

**La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra  
dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla  
giurisprudenza costituzionale tedesca\***

di Nannerel Fiano \*\*

(29 giugno 2016)

**1. La sentenza n. 10 e la modulazione degli effetti temporali della sentenza di accoglimento “alla tedesca”: un fardello chiamato principio di retroattività**

Alla luce della recente giurisprudenza costituzionale, e più precisamente della sentenza n. 10 del 2015<sup>1</sup>, il dibattito in merito alla modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di incostituzionalità è riemerso ed è nuovamente venuta alla luce l'esigenza di riflettere sugli strumenti processuali utilizzabili dalla Corte Costituzionale per rompere lo schema della rigida irretroattività delle sentenze di accoglimento, postulato all'art. 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953<sup>2</sup>.

Infatti, tenuto conto del rischio di incidenza della dichiarazione di incostituzionalità sul bilancio statale e regionale e, indirettamente, sulla tutela dei diritti sociali, si è giunti addirittura a proporre un disegno di legge<sup>3</sup> il quale prevede, all'art. 1 lett c.), la modifica dell'art. 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953. A tale comma, verrebbe infatti aggiunta la precisazione “*salvo che la Corte non disponga una diversa modulazione dell'efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali*”. La *ratio* di tale modifica può essere spiegata alla luce della necessità di derogare all'automatica retroattività della sentenza di accoglimento, attribuendo alla Corte Costituzionale la possibilità di disporre di strumenti capaci di modulare nel tempo gli effetti della stessa.

---

\* Scritto sottoposto a *referee*.

<sup>1</sup> Sul punto, v. M. D'Amico, [La Corte e l'applicazione \(nel giudizio a quo\) della legge dichiarata incostituzionale](#), per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali. Si consideri, inoltre, anche il contenuto della sentenza n. 178 del 2015, in cui la Corte costituzionale discorre di incostituzionalità sopravvenuta. Su questa sentenza v. R. Pinardi, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?* Consulta online, 2015; v. anche A. Ruggeri, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più “sregolata” dei suoi processi*, *Questione Giustizia*, 2015.

<sup>2</sup> “L'integrazione del sistema derivante dall'art. 30 è estranea (non contraria) allo spirito della scelta costituente. Essa però è stata resa necessaria in conseguenza del meccanismo di instaurazione incidentale previsto dall'art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 ed è dunque anch'essa fondata su una scelta di livello costituzionale, parzialmente modificativa di quella realizzata con l'art. 136, a soli pochi giorni dall'entrata in vigore della costituzione”; v. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988.

<sup>3</sup> AS 1952, proposto dalla Sen. Lanzillotta, che reca “Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale”.

In questo scritto, tenuto conto della rinnovata attualità del dibattito relativo alla modulazione nel tempo degli effetti delle sentenze di incostituzionalità, si intende analizzare l'interessante esperienza tedesca, che costituisce uno tra i possibili modelli di giustizia costituzionale imprescindibili per un approfondimento circa i pregi e i difetti dell'attribuzione in capo al giudice costituzionale del potere di limitare l'efficacia temporale delle proprie pronunce.

Del resto, la stessa Corte costituzionale riconosce esplicitamente l'importanza della giurisprudenza costituzionale tedesca, là dove, nel punto 7 del considerato in diritto, afferma che *“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”*.

Sorge invero un dubbio di natura sistematica circa la coerenza del richiamo a tali modelli stranieri. Per quanto riguarda la giustizia costituzionale portoghese e austriaca, la facoltà di modellare la categoria “tempo” delle sentenze di incostituzionalità è stata esplicitamente prevista dalle rispettive Costituzioni<sup>4</sup>.

La Corte Costituzionale tedesca e quella spagnola hanno invece elaborato una disciplina di origine del tutto pretoria per quanto riguarda il contenimento degli effetti retroattivi, analogamente a quanto accaduto nell'esperienza italiana.

Ora, secondo la dottrina tedesca, la diversificazione degli schemi decisorii avvenuta in via giurisprudenziale costituisce un elemento fondamentale per lo sviluppo democratico di uno Stato<sup>5</sup>, che consenta di rispondere efficacemente alle complesse esigenze della prassi, pur mantenendo in vita i principi liberali e democratici che sorreggono lo stesso<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Così come evidenziato da R. Romboli, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, Consulta Online, 2015, la Costituzione Portoghese prevede, all'art. 282.4 che “quando [lo esigano] la certezza del diritto, ragioni di equità o di interesse pubblico di eccezionale rilievo, che devono essere motivate, il Tribunale costituzionale potrà determinare gli effetti della incostituzionalità (...) con una portata più limitata di quanto previsto nel primo e nel secondo comma”. La Costituzione austriaca prevede invece all'art. 140, par. 5, 3° periodo, che “l'annullamento ha effetti dal giorno della pubblicazione [della sentenza], a meno che la Corte costituzionale non abbia stabilito un termine per la sua entrata in vigore; questo termine non può superare i diciotto mesi”.

<sup>5</sup> Come afferma Hans Klein, nel commentare una sentenza monitoria del 1966 tramite la quale il BVerfG aveva accertato ma non dichiarato la violazione del principio di uguaglianza in ordine ad una vecchia tassa di scambio e in cui veniva indirizzato al legislatore una *Appellentscheidung*, “il compito della Costituzione è quello di dare la forma e non la morte allo Stato”. V. sul punto la ricostruzione di Erhard Denninger, *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'articolo n. 81 u.c. della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma presso il Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Giuffrè, Milano, 1993, p. 240.

<sup>6</sup> In tal senso Hans Klein, così come evidenziato da Erhard Denninger, *op. ult. cit.* p. 240.

Da un analogo angolo visuale, la Corte costituzionale ha affermato che il ruolo ad essa affidato di “custode della Costituzione nella sua integralità impone di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione» ([sentenza n. 13 del 2004](#)) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. Per evitare che ciò accada, 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”<sup>7</sup>.

Ciò posto, lo schema decisorio maggiormente consolidato e strutturato in Germania, con cui gli effetti della incostituzionalità sono limitati nel tempo, è rappresentato dalle pronunce di incompatibilità (*Unvereinbarkeitserklärungen*), declinate secondo tre diverse modalità<sup>8</sup>, che verranno analizzate più nel dettaglio tenendo conto della loro *ratio*, mettendone in luce la natura altamente pragmatica<sup>9</sup>. In estrema sintesi, le sentenze di incompatibilità si sono affermate e diffuse nella prassi giurisprudenziale del BVerfG in quanto consentono di evitare che la sentenza di accoglimento secca, impattando sul tessuto economico, sociale e giuridico (vuoi sul piano del diritto sostanziale, vuoi sul piano del diritto processuale), possa determinare effetti ancora più incompatibili rispetto a quelli che hanno condotto alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale.

La *ratio* delle *Unvereinbarkeitserklärungen* pare ritrovarsi nella sentenza n. 10 del 2015, la quale, nel richiamare la sentenza n. 13 del 2004, afferma che “nel pronunciare l’illegittimità costituzionale delle disposizioni impugnate, questa Corte non può non tenere in debita considerazione l’impatto che una tale pronuncia determina su altri principi costituzionali, al fine di valutare l’eventuale necessità di una graduazione degli effetti temporali della propria decisione sui rapporti pendenti.” Di fatto, il Giudice delle leggi evidenzia la ragione fondante della modulazione temporale dell’efficacia della declaratoria di incostituzionalità: il timore che l’applicazione del principio di retroattività possa determinare conseguenze

---

<sup>7</sup> Sentenza n. 10 del 2015.

<sup>8</sup> Si consideri che la dottrina di Denninger ha suddiviso le sentenze di incompatibilità tra “pure”, cioè quelle che prevedono il divieto di applicazione della norma colpita dalla dichiarazione di incompatibilità, quale ad esempio la sentenza del 29 maggio 1973, la quale ha statuito l’inopportunità di dichiarare la nullità di norme organizzative sulla partecipazione di assistenti e studenti alle decisioni universitarie più importanti a causa del caos giuridico e amministrativo che ne sarebbe derivato, e le sentenze di incompatibilità integrate dall’ordine della *weitere Anwendbarkeit* (applicazione continuativa) della norma dichiarata incompatibile, accompagnata da una normativa transitoria dettata dal BVerfG e contraddistinta dalla reviviscenza della vecchia normativa abrogata dalla legge incostituzionale. Così si v. E. Denninger, *op. ult. cit.*, p. 242 ss.. In aggiunta, si ritiene che debbano anche essere analizzate le sentenze integrate dalla cd. *Übergangsregelung*, di cui si parlerà più avanti.

<sup>9</sup> Il pragmatismo in questione può essere spiegato considerando che la prassi del BVerfG concede spesso la priorità alla certezza del diritto piuttosto che alla giustizia materiale del singolo caso.

eccessivamente dirompenti per l'ordinamento. Di qui l'esigenza di eliminare la ferrea retroattività derivante dall'ormai "ius receptum"<sup>10</sup> consistente nel combinato disposto di cui agli artt. 136 Cost., 30, comma terzo, della legge n. 87 del 1953 e della legge cost. n. 1 del 1948<sup>11</sup>.

Analogamente alla Corte italiana, il BVerfG si è di fatto arrogato la facoltà di introdurre nella propria categoria di strumenti decisori le sentenze di incompatibilità, idonee a contenere l'efficacia retroattiva: il loro utilizzo multifunzionale, flessibile ed estremamente pragmatico<sup>12</sup>, di cui si dirà, ha permesso di strutturare un implicito "criterio razionale" in grado di guidare l'attività di bilanciamento posta in essere dalla Corte Costituzionale, realizzando così l'elaborazione di una "scala di valori precostituita"<sup>13</sup> garante dell'estraneità del Giudice delle leggi rispetto alle "questioni politiche calde"<sup>14</sup>.

Come anticipato, nel presente lavoro si intende offrire un quadro della variegata giurisprudenza costituzionale tedesca, cercando di descrivere le diverse categorie di pronunce di incostituzionalità che modulano nel tempo i propri effetti.

Ciò nella consapevolezza che l'introduzione di meccanismi che assicurino flessibilità all'impatto dell'accertamento dell'incostituzionalità può condurre ad una sovraesposizione della Corte Costituzionale, chiamata non solo alla delicata funzione di controllo di costituzionalità, ma anche a compiere valutazioni molto delicate circa le conseguenze delle proprie pronunce.

## **2. Le sentenze di incompatibilità tedesche: aspetti generali**

Se nel sistema di giustizia costituzionale italiano la sentenza di accoglimento corrisponde nello specifico a quello strumento attraverso il quale espungere dall'ordinamento una legge non conforme a Costituzione, nella giustizia costituzionale tedesca sussistono due diverse tipologie di sentenze ormai consolidate all'interno del panorama giuridico che mirano, secondo modalità diverse, all'eliminazione del vizio di incostituzionalità. In estrema sintesi, si anticipa sin d'ora che le *Nichtigkeitserklärungen* corrispondono alle sentenze di

---

<sup>10</sup> Si veda M. Luciani, *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento ad esperienze straniere*, Giuffrè Editore, Milano, 1989, p. 107.

<sup>11</sup> Le soluzioni al problema potrebbero consistere, così come suggerito da Luciani, nella riforma legislativa dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 (cfr. disegno di legge Lanzillotta), e dall'altro nella previsione di *poteri straordinari* in capo alla Corte Costituzionale; inoltre, una prudente e innovativa interpretazione degli schemi decisori devianti rispetto al tipico sistema binario potrebbe costituire un'altra modalità di risoluzione del peso rappresentato dalla "gabbia degli effetti retroattivi"; cfr. M. Luciani, *op. ult. cit.*, p. 108.

<sup>12</sup> In tal senso si esprime J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungsnichtigkeit von Norm und Einzelakt*, Nomos, Baden Baden, 1980, p. 142.

