

2 SETTEMBRE 2015

Decidere sulla crisi: le Corti e
l’allocazione delle risorse in tempi di
“austerità”

di Bruno Brancati

Assegnista di ricerca presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa
Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali
presso l’Università di Pisa



Decidere sulla crisi: le Corti e l’allocazione delle risorse in tempi di “austerità”*

di Bruno Brancati

Assegnista di ricerca presso la Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa
Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali
presso l’Università di Pisa

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Le “aree di indeterminazione” della *governance* economica e la presunta crisi dell’ “integrazione attraverso il diritto”. **3.** Inappropriatezza della formula “*de-legalizzazione* della *governance* economica”. **4.** Il coinvolgimento delle corti nella crisi. **4.1** Il caso *Pringle* (CGUE, C-370/2012). **4.2** Il Tribunale costituzionale federale tedesco e la “protezione” del Parlamento: la sentenza del 12 settembre 2012 sull’ESM e sul *Fiscal Compact*. **4.3** Una “restrizione proporzionata” del principio democratico: la decisione della corte suprema estone sull’ESM. **4.4** L’attenuazione della severità dell’*austerity* in Portogallo: la sentenza n. 187/2013. **4.5.** Breve accenno ai possibili conflitti tra corti. **5.** I giudici costituzionali possono giudicare in tema di diritti sociali (e, più in generale, su questioni relative all’allocazione delle risorse)? Della “policentricità” e di altri problemi. **6.** La modulazione degli effetti temporali delle decisioni come tecnica per affrontare la policentricità di una questione. **6.1** La sentenza n. 353/2012 del Tribunale costituzionale portoghese. **6.2** La sentenza n. 10/2015 della Corte costituzionale italiana. **6.3** Alcune considerazioni di sintesi sul potere di modulare gli effetti temporali delle decisioni, anche alla luce delle criticità delle sentenze considerate. **7.** Conclusioni.

1. Premessa

In questo lavoro si vuole, innanzi tutto, verificare la fondatezza della tesi, affermata in un recente libro di Nicole Scicluna¹, secondo la quale le due grandi crisi che si sono abbattute sull’Unione

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism in Crisis*, London and New York, 2015.



europea nell'ultimo decennio (ovvero la crisi costituzionale e la crisi economica) avrebbero prodotto come conseguenza la messa in discussione del paradigma dell'*integration through law*² e la marginalizzazione delle corti nel processo integrativo. Si tratta di una tesi forte, che non pare condivisibile. In particolare, la conclusione relativa alla marginalizzazione delle corti pare smentita dai fatti, visto che proprio la crisi economica ha generato una grande quantità di questioni che sono state sottoposte alle decisioni di varie corti³. Una osservazione obiettiva della realtà delle cose fa pervenire alla constatazione che la crisi economica ha subito un processo di notevole giurisdizionalizzazione. Ovviamente, il solo dato quantitativo delle decisioni delle corti non è sufficiente per confutare la tesi della marginalizzazione. Pertanto, esaminando alcune decisioni di grande rilievo, si cercherà di dimostrare che il ruolo delle corti nella crisi economica non è affatto marginale. Preso atto del significativo coinvolgimento delle corti nella crisi, ci si chiederà se esse siano “ben attrezzate” per svolgere il loro compito. Esistono, infatti, alcuni argomenti classici che vengono utilizzati per sostenere che le corti dovrebbero evitare il più possibile di prendere decisioni afferenti all'allocazione delle risorse. In questo lavoro si considereranno due decisioni, tratte dal contesto della crisi, per verificare la capacità delle corti di affrontare questioni con implicazioni allocative.

Il lavoro è strutturato nel modo seguente: per prima cosa, si presenterà in maniera più diffusa la tesi di Scicluna, evidenziando che essa coglie alcune evoluzioni effettivamente in atto; nei paragrafi 3 e 4 si cercherà di contestare l'uso della formula “de-legalizzazione della *governance* economica” e la tesi della marginalizzazione delle corti; nel paragrafo 5, si richiameranno alcuni argomenti classici usati per contestare l'intervento delle corti su questioni relative ai diritti sociali (che hanno ripercussioni sulle allocazioni delle risorse), cercando di sostenere che non sono sufficienti per escludere l'attività decisoria delle corti; nel paragrafo 6 si considererà la tecnica della modulazione temporale degli effetti delle decisioni come strumento utile per affrontare questioni con implicazioni allocative; nel paragrafo 7 si proverà a formulare le conclusioni della ricerca.

² Il riferimento, ovviamente, va all'opera della *Integration through Law Scholarship* di Cappelletti, Seccombe e Weiler. Vedi M. CAPPELLETTI – M. SECCOMBE – J.H.H. WEILER (eds.), *Integration through Law, Europe and the American federal experience*, Berlino e New York, 1985.

³ Per esempio, in Portogallo si contano, fino al dicembre 2014, almeno 22 decisioni in cui è profondamente implicata la crisi. Vedi C. G. PICÓ (a cura di), *Portogallo*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, disponibile su www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014, p. 63.

2. Le “aree di indeterminazione” della *governance* economica e la presunta crisi dell’ “integrazione attraverso il diritto”

Per prima cosa, si cercherà di concentrare l’attenzione sulle tesi di Scicluna.

L’A. ricostruisce il percorso dell’*integration through law* (e, soprattutto, *through judge-made law*), mettendo in luce l’indiscusso ruolo trainante della Corte di Giustizia⁴. Questa si è impegnata (con successo) nello sforzo di creare una via alternativa alla legittimazione tramite l’argomento “*we the people*”; tale alternativa è stata fondata sul diritto e i diritti⁵. Si tratta di una strategia di legittimazione sbilanciata marcatamente sugli *output* (inclusi i diritti), piuttosto che sugli *input* democratici. Scicluna avanza l’ipotesi che il processo sia entrato in crisi perché l’espansione esponenziale dell’estensione e della penetrazione del diritto sovranazionale avrebbe reso il peso delle decisioni spettanti alle istituzioni dell’Unione insostenibile per il supporto di legittimazione che sorregge l’Unione. Per questo, l’A. dice che bisogna chiedersi «*whether constitutionalisation has been too successful*»⁶. Una linea di frattura molto delicata è quella che si pone tra gli strumenti dell’integrazione economica, collocati sul piano del diritto sovranazionale, e i principi in materia sociale e lavoristica delle costituzioni nazionali. La separazione netta di un tempo tra queste due grandi sfere ha ceduto il passo ad una situazione più fluida in cui il diritto sovranazionale mette in discussione le conquiste e le acquisizioni del *welfare state*⁷. Secondo l’A., una conseguenza della crisi dell’*Integration through Law* è la produzione di processi di politicizzazione accelerata. In effetti, si deve constatare che la reazione alla crisi economica ha visto l’emersione di meccanismi e processi decisionali in cui il tasso di politicizzazione è alquanto elevato. Infatti, si può notare che

⁴ «*Judicially driven constitutionalisation established a coherent, effective, and largely supreme legal framework for the European Union*» (N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., p. 31).

⁵ Cfr. *ibidem*. «*The EU’s legitimacy, in the Court’s conception, was based on its constitutional legality. It flowed from the idea of Europe as a legal community bound together by common laws, institutions and a post-war commitment to peace, prosperity and human rights*». In particolare, la Corte di Giustizia ha riposto grande enfasi sui diritti individuali, anche in virtù del principio degli effetti diretti: «*accordingly, the absence of a collective demos became less problematic*» (N. SCICLUNA, *op. cit.*, p. 32). Sulla funzione interpretativa della Corte di Giustizia, si rimanda all’opera di G. MARTINICO, *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009. Come ricorda Martinico, la funzione di unificazione e costituzionalizzazione svolta dalla Corte di Giustizia non soltanto si è avvalsa della collaborazione dei giudici nazionali (comuni), ma è stata anche accompagnata, in una prima fase, da un altro fenomeno: «il tentativo delle Corti costituzionali di conservarsi una nicchia di competenza autonoma (di non considerarsi in alcun modo “organi di diritto comunitario”)» (G. MARTINICO, *op. cit.*, pp. 136-137). Questo atteggiamento delle corti costituzionali ha comportato «una sorta di “disaffezione” nei loro confronti da parte dei giudici comuni nazionali che vedono, nelle questioni riguardanti (e sempre più numerose) il rapporto fra gli ordinamenti, nella CGCE il loro “giudice costituzionale”» (G. MARTINICO, *op. ult. cit.*, p. 137). Oggi, questo scenario è significativamente mutato, data l’apertura di diversi giudici costituzionali al meccanismo del rinvio pregiudiziale.

⁶ N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., p. 32.

⁷ «*This, in turn, feeds perceptions of EU law and EU decision making as an illegitimate imposition*» (*ibidem*).



gli organi a cui è attribuito il potere di attuare la *governance* economica e finanziaria⁸ godono di un significativo tasso di discrezionalità, che consente l'ingresso di valutazioni politiche nell'ambito dei vari meccanismi previsti. Come è stato osservato⁹, questo aspetto è solitamente oscurato dalla presenza, all'interno delle discipline fondamentali della *governance*, di parametri numerici che gli Stati membri devono rispettare, e che veicolano l'immagine di una "gabbia" rigida e stretta. In realtà, gli innegabili elementi di rigidità che innervano le normative appena descritte sono bilanciati da altri elementi che aprono spazi di flessibilità, allorché la disciplina debba essere applicata. Innanzi tutto, si può notare che le misure adottate nell'ambito delle procedure hanno una natura non definita. Non sono fissati dei limiti relativamente al contenuto di ciò che può essere richiesto. Anche la procedura per l'irrogazione di sanzioni non è soggetta a molti limiti. Le azioni richieste potrebbero essere rivedute, e le inosservanze non sanzionate. Inoltre, non sarebbe ben chiaro se un inadempimento relativamente circoscritto di una raccomandazione possa giustificare comunque l'apertura di una procedura sanzionatoria, o se piuttosto vi sia una soglia di tolleranza. Non sarebbe chiaro nemmeno se esista l'obbligo per le istituzioni dell'Unione di trattare casi analoghi in modo analogo¹⁰. Aree di indeterminazione si annidano anche all'interno di alcune nozioni fondamentali della disciplina della *governance*. Per esempio, con riferimento alla procedura relativa all'equilibrio di bilancio, si ricorda che gli Stati possono incorrere in sanzioni se si riscontra una deviazione significativa dal percorso di avvicinamento all'obiettivo di medio termine. Ebbene, Non esiste una definizione di "deviazione significativa"; è vero che vengono forniti degli indicatori numerici, ma è anche vero che le istituzioni dell'Unione godono di un

⁸ Nell'ambito della *governance* economica e finanziaria, si possono individuare tre regimi fondamentali, volti, rispettivamente, a: assicurare bilanci in equilibrio; evitare disavanzi eccessivi; evitare e correggere squilibri macroeconomici. Vedi D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, settembre 2012, p. 677.

⁹ Per esempio, Tosato osserva che gli elementi di rigidità (come i limiti per il disavanzo, il debito e l'obiettivo di medio termine rispettivamente del 3%, 60% e 0,5% - o 1% per gli Stati non euro - del Pil; gli aggiustamenti minimi annuali dello 0,5% del Pil per il rientro verso i limiti del disavanzo e dell'obiettivo di medio termine; la riduzione ogni anno di 1/20 della quota del debito eccedente il 60%, lo scostamento dello 0,5% del Pil per definire le deviazioni significative in materia di obiettivo di medio termine e di spesa pubblica; la sanzione dello 0,2% del Pil per i depositi fruttiferi o infruttiferi e per le ammende) sono «oggetto di maggiore sottolineatura e valutazioni critiche» (G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, Relazione tenuta nell'ambito del seminario "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, disponibile su www.cortecostituzionale.it, p. 8).

¹⁰ Vedi D. CHALMERS, *The European Redistributive State*, cit., pp. 682-684. Con riguardo alla "parità di trattamento" tra Stati, Chalmers ricorda che «when sanctions were applied against Hungary under the excessive deficit procedure, a number of governments, notably Belgium and Austria, raised issues of arbitrariness and equal treatment, complaining that Spain, whose deficit was in an equally parlous state, was not treated in the same way».

marginale di discrezionalità notevole nell'ambito di questa procedura¹¹. La stessa nozione di obiettivo di medio termine apre spazi di discrezionalità nella valutazione, in quanto esso concerne il disavanzo strutturale e, pertanto, la valutazione va “depurata” degli effetti negativi del ciclo; inoltre, il percorso di convergenza verso la soglia dello 0,5% (1% per gli Stati non euro) tiene conto dei problemi di sostenibilità degli Stati membri e della possibilità che intervengano circostanze eccezionali¹². E si potrebbe continuare ad individuare altre nozioni indeterminate¹³... Altri elementi di forte politicizzazione sono presenti nel sistema configurato dal Trattato ESM: basti ricordare che il *Memorandum of Understanding*¹⁴ è il frutto di una negoziazione tra la Commissione (di concerto con la BCE e il FMI) e lo Stato membro interessato.

3. Inappropriatezza della formula “*de-legalizzazione della governance economica*”

Preso atto che Scicluna coglie un dato effettivo quando fa riferimento ad un incremento delle dinamiche di politicizzazione nel processo di integrazione, occorre comunque non giungere a conclusioni affrettate, come quella per cui il regime al quale sono soggetti i meccanismi di funzionamento della *governance* economica e finanziaria sarebbe sostanzialmente “a-legale” (o “a-giuridico”)¹⁵. Se per “a-legale” o “a-giuridico” si intende qualcosa che non è contemplato dal diritto, per confutare l'ultima affermazione è sufficiente ricordare che i vari aspetti della *governance* economica e finanziaria (dall'equilibrio dei bilanci, ai disavanzi eccessivi e agli squilibri macroeconomici, alle forme di assistenza finanziaria) sono comunque disciplinati all'interno di

¹¹ D. CHALMERS, *op. cit.*, p. 684.

