nella stessa decisione.

La logica di cui si è colorata la proposta “Perassi” sembra riscontrabile anche nel progetto di revisione della Parte seconda della Costituzione (Camera dei Deputati n. 3931-A e Senato della Repubblica 2583-A), presentato nel corso della XIII legislatura dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, il quale prevedeva che “quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione, salvo che la Corte non stabilisca un termine diverso, comunque non superiore ad un anno dalla pubblicazione della decisione”.

²⁶ Cfr. A. BURGHART, *Das verfassungswidrige aber nicht nichtige Gesetz - ungültig aber wirksam?* in NJW, 1998, 1264. Ancora, sul punto B. CARAVITA, *Corte “giudice a quo” e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte costituzionale austriaca*, Cedam, Padova, 1985, 208-209; significativa la recente pronuncia di incompatibilità in tema di registro dello stato civile e persone intersessuali (1 BvR 2019/16).

²⁷ Cfr. K. SCHLAICH, C. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 322 e R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in NJW, 1996, 285.

²⁸ Cfr. D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull’uso dell’argomento comparatistico nella giurisprudenza recente, a partire dal caso Cappato*, in “Il caso Cappato”, cit., 98-101.

processi in cui rileva la norma dichiarata incompatibile, e quindi il relativo blocco di applicazione della stessa norma; essa viene adottata soprattutto nell'ipotesi *sub b*²⁹).

La futura disciplina individuata dal legislatore potrà avere efficacia *ex tunc*³⁰, comprensiva quindi dell'intero periodo inciso dalla dichiarazione di incompatibilità o dell'arco temporale statuito dal *BVerfG*³¹, oppure anche *ex nunc*, e ciò a seconda di quanto disposto dallo stesso *BVerfG*³², così determinando una recisione del nesso di incidentalità o lasciando insoddisfatti i ricorrenti che hanno usufruito dello strumento della *Verfassungsbeschwerde*³³.

Il rischio sotteso a tale variante decisionale consiste nell'esclusione di una tutela immediata della posizione dedotta in giudizio; tuttavia, l'ordine di sospensione dei processi *a quibus* fino al futuro intervento legislativo previene il rischio che i singoli giudici decidano autonomamente applicando direttamente la Costituzione, con ciò creando difformità con riferimento - ancora - all'applicazione del diritto³⁴.

b1) in occasione dell'adozione di una decisione di incompatibilità integrata dall'ordine della *weitere Anwendbarkeit*, adottata spesso nell'ipotesi *sub a)*, il Giudice delle leggi tedesco può ordinare ai giudici di fare applicazione della norma dichiarata incompatibile sino al futuro intervento del legislatore, il quale, non di rado, soprattutto nella materia tributaria³⁵, si contraddistingue per una efficacia solamente *ex nunc*. Del tutto significativa, in questo senso, è la sentenza adottata dal *BVerfG* il 10 aprile 2018 in tema di tassa sui beni immobili (1 BvL 11/14). Al contrario, il *BVerfG* ha recentemente adottato una pronuncia in materia tributaria eccezionalmente derogando all'efficacia *ex nunc*; si veda, in questo senso, la pronuncia del 15 gennaio 2019 - 2 BvL 17/09.

La prassi "elastica" che caratterizza il Tribunale costituzionale federale ha quindi conosciuto non soltanto una deroga al dogma della nullità della norma incostituzionale, ma ha anche ribaltato – sia pure in rapporto ad un periodo di tempo limitato – il rapporto tra fonti³⁶, in quanto la norma

²⁹ Secondo autorevole dottrina, si tratterebbe peraltro del solo *topos* applicativo valido delle decisioni di incompatibilità; così K. SCHLAICH, C. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 325.

³⁰ Cfr. 1 BvL 15/85 e 36/87, BVerfGE 87, 114, in tema di regolamentazione normativa limitante i canoni di affitto per giardini di ridotte dimensioni; BVerfGE 133, 177; BVerfGE 87, 153 <178>; 99, 280 <298>.

³¹ Cfr. C. HILLGRUBER, C. GOOS, *Verfassungsprozessrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2015, 226.

³² BVerfGE 105, 73.

³³ Con riferimento alla *konkrete Normenkontrolle* e alla *Verfassungsbeschwerde*.

³⁴ Al contrario, secondo rilevante dottrina i giudici comuni sono chiamati a decidere in senso conforme a Costituzione nel caso in cui il legislatore non intervenga entro il termine previsto dallo stesso *BVerfG* nell'opera di rimozione della norma dichiarata incompatibile. In tal senso si veda a K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 336. Tale tesi è confermata dalla stessa prassi del *BVerfG*, il quale, in occasione della decisione BVerfGE 82, 126, ha affermato che "se il legislatore non risana il contrasto costituzionale entro il termine indicato, allora tutti i Tribunali sono chiamati, qualora non vogliano agire in modo incostituzionale [...] ad adottare decisioni costituzionalmente conformi". Come affermato da D'Amico, rispetto a questa decisione la letteratura tedesca ha fatto riferimento ad un importante passo avanti con riferimento alla concreta definizione delle conseguenze derivanti dall'inerzia legislativa. Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 41, nota 65. Ancora, si veda BVerfG 92, 53.

³⁵ Così P. KIRCHHOF, *Die verfassungsrechtlichen Grenzen rückwirkender Steuergesetz*, in DStR, 2015, 717, 721 e B. FÜSSENICH, *Vorläufiger Rechtsschutz im finanzgerichtlichen Verfahren bei ernstlichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen*, in RiBFH, 2019, 250.

³⁶ E, quindi, costituisce un'eccezione rispetto a quanto previsto dall'art. 78 BVerfGG; cfr. K. GRABHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 1187. Pare rilevante evidenziare che il fondamento normativo dell'ordine della *weitere Anwendbarkeit* consiste nell'art. 35 del BVerfGG, il quale costituisce una norma di rango primario, con ciò contribuendo ulteriormente ad una forma di rovesciamento della relazione gerarchica tra fonti.

incompatibile mantiene la propria efficacia e la propria “forzata” validità³⁷, nonostante essa sia incostituzionale.

Alla base di tale specifica strategia decisionale è presente il rischio della possibile compromissione del benessere comune³⁸; ancora, essa viene adottata alla luce dell’esigenza di tutelare le risorse finanziarie dello Stato, per promuovere la garanzia del buon andamento dell’amministrazione e al fine di tutelare la certezza del diritto³⁹.

c1) con riferimento alla previsione di una disciplina transitoria forgiata dal *Bundesverfassungsgericht* e direttamente applicabile dai giudici⁴⁰, si manifesta con tutta evidenza un problema legato al principio di separazione tra poteri⁴¹.

Infine, a prescindere dalla *ratio* sottesa all’adozione della sentenza di incompatibilità, la conseguenza immediata della stessa è la nascita di un dovere di riforma in capo al legislatore, il quale è tenuto, nel più breve tempo possibile o comunque entro il termine previsto dal *Bundesverfassungsgericht*, a rimuovere tempestivamente il vizio di legittimità costituzionale⁴².

Tanto premesso, si analizzeranno di seguito alcuni profili che accomunano la giurisprudenza temporalmente manipolativa della Corte costituzionale e le decisioni di incompatibilità tedesche, mettendone in luce pregi e problematiche.

Si tratta, nello specifico, dell’intreccio tra la modulazione degli effetti e il rapporto con il legislatore, della deroga all’efficacia retroattiva al fine di salvaguardare lo spazio dell’esigenza di evitare che dalla declaratoria di incostituzionalità *tout court* derivino effetti “eccessivi”⁴³.

³⁷ Sulla validità della norma incompatibile oggetto della *weitere Anwendbarkeit* cfr. K. GRABHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 1187.

³⁸ K. GRABHOF, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., 1189. Sull’interessamento da parte del *BVerfG* alle conseguenze derivanti dall’adozione delle proprie decisioni si veda J. FROWEIN, *Zur vorgeschlagen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes*, in *DÖV*, 1970, 594. Si veda anche W. R. SCHENKE, *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung*, in *NJW*, 1999, 1329.

³⁹ Il *Bundesverfassungsgericht* usa sempre più formule asettiche, prive di un’esautiva esplicazione delle ragioni di una così vistosa forzatura dell’art. 78 *BVerfGG*.

⁴⁰ Cfr. https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Wirkung-der-Entscheidung/wirkung-der-entscheidung_node.html. Ancora, si veda D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull’uso dell’argomento comparatistico nella giurisprudenza recente, a partire dal caso Cappato*, in “Il caso Cappato”, cit., 100. Si veda, ad esempio, la decisione 1 BvL 10/10 del 2012, in tema di richiedenti asilo. Ancora, si segnalano le decisioni *BVerfGE* 61, 319 e 97, 228.

⁴¹ Non a caso il *BVerfG* è stato definito un *Notgesetzgeber*, cioè un legislatore dell’emergenza. Si veda a tal proposito P. LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber*, in (a cura di M. HEINZE), “Festschrift für Wolfgang Gitter”, Wiesbaden, Chmielorz, 1995. Il *BVerfG* decide quindi talvolta in base al caso specifico, senza attenersi ad alcun tipo di struttura dogmatica; si veda anche E. BENDA, E. KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 1991, 526. Inoltre, si rinvia a W. ROTH, *Grundlagen und Grenzen von Übergangsregelungen des Bundesverfassungsgerichts zur bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, in *AÖR*, 1999, 488. Si permetta di rinviare, inoltre, a N. FIANO, *Il “governo” degli effetti della declaratoria di incostituzionalità: considerazioni alla luce delle Unvereinbarkeitserklärungen adottate dal Bundesverfassungsgericht*, in “La Corte costituzionale e i fatti”, cit., 509, nota 8.

⁴² Secondo C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Nomos, Baden-Baden, 1996, 145, si tratta di un obbligo di correzione della disciplina incostituzionale riferito al presente.

Si vedano, tra gli altri, H. HEUBNER, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, in *NJW*, 1982, 258 e M. KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, 30-31.

⁴³ Terminologia cara alla giurisprudenza temporalmente manipolativa francese. Cfr. S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, 240-261.