<sup>13</sup> V. Romboli, AA.VV., *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, u.c della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 8 e 9 novembre 1991, p. 195.

<sup>14</sup> V. Romboli, *op. ult. cit.*, p. 195.

accoglimento del sistema di giustizia italiano e, una volta emesse, determinano la nullità automatica della norma su cui cade la pronuncia, mentre le *Unvereinbarerklärungen* hanno una funzione particolare, che solo a lungo termine può dirsi finalizzata all'eliminazione della norma incostituzionale<sup>15</sup>: esse possono essere accostate alle sentenze additive di principio, in parte alle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, e, sotto certi aspetti, alle sentenze monito<sup>16</sup>. La norma dichiarata incompatibile non è eliminabile dall'ordinamento giuridico, in quanto la sentenza di incompatibilità agisce sul piano dell'*applicabilità* della norma incompatibile, e non sul piano della sua *esistenza*, dal momento che essa impone il *mero* blocco di applicazione della norma (la cd. *Anwendungssperre*): sarà compito del legislatore modificare la norma viziata in senso compatibile al *Grundgesetz*.<sup>17</sup>

In relazione alla competenza generale della *konkrete Normenkontrolle*, regolata all'art. 100 del GG., ovvero sia il controllo di costituzionalità in via incidentale, si possono manifestare tre diverse declinazioni della norma interessata alla questione di legittimità costituzionale: essa può essere dichiarata *vereinbar*, cioè compatibile, *nichtig*, cioè nulla, o ancora *unvereinbar*, cioè incompatibile.

Quest'ultima variante non appartiene al sistema di giustizia costituzionale italiano, laddove esiste esclusivamente un sistema binario incentrato sull'alternanza tra le sentenze di accoglimento e le sentenze di rigetto.

Tuttavia, anche l'ordinamento costituzionale italiano ha conosciuto uno smussamento della bipartizione tra accoglimento e rigetto/inammissibilità, grazie allo sviluppo giurisprudenziale delle pronunce manipolative, che colpiscono la norma incostituzionale senza creare vuoti legislativi, aggiungendo o eliminando o sostituendone i frammenti incostituzionali<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Di qui la ragione della denominazione della sentenza di incompatibilità quale "Vorstufe der Nichtigkeitsklärung", cioè "un primo passo verso la dichiarazione di nullità"; v. C. Pestalozza, *op. ult. cit.*, p. 346, v. anche G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 160.

<sup>16</sup> La dottrina di D'Amico, partendo dallo studio della decisione costituzionale n. 243 del 1993, ponendo l'attenzione "sul problema dei rapporti fra le decisioni di incostituzionalità e l'intervento del legislatore", ha fornito un'interessante trattazione delle sentenze di incompatibilità, verificandone rapporto con la sentenza additiva non auto applicativa, in M. D'Amico, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993, II, pp. 1803 ss.

<sup>17</sup> Come evidenziato da D'Amico, "nell'ordinamento tedesco si può dichiarare incostituzionale la legge, ma si possono allo stesso tempo modulare gli effetti della dichiarazione di nullità, o anche sospenderli"; v. M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, p. 56.

<sup>18</sup> Pare opportuno evidenziare la dottrina di Pugiotto, secondo il quale "la storia degli strumenti decisori forgiati dalla Corte Costituzionale per via pretoria è leggibile come un costante tentativo di ridurre al minimo gli effetti conseguenti alla declaratoria di incostituzionalità", in pienamente coerente con l'impostazione di base del BVerfG in merito al "nuovo" arsenale decisorio a sua disposizione; si veda A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, indicazioni*, Milano, 1994, p. 563; inoltre, cfr. R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi: prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte Costituzionale allo scopo di ovviare l'inerzia del legislatore*, Giuffrè, Milano, 2007.

Eppure il sistema ternario tedesco offre degli interessanti ed inediti spunti per quanto riguarda il possibile ingresso di nuove sentenze utilizzabili dal Giudice Costituzionale italiano, che attenuino ulteriormente, da un punto di vista degli effetti nel tempo, la secca alternativa di cui sopra.

Si potrebbe delineare un'accettazione pacifica e spontanea di tale specificità del sistema tedesco, poiché, lo si è appena visto, le sentenze di cui si tratterà sono ormai parte integrante dell'arsenale decisionale *classico* della giustizia costituzionale tedesca, essendosi consolidate ampiamente nella prassi giurisprudenziale anche e soprattutto a seguito della loro "istituzionalizzazione" di cui si tratterà nel paragrafo che precede.

### 3. Il quadro normativo di riferimento

Per comprendere la *ratio* dell'introduzione nell'arsenale decisionario delle sentenze di incompatibilità, pare corretto soffermarsi sul quadro normativo su cui esse si poggiano. L'art. 78 del BVerfGG<sup>19</sup> prevede la nullità della norma dichiarata incostituzionale: in aggiunta, l'articolo afferma anche, in modo piuttosto generico, che la norma dichiarata nulla è incompatibile (*unvereinbar*) con le fonti superprimarie, pur non associando a tale ipotesi alcun tipo di effetti diversi da quelli propri della nullità (perdita di efficacia *ex tunc*)<sup>20</sup>. La Corte Costituzionale tedesca aveva già posto le basi per lo sviluppo della *ratio* delle sentenze di incompatibilità nel 1958<sup>21</sup>, tuttavia la dottrina tedesca è concorde nel ritenere che la *Unvereinbarerklärung* trovi la sua origine<sup>22</sup> nella sentenza dell'11 maggio 1970 relativa ai privilegi fiscali degli agricoltori<sup>23</sup> (*Steuerprivileg für Landwirte*). In tale decisione il BVerfG ha dichiarato l'incompatibilità del § 4, comma 1, n. 5 *Einkommensteuergesetz* del 1958, "il quale disponeva che, per la categoria degli agricoltori, gli utili realizzati con la

<sup>19</sup> Si intende il codice normativo vincolante il BVerfG, introdotto il 12 marzo del 1951.

<sup>20</sup> Si veda il testo integrale dell'articolo: "*Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, dass Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so erklärt es das Gesetz für nichtig*".

<sup>21</sup> Nella sentenza dell'11 giugno 1958 si legge "*una legge che viola la Costituzione deve in linea di principio essere dichiarata nulla. Con riferimento ad una legge sulla retribuzione che a seguito di una modifica delle circostanze non corrisponde più ai requisiti minimi di un mantenimento adeguato, una tale decisione del Tribunale costituzionale condurrebbe però ad una situazione che sarebbe ancora meno conforme all'ordinamento costituzionale; l'art. 33, comma 5, esige infatti l'esistenza di disposizioni legali sulla retribuzione*"; in tal senso si veda F. Pedrini, *Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*, Quaderni Costituzionali, 2015.

<sup>22</sup> Tanto che la dottrina tedesca nomina le sentenze di incompatibilità quali *Erfindung*, cioè scoperta o creazione; si veda a proposito K. Schlaich, *das Bundesverfassungsgericht*, Verlag C.H. Beck München, 2015, p. 228.

<sup>23</sup> In tal senso v. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 158. Cfr. anche K. Hein, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Gesellschaft, Baden-Baden, 1988, p. 30.

vendita di terreni non fossero assoggettabili a prelievo fiscale”<sup>24</sup>. Il Tribunale Costituzionale ha ravvisato nella disposizione controversa la violazione del principio di uguaglianza, postulato all’art. 3 del GG. Nella sentenza è possibile leggere il motivo per cui il BVerfG ha stabilito di rinunciare alla sentenza di nullità, ovvero il carattere indispensabile dell’intervento del potere legislativo<sup>25</sup>.

Un simile intervento in via pretoria era stato disposto a prescindere da qualsiasi base teorica, dogmatica e ragionata: la dottrina utilizza un termine particolare per designare la prima fase giurisprudenziale delle sentenze di incompatibilità, ovvero quello di *dogmatische Unsicherheit*<sup>26</sup>, insicurezza dogmatica<sup>27</sup>.

In un primo momento dunque, il BVerfG rinunciava alla pronuncia di nullità per favorire sentenze meno drastiche dal punto di vista delle conseguenze giuridiche<sup>28</sup>, pur senza una reale consapevolezza della natura delle nuove sentenze create.

La seconda stagione delle sentenze di incompatibilità si è registrata in seguito alla loro positivizzazione, intervenuta pochi mesi dopo la pubblicazione della prima sentenza di incompatibilità: l’ufficializzazione di tale innovazione giurisprudenziale è da collocarsi in occasione della quarta legge di modifica del BVerfGG del 1970<sup>29</sup>, in quanto la nuova formulazione degli artt. 31.2 e 79.1 ha previsto la distinzione tra la sentenza di nullità e di incompatibilità<sup>30</sup>, “astenendosi (la Corte Costituzionale), peraltro da ogni definizione dei presupposti e degli effetti della scelta di un tale dispositivo” (si intende, della sentenza di incompatibilità)<sup>31</sup>.

Allo stato attuale, l’art. 31.2 prevede che abbiamo forza di legge (*Gesetzkraft*) le decisioni della Corte Costituzionale nei casi in cui la stessa Corte dichiara compatibile, incompatibile o nulla una norma di legge (*wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar, unvereinbar oder nichtig erklärt*). L’art. 79.1 dispone inoltre che, contro una sentenza penale passata in giudicato che si fonda su una norma

<sup>24</sup>G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 159.

<sup>25</sup> Così si legge nella sentenza BVerfGE 28, 227: “*mit Rücksicht auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers eine Nichtigklärung der zur Prüfung gestellten Vorschrift nicht möglich, es sei denn, es wäre mit Sicherheit anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei Beachtung des Art. 3 Abs. 1 GG die nach der (ganzen oder teilweisen) Nichtigklärung der Norm verbleibende Fassung des § 4 Abs. 1 EStG wählen würde (BVerfGE 27, 220 [230 f.]; 27, 391 [399])*”.

<sup>26</sup> Si veda K. Hein, *op. ult. cit.*, 1988, p. 30 ss.

<sup>27</sup> Detta “vaghezza dogmatica” dipende dall’afflato pragmatico delle sentenze di incompatibilità, le quali sono state create per far fronte all’esigenza concreta di salvaguardare la discrezionalità legislativa in rapporto al risanamento della violazione del principio di uguaglianza.

<sup>28</sup> In tal senso si esprime G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 162.

<sup>29</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p.159.

<sup>30</sup> G. Cerrina Feroni *op. ult. cit.*, p. 160.

<sup>31</sup> Si veda J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, Esperienze di giustizia costituzionale, Torino, 2000, p. 182.

incostituzionale dichiarata nulla oppure su una norma interpretata in violazione della Legge Fondamentale, è ammissibile la riapertura del procedimento secondo le relative norme del codice di procedura penale, anche in caso di dichiarazione di incompatibilità<sup>32</sup>, ipotesi contemplata esplicitamente. La dottrina si è dunque orientata nel senso che “la dichiarazione di incompatibilità è menzionata nel BVerfGG ma non è prevista quale variante decisionale a sé stante oltre la dichiarazione di nullità”:<sup>33</sup> proprio in ragione di ciò la dottrina tedesca<sup>34</sup> ha qualificato la sentenza di incompatibilità quale tipologia decisionale gerarchicamente inferiore rispetto alla sentenza di nullità, in quanto la norma dichiarata incompatibile “potrebbe essere dichiarata addirittura nulla”<sup>35</sup>.

#### 4. Il dogma della nullità e le sentenze di incompatibilità

Questa importante innovazione si inserisce in un contesto giuridico e dottrinale in cui vige incontrastato il dogma della nullità<sup>36</sup>, il quale “corrisponde alla tradizione giuridica tedesca”<sup>37</sup>. Tuttavia il Bundesverfassungsgericht ha mostrato la volontà di sganciarsi dai tradizionali postulati teorici per elaborare autonomamente uno strumentario che ben poco si armonizza con il tradizionale spirito della *Nichtigkeitslehre*<sup>38</sup>.

