

30 DICEMBRE 2016

I “deficit strutturali” del giudice costituzionale nelle decisioni sulla crisi. Considerazioni svolte su alcuni casi in materia pensionistica tratti dalla giurisprudenza italiana e portoghese.

di Bruno Brancati

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale  
Università di Pisa



# I “deficit strutturali” del giudice costituzionale nelle decisioni sulla crisi. Considerazioni svolte su alcuni casi in materia pensionistica tratti dalla giurisprudenza italiana e portoghese \*

**di Bruno Brancati**

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale  
Università di Pisa

**Sommario:** **1.** Domanda di ricerca e struttura del lavoro. **2.** Un possibile approccio giudiziale ai diritti sociali **3.** Le decisioni considerate. **3.1.** Premessa: la “necessità” della giurisdizionalizzazione della crisi. **3.2.** Sentenza n. 187 del 2013 del Tribunale costituzionale portoghese. **3.3.** Sentenza n. 575 del 2014 del Tribunale costituzionale portoghese. **3.4.** Sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale italiana. **4.** L’onere di giustificazione che incombe sul legislatore. **4.1.** Alcune precisazioni sulla motivazione/giustificazione della legge. **5.** Considerazioni di sintesi.

## **1. Domanda di ricerca e struttura del lavoro**

Questo lavoro ha ad oggetto alcune decisioni di carattere giurisdizionale rese sulla materia pensionistica e previdenziale. Questa giurisprudenza, però, rappresenta un caso di studio, un banco di prova per tentare di dimostrare una tesi che ha carattere più generale, e che riguarda l’intervento dei giudici su questioni concernenti i diritti sociali, le quali hanno forti implicazioni in termini di allocazione delle risorse. Si tratta, com’è noto, di un tema che ha sempre attirato l’attenzione e che assume una particolare importanza in fasi storiche caratterizzate da grandi crisi economiche. La domanda di ricerca è la seguente: quale deve essere il ruolo del giudice? L’esistenza di un catalogo costituzionale di diritti sociali e di giudici (specialmente costituzionali) deputati alla loro garanzia non sono sufficienti per proteggere i diritti sociali.

---

\* Il presente contributo rappresenta la rielaborazione di un intervento tenuto al convegno di studi dal titolo: “*Crisi economica, istituzioni democratiche e decisioni di bilancio*”, svoltosi a Pisa il 3-4 dicembre 2015. Il convegno ha rappresentato uno dei momenti conclusivi dell’unità locale pisana (coordinata dal Prof. Rolando Tarchi) della ricerca PRIN 2010-2011 “*Istituzioni democratiche e amministrazioni d’Europa: coesione e innovazione al tempo della crisi economica*” (responsabile scientifico la Prof.ssa Alessandra Pioggia – Università di Perugia).

Tale attività è poi proseguita nell’ambito del progetto di ricerca di ateneo (PRA 2016) finanziato dall’Università di Pisa, su “*Stato di crisi, poteri di governo, decisioni di bilancio e tutela dei diritti sociali negli stati UE*”, coordinato dal Prof. Roberto Romboli.

Lo scritto, prima di essere inviato alla Rivista è stato sottoposto a referaggio da parte dei responsabili scientifici nazionale e locale e da revisori esterni selezionati dal responsabile dell’unità.

Essi, infatti, non devono soltanto essere garantiti in via giurisdizionale, ma devono (prima di tutto) essere attuati dal legislatore. Il legislatore svolge un ruolo insostituibile per l'effettività dei diritti sociali<sup>1</sup>. Il giudice dovrebbe sempre tenere conto di ciò, adottando la necessaria cautela nel sindacare le scelte del legislatore. Sono frequenti in letteratura argomenti che, sulla base di queste considerazioni di fondo, tendono a enfatizzare i *deficit* strutturali del giudice in relazione ai diritti sociali e, di conseguenza, sono volti a contrastare la giurisdizionalizzazione degli stessi, o quantomeno, auspicano un *self-restraint* giudiziale. In questa sede, si vorrebbe mostrare come il riconoscimento dei suddetti *deficit* strutturali non conduca necessariamente ad un *self-restraint* giudiziale, ad un'autolimitazione del giudice stesso, ma può anche determinare l'adozione di tecniche di giudizio particolarmente forti e incisive sulla statuizione legislativa sottoposta al vaglio di costituzionalità.

Il lavoro si articolerà secondo questa struttura: 1) si mostreranno alcuni argomenti classici usati per "criticare" la giurisdizionalizzazione dei diritti sociali (ma, più in generale, la giurisdizionalizzazione dell'allocazione delle risorse) e si presenterà una recente versione di *self-restraint* giudiziale ispirata a questi argomenti; 2) si considereranno tre decisioni, appartenenti ciascuna ad un anno dell'ultimo triennio (due sono state rese dal Tribunale costituzionale portoghese ed una è stata resa dalla Corte costituzionale italiana: si tratta dell'importante sentenza n. 70 del 2015); 3) si metterà in luce una particolare tecnica di giudizio, che, pur presupponendo il limite cognitivo del giudice, si rivela molto efficace; 4) si svolgeranno, infine, alcune considerazioni di sintesi.

## 2. Un possibile approccio giudiziale ai diritti sociali

Com'è noto, l'intervento dei giudici in campo economico, ed in maniera particolare su questioni che riguardano l'allocazione delle risorse, è sempre stato foriero di controversie. Recentemente, tra coloro che hanno espresso perplessità e riserve circa la "giurisdizionalizzazione della crisi"<sup>2</sup>, si può citare Federico Fabbrini<sup>3</sup>. L'A. ritiene che il notevole coinvolgimento giudiziale in questioni collegate alla crisi economica debba essere criticato, tenendo presente tre istanze, cui si deve fare riferimento: la *voice*,

---

<sup>1</sup> V. X. CONTIADES - A. FOTIADOU, *Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation*, in *International Journal of Constitutional Law*, n. 3/2012, p. 664, e J.KING, *Judging Social Rights*, Cambridge, 2012, p. 2.