3. Il rapporto tra il Giudice costituzionale ed il legislatore tra l'esperienza italiana e quella tedesca

Con riferimento all'ordinamento italiano, in via generalissima non si può non considerare come, premessa la apertura al legislatore di una dimensione temporale di tipo retroattivo⁴⁴, il contatto tra Corte costituzionale e Parlamento si potrebbe (o, forse, dovrebbe) rivolgere non soltanto al futuro, ma anche al passato⁴⁵, così come (talvolta) accade, di fatto, con riferimento all'esperienza tedesca e, più nello specifico, per mezzo delle decisioni di incompatibilità "pure".

Tanto chiarito, come noto, alla luce del timore di creare i c.d. "vuoti normativi"⁴⁶ e al fine di tutelare la sfera discrezionale del legislatore, la Corte costituzionale ricorre ad alcune strategie decisionali volte a spostare nel futuro il *dies a quo*, così da evitare, temporaneamente, l'adozione di una pronuncia caducatoria⁴⁷.

Tale prassi pone rilevanti problemi rispetto al legislatore⁴⁸: nello specifico, ci si riferisce al "seguito" legislativo rispetto alla tipologia decisionale della sentenza "monito" e della sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata; le sentenze additive di principio, invece, se contraddistinte da un principio di natura generale, nell'attesa del futuro intervento legislativo, pongono problemi non irrilevanti nei confronti dei giudici comuni⁴⁹.

L'ord. n. 207 del 2018, alla quale ha fatto seguito la sent. n. 242 del 2019, rileva significativamente rispetto all'oggetto del tema in discorso.

Tale pronuncia, pur non rappresentando una sentenza definitiva del giudizio costituzionale, atteso che, come oramai noto ai più, per il tramite della stessa il Giudice delle leggi ha inteso disporre il rinvio della discussione al 24 settembre 2019, tuttavia pare del tutto innovativa,⁵⁰ in quanto per la prima volta è stato aperto un canale comunicativo (allo stato attuale, fallito) con il legislatore⁵¹ al fine di porre in essere un differimento nel tempo degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, presidiato, peraltro, dalla predisposizione di un termine.

⁴⁴ M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1993, 23.

⁴⁵ M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 23.

⁴⁶ In questo senso si veda C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall' "ordinanza Cappato"*, in "Il caso Cappato", cit., 165.

⁴⁷ Si tratta, come noto, delle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, delle sentenze monitorie e delle sentenze additive di principio, le quali, a differenza delle altre due tipologie appena evidenziate, si muovono nel solco della declaratoria di incostituzionalità.

⁴⁸ In tal senso anche D. DIACO, *Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra legge fondamentale e diritto costituzionale vivente*, in www.giurcost.org, 2016, 202. Si consideri, più di recente, quanto segnalato dalla dottrina di Malfatti a proposito delle emblematiche sentt. nn. 170 del 2014 in tema di divorzio imposto e 278 del 2013 in tema di ricerca delle origini dell'adottato; cfr. E. MALFATTI, *Decisioni di accoglimento nel "seguito" giurisprudenziale, in ordine ad alcune questioni (rimaste controverse)*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 533 e ss.

⁴⁹ Cfr. la nota e problematica sent. n. 170 del 2014; cfr. S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 380.

⁵⁰ Sulla possibilità di considerare l'ord. "Cappato" nel senso di un "nuovo" modello si veda M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, cit., 1; cfr. anche E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in www.forumcostituzionale.it, 2019.

⁵¹ Occorre considerare che anche in altre occasioni il Giudice delle leggi ha inteso costruire un dialogo con il legislatore "alla tedesca": ci si riferisce, nello specifico, alla risalente sentenza meccanismo n. 243 del 1993 e alla più recente sentenza additiva n. 466 del 2002, in occasione della quale la Corte costituzionale ha disposto un termine nei confronti del Parlamento, peraltro manipolando il requisito della rilevanza (cfr. P. COSTANZO, *La libertà di informazione non può più attendere: ma la Corte continua ad ammettere il transitorio censurando l'infinito*, in www.giurcost.org,

La pronuncia in questione, rispetto alla quale la dottrina ha avuto modo di evidenziare significative problematiche⁵², è stata qualificata nel senso di una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata⁵³; eppure, da un punto di vista squisitamente tecnico se ne allontana, vista l'accennata natura "interlocutoria"⁵⁴.

Alla luce della necessità quindi di salvare, nella fattispecie, il bene "vita" e lo spazio discrezionale del legislatore, il Giudice delle leggi ha stabilito di abdicare dall'adozione di una sentenza di inammissibilità, così come da una pronuncia di accoglimento (atteso che essa sarebbe stata foriera di "abusi")⁵⁵.

Tale modello decisionale, al di là dell'evidente inerzia legislativa, non può non suscitare interesse.

Da tempo risulta difficile registrare una gestione del "tempo" coordinata tra il legislatore e la Corte costituzionale; l'assenza di un raccordo tra i due organi costituzionali dà origine ad un meccanismo istituzionale patologico, laddove, come acutamente osservato dalla dottrina, il Parlamento "scarica" sulla Corte costituzionale il peso di un generale adeguamento alla legislazione⁵⁶, così incidendo fortemente su alcune "zone" del diritto, quali, ad esempio, la materia elettorale⁵⁷, la materia penale⁵⁸, l'ambito relativo alla conoscenza e alle tecniche che impattano sulla scienza⁵⁹.

2002, 3899; ancora, si rinvia a C. GIUNTA, *L'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale tra tecniche processuali e collaborazione istituzionale*, in *Archivio giuridico*, fasc. III/2005, 335 ss.) similmente a quanto accaduto con riferimento alla sent. n. 10 del 2015, che si analizzerà sinteticamente al paragrafo n. 5.

⁵² Sul punto, si vedano, ad esempio, le numerose relazioni tenute in occasione del Seminario "Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?" svoltosi a Bologna il 27 maggio 2019, che hanno posto in evidenza alcune significative criticità sottese all'ordinanza in discorso: cfr. tra gli altri E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* In *Quaderni costituzionali*, 1/2019; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso Cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in www.forumcostituzionale.it, 2019; A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo l'ord. 207 del 2018 su Cappato*, in www.forumcostituzionale.it, 2019. Si veda, ancora, J. LUTHER, *Corte "incappata"?* in www.forumcostituzionale.it, 2019 e F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in www.forumcostituzionale.it, 2019.

⁵³ Sul punto si veda C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2019, 4. Ancora, Carnevale ritiene che la pronuncia in discorso differisca dalla *ratio* delle decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata; cfr. P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2019.

⁵⁴ Cfr. R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in www.foumcostituzionale.it, 2019, 1; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in www.forumcostituzionale.it, 2018.

⁵⁵ Similmente il *BVerfG* in tema di matrimonio e mutamento del genere di uno dei coniugi, in occasione della sentenza *BVerfGE*, 121, 175, in cui si afferma che "a causa della gravità del pregiudizio che subisce una persona transessuale sposata in ragione del diniego del riconoscimento legale dell'appartenenza sessuale percepita e mutata [...] l'articolo [...] viene dichiarato non applicabile fino all'entrata in vigore della *Neuregelung*"; cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 43.

⁵⁶ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 20. In questo senso, la Corte costituzionale è quindi chiamata a fare tutto "da sola". Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 20. Sul punto sono emblematiche le note sentt. nn. 151 del 2009 e 162 del 2014.

⁵⁷ Cfr. le sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017. In tema di materia elettorale e *Unvereinbarkeitserklärungen* si veda F. BIONDI, *Auto-applicatività della normativa elettorale o paralisi del rinnovo dell'organo democratico? Prime note*

Quello che, al contrario, più colpisce rispetto all'esperienza temporalmente manipolativa del *BVerfG* è proprio la sinergia che è andata sviluppandosi con il legislatore, tanto è vero che sono proprio le *Unvereinbarkeitserklärungen* a rappresentare uno tra gli strumenti più idonei per uno studio intorno alla relazione intercorrente tra il Tribunale costituzionale federale e il legislatore⁶⁰.

L'obbligo di riforma della norma incompatibile da parte del legislatore tedesco, di cui si è accennato, non costituisce una conseguenza insita nella peculiare natura dell'illegittimità costituzionale, ma risiede nella Costituzione⁶¹. Non solo, vi sono anche ragioni di diritto (squisitamente) processuale: ci si riferisce all'art. 31 I del *BVerfGG*⁶², il quale rende vincolanti per tutti gli organi costituzionali le decisioni del *BVerfG*, all'art. 31 II *BVerfGG*, che sancisce la forza di legge delle decisioni del Tribunale costituzionale federale, e, ancora, all'art. 35 *BVerfGG*⁶³, il quale disciplina la possibilità da parte del *BVerfG* di rendere la propria decisione esecutiva secondo modalità prescelte.

Eppure, il legislatore non può essere costretto, a fronte dell'adozione di una decisione di incompatibilità, a rimuovere il vizio di legittimità costituzionale, dovendo essere piuttosto i giudici, in caso di inottemperanza da parte del Parlamento, a decidere in senso costituzionalmente conforme⁶⁴ (dando così luogo, chiaramente, ad una possibile violazione del principio di uguaglianza⁶⁵); ancora, in caso di ritardi da parte del Parlamento nell'opera di "miglioramento" della normativa dichiarata incompatibile, potrebbe essere lo stesso *BVerfG* a prevedere, come si avrà modo di vedere, forme specifiche di esecuzione proprio della sentenza di incompatibilità.

Come affermato da larga parte della dottrina, non esistono in capo al Tribunale costituzionale federale mezzi volti ad obbligare concretamente il legislatore ad una riforma della norma incompatibile che vadano oltre al tenore di cui all'art. 35 del *BVerfGG*⁶⁶; e tuttavia, come posto in

sulle conseguenze dell'accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale in materia elettorale, in www.forumcostituzionale.it, 2017.

⁵⁸ Problematica è la mancata riforma del codice penale, la quale si riallaccia al tema (attualissimo) relativo alla crisi della legalità penale. Sul punto si veda, *amplius*, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in www.rivistaaic.it, 2016, 3-10.

⁵⁹ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 46.

⁶⁰ K. SCHLACH, C. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 320.

⁶¹ Cfr. C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, cit., 140-150, secondo cui esso può essere dedotto dai diritti fondamentali, così come dal principio democratico statuito all'art. 20, par. 1 della Legge Fondamentale. Ancora, esso risiede nel principio dello Stato di diritto e nel legame esistente tra organo legislativo e Costituzione. Tuttavia, come evidenziato dall'Autore, tali principi non obbligano comunque il legislatore all'approvazione di una norma.

