

Gli effetti nel tempo delle sentenze costituzionali: l'esperienza tedesca*

di Federico Pedrini**
(5 giugno 2015)

Due recenti, ma già ben note sentenze della Corte costituzionale italiana, la n. 10 e la n. 70 del 2015 sono tornate a riproporre il tema della (possibile, affermata, criticata o auspicata) modulazione degli effetti nel tempo della declaratoria di incostituzionalità. In questa nota il problema della “cornice” di possibilità giuridiche che l’ordinamento costituzionale *italiano* lascerebbe effettivamente aperte per un’efficace azione sul punto della Corte costituzionale rimarrà però semplicemente sullo sfondo. Si vorrebbe viceversa proporre un piccolo esercizio, se non di vera e propria comparazione, di breve “panoramica geo-giuridica”, prospettando al lettore come questioni analoghe vengano comunemente risolte quando siano sollevate davanti al *Bundesverfassungsgericht* tedesco, il quale – a differenza della sua consorella italiana – si dotò assai precocemente di strumenti processuali idonei a consentirgli di differenziare gli effetti nel tempo delle proprie decisioni.

Il primo punto che, a tal proposito, merita d’essere evidenziato concerne l’effettiva origine delle potestà del tribunale costituzionale federale, la quale rischia di non essere esattamente colta se si considera soltanto l’*attuale* “stato dell’arte” e suggerisce viceversa un rapido *excursus* storico per comprendere meglio in che modo a esso si sia giunti.

A questo riguardo, nel silenzio sul punto del *Grundgesetz* – che all’art. 94 si limita ad affidare a una legge federale la disciplina del Tribunale costituzionale quanto all’organizzazione, alla procedura e ai casi in cui le sue decisioni hanno forza di legge –, ad occuparsi degli effetti delle varie declaratorie di incostituzionalità fu, dal punto di vista normativo, la Legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht* del 12 marzo del 1951 (*BVerfGG*).

La disposizione chiave in materia, lasciata sostanzialmente intatta rispetto al suo tenore letterale originario, è l’art. 78, che parrebbe enunciare con chiarezza il principio secondo cui la legge incompatibile con il contenuto d’una norma costituzionale deve essere annullata (retroattivamente): «se il Tribunale costituzionale federale perviene al convincimento che il diritto federale sia incompatibile con la Legge fondamentale, ovvero che il diritto del *Land* sia incompatibile con la Legge fondamentale o con altro diritto federale, dichiara la legge nulla».

La “defettibilità” di tale principio, tuttavia, s’affermò *in via di prassi* già a partire dalla seconda metà degli anni ’50 del secolo scorso (agli albori, dunque, dell’entrata in funzione dell’organo di giustizia costituzionale), per il tramite d’una controversa giurisprudenza che arrivò talora a declaratorie di *incompatibilità* che tuttavia si astenevano dal dichiarare contestualmente anche la *nullità* delle norme legislative in questione.

Questo filone giurisprudenziale – da ritenersi verosimilmente non soltanto *praeter*, ma addirittura *contra legem* – faticava ad essere ricondotto soltanto alla pur “generosa” norma di cui all’art. 35 *BVerfGG*, secondo il quale «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*». Infatti, la disciplina di «forme e modi» dell’esecuzione, così come l’indicazione dei soggetti chiamati a collaborare ad essa, se letta (sistematicamente) in combinato disposto col già citato art. 78, pareva potersi riferire soltanto alle modalità di realizzazione *fattuale* e *concreta* del dispositivo, la cui struttura e il

* Scritto sottoposto a *referee*.

cui contenuto *giuridico* tuttavia risultavano predeterminati già *astrattamente* dalla legge, non rientrando pertanto nella disponibilità del *Bundesverfassungsgericht*.

Il fondamento giuridico di tali pronunce, ai tempi pertanto non integralmente e tantomeno espressamente riconducibile al diritto positivo scritto, fu allora rinvenuto, o almeno addotto nelle argomentazioni dello stesso Tribunale, nel dovere d'evitare la "perversione degli effetti" che in taluni casi avrebbe potuto generare una pronuncia di nullità di una norma incostituzionale, finendo paradossalmente per provocare un *vulnus* costituzionale superiore a quello della (temporanea) permanenza in vigore della norma incostituzionale.

In questo senso si rilevò – qui con riferimento a materie coperte da riserva di legge, ma con argomentazione a valenza più generale e più volte ripresa in séguito – come «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, LF esige infatti l'esistenza di disposizioni legali sulla retribuzione» (1 BvR 1/52, 46/52, dell'11 giugno 1958).