<sup>2</sup> Bisogna precisare che il fenomeno della giurisdizionalizzazione della crisi, che in questa sede non verrà messo in discussione (dato il significativo intervento di giudici europei in questioni concernenti misure di vario tipo adottati per contrastare la crisi economica), e che è riconosciuto da molti autori (come lo stesso Fabbrini, citato *infra*) non appare come del tutto scontato, nel panorama della dottrina. Si può ricordare, infatti, una recente opera di Scicluna (N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism in crisis*, London and New York, 2015), in cui l'A. sostiene che le corti sarebbero sempre più marginalizzate nel processo integrativo.

<sup>3</sup> Vedi F. FABBRINI, *The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective*, in *Berkeley Journal of International Law*, n. 32/2014.

l'*expertise* e i diritti<sup>4</sup>. La prima fa riferimento alla volontà politica rilevante. Dunque, le *political branch* sono dotate di maggiore *voice* rispetto ai giudici<sup>5</sup>. Questa conclusione rimane ferma secondo l'A., anche in relazione all'attuale assetto della *governance* economico-finanziaria europea, caratterizzata da una accentuazione del metodo intergovernativo e da alcuni aspetti critici in termini di *deficit* democratico. Anche l'*expertise* economico-finanziaria rappresenta una qualità di cui le istituzioni politiche sono maggiormente dotate dei giudici<sup>6</sup>.

Ripercorrendo l'evoluzione della dottrina, in senso diacronico, ma anche confrontando le esperienze di vari ordinamenti, si possono riscontrare alcuni argomenti ricorrenti, che sono divenuti ormai – potremmo dire – “classici”, utilizzati per contestare, quasi per privare di legittimazione, la giurisdizionalizzazione delle questioni economiche. Si possono citare almeno quattro argomenti ricorrenti:

1) la legittimazione democratica: l'assemblea legislativa – in quanto costituisce espressione della rappresentanza democratica – è l'istituzione migliore in cui possa esprimersi il maggior numero di voci possibili; ciò risulta particolarmente importante quando vengono in gioco questioni che toccano l'allocatione delle risorse;

---

<sup>4</sup> L'A. richiama D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: the Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J. DUNOFF – J. TRACHTMAN (a cura di), *Ruling the World*, Cambridge, 2009, pp. 326-337. Secondo Halberstam, l'allocatione delle competenze nei sistemi con separazione dei poteri dovrebbe essere effettuata proprio sulla base di queste tre istanze.

<sup>5</sup> «Indeed, recent signs of inter-institutional conflict and democratic contestation reveal some capacity of the EU regime to respond to popular and democratic pressures in the economic domain. A prime example of this dynamic is reflected in the recent decision by the EU Parliament to reject the multi-annual financial framework agreed upon by the European Council which reduced the EU budget for this first time ever. With this act, in fact, the EU Parliament outlined a political vision alternative to that defended by a majority of member states in the European Council, politicizing fundamental decisions on fiscal issues. At the same time, one can think of several national elections which, since the outburst of the Euro-crisis, have shifted governmental powers to political coalitions advancing economic agendas which oppose the policies so far pursued in the reform of the EMU. Albeit very imperfectly, therefore, the EU political process provides a venue for legitimate decision-making that courts can hardly replace» (F. FABBRINI, *The Euro-Crisis and the Courts*, cit., pp. 72 s.).

<sup>6</sup> «By expertise, I mean bear the technical knowledge to understand economic phenomena and to take informed decisions on them and the institutional capacity to administer effectively measures which achieve the desired results. Governments and Parliaments and central banks at the national level, and the Commission, the Council, the Parliament and the ECB at the supranational level have the resources and institutional capacity to undertake this activity. Contrary to courts – which are generalist institutions, with knowledge mainly in the legal field – political branches work under the support of ad hoc research units, staffed with economists, statisticians, and social scientists, which monitor fiscal phenomena, and, through impact assessment and scientific evidence, can predict the effects of specific fiscal policies. Moreover, contrary to courts – which are by definition re-active institutions, since they can only respond to legal challenges – political branches can adopt proactive approaches, aimed at anticipating specific phenomena and creating incentives or disincentives toward virtuous economic results. Finally, contrary to courts – which are generally ill equipped with instruments to take decision in the policy field – political branches can resort to a broad swath of policy and legal measures to achieve their goals» (F. FABBRINI, *The Euro-Crisis and the Courts*, op. cit., pp. 71 s.).

2) la policentricità: per affrontare e decidere alcune questioni, è richiesta la comprensione di un gran numero di variabili interconnesse, al fine di prevedere le conseguenze verosimili di ogni cambiamento di politica; l'allocazione delle risorse a livello nazionale è attività policentrica per eccellenza;

3) l'*expertise*: il *welfare state* si è sviluppato grazie all'apporto di un notevole livello di *expertise*; i giudici sono chiamati a sindacare valutazioni fondate sull'*expertise*, ma non sono dotati di una tale *expertise*.

4) la flessibilità: a volte può essere molto importante “cambiare posizione”, prendere nuove e diverse decisioni in reazione a informazioni o sviluppi imprevisti; ciò rappresenta una valida ragione per lasciare che gli esecutivi o i parlamenti si assumano la responsabilità di determinati problemi. Infatti, mentre questi sono liberi di decidere quando lo ritengono opportuno, i giudici possono pronunciarsi “su richiesta”<sup>7</sup>. In una opera di alcuni anni fa<sup>8</sup> si cerca di rielaborare questi argomenti, trasformandoli in principi di *judicial restraint*. Questi principi devono suggerire al giudice di essere cauto, ma non fino al punto di abdicare al giudizio sui diritti sociali. Per quanto riguarda la legittimazione democratica, le corti possono compensare il loro *deficit* affrontando soprattutto due problemi-chiave, cioè l'assenza di *focus* legislativo su alcuni diritti e la protezione dei diritti di gruppi vulnerabili non adeguatamente considerati dalla maggioranza. In relazione alla policentricità, vengono messi in luce alcuni fattori attenuanti che moderano il peso della policentricità nella decisione del giudice. Anche l'argomento dell'*expertise* deve essere temperato in virtù di considerazioni varie: i *trade-offs* tra *expertise* e *accountability*, i diversi tipi di *expertise*, i fallimenti dell'*expertise*<sup>9</sup>. Per quanto riguarda l'esigenza di flessibilità, le corti possono mettere in campo una serie di

---

<sup>7</sup> Infatti, i giudici devono attenersi al principio espresso dal brocardo “*ne procedat iudex ex officio*”.