Dal momento che la sentenza di incompatibilità “pura” svolge una funzione di “blocco” in merito all’applicazione della norma colpita dalla decisione stessa, la Corte Costituzionale tedesca ha tradizionalmente giustificato la legittimità delle *Unvereinbarkeitserklärungen* considerandone la peculiare portata empirica: un ordinamento normativo capace di tollerare (per un breve periodo) al suo interno l’esistenza di norme incostituzionali dovrebbe essere più coeso di un ordinamento giuridico paralizzato dal vuoto legislativo il quale si può sostanziale in un buco di bilancio o nella mancato rispetto al cd. “principio di continuità”<sup>39</sup>. L’impossibilità da parte dei giudici di fare applicazione della norma dichiarata

<sup>32</sup> Cfr. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 159.

<sup>33</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 160.

<sup>34</sup> In tal senso si veda C. Pestalozza, *Verfassungsprozessrechts*, Beck, München, 1991, p. 276 ss.

<sup>35</sup> Cfr. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 160.

<sup>36</sup> La dottrina di Pestalozza specifica che la dottrina dell’annullabilità (*Vernichtbarkeitstheorie*) è stata contrapposta alla dottrina della nullità da parte di Ipsen; in tal senso v. J. Blüggel, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1997, p. 141.

<sup>37</sup> “Das Nichtigkeitsdogma entspreche nämlich “deutscher Verfassungstradition”; cfr. J. Blüggel, *op. ult. cit.*, p. 138.

<sup>38</sup> Il dogma della nullità costituisce un tema su cui la dottrina tedesca si è soffermata in modo peculiare; tuttavia, a prescindere da quanto verrà detto in merito nel proseguo del paragrafo, vale la pena di osservare che la mera esistenza di fatto delle sentenze di incompatibilità può di per sé vanificare la necessità di cercare nelle stesse una ragione idonea a giustificarne la natura “distorsiva” rispetto al dogma stesso.

<sup>39</sup> In relazione al cd. principio di continuità, Zagrebelsky evidenzia l’importanza della continuità di funzioni pubbliche essenziali e la certezza dei rapporti giuridici; v. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia Costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 401; Pinardi invece relaziona detto principio ad un’“esigenza di ordine costituzionale”; v. R. Pinardi, *op. ult. cit.*, p. 52.

incompatibile costituisce, nell'ottica della dottrina e della giurisprudenza tedesca, una "clausola di salvezza" tesa alla salvaguardia della tenuta del sistema normativo nella sua totalità.

Il principio della nullità risulta in effetti difficilmente comprensibile alla luce della creazione giurisprudenziale delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, dal momento che esse dichiarano l'esistenza del vizio di una norma pur garantendone l'esistenza all'interno dell'ordinamento, senza prevederne quindi la nullità. Non solo, accanto alle sentenze di incompatibilità "pure", cioè quelle che prevedono la mancata applicazione della norma dichiarata incompatibile senza tuttavia decretarne un'eliminazione "irripetibile" e "senza ritorno"<sup>40</sup>, sussiste la categoria delle sentenze di incompatibilità integrate dall'ordine, previsto dal BVerfG, di applicare la norma che sia stata dichiarata incompatibile, così realizzando la cd. *weitere Anwendbarkeit* (si veda *infra* al paragrafo 6). In aggiunta all'adozione delle sentenze di incompatibilità "pure" e delle sentenze di incompatibilità contraddistinte dalla *Weiteranwendung*, sussiste anche la possibilità da parte del BVerfG di modificare la norma viziata oggetto dell'istituto applicazione continuativa dal punto di vista del suo contenuto (si veda *infra* al paragrafo 7).

Alla luce di quanto esposto, come è possibile che la dottrina e la giurisprudenza tedesca riescano a garantire una pacifica convivenza tra il consolidato dogma della nullità e la prassi contraddistinta dalle sentenze di incompatibilità, nelle varianti appena delineate? Tanto più, che la corroborata nullità *ab origine* della norma incostituzionale va a specificare la stessa natura della declaratoria di incostituzionalità: essa, a rigor di logica, non può che essere di mero accertamento. Pertanto, come può una sentenza di incostituzionalità, nella veste di una sentenza di incompatibilità, accertare l'originario e genetico vizio di incostituzionalità a prescindere da una sua immediata eliminazione, prevedendone addirittura una successiva estromissione con effetto solamente *ex nunc*? "E' da dire che la nullità può arretrare di fronte a un principio costituzionale di segno contrario, cioè quello della conservazione delle norme, che costituisce il fondamento dell'ammissibilità giuridica della *Unvereinbarerklärung*. Pertanto il dispositivo di incompatibilità è giuridicamente ammissibile solo quando il venir meno del principio di nullità è giustificato a causa di un principio costituzionale che richiede la conservazione della norma incostituzionale"<sup>41</sup>.

Pare dunque che le sentenze di incompatibilità possano essere legittimate sul piano speculativo solo ed esclusivamente considerandone l'intrinseco pragmatismo<sup>42</sup>, escludendo dunque qualsiasi tipo di ricostruzione meramente teorica, considerando

<sup>40</sup> Si veda G. Zagrebelsky, *op. ult. cit*, p. 256.

<sup>41</sup> Cfr. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit*, p. 261.

peraltro che la predilezione di un simile schema decisorio si configura in seguito all'efficace bilanciamento tra principi costituzionali: la loro funzionalità emerge dunque dalla prassi<sup>43</sup>.

## 5. La struttura delle sentenze di incompatibilità. Gli effetti sentenze di incompatibilità “pure”

Le sentenze di incompatibilità si caratterizzano per il fatto che il BVerfG dichiara una norma incostituzionale “incompatibile” con la Costituzione pur senza ordinarne l'eliminazione dall'ordinamento giuridico. L'elemento che caratterizza nello specifico le sentenze di incompatibilità classiche o “pure” è la sottoposizione della norma dichiarata incompatibile alla cd. *Anwendungssperre*, cioè al blocco di applicazione: tale blocco, vincolante a partire dalla pubblicazione della sentenza di incompatibilità, vincola non solo i giudici, ma anche le autorità amministrative<sup>44</sup>. Tali organi sono tenuti alla sospensione dell'applicazione della norma incompatibile fino all'entrata in vigore della riforma legislativa idonea a risanare l'incostituzionalità della stessa, costituendo tale revisione normativa (si veda *infra* al paragrafo 9), insieme al blocco di applicazione della norma incompatibile con la Costituzione, l'effetto immediato delle sentenze in esame. Fino al momento dell'entrata in vigore della norma di legge risanata, i giudici e le autorità amministrative sono obbligati a disapplicare la norma incompatibile non solo con riferimento al processo *a quo*, ma anche rispetto ai processi pendenti nei quali rilevi la medesima questione di legittimità costituzionale, i cd. *Parallelfälle*<sup>45</sup>. Lo stato giuridico che si viene a creare a seguito della *Anwendungssperre* viene denominato quale stato giuridico sospeso, ovvero *rechtliche Schwebezustand*<sup>46</sup>.

L'istituto di natura processuale in questione corrisponde ad una conseguenza giuridica “tipica” delle sentenze di incompatibilità<sup>47</sup>: volendone analizzare *la ratio*, se è vero che la norma dichiarata incompatibile non può essere oggetto di eliminazione da parte del

---

<sup>42</sup> Il pragmatismo in questione ha permesso alla dottrina tedesca di distinguere le dichiarazioni di incostituzionalità in sentenze cassatorie (le *Nichtigkeitserklärungen*) e sentenze obbligatorie (le *Unvereinbarkeitserklärungen*): cfr. sul punto G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 162.

<sup>43</sup> “La Corte Costituzionale tramite l'adozione delle sentenze di incompatibilità ha aperto la strada ad una soluzione pragmatica quanto alle possibili conseguenze giuridiche (si intende, della declaratoria di incostituzionalità), la cui fondamentale utilità non viene contestata neppure dalla dottrina vicina al dogma della nullità”; J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band XII, Normativität und Schutz der Verfassung*, C.F Müller, 2014, p. 803.

<sup>44</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 213.

<sup>45</sup> Cfr. v. J. Isensee, P. Kirchhof, *op. ult. cit.*, p. 818.

<sup>46</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 213.

<sup>47</sup> La dottrina fa riferimento al termine *Grundregel*, cioè “regola base”; v. J. Isensee, P. Kirchhof, *op. ult. cit.*, p. 818.

BVerfG, è altrettanto vero che la norma viziata non può essere suscettibile di applicazione da parte dei tribunali alla stregua di una norma di legge compatibile con il dettato costituzionale, dal momento che “se viene solo accertata l’incostituzionalità di norme, ciò dal punto di vista del diritto costituzionale ha lo stesso effetto della dichiarazione di nullità. La norma non può essere più applicata nella misura in cui risulta dal dispositivo e dal momento stesso in cui la decisione viene pronunciata”<sup>48</sup>. Esistono tuttavia delle eccezioni a tale principio (si veda *infra* al paragrafo 6).

## **6. segue: l’istituto della *weitere Anwendbarkeit*. Uno sguardo alla prassi**

Accanto alle sentenze di incompatibilità “pure” esistono le sentenze di incompatibilità integrate dall’ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile: tale schema decisorio presenta elementi di notevole interesse.

L’elemento suggestivo che è possibile riscontrare nel corso dell’analisi della *weitere Anwendbarkeit*<sup>49</sup> consiste nella sua contraddittorietà tollerata e istituzionalizzata, pur se in via meramente giurisprudenziale (sussiste tuttavia un’eccezione, si veda *infra* al paragrafo 7): l’applicabilità di una norma che è stata dichiarata incompatibile con la Costituzione mal si concilia con la funzionalità della gerarchia delle fonti normative. Tale istituto costituisce un’eccezione alla *rechtliche Schwebezustand*, ovvero allo “stato giuridico sospeso”<sup>50</sup> tipico delle sentenze di incompatibilità “pure”.

Come evidenziato dalla dottrina tedesca, l’ordine di applicazione della norma incompatibile ostacola la formazione di un vuoto normativo, il cd. *Lücke im Normefüge*<sup>51</sup>: l’ambito di applicazione delle sentenze di incompatibilità integrate dall’ordine della *weitere Anwendung* si spiega, in tale ottica, alla luce del criterio delle conseguenze giuridiche, quello della *Rechtsfolge*. Detto altrimenti, l’obiettivo intrinseco e costituzionalmente orientato è quello di contrastare situazioni giuridiche fortemente lesive del bene comune<sup>52</sup>, ad esempio del bilancio statale o dei diritti sociali: non solo, anche la salvaguardia della sicurezza giuridica costituisce un presupposto della *Weiteranwendung*, intesa quale chiarezza nonché certezza giuridica<sup>53</sup>. Ai fini della scelta di tale tipologia decisionale, la Corte Costituzionale tedesca è tenuta alla considerazione del cd. *Masstab*, ovvero sia del

<sup>48</sup> Cfr. H. Heussner, *Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung*, p. 488.

<sup>49</sup> La *Weiteranwendung* è contenuta nel dispositivo della decisione, così come nella sentenza BVerfGE 31, 217, relativa alla cittadinanza dei figli, “laddove si è stabilito che i figli nati dal matrimonio con un solo genitore tedesco acquisiscono la cittadinanza tedesca con la nascita; questo regime continua a valere fino all’emanazione di una nuova disciplina”; cfr. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 216.

<sup>50</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 213.

<sup>51</sup> K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, C. H. Beck, München, 2015.

