

## La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità “in concreto” o realistico?

(in corso di pubblicazione su “Quaderni Costituzionali”)

Andrea Pin\*, Erik Longo\*\*  
(24 aprile 2015)

Si può ragionevolmente scommettere che tra qualche anno la sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale sarà ricordata non soltanto per i numerosi dibattiti che sta destando, ma anche per l'aver iniettato una certa dose di realismo all'interno del dibattito costituzionale in atto; ed è già ora degno di nota che tale realismo consista in una tutela dei diritti più intensa di quella che finora ci si sarebbe potuti attendere.

È noto che la Consulta sino ad ora aveva fatto ricorso con particolare parsimonia e scarso inquadramento concettuale alla modulazione degli effetti delle proprie sentenze. Si era trattata di una pratica invero molto sporadica, dominata da preoccupazioni puntuali, di natura eminentemente finanziaria, o legate alle ripercussioni sulle attività economiche dei giudizi d'incostituzionalità. In questo senso, sembra poco conferente far confluire nello stesso fenomeno, come pure fa la sentenza, le decisioni *in malam partem* in campo penale, comunque non operanti nei giudizi *a quo* per ragioni di garantismo, o l'ostacolo della prescrizione, della decadenza o dei rapporti esauriti. Sebbene la Consulta, per mitigare la propria novità, evochi queste prassi, esse possono trovare giustificazione altrove: rispettivamente nello scopo di evitare che norme penali di favore ma illegittime finiscano nelle zone d'ombra alla giustizia costituzionale, e nella tutela dell'affidamento relativamente a questioni esauritesi. In questo secondo caso, forse l'unico elemento di affinità con il ragionamento della sentenza n. 10 consiste nella necessità di non turbare la certezza del diritto.

Del resto, è risaputo almeno fin dai tempi della Costituente come la modulazione degli effetti nel tempo sia uno strumento di forte impatto politico: una volta eliminato l'automatismo tra la dichiarazione d'illegittimità e i suoi effetti, si apre uno spazio di manovra per la Consulta, soprattutto quanto alla determinazione del *dies a quo* dal quale far decorrere la dichiarazione di incostituzionalità. Come è noto, in questi casi i giudici costituzionali avevano fatto quasi sempre ricorso alla tecnica della sequenza tra sentenza monitoria di rigetto e sentenza di accoglimento, al fine di trovare un riferimento temporale che altrimenti non può trarsi. Ma neanche quest'operazione era valsa a risolvere il problema, perché il dato cronologico così individuato ha presentato margini di errore o quantomeno di casualità. Ciò che normalmente succede, infatti, è che nella prima sentenza la Corte rigetti la questione, lasciando però presagire una futura declaratoria di incostituzionalità. In tal modo si offre al legislatore la possibilità di intervenire per sanare il vizio e allo stesso tempo si fissa un punto fermo, cronologicamente parlando: cioè un momento nel tempo, che può poi essere eventualmente utilizzato come *dies a quo* di una futura incostituzionalità, con le conseguenti distorsioni e le incongruenze che sono note.

Nella sentenza odierna la Corte è particolarmente innovativa rispetto al passato, con una decisione che è difficile classificare secondo schemi già noti. A nostro avviso la sentenza non può essere qualificata come una variante delle pronunce manipolative. Nonostante la parte in diritto richiami queste ultime per sostenere che la decisione non fa che manipolare la dimensione temporale delle norme censurate, la Corte si tradisce poco più avanti con il medesimo dispositivo, nel quale non si trova alcun riferimento all'ambito di applicazione delle disposizioni illegittime, ma alla sola dichiarazione d'incostituzionalità. Come a dire che la Corte sta manipolando gli effetti della propria sentenza, non la legge.