<sup>8</sup> L'opera è J. KING, *Judging Social Rights*, op. cit.

<sup>9</sup> La questione dell'*expertise* è emersa pure in occasione della causa *Gauweiler* (CGUE, Grande Sezione, sent. 16 giugno 2015, C-62/14, in [http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=29769&content=Gauweiler+e+A.+c.+Governo+federale+tedesco,+sulla+validità+delle+decisioni+della+BCE+circa+le+Outright+Monetary+Transactions+\(OMT\)&content\\_author=](http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=29769&content=Gauweiler+e+A.+c.+Governo+federale+tedesco,+sulla+validità+delle+decisioni+della+BCE+circa+le+Outright+Monetary+Transactions+(OMT)&content_author=)), anche se non in relazione ad una istituzione politica, ma in relazione ad una istituzione tecnica (che esercita una enorme influenza, soprattutto in questo momento), come la BCE. L'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón ha affermato, nelle sue conclusioni, che la BCE «dispone di conoscenze tecniche e di preziose informazioni per l'adempimento del proprio compito, le quali, insieme alla sua reputazione e alla comunicazione pubblica, le consentono di manovrare le aspettative in modo che gli impulsi della politica monetaria giungano effettivamente all'economica. Pertanto, la BCE deve godere di un ampio margine di discrezionalità nella programmazione e nell'esecuzione della politica monetaria della UE e i tribunali devono controllare l'attività della BCE usando alquanto moderazione, in quanto mancano della specializzazione e dell'esperienza di cui dispone tale organismo in questa materia» (v. Comunicato Stampa n. 2/15, 14 gennaio 2015, Corte di Giustizia dell'Unione europea, Conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa C-62/14, disponibile su [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)). La Corte di Giustizia, nella sentenza in questione, ha affermato che «poiché il SEBC è chiamato, quando elabora e attua un programma di operazioni di mercato aperto quale quello annunciato nel comunicato stampa, a procedere a scelte di natura tecnica e ad effettuare previsioni e valutazioni complesse, occorre riconoscergli, in tale contesto, un ampio potere discrezionale» (par. 68, CGUE, sent. 16-6-2015, C-62/14, cit.). Al contempo, la Corte di Giustizia ha affermato altresì che «nel caso in cui un'istituzione dell'Unione disponga di un ampio potere discrezionale, il controllo del rispetto di alcune garanzie procedurali riveste importanza fondamentale. Fra tali garanzie rientra l'obbligo per il SEBC di esaminare, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi pertinenti della situazione di cui trattasi e di motivare le proprie decisioni

tecniche che ne tengono conto. In definitiva, i quattro principi di *judicial restraint* convergono verso un'indicazione generale favorevole ad un *modus operandi* di tipo incrementale: i giudici devono allontanarsi solo in misura limitata dallo *status quo*, e quando si devono occupare di macro-politiche devono consentire flessibilità agli organi legislativi e amministrativi. Le condizioni per un tale approccio sono l'esistenza di un quadro limitato e circoscritto di questioni da affrontare, in relazione alle considerazioni da svolgere, alle parti coinvolte e al controllo giudiziale, e l'imposizione in misura limitata di una conclusione della questione, se vengono in gioco macro-politiche. Se si tiene conto di ciò, l'ambito delle considerazioni rilevanti per il giudizio si riduce e le obiezioni che fanno perno sulla policentricità, l'*expertise*, etc. diventano meno drammatiche<sup>10</sup>.

Dopo aver presentato questo possibile approccio giudiziale ai diritti sociali, si passerà all'esame dei casi selezionati.

---

in modo sufficiente» (par. 69 della sentenza). Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che «se è pur vero che una verifica del rispetto dell'obbligo di motivazione può essere effettuata soltanto sulla base di una decisione formalmente adottata, occorre però rilevare che il comunicato stampa, nonché i progetti di atti giuridici esaminati in occasione della riunione del Consiglio direttivo nel corso della quale detto comunicato è stato approvato, permettono di conoscere gli elementi essenziali di un programma come quello annunciato in tale comunicato e sono idonei a consentire alla Corte di esercitare il suo controllo» (par. 71 della sentenza). La Corte esclude che l'analisi della situazione economica della zona euro sia viziata da un errore manifesto di valutazione (par. 74 della sentenza). Dunque, è questa la soglia dove si arresta il sindacato della Corte di Giustizia: quella dell'errore manifesto. Pertanto, il fatto che l'analisi in questione sia oggetto di contestazioni « non può bastare, di per sé sola, per rimettere in discussione tale conclusione, dato che, alla luce del carattere controverso che presentano abitualmente le questioni di politica monetaria e dell'ampio potere discrezionale del SEBC, da quest'ultimo non può esigersi altro se non l'utilizzazione delle sue conoscenze specialistiche in campo economico e dei mezzi tecnici necessari di cui esso dispone al fine di effettuare la medesima analisi con la diligenza e la precisione necessarie» (par. 75 della sentenza). Anzi, si potrebbe dire che il carattere controverso delle valutazioni di politica monetaria (ed economiche in genere) costituisce una ragione che deve dissuadere il giudice dall'entrare in questo genere di valutazioni, arrestando il suo sindacato ad una soglia antecedente. Non sembra essere stato questo il contegno tenuto da alcuni giudici costituzionali, secondo Cristina Fasone. L'A. ha affermato che i giudici costituzionali (in particolare, l'A. considera i giudici italiano, spagnolo e portoghese) hanno fatto un notevole ricorso ad argomenti di carattere economico, sebbene non siano supportati da esperti o consiglieri "tecnici": «*the use of economics in constitutional interpretation is not eased by technical experts and advisors working for these Courts to assist their understanding of the financial impact of judgments. In the Italian, Portuguese and Spanish Constitutional Courts there is no body or committee that carries out impact assessment, including the quantification of the fiscal effects, of constitutional case law other than the support provided by law clerks, some of whom have a clear expertise in matters of tax law, and neither is the presentation of amicus curiae briefs providing evidence and expert knowledge on the subject matter of a case allowed before these courts*» (C. FASONE, *Constitutional Courts Facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective*, EUI Working Papers, MWP 25/2014, disponibile su [www.cadmus.eui.eu](http://www.cadmus.eui.eu), p.43).

