

## *Presentazione*

Il presente lavoro analizza la normativa e la prassi che connotano alcune esperienze di giustizia costituzionale europee (nonché della Corte di giustizia dell'Unione) in tema di modulazione nel tempo delle pronunce di incostituzionalità, avendo particolare riguardo alle considerazioni di ordine economico-finanziario che possono incidere su tali determinazioni.

La scelta delle esperienze da esaminare è stata orientata nel senso di evidenziare le differenze sussistenti tra due forme di modulazioni, quali, per un verso, la limitazione degli effetti per il passato e, per l'altro, il differimento nel tempo dell'efficacia nel futuro. Sono quindi stati selezionati, tendenzialmente, ordinamenti nei quali le decisioni di incostituzionalità hanno, in linea di principio, effetti retroattivi. Al contempo, la selezione è stata diretta ad individuare corti o tribunali che, secondo modalità diverse, hanno dato luogo – almeno in alcuni casi – al differimento nel tempo delle proprie pronunce di incostituzionalità.

### *A] La limitazione degli effetti retroattivi delle pronunce di incostituzionalità*

L'affermazione di principio secondo cui l'incostituzionalità ha effetti, non solo per il futuro, ma anche retroattivi (sia pure limitatamente ai rapporti non esauriti) conosce, nel panorama comparatistico, significative deroghe, talora esplicitate in testi normativi e talaltra (più frequentemente) emergenti dalla giurisprudenza costituzionale.

I. – L'esplicitazione più chiara delle deroghe è probabilmente quella della Costituzione portoghese, che, dopo aver inequivocabilmente affermato l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità (sancendo, tra l'altro, la reviviscenza della norma abrogata da quella poi rivelatasi incostituzionale), precisa che, quando lo esigano “la certezza del diritto, ragioni di equità o di interesse pubblico di eccezionale rilievo”, con una decisione specificamente motivata sul punto, il Tribunale costituzionale può “stabilire gli effetti dell'incostituzionalità [...] con una portata più limitata” (art. 282, comma 4, Cost.). Il Tribunale costituzionale, non senza resistenze spesso esplicitate in opinioni dissenzianti, fa impiego di questo potere, soprattutto in determinati contesti. Ad esempio, con frequenza, la retroattività delle pronunce di

incostituzionalità è stata esclusa per norme impositive, onde evitare difficoltà per l'erario derivanti dalla necessaria restituzione delle somme già versate da parte dei privati.

II. – Meno concludente è il riferimento contenuto nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ma già presente nel diritto primario anteriore al Trattato di Lisbona, sia pure in forma più ristretta), che attribuisce alla Corte di giustizia, “ove lo reputi necessario”, il potere di precisare “gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi” (art. 264, secondo comma, Tfu). La Corte di giustizia ha interpretato questa disposizione nel senso di rendere possibile l'operatività *ex nunc* delle pronunce di annullamento di atti normativi comunitari, e si è anzi riconosciuto – a far tempo dalla sentenza *Defrenne* del 1976 – il potere di procedere ad una tale limitazione finanche nel quadro di pronunce interpretative. In tale ultima evenienza, peraltro, l'esclusione della retroattività è da ritenersi assolutamente eccezionale, subordinata com'è al concorrere di diverse condizioni, grossolanamente sintetizzabili nella sussistenza della “buona fede” di singoli e Stati membri che abbiano applicato in modo erroneo una normativa obiettivamente incerta e nella gravità delle conseguenze economiche che rischierebbero di prodursi nel caso di un'applicazione retroattiva della pronuncia resa dalla Corte.