<sup>52</sup> H. Lechner, R. Zuck, *op. ult. cit.*

<sup>53</sup> BVerfGE 72, 330, 92, 53, riportate anche da G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 217.

parametro di riferimento<sup>54</sup>, il quale consiste nell'operazione di comparazione da un lato dello scenario originato dall'applicazione della norma incostituzionale nonostante l'intervenuta declaratoria di incostituzionalità, e dall'altro dello scenario implicato dall'adozione della sentenza di nullità. Vale dunque il principio per il quale deve essere preferito lo schema decisionale di minor impatto quanto ai suoi effetti in relazione ai principi costituzionali<sup>55</sup>. Un esempio di sentenza in cui è stata scartata l'opzione della *Nichtigkeitserklärung* è rappresentato dalla sentenza emanata il 22 maggio 1963 in ordine alle circoscrizioni elettorali, laddove il BVerfG ha escluso che l'allora ripartizione del territorio nazionale fosse incostituzionale onde evitare l'invalidazione delle elezioni. In aggiunta, la Corte ha ordinato al legislatore di emanare una nuova normativa in merito alle circoscrizioni elettorali in modo tale da rendere le future elezioni costituzionalmente conformi.

Inoltre, esistono limiti in ordine all'applicazione dell'istituto della *weitere Anwendbarkeit*. Il primo limite è rappresentato dalla *natura* della legge controversa; se la legge incompatibile soffre di un vizio di incostituzionalità "eccessivamente grave" allora essa non può ritenersi applicabile nonostante i possibili vantaggi derivanti dall'istituto della *weitere Anwendbarkeit*<sup>56</sup>. Il secondo limite è rappresentato dalla presenza, nel *Grundgesetz*, di prescrizioni relative alla salvaguardia di beni costituzionalmente supremi e di diritti fondamentali (art. 104 del GG e art. 103 del GG)<sup>57</sup> che, se minacciati dall'applicazione di una norma che sia stata accertata quale incompatibile, rischierebbero di porre in serio pericolo la libertà individuale e la sicurezza comune.

Per quanto riguarda le norme tributarie, il BVerfG non esita ad adoperare sentenze di incompatibilità, senza tralasciare, spesso, l'ordine di applicazione di un diritto transitorio (si veda *infra* al paragrafo 7) o della normativa dichiarata incompatibile<sup>58</sup>: la prassi in questione si spiega alla luce del timore del cd. buco di bilancio, il quale costituisce una probabile conseguenza immediata dell'adozione di una *Nichtigkeitserklärung*. Come sottolineato dalla dottrina<sup>59</sup>, l'applicazione temporanea e provvisoria della legislazione

---

<sup>54</sup> H. Lechner, R. Zuck, *op. ult. cit.*

<sup>55</sup> La decisione BVerfGE 61, 319 ha statuito che la continua applicazione in via transitoria della norma dichiarata incostituzionale deve garantire uno stato costituzionalità, al contrario di quello che sarebbe accaduto nel caso in cui fosse stata adottata una sentenza di incompatibilità pura o una *Nichtigkeitserklärung*.

<sup>56</sup> H. Lechner, R. Zuck, *op. ult. cit.*

<sup>57</sup> H. Lechner, R. Zuck, *op. ult. cit.*

<sup>58</sup> Cfr. P. Passaglia (a cura di), E. Bottini, C. Picò, S. Pasetto, M. T. Rörig, *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Servizio Studi Corte Costituzionale, 2014.

<sup>59</sup> Passaglia (a cura di), E. Bottini, C. Picò, S. Pasetto, M. T. Rörig, *op. ult. cit.*

incostituzionale e la preclusione accordata all'efficacia retroattiva della futura norma tributaria<sup>60</sup> potrebbero scoraggiare le parti da presentare il ricorso. In ipotesi simili, onde evitare lo svuotamento della *ratio* della questione di legittimità costituzionale, talvolta il BVerfG concede il cd. "premio di cattura"<sup>61</sup> a beneficio delle parti del processo principale: effettivamente di cattura si tratta, in quanto tramite la concessione del vantaggio appena menzionato le parti possono godere della sottrazione all'applicazione della norma incostituzionale ancora vincolante in virtù dell'istituto della *weitere Anwendbarkeit*<sup>62</sup>.

L'istituto della *weitere Anwendbarkeit* è stato suscettibile di applicazione anche in materia penale: ci si riferisce, nello specifico, alla sentenza emessa il 4 maggio 2011 in merito alla *Sicherungsverwahrung*, la custodia di sicurezza. Riassumendo, il BVerfG, nel dichiarare incompatibili le disposizioni impugnate, ha imposto al legislatore di elaborare una disciplina rinnovata della custodia di sicurezza, la quale doveva essere necessariamente resa conforme alla *finalità* della misura di sicurezza stessa. Il Tribunale costituzionale ha

---

<sup>60</sup> Si consideri infatti che l'efficacia delle norme incompatibili si qualifica, di regola, per il fatto di essere *ex nunc*.

<sup>61</sup> Termine utilizzato da P. Passaglia; v. *op. ult. cit.*

<sup>62</sup> Lo strumentario decisorio in capo al BVerfG può determinare, in virtù dell'efficacia meramente *ex nunc* delle sentenze di incompatibilità in relazione al contenimento della retroattività della *Neuregelung*, drastiche soluzioni implicanti la recisione del nesso di incidentalità nonché la violazione del diritto di difesa delle parti del *processo a quo*: nonostante le gravi conseguenze connesse a tale prassi possano incidere pesantemente sull'intero sistema di giustizia costituzionale, non solo la giurisprudenza costituzionale in questione è parsa apprezzabile per la sua aderenza ad un contesto economico, sociale e normativo talvolta particolarmente critico, ma sembra poter essere oggetto di legittimazione a causa della possibile concessione, da parte del BVerfG, del cd. "premio di cattura" (si veda *supra*). L'ordinamento tedesco sembra accettare pacificamente la possibile recisione del nesso di incidentalità da parte del Giudice delle leggi, in particolar modo nel campo delle norme fiscali incostituzionali: nella sentenza n. 1958, si legge che "*una tale decisione, che lascia la legge sulla retribuzione finora vigente per il momento intatta, non è tuttavia priva di rilevanza pratica: tale decisione obbliga infatti il legislatore dal punto di vista costituzionale ad un conseguente intervento*"; in tal senso v. P. Passaglia (a cura di), E. Bottini, C. Picò, S. Pasetto, M. T. Rörig, *op. ult. cit.*

Quanto alla dottrina italiana, già in tempi meno recenti vi era chi sosteneva che la relazione esistente tra diritto sostanziale e diritto processuale dovesse essere calibrata secondo il canone del principio di ragionevolezza. Il bilanciamento *de iure condendo* (v. A. Ruggeri, *Sliding doors per l'incidentalità nel processo costituzionale*, Forum di Quaderni Costituzionali, 2015), compiuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10 del 2015, consistente nell'aver inserito nell'operazione di misurazione di principi e valori anche norme di stampo processualistico che di regola dovrebbero fornire la cornice *esterna* (in tal senso; R. Romboli, "*L'obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*", Forum di Quaderni Costituzionali, 2015) entro cui effettuale il bilanciamento stesso, evidenzia infatti un fenomeno che era stato già anticipato da Modugno, il quale aveva sottolineato che l'applicazione del principio di ragionevolezza può determinare uno stravolgimento dell'equilibrio tra diritto sostanziale e diritto procedurale, in quanto quest'ultimo, talvolta, "è costretto a cedere il passo" al diritto sostanziale; in tal senso, F. Modugno, *Ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007. Con cognizione di causa si può quindi evidenziare che la giurisprudenza costituzionale tedesca si discosta dal rigido principio della retroattività delle proprie decisioni di incostituzionalità appellandosi prudentemente non solo al principio di continuità, ma anche a quello della ragionevolezza. Tale ultimo principio riveste un'importanza fondamentale: "il principio di ragionevolezza non solo è il principio di ordinamento di tutti gli elementi che entrano a comporre il concetto di diritto, essendo il medium tra *factum* e *voluntas* e *ratio*, ma esso presuppone una Corte Costituzionale che è *nel* sistema e *per* il sistema costituzionale"; così come affermato da A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 528.

delineato alcuni principi guida in modo tale da facilitare la riforma normativa: quanto delineato dalla Corte Costituzionale tedesca non può essere oggetto di inottemperanza da parte del legislatore, il quale, per sfruttare pienamente la *ratio* delle sentenze di incompatibilità quali strumenti di raccordo, dovrebbe evitare di oltrepassare il termine ultimo per il processo di riforma predisposto dal BVerfG. In caso contrario, lo strumento di raccordo in questione si presenterebbe quale strumento distorsivo del principio di continuità normativa.

Al punto IV della sentenza in esame, dedicato alla normativa transitoria (cd. *Übergangsregelung*), si legge che il BVerfG non ha dichiarato nulle le disposizioni relative alla custodia di sicurezza contenute nel codice penale onde evitare un vuoto normativo che avrebbe determinato una conseguenza critica nonché incostituzionale notevole, rappresentata dalla liberazione (*Freilassung*) di tutti quanti i soggetti sottoposti alla misura di sicurezza in questione: tale circostanza, si legge sempre nella sentenza, difficilmente sarebbe stata gestibile dai Tribunali, dall'Amministrazione e dalla polizia. Il BVerfG si esprime nel senso che fino all'entrata in vigore della nuova normativa prevista entro il termine del 31 maggio 2013 – *il Tribunale Costituzionale decreta l'applicazione (weitere Anwendbarkeit) delle disposizioni dichiarate contrarie alla Costituzione, la quale può tuttavia essere disposta solo con riferimento ai casi limite rappresentati dalla presenza di autori affetti da un disturbo psichico e che presentino un alto rischio di commissione di gravi reati violenti e sessuali*. Un ulteriore esempio di *weitere Anwendbarkeit* è riscontrabile nella sentenza del 20 aprile 2016, laddove “la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge federale denominata Bundeskriminalamtgesetz - BKAG, che disciplina i compiti e l'attività della forza di polizia federale, il Bundeskriminalamt - BKA, e la cooperazione in materia penale tra i Governi statali e quello federale e con i Paesi terzi. Si tratta, in particolare, di disposizioni contenute nella sottosezione della legge dedicata alla prevenzione delle minacce terroristiche internazionali (Unterabschnitt Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus), nei paragrafi da 20a a 20x, introdotte il 25 dicembre 2008 con efficacia dal 1 gennaio 2009”<sup>63</sup>. Il BVerfG ha optato per la dichiarazione di incompatibilità integrata dalla *Fortgeltung* (che coincide con il meccanismo della *weitere Anwendbarkeit*) in modo tale da salvaguardare l'efficacia della lotta al terrorismo: “*in simili circostanze vi è da tollerare la validità della normativa, essendo ciò preferibile all'adozione di una sentenza di nullità*”, la quale avrebbe chiaramente causato una lesione alla sicurezza pubblica. Si legge inoltre

<sup>63</sup> Cfr. L. Giordano, A. Venegone, *La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, diritto penale contemporaneo, 2016.

che “la sentenza di incompatibilità è da collegarsi all’ordine di validità transitoria fino alla scadenza del 30 giugno 2018”. Il legislatore è quindi chiamato a una riforma dei “poteri investigativi che incidono in maniera profonda sulla vita privata vanno limitati dalla legge alla tutela di interessi sufficientemente rilevanti nei casi in cui sia prevedibile un pericolo sufficientemente specifico a detti interessi”<sup>64</sup>. Si consideri che l’istituto in questione viene disposto in via transitoria, fino all’emanazione della *Neuregelung* da parte del legislatore; tuttavia, può accadere in talune ipotesi che il BVerfG disponga la cessazione della vigenza della norma incostituzionale anche prima del compimento della riforma della norma.<sup>65</sup>

### **7. segue: la *Übergangsregelung***

Premesso che non solo le sentenze di nullità ma anche le sentenze di incompatibilità contengono molteplici disposizioni transitorie<sup>66</sup>, è possibile affermare che la previsione di una regolamentazione normativa transitoria in parte “manipolata” dalla Corte Costituzionale, denominata *Übergangsregelung*,<sup>67</sup> delinea la peculiarità della terza e ultima possibile configurazione della struttura delle *Unvereinbarkeitserklärungen*. Talvolta, come si è avuto modo di vedere, la violazione costituzionale è talmente grave da impedire l’applicazione dell’istituto della *weitere Anwendbarkeit*; non solo, le conseguenze giuridiche derivanti dall’adozione di una sentenza di nullità potrebbero aggravare lo stato di incostituzionalità, suggerendo al BVerfG di adottare una tipologia decisionale inidonea all’eliminazione della norma incostituzionale. Pertanto il BVerfG, onde garantire il rispetto della Costituzione senza provocare un aggravio dello *status quo* già di per sé incostituzionale, ordina, secondo una prassi costante ormai consolidatasi, l’applicazione di discipline transitorie<sup>68</sup>, attirando in tal modo le critiche della dottrina<sup>69</sup>, dal momento che, nell’ipotesi in esame, difficilmente è possibile configurare la sussistenza di un’ampia discrezionalità in capo al legislatore, la quale costituisce uno dei presupposti principali per l’adozione della sentenza di incompatibilità da parte del BVerfG (si veda *infra* al paragrafo 8.1).