<sup>10</sup> Vedi J. KING, *Judging Social Rights*, op. cit., pp. 8-10.

### 3. Le decisioni considerate

#### 3.1 Premessa: la “necessità” della giurisdizionalizzazione della crisi

Le decisioni che si considereranno in questo lavoro sono tre, e sono tratte dalla giurisprudenza costituzionale sulla crisi italiana e portoghese, rese in ambito pensionistico. Si tratta della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale italiana, e delle sentenze n. 575/2014 e n. 187/2013 (quest’ultima verrà considerata soprattutto in relazione alla n. 575) del Tribunale costituzionale portoghese. Prima di passare all’analisi delle decisioni, si vorrebbe, però, svolgere alcune brevissime considerazioni generali sulla “necessità” della giurisdizionalizzazione della crisi. In particolare, bisogna spiegare perché e in che senso tale fenomeno sia ritenuto “necessario”. Il diritto europeo sta vivendo attualmente una condizione di “crisi dell’autorità”<sup>11</sup>. Con tale espressione si fa riferimento, innanzi tutto, al fatto che la linea di demarcazione tra diritto nazionale e diritto sovranazionale, spesso, è tutt’altro che chiara. L’assenza di chiarezza e di certezze nelle varie attribuzioni d’autorità, che devono necessariamente essere fissate, deriva, da un lato, dal fatto che le sfere di competenza nazionale e sovranazionale si toccano, si lambiscono sempre più spesso e, talvolta, si sovrappongono, dall’altro, dal fatto che i processi decisionali vedono ormai il concorso di una molteplicità di attori tale per cui è molto difficile poter dire in maniera netta a chi si debba imputare una certa decisione<sup>12</sup>. Questo contesto complesso e intricato rappresenta un terreno “bisognoso” dell’apporto della componente giurisdizionale nei processi decisionali, per le ragioni che si cercherà di individuare. È stato sostenuto che il diritto costituzionale, a livello globale, starebbe compiendo un passaggio epocale da una “cultura dell’autorità” ad una “cultura della giustificazione”<sup>13</sup>. Queste due espressioni hanno un significato ben preciso. La “cultura dell’autorità” rinviene la legittimità dell’esercizio del potere da parte degli organi di governo (“governo” si intende in senso lato) principalmente nel fatto che questi sono investiti di autorità per esercitarlo. Pertanto, il diritto pubblico dovrebbe mirare essenzialmente a tracciare i confini che delimitano le diverse sfere di autorità, garantendo che le decisioni siano prese proprio dai soggetti autorizzati a farlo<sup>14</sup>. Nella “cultura della

---

<sup>11</sup> Sul problema dell’autorità del diritto in Europa si concentra l’opera di M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, in particolare il capitolo finale.

<sup>12</sup> Quest’ultimo fenomeno si verifica in modo particolare nell’ambito che qui interessa, ovvero quello della *governance* economico-finanziaria. In questo ambito, gli Stati devono – in vario modo – “confrontarsi” con le istituzioni sovranazionali per prendere delle decisioni, le quali sono soggette a tre regimi, a tre discipline fondamentali, volte, rispettivamente, a: assicurare bilanci in equilibrio; evitare disavanzi eccessivi; evitare e correggere squilibri macroeconomici.

<sup>13</sup> M. COHEN-ELIYA – I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, n. 59/2011, pp. 463-490.

<sup>14</sup> «A culture of authority is based on the authority of government to exercise power. The legitimacy and legality of governmental action is derived from the fact that the actor is authorized to act. Public law, according to this conception, focuses on delimiting the borders of public action and on ensuring that decisions are made by those authorized to make them» (M. COHEN-ELIYA – I. PORAT, *Proportionality*, op. cit., p. 475).

giustificazione”, la legittimità dell’esercizio del potere non si risolve principalmente nel rispetto delle sfere di autorità. Quest’ultimo è certamente rilevante, ma è solo un punto di partenza per una verifica costituzionale della legittimità, la quale trova il suo baricentro nella ragionevolezza e nella persuasività. Gli atti di esercizio del potere hanno bisogno, per l’appunto, di argomenti per essere “giustificati”<sup>15</sup>. Il presupposto che permette alla cultura dell’autorità di prosperare è che nell’ordinamento sia ben chiaro – o, comunque, che vi siano meccanismi atti a rendere ben chiaro – quali siano le sfere di autorità, e quali siano i confini che le separano. Se questo presupposto viene meno, ricorrere alla “cultura della giustificazione” diviene, più che una opzione, una vera e propria necessità. La giustificazione dovrà far leva, necessariamente, su altri punti di appoggio: evidentemente, sulla ragionevolezza della decisione stessa (quindi, principalmente del suo contenuto). Per svolgere questo compito, uno strumento molto utile cui possono ricorrere i giudici è il controllo di proporzionalità/ragionevolezza<sup>16</sup>. Non è un caso, quindi, che le tre decisioni considerate siano state affrontate dai giudici con l’armamentario concettuale forgiato da questo tipo di controllo.