Veniamo allora a quella che riteniamo sia la reale innovazione di questa pronuncia, anche con riferimento alla modulazione dei suoi effetti: l'uso del principio di

proporzionalità. Sebbene sia emerso da poco nella giurisprudenza costituzionale quale strumento di scrutinio, la Corte ne ha fatto un uso fortemente incisivo, tanto da farne uno strumento privilegiato per affrontare casi difficili: nella legge elettorale, nella fecondazione assistita, nella definizione dello status di coppie che a causa del mutamento di sesso vedono sciolto il matrimonio *ipso iure*, nel diritto penale, fino – appunto – alla modulazione degli effetti delle sentenze nel tempo. Si tratta di temi sui quali la proporzionalità ha svolto un ruolo importante, sebbene non sia stata sempre articolata rigidamente secondo le tre (o quattro) fasi con il quale essa normalmente diviene un test all'interno di giurisdizioni che già da tempo sono impegnate a concretizzare tale strumento.

La proporzionalità presenta, infatti, i connotati di un procedimento relativamente rigoroso, capace di combinare in modo logico e sintetico i diversi interessi che vengono in rilievo nel giudizio costituzionale: per questo consente di prendere decisioni su temi sensibili ma su basi che si reputano oggettive. È questo, del resto, che ha consentito alla proporzionalità un'espansione globale, con rimandi molteplici da una Corte all'altra, sia nazionale che sovranazionale.

Già la sentenza n. 1 del 2014 aveva evidenziato come la proporzionalità fosse un elemento intrinseco all'esperienza della giustizia costituzionale; ora l'argomento comparativo offerto dalla sentenza n. 10 del 2015 riprende il tema, mostrando come diverse giurisdizioni costituzionali usino analogamente modulare gli effetti delle proprie decisioni. La Consulta, in un certo senso, non fa che combinare proporzionalità e modulazione degli effetti delle proprie sentenze: mentre mitiga gli effetti delle sue decisioni, chiarisce che lo fa in nome della proporzionalità. Dopo aver sottoposto il legislatore allo scrutinio di proporzionalità, ora vi sottopone se stessa.

Questa combinazione è probabilmente il punto più interessante ma problematico della decisione, sul quale ci si può qui soffermare utilmente. Infatti, la Corte insiste che la modulazione degli effetti, quanto la proporzionalità, sono componenti di quello che alcuni chiamano "*generic constitutional law*": uno strumentario caratterizzante il diritto costituzionale, indipendentemente dall'ordinamento che si voglia prendere in considerazione, e particolarmente utilizzato nel campo del diritto finanziario. Dopotutto, anche la significativa virata in termini di rilevanza della questione – con la Corte che assume su di sé un tema nonostante la sua decisione non incida sul processo *a quo* – sembra discendere proprio dalla tecnica scelta.

In realtà, questo "diritto costituzionale generico" alcune volte non si sviluppa *secundum*, ma *praeter* – se non proprio *contra* – *constitutionem*. Degli ordinamenti citati dalla Consulta per suffragare la modulazione degli effetti della propria pronuncia, solo quello austriaco e quello portoghese radicano chiaramente nella costituzione i poteri della Corte di mitigare gli effetti della decisione. Nel caso tedesco, i testi normativi hanno legittimato *ex post* una prassi invalsa nella giurisprudenza nel silenzio della legge fondamentale. Nel caso spagnolo – forse quello più simile all'italiano – il Tribunale Costituzionale è parso molto disinvolto nell'appropriarsi di un tale potere a fronte di disposizioni normative diverse.

Osservando, dunque, più da vicino gli esempi con i quali la Consulta supporta la propria decisione, si nota che le giurisprudenze straniere hanno preso l'iniziativa e si sono impossessate di questo strumento, piuttosto che essersi sviluppate in un contesto che fin dall'inizio era ad esso favorevole. Una prassi molto discussa all'estero, è ora utilizzata per persuadere della ragionevolezza di una scelta interna.

Questo tuttavia non comporta, in sé, che la scelta della Consulta sia irragionevole, o sacrifici eccessivamente i diritti dei contribuenti, colpiti da una tassazione eccessiva e sproporzionata. Lo confermano sia uno sguardo comparato, sia la prassi giurisprudenziale recente invalsa in Italia.