⁶² "Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden".

Su tale disposizione si veda C. MAYER, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, cit., 150. Cfr. anche E. BENDA, E. KLEIN, *Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts*, cit., 515.

⁶³ Tale disposizione prevede che: "Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln". K. SCHLACH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 338, critici rispetto all'identificazione di tale fondamento per quanto riguarda la vincolatività delle *Unvereinbarkeitserklärungen*.

⁶⁴ Si veda K. SCHLACH, S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 335.

⁶⁵ Si consideri che il medesimo nodo problematico era stato individuato dalla dottrina di Anzon a proposito delle sentenze additive di principio; cfr. A. ANZON DEMMING, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1992, II, 3205.

⁶⁶ M. SACHS, *Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen? Probleme einer Entscheidungspraxis des BVerfG, dargestellt am Beispiel des Beschlusses zum nordrhein-westfälischen Hausarbeitstagsgesetz*, in *NVwZ*, 1982, 665. Similmente A. POHLE, *Die Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, Peter Lang, Frankfurt/M., 1979, 162; secondo Hein, il *BVerfG* potrebbe adottare una sentenza di nullità; tuttavia, non avrebbe avuto allora alcuna *ratio* la

evidenza in uno studio in larga parte dedicato alle decisioni temporalmente manipolative tedesche,⁶⁷ sembra improprio fare riferimento ad un'inerzia legislativa.

In buona sostanza, il rapporto tra il *BVerfG* e legislatore è talmente disteso, che la problematica relativa alle conseguenze derivanti dall'inosservanza del termine non è diffusamente affrontata in letteratura⁶⁸.

Inoltre, e ciò pare significativo, se il legislatore non interviene a seguito dell'adozione di una sentenza monitoria, la c.d. *Appellentscheidung*, la successiva adozione di una decisione di incompatibilità, nella logica del meccanismo della doppia pronuncia, diviene oggetto di seguito "legislativo".

Sul punto, rileva una sentenza in tema di tassazione sui beni immobili, intervenuta nel 2018 in seguito ad una prima decisione monitoria volta a stimolare il legislatore ad una riforma della disciplina.

In occasione dell'*Unvereinbarkeitserklärung* in discorso, il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato l'incompatibilità della norma tributaria in ragione del fatto che violava il principio di uguaglianza, ordinando in seguito al legislatore di intervenire entro il 31 dicembre del 2019; nell'autunno 2019 è stata tempestivamente approvata la riforma di iniziativa governativa, composta di fatto da tre progetti di legge.⁶⁹

Con riferimento alla "saga Cappato"⁷⁰, la quale ha conosciuto, per il momento, un punto fermo nella sent. n. 242 del 2019, se essa può dirsi simile in punto di partenza all'esperienza tedesca quanto alla scelta della tipologia decisionale coincidente con l'ord. n. 207 del 2018, tuttavia se ne discosta nel suo momento finale in ragione dell'inerzia legislativa che ha condotto il Giudice delle leggi all'adozione della sent. n. 242.

Come noto infatti, il legislatore non solo è rimasto inerte, ma non ha nemmeno dato seguito ai progetti di legge presentati: qualora invece (anche solo parzialmente) ne fosse stato dato un seguito, la Corte costituzionale, in via del tutto analoga all'esperienza tedesca, avrebbe potuto procedere ad un eventuale ulteriore rinvio (o ad un'ulteriore decisione in punto di regolamentazione degli effetti

rinuncia della *Nichtigkeitserklärung* sin dalla "prima" pronuncia. Così P. HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos, Baden-Baden, 1988, 178-179.

⁶⁷ T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, in www.cortecostituzionale.it, 2018.

⁶⁸ T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., 32. Tanto è vero che la dottrina si interroga ancora oggi sulle possibili conseguenze derivanti dall'inadempimento da parte del legislatore del dovere di riforma della norma dichiarata incompatibile: così D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 297/2018 della Corte costituzionale*, in www.cortisupremeesalute.it, 2018, 3, 499. Opportunamente viene fatto riferimento alla "casistica variegata" che può interessare l'eventuale inadempimento del legislatore; cfr. D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza recente, a partire dal caso Cappato*, in "Il caso Cappato", cit., 99.

⁶⁹ Stando a quanto scritto sul sito ufficiale del Governo tedesco, "Fino al 31 dicembre 2024 i Länder federali hanno la possibilità di predisporre normative che si discostino dal diritto federale. Le nuove disposizioni in materia di imposta sugli immobili – siano esse federali o statali - saranno quindi applicabili a partire dal 1° gennaio 2025. Fino ad allora, continuerà ad essere applicata la legge precedente".

⁷⁰ Che si possa fare riferimento alla sent. n. 242 del 2019 nel senso dell'ultima tappa del c.d. caso Cappato dipende dalla verifica della natura autoapplicativa o meno della stessa pronuncia. Cfr. B. LIBERALI, *L'aiuto al suicidio "a una svolta", fra le condizioni poste dalla Corte costituzionale e i tempi di reazione del legislatore?* in www.diritticomparati.it, 2019.

conseguenti all'inottemperanza legislativa⁷¹) della decisione relativa alla questione di legittimità costituzionale⁷², prassi che ha eccezionalmente conosciuto - alla luce, peraltro, dell'assoluta (e rara) inerzia del legislatore tedesco - una forma di attuazione in occasione della *BVerfGE* 99, 300 in tema di sostegno complementare per il mantenimento dei figli degli impiegati pubblici⁷³: in tale pronuncia, nota in dottrina proprio in ragione della tendenziale tempestività che contraddistingue il "seguito" del legislatore tedesco⁷⁴, il *BVerfG* ha posto, in seguito a due precedenti solleciti, un ulteriore (e ultimo) ordine di riforma, in seguito tempestivamente adempiuto⁷⁵.

Non deve perciò stupire che il Giudice delle leggi sia rimasto coerente⁷⁶ con quanto "prospettato" in occasione dell'ord. n. 207 del 2018, definita dalla dottrina proprio nel senso di un espediente temporale di rito finalizzato a garantire - *rebus sic stantibus* - alla Corte stessa "un seguito giurisprudenziale"⁷⁷: se in quell'occasione l'incostituzionalità è stata accertata, non poteva di fatto mancare - essendo rimasta immutata la disciplina incostituzionale - una consequenziale declaratoria di incostituzionalità in occasione della pronuncia successiva.

Il binomio "monito rafforzato" - declaratoria di incostituzionalità che ha contraddistinto il caso Cappato conosce un'ampia diffusione anche nell'esperienza tedesca, nonostante rispetto ad essa, come si è appena avuto modo di vedere, sussista in capo al *BVerfG* la possibilità di regolare l'inadempimento del legislatore a seconda del caso concreto⁷⁸.

In alcune occasioni il Tribunale costituzionale non ha mancato di dichiarare che, nel caso in cui il legislatore non avesse adempiuto l'obbligo di riforma entro il termine previsto, allora sarebbe

⁷¹ Sul punto si veda il comunicato stampa n. 41/2016 del 14 luglio 2016 con cui il *BVerfG* ha avuto modo di affermare che: "nella sua decisione del 17 dicembre 2014, il primo Senato della Corte costituzionale federale ha dichiarato incostituzionali i §§ 13a e 13b e il § 19 capoverso 1 della legge sull'imposta di successione e sull'imposta sulle donazioni. Il legislatore è stato incaricato di adottare una nuova legge entro il 30 giugno 2016 (cfr. comunicato stampa n. 116/2014 del 17 dicembre 2014).

Le disposizioni della legge sull'imposta di successione e sull'imposta sulle donazioni che sono state dichiarate incostituzionali continuano ad essere applicate. Poiché non è stata ancora apportata una corrispondente modifica alla legge, il Presidente del Primo Senato della Corte costituzionale federale, Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof, ha ora annunciato in una lettera indirizzata al Governo federale, al Bundestag e al Bundesrat del 12 luglio 2016 che il Primo Senato si occuperà dell'ulteriore procedura nell'ambito del giudizio costituzionale sulla legge sull'imposta relativa alle successioni e alle donazioni dopo la pausa estiva di fine settembre".

⁷² Si tratta di un'eventuale ipotesi che era stata prospettata da M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza a incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it, 2018.

⁷³ Cfr. M. T. RÖRIG, *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it, 2017, 32.

⁷⁴ Del tutto opportune in questo senso sono le riflessioni di D'Amico, la quale menziona la stigmatizzazione cui sono andati incontro quei casi in cui il legislatore tedesco non ha dato alcun seguito al *dictum* del *BVerfG*, in M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in www.osservatorioaic.it, 2019, 7.

⁷⁵ Cfr. <https://www.bundestag.de/resource/blob/563754/ec62f1f5ce5cf820a227b3332985480e/WD-3-137-18-pdf-data.pdf>, 5.

⁷⁶ Tanto è vero che la dottrina ha fatto riferimento alla sent. n. 242 del 2019 nel senso di una pronuncia di "completamento" rispetto alla tecnica decisionale corrispondente all'ord. n. 207 del 2018. Sul punto, si veda M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., 5.

Contraria è invece la tesi di Ruggeri, secondo il quale se nell'ord. n. 207 del 2018 il Giudice delle leggi si era appellato alla discrezionalità del legislatore, nella sent. n. 242 la stessa Corte ha sostituito il legislatore. Cfr. A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustiziainsieme.it, 2019.

⁷⁷ Cfr. R. PESCATORE, *Caso Cappato - Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in www.rivistaaic.it, 2019, 6.

⁷⁸ E ciò alla luce del richiamato art. 35 del *BVerfGG*.

subentrata la nullità della disposizione dichiarata incompatibile⁷⁹: del tutto rilevante, in questo senso, la sentenza del 18 luglio 2019 - 1 BvR 807/12 in tema di tassazione sulle seconde case, ove il *BVerfG* ha affermato esplicitamente che, in caso di mancata riforma della disciplina incostituzionale entro il 31 marzo 2020, sarebbe subentrata la nullità della norma dichiarata incompatibile (nel caso di specie, del Comune di *Sonthofen e Oberstdorf*).