Fu solo diversi anni dopo, con la quarta legge di modifica della Legge sul Tribunale costituzionale federale del 21 dicembre 1970, che il Legislatore, pur non disciplinandone né gli esatti presupposti (in particolar modo quelli che consentano di prevederne l'adozione in alternativa alla declaratoria di nullità), né le precise conseguenze giuridiche (la sorte delle leggi dichiarate non nulle, bensì meramente incompatibili col *Grundgesetz*), diede riconoscimento formale a detta tipologia di sentenze, sostanzialmente limitandosi a convalidare e "sanare" la prassi già invalsa.

Ciò avvenne attraverso la modifica di diverse disposizioni, a partire dall'art. 31, comma 2, dove si regolano i casi in cui la decisione del Tribunale ha forza di legge, fra cui rientrano anche quelli relativi al ricorso costituzionale diretto, e dove si allude alla possibilità per cui «il Tribunale costituzionale federale *dichiara una legge compatibile (vereinbar) o incompatibile (unvereinbar) con la Legge fondamentale, ovvero nulla (nichtig)*». La citazione delle sentenze di mera incompatibilità ricorre inoltre: al comma 2 dell'art. 31, che impone la pubblicazione del loro dispositivo nel Bollettino ufficiale federale; all'art. 79, dove si ammette la revisione *in bonam partem* di un giudicato penale fondato su una norma dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale (ma non nulla); o ancora dall'art. 93c, relativo al ricorso costituzionale diretto, che al comma 2 riserva a una specifica Sezione del Tribunale, insieme a quelle di nullità, anche le decisioni di mera incompatibilità.

Nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, le pronunce di mera incompatibilità sono particolarmente frequenti nelle materie dove, ferma restando l'accertata incompatibilità della normativa impugnata col disposto del *Grundgesetz*, ricorrano congiuntamente due requisiti: da una parte quello, già citato, del maggior danno conseguente dalla caducazione retroattiva della norma incostituzionale rispetto alla sua temporanea permanenza in vigore; dall'altra parte quello del riconoscimento, in capo al Legislatore, di un margine discrezionale di scelta rispetto alla disciplina giuridica (diversa da quella attuale, e) conforme a Costituzione, non essendo prospettabile una soluzione "a rime obbligate" e non potendo il Tribunale sostituirsi al Legislatore "in positivo". In queste ipotesi 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.

Proprio questa parrebbe la situazione generalmente tipica della materia tributaria e fiscale, in particolar modo quando – come nel caso delle due sentenze italiane citate in apertura – le relative norme di legge vengano a essere giudicate (incostituzionali) a lunga distanza di tempo dalla loro entrata in vigore, coinvolgendo una pluralità di esercizi di bilancio e, dunque, anche una programmazione economica ormai stratificatasi.

Paradigmatica del quadro d'insieme finora tracciato parrebbe, ai nostri fini, l'argomentazione offerta da un'ordinanza del 1992 [2 BvL 5/91, 2 BvL 8/91, 2 BvL 14/91, del 25 settembre 1992], inerente il c.d. *Existenzminimum*, dove si precisa espressamente come «*il Tribunale costituzionale federale accerta quale conseguenza della incostituzionalità la nullità della norma, non senza eccezione alcuna; esso ammette anche la mera dichiarazione di incostituzionalità (§§ 31, comma 2, 79 BVerfGG). Ciò è tra l'altro ritenuto necessario ove, a seguito della dichiarazione di nullità, si venisse a creare una situazione che fosse ancora più distante dall'ordinamento costituzionale rispetto a quella basata sulla disposizione ritenuta incostituzionale (cfr. BVerfGE 33, 303). Una mera dichiarazione di incompatibilità è inoltre indicata se il legislatore abbia varie possibilità per rimediare alla situazione incostituzionale*» (corsivi miei).

È quel che accade nel caso di specie, dove, secondo l'argomentazione della Corte costituzionale federale, la conseguenza dell'ipotetica sentenza di nullità – che, proprio come sta succedendo in Italia, avrebbe portato all'annullamento retroattivo delle cartelle esattoriali per i periodi impositivi oggetto dei ricorsi – «non è tuttavia indicata alla luce delle peculiarità del diritto fiscale e del bilancio e delle caratteristiche del caso».