### **3.2 Sentenza n. 187 del 2013 del Tribunale costituzionale portoghese**

La sentenza n. 187 del 2013 è molto importante, perché ha rappresentato un segnale con cui il Tribunale portoghese ha mostrato di avere la capacità di colpire le misure anti-crisi, dopo un primo periodo in cui tendenzialmente aveva lasciato sussistere le statuizioni legislative. Questa decisione si occupa di una molteplicità di misure anti-crisi, ma in questa sede ci si concentrerà su una sola: il contributo straordinario di solidarietà (CES). Infatti, la considerazione di questa misura è funzionale alla comprensione della successiva decisione, la n. 575/2014.

Secondo il Tribunale, sebbene il pensionato nutra un’aspettativa legittima nella continuità del quadro legislativo e nel mantenimento delle proprie posizioni giuridiche, in questo caso un contributo para-fiscale applicato alla generalità dei pensionati rappresenta una misura appropriata agli obiettivi perseguiti dal legislatore. La misura soddisfa anche il requisito di necessità, in quanto non risultano mezzi alternativi meno onerosi per i titolari delle situazioni giuridiche soggettive che vengono in gioco, e ugualmente efficaci nel perseguimento dell’interesse pubblico. La norma, inoltre, non risulta sproporzionata o

---

<sup>15</sup> «In a culture of justification, on the other hand, the question of authority serves only as a starting point for the constitutional analysis, and the existence of authorization to act is a necessary but not a sufficient condition for legitimacy and legality. Rather, the crucial component in the legitimacy and legality of governmental action is that it is justified in terms of its “cogency” and its capacity for “persuasion”, that is, in terms of its rationality and reasonableness» (M. COHEN-ELIYA – I. PORAT, *Proportionality*, *op. ult. cit.*, p. 475).

<sup>16</sup> Come è stato detto, la proporzionalità è inseparabile dall’idea di giustificazione (vedi M. COHEN-ELIYA – I. PORAT, *Proportionality*, *op. ult. cit.*, p. 466).



eccessiva, data la sua natura eccezionale e transitoria e visto che il sacrificio richiesto è proporzionato al livello di reddito.

### **3.3 Sentenza n. 575 del 2014 del Tribunale costituzionale portoghese**

La sentenza n. 575 del 2014<sup>17</sup> si occupa del contributo di sostenibilità, che deve essere applicato a tutte le pensioni corrisposte a beneficiari dei sistemi pubblici di protezione sociale<sup>18</sup>. Il giudice costituzionale perviene ad una dichiarazione di incostituzionalità, sulla base di un'applicazione del principio di proporzionalità. Il Tribunale portoghese è esplicito nel dichiarare che grava sul legislatore uno “speciale onere di motivazione”, data l'intensità con cui vengono incise le posizioni giuridiche dei singoli. Non è sufficiente un'invocazione generica dell'obiettivo prefissato (la sostenibilità del sistema pensionistico pubblico). Il Tribunale mette in discussione la capacità della misura sottoposta a giudizio di risolvere i problemi del sistema pensionistico, in quanto essa avrebbe soltanto un effetto finanziario di diminuzione di spesa a breve termine, ma non una capacità di adattamento ai cambiamenti futuri, demografici ed economici. Pertanto, in assenza di una vera riforma strutturale, il legislatore in futuro potrà provvedere solo con altre misure congiunturali (di aumento del contributo o di estensione della platea dei soggetti interessati dalla misura).

Nel valutare la proporzionalità della misura, il Tribunale fa un confronto con una misura analoga, il CES (contributo straordinario di solidarietà), di cui si è parlato prima. Il Tribunale ricorda di aver considerato conforme a Costituzione il CES, applicando i principi di protezione dell'affidamento e di proporzionalità, in ragione del fatto che la misura doveva durare solo un anno, e aveva una natura eccezionale e transitoria (vedi decisioni nn. 187/2013 e 572/2014). Il fatto che le percentuali di riduzione delle pensioni fossero più elevate nel CES che nel contributo di sostenibilità<sup>19</sup> non è sufficiente per indurre il Tribunale a non

---

<sup>17</sup> Si tratta di un giudizio preventivo di costituzionalità, attivato dal ricorso del Presidente della Repubblica.

<sup>18</sup> Il contributo di sostenibilità doveva essere applicato a tutte le pensioni corrisposte a beneficiari dei sistemi pubblici di protezione sociale, indipendentemente dai presupposti su cui si fonda il riconoscimento della pensione. La misura, inoltre, riguardava non solo le pensioni corrisposte dai diversi sistemi pubblici, ma anche altre indennità monetarie dovute a pensionati sulla base di regimi supplementari. Il contributo ammontava al 2% per le pensioni fino a 2.000 €; andava dal 2% al 3,5% per le pensioni tra 2.000 € e 3.500 € (2% sul valore 2.000 € e il 5,5 % del resto fino a 3.500 €); ammontava al 3,5 % per i valori superiori a 3.500 €.

<sup>19</sup> Nel contributo di sostenibilità, il tasso effettivo era del 2% per le pensioni fino a € 2000, da 2 % a 3,5 % per le pensioni tra 2.000 € e 3.500 €, e del 3,5% per le pensioni che superano i 3.500 €, mentre nel CES il tasso era del 3,5% per le pensioni mensili tra € 1350 e € 1800 (che poi è stato applicato alle pensioni a partire da € 1000), dal 3,5 % al 10 % per le pensioni mensili comprese tra € 1.800,01 e € 3750, e del 10% sulle pensioni mensili di valore superiore a 3750 €. Per questo, nell'esposizione dei motivi che accompagna la proposta di legge che contempla il contributo di sostenibilità si afferma che quest'ultimo è più vantaggioso (o meno oneroso) per i pensionati, rispetto al CES.

ritenere quest'ultimo incostituzionale. L'aspetto dirimente, per il Tribunale, è che il CES era da intendersi come misura transitoria, mentre il contributo di sostenibilità era concepito come misure permanente<sup>20</sup>.