La “logica” è quindi la medesima: quello che però incide sulla divergenza di applicazione dello strumento decisionale coincidente con le *Unvereinbarkeitserklärungen* e con la oramai più volte menzionata *Unvereinbarkeitserklärung* all’italiana⁸⁰ è “la storica inerzia del legislatore italiano nel rispondere agli appelli della Corte costituzionale”⁸¹, che, con riferimento al sistema di giustizia costituzionale italiano, ha portato senza indugio alla sanzione di quella mancata collaborazione tanto auspicata dalla Corte costituzionale⁸², quando invece nel sistema di giustizia costituzionale tedesco il legislatore è stato raramente “colpito” dalla conversione della norma incompatibile in nullità radicale.

Pertanto, nonostante la sent. n. 242 del 2019 rappresenti la vittoria dell’inerzia legislativa sullo sforzo compiuto dalla Corte costituzionale nell’ indicare significative “linee guida” al legislatore nel rispetto della sua sfera discrezionale, tuttavia un dato pare essere certo: una nuova tecnica decisionale, del tutto simile alla decisione di incompatibilità tedesca, sembra davvero essere stata forgiata in occasione dell’adozione dell’ord. n. 207 del 2018, cui è naturalmente conseguita la sent. n. 242 del 2019: in questo senso la decisione n. 242 ha “finalmente sciolto i dubbi, dal momento che la Corte accoglie la questione e l’accoglie in base al perimetro già tracciato nell’ord. n. 207 alla quale si richiama puntigliosamente”⁸³.

In occasione della pronuncia in questione, il Giudice delle leggi ha individuato una “soluzione procedurale”⁸⁴ solo in parte sovrapponibile con quanto già enucleato nell’ord. n. 207 del 2018, in tal modo tracciando un’altra e ulteriore linea di confine del giudizio di legittimità costituzionale⁸⁵: oltre alle condizioni di liceità dell’agevolazione al suicidio già evidenziate nell’ord. n. 207, il Giudice delle leggi ha richiesto, per la verifica delle condizioni di fatto liceizzanti e le modalità di esecuzione, l’intervento del servizio sanitario nazionale,⁸⁶ accompagnato dal parere del comitato etico territorialmente competente.

⁷⁹ Cfr. *BVerfGE* 130, 240; 111, 115.

⁸⁰ Si tratta di un termine coniato da D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all’ordinanza n. 207/208 della Corte costituzionale*, cit., 497.

⁸¹ Cfr. D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all’ordinanza n. 207/208 della Corte costituzionale*, cit., 499.

⁸² Come noto, la Corte costituzionale ha specificato al cons. in dir. p.to 10 che: “questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch’essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale”.

⁸³ Cfr. M. D’AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., 7.

⁸⁴ Cfr. C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, in www.sistemapenale.it, 2019, 44.

⁸⁵ Per un’attenta analisi sull’attuale confine del giudizio costituzionale si veda C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall’ “ordinanza Cappato”*, in “Il caso Cappato”, cit., 175 e ss.

⁸⁶ La dottrina, a tal proposito, ha fatto riferimento ad una doppia delega contenuta nella sent. n. 242: non solo al legislatore, ma anche agli operatori sanitari. Così A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit.

In questo senso la Corte costituzionale sembra avere individuato, in modo del tutto simile a quanto pone in essere dal *BVerfG* nel caso in cui adotti una regolamentazione transitoria ad integrazione di una decisione di incompatibilità o di una declaratoria di incostituzionalità, una (additiva di) *regola*⁸⁷ consistente nell'introduzione di una causa di non punibilità o di una scriminante (c.d. procedurale), collegata al rispetto di determinate condizioni⁸⁸.

La Corte sembra avere enucleato dei "punti fermi"⁸⁹ (denominati dalla dottrina anche quali "criteri di riempimento costituzionalmente necessari")⁹⁰, che non potranno non essere presi in considerazione dal legislatore nell'opera di "costruzione" della normativa della disciplina *de qua*; allo stesso modo, il *BVerfG* prevede talvolta ad integrazione della tipologia decisionale della *Unvereinbarkeitserklärung* una specifica regolamentazione volta ad agevolare il Parlamento nel suo "naturale" compito di normazione, e ciò anche - seppur raramente - nella materia penale, che qui interessa maggiormente.

Le analogie tra la struttura della sent. n. 242 del 2019 e le decisioni di incompatibilità tedesche parrebbero essere tre.

In primo luogo, se è vero che la sent. n. 242 si distingue dalla decisione di incompatibilità in ragione del suo carattere "cassatorio", d'altra parte è pur vero che entrambe assumono carattere definitivo, non potendo essere qualificate nel senso di decisioni di natura interlocutoria.

In secondo luogo, così come nel caso delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, il richiamo al legislatore, seppur sprovvisto di *Frist*⁹¹, costituisce la caratteristica forse maggiormente emblematica della decisione in questione, atteso che la Corte sottolinea, al cons. in dir. p.to n. 3 che "Deve però ora prendersi atto di come nessuna normativa in materia sia sopravvenuta nelle more della nuova udienza. Né, d'altra parte, l'intervento del legislatore risulta imminente", non mancando di enucleare la "regola" individuata "nelle more dell'intervento del legislatore" al cons. in dir. p.to n. 5 e al p.to n. 7, per poi perentoriamente dichiarare, al cons. in dir. p.to n. 9 che "Questa Corte non può fare a meno, peraltro, di ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati"⁹².

In terzo luogo, quanto alla previsione di una regolamentazione vera e propria, si consideri a titolo di esempio che in materia di custodia di sicurezza⁹³ il *BVerfG* è intervenuto nel 2011 a mò di

⁸⁷ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit., ha fatto riferimento ad una "sentenza-legge".

⁸⁸ Ancora cfr. C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa*, cit., 53.

⁸⁹ Per una disamina puntuale delle condizioni enucleate dalla Corte costituzionale al fine di garantire l'accesso al suicidio assistito si veda G. BATTISTELLA, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento "costituzionalmente obbligato" del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in Osservatorio costituzionale, Fasc. 1/2020, 12-15. Per una (pur sintetica) disamina sulla vincolatività delle indicazioni fornite dal Giudice delle leggi si veda O. CARAMASCHI, *La Corte costituzionale apre al diritto all'assistenza nel morire in attesa dell'intervento del legislatore (a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in Osservatorio costituzionale, Fasc. 1/2020, 13 e ss.

⁹⁰ Sul punto cfr. T. EPINDEDIO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019: apocalypsis cum figuris*, in www.giudicedonna.it, 2019, 4.

⁹¹ D'altra parte, non tutte le *Unvereinbarkeitserklärungen* sono provviste di un termine.

⁹² Secondo parte della dottrina, i richiami al legislatore devono comunque "fare i conti" con la riduzione dello spazio discrezionale del legislatore. Cfr. C. TRIPODINA, *La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio*, in www.cortisupremeesalute.it, 2019, 15.

⁹³ Cfr. BvR 2365/09.

“terza camera”⁹⁴ disponendo, oltre ad un’interpretazione restrittiva della stessa disciplina⁹⁵, l’ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile fino all’intervento legislativo, e ciò non senza considerare una normativa già esistente nell’ordinamento come regolamentazione di natura transitoria nell’attesa dell’intervento legislativo; non solo, il Tribunale federale costituzionale si è anche spinto nel fornire al legislatore “indicazioni e suggerimenti precisi” sulle modalità con cui rimediare alla situazione incostituzionale⁹⁶.

Si consideri, inoltre, che nella sent. n. 242 del 2019 “il perimetro della norma penale” viene condizionato, con riferimento ai fatti posteriori alla decisione, al parere di soggetti estranei; non solo, per quanto concerne i fatti anteriori, l’individuazione della linea di demarcazione tra la punibilità o meno viene di fatto lasciata al giudice⁹⁷.

E d’altra parte, il problema relativo alla tensione esistente tra “interventismo” della Corte costituzionale e principio di legalità in materia penale⁹⁸ si è manifestato in termini del tutto analoghi in occasione della decisione adottata dal *BVerfG* il 10 febbraio 2004⁹⁹, con cui il Tribunale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di due leggi in tema di detenzione di soggetti psichiatrici autori di reati particolarmente pericolosi (la bavarese *BayStrUBG* e la *UnterbringungsG – UBG* del *Land Sachsen Anhalt*) in quanto tali norme andavano a violare la competenza legislativa concorrente in materia penale di cui all’art. 74 della *GG*.

Il *BVerfG* ha adottato la tecnica decisionale della decisione di incompatibilità integrata dalla *weitere Anwendbarkeit* in quanto, qualora fosse venuta meno la disciplina dichiarata incompatibile, sarebbe mancata qualsivoglia protezione efficace contro reati altamente pericolosi: pertanto il Giudice costituzionale ha ritenuto di potere limitare per un periodo di tempo provvisorio la libertà personale di determinati soggetti, non potendo tuttavia prolungarsi tale ordine oltre il termine fissato dallo stesso Tribunale. In caso di mancato intervento da parte del legislatore, lo stesso *BVerfG* ha dichiarato che l’ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile non avrebbe potuto in alcun modo continuare a costituire un fondamento per la restrizione della libertà personale.

Interessante notare che la minoranza del collegio giudicante ha registrato nell’opinione dissenziente una gravosa lesione dell’utilizzo dello strumento penale quale *extrema ratio* e dell’integrità della riserva di legge, atteso che, nel caso in esame, il legislatore era il solo legittimato a stabilire autonomamente in che cosa fosse consistita la tutela della vita, l’autodeterminazione sessuale e l’incolumità fisica, non il *BVerfG*¹⁰⁰.

Sempre con riferimento alla pronuncia adottata dal *BVerfG* Giudici dissenzienti Broß, Osterloh e Gerhardt hanno affermato, a proposito della tecnica decisionale della

⁹⁴ Il termine è stato utilizzato da Bartoli per qualificare il forte attivismo della Corte costituzionale con specifico riferimento al c.d. “caso Cappato”; cfr. R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in “Il caso Cappato”, cit., 15 e ss.

⁹⁵ Cfr. M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., 37.

⁹⁶ Cfr. ancora M. T. RÖRIG, *Le pronunce di incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, cit., 38. Per un commento critico alla pronuncia si veda M. STEINBEIS, *Sicherungsverwahrung: Abschied von der Normenpyramide*, in www.verfassungsblog.de, 2011.