Quanto al primo punto, va notato che la cd. "giurisprudenza della crisi" ha visto all'estero una particolare deferenza del giudice costituzionale nei confronti del legislatore,

rispetto a quanto sancito dalla nostra Corte: con la modulazione degli effetti spesso si posticipa l'incostituzionalità nel futuro, dando agio al legislatore d'intervenire molto di più di quanto abbia fatto la Consulta, la quale invece ha chiuso gli effetti della legge impugnata sin dal momento della decisione. In questo senso, la Consulta si presenta come forse più sbilanciata sul fronte dei diritti individuali più di altri giudici costituzionali.

Questo profilo si coglie con particolare evidenza se si considera il secondo punto, ovvero la giurisprudenza costituzionale cui la Consulta aveva abituato l'ordinamento dal 2008. Infatti, sino ad ora la Corte aveva giustificato sia tagli sia prelievi quantomeno discutibili, facendo appello a situazioni di crisi (ne sanno qualche cosa le difese delle regioni italiane). La circostanza emergenziale aveva condotto all'infondatezza, solo raramente mitigata da un monito – cui non sistematicamente il legislatore aveva dato ascolto. Preoccupazioni finanziarie si erano inserite – solo talvolta in modo esplicito – nell'interpretazione costituzionale, e ben prima della riforma dell'art. 81 Cost. Se si riflette sulla serie storica, l'alternativa ad una tale sentenza non sarebbe stata un accoglimento con effetti *ex tunc* (di cui ragiona la medesima sentenza 10), ma piuttosto una dichiarazione d'infondatezza.

In questo senso, la fondatezza dichiarata dalla sentenza n. 10 del 2015 ha raggiunto un elevato livello di realismo, visti i precedenti. E lo ha fatto in una maniera più trasparente di quanto accadeva in precedenza, quando la sua giurisprudenza si era allineata su posizioni di concretezza finanziaria forse al di là del dato costituzionale. Se questa sentenza è, perciò, creativa nel modo di usare la proporzionalità, essa si contrappone a interpretazioni costituzionali ugualmente orientate in base a preoccupazioni non semplicemente desumibili dal testo costituzionale.

Tuttavia, proprio su quest'ultimo punto la sentenza pare connotata da realismo, più che da proporzionalità in concreto. In primo luogo – com'è del resto comprensibile – lo strumento della proporzionalità, che in sé procedimentalizza i passaggi logici rendendoli trasparenti, nasconde in realtà qui la vera alternativa: se la Corte esclude la pronuncia di fondatezza "secca", ritenendola sproporzionata, l'alternativa reale che veramente essa scarta è l'infondatezza. D'altronde, una fondatezza *ex tunc* non sarebbe mai stata pronunciata su un argomento tanto sensibile sul piano finanziario.

In secondo luogo, e più profondamente, il giudizio di proporzionalità, se da un lato, coglie il dispiegarsi del fenomeno giuridico sotto un profilo dinamico e sistemico, giacché mette in connessione diversi interessi di rango costituzionale, dall'altro lato non è nelle condizioni d'individuare l'equilibrio ottimale.

Questo sembra particolarmente evidente raffrontando le due occasioni nelle quali la Corte usa la proporzionalità nella sentenza. Una prima volta dichiara l'incostituzionalità della normativa, ritenendo sproporzionata la scelta impositiva del legislatore. Qui il giudice delle leggi ha gioco (relativamente) facile, poiché con il suo intervento non fa che escludere una soluzione.