¹² Vedi G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012*, cit., p. 9. L'A. mette in luce pure l'“oscillazione pendolare” tra rigidità e discrezionalità nell'evoluzione storica della disciplina, notando una certa rigidità nel Patto di Stabilità e Crescita del 1997, un'inversione di tendenza nella prima modifica del Patto nel 2005, ed un ritorno ad una maggiore rigidità con il *Six Pack*, il *Fiscal Compact* ed il *Two Pack* (vedi G. L. TOSATO, *op. cit.*, pp. 9-10).

¹³ Come nota Chalmers, «*the notion of the structural deficit, the trigger under the balanced budget procedure, involves an estimate of where the State is on the economic cycle and how its revenue and expenditure should be performing at that stage in the cycle. Its methodology is controversial, and thus assessments can vary significantly. This is also the case with the notion of “imbalance”, whose constancy is further undermined by both country specific circumstances being required to be taken into account and the lack of clarity as to when a situation is sufficiently serious to warrant the imbalance being declared excessive. If the excessive deficit requirements seem clear, uncertainty is embedded even there. Significant headings of expenditure are discounted from calculations where the State deficit is close to 3%. Furthermore, a deficit is not excessive if it is close to 3% and declining substantially and continuously. [...] In a parallel manner, a government debt of more than 60% of GDP is not excessive if it is sufficiently diminishing and approaching this figure at a satisfactory pace*» (D. CHALMERS, *The European Redistributive State*, cit., p. 683).

¹⁴ Nel *Memorandum* vengono stabilite le condizionalità per la concessione dell'assistenza finanziaria, commisurate alla gravità delle carenze da affrontare e allo strumento di assistenza finanziaria scelto.

¹⁵ In particolare, Chalmers parla di “*a-legality*” del *Fiscal Compact*: «*legal constraints on the parties barely figure allowing a zone of political discretion that is remarkable unconstrained*» (D. CHALMERS, *The European Redistributive State*, cit., p. 682).



strumenti che – pur ricevendo varia qualificazione¹⁶ - sono indubbiamente giuridici. Pertanto, se è vero che il processo di integrazione vede un innalzamento del tasso di politicità, d'altro canto non è affatto scontata la conclusione di una battuta d'arresto della funzione integratrice del diritto.

Scicluna sostiene che le due grandi crisi che hanno investito l'Unione europea nell'ultimo decennio (quella costituzionale e quella economica) hanno prodotto un'accelerazione nei processi di politicizzazione, ai quali non si è accompagnato, però, un processo di democratizzazione. L'A. parla di una nuova *governance* economica “*de-legalised*” ma non “*re-democratised*”¹⁷. Si ponga attenzione alla prima delle due qualificazioni: “de-legalizzata”, o “de-giuridicizzata”. Questa espressione non pare appropriata, o comunque pare ambigua, in quanto non precisamente definita. L'A., infatti, quando individua gli strumenti messi in campo per affrontare la crisi, deduce che la crisi sta riconfigurando il costituzionalismo dell'Unione in modo tale da minare il suo carattere sovranazionale, e che sta emergendo un ordine giuridico dell'Unione più flessibile, meno democratico e internazionalizzato, in cui i principali *decision makers* sono gli esecutivi degli Stati membri¹⁸. Tutte queste conclusioni – nel merito delle quali adesso non si entra – non giustificano l'affermazione per cui la *governance* sarebbe de-legalizzata. Infatti, la stessa Scicluna, dicendo che l' “ordinamento giuridico” dell'UE starebbe diventando meno democratico e internazionalizzato¹⁹, riconosce necessariamente la persistenza di un ordinamento giuridico (“*legal order*”). Anche se si può riconoscere che le risposte alla inquietante situazione greca, concordate nel maggio 2010 dai Capi di Stato e di governo dell'area euro, bypassavano il quadro giuridico dell'Unione, tuttavia bisogna ricordare che in una riunione straordinaria Ecofin²⁰, tenutasi il 9 e 10 maggio 2010, sono stati pensati due meccanismi per istituzionalizzare e formalizzare l'impianto dell'assistenza finanziaria. Il primo meccanismo, il cosiddetto EFSM²¹, è stato istituito con una fonte tipizzata del diritto UE²², ed il suo fondamento è stato rinvenuto nell'art. 122, par. 2, TFUE, che così recita: «Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente

¹⁶ In alcuni casi si tratta di fonti del diritto UE. In altri (in particolare, il *Fiscal Compact* e il Trattato EMS) si tratta di trattati internazionali che non sono propriamente inseriti nel quadro ordinamentale UE, pur avendo con esso indiscutibili e profondi legami.

¹⁷ N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., 123.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Si deve ricordare, inoltre, che anche in passato gli Stati membri hanno utilizzato il diritto internazionale al fine dell'integrazione. Vedi B. DE WITTE, *Using International Law in the Euro Crisis Causes and Consequences*, *ARENA Working Paper*, 4/2013, disponibile su, <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2013/wp4-13.pdf>, p. 2.

²⁰ Consiglio degli Affari economici e finanziari.

²¹ *European Financial Stabilisation Mechanism*.

²² Regolamento del Consiglio n. 407/2010.



minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa». Il secondo strumento, atto a coordinare prestiti e garanzie, è l'EFSF²³, istituito con un accordo dei rappresentanti degli Stati dell'area euro non inquadrabile nell'ambito del diritto UE: non per questo lo strumento può dirsi non giuridico. Successivamente, gli Stati dell'area euro hanno voluto creare un meccanismo permanente, sulla base di un emendamento ai trattati (in particolare, all'art. 136 TFUE): si tratta dell'ESM²⁴, istituito con un Trattato internazionale. Scicluna ricorda alcune delle perplessità che sono state sollevate in relazione a questi strumenti, sulla scorta delle previsioni contenute agli artt. 125, par. 1 e 122, par. 2 del TFUE. Quest'ultimo è stato già richiamato. Il primo così recita: «L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche di un altro Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico». Come ricorda Scicluna, i meccanismi di stabilità sono stati oggetto di controversia, in quanto è stata messa in discussione la loro compatibilità con tali previsioni²⁵. Com'è noto, nel caso *Pringle* (CGUE, C-370/2012), la Corte di Giustizia ha affermato che l'emendamento all'art. 136 TFUE non fa che confermare un potere già detenuto dagli Stati e che, pertanto, la ratifica da parte di uno Stato

²³ *European Financial Stability Facility*.

²⁴ *European Stability Mechanism*.

²⁵ L'art. 125, par. 1, TFUE è stato interpretato da taluno come un divieto di assunzione di responsabilità anche volontaria, mentre secondo altri significherebbe soltanto che l'Unione e gli Stati membri non possono essere obbligati ad assumere i debiti di altri Stati membri. Per Scicluna, «*this reasoning is contrary to the rationale behind Article 125, which was about using the discipline of financial markets to force member states to live within their means*» (N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., p. 125). Per quanto concerne l'art. 122, par. 2, TFUE, si è discusso del significato dell'espressione "circostanze eccezionali che sfuggono al controllo dello Stato membro": per alcuni, proprio perché gli Stati bisognosi di assistenza avevano contribuito a causare le loro avversità con un cattivo governo dell'economia ed una mediocre capacità decisionale, non è possibile affermare che le circostanze fossero al di là del loro controllo; per altri, la situazione greca era così grave e le potenzialità di diffusione della crisi erano così minacciose, che si poteva parlare appropriatamente di circostanze eccezionali che sfuggono al controllo dello Stato (N. SCICLUNA, *op. cit.*, pp. 125-126).

membro del Trattato ESM non era condizionata dalla preventiva entrata in vigore dell'emendamento. Scicluna critica questa decisione, sia da un punto di vista tecnico (dato che l'interpretazione adottata dalla Corte rende superfluo l'emendamento all'art. 136 TFUE), sia, soprattutto, perché sancisce il protagonismo del diritto internazionale – a discapito del diritto UE – nella gestione della crisi, con conseguente preponderanza degli esecutivi e – sempre secondo Scicluna – aggravamento del *deficit* democratico²⁶. Pertanto – riassumendo – le critiche sin qui considerate nei confronti delle misure di risposta alla crisi attengono, da un lato, alla legittimità/validità delle stesse ai sensi del diritto primario dell'UE, dall'altro, e in modo più profondo, sono ricondotte ad una riflessione sulla crisi del “costituzionalismo” dell'UE. Tutte queste critiche – nel merito delle quali, come si è detto, non si vuole entrare in questo momento – sono supportate senz'altro da argomenti seri che non possono essere trascurati, ma in nessun caso – pare – giustificano l'uso del termine “*de-legalisation*”. In riferimento al secondo tipo di critiche, sarebbe stato giustificato l'uso del termine de-costituzionalizzazione (“*de-constitutionalisation*”). In relazione al primo, i termini appropriati e tecnici per mettere sotto accusa il diritto della crisi sembrano, piuttosto, “invalido”, “illegittimo” (“*invalid*”, “*illegitimate*”), ma non “*de-legalised*”, che pare alludere ad una fuoriuscita degli strumenti di gestione della crisi da una qualsiasi forma di regolazione giuridica. Scicluna, del resto, avverte la necessità di precisare l'accezione con cui usa il termine “*de-legalisation*”: «*this is not to say that the instruments of the new economic governance are not legally codified, but that they lack the formal legitimacy of the constitutional order they bypass and that this lacuna is not made up for by other forms of democratic accountability*»²⁷. In questa sede, si è voluto semplicemente contestare l'uso di un termine che non pare appropriato al significato che gli viene attribuito.

4. Il coinvolgimento delle corti nella crisi

Scicluna sostiene che nell'ambito dell' “*euro crisis*” le corti abbiano subito un processo di marginalizzazione²⁸. L'A. afferma: «*courts – slow, process-driven and dependent on legal norms – are not*

²⁶ «*In other words, when confronted with a state of exception, the EU appears less like a sui generis, post-state entity and more like a traditional international organisation, which is dominated by executive actors. In this way, the crisis is reinforcing the first claim of the standard democratic deficit described by Follesdal and Hix [...] – the preponderance of executive powers at the European level*» (N. SCICLUNA, *op. ult. cit.*, p. 127).

²⁷ N. SCICLUNA, *op. ult. cit.*, pp. 5-6.

²⁸ «*[...]the ECJ's influence as an instigator and driver of European integration has waned. This trend is partly crisis-induced. The need for quick, effective action privileges executive authority, while more ponderous and cumbersome institutions, such as courts and parliaments, are marginalised*» (N. SCICLUNA, *op. ult. cit.*, p. 7). Dunque, per l'A. non solo le corti, ma anche i parlamenti sarebbero marginalizzati a causa della crisi. L'opinione è alquanto diffusa. Per esempio, per Dawson e de Witte, «*in addition to the absence of a forum for the articulation*

*capable of deciding on the exceptions*²⁹. Dunque, lentezza, processualità e soggezione al diritto sono i fattori limitanti che impedirebbero alle corti di prendere decisioni in situazioni “eccezionali”, quale senz’altro è la grave crisi economica che affligge l’Europa³⁰. L’A. si concentra, innanzi tutto, sulla Corte di Giustizia. L’esigenza di flessibilità e decisionismo avrebbe emarginato anche i meccanismi legislativi dell’Unione, caratterizzati da processi lenti di consultazione e negoziato istituzionale tra Commissione, Consiglio e Parlamento, e avrebbe indotto a bypassarli, con la conseguenza di aggirare anche la giurisdizione della Corte di Lussemburgo³¹. Proprio su uno strumento estraneo alla produzione legislativa dell’UE (il Trattato ESM) verte la decisione della

of the citizens’ voice, and of any mediation between divers policy alternatives on the European level, the austerity drive, in particular through the obligations provided for under the Euroean Semester, also sidelines national parliaments from the budgetary control that constitutes their most traditional and symbolic prerogative» (M. DAWSON – F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in *The Modern Law Review*, 2013, p. 827). La crisi economica avrebbe indotto una serie di alterazioni del “*constitutional balance*” dell’Unione. A livello istituzionale, una significativa alterazione concerne il passaggio di poteri verso gli esecutivi nazionali, nonché un notevole rafforzamento del Consiglio europeo (M. DAWSON – F. DE WITTE, *op. cit.*, p. 830). Inoltre, il passaggio di poteri verso gli esecutivi sarebbe esacerbato dalla simultanea diminuzione di poteri in capo al Parlamento europeo e ai Parlamenti nazionali (M. DAWSON – F. DE WITTE, *op. ult. cit.*, p. 832). Questa conclusione deve essere discussa. Come ha osservato Martinico, per aspirare a cogliere il quadro dei rapporti tra poteri nella sua globalità, occorre considerare altri contributi dottrinali che si sono concentrati sulle trasformazioni in atto a livello nazionale: «*the attention at hte State-level will offer counter-intuitive arguments*» (G. MARTINICO, *EU Crisis and Constitutional Mutations: A Review Article*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2014, p. 262). «*Going to the impact of the supranational measures on the constitutional structures of Member States, authors like Lupo, Fasone and Griglio have noticed that the role of national Parliaments has not resulted necessarily diminished. This is a “counter-intuitive” conclusion, since one could think that the intergovernmental nature of the last developments in this ambit result in affecting the centrality of national Parliaments*» (G. MARTINICO, *op. cit.*, p. 263). È stato recentemente sottolineato che, dopo una prima fase in cui sono stati senza dubbio prevalenti i circuiti intergovernativi, i parlamenti stanno gradualmente riguadagnando il loro ruolo. Con il *six-pack* e il *two-pack*, essi hanno guadagnato nuovi poteri, in termini di esame e supervisione. Comunque, viene ricordata anche l’esistenza di asimmetrie tra parlamenti, dipendenti dalle diversità degli assetti costituzionali degli Stati (Vedi C. FASONE, *Taking budgetary powers away from national parliaments? On parliamentary prerogatives in the Eurozone crisis*, *EUI Law Working Paper*, in corso di pubblicazione).