⁹⁷ Cfr. sent. n. 242 del 2019 cons. in. dir p.to 7.

⁹⁸ Su cui si esprime anche F. MORONI, *I poteri della Corte costituzionale in materia penale: riflessioni a margine del caso Cappato*, in www.giudicedonna.it, 2019, 14-15.

⁹⁹ 2 BvR 834/02.

¹⁰⁰ Interessante peraltro notare che il *BVerfG* fonda la regolamentazione transitoria sull’art. 31 del *BVerfGG*, non sull’art. 35 del *BVerfGG*.

Unvereinbarkeitserklärung integrata dalla *Fortgeltungsanordnung*, che: “se il legislatore ha preso una decisione univoca - come in questo caso - il giudice non può modificarla sulla base delle proprie idee di politica giuridica e - anche se solo temporaneamente - sostituirla con una propria soluzione giudiziaria, che non sarebbe stata realizzabile in Parlamento in questo modo”¹⁰¹. E ancora: “D’altra parte, soppesando le conseguenze giuridiche, la Corte costituzionale federale si assume una responsabilità che non le compete in base ai principi della separazione dei poteri [...]”¹⁰².

In questo senso non possono non venire alla mente le critiche avanzate dalla dottrina nei confronti della sent. n. 242, rispetto alla quale si afferma che “se il prezzo da pagare per vedere finalmente riconosciuto ed effettivamente salvaguardato un diritto costituzionale è quello riportabile alla inesorabile “logica” machiavellica del fine che giustifica il mezzo, si può obiettare che lo snaturamento dei ruoli istituzionali è un prezzo che l’ordinamento costituzionale non è in grado di pagare, dal momento che ne sarebbero fatalmente contagiati gli stessi diritti, secondo la ispirata intuizione dei rivoluzionari francesi, mirabilmente scolpita nell’art. 16 della Dichiarazione del 1789 [...]”¹⁰³.

4. Il rispetto della discrezionalità legislativa tra l’esperienza italiana e quella tedesca

Come noto, tanto da non necessitare di ulteriori specificazioni nella presente sede, la Corte costituzionale, dinnanzi all’esigenza di rispettare la discrezionalità legislativa, ha adottato, nel corso del tempo, le sentenze di inammissibilità per discrezionalità legislativa¹⁰⁴ e le sentenze monitorie¹⁰⁵; non solo, anche le decisioni additive di principio sono volte al rispetto dello spazio discrezionale

¹⁰¹ Rn. 204.

¹⁰² Rn. 204.

¹⁰³ A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit.

¹⁰⁴ Come noto, allo stato attuale la Corte si mostra più restia ad adottare decisioni di inammissibilità; cfr. G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018*, in www.cortecostituzionale.it, 14.

¹⁰⁵ Cfr. sul punto M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie delle pronunce della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 2010. Si veda ancora, inoltre, la Relazione del Giudice costituzionale Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, il quale ha affermato che “si tratta di una tecnica che sarebbe destinata a maggior impiego e successo se il Parlamento sapesse trarne spunto per avviare le dovute riforme legislative, ciò che purtroppo non sempre accade”; cfr. G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell’anno 2018*, cit., 10.

Forse una delle più attuali e significative è rappresentata dall’ord. n. 17 del 2019, relativa ad un conflitto tra poteri, ove peraltro la Corte costituzionale ha manifestato la sua vera natura, cioè a dire quella di essere un Giano Bifronte; cfr. O. ROSELLI, *L’ordinanza n. 17 del 2019 e la conferma dell’essere per sua natura la Corte costituzionale un Giano Bifronte*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2019, 6; sul punto si veda inoltre G. SALVADORI, *Lo stile d’ordinanza per una nuova Corte costituzionale. Osservazioni a margine dell’ordinanza n. 17 del 2019. (E qualche suggestione sulla scia dell’ordinanza n. 207 del 2018)*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2019, 11-12, il quale mette in luce la vicinanza tra l’ord. n. 207 del 2018 con la pronuncia in discorso, affermando che “ai lettori più accorti dell’ordinanza in esame sarà così tornato alla mente il discorso della modulazione temporale degli effetti delle sentenze, un vecchio pallino degli studiosi che cela in realtà un’ambizione che accomuna i tribunali costituzionali d’Italia e Spagna nella loro spinta verso il riconoscimento (eventualmente anche per via autonoma) di quel potere già ormai consolidato nella panoplia a disposizione delle corti di lingua germanica”. Ancora, emblematica del problematico rapporto tra Corte costituzionale e legislatore è la saga sul cognome materno, culminata con la sentenza n. 286 del 2016. Sul punto si veda la lettura consegnataci da Zanon, in N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in www.rivistaaic.it, 2017, 7-10.

dell'organo costituzionale detentore del potere legislativo, e ciò “in presenza di lacune normative reali (non apparenti)”¹⁰⁶.

La recente ord. n. 207 del 2018 viene, nel caso di specie, ancora una volta in aiuto¹⁰⁷.

La Consulta ha affermato, nel cons. in dir. p.to n. 11 che: “In situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il vulnus costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015)”.

Come oramai noto, la Corte costituzionale ha affermato che la *reductio ad legitimitatem* dell'art. 580 c.p. necessita di un bilanciamento (delicatissimo) che necessariamente spetta al legislatore; e tuttavia, la normativa non conforme a Costituzione, se lasciata in vita, avrebbe determinato la violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Pertanto, per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale, il Giudice delle leggi ha inteso unire la dimensione relativa al rispetto della discrezionalità legislativa con quella della necessaria esigenza di intervenire sulla norma viziata, bloccandone, *de facto*, l'applicazione in casi specificamente individuati nella stessa ordinanza¹⁰⁸.

D'altra parte, il meccanismo sotteso all'ordinanza in discorso offre rilevanti analogie con le decisioni di incompatibilità “pure”¹⁰⁹: si tratta, nello specifico, del “blocco” dell'applicazione della norma non conforme a Costituzione e della previsione di un termine in capo al legislatore.

La differenza fondamentale consiste, però, nel fatto che la Corte costituzionale non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, ma ne ha *solamente accertato* l'illegittimità costituzionale; e ciò non stupisce, atteso che la Consulta non gode di uno strumentario “temporalmente manipolativo” quale quello del *BVerfG*.

Non si può non considerare, come si accennava nel paragrafo n. 2., che le decisioni di incompatibilità sono proprio state (in parte) utilizzate al fine di rispettare la discrezionalità del

¹⁰⁶ Cfr. V. MARCENO', G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2018, 241.

¹⁰⁷ Non a caso, con riferimento al rapporto tra sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa, tale pronuncia corrisponde ad un approdo storico, corrispondente, di fatto, al passaggio dall'utilizzo dei moniti a quello dell'innovativa tecnica dell'“incostituzionalità prospettata”, così C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa. Le prospettive penalistiche nella Relazione del Presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019. A corroborare l'analogia tra la tipologia decisionale in questione e l'ord. n. 207 del 2018 si veda M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in “Il Caso Cappato”, cit., 28.

¹⁰⁸ Sull'innovatività rappresentata dall'ordinanza in questione si veda M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., 5 e, tra gli altri, C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2019 e M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in “Il caso Cappato”, cit., 36, il quale saluta con favore una simile pronuncia.

¹⁰⁹ Sulla vicinanza dell'ordinanza in questione alle decisioni di incompatibilità cfr. M. D'AMICO, *Il “Caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2019, 4-6; D. PARIS, *Dal diritto al rifiuto delle cure al diritto al suicidio assistito (e oltre). Brevi osservazioni all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 8 e ss; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it, 2018.

legislatore a fronte dell'accertata violazione del principio di uguaglianza¹¹⁰, sancito all'art. 3 della Legge Fondamentale, così da permettere al *BVerfG* di trasferire di fatto all'organo legislativo il compito di provvedere all'eliminazione del vizio di legittimità costituzionale¹¹¹.

Ebbene, con riferimento all'esperienza italiana, l'adozione delle sentenze di inammissibilità per discrezionalità legislativa avviene spesso, *mutatis mutandis*, in occasione dell'intervenuta violazione dell'art. 3 Cost. e del riferimento da parte della Consulta ad una pluralità di soluzioni individuabili dal solo legislatore¹¹².

Allo stesso modo, occorre considerare che l'adozione della decisione di incompatibilità da parte del *BVerfG* dinanzi a omissioni legislative¹¹³ non può non rivelarsi strettamente connessa con l'esigenza di trasferire sul legislatore l'eliminazione della norma incostituzionale secondo una logica di rimozione "congiunta", così come accade con riferimento alle sentenze additive di principio, le quali necessitano *strutturalmente* dell'intervento del legislatore¹¹⁴ per estrinsecare i propri effetti.

Peraltro, è ciò non è da sottovalutare, un raccordo con il legislatore che si collochi tra l'esigenza di non intervenire in spazi preclusi alla Corte e che incentivino la stessa a svolgere il proprio ruolo di "Custode della Costituzione" risulta del tutto necessario nella materia penale, rispetto alla quale, come noto, vige il principio di cui all'art. 25 II Cost.

Se da un lato le sentenze additive di principio, di fatto, non hanno trovato molta fortuna¹¹⁵, le sentenze di inammissibilità presentano la "strettoia" di lasciare vivere nell'ordinamento la norma incostituzionale fino ad un (futuro ed eventuale) intervento del legislatore.

Per questo motivo, come suggerito dalla dottrina¹¹⁶, potrebbe essere utile guardare, anche con riferimento alla materia penale, al modello delle decisioni di incompatibilità: d'altra parte è pur vero, al netto dell'inevitabile inerzia legislativa, che "la mancata riforma del codice Rocco, la schizofrenia del nostro ordinamento penale e al tempo stesso le esigenze di tutelare valori che cambiano anche con norme penali costringeranno sempre di più il Giudice costituzionale a fare i conti con decisioni di questo tipo"¹¹⁷, in tal modo in parte agendo sui confini tradizionali del rapporto tra intervento del Custode delle leggi e discrezionalità del legislatore¹¹⁸ considerando però

¹¹⁰ Un esempio recente di pronuncia adottata alla luce della violazione del principio di uguaglianza è rappresentato dalla sentenza del 5 novembre 2019 - 1 BvL 7/16 in tema di sanzioni volte all'esecuzione degli obblighi di cooperazione di coloro i quali usufruiscono del sussidio di disoccupazione.