<sup>64</sup> V. L. Giordano, A. Venegone, *op. ult. cit.*

<sup>65</sup> Cfr. si veda BVerfGE 91, 186, decisione sul *Kohlepfennig*, nella quale il BVerfG ha dichiarato incompatibile, con efficacia meramente *pro futuro*, la tassa denominata “*Kohlepfennig*”, la quale era destinata a costituire un fondo speciale gravante sui consumatori di energia elettrica.

<sup>66</sup> Cfr. J. Isensee, P. Kirchhof, *op. ult. cit.* p. 814.

<sup>67</sup> Böckenförde sostiene che si possa fare riferimento al termine *Übergangsregelung* anche con riferimento all’istituto *weitere Anwendbarkeit*; v. C. Böckenförde, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, Duncker und Humblot, Berlin, 1966, ripreso anche da G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.* p. 220. Si consideri che quest’ultima tipologia decisionale si pone, quanto a funzionalità, tra la *ratio* della *Anwendungssperre* e quella della *weitere Anwendbarkeit*.

<sup>68</sup> Cfr. J. Isensee, P. Kirchhof, *op. ult. cit.* p. 814.

<sup>69</sup> Schlaich, Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, p. 538.

Tuttavia, nel caso in cui la Corte Costituzionale adotti un simile schema decisionale per far fronte all'incostituzionalità di norme appartenenti alla dimensione del diritto tributario e finanziario, l'acceso dibattito dottrinale relativo all'invasione indebita nello spazio discrezionale del legislatore tende, generalmente, a placarsi<sup>70</sup>. Inoltre, l'adozione di una disciplina transitoria non annulla del tutto l'azione discrezionale del legislatore, in quanto quest'ultimo è tenuto in ogni caso all'emanazione di una norma costituzionale, potendo così esercitare nuovamente il potere legislativo<sup>71</sup>.

Il fondamento di diritto positivo giustificativo delle sentenze di incompatibilità integrate da una regolamentazione transitoria consiste nell'art. 35 del BVerfGG<sup>72</sup>. L'articolo in esame dovrebbe costituire uno tra i pochi riferimenti normativi idonei a configurare la positivizzazione delle sentenze di incompatibilità, in quanto statuisce una forte "discrezionalità" da parte del BVerfG in merito all'esecuzione della sentenza.<sup>73</sup>

Tuttavia, esso non attiene alla regolamentazione degli effetti delle stesse, bensì alla disciplina della loro esecuzione<sup>74</sup>. E' anche vero però, che "non si può escludere che il concetto di esecuzione, originariamente molto stretto ai sensi dell'art. 35 BVerfGG, sia stato ampliato e ormai comprenda anche delle misure che vanno oltre l'attuazione delle decisioni del BVerfG"<sup>75</sup>, in quanto "la tendenza è comunque quella di legittimare una interpretazione ampia dell'art. 35 BVerfGG quale fondamento giuridico alla esecuzione da parte del Tribunale costituzionale di *tutti* i tipi di decisioni pronunciate"<sup>76</sup>, e quindi anche delle sentenze di incompatibilità caratterizzate dalla cd. *weitere Anwendbarkeit*.

## 8. Il campo di applicazione della *Unvereinbarkeitserklärung*

Prima di affrontare i criteri in base ai quali possono essere adottate le sentenze di incompatibilità, è necessario effettuare un'importante premessa: una descrizione della casistica delle decisioni in esame non è facilmente ricavabile dall'analisi della prassi

---

<sup>70</sup> Cfr. J. Isensee, P. Kirchhof, *op. ult. cit.* p. 814.

<sup>71</sup> Cfr. J. Isensee, P. Kirchhof, *op. ult. cit.* p. 814.

<sup>72</sup> L'art. 35 del BVerfGG recita: "il Tribunale costituzionale federale può stabilire nella sua decisione chi è chiamato ad eseguirla; può anche, in singoli casi, regolare forme e modi dell'esecuzione.

<sup>73</sup> Secondo chi scrive, il tenore dell'articolo n. 35 del BVerfGG spiega "l'abisso tra pragmatica del BVerfG e la teoria-dogma del diritto costituzionale"; v. J. Ipsen, *op. ult. cit.*

<sup>74</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.* p. 352.

<sup>75</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.* p. 353.

<sup>76</sup> Cfr. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.* p. 343; nella sentenza BVerfGE 93, 121 si legge la possibilità che "nel caso di una dichiarazione di incompatibilità, il BVerfG, ai sensi dell'art. 35 possa ordinare l'ulteriore applicazione del diritto esistente" v. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.* p. 349.

giurisprudenziale del BVerfG<sup>77</sup>, anche perché spesso manca un'idonea motivazione in merito alla *ratio* dell'adozione della dichiarazione di incompatibilità di una norma di legge<sup>78</sup>. Ciononostante è possibile delineare gli ambiti di applicazione tipici (*Argumentationstopoi*)<sup>79</sup> delle sentenze in esame, precisando in via del tutto preliminare che una dottrina autorevole ritiene che, a prescindere dai possibili campi di applicazione, esistono due “casi patologici” (*pathologischen Fällen*) in grado di rappresentare la *ratio* primaria dell'adozione delle sentenze di incompatibilità: quando la sentenza di nullità non è idonea ad eliminare l'incostituzionalità tramite la caducazione della norma viziata (wenn [...] die Beseitigung der Verfassungswidrigkeit nicht oder nicht allein durch Kassation der verfassungswidrigen Norm möglich ist) e quando la caducazione della norma incostituzionale non è idonea a creare uno stato costituzionale (oder wenn [...] durch Kassation der verfassungswidrigen Norm nicht zugleich den verfassungsmässigen Zustand herstellt)<sup>80</sup>. Ciò posto, secondo parte della dottrina<sup>81</sup> i presupposti *originari* delle sentenze di incompatibilità sono tre: la rilevanza della discrezionalità del legislatore, le omissioni presenti nelle norme di legge e la violazione del principio di uguaglianza<sup>82</sup>.

### 8.1. La discrezionalità del legislatore

A partire dall'istituzionalizzazione delle sentenze in questione avvenuta nel 1970, nel caso della *Verfassungsbeschwerde* e dell'*Organstreit*<sup>83</sup>, la giurisprudenza più recente pare rinunciare, per ragioni di opportunità, al ricorso delle sentenze di nullità sulla scorta della salvaguardia del principio della discrezionalità del legislatore, la cd. *Gestaltungsfreiheit*, disciplinata e prevista all'art. 31 del GG. La conferma di tale tipo di impostazione emerge dalla prassi, dal momento che le norme maggiormente colpite dalla “nuova” tecnica giurisprudenziale sono varie; esse ineriscono ad esempio ai diritti sociali e alla tassazione delle persone fisiche e giuridiche, ambiti in cui il legislatore deve potersi muovere con estrema libertà: la caducazione della norma invece creerebbe una condizione di *tabula rasa normativa* in cui il legislatore avrebbe difficoltà a muoversi<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> Cfr. J. Blüggel, *op. ult. cit.*, p. 19.

<sup>78</sup> J. Blüggel, *op. ult. cit.*, p. 22.

<sup>79</sup> J. Blüggel, *op. ult. cit.*, p. 21.

<sup>80</sup> J. Blüggel, *op. ult. cit.*, p. 31.

<sup>81</sup> In tal senso, v. K. Hein, *op. ult. cit.*, p. 92.

<sup>82</sup> Gli ambiti applicativi appena menzionati corrispondono ai “luoghi classici” di riferimento delle sentenze di incompatibilità; v. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 166.

<sup>83</sup> Così come evidenziato da C. Pestalozza, *op. ult. cit.*, p. 340.

<sup>84</sup> In tal senso J. Ipsen, *op. ult. cit.*, p. 111.

Come si accennava, le sentenze di costituzionalità si caratterizzano per un pregio specifico: quello di tutelare la discrezionalità legislativa<sup>85</sup>, la *Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers* “in presenza di più alternative possibili e praticabili per rimediare alla situazione di incostituzionalità, quando cioè la dichiarazione di nullità rappresenterebbe una inammissibile invasione nella sua libertà di determinazione”<sup>86</sup>, impedendo così alla Corte Costituzionale di intervenire sulle scelte del legislatore, anticipandole<sup>87</sup>. Se alla base della ragione dell’adozione delle sentenze di incompatibilità sussiste la necessità di lasciare libero il legislatore nella ricostruzione della normativa viziata, è possibile affermare con certezza che “il compito fondamentale che incombe sul BVerfG, cioè di provvedere alla eliminazione della situazione incostituzionale, viene da questo trasferito sul legislatore”<sup>88</sup>. Non a caso la dottrina italiana, a proposito delle sentenze di incompatibilità, ha sostenuto che le stesse si sono inserite in un contesto di diritto costituzionale sostanziale incentrato su una forte collaborazione tra Parlamento, Corte Costituzionale e giudici, tanto che si è sostenuto che “al legislatore – sulla base del disposto di cui al citato art. 35 BVerfGG – è assegnato un termine entro il quale deve porre rimedio alla situazione incostituzionale creatasi, riservandosi il Tribunale costituzionale d’intervenire ulteriormente, valendosi di altri soggetti istituzionali, nel caso d’inadempienza da parte del Parlamento”<sup>89</sup>. Lo spirito di collaborazione tra organi è ben evidenziato dalla dottrina di Stoy-Schnell, secondo la quale “per alleggerire il processo legislativo” si intende, nel caso di obbligo di riforma, “la Corte Costituzionale adotta indirizzi o suggerimenti quanto alla regolamentazione. In Germania si aggiungono talvolta anche normative transitorie”.<sup>90</sup>

### 8.1.2. La decisione “manifesto” della discrezionalità legislativa

La decisione del 28 novembre 1967, nonostante sia antecedente all’annata in cui si è verificata l’istituzionalizzazione delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, costituisce, secondo una dottrina autorevole, il manifesto della rinuncia all’utilizzo sfrenato delle sentenze di nullità nonché della necessità di salvaguardare la discrezionalità legislativa. Nella

<sup>85</sup> Sul punto, v. M. D’Amico, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1993, II, p. 1812.

<sup>86</sup> Cfr. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 166.

<sup>87</sup> Sul tema si è espresso Ipsen, *op. ult. cit.* In particolare, la salvaguardia della discrezionalità legislativa risulta fondamentale in quanto essa non soltanto indica la libertà di elaborazione delle leggi, ma anche la *miglior modalità di regolamentazione legislativa in rapporto alla sentenza di accoglimento della Corte Costituzionale*.

<sup>88</sup> In tal senso, G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 168.