In conclusione, il Tribunale giunge alla dichiarazione di incostituzionalità della misura: rispetto al sacrificio imposto ai pensionati, l'interesse alla sostenibilità del sistema pensionistico pubblico non può essere considerato prevalente, in quanto viene perseguito attraverso una mera riduzione del valore delle pensioni, senza una ponderazione di altri fattori in grado di mitigare la lesione delle posizioni soggettive dei pensionati e senza una giustificazione sufficiente che possa fugare i dubbi circa l'adeguatezza e la necessità della misura (par. 36)<sup>21</sup>.

Alla decisione del Tribunale si accompagnano alcune opinioni dissenzienti. In questa sede, interessa richiamare quella del giudice Maria Lúcia Amaral, che contesta la legge con argomenti di grande rilievo: per questo giudice, le obiezioni che il Tribunale solleva contro la misura, pur essendo ragionevoli, non sono sufficienti per pervenire ad un giudizio di incostituzionalità. Ciò che avrebbe fatto il Tribunale, per il giudice dissenziente, è una imposizione al legislatore di una riforma *giusta* del sistema delle pensioni. Ovviamente, al Tribunale deve essere preclusa una tale operazione, e il giudice indica due ragioni. La prima si può ricondurre all'argomento dell'*expertise*: il problema della riforma delle pensioni ha una tale complessità tecnica che non può essere affrontato da un giudice, in quanto questo non ha la necessaria "vocazione funzionale" e non è "attrezzato epistemicamente" per farlo. La seconda ragione si può condurre, essenzialmente, all'idea della discrezionalità del legislatore e alla insindacabilità delle *political question*: le obiezioni del Tribunale possono anche essere ragionevoli, ma poiché si devono confrontare con argomenti altrettanto ragionevoli e diversi, bisogna concludere che il tema deve essere affrontato dal legislatore, e non da un giudice, non legittimato ad imporre una delle tante possibili visioni della giustizia.

---

<sup>20</sup> Il Tribunale dà conto della valutazione comparativa tra le due misure contenuta nel parere tecnico n. 2/2014 sul documento di strategia fiscale, reso dall'Unità tecnica di supporto per le questioni di bilancio dell'Assemblea della Repubblica il 21 maggio 2014. In base a questo parere, l'impatto derivante dalla sostituzione del CES con il contributo di sostenibilità è positivo per tutti i pensionati; se confrontato con il CES, il contributo di sostenibilità comporta un aggravio minore per tutte le pensioni (quelle più favorite dalla nuova misura sono le pensioni collocate nella fascia tra 3.750 e 4.611, 42 €). A questo punto, il Tribunale fa una considerazione interessante, sul piano del metodo della valutazione di costituzionalità: infatti, afferma che, mentre sul piano della politica legislativa è legittimo fare un confronto tra l'impatto che hanno rispettivamente due misure affini, sul piano giuridico l'"impatto della misura" consiste nell'incidenza sulle situazioni giuridiche soggettive, che può essere verificata solo badando al contenuto delle stesse. Il CES era una misura temporanea che doveva essere rinnovata in ogni legge di bilancio e non plasmava il contenuto delle situazioni giuridiche soggettive su cui incideva, il quale rimaneva inalterato.

<sup>21</sup> «Não pode ignorar-se, por outro lado, que o legislador, perante a intensidade da afectação das posições jurídicas dos particulares, tem um especial ónus de fundamentação. Não basta invocar genericamente um objetivo de sustentabilidade do sistema público de pensões. É necessário demonstrar que a medida de redução de pensões, com base na mera aplicação de uma taxa percentual sobre o valor mensal da pensão ou do somatório das pensões de cada titular, é do ponto de vista objetivo um meio idóneo e apto para a aproximação ao resultado pretendido e é ainda um meio necessário e exigível, por não existirem outros meios, em princípio, tão eficazes, que pudessem obter o mesmo resultado de forma menos onerosa para as pessoas afetadas» (Trib. Cost., sent. 5 aprile 2013, n. 187, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

### 3.4 Sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale italiana

La disciplina oggetto del giudizio di costituzionalità è contenuta nell'art. 24, comma 25, del d.l. 201/2011, nella parte in cui, per gli anni 2012 e 2013, limita la rivalutazione monetaria dei trattamenti pensionistici nella misura del 100%, esclusivamente alle pensioni di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS<sup>22</sup>. Tutti i giudici remittenti concordano sulla violazione dei parametri costituiti dagli artt. 3, 36, primo comma e 38, secondo comma, in quanto la mancata rivalutazione, violando i principi di proporzionalità e adeguatezza della prestazione previdenziale, si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza e ragionevolezza, causando una irrazionale discriminazione in danno della categoria dei pensionati. Proprio in riferimento a questi ultimi parametri indicati la questione è ritenuta fondata dalla Corte costituzionale (si tenga conto che la Corte ancora saldamente la tecnica stessa della perequazione ai principi di cui agli artt. 38, secondo comma e 36, primo comma). La Corte mette in luce le differenze che rendono la disciplina impugnata “diversa” da altre (anche dalla normativa successiva) e del tutto singolare (la sospensione ha durata biennale e incide anche su trattamenti pensionistici di importo meno elevato), ed assegna un ruolo di particolare momento al raffronto con la sentenza n. 316 del 2010, che aveva messo in guardia il legislatore da sospensioni a tempo indeterminato del meccanismo perequativo o da frequenti misure volte a paralizzarlo. Alla luce di quanto detto, la Corte ritiene che il blocco della perequazione di cui al d.l. n. 201 del 2011 valichi i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità. La Corte aggiunge, infine, alcune considerazioni che servono a capire *perché* essa arrivi ad una decisione di incostituzionalità. La Corte dice che il legislatore richiama, a sostegno del suo intervento, delle esigenze finanziarie, ma lo fa in maniera generica: infatti, dal disegno complessivo non emergerebbe la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi. La sentenza in commento ha suscitato molte polemiche e per diversi autori essa è criticabile, per vari motivi. Uno di questi risiederebbe nel fatto che la Corte non avrebbe avuto affatto bisogno di una specifica motivazione (ulteriore rispetto a quanto era nella sua disponibilità), in quanto gli elementi per giudicare (pervenendo ad un esito diverso) erano già conosciuti. Per esempio, Andrea Morrone commenta la richiesta di un'ulteriore motivazione in questo modo: «come se la riduzione attesa della spesa (pari a 21 miliardi di euro in sette anni come detto) non costituisca di per sé un punto decisivo ai fini della riduzione del debito pubblico, nella direzione di un equilibrio di bilancio coerente con gli impegni europei»<sup>23</sup>. E aggiunge: «poteva considerarsi più che notorio che il “salva Italia” era parte di una manovra finanziaria diretta a ridurre la spesa pubblica, che la riforma delle pensioni