Tuttavia, più tardi, al momento di fissare il termine in cui prende vigore la decisione, l'argomento della Consulta mostra la corda: non può stabilire quale sia concretamente il punto di equilibrio tra le ragioni del contribuente, della fiscalità e del bilancio. Non affronta – o quantomeno non offre – le ragioni per le quali il *dies a quo* debba rinvenirsi a partire dalla pubblicazione. La soluzione sembra necessitata dalla corrispondenza con quanto dice la Costituzione, che fissa nel giorno successivo alla pubblicazione la perdita d'efficacia della legge dichiarata incostituzionale, non da quanto esigerebbe una valutazione sulla proporzionalità in concreto.

La Consulta, in un certo senso, sembra ragionare secondo uno schema binario: le dichiarazioni d'incostituzionalità hanno effetto *ex tunc* (normalmente) o *ex nunc* (eccezionalmente). Altri termini *a quo* non sembrano praticabili, poiché richiederebbero

alla Corte di quantificare l'esborso richiesto all'erario, la sua sostenibilità e la possibilità di sostituirlo con altre entrate.

Dunque, per un verso, il giudizio di legittimità è molto concreto: nella valutazione entrano le ragioni del bilancio quanto del contribuente; ma anche il tempo decorso dall'entrata in vigore della legge e dunque dell'ammacco che si produrrebbe nelle casse statali. Per un altro verso, non può che trattarsi di una valutazione molto sommaria, e in ultima analisi deferente verso il legislatore, dal momento che l'erario non subisce danno dalla pronuncia. D'altronde, se la Corte volesse esercitare il giudizio di proporzionalità sugli effetti della sentenza in un momento adeguato, dovrebbe dotarsi di strumenti adeguati d'istruttoria in campo economico-finanziario.

Forse quest'ultimo problema verrà comunque in evidenza in un futuro non troppo lontano. Infatti, la Corte, finalmente inquadrando la modulazione degli effetti delle sentenze all'interno dell'economia dei giudizi di costituzionalità, l'ha tutto sommato regolarizzata e incastonata tra i suoi precedenti. Si può ragionevolmente attendere che le parti resistenti nei processi costituzionali, temendo una dichiarazione d'illegittimità, richiedano in via subordinata una modulazione degli effetti a partire dalla pubblicazione della sentenza. Dopotutto, questo tipo di sentenze sta diventando piuttosto normale in diversi ordinamenti, e quasi frequente nei casi dai risvolti finanziari.

Se il giudizio di proporzionalità ha una sostanza, allora la Corte dovrà probabilmente delimitare il perimetro dei casi nei quali questo strumento può operare, sia al fine di eliminare quel sospetto di arbitrarietà che ha destato la modulazione degli effetti temporali oggi realizzata, sia per scongiurare la possibilità che entri in uso la pratica di eliminare una imposta soltanto *ex nunc*.

Si può forse pensare a tre aspetti che nel futuro dovranno essere approfonditi.

In primo luogo, i giudici costituzionali dovranno stabilire quali diritti sono esclusi da questo tipo di bilanciamento con esigenze economico-finanziarie. Se le implicazioni concrete per l'erario probabilmente avranno un peso nel giudizio, occorrerà poter stabilire in che modo e secondo quale proporzione.

In secondo luogo, a meno di pensare che l'unica alternativa ad una illegittimità *ex tunc* sia di dichiararla *ex nunc*, occorrerà una maggiore concretizzazione del test di proporzionalità, il quale opera avendo a presupposto l'esistenza di diverse soluzioni percorribili.

In terzo luogo, sembra opportuno individuare i casi e le condizioni per l'esercizio del potere di mitigare gli effetti: non ultimo il fatto che tale potere possa essere esercitato solo quando richiesto (non a caso l'Avvocatura dello Stato aveva avanzato questa proposta in udienza in via subordinata) e quando siano offerti elementi a suffragio della richiesta, che potrebbero offrire alla Corte un vaglio più agevole.

Si tratta di elementi in ogni caso riconducibili al giudizio di proporzionalità; in questo senso la sentenza pone alcuni problemi, ma offre anche una traccia per risolverli.

\* Associato di diritto pubblico comparato – Università di Padova

\*\* Associato di diritto costituzionale – Università di Macerata