²⁹ N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., p. 134.

³⁰ Scicluna riporta anche una opinione espressa dal Presidente del Tribunale costituzionale federale tedesco alla vigilia della decisione sull’ESM e sul *Fiscal Compact*, da cui si ricava l’impostazione – si potrebbe dire l’*habitus* mentale – del processo decisionale tipica di un giudice costituzionale: «*Court President Andreas Voßkuhle lamented the pace and frenzy of politics, claiming that it needed “more moments of deceleration, [...] phases of reflection, in order to contemplate fundamental decisions”*» (N. SCICLUNA, *op. cit.*, p. 134). Dal punto di vista di un giudice costituzionale, una buona decisione richiede momenti di decelerazione e fasi di riflessione: è più importante che la decisione sia meditata e ponderata, piuttosto che tempestiva.

³¹N. SCICLUNA, *op. ult. cit.*, p. 133. Nel caso *Pringle* si è posta la questione sull’esistenza o meno della giurisdizione della Corte di Giustizia sull’interpretazione delle previsioni del Trattato ESM, un trattato internazionale di cui non è parte l’UE. La Corte di Giustizia ha aggirato la questione senza offrire una risposta chiara e diretta, ma limitandosi a dire che la domanda effettiva a cui doveva rispondere era quella sulla compatibilità del diritto UE con un meccanismo di stabilità creato dagli Stati la cui moneta è l’euro. Pertanto, la Corte poteva limitarsi a interpretare le previsioni del TUE e del TFUE. La questione della giurisdizione della Corte sul Trattato ESM rimane aperta (N. SCICLUNA, *op. ult. cit.*, p. 134).

Corte di Giustizia che viene considerata da Scicluna come emblematica della trasformazione del ruolo della Corte: la sentenza *Pringle*³². Per Scicluna, con questa decisione il meccanismo di stabilità ha ricevuto – a distanza, tra l’altro, di due mesi dall’entrata in funzione del fondo di *bailout* - un *endorsement* dalla Corte di Giustizia. Quest’ultima non avrebbe potuto fare altro che avallare il nuovo strumento e l’operazione che ha condotto ad esso. La Corte di Giustizia, dunque, non sarebbe stata nelle condizioni di assumere un ruolo incisivo³³. L’A. ritiene che anche dalla decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco³⁴ del settembre 2012 sulla costituzionalità dell’ESM e del *Fiscal Compact* si possa ricavare la conclusione di una accondiscendenza delle corti nei confronti della politica e degli esecutivi³⁵. E pure quando le corti hanno esercitato la loro autorità in maniera contraria agli “imperativi della crisi”, non sarebbe chiara – sempre secondo Scicluna – l’influenza delle decisioni sulle politiche. Il 5 aprile 2013, il Tribunale costituzionale portoghese ha dichiarato incostituzionali diverse misure di austerità - adottate per raggiungere gli obiettivi negoziati con la *Troika* - incluse nel bilancio per il 2013. L’A. riporta una dichiarazione della Commissione europea dalla quale si evince la volontà di non modificare la propria linea³⁶, e conclude: «*Its statement was remarkable for its willingness to interfere in a domestic matter and for its treatment of the Constitutional Court’s verdict as a hindrance that could not be allowed to cause deviation from Portugal’s troika-approved path. The Commission did not criticise the Court’s verdict so much as it disregarded it, essentially reaffirming the primacy of emergency measures over law*»³⁷.

Le conclusioni cui giunge l’A. devono essere discusse, facendo alcune precisazioni e distinzioni.

³² La decisione (CGUE, C-370/2012) nasce da un rinvio pregiudiziale della corte suprema irlandese, con cui venivano poste tre questioni: 1) alla luce dell’uso della procedura di revisione semplificata e della possibilità della violazione del diritto UE da parte del contenuto dell’emendamento, è valida la decisione del Consiglio europeo 2011/199, con cui era emendato l’art. 136 TFUE per permettere la creazione di un meccanismo di stabilità dell’area euro? 2) è consentito ad uno stato dell’area euro far parte di un accordo internazionale come il Trattato ESM, avuto riguardo al diritto UE? Se la decisione 2011/199 fosse valida, il diritto di uno Stato membro di ratificare il Trattato ESM sarebbe soggetto alla preventiva entrata in vigore dell’emendamento all’art. 136 TFUE? Le risposte della Corte alle tre questioni sono state, rispettivamente, sì, sì e no.

³³ «*The Pringle decision suggests not that the ECJ has abdicated its privileged status, but that it has been deposed*» (N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., p. 134).

³⁴ Tra l’altro, nella parte ricostruttiva del suo lavoro, l’A. si sofferma solo sul Tribunale costituzionale federale tedesco, senza considerare altre corti.

³⁵ «*At any rate, the Court’s eventual delivery of another “yes, but...” verdict continued the pattern of law’s deference to politics and courts’ deference to executive sovereign authority in matters of crisis resolution*» (N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., p. 135).

³⁶ «*Any departure from the programme’s objectives, or their re-negotiation, would in fact neutralise the efforts already made and achieved by the Portuguese citizens, namely the growing investor confidence in Portugal, and prolong the difficulties from the adjustment...The Commission reiterates that a strong consensus around the programme will contribute to its successful implementation. In this respect, it is essential that Portugal’s key political institutions are united in their support*» (Commissione europea, 7 aprile 2013).

³⁷ N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., p. 135.

4.1 Il caso *Pringle* (CGUE, C-370/2012)

Innanzitutto, l'A considera il caso *Pringle*³⁸ come caso emblematico della trasformazione della Corte di Giustizia. Bisogna ricordare, a questo proposito, che la Corte di Giustizia raramente si è occupata di questioni concernenti l'Unione economica e monetaria³⁹. Pertanto, il fatto che negli anni della crisi si registri una sorta di scarsa incisività della Corte di Giustizia non può condurre alla conclusione di una marginalizzazione della stessa rispetto al diritto UE in generale, ma, tutt'al più, a considerare confermato uno *status quo* già esistente. Inoltre, qualora si ravvisassero elementi (anche potenziali) di coinvolgimento della giurisdizione della Corte, probabilmente andrebbero salutati come novità da non sottovalutare, data la tradizionale estraneità di questo giudice all'ambito di cui ci si sta occupando. In verità, alcuni fattori di novità ci sono, e hanno spinto taluno, in dottrina, a prefigurare un futuro in cui vi sarà una maggiore giurisdizionalizzazione delle questioni economiche a livello europeo⁴⁰. Negli strumenti internazionalistici adottati per affrontare diversi aspetti della crisi (i Trattati ESM e *Fiscal Compact*) la Corte di Lussemburgo è contemplata e coinvolta. L'art. 37 del Trattato ESM prevede la competenza⁴¹ della Corte di giustizia a conoscere delle controversie aventi ad oggetto le decisioni del Consiglio dei governatori concernenti l'interpretazione e l'applicazione di detto Trattato e la compatibilità con esso delle decisioni adottate dall'ESM. Il Trattato *Fiscal Compact* assegna alla Corte, con l'art. 8⁴², un ruolo che, almeno astrattamente, non è affatto banale. Infatti, una o più parti contraenti del Trattato, sia sulla scorta delle conclusioni della Commissione europea, sia indipendentemente da queste, possono chiedere alla Corte di Giustizia di verificare il rispetto dell'art. 3, par. 2, del

³⁸ CGUE, seduta plenaria, 27 novembre 2012, C- 370/12, disponibile su curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=130381&doclang=IT.

³⁹ Sui limiti della giurisdizione della Corte di Giustizia nella *governance* economica, vedi G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012*, cit., pp. 13-14. Alla luce di questi limiti, l'A. afferma che «i meccanismi di garanzia dei Paesi membri possono effettivamente integrare quelli dell'Unione».

⁴⁰ V. O. PORCHIA, *Il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella governance economica europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, fasc. 3, 2013. L'A. invita a considerare che le origini di un tale processo di giurisdizionalizzazione sono collocate in un passato non più recentissimo. In particolare, indica come prima tappa di tale processo la sentenza del 13 luglio 2004 (2), nella quale la Corte di giustizia si è pronunciata sul ricorso presentato dalla Commissione per l'annullamento delle decisioni del 25 novembre 2003 del Consiglio di non adottare nei confronti di Francia e Germania i provvedimenti formali raccomandati dalla Commissione ai sensi dei paragrafi 8 e 9 dell'art. 104 TCE (ora 126 TFUE) e delle contestuali conclusioni contenenti valutazione delle misure prese dai due Stati nel quadro della procedura per disavanzi eccessivi.

⁴¹ Ai sensi del considerando 16 del Trattato, il fondamento di tale competenza viene ravvisato nell'art. 273 TFUE.

⁴² Anche in questo caso, il fondamento della competenza è ravvisato nell'art. 273 TFUE.



Trattato⁴³. Quest'ultimo, com'è noto, stabilisce che le regole in tema di bilancio, poste dall'art. 3, par. 1 del Trattato, «producono effetti nel diritto nazionale delle parti contraenti al più tardi un anno dopo l'entrata in vigore del presente trattato tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio». Ebbene, la Corte di Giustizia potrebbe svolgere il ruolo assegnato in modo “notarile”, cioè limitandosi a prendere atto, da un punto di vista formale, dell'introduzione o meno negli ordinamenti nazionali di previsioni che rispecchiano le regole fissate nell'art. 3, par. 2 *Fiscal Compact*. Non è escluso, però, che essa interpreti il proprio ruolo in maniera più impegnativa e penetrante, valutando non solo la mera introduzione di determinate regole, ma anche le modalità con cui vengono interpretate, attuate e seguite, al fine di stabilire se siano sostanzialmente rispettate oppure aggirate. Evidentemente, un compito di tal genere impegnerebbe molto di più la Corte di Giustizia, richiedendole di esercitare un magistero interpretativo sulla normativa di bilancio assai delicato (almeno per tre ordini di ragioni: la necessità di operare bilanciamenti con altre “istanze”, come i diritti sociali; dall'altro; il rischio di politicizzazione; il rischio di doversi pronunciare su questioni tecniche senza avere la necessaria *expertise* economica). Non mancano – pare – neanche gli argomenti testuali per sostenere la possibilità di interpretare in modo più impegnativo e penetrante il ruolo della Corte. Come si è detto, l'art. 3, par. 2 parla di disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale, ma anche di disposizioni il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio. Dunque, il trattato contempla la possibilità alternativa⁴⁴ di recepire le regole di cui all'art. 3, par. 1 attraverso altre modalità in grado di garantire rigorosamente il loro rispetto fedele lungo tutto il processo nazionale di bilancio. Questa precisazione, forse, può considerarsi come una spia del fatto che l'interesse delle parti contraenti non sia tanto quello di verificare formalmente il recepimento di certe regole, ma piuttosto il “rispetto fedele” delle stesse. Dovendo la Corte pronunciarsi

⁴³ La sentenza della Corte è vincolante per le parti del procedimento (art. 8, par. 1, *Fiscal Compact*). Ai sensi dell'art. 8, par. 2, «La parte contraente che, sulla base della propria valutazione o della valutazione della Commissione europea, ritenga che un'altra parte contraente non abbia preso i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia di cui al paragrafo 1 comporta può adire la Corte di giustizia e chiedere l'imposizione di sanzioni finanziarie secondo i criteri stabiliti dalla Commissione europea nel quadro dell'articolo 260 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. La Corte di giustizia, qualora constati che la parte contraente interessata non si è conformata alla sua sentenza, può comminarle il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità adeguata alle circostanze e non superiore allo 0,1% del suo prodotto interno lordo. Le somme imposte a una parte contraente la cui moneta è l'euro sono versate al meccanismo europeo di stabilità. In altri casi, i pagamenti sono versati al bilancio generale dell'Unione europea».

⁴⁴ Da notarsi la disgiuntiva “o” e l'espressione “in altro modo”.



sull'introduzione di disposizioni il cui rispetto fedele sia rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio, è verosimile che essa debba anche pronunciarsi sul significato di un tale "rispetto fedele" e sulla portata di una tale "rigorosa garanzia". Infine, per concludere le considerazioni sulla Corte di Giustizia, si sottolinea che nella sentenza *Pringle*, in cui senz'altro si può notare una certa deferenza nei confronti di una iniziativa assai peculiare degli Stati volta a fronteggiare la crisi, la Corte ha anche sfruttato l'occasione per esaltare il suo ruolo di controllore della validità di un emendamento al TFUE secondo la procedura di revisione semplificata⁴⁵.