<sup>22</sup> Il blocco della perequazione, quindi, opera per le pensioni di importo superiore a 1.217 € netti.

<sup>23</sup> A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 10/2015, p. 13.

costituiva uno dei punti cruciali della politica nazionale, imposto all'Italia dall'Europa, che proprio nella lettera dei “due Governatori” della BCE del 5 agosto 2011 era previsto che l'obiettivo del risanamento dei conti pubblici andava realizzato con ogni misura possibile, anche col taglio degli stipendi nel settore pubblico»<sup>24</sup>. L'obiezione di Morrone non pare del tutto convincente. Infatti, si ritiene che non sia sufficiente richiamare la finalizzazione della disciplina impugnata verso l'equilibrio di bilancio, e la sua inclusione all'interno di una manovra finanziaria volta – sotto impulsi europei – a ridurre la spesa pubblica per considerare corretto e proporzionato il bilanciamento del legislatore. Per comprendere le ragioni che portano a dissentire da questo tipo di critiche dirette contro la sentenza, è necessario richiamare l'impostazione concettuale dei rapporti tra esigenze economico-finanziarie e diritti (soprattutto sociali) nella Costituzione. Come è stato affermato da Massimo Luciani, fra esigenze economico-finanziarie ed esigenze sociali deve essere compiuto un bilanciamento, ma si tratta di un “bilanciamento ineguale”, in quanto i diritti sociali e le esigenze economico-finanziarie non sono equiordinati: i primi costituiscono il fine, mentre le seconde il mezzo<sup>25</sup>. Il fatto che l'efficienza economica non sia mai in sé e per sé il fine all'interno del bilanciamento «non toglie che questa non possa essere sacrificata al di là di un limite ragionevole [...] identificato [...] dalla applicazione dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessività [...]»<sup>26</sup>. Queste parole sono state scritte prima della riforma costituzionale apportata con la l. cost. n. 1 del 2012, ma è ragionevole pensare che esse non abbiano più valore oggi, dopo la riforma suddetta? Si ritiene di no. La conformazione dei rapporti tra diritti sociali ed esigenze economico-finanziarie come rapporti tra fini e mezzi appartiene – pare – al nucleo valoriale più profondo della Costituzione, in quanto si ricollega direttamente alla centralità della persona umana, al principio di uguaglianza sostanziale ed al principio solidaristico. Questa distinzione concettuale tra ciò che rappresenta un mezzo e ciò che rappresenta un fine, insomma, non sembra suscettibile di venire meno per via di una qualsiasi riforma costituzionale. Si potrebbe dire che è una distinzione che si colloca sul piano dei c.d. principi supremi<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio*, op. cit., pp. 13 s.

<sup>25</sup> Pertanto, per Luciani non si tratta neanche di «un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica)» (M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, p. 100).

<sup>26</sup> M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, op. cit., p. 101.

<sup>27</sup> Infatti, anche la riforma del 2012 deve essere interpretata nel rispetto di alcuni paradigmi metodologici. Tra questi si possono ricordare i seguenti:

«a) anche per le leggi adottate con il procedimento ex art. 138 Cost. (meramente costituzionali, dunque, e di revisione costituzionale), in quanto fonti ad essa gerarchicamente subordinate, vale il principio dell'interpretazione conforme a Costituzione;

[...]

#### 4. L'onere di giustificazione che incombe sul legislatore

Con riferimento alla sentenza n. 575/2014 del Tribunale portoghese, si è detto che il giudice parla di un onere di motivazione da parte del legislatore. Tale onere deriva dal fatto che l'incidenza sui diritti individuali è particolarmente intensa, e quindi necessita di una giustificazione particolarmente approfondita e convincente per poter essere ritenuta legittima. Nell'ambito della tecnica del *test* di proporzionalità la valutazione di costituzionalità non concerne il contenuto della singola misura<sup>28</sup> in sé considerata, ma piuttosto dipende dal modo in cui essa viene giustificata. La sentenza della Corte italiana, pur essendo meno esplicita, sembra adottare un'impostazione concettuale analoga. Infatti, il sacrificio imposto dal decreto "Salva Italia" sui diritti pensionistici non è incostituzionale in sé, ma in quanto non è possibile valutarlo come ragionevole e proporzionato, dal momento che le esigenze finanziarie con cui tale diritto viene bilanciato non sono individuate in maniera precisa e specifica. La Corte, dunque, si avvale di un armamentario concettuale e tecnico forgiato dal principio di proporzionalità. Ciò che risulta alquanto interessante è che la Corte, additando la carenza e la genericità nell'individuazione delle esigenze finanziarie che entrano nel bilanciamento, ammette implicitamente che essa non è onnisciente, non le conosce, e avrebbe avuto bisogno che le venissero congruamente manifestate. Con la sottolineatura della mancanza di informazioni precise su un elemento da prendere in considerazione nel bilanciamento, la Corte sta dicendo che non è autosufficiente nel compiere questo bilanciamento, in quanto ha bisogno di un apporto di dati e informazioni dall'esterno. Infatti, la Corte costituzionale non è un organo istituzionalmente deputato a prendere decisioni in materia economica e finanziaria, e pertanto difetta di quella *expertise* e di quell'apparato istruttorio che appartengono principalmente agli organi che dettano l'indirizzo politico. Nella valutazione dell'impostazione decisionale del legislatore, la Corte non può essere