III. – In Spagna, il collegamento tra dichiarazione di incostituzionalità ed efficacia *ex tunc* della stessa, secondo quanto risulta dal dato letterale delle disposizioni della Legge *orgánica* sul Tribunale costituzionale, è stato in un primo tempo confermato dal Tribunale medesimo. A partire dal 1989 (STC 45/1989), però, si è fatto luogo ad una reinterpretazione del dettato normativo (in particolare, degli articoli 38-40 LOTC), sulla scorta del quale si è operata una scissione logica tra la dichiarazione di incostituzionalità ed il (conseguente) accertamento della nullità, di talché il Tribunale costituzionale si è ritenuto legittimato a modulare nel tempo l'efficacia della pronuncia di incostituzionalità. Prima conseguenza di tale facoltà è stata la possibilità di privare di effetti retroattivi la pronuncia, che dunque può operare anche solo *ex nunc*. Questa opzione è divenuta di fatto la regola, quando si tratta di norme impositive (non a caso, la STC 45/1989 verteva sulla disciplina dell'imposta sul reddito delle persone fisiche): in tal modo, infatti, il Tribunale costituzionale può decidere senza dover prendere in considerazione l'incidenza sulla certezza del diritto e sull'erario che la sua pronuncia potrebbe avere.

IV. – Per quel che attiene alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, la deroga all'efficacia retroattiva dell'incostituzionalità pare che

possa inquadarsi in un generale potere, che il Tribunale si è attribuito – quanto meno – *praeter legem*, di modulare gli effetti nel tempo delle sue pronunce attraverso l'introduzione di un dispositivo di (mera) incompatibilità, diverso dall'incostituzionalità-nullità. Su di esso, conviene tuttavia rinviare a quanto si dirà *infra, sub* [B].II.

V. – Nel contesto della limitazione degli effetti retroattivi delle decisioni di incostituzionalità, le esperienze austriaca e francese sono senz'altro stravagante (in senso etimologico). Il prototipo austriaco, come noto, è basato sulla regola per cui la declaratoria di incostituzionalità ha effetti abrogativi, stante la natura di “legislatore negativo” da riconoscersi alla Corte costituzionale. L'eccezione è rappresentata dal giudizio che ha dato luogo alla pronuncia, sul quale la declaratoria spiega effetti; la Corte, tuttavia, ha la possibilità di estendere gli effetti della sua decisione anche ad ulteriori rapporti in corso, sulla base di una valutazione improntata, in ultima analisi, al bilanciamento tra la certezza del diritto ed il senso di giustizia.

La stravaganza del sistema francese non si apprezza solo – e non si apprezza tanto – per l'irrelevanza che la tematica ha avuto per lungo tempo, fino a quando, cioè, il controllo di costituzionalità era unicamente preventivo. Con la recente introduzione di un controllo in via incidentale, infatti, il modello francese ha aderito al modello austriaco-kelseniano dell'attribuzione di effetti *ex nunc* della eventuale pronuncia caducatoria, con il che, semmai, il problema che si è posto è stato quello di consentire al Consiglio costituzionale di estendere la portata dell'incostituzionalità, onde assicurare una utilità per le parti del giudizio *a quo* e per quelle degli altri giudizi pendenti. La giurisprudenza costituzionale francese si è dunque caratterizzata per l'assunzione di un potere di modulazione volto a dare, entro certi limiti ed a certe condizioni, efficacia retroattiva a decisioni che, in linea di principio, non ne avrebbero avuti. In tal senso, il Consiglio costituzionale ha potuto giovare della disposizione costituzionale che, dopo aver riconosciuto l'efficacia *ex nunc* dell'incostituzionalità, ha chiarito che “[i]l Consiglio costituzionale stabilisce le condizioni ed i limiti in cui gli effetti prodotti [dalla disposizione dichiarata incostituzionale] possono essere rimessi in discussione” (art. 62, secondo comma, secondo periodo, Cost.).

#### B] *Il differimento nel tempo degli effetti delle pronunce di incostituzionalità*

Analogamente a quanto si è potuto constatare in ordine alla limitazione degli effetti retroattivi delle decisioni di incostituzionalità, anche per quanto concerne la loro efficacia differita nel tempo si hanno deroghe significative in molti ordinamenti.