<sup>89</sup> Così come evidenziato da Pedrini; v. F. Pedrini, *op. ult. cit.*

<sup>90</sup> “Um das Gesetzgebungsverfahren zu beschleunigen und zu erleichtern erlassen die Verfassungsgerichte auch Regelungsvorschläge. In Deutschland kommen bisweilen Übergangsregelungen hinzu”; v. U. Stoy-Schnell, *Das Bundesverfassungsgericht und die Corte Costituzionale*, Frankfurt am Mein, 1998, p. 217.

sentenza<sup>91</sup> si legge che il contrasto con l'art. 3 del GG, disciplinante il principio di uguaglianza, possa essere sanato – *geheilt* – con estrema disinvoltura tramite l'attuazione di svariate opzioni legislative rientranti nello spazio discrezionale del Parlamento: il necessario rispetto dell'essenziale suddivisione dei poteri nonché l'efficienza legislativa che contraddistingue il legislatore tedesco non possono che rappresentare elementi idonei a sorreggere l'affermazione per cui il *solo* legislatore è legittimato a ristabilire l'eguaglianza concretamente lesa dalla norma in questione.

Potrebbe aversi un diverso scenario contraddistinto dall'adozione di una sentenza di nullità solo nel caso in cui la questione di legittimità costituzionale sia a tal punto urgente e il caso singolo sia così particolare da rendere più efficace l'immediata dichiarazione di invalidità di una norma con conseguente eliminazione *tout court* della stessa.

La struttura "aperta" delle sentenze di incompatibilità prelude ad un'amplessima discrezionalità del legislatore, la quale sembra costituire un dato positivo per quanto riguarda la relazione intercorrente tra BVerfG e Parlamento stesso, non solo per la garanzia del rispetto della suddivisione relativa alle competenze tra i vari organi pubblici, ma anche per la maggiore "responsabilizzazione" cui è soggetta l'attività del Parlamento, in un'ottica tutta interna alla giustizia costituzionale.

### **8.1.3. Critiche alla sentenza di incompatibilità quale strumento tutelativo della discrezionalità legislativa**

Si consideri ora, alla luce della premessa effettuata, la provocazione lanciata dallo studioso Hein<sup>92</sup>, Autore autorevole, secondo il quale la sentenza di incompatibilità non si armonizza facilmente con la salvaguardia della legittima discrezionalità del legislatore: al contrario, nel suo dispositivo sarebbero contenuti comandi o suggerimenti di tal specificità, che il legislatore fatica a proporre una scelta legislativa di stampo discrezionale.

Si consideri infatti che, come si è avuto modo di vedere, accanto alle sentenze di incompatibilità "pure" e alle sentenze di incompatibilità integrate dall'ordine dalla cd. *weitere Anwendbarkeit*, esiste la terza specie delle sentenze di incompatibilità contraddistinte dall'integrazione di una regolamentazione transitoria – *Übergangsregelung* - delineata in tutto o in parte dalla stessa Corte Costituzionale.

A maggior ragione quindi, le sentenze di incompatibilità, potendo talvolta esigere la manipolazione della norma dichiarata incompatibile, possono causare la compressione della libertà di normazione: in definitiva è possibile delineare il "paradosso" delle sentenze

<sup>91</sup> Riportata da C. Pestalozza, *op. ult. cit.*, p. 344.

<sup>92</sup> K. Hein, *op. ult. cit.*, p. 114.

in esame, le quali, pur essendo state create onde evitare vuoti normativi in armonia con l'autonomia parlamentare, in concreto paiono incidere sul raggio di azione del Parlamento più della *Nichtigkeitserklärung*<sup>93</sup>.

Nonostante l'elemento della discrezionalità legislativa costituisca parte integrante della *ratio* delle sentenze di incompatibilità, secondo parte della dottrina il criterio della discrezionalità legislativa non può più reggere da presupposto valido, dal momento che le sentenze di incompatibilità si limiterebbero solamente alla tutela del principio di uguaglianza, motivo per cui il BVerfG si riferirebbe soltanto in seconda battuta e secondo la logica dei corollari al principio di discrezionalità legislativa<sup>94</sup>: quest'ultimo potrebbe quindi essere definito quale presupposto accessorio alla violazione del principio di uguaglianza.

## 8.2. Le omissioni legislative

Un ulteriore presupposto delle sentenze di incompatibilità, lo si è accennato, consiste nell'omissione legislativa<sup>95</sup>: qualora una norma di legge sia incostituzionale *nella parte in cui non prevede che*, risulta necessario operare sulla norma viziata in modo tale da realizzare la *reductio ad legitimitatem*. Infatti la dottrina tedesca afferma che non è la disposizione regolata, ma quella non regolata ad essere incostituzionale (*dann ist nicht das regelte Teil, sondern der nicht regelte Teil verfassungswidrig*<sup>96</sup>). Tale risanamento può essere efficacemente realizzato tramite il ricorso all'adozione della sentenza di incompatibilità con successivo intervento da parte del legislatore. La ragione alla base dell'opportunità di incidere sulle lacune o sulle omissioni del legislatore tramite le *Unvereinbarerklärungen* è stata esplicitata in occasione di una sentenza, BVerfGE 18, 288, nella quale si legge che *“se la presunta violazione della Costituzione consiste in un silenzio del legislatore, e precisamente nel fatto che la disciplina favorevole non menziona affatto il gruppo svantaggiato e non permette né per il tenore delle parole né per il senso, una corrispondente applicazione al gruppo, non è allora tecnicamente possibile, data la struttura della legge, dichiarare nulla tale lacuna”*<sup>97</sup>. E in effetti è pur vero che “l'omissione del legislatore potrebbe essere nulla ma ciò non avrebbe effetto giuridico poiché

---

<sup>93</sup> K. Hein, *op. ult. cit.*

<sup>94</sup> Cfr. K. Schlaich, S. Koriath, *op. ult. cit.*

<sup>95</sup> Lo studioso Pestalozza si riferisce anche a “omissioni parziali”; v. C. Pestalozza, *op. ult. cit.*

<sup>96</sup> In tal senso v. Ute Soy-Schnell, *Das Bundesverfassungsgericht und die Corte Costituzionale*, Frankfurt am Main, 1988, p. 189.

<sup>97</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 207.

l'annullamento di leggi non esistenti non crea il diritto positivo richiesto dalla Costituzione ma lascia persistere immutata la lacuna di regolamentazione"<sup>98</sup>.

Nel contesto delle omissioni legislative, le *Verfassungswidrigerklärung gesetzgeberischen Unterlassungen*<sup>99</sup>, le decisioni di incostituzionalità dovute alla presenza di lacune legislative, ovvero le sentenze di cui si è appena fatto cenno, vengono distinte dalla dottrina rispetto alle sentenze di incompatibilità "pure", cioè quelle che prevedono la cd. *Anwendugssperre*, la paralisi dell'applicabilità della norma dichiarata incompatibile: le prime vengono adottate dal BVerfG solamente laddove "la disciplina legislativa mancante risulti davvero costituzionalmente necessaria"<sup>100</sup>.

Più precisamente le omissioni, le cd. *Unterlassungen*, non conformi a Costituzione o non conformi al *Bundesrecht* possono essere accertate nella loro portata lesiva, ma non possono essere dichiarate incostituzionali in senso stretto, ovverosia invalidate. Secondo la dottrina<sup>101</sup> talvolta il legislatore non emana norme connotate da gravi omissioni in costituzionalmente rilevanti, ma si lascia andare a norme parzialmente incomplete dal punto di vista della coerenza contenutistica. L'incompletezza può derivare dalla carenza della menzione di una disposizione obbligatoria, la quale può mancare qualora una norma di vantaggio vada a beneficiare una cerchia di soggetti eccessivamente ristretta: nel caso di specie, la possibilità di poter usufruire di quello specifico diritto si qualifica quale eccessivamente elitaria.

Un ordine obbligatorio può mancare anche quando la norma volta ad attribuire vantaggi operi in senso eccessivamente lato, senza applicare una corretta distinzione all'interno della cerchia dei beneficiari: in entrambi i casi il BVerfG non emette una sentenza di nullità ma emette una sentenza di incompatibilità, in quanto le conseguenze giuridiche sarebbero eccessive e strabordanti rispetto alla *ratio decidendi* del Giudice Costituzionale. In sintesi, l'individuazione dei destinatari di specifici vantaggi e benefici risulta essere incostituzionale quanto al suo campo di applicazione: la dottrina<sup>102</sup> si riferisce alla problematica relativa appunto all'*Anwendungsfeld*, il quale necessariamente va ad incidere sulla disposizione costituzionale di cui all'art. 3 GG, regolante il principio di uguaglianza. Sempre secondo la dottrina<sup>103</sup>, nel caso in cui in ipotesi simili venisse emanata la sentenza di nullità, le conseguenze dell'invalidazione della norma sarebbero in ogni caso sproporzionate rispetto

---

<sup>98</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 207.

<sup>99</sup> Di cui è offerta un'interessante trattazione da parte di K. Hein, *op. ult. cit.*, p. 78.

<sup>100</sup> In tal senso v. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 208.

<sup>101</sup> Ci si vuole riferire a C. Pestalozza, *op. ult. cit.*, p. 341.

<sup>102</sup> J. Ipsen, *op. ult. cit.*, p. 108.

<sup>103</sup> J. Ipsen, *op. ult. cit.*, p. 108.

all'originaria volontà legislativa, portando il precetto normativo a risultati ancora più incostituzionali rispetto all'erronea individuazione del campo di applicazione e alla conseguente omissione che il legislatore ha effettuato nell'elaborazione della norma. L'eliminazione della norma determinerebbe altresì l'estromissione non solo dell'omissione incostituzionale in questione (di per sé paradossale), ma anche della parte di norma contenente disposizioni conformi alla Costituzione, attributiva di benefici e di facoltà costituzionalmente compatibili. Parte della dottrina<sup>104</sup> sostiene che la declaratoria di incostituzionalità con conseguente eliminazione risulterebbe svantaggiosa per i beneficiari, i quali dovrebbero attendere una nuova normativa per poter pienamente godere dei benefici in principio accordati.

Occorre notare che la *Unvereinbarkeitserklärung* va direttamente a colpire quella parte di norma che lede specifici principi costituzionali, fornendo così un interessante esempio di economia giuridica, in quanto il Giudice Costituzionale, in base alla norma che deve giudicare, sceglie lo strumentario giurisprudenziale più efficiente e meno lesivo per l'unità e la coesione dell'ordinamento normativo.

### 8.3. Il principio di uguaglianza

Il rapporto esistente tra le sentenze di incompatibilità e la violazione del principio di uguaglianza si compone di alcuni elementi tipici della *ratio* alla base del legame tra le stesse e le omissioni legislative nonché il principio della discrezionalità legislativa<sup>105</sup>.

“La dichiarazione di mera incompatibilità viene adottata qualora il legislatore abbia più possibilità per eliminare l'incostituzionalità<sup>106</sup>: tale principio vale soprattutto nei casi in cui venga violato il principio di uguaglianza”.<sup>107</sup> La dottrina tedesca ha ricostruito la nozione di uguaglianza quale divieto di arbitrarietà, cioè *Willkürverbot*<sup>108</sup>. Lo schema decisionale della *Unvereinbarkeitserklärung* vale a salvaguardare la discrezionalità legislativa, in quanto il BVerfG non vuole e non può entrare nel merito delle opzioni legislative. Eccezionalmente esso dichiara la nullità di una norma per la violazione del principio di uguaglianza nel caso

<sup>104</sup> J. Ipsen, *op. ult. cit.*, p. 110.

<sup>105</sup> Si noti che statisticamente le sentenze di incompatibilità vengono maggiormente utilizzate nelle ipotesi in cui venga leso il principio costituzionale relativo all'uguaglianza – si considerino leggi tributarie e fiscali incostituzionali – e nelle ipotesi della *Verfassungsbeschwerde*. Il BVerfG ha però iniziato ad ampliarne il campo applicativo, soprattutto in “alcuni settori”, tra i quali rientra quello relativo ai diritti di libertà; v. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, pp. 162-163.