¹¹¹ G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Giappichelli, Torino, 2002, 18.

¹¹² Si considerino, solo a titolo di esempio, la sent. n. 138 del 2010, la sent. n. 109 del 1986 e la sent. n. 61 del 2006. Non può essere sottaciuta la somiglianza con quanto affermato dal *BVerfG* in occasione dell'accertata e dichiarata violazione del principio di uguaglianza: "*Hier kommt jedoch nur eine Unvereinbarkeitserklärung in Betracht, weil dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die Benachteiligung der Betroffenen zu beseitigen*".

¹¹³ Cfr. K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., 327; G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., 207.

¹¹⁴ Significativa sotto questo angolo prospettico è la sentenza n. 243 del 1993, provvista, come si è avuto modo di vedere, di un termine in capo al legislatore.

¹¹⁵ Cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 21.

¹¹⁶ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., 39.

¹¹⁷ M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., 11.

¹¹⁸ Del tutto critico a tal riguardo è A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit.

che, nell'ambito materiale in questione, la tipologia decisionale in esame è spesso integrata dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile¹¹⁹.

Con riferimento quindi all'esperienza tedesca, si consideri in primo luogo la menzionata sentenza adottata il 10 febbraio 2004; ancora, si registra la già descritta sentenza sulla custodia di sicurezza¹²⁰ intervenuta nel 2011. Rilevante è anche la pronuncia sull'archivio antiterrorismo adottata nell'aprile 2013¹²¹ in cui è stata utilizzata sempre la tecnica dell'adozione della *Unvereinbarkeitserklärung* integrata dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile e la recente decisione sul rapporto tra polizia federale e Governi statali, federali e con Paesi terzi¹²², in cui è stata disposta, ancora una volta, la *Fortgeltungsanordnung* al fine di "scongiorare vuoti di potere investigativo"¹²³.

E in effetti, quello che emerge dalla recente giurisprudenza costituzionale italiana è proprio il tentativo di costruire un nuovo modello di relazione con il legislatore (cfr. l'ordinanza n. 207 del 2018)¹²⁴ nella delicata materia penale.

Nell'ambito materiale in questione sembra essersi di fatto aperto "un nuovo orizzonte"¹²⁵ - peraltro confermato dalla stessa sent. n. 242 del 2019 - con riferimento al rapporto tra Corte costituzionale e discrezionalità legislativa¹²⁶.

Così la Corte al cons. in dir. p.to 4 della sentenza "Cappato": "Risalente, nella giurisprudenza di questa Corte, è l'affermazione per cui non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina - reale o apparente - che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti (sentenza n. 59 del 1958). Ove, però, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta - come nel caso di specie - in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)".

Pare significativo ricordare che nella sent. n. 236 del 2016 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, secondo comma, del codice penale, nella parte in cui prevedeva la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni, svincolando "la valutazione sulla proporzionalità della pena dalla necessaria individuazione di un

¹¹⁹ Cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 21.

¹²⁰ Sempre in tema di rapporto tra restrizione della libertà personale di determinati soggetti e ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile si veda la recente sent. n. 2 BvR 309/15.

¹²¹ 1 BvR 1215/07.

¹²² 1 BvR 966/09; cfr. M. D'AMICO, *Corte costituzionale discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 23-24.

¹²³ Cfr. D. DE LUNGO, *Comparazione e legittimazione. Considerazioni sull'uso dell'argomento comparatistico nella giurisprudenza recente, a partire dal caso Cappato*, in "Il caso Cappato", cit., 101, nota n. 20.

¹²⁴ LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018*, cit., 14.

¹²⁵ Tale riflessione riporta in auge la tesi di Modugno che immagina un ruolo del Giudice costituzionale "a schema libero". Cfr. F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., "Scritti su La giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli", Padova, 1985, I, 579.

¹²⁶ Per un recente contributo relativo al rapporto tra Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale si veda M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, cit., 9.

tertium comparationis caratterizzato da identico disvalore, e irragionevolmente sottoposto a diverso trattamento sanzionatorio”¹²⁷.

Successivamente, in occasione della sent. n. 222 del 2018, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della pena accessoria fissa relativa ai delitti di bancarotta fraudolenta, individuando “una delle (non univoche) soluzioni già esistenti nel sistema”¹²⁸.

Tale pronuncia rappresenta un “primo segnale di cedimento” del baluardo rappresentato dalla discrezionalità legislativa¹²⁹.

Infine, anche la sent. n. 40 del 2019¹³⁰ in materia di stupefacenti si inserisce nel novero delle decisioni a rime solo “possibili”, rappresentando un ulteriore punto di approdo del nuovo orientamento giurisprudenziale, rafforzato dal “mancato ascolto di un precedente monito della Corte”¹³¹.

In quell’occasione, la Corte costituzionale ha individuato nell’ordito legislativo la pena con cui sostituire quella sproporzionata ed eccessiva prevista dalla disposizione viziata da illegittimità costituzionale¹³².

5. La necessità di evitare “conseguenze eccessive”: l’esperienza italiana e quella tedesca a confronto

Le possibili *rationes* che hanno condotto nel corso del tempo il Giudice delle leggi italiano ad intervenire sul dato temporale dei propri effetti, così (talvolta) ponendo in essere una deroga alla “tipica” efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità sono, come noto:

a) l’esigenza di salvaguardare la stabilità dei rapporti giuridici, sia nella forma della tutela di funzioni pubbliche essenziali¹³³, sia in quella della necessità di escludere di “arrecare gravi pregiudizi al buon andamento della funzione giudiziaria o amministrativa”¹³⁴; b) l’esigenza di precludere la formazione di gravi lesioni del bilancio pubblico¹³⁵.

¹²⁷ Cfr. F. VIGANO’, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/vigano_2_17.pdf, 7.

¹²⁸ Secondo R. BARTOLI, *L’ordinanza della Consulta sull’aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in “Il caso Cappato”, cit., 16, tale pronuncia rappresenta quasi seguito “naturale” dell’ord. n. 207 del 2018. Per un ampio commento alla decisione in questione si vedano S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a “rime possibili”*, in “Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale” 1/2019, 183-185 e A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse a “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018.

¹²⁹ Cfr. A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l’incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in www.gruppodipisa.it, 2019, 110.

¹³⁰ Cfr. R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019.

¹³¹ Cfr. A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l’incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, cit., 108.

¹³² Cfr. C. CUPELLI, *Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa. Le prospettive penalistiche nella Relazione del Presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, cit.

¹³³ In questo senso si veda R. PINARDI, *La declaratoria d’incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, in “La Corte costituzionale e i fatti”, cit., 468.

¹³⁴ Cfr. F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Cedam, Padova, 1997, 291.

¹³⁵ Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale*, cit., 138 e ss.

Al tempo stesso, la prassi temporalmente manipolativa verso il futuro non solamente svolge la funzione di salvaguardare lo spazio discrezionale del legislatore, ma al tempo stesso è a) volta alla tutela dell'ordinamento giuridico nel suo complesso¹³⁶; b) dovuta a ragioni di natura economico-finanziaria¹³⁷.

Tanto premesso, non si può non rilevare la rilevanza che assume nel discorso condotto nel presente paragrafo la sent. n. 10 del 2015, in occasione della quale, nell'affermare che “è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro”, la Corte costituzionale ha affrontato per la prima volta la questione relativa alla modulazione degli effetti delle proprie pronunce¹³⁸, uscendo, così, allo scoperto¹³⁹.

La Consulta ha pertanto scelto di non far vivere sotto la veste dell'incostituzionalità sopravvenuta la manipolazione del dato temporale degli effetti¹⁴⁰, come invece accaduto, ad esempio, con riferimento alla successiva e contorta sent. n. 178 del 2015¹⁴¹.

Importa rilevare nella presente sede che l'efficacia meramente *ex nunc* è stata disposta non senza un innovativo richiamo alla prassi temporalmente manipolativa di esperienze straniere, tra le quali è stata specificamente menzionata quella tedesca, la quale è stata sviluppata a prescindere da qualsivoglia fondamento normativo.

Afferma infatti il Giudice costituzionale che del “resto, la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale rappresenta una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale, indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi”, e, infine, che una “simile regolazione degli effetti temporali deve ritenersi consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale”¹⁴².

Nel caso giurisprudenziale in esame si è fortemente manifestata la tensione esistente tra il bilanciamento dei valori costituzionali e la rigidità del dato temporale degli effetti delle pronunce dell'organo di giustizia costituzionale¹⁴³, decisamente critica in punto di rapporto con il giudice *a quo*¹⁴⁴.

Ancora più sorprendente è però la sent. n. 246 del 2019, in occasione della quale la Corte costituzionale ha tentato di “naturalizzare” la propria prassi temporalmente manipolativa da un lato

¹³⁶ M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie delle pronunce della Corte costituzionale*, cit.

¹³⁷ Cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: La Corte alla prova dei fatti*, in “La Corte costituzionale e i fatti”, cit., 463.

¹³⁸ S. PANIZZA, *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

¹³⁹ Cfr. A. ANZON DEMMING, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, cit.

¹⁴⁰ Sul richiamo all'incostituzionalità sopravvenuta per adottare, di fatto, pronunce di accoglimento datate si veda F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit., 296.

¹⁴¹ Cfr. A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi. Nota minima alla sentenza della Consulta n. 178 del 2015*, www.questionegiustizia.it, 2015.

¹⁴² Cfr. sent. n. 10 del 2015, cons. in dir. p.to 7.

¹⁴³ Cfr. I. CIOLLI, *L'art. 81 della Costituzione: da limite esterno al bilanciamento a super principio*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

¹⁴⁴ Cfr. V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?* in www.rivistaaic.it, 2016, 2.

richiamando nella sua quasi¹⁴⁵ totale interezza la pregressa giurisprudenza manipolativa del dato temporale - peraltro senza operare alcuna distinzione tra giudizi in via principale e giudizi in via incidentale - dall'altro facendo leva sulla possibilità di potere enucleare eccezioni al principio dell'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità proprio alla luce, tra le svariate esigenze indicate nella pronuncia, della - appunto eccezionale - necessità di procedere alla salvezza degli atti compiuti dal commissario straordinario in ragione del fatto che "l'efficacia retroattiva della presente pronuncia rischierebbe di incidere negativamente sull'azione amministrativa già utilmente posta in essere dal commissario straordinario, pur non ancora consolidatasi in una situazione esaurita"¹⁴⁶.