I. – Il prototipo di queste soluzioni è probabilmente da rintracciarsi nella Legge costituzionale austriaca del 1930, il cui art. 140, par. 5, terzo periodo, nella versione attualmente in vigore, prevede che “[l]’annullamento [delle disposizioni di legge] ha effetti dal giorno della pubblicazione [della decisione], a meno che la Corte costituzionale non abbia stabilito un termine per la sua entrata in vigore; questo termine non può superare i diciotto mesi”. Dall’indagine comparatistica, peraltro, emerge che le deroghe al principio generale dell’efficacia dal momento della pubblicazione della decisione sono solo in parte esplicitate in testi normativi, giacché in diverse esperienze il potere di differimento si è affermato in via pretoria.

II. – In Germania, la Legge sul Tribunale costituzionale federale contempla la possibilità di pronunciare decisioni di incostituzionalità-nullità o di (mera) incompatibilità con la Legge fondamentale. Tale previsione è stata inserita con la riforma della legge operata nel 1970. Si tratta, peraltro, della ratifica, in termini assai generici, di un potere che il Tribunale costituzionale federale si era attribuito, in via pretoria, sin dagli anni cinquanta (il primo o, comunque, uno dei primi casi risale al 1958), potendo contare, per un verso, sul silenzio serbato dalla Legge fondamentale in ordine agli effetti delle pronunce e, per l’altro, sull’esigenza di addivenire a soluzioni che meglio garantissero un contemperamento delle diverse esigenze in gioco nei casi specifici.

Con le pronunce di incompatibilità, all’accertamento dell’incostituzionalità non consegue l’espunzione definitiva della normativa viziata dall’ordinamento, che viene dilazionata nel futuro. Nel quadro di poteri conformativi estremamente ampi, il Tribunale può decidere, in base al caso concreto, quali conseguenze far derivare dalla decisione: così, a volte si limita ad imporre un intervento del legislatore, non specificando però tempi e modi in cui ciò debba avvenire; altre volte, invece, fissa un termine entro il quale il legislatore deve provvedere ad adottare una nuova legge che ripristini la coerenza tra fonte costituzionale e fonti subordinate.

Se il Tribunale non dispone in maniera difforme, gli effetti immediati della pronuncia di incompatibilità si traducono nell’impedimento all’applicazione della legge, con effetti retroattivi; di fatto, però, è tutt’altro che infrequente che il Tribunale costituzionale si faccia carico di specificare la portata della sua pronuncia. È in questo quadro che si offre la possibilità di disciplinare gli effetti provvisori della pronuncia, magari nel senso di sancire l’applicabilità in via transitoria delle disposizioni legislative. In certi casi, è lo stesso Tribunale a

dettare in sentenza una disciplina provvisoria destinata a non essere più efficace una volta entrata in vigore la nuova legge.

Le decisioni di incompatibilità sono adottate in presenza di una serie di situazioni che il Tribunale costituzionale federale medesimo ha tipizzato. Tra queste figurano i casi in cui l'incompatibilità sia funzionale alla tutela di interessi generali, che rende tollerabile il pregiudizio arrecato nel periodo transitorio dalla normativa incompatibile con la Costituzione. Al novero degli interessi generali si riconducono anche una affidabile progettazione finanziaria e del bilancio, indispensabile per il regolare funzionamento dello Stato, nonché l'interesse ad un'uniforme attuazione amministrativa in relazione ai periodi di imposizione in gran parte conclusi e definiti. Non è dunque un caso che, nel diritto tributario, specie in tempi recenti, la regola sia rappresentata – non già dalle dichiarazioni di incostituzionalità-nullità, bensì – dalle pronunce di incompatibilità.

III. – Adottando una interpretazione lata delle rilevanti disposizioni dei trattati, la Corte di giustizia, nel quadro della modulazione degli effetti nel tempo delle proprie pronunce di annullamento, è addivenuta, in qualche caso, a traslarli nel futuro. In particolare, la dilazione è stata collegata all'esigenza di evitare un annullamento anteriore alla emanazione di un nuovo atto normativo, idoneo a superare l'invalidità di quello oggetto di scrutinio. Possono segnalarsi, ad esempio, un caso del 1973, relativo all'adattamento annuale degli stipendi dei funzionari e di altri agenti delle Comunità europee, ed uno del 2008, sul congelamento dei beni degli affiliati ad al-Qaeda.