Pertinenti al tema e non prive d'interesse paiono pure le specifiche motivazioni addotte per supportare questo giudizio, di cui qui si limita a riportare il nucleo: «*la considerazione per una affidabile progettazione finanziaria e di bilancio nonché di una rispettiva politica finanziaria e di bilancio non permettono una nuova regolamentazione retroattiva (cfr. BVerfGE 72, 330). L'imposta sul reddito serve quale onere sui redditi attuali periodicamente dovuto per fornire risorse finanziarie allo Stato per il rispettivo anno di bilancio. Come l'imposta sul reddito incide sul rispettivo reddito annuale del contribuente, così essa fornisce anche [...] risorse al bilancio pubblico per il rispettivo anno fiscale. Se si dovessero riaprire numerose pratiche fiscali per molti anni fiscali che fossero in parte da correggere, il volume del bilancio degli anni passati non potrebbe comunque essere nuovamente determinato in termini retroattivi, ma i contribuenti precedenti verrebbero sgravati a scapito dell'attuale bilancio dello Stato e dei futuri contribuenti. Il principio del diritto del bilancio relativo all'annuale compensazione di entrate e uscite verrebbe messo in discussione tramite l'onere sui bilanci attuali con pretese di rimborsi fiscali in misura straordinaria. Il finanziamento dello Stato verrebbe messo in pericolo; inoltre, la capacità di azione dello Stato verrebbe minacciata salvo che le tasse venissero aumentate temporaneamente in maniera considerevole*».

La situazione che ora si è sinteticamente riassunta, dal canto suo, non conduce comunque ad una sostanziale "impunità *pro tempore*" per le norme di legge impositive o fiscali che si rivelino poi incostituzionali, frustrando così in automatico il diritto del contribuente a non essere illegittimamente onerato da parte del legislatore per il periodo trascorso dall'entrata in vigore della legge sino all'accertamento della situazione di incostituzionalità. Il rilievo che, soprattutto in materia tributaria e per le ragioni già segnalate, il Tribunale costituzionale federale si astenga dal ricorrere a declaratorie di nullità dall'effetto retroattivo, infatti, non implica *de plano* la permanenza in vigore delle norme legislative dichiarate illegittime per il passato o addirittura fino al "séguito legislativo" della sentenza costituzionale.

Come regola generale, infatti, proprio a carico del legislatore è posto l'onere di provvedere a sanare *anche retroattivamente* la situazione di incostituzionalità da esso generata. Come ribadito ancora di recente dall'ordinanza del 7 maggio 2013 [2 BvR

909/06, 2 BvR 198/06, 2 BvR 288/07 (BVerfGE 133, 177)], «in linea di principio, l'obbligo del legislatore di creare una situazione giuridica conforme alla Costituzione si estende retroattivamente all'intero periodo inciso dalla dichiarazione di incompatibilità e comprende quantomeno tutte le decisioni non ancora passate in giudicato basate sulla norma incostituzionale (cfr. BVerfGE 87, 153 <178>; 99, 280 <298>; 107, 27 <58>)».

È sempre dalla medesima pronuncia, del resto, che si evince pure come tale regola soggiaccia talora a deroghe, laddove ad esempio l'adempimento dell'obbligo costituzionale per il legislatore di trovare un rimedio valido anche per il passato alla situazione di incostituzionalità creatasi possa entrare in conflitto con altri beni di rilievo "super-primario", a partire proprio da quelli del diritto costituzionale finanziario. Lo stesso *Bundesverfassungsgericht*, infatti, precisa come «sono tuttavia consentite, in particolare, alcune eccezioni al principio della retroattività nell'interesse di un'affidabile progettazione finanziaria e del bilancio in relazione alle norme rilevanti per la politica del bilancio (cfr. BVerfGE 93, 121 <148>; 105, 73 <134>; 117, 1 <70>; 125, 175 <258>)».

Non v'è dubbio che, stante questa dialettica tra regola ed eccezione, molto venga poi a dipendere dalla valutazione concreta relativa alle premesse ed alle implicazioni *davvero consustanziali* per una "affidabile progettazione" finanziaria e bilancistica e che, per lo meno in mancanza di un loro chiaro e rigoroso modello di concretizzazione, ciò possa comunque condurre a una casistica non del tutto prevedibile *a priori*. Dai passaggi ora evidenziati, tuttavia, parrebbe se non altro emergere un apprezzabile tentativo di conciliare le ragioni della discrezionalità legislativa con quelle del primato (giurisdizionalmente garantito) della Costituzione.

Se anche in questo frangente l'esperienza tedesca insegna qualcosa, del resto, è che in questo delicato frangente l'equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti non può essere raggiunto senza la collaborazione tra *tutti* gli attori istituzionali coinvolti. Sul fatto che d'ogni problema debba farsi giuridicamente carico la giustizia costituzionale – magari pure in contrasto con le sue regole procedurali, com'è inizialmente accaduto anche per la Corte di Karlsruhe – si possono certamente nutrire dubbi. Meno discutibile pare che con questi argomenti si debba quantomeno confrontare con serietà chiunque abbia a cuore le sorti del moderno Stato costituzionale, a partire auspicabilmente proprio dal suo legislatore democratico.

** Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Bologna