Interessante notare che il Giudice delle leggi ritiene di richiamare quali precedenti più vicini alla *ratio* della pronuncia in questione la sent. n. 10 del 2015 e la sent. n. 1 del 2014, e ciò al fine di porre in evidenza la necessità contingente di evitare conseguenze eccessivamente gravose rispetto alla funzione e al buon andamento della pubblica amministrazione: in questo senso è del tutto simile la prassi temporalmente manipolativa del *BVerfG*, il quale molto spesso richiama in motivazione l'esigenza di preservare proprio il buon andamento dell'amministrazione¹⁴⁷.

Come sopra accennato, il *BVerfG* adotta, al fine di evitare che dalla sentenza di nullità derivino conseguenze "eccessive", le decisioni di incompatibilità integrate dall'ordine della *weitere Anwendbarkeit* o da una disciplina transitoria¹⁴⁸ individuata dallo stesso, in tal modo escludendo la formazione di lacune normative e preservando la certezza del diritto¹⁴⁹.

Nella giurisprudenza più recente, il *BVerfG* ha individuato anche il *topos* applicativo della pianificazione finanziaria ed economica per giustificare l'ordine di validità "ulteriore" della norma dichiarata incompatibile¹⁵⁰; e in effetti, dal momento che, nella maggior parte dei casi in questione, l'efficacia della declaratoria di incompatibilità assume efficacia meramente *ex nunc*¹⁵¹, in

¹⁴⁵ Cfr. M. D'AMICO, *Una "vistosa" motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 143.

Manca, del tutto sorprendentemente, qualsivoglia richiamo alla sent. n. 188 del 2016, con cui la Corte costituzionale ha derogato all'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità proprio nell'ambito di un giudizio in via principale.

¹⁴⁶ Cfr. Cons. in dir. p.to 10.

¹⁴⁷ In questo senso del tutto rilevante è la decisione 1 BvL 8/10 - in materia di corsi universitari; ancora, rileva la 1 BvL 11/14. "Aus besonderem Grund, namentlich im Interesse einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung und eines gleichmäßigen Verwaltungsvollzugs für Zeiträume einer weitgehend schon abgeschlossenen Veranlagung, hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt die weitere Anwendbarkeit verfassungswidriger Normen binnen der dem Gesetzgeber bis zu einer Neuregelung gesetzten Frist oder spätestens bis zur Neuregelung für gerechtfertigt erklärt (vgl. etwa BVerfGE 87, 153 <178>; 93, 121 <148 f.>; 123, 1 <38>; 125, 175 <258>; 138, 136 <251 Rn. 287>; 139, 285 <319 Rn. 89>). Ein solcher Grund ist auch hier gegeben", Rn. 170.

¹⁴⁸ Esempi in tal senso sono BVerfGE 61, 319; 132, 134.

¹⁴⁹ SCHLAICH, S. KORIOH, *Bundesverfassungsgericht*, cit., 331. Cfr., inoltre, BVerfGE 141, 143.

¹⁵⁰ Sul punto si veda K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 333. Del tutto emblematica, in questo senso, è la decisione 1 BvL 11/14, in cui il *BVerfG* ha addirittura previsto un "doppio" ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile. Si permetta di rinviare, sul punto, a N. FIANO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'arte di differire gli effetti "finanziari" delle proprie decisioni nel tempo*, in www.federalismi.it, 2018, 47-56.

¹⁵¹ Trattandosi della c.d. *endgültige Weitergeltungsanordnung*; cfr. M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, Josef Eul Verlag, Lohmar, Köln, 2014, 219. Si consideri, ad esempio, la nota sentenza *Hartz IV* (BVerfGE 125, 175).

Al contrario, secondo parte della dottrina, le decisioni di incompatibilità dovrebbero essere necessariamente contraddistinte da un'efficacia retroattiva. In questo senso si veda W. HOFFMAN-RIEM, *Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweitaktverfahren*, in DVBl, 1971, 846; e C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, in StuW, 1/2008, 29.

particolare a partire dal momento in cui entra in vigore la normativa individuata dal legislatore sulla base della c.d. *Nachbesserungspflicht*, l'individuazione del campo applicativo appena menzionato non deve sorprendere.

Pertanto, ampie sono le analogie con la sent. n. 10 del 2015, con cui la Corte ha di fatto sacrificato il nesso di incidentalità al fine di preservare il principio di equilibrio di bilancio, esattamente come accade, di regola, con riferimento alla variante della decisione di incompatibilità in discorso, ove la recisione del nesso di incidentalità (o la mancata soddisfazione dei ricorrenti diretti nel caso della *Verfassungsbeschwerde*) cede il passo a quella che è stata definita *l'ottimizzazione* costituzionale, vale a dire la tutela di opzioni valoriali costituzionalmente rilevanti¹⁵²; certamente, tale tecnica decisionale potrebbe apparire, nei fatti, come una perpetuazione del torto rispetto al caso "singolo"¹⁵³.

Pare, quindi, che il fondamento di una simile *summa iniura* per quanto attiene il piano degli *iura* sia dovuta all'esigenza di garantire la continuità dell'ordinamento giuridico¹⁵⁴, che, se nell'esperienza tedesca costituisce (nonostante l'esistenza della c.d. *konkrete Normenkontrolle*) oramai una prassi consolidata, con riferimento all'ordinamento giuridico italiano presenta rilevanti difficoltà, non essendovi alcun fondamento normativo in tal senso.

Nonostante la prassi della *weitere Anwendbarkeit* della norma incompatibile costituisca oramai quasi *ius receptum*, anche alla luce dell'efficiente intervento tempestivo del legislatore - necessario perché il meccanismo sotteso al presente modello decisionale possa svolgere la propria funzione - tuttavia non è possibile affermare che essa vada esente da critiche, soprattutto con riferimento a due profili: da un lato, soprattutto nel settore economico-fiscale, il legislatore è portato, a fronte dell'efficacia *ex nunc* di un'eventuale sentenza di incompatibilità, ad approvare norme senza porvi la dovuta attenzione "costituzionalmente orientata"¹⁵⁵; dall'altro, il sacrificio del singolo dovrebbe essere controbilanciato, almeno, da un impianto motivazionale ben argomentato e strutturato, caratteristica invece in parte assente nelle pronunce di incompatibilità in discorso¹⁵⁶.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, quindi, il rischio è che l'adozione di tale tecnica decisionale dia luogo ad una forma rilevante di incertezza del diritto, atteso che talvolta il *BVerfG* omette di dettagliare le conseguenze derivanti dalla propria *Tenorierung*. Quanto appena descritto risulta ancora più grave se si considera che, ad oggi, le decisioni di incompatibilità non hanno ancora un fondamento giuridico che possa dirsi soddisfacente; *a fortiori* tale ragionamento dovrebbe essere pertanto sviluppato intorno alle decisioni di incompatibilità contraddistinte dalla *weitere Anwendbarkeit* o da una disposizione transitoria, lesive (quando dotate di efficacia *ex nunc*) del diritto di difesa e della *ratio* sottesa ad un suo azionamento.

Pertanto, chi scrive ritiene che la tecnica delle *Unvereinbarkeitserklärungen* possa costituire uno stimolo importante per la giustizia costituzionale italiana; tuttavia, una sua eventuale

¹⁵² Cfr. C. MOENCH, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Nomos, Baden-Baden, 1977, 173.

¹⁵³ M. SCHWINDT, *Rechtsfolgen verfassungswidriger Steuergesetze: Die Unvereinbarkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter besonderer Berücksichtigung steuerverfahrensrechtlicher Gesichtspunkte*, cit., 221.

¹⁵⁴ Cfr. in questo senso C. MOES, *Die Anordnung der befristeten Fortgeltung verfassungswidriger Steuergesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, cit., 32.

¹⁵⁵ Sul punto si veda M. T. RÖRIG, *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, cit., 36-37.

¹⁵⁶ P. BENEDIXEN, *Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Besteuerungen durch das BVerfG*, in ZRP, 2009, 86.

importazione imporrebbe una modifica della disciplina relativa agli effetti della declaratoria di incostituzionalità.

6. Una breve indagine: tecniche decisorie a confronto

Prima di giungere alle conclusioni, si permetta un'ultima indagine, volta ad evidenziare gli elementi di continuità (e, in parte, di discontinuità) tra la giurisprudenza temporalmente manipolativa della Corte costituzionale e le *Unvereinbarkeitserklärungen*.

Con riferimento alle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, la somiglianza, quanto alla finalità sottesa, è indiscutibile: in entrambi i casi il Giudice costituzionale accerta l'incostituzionalità di una norma. Tuttavia, nel primo caso la declaratoria dell'incostituzionalità è omessa, così come è assente la previsione di un termine in capo al legislatore, eccezion fatta per l'ordinanza Cappato, la quale, tuttavia, ha accertato l'illegittimità costituzionale di una norma senza definire il processo costituzionale.

Con riferimento alle sentenze monitorie, l'analogia risiede esclusivamente nell'operazione di bilanciamento tra valori effettuata dai Giudici costituzionali, che tuttavia implica risultati giurisprudenziali del tutto diversi¹⁵⁷.

Le sentenze additive di principio risultano strutturalmente molto più vicine alle decisioni di incompatibilità¹⁵⁸ in ragione dell'intervento della declaratoria di incostituzionalità e della previsione di un richiamo "orientatore" al legislatore, che nel caso delle prime si manifesta nella necessaria individuazione da parte del legislatore di un principio "costituzionalmente obbligato", e ciò alla luce dell'intervenuta declaratoria di incostituzionalità, e nel caso delle seconde nella predisposizione di un obbligo che si manifesta nel *Frist*¹⁵⁹, giustificato, come si è visto, sia dalla forza di legge delle decisioni del *BVerfG*, sia dalla possibilità da parte di quest'ultimo di scegliere la modalità di esecuzione della propria pronuncia; peraltro, la comune esigenza di salvaguardare la discrezionalità del legislatore e al tempo stesso di sanzionare omissioni legislative non può essere sottaciuta¹⁶⁰.