IV. – Una evoluzione per certi versi simile si è avuta in Spagna, dove il Tribunale costituzionale, una volta reinterpretato, con la precitata sentenza del 1989, il dettato normativo sugli effetti delle decisioni di incostituzionalità, ha progressivamente esteso il suo margine di manovra: così, ad esempio, alla mera modulazione della portata retroattiva si è aggiunta la possibilità di dilazionare nel tempo gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità.

Uno degli esempi più recenti dell'esercizio di questo potere è senz'altro la STC 152/2014, che ha dilazionato di un anno gli effetti dell'incostituzionalità di una disposizione di legge finanziaria.

La motivazione che soggiace a questo tipo di modulazioni è solitamente inquadrabile nel principio di certezza del diritto; è tuttavia da sottolinearsi che il terreno d'elezione di queste tecniche dilatorie si identifica nell'ambito finanziario.

V. – Il potere di modulazione che la Costituzione portoghese attribuisce al Tribunale costituzionale è stato per lungo tempo interpretato come limitato alla

definizione della portata della retroattività delle pronunce di incostituzionalità. Tanto questo limite era ritenuto invalicabile che, in un caso in cui una declaratoria di incostituzionalità con effetti immediati avrebbe cagionato un grave vuoto normativo, il Tribunale aveva adottato l'*escamotage* di ritardare di quasi sei mesi la pubblicazione della decisione di incostituzionalità (sentenza n. 866/1996).

Recentemente, con la sentenza n. 353/2012, nel contesto di grave crisi finanziaria che ha colpito il paese, il Tribunale è giunto a dichiarare l'incostituzionalità di una misura incidente sulla retribuzione dei dipendenti pubblici, ma limitatamente alla sua applicazione negli anni successivi a quello in corso. Al fine di non incidere eccessivamente sull'andamento dell'esercizio finanziario ormai ampiamente in corso, il Tribunale ha quindi optato per la preservazione degli effetti della misura per l'anno 2012.

VI. – Il Consiglio costituzionale francese, fondandosi sull'attribuzione di un generico potere di modulazione nel tempo degli effetti dell'incostituzionalità (v. *supra*, *sub* [A].V.), ha fatto assai frequentemente ricorso, nel giudizio in via incidentale, alla fissazione di un termine oltre il quale la sua declaratoria di incostituzionalità avrebbe avuto effetti. Complessivamente, in quasi un terzo delle decisioni che recano dispositivi di incostituzionalità, gli effetti della stessa sono stati procrastinati nel tempo. Le ragioni per cui si procede al differimento non sono compiutamente precisate dal Consiglio costituzionale, il quale richiama per solito interessi generali e, soprattutto, l'esigenza di lasciare al legislatore il compito di esercitare la sua discrezionalità normativa; è evidente, comunque, che anche ragioni di ordine finanziario, pur se non esplicitate, possono avere un peso sulle determinazioni del Consiglio.

Il tema qui in esame parrebbe, in sé e per sé, privo di qualunque interesse per ciò che attiene al sindacato sulle leggi in via preventiva. Ciò nondimeno, la giurisprudenza del Consiglio costituzionale ha mostrato, nel corso degli anni, una certa "creatività". Sebbene numericamente contenuti, non mancano, infatti, casi di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, cui si è fatto ricorso, in particolare, quando una declaratoria di incostituzionalità avrebbe cagionato fattispecie di invalidità anche più gravi rispetto a quelle che affliggevano la legge oggetto di sindacato. Una variante è rappresentata dalle "censure virtuali" (usate soprattutto in materia finanziaria), con cui l'entrata in vigore della legge viene accompagnata dall'obbligo per il legislatore di intervenire a modificare la legge stessa al fine di renderla conforme alla Costituzione entro un termine stabilito nella decisione stessa.

In qualche caso si è invece agito direttamente sull'efficacia della legge oggetto di scrutinio, ora per spostarne il termine iniziale (al momento in cui sarebbe entrata in vigore un'altra legge con cui quella esaminata avrebbe fatto sistema) ora per porre un termine finale (onde assicurare l'attuazione, in via interinale, di una direttiva comunitaria).

*Paolo Passaglia*