4.2 Il Tribunale costituzionale federale tedesco e la "protezione" del Parlamento: la sentenza del 12 settembre 2012 sull'ESM e sul *Fiscal Compact*

Se in relazione alla Corte di Giustizia bisogna prendere atto di una tradizionale e risalente esclusione dagli affari economici e monetari, ma occorre anche segnalare alcune elementi innovativi che possono far prefigurare un mutamento dello *status quo*, nel senso di un suo maggior coinvolgimento, sembra difficile negare un coinvolgimento significativo sui temi della crisi delle corti nazionali. Un tale *trend* di coinvolgimento giudiziale è già stato messo in luce dalla dottrina⁴⁶. Nel panorama delle corti che si sono pronunciate sui temi della crisi, probabilmente un ruolo da protagonista è stato svolto dal Tribunale costituzionale federale tedesco, la cui giurisprudenza non sembra affatto mostrare segni di debolezza o di irrilevanza. Con la sentenza del 12 settembre 2012 sui Trattati ESM e *Fiscal Compact*⁴⁷, il Tribunale ha ribadito e rafforzato le prerogative del *Bundestag*, svolgendo il suo ruolo di garante della Costituzione in chiave protettiva del principio democratico e dell'assemblea rappresentativa. Il Tribunale ha ritenuto compatibili con la Costituzione tedesca il *Fiscal Compact*, l'emendamento all'art. 136 TFUE e il Trattato ESM, ma ha anche indicato due condizioni che la Germania deve porre con una dichiarazione di diritto internazionale. Per il Tribunale, l'art. 38, comma 1⁴⁸ della Costituzione rende giustiziabile il principio democratico di cui all'art. 20 della Costituzione, protetto dall'art. 79, comma 3 come parte dell'identità costituzionale, salvaguardata anche contro possibili interventi del legislatore

⁴⁵ Vedi, per esempio F. FABBRINI, *Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2014, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=2328060>, p. 50.

⁴⁶ Vedi, per esempio, F. FABBRINI, *op. cit.*

⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12; 2 BvR 1438/12; 2 BvR 1439/12; 2 BvR 1440/12; 2 BvE 6/12 del 12 settembre 2012, disponibile su www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=20800&dpath=document&dfile=12092012122539.pdf&content=Primo+piano+-+

,+Sentenza+/2012,+Sentenza+del+Tribunale+costituzionale+federale+tedesco+sul+fondo+salva-stati+e+il+fiscal+compact+-+stati+europei+-+documentazione+-+.

⁴⁸ Diritto all'elezione del *Bundestag*.



costituzionale. L'art. 38, comma 1 è da ritenersi violato quando il *Bundestag* rinuncia alla propria responsabilità di bilancio, con l'effetto che esso o un altro futuro *Bundestag* non possono più prendere decisioni in tema di bilancio sotto la propria responsabilità. Da questi principi, derivano alcune conseguenze: quali rappresentanti del popolo, i membri eletti del *Bundestag* devono detenere il controllo sulle decisioni fondamentali di politica finanziaria e di bilancio, anche in un contesto in cui il sistema decisionale è prevalentemente intergovernativo; il *Bundestag* non può creare meccanismi operativi sul piano economico tali da causare notevoli oneri finanziari e di bilancio, in mancanza di una reiterata effettiva deliberazione del *Bundestag* stesso; il *Bundestag*, anche in quanto legislatore, non può approvare meccanismi durevoli di diritto internazionale dai quali discenda un'assunzione di responsabilità per le deliberazioni di altri Stati (ciò vale in particolar modo se le conseguenze di tali meccanismi sono difficilmente calcolabili); quindi, il *Bundestag* deve approvare nel dettaglio ogni misura di aiuto della Federazione che comporta il versamento di emolumenti economici solidali particolarmente ingenti, a livello internazionale o di Unione europea. Ovviamente, per esercitare le sue competenze in materia di bilancio, il *Bundestag* deve avere accesso ad un'adeguata informazione. Nell'iter di ratifica del Trattato, dunque, deve essere assicurato che le sue disposizioni vengano interpretate in modo tale che la responsabilità della Germania non possa essere aumentata rispetto alla quota di capitale iniziale, in mancanza di un'autorizzazione del *Bundestag*⁴⁹, e che il diritto di informazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* venga rispettato, in modo da osservare il dettato costituzionale tedesco⁵⁰. Certamente, in questo modo il Tribunale costituzionale ha sottolineato l'importanza e, in un certo senso, il primato delle *political branch* nella gestione della crisi, ma non è indifferente che l'organo che viene salvaguardato e rafforzato è il Parlamento⁵¹. Con la sua giurisprudenza, il Tribunale costituzionale tedesco ha, in un certo senso, contrastato una tendenza all'esaltazione dei circuiti intergovernativi, cui si attribuisce spesso la responsabilità di isolare i Parlamenti. Si può concordare con Fabbrini, quando afferma che il Tribunale tedesco, pur arrivando alla conclusione di conformità dell'ESM

⁴⁹ In particolare, vengono in rilievo gli artt. 9, paragrafi 2 e 3, e 25, par. 2 del Trattato ESM.

⁵⁰ In particolare, vengono in rilievo gli artt. 32, par. 5, 35, par. 1, e 34 del Trattato ESM.

⁵¹ Il Tribunale «repeatedly acted to strengthen the role of the Bundestag, as the authority vested with the constitutionally reserved function to make fundamental decisions on budgetary issues and as the only institution – in the Court's view – which enjoys legitimacy to decide about financial matters» (F. FABBRINI, *Judicial Review*, cit., p. 40). Fasone afferma che il Tribunale tedesco ha assunto un atteggiamento piuttosto paternalistico verso il Parlamento, «even to protect the Bundestag against itself and its passivity» (C. FASONE, *Taking budgetary powers*, cit., 29).



con la Costituzione, non ha mancato di mostrare un certo scetticismo nei confronti di alcune evoluzioni dell'integrazione economica europea⁵².

4.3 Una “restrizione proporzionata” del principio democratico: la decisione della corte suprema estone sull'ESM

Anche una corte senz'altro meno influente del Tribunale costituzionale tedesco, come la Corte suprema estone, ha preso un'importante decisione in cui ha valorizzato il principio democratico. Prima della ratifica del Trattato ESM, è stato chiesto alla Corte suprema estone se il Trattato e, in particolare, l'art. 4, par. 4, violassero la Costituzione estone. All'art. 4, par. 4 si prevede una procedura di voto di emergenza che deroga alla regola generale dell'unanimità, operante all'interno dell'ESM⁵³. Dato che il contributo dell'Estonia all'ESM ammontava allo 0.186%, e che risultava irrilevante nell'ambito della procedura di emergenza (visto che la maggioranza da essa richiesta era pari all'85% dei voti), il *Chancellor of Justice* dell'Estonia aveva chiesto alla Corte suprema di stabilire se l'art.4, par. 4 fosse compatibile con la Costituzione estone. Con la decisione del 12 luglio 2012⁵⁴, la maggioranza dei 19 giudici della Corte si è schierata nel senso della compatibilità, ma ciò non deve indurre a ritenere che la Corte abbia sbrigativamente fornito un “lasciapassare” al Trattato ESM, o che non abbia messo in luce alcune “minacce” (dal punto di vista dell'assetto costituzionale democratico) che da esso possono provenire. Infatti, la Corte ravvisa un contrasto con il principio dello Stato democratico soggetto al *rule of law* e con il principio di sovranità finanziaria dello Stato, poiché indirettamente il diritto di scelta del popolo ha subito una restrizione⁵⁵. Tale restrizione sussiste in quanto, nell'ambito della procedura di emergenza, l'Estonia potrebbe non incidere sulle decisioni dell'ESM; pertanto, ratificando il Trattato, il Parlamento sacrifica notevolmente le possibilità di scelta in ordine alle risorse estoni destinate all'ESM, e fa “ereditare” tale sacrificio anche alle future composizioni del Parlamento

⁵² F. FABBRINI, *Judicial Review*, cit., p. 40.

⁵³ Art. 4, par. 4 Trattato ESM: « 4. In deroga al paragrafo 3, una procedura di votazione d'urgenza è utilizzata nei casi in cui la Commissione e la BCE concludono che la mancata adozione di una decisione urgente circa la concessione o l'attuazione di un'assistenza finanziaria di cui agli articoli da 13 a 18 minaccerebbe la sostenibilità economica e finanziaria della zona euro. L'adozione di una decisione di comune accordo tra il consiglio dei governatori di cui all'articolo 5, paragrafo 6, lettere e) e f), e il consiglio di amministrazione nel quadro di detta procedura d'urgenza richiede una maggioranza qualificata dell'85% dei voti espressi».

⁵⁴ *Est. Sup. Ct., Constitutional Case No. 3-4-1-6-12, judgment of 12 July 2012 (English translation provided by the Court)*, disponibile su www.riigikohus.ee/?id=1347.

⁵⁵ *Est. Sup. Ct., Constitutional Case No. 3-4-1-6-12, judgment of 12 July 2012 (English translation provided by the Court)*, par. 153.

estone. Tuttavia, applicando il *test* di proporzionalità, la Corte perviene a valutare il Trattato compatibile con la Costituzione. Infatti, l'art. 4, par. 4 mira a preservare la stabilità finanziaria dell'area euro, la quale è strettamente connessa con la stabilità finanziaria dell'Estonia e rientra addirittura nei “*constitutional values*” dell'Estonia⁵⁶. D'altronde, la stabilità economica e finanziaria è funzionale anche alla protezione dei diritti fondamentali, che sono ovviamente tutelati dalla Costituzione in sommo grado. Di conseguenza, «*the purpose of safeguarding the efficiency of the ESM also in case the states are unable to take a unanimous decision to eliminate a threat to the economic and financial sustainability of the euro area, including of Estonia, is legitimate*»⁵⁷. Non ravvisando la disponibilità di misure meno restrittive, la Corte suprema conclude che la restrizione apportata dall'art. 4, par. 4 non è sproporzionata. Dunque, se è vero che la Corte finisce con l'avallare l'ESM, non è irrilevante che lo faccia dopo aver applicato il *test* di proporzionalità ed aver riconosciuto una compressione del principio democratico⁵⁸.

4.4 L'attenuazione della severità dell'*austerity* in Portogallo: la sentenza n. 187/2013

Infine, bisogna considerare il caso portoghese. La giurisprudenza del Tribunale costituzionale del Portogallo si è segnalata negli ultimi anni per un notevole coinvolgimento nei problemi della crisi ed è stata anche accusata di un certo attivismo. La sentenza n. 187 del 5 aprile 2013⁵⁹ è un esempio di decisione capace di mettere in discussione anche misure concordate con la *Troika* come contropartita per l'assistenza finanziaria, pur di salvaguardare i principi costituzionali. Nella legge di bilancio per il 2013, vi erano alcune previsioni che colpivano le retribuzioni dei pubblici dipendenti. Il Tribunale costituzionale le ha sottoposte ad un controllo di proporzionalità, per verificarne la compatibilità con il principio di eguaglianza, ed ha concluso che il principio – inteso precisamente come condivisione proporzionale degli oneri pubblici da parte di tutti i cittadini – è stato violato. Inoltre, il Tribunale ha dichiarato incostituzionali altre misure che limitavano indennità di malattia e disoccupazione, per violazione del contenuto minimo del diritto protetto dalla Costituzione. Non pare affatto banale che il giudice costituzionale abbia annullato misure⁶⁰

⁵⁶ *Est. Sup. Ct., Constitutional Case No. 3-4-1-6-12, judgment of 12 July 2012 (English translation provided by the Court)*, par. 163.

⁵⁷ *I Est. Sup. Ct., Constitutional Case No. 3-4-1-6-12, judgment of 12 July 2012 (English translation provided by the Court)*, par. 168.

⁵⁸ Si deve ricordare che la decisione è stata criticata da alcuni giudici della Corte attraverso delle *dissenting opinions*.

⁵⁹ TC *Portugal*, sentenza 5 aprile 2013, n. 187, disponibile su www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html.

⁶⁰ Precisamente, con la sentenza n. 187 del 2013 sono state dichiarate illegittime le seguenti misure: riduzione, per il terzo anno consecutivo, degli stipendi pubblici, e soppressione (totale o parziale) della

che originavano da un negoziato svolto tra il governo e la *Troika*, alle quali era condizionata l'assistenza finanziaria internazionale nei confronti di un Paese, come il Portogallo, che versava senz'altro in situazione di debolezza. Come è stato detto:

« *By interpreting the principle of equality and the guarantees of the protection of social rights in the Portuguese Constitution as placing limits on the room of maneuver of the executive and legislature (and, indirectly, of the EU and international institutions coordinating the rescue measures of Portugal), the Tribunal has signaled, however, that the future of at least one of the central features of the legal responses to the Euro-crisis, that concerning the economic adjustment measures that debtor countries shall adopt as a condition to obtain financial support, may be standing on shaky grounds*»⁶¹.

Ovviamente, come è stato già osservato, «ciò a cui né il principio di proporzionalità né le corti costituzionali possono ambire è sovvertire la direzione delle politiche economiche dell'Unione»⁶². Del resto, se riuscissero ad ottenere un tale risultato, si potrebbe discutere della loro legittimazione a farlo, visto che dovrebbe essere preclusa alle corti costituzionali la possibilità di imprimere un indirizzo politico, di qualsiasi segno. Ciononostante, i risultati a cui possono ambire legittimamente le corti costituzionali non sono affatto trascurabili: « Il controllo delle corti costituzionali sui piani di aggiustamento macro-economico può avere l'effetto di diluire nel tempo l'attuazione di misure di cambiamento strutturale, di attutirne l'impatto sui diritti sociali, evitando ad esempio l'accanimento sui settori sociali più vulnerabili, e di promuovere un maggior coinvolgimento delle parti sociali nella fase di elaborazione ed attuazione. In una parola, l'applicazione dei controlimiti sotto forma del principio di proporzionalità può avere la funzione di permettere il conseguimento sostenibile di obiettivi che si presume possano beneficiare l'intera collettività»⁶³.