<sup>106</sup> Si noti il rapporto intrecciato tra il presupposto della discrezionalità legislativa e quello della salvaguardia del principio di uguaglianza, difficilmente analizzabili separatamente.

<sup>107</sup> C. Hillgruber, c. Goos, *Verfassungsprozessrecht*, C.F Müller, p. 202.

<sup>108</sup> G. Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz, Gerechtigkeit und Recht*, Berlin, 1929, ripreso da G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 170.

in cui a causa di “circostanze di tipo sostanziale” esista una sola possibilità quanto al risanamento del principio violato<sup>109</sup>, o ancora nel caso in cui, a seguito di un *Verfassungsauftrag*, ovvero di un mandato costituzionale (si veda *infra*), la Corte Costituzionale abbia isolato una norma dalla relazione di norme incostituzionale<sup>110</sup>. Nella dottrina si è consolidato l’orientamento secondo il quale non è tecnicamente possibile risanare il principio di uguaglianza tramite l’adozione di una sentenza di nullità<sup>111</sup>. In linea meramente teorica, la norma di svantaggio dovrebbe essere dichiarata nulla; tuttavia, quest’ultima non è di per sé incostituzionale in quanto intrinsecamente discriminatoria, ma è incostituzionale in quanto sottintende un’errata individuazione della “cerchia dei soggetti gravati dalla norma di svantaggio” (zwar ist nicht die Belastung als solche verfassungswidrig, sondern nur die Abgrenzung des belasteten Adressatenkreis)<sup>112</sup> che, conseguentemente, va a ledere i soggetti che vi fanno parte: tale ricostruzione dottrinale prende il nome di *verfassungswidrige Normrelation*, cioè relazione incostituzionale tra norme. Secondo la dottrina, “entrambe le norme (quelle da prendere in considerazione per identificare l’errata cerchia di soggetti avvantaggiati o svantaggiati) sarebbero costituzionali, se non esistesse l’una in rapporto con l’altra. [...] ma nemmeno sono incostituzionali entrambe le norme, in quanto l’una è sempre capace di esistere senza l’altra”<sup>113</sup>. Il legislatore può lasciare invariato il contenuto della norma (*Norminhalt*), se modifica la cerchia di individui soggetti alla previsione giuridica incompatibile in senso conforme a Costituzione<sup>114</sup>. Conseguentemente, è necessario che il legislatore ponga in essere una nuova normativa, la cd. *Neuregelung*: in via di principio, o viene attribuito il vantaggio anche alla cerchia di destinatari della norma esclusi a causa dell’erronea strutturazione della norma<sup>115</sup>, o il beneficio viene del tutto eliminato, oppure ancora la categoria di soggetti avvantaggiati deve essere nuovamente determinata<sup>116</sup>. Una norma contraria al principio di uguaglianza “rappresenta un’incostituzionalità soltanto relativa”<sup>117</sup>

<sup>109</sup> C. Hillgruber, C. Goos, *op. ult. cit.*, p. 202.

<sup>110</sup> J. Blüggel, *op. ult. cit.*, p. 157.

<sup>111</sup> J. Blüggel *op. ult. cit.*, p. 153.

<sup>112</sup> C. Hillgruber, c. Goos, *op. ult. cit.*, p. 202.

<sup>113</sup> “Jede der beiden Normen wäre für sich sich verfassungsgemäss, wenn es die andere nicht gäbe. (...) Verfassungswidrig sind auch nicht beide Normen, da die eine ohne die andere regelmässig durchaus zu existieren vermag”; v. K. Hein, *op. ult. cit.*, 1988.

<sup>114</sup> C. Hillgruber, c. Goos, *op. ult. cit.*, p. 203.

<sup>115</sup> La dottrina fa riferimento al “taglio” della norma, “zuschnittung”; cfr. C. Hillgruber, c. Goos, *op. ult. cit.*, p. 203.

<sup>116</sup> C. Hillgruber, c. Goos, *Verfassungsprozessrecht*, C.F Müller, p. 203.

<sup>117</sup> H. Maurer, *Zur Verfassungswidrigkeitserklärung von Gesetzen*, FS W.Weber, 1974.

[...] per questo motivo non è possibile nemmeno eliminare la norma viziata tramite una sentenza di nullità parziale<sup>118</sup>.

#### 8.4. Ulteriori criteri fondativi delle sentenze di incompatibilità

Accanto al criterio delle omissioni legislative, della violazione del principio di uguaglianza e della salvaguardia della discrezionalità legislativa, si affianca il criterio dell'argomento delle conseguenze giuridiche<sup>119</sup>, per il quale la dichiarazione di nullità deve cedere il passo alle sentenze di incompatibilità; il BVerfG rinuncia alle *Nichtigkeitserklärungen*, in quanto "sarebbe la Costituzione ad ordinare la creazione della norma o il suo miglioramento e non, invece, l'annullamento di essa, eccessivamente gravoso per l'ordinamento giuridico"<sup>120</sup>. La dottrina sottolinea che la mera inidoneità della sentenza di nullità può costituire un' argomentazione valida per l'adozione della sentenza di incompatibilità, in quanto la caducazione della norma non sarebbe in grado di sanare il vizio di incostituzionalità, sanando al contrario "troppo", "troppo poco" o "secondo una logica errata"<sup>121</sup>.

Da ultimo, la dottrina autorevole di Klein si schiera a favore di ulteriori due presupposti alla base dell'utilizzo delle sentenze di incompatibilità: il primo consiste in un sorprendente ed eccezionale nuovo orientamento della Corte Costituzionale (*eine überraschende Neuorientierung*) atto ad interpretare come incostituzionale una norma in precedenza costituzionale, il secondo consiste nella modifica di condizioni o relazioni dal punto di vista sostanziale, ad esempio quelle di natura economica, le quali si pongono a fondamento dell'imprevista incostituzionalità della norma<sup>122</sup>.

#### 9. Il rapporto tra legislatore e le sentenze di incompatibilità: la riforma della norma viziata

La sentenza di incompatibilità, si è visto, implica l'esistenza della norma incompatibile all'interno dell'ordinamento. L'incompatibilità deve essere eliminata, in quanto rappresenta una contraddizione in relazione all'aderenza ai precetti costituzionali: la soluzione a tale

<sup>118</sup> Sul punto "la relatività della violazione del principio di uguaglianza eviterebbe l'intervento di una dichiarazione di nullità *ex tunc* ed *ipso iure* della legge incostituzionale legittimando pienamente la dichiarazione di *Unvereinbarkeit*. In tal caso una dichiarazione di nullità non dovrebbe essere pronunciata in quanto inadatta allo scopo o perché non riuscirebbe a comprendere al suo interno tale violazione o perché sarebbe troppo ampia"; v. G. Cerrina Feroni, *op. ut. cit.*, p. 176.

<sup>119</sup> J. Blüggel, *op. ult. cit.*, p. 26.

<sup>120</sup> In tal senso, G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 193.

<sup>121</sup> J. Blüggel, *op. ult. cit.*, p. 23.

<sup>122</sup> J. Blüggel, *op. ult. cit.*, p. 23; si noti la vicinanza rispetto alla *ratio* delle sentenze di incostituzionalità sopravvenuta.

incongruenza consiste nella *riforma*<sup>123</sup> della norma ad opera del legislatore, la quale deve necessariamente comprendere il periodo di tempo successivo alla pronuncia di incompatibilità, poiché altrimenti i processi sospesi in ragione del divieto di applicazione della norma incompatibile - nel caso di adozione della sentenza di incompatibilità “pura” – non potrebbero essere definiti sulla base dell’applicazione della nuova norma<sup>124</sup>.

In via preliminare ora si analizzerà l’istituto della *Nachbesserungspflicht*, cioè il dovere di “miglioramento” in senso costituzionale della norma viziata. Il termine è apparso per la prima volta in occasione della *Fluglärmentscheidung* del 14 gennaio 1981, la quale ha deciso in merito all’inquinamento acustico dei voli aerei<sup>125</sup>. Il dovere di “miglioramento” viene declinato in diversi modi: esso può consistere in una “correzione”, in un “adattamento” o “ritocco”<sup>126</sup>. La dottrina<sup>127</sup> ricomprende all’interno dello strumento della *Nachbesserungspflicht* il *Verfassungsauftrag*, il mandato costituzionale, il quale può essere inserito nel contenuto delle sentenze di incompatibilità<sup>128</sup> qualora il BVerfG abbia rinunciato (*verzichtet*) alla “*blosse Unvereinbarerklärung*”, la mera dichiarazione di incostituzionalità<sup>129</sup>. Tale istituto, denominato anche quale *Gesetzgebungsauftrag*<sup>130</sup>, cioè l’ordine al legislatore, viene descritto in dottrina come “direttiva vincolante della (derivante dalla) Costituzione indirizzata al legislatore”<sup>131</sup>, il quale può assumere la forma di linee programmatiche o di direttive formali, o ancora ordini al completamento della Costituzione, ordini delegabili e non delegabili, ordini a legiferare e determinazioni di scopi statali<sup>132</sup>. Nella decisione del 20.5.1957 il BVerfG ha dichiarato che il legislatore rappresenta un organo “vincolabile” (*verpflichtbar*)<sup>133</sup>.

Si noti una particolarità: il dovere di modifica della norma di legge viziata non sussiste solo con riferimento alle sentenze di incompatibilità, ma anche con riferimento a quelle di nullità

<sup>123</sup>“Quanto alla declaratoria di incompatibilità possono aversi nel dispositivo o nella motivazione, contestualmente ad essa, indicazioni sulla sua ulteriore applicazione, nonché sulla nuova regolamentazione da emanare”; cfr. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 61.

<sup>124</sup> H. Lechner, R. Zuck, *op. ult. cit.*

<sup>125</sup> Si veda G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 297.

<sup>126</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.* p. 299.

<sup>127</sup> M. Kleuker, *op. ult. cit.*

<sup>128</sup>“Das Bundesverfassungsgericht erlässt Gesetzgebungsaufträge auch in Verbindung mit Unvereinbarerklärungen”; così M. Kleuker, *op. ult. cit.*, p. 48.

<sup>129</sup> M. Kleuker, *op. ult. cit.*, p. 32. Si noti tuttavia che la decisione di incompatibilità prevede implicitamente sempre un *Reformgebot*, altrimenti non avrebbe senso la distinzione tra sentenze cassatorie e decisioni contraddistinte dalla circostanza di obbligare il legislatore.

<sup>130</sup> La coincidenza dei termini è ravvisabile nella trattazione dell’istituto in esame da parte di Kleuker, M. Kleuker, *op. ult. cit.*

<sup>131</sup> “Verbindliche Direktive der Verfassung an den Gesetzgeber jeden Inhalts”; cfr. M. Kleuker, *op. ult. cit.*, p. 47.

<sup>132</sup> M. Kleuker, *op. ult. cit.*, p. 47.

<sup>133</sup> M. Kleuker, *op. ult. cit.* p. 107.

e a quelle di compatibilità<sup>134</sup>. Il fondamento del comando “costituzionale” al legislatore, chiamato dalla dottrina anche *Appell*<sup>135</sup>, risiede nell’art. 20.3 del GG<sup>136</sup>, il quale recita: “la legislazione è soggetta all’ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge e al diritto”. Il legislatore è dunque tenuto alla *Nachverbesserungspflicht* di una norma incostituzionale a causa della sua soggezione all’ordinamento costituzionale<sup>137</sup>. Un esempio di *Gesetzgebungsauftrag*, e quindi di ordine alla legiferazione in via esplicita in quanto richiesto da principi costituzionali, può sussistere in relazione all’art. 6 comma 5 del GG, secondo il quale è necessario che il legislatore parifichi lo status dei figli naturali a quelli legittimi, oppure in relazione all’art. 3 comma 2 del GG, ai sensi del quale “gli uomini e le donne sono equiparati nei loro diritti. Lo Stato promuove la effettiva attuazione della equiparazione di donne e uomini e agisce per l’eliminazione delle situazioni esistenti di svantaggio”<sup>138</sup>.