D'altra parte, con riferimento alla manipolazione dell'efficacia rispetto al "passato", anche la sent. n. 10 del 2015, così come la sent. n. 246 del 2019, risulta essere analoga alle decisioni di incompatibilità in ragione dell'efficacia *ex nunc*, e quindi del differimento dell'efficacia a partire dal momento in cui viene adottata la decisione di incompatibilità.

Infine, se con riferimento all'esperienza tedesca sono registrabili ampie criticità quanto alla tutela della posizione del singolo dedotto in giudizio, tuttavia non si può non considerare il

¹⁵⁷ Tanto è vero che le *Unvereinbarkeitserklärungen* si distinguono dalle *Appellentscheidungen*, corrispondenti alle decisioni monitorie.

¹⁵⁸ Sul punto cfr. M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?* in *Giur. cost.*, 1993, 1812. Come posto in evidenza dalla dottrina della stessa Autrice e dalla dottrina di Giunta, il *BVerfG* e la Corte costituzionale sono intervenuti decidendo un caso del tutto analogo: ci si riferisce alla nota sent. n. 170 del 2014 e alla *BVerfGE* 121, 175, in occasione della quale il *BVerfG* ha dichiarato l'incompatibilità della norma relativa al divorzio imposto quale conseguenza del mutamento di sesso e prevedendo, al tempo stesso, l'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile fino alla c.d. *Neuregelung*. Cfr. rispettivamente M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 43-45, e C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'"ordinanza Cappato"*, in "Il caso Cappato", cit., 171.

¹⁵⁹ Cfr. la più volte citata sent. n. 243 del 1993.

¹⁶⁰ Sul rapporto tra omissioni legislative e decisioni di incompatibilità cfr. U. SOY-SCHNELL, *Das Bundesverfassungsgericht und die Corte costituzionale*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1988, 198.

beneficio sotteso al rispetto della discrezionalità del legislatore, cui recentemente il Giudice costituzionale italiano sta cercando di fornire tutela mediante l'individuazione, in via pretoria, di nuovi modelli decisionali¹⁶¹.

7. Conclusioni: necessità di riforma della disciplina degli effetti. Quali modalità?

Tanto chiarito, giungendo alla tesi finale del presente elaborato, è innegabile che l'inderogabilità dell'efficacia retroattiva si ponga alla base di problematiche di rilievo costituzionale (sostanziale)¹⁶².

Nel caso in cui, sulla scorta di esigenze di tipo costituzionale, la Corte ritenga di non potere rinunciare alla modulazione degli effetti nel tempo, una possibile proposta di riforma della disciplina degli effetti della declaratoria di incostituzionalità potrebbe essere la seguente: alla luce di un'indagine istruttoria¹⁶³ adeguata, la Corte costituzionale potrebbe differire nel tempo gli effetti sulla base di una rigorosa regolamentazione di tutti gli aspetti legati alle conseguenze della limitazione o della "sospensione" dell'efficacia retroattiva e dei casi in cui tale rilevante e significativa deroga possa avere luogo in via del tutto eccezionale (come non avvenuto con riferimento all'esperienza tedesca), sempre secondo una riforma "kelsenianamente orientata" dell'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953¹⁶⁴.

Si tratterebbe, pertanto, di una soluzione rispettosa di un "ritorno" alle origini della giustizia costituzionale, comprensivo, in un contesto di efficacia *ex nunc*, del "premio di cattura" tipico del sistema di giustizia costituzionale austriaco¹⁶⁵, tale da tutelare il caso singolo e al tempo stesso l'ordinamento nel suo complesso.

Con riferimento alla modifica dell'art. 30, comma terzo, della l. n. 87 del 1953 rileva il d.d.l Lanzillotta, il quale ha ritenuto di procedere ad una forma di regolamentazione "scarna" dei casi in cui la Corte avrebbe potuto legittimamente operare una modulazione degli effetti nel tempo, ricollegabili in buona sostanza al rischio sotteso alla violazione dell'art. 81 Cost. All'art. 1 l'A.S. 1952 aveva previsto che "c) al terzo comma dell'articolo 30, sono aggiunte, in fine, le seguenti

¹⁶¹ Ci si riferisce all'analizzata ord. n. 207 del 2018.

¹⁶² C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *Effetti temporali*, cit., 39.

¹⁶³ Cfr. M D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 31-32; sull'indagine istruttoria posta in essere dal *BVerfG* si veda, ancora, M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, presentazione degli atti del convegno svoltosi a Modanella nei giorni 24 e 25 maggio 2019, in corso di pubblicazione in "Diritto e Società", Editoriale scientifica, Napoli, 2019 e G. REPETTO, *I poteri della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 299 e ss.

¹⁶⁴ Secondo Kelsen era auspicabile che si producesse l'effetto retroattivo nel processo *a quo* e che il legislatore avesse il tempo necessario per "preparare una nuova legge [...]"; cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 1981, 199. Una simile ipotesi di riforma è stata altresì ipotizzata da S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in "La Corte costituzionale e i fatti", cit., 398.

¹⁶⁵ Cfr. N. SONNTAG, *Effetti delle decisioni della Corte costituzionale: il caso austriaco*, in (a cura di D. BUTTURINI - M NICCOLINI), "Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, 172. Cfr. anche M. SCHWENKE, *Ist eine "Ergreiferprämie" nach österreichischem Vorbild sinnvoll? – Zum Beschluß des BVerfG vom 10.11.1998*, 2 *BvR 1057/91, 1226/91, 980/91*, in *DStR*, 1999.

parole: «, salvo che la Corte non disponga una diversa modulazione dell'efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali»”.

Si potrebbe immaginare, in secondo luogo, una riforma dell'art. 136 Cost., similmente a quanto proposto dal progetto di legge di revisione costituzionale D'Alema nel 1997¹⁶⁶: aggiungere al primo comma della disposizione costituzionale l'inciso “salvo che la Corte non stabilisca un termine diverso, comunque non superiore ad un anno”.

Secondo parte della dottrina, infatti, “forse solo un chiaro, preciso e completo intervento del legislatore costituzionale - che ponga mano, nel nostro caso, alla revisione dell'art. 136 Cost. - può rimediare ai rischi connessi alle manipolazioni della Corte costituzionale”¹⁶⁷.

Peraltro, l'esperienza tedesca delle *Unvereinbarkeitserklärungen* suggestiona la giustizia costituzionale italiana sotto il profilo del raccordo tra Tribunale costituzionale e organo detentore del potere legislativo.

Ebbene, si potrebbe immaginare altresì di riformare l'art. 136 Cost. nel senso di prevedere non solo lo spostamento del *dies a quo*, ma anche l'imposizione al legislatore di intervenire sulla norma viziata entro quel preciso termine; la riforma legislativa, al fine di salvaguardare il nesso di incidentalità, dovrebbe avere efficacia retroattiva¹⁶⁸.

Nei casi in cui non fosse possibile dotare di efficacia retroattiva la disciplina individuata dal legislatore alla luce del rischio della “maggiore incostituzionalità”, e quindi in ragione della possibile gravosa violazione di principi costituzionali, allora si potrebbe immaginare di inserire, sempre nell'art. 136 Cost., l'eccezionale previsione di un'efficacia *tout-court* meramente *ex nunc*, accompagnata dalla collaborazione del legislatore e dei giudici (sulla falsa riga, in linea di massima, delle decisioni di incompatibilità *altre* rispetto alla variante “pura”, adottate nella maggior parte dei casi dinnanzi alla possibile compromissione del principio di bilancio).

Certamente non sarà facile giungere ad una modifica idonea della disciplina degli effetti delle sentenze di accoglimento ispirata al modello tedesco: ad ogni ipotesi *de iure condendo* corrispondono rilevanti difficoltà.

Eppure, allo stato attuale, quello che forse è certo, è che la soluzione di chiudere gli occhi¹⁶⁹ dinnanzi alle esigenze¹⁷⁰ percepite dal Giudice delle leggi non darebbe conto del contesto entro cui

¹⁶⁶ Cfr. C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'ordinanza Cappato*, in “Il caso Cappato”, cit., 178.

¹⁶⁷ Cfr. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 214.

¹⁶⁸ Così come nel caso delle sentenze di incompatibilità non contraddistinte dall'efficacia *ex nunc*. Anche l'esperienza francese sembra essere di supporto rispetto a questa possibile ipotesi di soluzione: si consideri, come evidenziato da S. CATALANO, *La question prioritaire de constitutionnalité in Francia: analisi di una riforma attesa e dei suoi significati per la giustizia costituzionale italiana*, cit., 254-255, la decisione del del 28 maggio 2010, n. 2010-1 QPC.

¹⁶⁹ In questo senso la dottrina di A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 214, i quali fanno riferimento alla disciplina degli effetti in questione quale “comodo limite” a fronte del quale continuare ad operare una modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento. Ancora, si veda M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., 35.

Peraltro, un Giudice costituzionale poco rispettoso delle regole del proprio processo rischia di rendersi suscettibile di una scarsa legittimazione istituzionale. Sul punto si veda la recente dottrina di R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli animali fantastici*. The final cut, in www.consultaonline.it, 2020, Fasc. I, 9.

¹⁷⁰ Non è un caso che il Giudice delle leggi abbia ritenuto di far discendere un parziale effetto caducatorio da un'ordinanza. Cfr. C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall'ordinanza Cappato*, in www.dirittifondamentali.it, 2019, 16. Occorre inoltre considerare che ogni possibile interpretazione della giustizia costituzionale corrisponde, di per sé, ad una possibile interpretazione della Costituzione stessa. Cfr. M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, 334.

esso si muove, il quale talvolta, in ragione proprio del rispetto del principio della superiorità della Costituzione, dovrebbe potere precludere all'efficacia retroattiva di agire nella direzione della *maggiore incostituzionalità*, lasciando lo spazio al legislatore per riportare in auge, per il tramite di un *buon* utilizzo del proprio spazio discrezionale, una *maggiore costituzionalità*¹⁷¹.

¹⁷¹ In quanto “il tempo della Corte non è indipendente dal tempo del legislatore”, in M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale*, cit., 17.