4.5. Breve accenno ai possibili conflitti tra corti

Come si è visto in questo paragrafo, la crisi economica è riuscita a coinvolgere sia la Corte di Giustizia, sia (soprattutto) i giudici costituzionali. Se prossimamente si intensificherà il coinvolgimento della Corte di Giustizia, è verosimile che la crisi sarà anche teatro di conflitti tra quest'ultima e i giudici costituzionali. Non necessariamente questi ultimi svolgono un ruolo

quattordicesima (applicate anche ai contratti di docenza o di ricerca, nella parte finanziata dallo Stato); sospensione parziale del sussidio per le ferie dei pensionati; riduzione delle indennità per disoccupazione e malattia.

⁶¹ F. FABBRINI, *Judicial Review*, cit., p. 54.

⁶² M. DANI, *Misure di aggiustamento macroeconomico e Tribunale costituzionale portoghese: il limitato potenziale contro-egemonico della dottrina dei controlimiti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2014, p. 132.

⁶³ M. DANI, *op. cit.*, pp. 133-134.

distruttivo (o disintegrativo). In questo lavoro non si vuole affrontare anche il tema dei conflitti tra corti nazionali e Corte di Giustizia. Si desidera, però, soltanto richiamare le considerazioni del giudice costituzionale tedesco G. Luebbe-Wolff, il quale mostra apprezzamento per le costituzioni nazionali “potenzialmente ostinate”, «*which do not allow unconditional submission to transnational regimes. Potential obstinacy can act as an element of check and balance and as an ear-opener in such a regime. Ideally in a purely preventive manner, it will keep the transnational courts aware of what incorrigible actors easily lose sight of: the limits to their competences and authority*»⁶⁴.

5. I giudici costituzionali possono giudicare in tema di diritti sociali (e, più in generale, su questioni relative all’allocazione delle risorse)? Della “policentricità” e di altri problemi...

Uno dei temi più sensibili, dal punto di vista costituzionale, che la crisi economica tocca è quello dei diritti sociali.

Nello scritto “*The Forms and Limits of Adjudication*”, Lon Fuller affermava che «*there are polycentric elements in almost all problems submitted to adjudication*»⁶⁵, e che «*generally speaking, it may be said that problems in the allocation of economic resources present too strong a polycentric aspect to be suitable for adjudication*»⁶⁶. Per far comprendere il concetto di problema policentrico, Fuller propone l’immagine della tela del ragno: quando si tira un filo della tela, si trasmette tensione alla tela nella sua interezza, mediante un circuito complicato. «*This is a “polycentric” situation because it is “many centered” – each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions*»⁶⁷. I problemi di allocazione delle risorse sono generalmente dei problemi policentrici perché, essendo le risorse complessive limitate, convogliare delle risorse verso una destinazione comporta la riduzione della disponibilità di risorse per altre destinazioni.

La policentricità delle questioni è uno degli argomenti ricorrenti che vengono utilizzati per contestare la sottoposizione dei diritti sociali alle decisioni delle corti⁶⁸. Nello spiegare il

⁶⁴ G. LUEBBE WOLFF, *Who Has the Last Word? National and Transnational Courts – Conflicts and Cooperation*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 30, No. 1/2011, p. 92.

⁶⁵ L. L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, *Harvard Law Review*, vol. 92, n. 2/1978, p. 397.

⁶⁶ L. L. FULLER, *op. cit.*, p. 400.

⁶⁷ L. L. FULLER, *op. cit.*, p. 395.

⁶⁸ Come è stato affermato, «*the ability of the courts to deal with polycentric tasks must be addressed in any work seeking to counteract claims about judicial incapacity in dealing with socio-economic rights issues*» (A. NOLAN, *Children’s Socio-Economic Rights, Democracy and the Courts*, Oxford, 2011, p. 201). L’A. sottolinea, però, che «*polycentricity is not, however, exclusively a feature of adjudication involving socio-economic rights. [...] civil and political rights often have budgetary consequences, and adjudication that does not involve socio-economic rights may also have complex, unforeseeable policy and administrative implications*» (A. NOLAN, *op. cit.*, pp. 202-203). Questa



significato della policentricità, King mette l'accento sulla difficoltà di prefigurare le conseguenze di una scelta, allorquando siano in gioco molte variabili interconnesse⁶⁹. Se le conseguenze di una decisione non sono prevedibili, non possono neanche essere considerate intenzionali, e quindi non possono essere assunte responsabilmente dall'attore della decisione. Intesa in questo senso, la policentricità delle questioni pone principalmente un problema di responsabilità del decisore, per via delle numerose e difficilmente prevedibili conseguenze della decisione presa. La policentricità delle questioni può essere utilizzata come un argomento contro la sottoposizione dei diritti sociali al giudizio delle corti, soltanto sul presupposto che altri organi siano più legittimati o più idonei ad occuparsi dei diritti sociali.

Esistono altri argomenti ricorrenti contro la “*constitutional social rights adjudication*”. King, nell'opera citata, ne individua altri quattro, oltre alla policentricità. Un argomento classico è quello della legittimazione democratica: l'allocatione delle risorse è un problema squisitamente politico, e pertanto è giusto che siano principalmente gli organi dotati di legittimazione democratica ad affrontarlo. Dal momento che l'allocatione delle risorse è un problema che riguarda ciascun componente della società, si deve individuare una sede dove la voce di ciascuno sia rappresentata nel modo migliore possibile. King non ha dubbi sul fatto che tale sede sia l'assemblea legislativa rappresentativa. Un altro argomento è quello dell'*expertise*: le questioni policentriche di solito richiedono *expertise*, e nel campo dei diritti sociali molti aspetti devono essere affrontati con *expertise*, indipendentemente dal carattere policentrico delle questioni. Per King, non solo le corti mancano di questo tipo di specializzazione, ma sono pure invitate a rigettare le valutazioni fatte da esperti sulla base delle loro intuizioni⁷⁰. Un altro argomento è quello della flessibilità. A volte può capitare che su determinate questioni gli organi politici brancolino nel buio, cosicché non c'è ragione di pensare che le corti siano “inferiori” (cioè meno capaci di affrontare i problemi) rispetto al governo o al parlamento. Però, il governo o il parlamento hanno, di solito, una caratteristica che rende preferibile affidare a loro la responsabilità delle decisioni, piuttosto che

considerazione serve all'A. per depotenziare l'efficacia dell'argomento della policentricità: «*if the fact that courts are faced with a multiplicity of policy options with unpredictable outcomes is not cited as an insurmountable obstacle to courts deciding on non socio-economic constitutional rights and principles, it should not be in the context of dealing with socio-economic rights*» (A. NOLAN, *op. ult. cit.*, p. 203). Tuttavia, a questo contro-argomento di Nolan si potrebbe replicare osservando che le questioni attinenti ai diritti sociali sono quasi sempre policentriche, nella misura in cui hanno implicazioni allocative, laddove in altre questioni tale caratteristica è eventuale. Perciò, non deve stupire che l'argomento della policentricità venga sostenuto per lo più in riferimento ai diritti sociali.

⁶⁹ «*The soundness of some proposals is dependent on the comparative merits of others, the complete comprehension of which is extremely difficult and which involves considerable guesswork*» (J. KING, *Judging Social Rights*, New York, 2012, p. 6). Secondo l'A., «*resource allocation at the nationwide level is a polycentric activity par excellence*» (*ibidem*).

⁷⁰ *Ibidem*.

alle corti. Si tratta, appunto, della flessibilità, ovvero della capacità di cambiare posizioni o orientamenti reagendo ad informazioni o sviluppi imprevisti. Le corti non hanno questa caratteristica, anche perché non si esprimono *ex officio*, ma su “sollecitazione” di un soggetto esterno⁷¹. Pertanto, una volta che la corte ha preso una decisione su un problema, non ha la possibilità di riaffrontarlo tenendo conto di nuovi imprevedibili sviluppi, a meno che non le venga chiesto di farlo da parte dei soggetti legittimati. Invece, gli organi politici agiscono di propria iniziativa, ed hanno sempre la possibilità di apportare modifiche (grandi o piccole) alle decisioni già prese⁷².

Rispetto a questi argomenti, è possibile svolgere una considerazione. L'argomento della policentricità, da solo, non basta a trasferire le decisioni che riguardano i diritti sociali dalle corti agli organi politici. Se le conseguenze di una decisione sono molteplici e difficilmente prevedibili, ciò comporta un problema di responsabilità sia nel caso in cui decida un giudice costituzionale, sia nel caso in cui decida un organo politico. All'obiezione per cui si dovrebbe preferire l'organo politico in quanto dotato di (una maggiore?) legittimazione democratica, si può replicare che il giudice costituzionale è dotato di una legittimazione non meno importante: quella di garante della legalità costituzionale⁷³. Quindi, sul piano dell'*input* della legittimazione, non pare vi siano argomenti per preferire gli organi politici ai giudici costituzionali⁷⁴. Se, invece, l'argomento della policentricità viene coniugato con gli argomenti dell'*expertise* e della flessibilità, allora si possono trovare le ragioni per preferire gli organi politici. Infatti, riconoscendo agli organi politici la capacità di attingere maggiormente a valutazioni tecniche e specialistiche, nonché quella di reagire con prontezza a rapidi mutamenti di scenario e alla recezione di nuove informazioni imprevedibili, è possibile sostenere che, tendenzialmente, gli organi politici possano essere attrezzati meglio delle corti per affrontare questioni policentriche. Essi possono vantare, probabilmente, una maggiore legittimazione fondata sugli *output*.

Si può svolgere anche un'altra considerazione. Gli argomenti dell'*expertise* e della flessibilità non sono sufficienti, da soli, per fondare la legittimazione a prendere decisioni sui diritti sociali.

⁷¹ Il principio *ne procedat iudex ex officio* caratterizza in maniera cruciale gli organi giurisdizionali.

⁷² L'ultimo argomento individuato da King è quello delle migliori alternative: con riguardo ai sistemi di *common law*, sono diffusi molti studi che invitano a preferire altre istituzioni che non hanno le carenze da cui sono affette le corti (*ibidem*). Esso non verrà preso in considerazione nell'ambito di questo lavoro.

⁷³ Riportando la considerazione di un'altra A., Nolan afferma che «*the mere fact of far-reaching or unforeseen consequences should not imply total abdication by the judiciary of its primary responsibility of upholding the norms and values of the Constitution*» (A. NOLAN, *Children's Socio-Economic Rights*, cit., p. 203).

⁷⁴ Chiaramente, il riconoscimento di queste due legittimazioni pone il problema di individuare il confine tra il campo delle libere scelte della politica e quello dei vincoli costituzionali.



Infatti, tali argomenti non hanno a che fare con la legittimazione fondata sugli *input*. Per quanto i problemi attinenti all’allocazione delle risorse e ai diritti sociali richiedano una forte componente di specializzazione tecnica e di flessibilità decisionale, è difficile negare che spesso le grandi decisioni con cui si cerca di affrontarli siano decisioni politiche. In un ordinamento democratico, le decisioni politiche devono essere affidate ad organi che hanno una legittimazione democratica. Pertanto, il fatto che un organo sia dotato di una certa *expertise* non è un argomento sufficiente per attribuirgli la titolarità delle decisioni in tema di diritti sociali, allorquando venga in rilievo una scelta politica, se non è dotato di una certa legittimazione democratica⁷⁵. Inoltre, anche all’interno di organi dotati di legittimazione democratica si possono operare delle distinzioni. Come afferma King, la sede in cui si può raggiungere il massimo grado di rappresentazione delle opzioni di tutti i cittadini è l’assemblea legislativa rappresentativa. Se così è, non dovrebbe essere del tutto indifferente che certe scelte vengano operate dagli esecutivi, piuttosto che dai parlamenti. Queste considerazioni, d’altro canto, possono perdere di rilievo nel momento in cui i parlamenti “si appropriano” delle scelte degli esecutivi.

Queste considerazioni invitano a riflettere sul fatto che gli argomenti adottati per contestare il sindacato dei giudici costituzionali sui diritti sociali devono essere considerati non singolarmente, ma nelle interrelazioni degli uni con gli altri. Inoltre, questi argomenti, pur se considerati – come qui si propone – nelle loro interrelazioni, non hanno la forza per estromettere completamente i giudici costituzionali da questo tipo di questioni. Nel momento in cui i diritti sociali sono costituzionalizzati, deve esservi anche la possibilità di violare le rispettive previsioni e, conseguentemente, di reagire a tale violazione, a meno che la loro previsione non equivalga ad un mero *flatus vocis*.

Gli argomenti individuati *supra* possono valere, invece, come principi che i giudici costituzionali devono tenere in considerazione per plasmare il proprio approccio alle questioni concernenti i diritti sociali e l’allocazione delle risorse. Del resto, sembra questa la prospettiva che cerca di sostenere King, il quale elabora una teoria del *restraint* giudiziale fondata sui principi chiave della legittimazione democratica, della policentricità, dell’*expertise*, della flessibilità⁷⁶. Anche per Nolan, l’argomento della policentricità deve essere preso sul serio dai giudici, i quali devono adottare una

⁷⁵ La BCE ha forse una legittimazione democratica? Eppure, nell’ambito dell’ESM, può contribuire ai negoziati con i governi nazionali, in cui si stabilisce l’adozione di determinate politiche in cambio dell’assistenza finanziaria.