Parallelamente la dottrina sottolinea che possono esistere *Verfassungsaufträge* implicite, in relazione ad esempio ad obblighi di tutela: in questi casi non si tratta di obblighi di legislazione contenutisticamente determinati<sup>139</sup>, ma semplicemente di ordini di modifica, si potrebbe dire, a contenuto “libero”, nel pieno rispetto della discrezionalità legislativa. Tali mandati, secondo la dottrina, possono consistere in mere *Nachbesserungspflichten* o *Pflichten zur Korrektur falscher Prognosen*<sup>140</sup>, cioè nel dovere di correggere false prognosi poste in essere dal legislatore. Un esempio di una simile *Pflicht* consiste nella sentenza 85, 191, laddove il BVerfG ha dichiarato incompatibile l’art. 19.1 dell’ordinamento sull’orario di lavoro. Il BVerfG ha ritenuto che l’incostituzionalità potesse essere eliminata in vario modo, in quanto “*il legislatore è obbligato a regolamentare nuovamente la tutela dei lavoratori dalle conseguenze nocive del lavoro notturno. Una tale regolamentazione è necessaria per dare soddisfazione al contenuto oggettivo del diritto fondamentale, in particolare il diritto all’incolumità fisica [...] il lavoro notturno nel contesto di rapporti lavorativi necessita anche in futuro una disciplina legislativa [...] deve essere il legislatore*

<sup>134</sup> Cfr. M. Kleuker, *op.ult.cit.*, p. 30 ss.

<sup>135</sup> M. Kleuker, *op.ult.cit.*, p. 30.

<sup>136</sup> Qui la versione originale: 3) “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”.

<sup>137</sup> Cfr. M. Kleuker, *op.ult.cit.*, p. 31

<sup>138</sup> In tal senso, v. C. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1985.

<sup>139</sup> G. Cerrina Feroni, *o. ult. cit.*, p. 303

<sup>140</sup> Cfr. E. Ritter, *Verfassungsrechtliche Gesetzgebungspflichten*, Schön, 1967.

stesso a determinare, nei limiti del suo margine di valutazione e di determinazione, quali siano le conseguenze necessarie.”<sup>141</sup>

In sostanza, si può affermare che tali mandati impliciti derivino prevalentemente dalla necessità di tutelare diritti fondamentali e costituzionalmente tutelati<sup>142</sup>.

### 9.1. segue: le conseguenze dell'inosservanza della riforma richiesta dal BVerfG

Alla luce di quanto esposto, è possibile affermare pacificamente che la sentenza di incompatibilità crei un immediato dovere di modifica, senza soluzione di continuità<sup>143</sup>, e ciò a prescindere dalla specifica tipologia di *Unvereinbarkeitserklärung* presa in considerazione.

Il “comando di riforma” (*Reformgebot*) sussiste in capo al legislatore a partire dall'adozione della sentenza, in quanto il termine, denominato *Frist*<sup>144</sup>, entro cui essa deve essere portata a termine, è spesso (ma non sempre) contenuto nel dispositivo così come nella motivazione della decisione stessa. La Corte Costituzionale si esprime nel senso che il legislatore debba eliminare l'incostituzionalità “al più presto”, “subito” o “senza esitazione”<sup>145</sup>. Ai sensi di quanto evidenziato dalla dottrina più autorevole, il legislatore è tenuto a *riconduurre in ordine il passato*<sup>146</sup>: di regola, il “passato” cui fa riferimento l'Autore<sup>147</sup> si colloca all'interno dell'intervallo temporale compreso tra l'adozione della sentenza e il termine di natura perentoria prevista per la *Neuregelung*, ovvero la nuova normativa depurata dal vizio di incostituzionalità<sup>148</sup>.

In ordine alle possibili conseguenze dell'inottemperanza all'ordine di “ritocco”<sup>149</sup> disposto dalla Corte Costituzionale, la dottrina afferma che “non è ancora stato chiarito quali conseguenze il Tribunale federale costituzionale debba trarre nel momento in cui il legislatore non adempie il mandato di riparazione (*Nachbesserung*) della legge dichiarata incostituzionale ma non nulla”<sup>150</sup>. Infatti, le conseguenze del tardivo adempimento da parte del legislatore al mandato di riforma non sono state positivizzate in legge, e quindi non è di

<sup>141</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 307.

<sup>142</sup> M. Kleuker, *op. ult. cit.*, p. 99.

<sup>143</sup> C. Pestalozza, *op. ult. cit.*, p. 345.

<sup>144</sup> Il Parlamento manca tuttavia di adempiere con una certa regolarità alle *Fristsetzungen* del BVerfG, G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 66.

<sup>145</sup> Così risulta dalla giurisprudenza; v. G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 317.

<sup>146</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 317.

<sup>147</sup> In tal senso, C. Pestalozza, *op. ult. cit.*

<sup>148</sup> Vi è di più. Nel caso delle sentenze di incompatibilità integrate dall'istituto della *weitere Anwendbarkeit*, di norma la sentenza spiega i suoi effetti a partire dal giorno coincidente con l'emanazione della normativa costituzionalmente legittima, tralasciando di estrinsecare la propria efficacia a partire cioè dal momento corrispondente all'adozione della sentenza di incompatibilità.

<sup>149</sup> In tal senso Erhard Denninger, *op. ult. cit.* p. 240 ss.

<sup>150</sup> J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *op. ult. cit.*, p. 182.

fatto possibile individuarne un substrato dogmatico coeso e unitario: di volta in volta, in base alle circostanze del caso, il BVerfG sceglierà l'opzione giurisprudenziale più consona e opportuna in relazione al contesto in cui si è formata la *verfassungswidrigkeit*, cioè il vizio di incostituzionalità<sup>151</sup>.

La casistica è varia: in caso di inerzia legislativa, può scattare la conversione della norma da incompatibile a irrimediabilmente nulla<sup>152</sup>, dal momento che “la Corte Costituzionale può imporre al legislatore un *Frist*, riservandosi di emettere una sentenza di nullità”<sup>153</sup>; in altri casi il BVerfG ha specificato le conseguenze giuridiche che sarebbero derivate dalla scadenza del termine senza che il legislatore sia riuscito a porre in essere la *Neuregelung*<sup>154</sup>, mentre talvolta l'inottemperanza del legislatore ha portato il BVerfG a individuare e creare una disciplina idonea a regolare la situazione o il rapporto disciplinati dalla norma incompatibile<sup>155</sup>.

Vi è in dottrina chi ritiene che l'inosservanza del termine da parte del legislatore non abbia alcuna concreta conseguenza, dal momento che quest'ultima potrebbe essere oggetto di definizione soltanto in occasione di un nuovo giudizio costituzionale<sup>156</sup>: anche la dottrina italiana si schiera a favore di una simile interpretazione della *Nachbesserungspflicht*, in quanto “anche a volerlo ritenere un vero e proprio dovere costituzionale del legislatore di provvedere, cioè, più precisamente, un dovere costituzionale di riforma della disciplina costituzionalmente viziata, resta priva di sanzione”.<sup>157</sup>

Tuttavia, se pur non è data un'autentica sanzione, il BVerfG, riservandosi di elaborare autonomamente le conseguenze derivanti dall'inerzia legislativa, esercita un notevole “potere di pressione” sul Parlamento, il quale è chiamato ad adempiere ai doveri di *costituzionalizzazione* delle norme viziate dovendosi spesso attenere ad un termine specificamente individuato.

---

<sup>151</sup> In alcune decisioni il BVerfG specifica le conseguenze giuridiche derivanti dalla scadenza del termine senza che il legislatore sia riuscito a porre in essere una *Neuregelung* (BVerfGE 92, 53). In alcune sentenze la Corte Costituzionale evidenzia e specifica che il mancato rispetto del termine porterà inevitabilmente alla nullità della norma, quasi secondo un meccanismo automatico. Altre volte invece la Corte Costituzionale crea una disciplina idonea a regolare la situazione o il rapporto disciplinati dalla norma incompatibile o incostituzionale (BVerfGE 97, 228); v. H. Lechner, R. Zuck, *op. ult. cit.*

<sup>152</sup> Di qui la ragione della denominazione della sentenza di incompatibilità quale “*Vorstufe der Nichtigerklärung*”, cioè “un primo passo verso la dichiarazione di nullità”; v. C. Pestalozza, *op. ult. cit.*, p. 346.

<sup>153</sup> Cfr. J. Isensee, P. Kirchhof, *op. ult. cit.* p. 817.

<sup>154</sup> Cfr. H. Lechner, R. Zuck, *op. ult. cit.*, i quali richiamano ad esempio BVerfGE 92, 53, o ancora BVerfGE 82, 126.

<sup>155</sup> V. BVerfGE 97, 228.

<sup>156</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 322; tuttavia, esiste una dottrina autorevole che si pone in antitesi rispetto alla tesi menzionata; v. A. Pohle, *die verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, p. 162.

<sup>157</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 421.

## 10. Conclusioni

In definitiva, alla luce della presente analisi, ci si intende soffermare sui tratti salienti dell'esperienza tedesca, che la caratterizzano e connotano maggiormente.

In primo luogo, è emersa una estrema varietà degli schemi decisorii, adottati in via giurisprudenziale, e poi in alcuni casi disciplinati dal legislatore. Ciò rispecchia una molteplicità di *rationes* della modulazione degli effetti temporali delle sentenze che accertano l'incostituzionalità. Infatti, tali pronunce, scindendo l'accertamento dell'incostituzionalità dall'annullamento della legge, non si limitano a porre rimedio al rischio del cd. vuoto di bilancio, ma sono volte ad evitare vuoti normativi, il sacrificio del "principio di continuità", oltre a consentire il rispetto del principio di uguaglianza, che ha costituito e tuttora costituisce il primario ambito di applicazione (cd. *Anwendungsfeld*) delle sentenze in questione<sup>158</sup>. Non solo, si è visto che le sentenze di incompatibilità costituiscono l'elemento chiave del raccordo tra BVerfG e Parlamento, fungendo quindi da strumento di cooperazione tra organi.

In secondo luogo, nonostante le sentenze di incompatibilità si fondino sul dogma della discrezionalità del legislatore, consentendo che la legge approvata dal Parlamento, ancorché incostituzionale, resti in vigore sino a che lo stesso Parlamento intervenga nuovamente, sussistono dubbi circa l'effettiva tenuta della discrezionalità sussistente in capo al legislatore. Infatti, il costante espandersi e ramificarsi delle tipologie di sentenze che modulano i propri effetti nel tempo, che talvolta indicano anche il contenuto delle riforme da adottare in via legislativa, ha posto in dottrina il serio problema di una invasione di campo nella discrezionalità parlamentare. Tuttavia, in base a quanto è stato possibile constatare, anche per motivi legati all'inserimento del BVerfG nella forma di governo tedesca, di cui non è possibile dare conto in questa sede, la dottrina tedesca non esprime una condanna rispetto a questa prassi<sup>159</sup>, ma la valuta nel complesso positivamente, in quanto percepita come una forma di proficua collaborazione tra BVerfG e Parlamento.

\*\* Cultore della materia in diritto costituzionale presso il Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.

---

<sup>158</sup> G. Cerrina Feroni, *op. ult. cit.*, p. 163.

<sup>159</sup> Si consideri che anche la dottrina italiana ha ritenuto positivo il differimento degli effetti nel tempo operato dalle sentenze di incostituzionalità tedesche; cfr. M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993; v. inoltre N. Sandulli, Atti del Convegno di Trieste 26-28 maggio 1986, *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988. Secondo la dottrina di Elia, le sentenze di incompatibilità andrebbero valutate positivamente in quanto esse avrebbero "il merito di lasciare più spazio di scelta al legislatore"; v. L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale, Scritti in onore di V. Crisafulli*, vol.1, Padova, 1985, p. 310.