⁷⁶ J. KING, *Judging*, cit., pp. 119-286.

certa cautela quando affrontano questioni “particolarmente policentriche”⁷⁷, ma non può essere utilizzato, addirittura, per precludere il coinvolgimento giudiziale nei diritti sociali⁷⁸. Come afferma quest’ultima A., non si tratta di stabilire se i giudici (costituzionali) abbiano le caratteristiche ideali per prendere decisioni che riguardano i diritti sociali⁷⁹. Si tratta, piuttosto, di affermare che i giudici non debbano essere esclusi da tali decisioni, soprattutto nelle situazioni in cui sono individuabili inerzie o insufficienze addebitabili ad altri attori⁸⁰.

6. La modulazione degli effetti temporali delle decisioni come tecnica per affrontare la policentricità di una questione

Nella lingua greca, esiste una distinzione terminologica importante relativa al concetto di tempo. Il vocabolo generico per riferirsi al tempo è *χρόνος*: si può utilizzare per riferirsi allo scorrere indistinto del tempo. Poi, c’è *καιρός*: si tratta della “misura giusta, il giusto punto”; riferito al tempo, il vocabolo indica “il tempo opportuno, il momento propizio”⁸¹.

Per gli esseri umani il tempo non scorre sempre tutto uguale, e neanche per le corti costituzionali! La decisione di un giudice costituzionale può avere ripercussioni diverse, più o meno gravi, più o meno prevedibili, a seconda del momento in cui viene presa. Questa affermazione trova dei riscontri con riguardo ad alcune delle decisioni prese nel contesto della crisi. In esse si può vedere come il particolare momento della decisione condiziona il contenuto e gli effetti della decisione stessa. I giudici costituzionali, infatti, si mostrano consapevoli del fatto che, a seconda della decisione che prenderanno, si avranno delle ripercussioni, più o meno sostenibili; essi, dunque, si mostrano consapevoli della policentricità di alcune questioni. In questo paragrafo si considereranno alcune decisioni in cui il giudice costituzionale utilizza la tecnica della modulazione degli effetti temporali delle decisioni per affrontare questioni policentriche: si tratta

⁷⁷ Si potrebbe dire che il criterio di *restraint* giudiziale fondato sulla policentricità delle questioni richiede alle corti di adottare un’ “etica della responsabilità”, piuttosto che un’ “etica dei principi, o delle convinzioni”. La distinzione tra queste due etiche, com’è noto, è stata tracciata da Max Weber (in particolare, alla conferenza “*Politik als Beruf*”).

⁷⁸ A. NOLAN, *Children’s Socio-Economic Rights*, cit., p. 204. L’A. riporta anche le considerazioni, molto chiare e perentorie, della *high court* sudafricana in *Rail Commuter Action Group and others v Transnet Ltd and others*: «*the problems of polycentricity must clearly act as important constraints upon the adjudication process, particularly when the dispute has distributional consequences. But polycentricity cannot be elevated to a jurisprudential mantra, the articulation of which serves, without further analysis, to render courts impotent to enforce legal duties which have unpredictable consequences*» (A. NOLAN, *op. cit.*, p. 203).

⁷⁹ Precisamente, l’A. si riferisce ai diritti economici e sociali dei bambini, in quanto ad essi è specificamente dedicato il suo lavoro (A. NOLAN, *op. ult. cit.*, p. 219).

⁸⁰ «*Rather, the essential question is: where no one else fulfils this function, will the court do the job so badly that it is better to let the breakdown continue rather than suffer judicial intervention in a desperate last resort?*» (*ibidem*).

⁸¹ Vedi L. Rocci, *Vocabolario Greco Italiano*, Città di Castello, 1983, pp. 2068; 2041; 949.



della sentenza n. 353/2012 del Tribunale costituzionale portoghese⁸² e della sentenza n. 10/2015 della Corte costituzionale italiana⁸³. La prima è stata pronunciata nell'ambito del controllo astratto successivo, mentre la seconda nell'ambito di un giudizio in via incidentale. In entrambi i casi, il giudice costituzionale deve considerare il particolare momento del suo intervento. Il giudice portoghese sa che il Portogallo deve raggiungere certi obiettivi di bilancio per mantenere il finanziamento esterno, per cui, se la sua decisione pregiudicasse il raggiungimento di tali obiettivi, le conseguenze potrebbero essere molto gravi. Il giudice italiano deve pronunciarsi su una imposta (più precisamente: sulla maggiorazione di un'imposta) a distanza di diversi anni dall'atto legislativo che l'ha prevista. Dato che una riforma costituzionale ha reso più stringenti i vincoli di bilancio che il legislatore deve rispettare, il giudice italiano sa che un'eventuale restituzione di ingenti versamenti tributari può costringere il legislatore ad adottare pesanti manovre finanziarie. In entrambi i casi, il giudice non si limita ad applicare i principi costituzionali, ma mostra di preoccuparsi delle conseguenze delle sue decisioni. Inoltre, è interessante confrontare queste decisioni perché entrambe si sono espresse ad alcune critiche, connesse proprio al tema della modulazione temporale degli effetti.

6.1 La sentenza n. 353/2012 del Tribunale costituzionale portoghese

La prima decisione che si considera è stata emessa dal Tribunale costituzionale portoghese. La Costituzione portoghese contempla il potere di modulazione temporale degli effetti delle decisioni nel caso del controllo astratto successivo. L'art. 282 della Costituzione prevede, al comma 1, che «la dichiarazione di incostituzionalità [...] con efficacia generale obbligatoria produce effetti dalla entrata in vigore della norma dichiarata incostituzionale [...], ed al comma 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 dell'incostituzionalità [...] con una portata più limitata di quanto previsto nel primo e nel secondo comma»⁸⁴. Come si vedrà, nella decisione considerata, la n. 353/2012, il Tribunale

⁸² TC *Portugal*, sentenza 5 luglio 2012, n.353, disponibile su www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html.

⁸³ Corte costituzionale italiana, sentenza 11 febbraio 2015, n. 10, disponibile su www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=28798&dpath=document&dfile=11022015172728.pdf&content=Corte+Costituzionale,+Sentenza+n.+10/2015,+in+tema+di+Robin+Tax+-+stato+-+documentazione+-+.

⁸⁴ Per una ricostruzione delle riflessioni dottrinali sul potere di modulazione temporale degli effetti delle decisioni, vedi C. G. PICÓ, *Portogallo*, cit., pp. 60-61. Dalla ricostruzione, si evince che la dottrina portoghese si è interrogata sulla politicità connessa all'esercizio di un tale potere. Per alcuni, il Tribunale sarebbe costretto ad operare valutazioni politiche (in particolare, in virtù della clausola dell'interesse



costituzionale portoghese si avvale della clausola dell'interesse pubblico di eccezionale rilievo e perviene ad una conclusione che ha generato grande inquietudine in Portogallo, dal punto di vista della "tenuta" del sistema di giustizia costituzionale. Un gruppo di deputati aveva adito il Tribunale con riguardo agli artt. 21 e 25 della legge di bilancio per il 2102, che sospendevano il pagamento delle ferie retribuite e della retribuzione di Natale ai dipendenti pubblici ed ai pensionati che percepissero più di 1.100 euro al mese, e operavano una riduzione per coloro che percepissero tra i 600 e 1.100 euro al mese. Il Tribunale ha dichiarato incostituzionali tali previsioni per violazione del principio di eguaglianza. Infatti, benché l'obiettivo delle misure sia stato riconosciuto come legittimo⁸⁵, la distribuzione dei sacrifici tra la popolazione deve essere effettuata in modo equo e la differenziazione tra categorie di persone (in questo caso, tra lavoratori del settore pubblico e lavoratori del settore privato) non può essere eccessiva. Nel caso di specie, la differenza di trattamento era così significativa che le ragioni addotte a suo sostegno non sono state ritenute sufficienti per giustificarla. Nel paragrafo 6 della sentenza, il Tribunale individua la ragione fondamentale che lo spinge a differire gli effetti della decisione: si tratta dei prestiti concordati con la *Troika*. «Essendo essenziale per lo Stato portoghese, nell'attuale contesto di grave emergenza, continuare ad avere accesso a questo finanziamento esterno, il rispetto del bilancio si rivela un obiettivo di eccezionale interesse pubblico»; «orbene, trovandosi l'esecuzione del bilancio già in uno stadio avanzato, [questo Tribunale costituzionale] riconosce che le conseguenze [generali] della dichiarazione di incostituzionalità prima annunciata potrebbero condizionare, inevitabilmente, l'anzidetto adempimento, mettendo in pericolo il mantenimento del finanziamento accordato e la conseguente solvibilità dello Stato. Difatti, l'ammontare del risparmio netto della spesa pubblica ottenuto con la misura di sospensione del pagamento del sussidio per ferie (tredicesima) o di Natale (quattordicesima), o di prestazioni equivalenti percepite a carico di fondi pubblici assume una dimensione rilevante nei conti pubblici ed uno sforzo finanziario per raggiungere la meta fissata, per cui difficilmente sarebbe possibile, nel periodo che resta fino alla fine dell'anno, progettare l'esecuzione di misure alternative atte a produrre i loro effetti già nel 2012, in modo da poter raggiungere gli obiettivi di bilancio fissati»; «siamo, quindi, di fronte ad una situazione in cui un interesse pubblico di eccezionale rilievo esige che il Tribunale costituzionale restringa gli effetti della dichiarazione di

pubblico di eccezionale rilievo). Per altri, la valutazione non perderebbe il carattere giurisdizionale, anche grazie alla garanzia costituita dall'obbligo di motivazione specifica.

⁸⁵ L'obiettivo era costituito, evidentemente, dalla riduzione del disavanzo.

incostituzionalità [...] nei mesi relativi all'anno 2012»⁸⁶. Alla luce di quanto detto prima, appare abbastanza chiaro che il Tribunale costituzionale si trova dinanzi ad una questione policentrica, e la tratta come tale, ponendosi il problema delle “conseguenze” delle proprie scelte. Il Tribunale ritiene incostituzionali le disposizioni sottoposte al suo giudizio, ma se la dichiarazione di incostituzionalità operasse a partire dall'entrata in vigore della norma potrebbero verificarsi alcune conseguenze perniciose: il Portogallo potrebbe non raggiungere gli obiettivi di bilancio collegati alla continuazione del finanziamento esterno; se si bloccasse il programma di finanziamento, il Portogallo verserebbe in una gravissima condizione economico-finanziaria. Pertanto, il Tribunale (sposando un' “etica della responsabilità”⁸⁷) si preoccupa delle possibili future conseguenze della sua decisione, e decide di differire gli effetti della stessa. Si potrebbe dire che per il Tribunale sia passato il momento propizio (il *καιρός*) per una dichiarazione di incostituzionalità efficace sin dal momento dell'entrata in vigore della disposizione censurata: infatti, come nota il Tribunale, al momento della decisione l'esecuzione del bilancio 2012 si trovava già in fase avanzata, e sarebbe stato difficilmente possibile, nel periodo rimanente fino alla fine dell'anno, progettare l'esecuzione di misure alternative atte a produrre i loro effetti già nel 2012, in modo da poter raggiungere gli obiettivi fissati. Bisogna sottolineare che il Tribunale delinea uno scenario in parte definito, e in parte sfumato. Ha ben chiari gli impegni che il Portogallo deve rispettare e i pericoli che incorre, ma non ha la sicurezza che, se non limitasse gli effetti della decisione, non vi sarebbero alternative per il raggiungimento degli obiettivi fissati. Può limitarsi a dire che sarebbe difficilmente possibile approntare misure alternative tempestivamente. Questa sottolineatura conferma che il Tribunale si trova dinanzi ad una questione policentrica. Una caratteristica della policentricità è esattamente la complessità delle interrelazioni che sussistono tra una molteplicità di fattori, cui si collega la difficoltà di prevedere in maniera precisa e certa le conseguenze delle scelte. Questo aspetto è molto importante, e non stupisce che sia stato considerato nell'ambito delle opinioni dissenzienti. Per esempio, il giudice Catarina Sarmiento e Castro evidenzia che non era stato dimostrato che sarebbe stato impossibile

⁸⁶ C. G. PICÓ, *Portogallo*, cit., pp. 66-67.

⁸⁷ Non tutti i giudici del Tribunale sembrano aver condiviso l'opzione fatta a favore di un'etica della responsabilità. Per esempio, il giudice Catarina Sarmiento e Castro sembra optare, piuttosto, per un'etica dei principi, sostenendo, nella sua opinione dissenziente, che « non si deve incolpare qualsivoglia dichiarazione di incostituzionalità dell'inadempimento degli obiettivi che una qualsiasi opzione normativa incostituzionale mirasse a raggiungere, nel caso di specie la riduzione del disavanzo statale. La frustrazione di questi obiettivi non è imputabile al Tribunale costituzionale bensì ad altri organi costituzionali, i quali, prima di optare per una certa soluzione normativa, dovrebbero preoccuparsi di verificare se questa rispetti o meno la Costituzione» (vedi C. G. PICÓ, *op. cit.*, p. 67).

approntare tempestivamente misure alternative per garantire il raggiungimento degli obiettivi di bilancio. Anche il giudice Carlos Pamplona de Oliveira si sofferma sulla mancanza della dimostrazione dell'impraticabilità di misure alternative. Quest'ultimo giudice mette in evidenza l'insufficienza dell'impianto difensivo del Governo, il quale «non aveva presentato ragioni a favore della non incostituzionalità delle norme controverse, né aveva invocato ragioni di eccezionale interesse pubblico a favore della limitazione degli effetti di un'eventuale e – considerati i precedenti – plausibile dichiarazione d'incostituzionalità»⁸⁸. Non avendo il Governo soddisfatto questi oneri argomentativi, il Tribunale non avrebbe potuto affermare – secondo il giudice Pamplona de Oliveira – la sussistenza delle ragioni di eccezionale interesse pubblico per limitare gli effetti della decisione. Dunque, il giudice pare addossare una sorta di “onere della prova” dell'eccezionale interesse pubblico sul Governo. Le opinioni dissenzienti cui si è fatto riferimento possono aiutare ad affinare la riflessione sull'operato del Tribunale portoghese. Da un lato, non è possibile pretendere che il Tribunale abbia un quadro conoscitivo così completo e dettagliato per poter prevedere la praticabilità di misure alternative. Pertanto, in assenza dell'invocazione di ragioni per la limitazione degli effetti temporali della decisione da parte del Governo (il soggetto interessato a farlo), non è possibile neanche pretendere che il giudice le riconosca autonomamente. D'altro canto, in presenza di una previsione costituzionale quale l'art. 282, comma 4, della Costituzione portoghese, che pare “responsabilizzare” il giudice in relazione ad un eccezionale interesse pubblico, non è possibile neanche precludere al giudice una scelta di tipo precauzionale, allorquando avverta anche solo un “pericolo” di rilievo costituzionale, pure in assenza di un'adeguata dimostrazione da parte del Governo. Una caratteristica delle situazioni policentriche, come si è detto, è proprio la difficoltà di prevedere le conseguenze di una scelta, e, secondo quanto si è detto in precedenza, è ragionevole che i giudici costituzionali plasmino la conformazione del proprio giudizio in ragione delle peculiarità delle questioni da decidere. Tuttavia, il fatto che la scelta del Tribunale di limitare gli effetti temporali della decisione possa ritenersi ammissibile, in presenza di una previsione come quella dell'art. 282, comma 4 Cost. non significa che essa corrisponda alla “situazione ideale”. Infatti, sarebbe stato preferibile che il Governo (ed anche le altre parti) avessero introdotto nel processo dati e argomenti per dimostrare la sussistenza di un eccezionale interesse pubblico, consentendo al giudice di operare una valutazione ancorata ad un quadro conoscitivo e argomentativo solido. In questo modo, il giudizio del Tribunale sarebbe stato più vincolato, controllabile, e trasparente, e meno

⁸⁸ Vedi C. G. PICÓ, *op. ult. cit.*, p. 68.



discrezionale: ciò sarebbe stato auspicabile, al fine di salvaguardare e proteggere il carattere giurisdizionale dell'organo di giustizia costituzionale.

Infine, si deve ricordare che la sentenza n. 353/2012 del Tribunale portoghese ha rappresentato uno strappo nell'esperienza portoghese di giustizia costituzionale. Infatti, fino a quel momento, non erano mai stati differiti gli effetti della decisione ad un momento successivo alla data di pubblicazione ufficiale della stessa. Il Tribunale riteneva che quest'ultima fosse un limite invalicabile⁸⁹. Pertanto, se si può ritenere giustificata la scelta di limitare (in senso generico) gli effetti della decisione, la valutazione diventa più problematica in riferimento alla specifica e peculiare modulazione degli effetti operata dal Tribunale: il differimento a un momento successivo alla data di pubblicazione della sentenza. Tale operazione ha ricevuto molte critiche: in particolare, si è sostenuto che sarebbe inaccettabile che la norma dichiarata incostituzionale continui a produrre i suoi effetti pure in un periodo successivo alla pubblicazione della sentenza di incostituzionalità⁹⁰.

6.2 La sentenza n. 10/2015 della Corte costituzionale italiana

L'altra decisione che si vuole commentare è la n. 10/2015 della Corte costituzionale italiana.

In questa decisione la Corte è stata chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale della c.d. “*robin tax*”, di cui all'art. 81, commi 16, 17 e 18 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. La *robin tax* è un prelievo aggiuntivo, qualificato come addizionale, ma in realtà considerabile quale maggiorazione⁹¹ dell'imposta sul reddito delle società (IRES) di cui all'art. 75 del testo unico dell'imposta sui redditi⁹². Essa grava su imprese appartenenti a certi settori (quali la commercializzazione di benzine, petroli, gas e oli lubrificanti), che abbiano conseguito ricavi superiori ad un certo ammontare nel periodo di imposta precedente; inoltre, vige il divieto per i soggetti passivi di traslare l'addizionale sui prezzi al consumo (in modo che non venga addossato l'onere sui consumatori). La questione è stata sollevata dalla Commissione tributaria provinciale di Reggio-Emilia in relazione a diversi parametri costituzionali, tra i quali vi sono quelli ricavabili dagli artt. 3 e 53 Cost. In base a questi ultimi la Corte ha accolto la questione. Per la Corte, l'addizionale (o,

⁸⁹ Vedi C. G. PICÓ, *op. ult. cit.*, p. 62. L'A. riporta anche un caso in cui, proprio per l'esistenza di un tale “divieto”, venne trovato un *escamotage*: la sentenza n. 866/1996 venne pubblicata con più di cinque mesi di ritardo, per evitare il vuoto normativo che altrimenti si sarebbe creato.

⁹⁰ In particolare, essa è stata criticata sia nell'opinione dissenziente del giudice José da Cunha Barbosa, sia dalla dottrina. Vedi C. G. PICÓ, *op. ult. cit.*, pp. 68-69.

⁹¹ A decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007.

⁹² D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917.

meglio, maggiorazione) dell'IRES determina una discriminazione qualitativa dei redditi, in quanto si applica solo ad alcune categorie di imprese. La misura è anche considerata arbitraria in quanto non sarebbe coerente con la *ratio* dell'intervento legislativo, che doveva aggredire i sovra-profitti delle imprese in una data congiuntura, caratterizzata anche dal rincaro del petrolio, e dalla conseguente pressione sui consumatori⁹³. Sussiste anche una violazione degli artt. 3 e 53 Cost., in relazione al principio della capacità contributiva⁹⁴, che costituisce una specificazione, in ambito tributario, dell'art. 3 Cost. La Corte ricorda che, pur non essendoci alcun obbligo costituzionale che esiga un'imposizione fiscale uniforme, la Costituzione richiede comunque «un indefettibile raccordo con la capacità contributiva, in un quadro di sistema informato a criteri di progressività, come svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di eguaglianza, collegato al compito di rimozione degli ostacoli economico-sociali esistenti di fatto alla libertà ed eguaglianza dei cittadini-persone umane, in spirito di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 2 e 3 della Costituzione)⁹⁵»; quindi, occorre che ogni diversificazione del regime tributario, per aree economiche o per tipologia di contribuenti, sia supportata da adeguate giustificazioni obiettive, che devono essere tradotte in maniera coerente, proporzionale e ragionevole nella struttura dell'imposta⁹⁶. Nel caso di specie, la Corte ritiene che non sussistano le adeguate giustificazioni obiettive atte a supportare le misure, e giunge alla conclusione della violazione degli artt. 3 e 53 Cost., sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, per incongruità dei mezzi adottati rispetto allo scopo, in sé e per sé legittimo, conseguito. Le considerazioni su cui si basa la Corte sono essenzialmente tre: la maggiorazione di aliquota si applica all'intero reddito di impresa e non ai soli sovra-profitti; non sono previsti una delimitazione temporale e meccanismi atti a verificare il presupposto giustificativo dell'imposizione, ovvero il persistere della congiuntura economica; non è possibile prevedere meccanismi di accertamento che evitino che gli oneri derivanti dall'incremento di imposta si traducano in aumenti del prezzo al consumo. Tuttavia, sebbene non mostri esitazioni sull'incostituzionalità della misura, in relazione ai profili indicati, la Corte non si ritiene soddisfatta da un accoglimento puro e semplice, ma ritiene

⁹³ Infatti, l'irrazionalità della disposizione impugnata, aggravata dalle successive modifiche legislative, deriverebbe dall'individuazione come base imponibile dell'intero reddito, e non dei soli sovra-profitti, e dalla durata permanente, anziché contingente, della maggiorazione.

⁹⁴ Essa è «il presupposto e il limite del potere impositivo dello Stato e, al tempo stesso, del dovere del contribuente di concorrere alle spese pubbliche, dovendosi interpretare detto principio come settoriale del più ampio principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.» (C. cost. italiana, sent. 11 febbraio 2015, n. 10, punto 6.2 in diritto).

⁹⁵ C. cost. italiana, sent. 11 febbraio 2015, n. 10, punto 6.2 in diritto.

⁹⁶ Cfr. C. cost. italiana, sent. 11 febbraio 2015, n. 10, punti 6.2 e 6.5 in diritto.



necessario intervenire sugli effetti temporali della sua pronuncia. Infatti, la Corte avverte che gli effetti della pronuncia di accoglimento avrebbero potuto realizzare una incostituzionalità maggiore del mancato accoglimento, «sia in quanto sul piano finanziario si sarebbe determinato uno squilibrio di bilancio rilevante, in violazione dell'art. 81 Cost. e della legge cost. n. 1 del 2012, tale da dover essere sanato con una manovra economica aggiuntiva, sia perché la restituzione ai contribuenti degli introiti conseguenti all'imposta incostituzionale *ab initio* avrebbe prodotto effetti sperequativi gravissimi⁹⁷». Pertanto, nella modulazione degli effetti temporali della sua pronuncia, entra in azione una previsione costituzionale che non aveva svolto apparentemente alcun ruolo, fino a quel momento, nella decisione sulla costituzionalità della misura: l'art. 81 della Costituzione. La Corte costituzionale ritiene di dover offrire una garanzia della Costituzione come sistema unitario di diritti fondamentali e principi, come “parametro unitario” di legittimità della normazione, e quindi deve ricorrere ad un approccio ermeneutico improntato alla logica del bilanciamento, per evitare che la tutela apprestata per un principio comporti un sacrificio intollerabile per un altro⁹⁸. Inoltre, la Corte non si sarebbe preoccupata semplicemente e soltanto degli squilibri di bilancio che un accoglimento puro e semplice avrebbe potuto determinare, ma anche dei possibili effetti sperequativi alla luce del valore della “solidarietà politica, economica e sociale” di cui agli artt. 2 e 3 Cost. Nel punto 8 in diritto, infatti, la Corte, dopo aver affermato che gli effetti retroattivi della declaratoria di incostituzionalità comporterebbero “una grave violazione dell'equilibrio di bilancio ai sensi dell'art. 81 Cost.”, precisa che l'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari implicherebbe «la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, comma 1, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime», con la conseguenza che si verifichi, «in un periodo di perdurante crisi economica e finanziaria che pesa sulle fasce più deboli, una irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono avere invece beneficiato di una congiuntura favorevole»: «si determinerebbe così un irrimediabile pregiudizio delle esigenze di solidarietà sociale con grave violazione degli artt. 2 e 3 Cost.». Come si vede, anche in questo caso

⁹⁷ Vedi R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività delle proprie pronunce di accoglimento per evitare “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione. Nota a Corte cost. 11 febbraio 2015, n. 10”*, disponibile su

<http://federalismi.it/nv14/articolo->

[documento.cfm?Artid=28880&content=La+Corte+costituzionale+torna+a+derogare+al+principio+di+retroattivit%C3%A0&content_author=%3Cb%3ERenzo+Dickmann%3C/b%3E](http://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=28880&content=La+Corte+costituzionale+torna+a+derogare+al+principio+di+retroattivit%C3%A0&content_author=%3Cb%3ERenzo+Dickmann%3C/b%3E), p. 8.

⁹⁸ Cfr. *ibidem*.



il giudice costituzionale affronta una questione policentrica⁹⁹. Innanzi tutto, l'art. 81 viene in gioco perché una eventuale restituzione dei versamenti tributari farebbe improvvisamente e bruscamente venire a mancare voci di entrata che erano previste e che erano necessarie per il rispetto degli obblighi di bilancio, innervati dal principio dell'equilibrio. Non si esaurisce qui, però, il ruolo dell'art. 81 Cost. La Corte, infatti, prevedendo che, nel caso di una declaratoria di incostituzionalità retroattiva, il legislatore sarebbe costretto ad una manovra finanziaria con ripercussioni sulle fasce non privilegiate della popolazione, prefigura una situazione in cui il ripristino da parte del legislatore della legalità costituzionale in riferimento all'art. 81 Cost. comporterebbe una violazione (forse più grave) dei principi di solidarietà sociale ricavabili dagli artt. 2 e 3 Cost. La Corte, pertanto, non si preoccupa soltanto della violazione diretta e immediata dell'art. 81 Cost. che la sua pronuncia potrebbe comportare, ma anche (esibendo una sorta di lungimiranza) delle possibili violazioni di altri principi costituzionali che potrebbero conseguire al ripristino della violazione diretta e immediata. Potremmo dire che la Corte si preoccupa, nel suo ragionamento sugli effetti della pronuncia, delle conseguenze incostituzionali di “primo grado” e di “secondo grado” (cioè le conseguenze delle conseguenze). Anzi, forse la Corte si preoccupa di più delle conseguenze di secondo grado che di quelle di primo: infatti, mentre sembra prevedibile che alla violazione dell'art. 81 il legislatore ponga riparo (e che quindi si tratti di una violazione temporanea), non è altrettanto prevedibile che il rimedio apprestato non comporti una lesione degli artt. 2 e 3 Cost. La decisione della Corte mostra alcuni punti apprezzabili ed altri discutibili. Innanzi tutto, ci si potrebbe chiedere come faccia la Corte ad essere sicura che l'eventuale manovra che il legislatore dovrebbe mettere in atto per riparare alla violazione dell'art. 81 sia tale da ferire e compromettere la solidarietà sociale. Qual è il supporto conoscitivo e istruttorio di questa previsione? A questo tipo di osservazione si potrebbe replicare ribadendo ancora una volta che è propria delle questioni policentriche la difficoltà di prevedere con precisione le conseguenze di una scelta. D'altro canto, non si può negare che il giudizio di un giudice costituzionale è tanto più apprezzabile quanto più è fondata e solida la motivazione che lo supporta. Un apprezzamento si può mostrare nei confronti del modo in cui il giudice fa operare l'art. 81 Cost.

⁹⁹ Inoltre, la Corte avverte che la retroattività della dichiarazione di incostituzionalità produrrebbe, sotto un certo profilo, un *vulnus* proprio agli artt. 3 e 53 Cost., per via dell' «indebito vantaggio che alcuni operatori economici del settore potrebbero conseguire – in ragione dell'applicazione retroattiva della decisione della Corte in una situazione caratterizzata dall'impossibilità di distinguere ed esonerare dalla restituzione coloro che hanno traslato gli oneri». Dunque, pare che siano essenzialmente due gli ordini di ragioni che impongono alla Corte di modulare gli effetti temporali della sua pronuncia: il primo è direttamente collegato all'art. 81 Cost. e (forse indirettamente) agli artt. 2 e 3 Cost.; il secondo invece riguarda gli artt. 3 e 53 Cost. In questa sede, ci si concentrerà sul primo ordine di ragioni.



in rapporto con gli altri principi costituzionali. Mostrando preoccupazione per le possibili conseguenze incostituzionali di un'eventuale riparazione della violazione dell'art. 81, la Corte sta dicendo chiaramente che il mero rispetto dell'art. 81 Cost. non può essere sufficiente, in quanto devono essere rispettati e attuati anche altri principi costituzionali: pertanto, l'osservanza dei principi di cui all'art. 81 Cost. deve essere perseguita senza tralasciare il rispetto di altri principi costituzionali, in particolare quelli relativi alla solidarietà e l'uguaglianza. L'art. 81 Cost. non può campeggiare solitario come principio tiranno, ma deve essere collocato all'interno del quadro complessivo di tutti i principi costituzionali. Tuttavia, non si può non ricordare che la sentenza in commento mostra un punto debole di grande importanza. L'operazione compiuta di modulazione degli effetti temporali della decisione non pare contemplata dal diritto processuale costituzionale vigente in Italia¹⁰⁰. Ovviamente, la criticità (o, se si vuole, la gravità) di tale operazione dipende dalla concezione di fondo che si ha della giustizia costituzionale: è dirimente la risposta che si dà alla domanda se essa costituisca una forma di garanzia (prevalentemente) politica o (prevalentemente) giurisdizionale del rispetto della Costituzione. Non è scopo di questo lavoro ricostruire il dibattito enorme su questo tema. Basti dire che si accoglie l'idea per cui il giudice costituzionale non può svolgere un controllo di tipo politico, altrimenti la sua legittimazione sarebbe destituita di fondamento in un ordinamento che accoglie il principio democratico. Se il sistema di giustizia costituzionale ha carattere giurisdizionale, allora l'esistenza di un diritto processuale che regola e vincola il giudizio è fondamentale per la legittimazione del giudice¹⁰¹. L'importanza e il rilievo del diritto processuale crescono tanto più, allorché il giudizio

¹⁰⁰ Si rinvia alle considerazioni di R. Romboli, per il quale « a fronte di una disposizione legislativa che stabilisce inequivocabilmente che la norma dichiarata incostituzionale non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla *Gazzetta ufficiale*, la Corte costituzionale non procede ad una, seppur ardita, interpretazione della medesima, bensì ad una sostanziale disapplicazione della stessa in ragione dell'esito di un bilanciamento tra principi costituzionali e regole processuali, costituzionalmente necessario allo scopo di contemperare tutti i principi e diritti in gioco e per un risultato sostanziale che eviti di determinare una ancora maggiore situazione di incostituzionalità» (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, in www.forumcostituzionale.it, 6 aprile 2015, disponibile su http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/12/nota_10_2015_romboli.pdf, p. 14).

¹⁰¹ «Il richiamo alla necessità del rispetto delle regole processuali sta a significare tutela di un valore assai importante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità cioè di “individuare *standard* di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale» (R. ROMBOLI, *op. cit.*, p. 3).

costituzionale abbia – come scopo principale o come scopo indiretto – il compito di apprestare una forma di tutela a situazioni giuridiche soggettive¹⁰². Nel sistema italiano, il problema che si pone pare essere quello dell'esistenza di regole processuali nel senso pieno, autentico che il termine ha nel diritto processuale. Si tratta, cioè, di stabilire se le regole che disciplinano l'andamento del giudizio siano vincolanti per tutti i destinatari e, soprattutto, per lo stesso giudice costituzionale. La sentenza n. 10 del 2015 pone esattamente il problema della vincolatività delle regole processuali, e lo fa nei termini di un bilanciamento tra principi e valori costituzionali. La questione su cui sorgono degli interrogativi concerne, dunque, la bilanciabilità delle stesse regole processuali¹⁰³. Per rispondere a questa domanda, è necessario effettuare una opzione fondamentale sul ruolo e sul “peso” delle regole processuali nel sistema di giustizia costituzionale. Se si ritiene che esse siano fondamentali per la stessa legittimazione dell'attività del giudice costituzionale, concepita come avente natura giurisdizionale, allora esse non possono essere ritenute bilanciabili con altri principi costituzionali, in quanto devono essere immaginate e rappresentate come «una sorta di cornice che delimita e quindi stabilisce i confini entro cui la Corte può esercitare la propria attività, fra cui ovviamente anche quella di bilanciamento»¹⁰⁴. Con ciò non si vuole negare che la Corte costituzionale è un giudice che si differenzia dagli altri giudici per vari aspetti, tra i quali si annoverano il potere normativo in ordine alle regole del proprio processo, e anche la disponibilità di un margine di elasticità nell'interpretazione/integrazione delle proprie regole processuali. Si vuole dire, però, che tali peculiarità della Corte devono contenersi

¹⁰² Cfr. R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 1: «Il rilievo che assumono l'esistenza di regole processuali ed il rispetto delle medesime tende ad aumentare proporzionalmente quanto più il sistema contiene forme di tutela delle posizioni soggettive e dei diritti fondamentali e quanto più esse divengono importanti o addirittura esclusive ai fini del giudizio». L'A. ricorda che nella storia del dibattito italiano sul diritto processuale costituzionale sono emerse sia le posizioni tendenti alla svalutazione del significato e della importanza da attribuire alle disposizioni del processo costituzionale, sia quelle volte a rivendicarne il valore, «rilevando come l'aspettativa di giustizia non potrebbe sussistere senza un processo, non essendo neppure pensabile un giudice senza un diritto processuale, il quale si trasformerebbe in gestore arbitrario delle posizioni sulle quali è chiamato a decidere» (R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 2).

¹⁰³ Come afferma Romboli, «si tratta in particolare di capire se il rispetto delle regole processuali debba considerarsi “esterno” all'attività di bilanciamento oppure “interno” alla stessa» (R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 3).

¹⁰⁴ *Ibidem*. «Ritenere il rispetto delle regole processuali un valore “interno” all'opera di bilanciamento, significa in sostanza negare l'esistenza di un diritto processuale costituzionale e la funzione in via di principio attribuita e riconosciuta alle regole processuali, togliendo loro qualsiasi, reale significato, una volta che la violazione delle stesse può sempre essere giustificata e legittimata attraverso il richiamo alla “ragionevolezza dei fini di volta in volta presumibilmente perseguiti dalla Corte” oppure alla “ragionevolezza del mezzo prescelto” (*ibidem*).

entro certi limiti, per evitare che sfocino in veri e propri abusi¹⁰⁵. Probabilmente, nel caso della sentenza n. 10 del 2015, la Corte ha realizzato un abuso del diritto processuale, disapplicando una norma – quella ricavabile dall’art. 30, comma 3, l. 87/1953 - «che inequivocabilmente richiede al giudice comune di non dare applicazione alla norma dichiarata incostituzionale a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza sulla *Gazzetta Ufficiale*¹⁰⁶.

6.3 Alcune considerazioni di sintesi sul potere di modulare gli effetti temporali delle decisioni, anche alla luce delle criticità delle sentenze considerate

Come si è visto, le due decisioni richiamate sono state molto discusse, in quanto sono state percepite, in un certo senso, come delle “anomalie” nei rispettivi sistemi nazionali di giustizia costituzionale. Tuttavia, tra la sentenza portoghese e la sentenza italiana c’è una differenza di non poco conto. Il giudice portoghese ha superato un divieto che derivava dalla propria giurisprudenza, ma che non è espressamente stabilito nella Costituzione o nelle leggi. La Corte costituzionale italiana, invece, ha esercitato un potere che non le è attribuito dalle fonti in materia di giustizia costituzionale.

Avendo considerato queste due decisioni, si può concludere che il potere di modulare gli effetti temporali delle decisioni sia molto utile alle Corti costituzionali, quando devono decidere questioni con forte impatto sull’allocazione delle risorse, come quelle che riguardano i diritti sociali. Tale utilità si apprezza soprattutto in un contesto di crisi economica, in cui sono molto diffusi i fattori di instabilità che mettono in pericolo la tenuta complessiva dei conti pubblici (e anche dei valori costituzionali). Tuttavia, una condizione necessaria per l’esercizio di tale potere è che esso sia previsto nelle fonti che disciplinano la giustizia costituzionale. Per proteggere la legittimazione del giudice costituzionale, è essenziale che esso non si trasformi nel padrone del diritto processuale, ma che rimanga sempre nel recinto delle regole fissate dal legislatore, e non si appropri di poteri che non gli sono stati attribuiti. Ciò vale particolarmente quando l’esercizio di un certo potere espone il giudice a valutazioni molto discrezionali, che possono facilmente trasformarsi in valutazioni politiche (si pensi alla clausola dell’eccezionale interesse pubblico nell’art. 282, comma 4, della Costituzione portoghese). Un’altra condizione molto importante per

¹⁰⁵ Cfr. R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 4. L’A. richiama un saggio di Pizzorusso in cui si distingueva tra uso e abuso del diritto processuale costituzionale.

¹⁰⁶ R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, p. 21. Continua l’A.: «la suddetta disapplicazione non potrebbe comunque trovare giustificazione quale risultato di un inammissibile bilanciamento tra principi costituzionali ed una regola processuale, la quale, come detto, deve ritenersi esterna all’attività di bilanciamento ed anzi fondativa della legittimazione della Corte ad operare lo stesso, al pari dell’esercizio di qualsiasi altra competenza ad essa attribuita».

il buon uso del potere è che il giudice costituzionale sia supportato dall'attività dei soggetti che a vario titolo partecipano al processo. Essi (a cominciare dai soggetti interessati a difendere le disposizioni sospettate di incostituzionalità, e quindi la loro efficacia) devono fornire dati e argomenti solidi per dimostrare la sussistenza di valide ragioni per la modulazione degli effetti temporali della decisione. In questo modo, il giudizio della corte costituzionale diventa meno libero e discrezionale, perché vincolato al controllo e alla verifica dell'efficacia di argomenti e contro-argomenti addotti da altri soggetti.

7. Conclusioni

Il primo obiettivo di questo lavoro era cercare di dimostrare la non fondatezza della tesi per cui la crisi economica produrrebbe una “de-legalizzazione” del diritto dell'Unione. Se, da un lato, gli argomenti per sostenere la crisi del costituzionalismo europeo devono essere senz'altro presi in considerazione, in quanto colgono elementi di realtà, tuttavia essi non sembrano in grado di mettere in discussione il paradigma dell'*integration through law*.

Così come non sembra venuto meno tale paradigma, non sembra possa parlarsi neanche di marginalizzazione delle corti. Se è vero che la Corte di Giustizia non è stata finora particolarmente incisiva nelle questioni della crisi, tale dato va valutato alla luce di una tradizionale “lontananza” di questo giudice dalle problematiche economiche dell'Unione. Inoltre, vi sono segnali che fanno pensare ad una possibile inversione di tendenza. I giudici costituzionali hanno avuto spesso modo di pronunciarsi sulla crisi; anche se non sono molti i casi in cui hanno apertamente ostacolato misure riconducibili ai nuovi strumenti messi in campo per affrontarla, tuttavia non hanno mancato di esprimere alcune perplessità o alcuni *caveat*, formulati dal punto di vista costituzionale nazionale.

I giudici costituzionali possono dare un contributo importante ai problemi generati dalla crisi e hanno (o, se non li hanno, possono ricevere) gli strumenti per farlo. Tuttavia, quando affrontano questioni legate ad una crisi economica dirompente e destabilizzante come quella in atto, il rischio di politicizzazione della loro giurisdizione diventa molto alto. Pertanto, è necessario presidiare il loro operato con robuste garanzie atte a difendere la loro legittimazione di giudici. Innanzi tutto, il legislatore deve preoccuparsi di fornire di un adeguato fondamento legale e costituzionale i poteri di cui i giudici costituzionali dovessero avere bisogno per affrontare la crisi. Inoltre, i soggetti che prendono parte al processo devono “aiutare” il giudice a giudicare, completando il suo quadro conoscitivo e sobbarcandosi oneri argomentativi per rendere più controllabile la decisione.