---

e) l'autentica essenza di valore che si distilla dal testo costituzionale sta [...] proprio nel rifiuto dell'opzione in pro dell'una o dell'altra politica finanziaria e nella conseguente duttilità della disciplina di bilancio;

f) questo principio di duttilità è conforme alla tradizione delle esperienze del costituzionalismo occidentale contemporaneo, che (almeno prima del cambio di orientamento generato dal recente convincimento di trovarsi in uno stato di necessità indotto dalla crisi economico-finanziaria) si sono caratterizzate per la scelta di essere sufficientemente precise in ordine agli oggetti e ai fini delle tutele costituzionali, ma prudentemente generiche in ordine ai mezzi (al contrario di quanto è avvenuto, ad esempio, nel caso della Costituzione sovietica del 1936);

h) infine, la duttilità è anche il solo modo per evitare che regole di bilancio troppo rigide producano due conseguenze del tutto incompatibili con i principi costituzionali fondamentali. La prima è il rischio di indiscriminata compressione dei diritti fondamentali a causa delle limitazioni di bilancio, compressione che il Tribunale costituzionale portoghese ha rigorosamente scrutinato nell'importante *Acordão* n. 187/2013. La seconda è l'ulteriore rischio dell'esautorazione della rappresentanza parlamentare, che non a caso la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* ha rigorosamente protetto in una nutrita serie di sue decisioni, da *Solange I* a *Hilfe für Griechenland* (M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Corte costituzionale, 22 novembre 2013, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), pp. 14-16).

<sup>28</sup> Si fa riferimento, evidentemente, a misure legislative restrittive nei confronti di diritti e interessi costituzionalmente rilevanti.

autosufficiente (per lo meno in determinati campi, nei quali, per valutare la correttezza di una scelta, è essenziale avere determinate informazioni). Fornire tali informazioni alla Corte costituzionale sembra configurarsi come un vero e proprio onere per il “legislatore”<sup>29</sup>, senza l’adempimento del quale la scelta operata corre il rischio di essere giudicata incostituzionale. L’impostazione per cui il giudice costituzionale addossa su un soggetto esterno l’onere di fornire dati e informazioni (al fine, eventualmente, di giustificare la propria scelta politica) sembra doversi apprezzare, almeno da un certo punto di vista. Infatti, se si ritenesse che, in assenza di sufficienti informazioni per l’effettuazione dello scrutinio, il giudice costituzionale – proprio perché privo di una visione complessiva e dettagliata – debba pronunciare una decisione diversa dalla declaratoria di incostituzionalità, si munirebbe (paradossalmente) il legislatore di uno schermo invalicabile per le sue scelte politiche (più precisamente, per quelle di cui stiamo parlando, per sindacare le quali è necessario un flusso di informazioni diretto verso il giudice), in quanto si potrebbe benissimo evitare la declaratoria di incostituzionalità, omettendo di fornire le necessarie informazioni alla Corte e impedendole, così, di effettuare il suo giudizio. Pertanto, è corretto e necessario affermare che, laddove le informazioni indispensabili per effettuare il sindacato di costituzionalità (in termini di ragionevolezza e proporzionalità) possano essere fornite al giudice soltanto “dall’esterno”, il fornirle rappresenti un onere, che può essere sanzionato con la dichiarazione di incostituzionalità della disciplina impugnata. Ovviamente, un discorso diverso varrebbe laddove lo stesso giudice costituzionale avesse un apparato istruttorio tale da renderlo completamente autosufficiente nel giudizio, e non debitore di informazioni provenienti dall’esterno<sup>30</sup>. In tal caso, non vi sarebbe bisogno di addossare su un soggetto esterno alcun onere informativo, in quanto il giudice costituzionale potrebbe contare solo su di sé per avere le informazioni di cui ha bisogno.

La tecnica osservata nelle decisioni presentate non è esente da aspetti critici. Uno è il seguente: con quale criterio il giudice stabilisce in quali casi l’onere di giustificazione ricade sul soggetto che difende la legge? Infatti, non necessariamente il giudice ha bisogno di ricevere informazioni “dall’esterno”; talvolta, possiede (o riesce a ricostruire da solo) tutte le informazioni necessarie per giudicare; oppure ritiene di accontentarsi delle conoscenze che ha<sup>31</sup>. Talvolta, però, non si accontenta di ciò che può conoscere da solo, e ritiene necessario un apporto esterno. Si pensi, per esempio, alla fase del *test* di proporzionalità

---

<sup>29</sup> In realtà, l’uso del termine “legislatore” pare improprio. Più correttamente, si dovrebbe far riferimento al soggetto che difende la legge in sede di giudizio di costituzionalità. Vedi anche, a tal riguardo, il paragrafo successivo.

<sup>30</sup> Allo stato attuale, però, non pare questa la condizione in cui versano i giudici costituzionali. Si richiama quanto detto *supra* circa i *deficit* strutturali dei giudici nei riguardi delle questioni allocative.

<sup>31</sup> Per esempio, nella sentenza n. 396/2011, il Tribunale portoghese non richiede che sia dimostrato che solo la riduzione degli stipendi dia una garanzia certa ed immediata di efficacia, ma si accontenta di constatare che non vi siano prove del contrario: «*Não havendo razões de evidência em sentido contrário*» (punto 9 della motivazione, Trib. Cost., sent. 21 settembre 2011, n. 396, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

cosiddetta della “necessità”: non devono risultare alternative meno restrittive per il diritto sacrificato e ugualmente efficaci per raggiungere lo scopo. Magari al giudice non risultano alternative di questo tipo, ma ciò potrebbe anche derivare dal fatto che il giudice non ha sufficienti conoscenze e dati... Come si fa a stabilire se il giudice debba accontentarsi di ciò che gli risulta, oppure se debba esigere una dimostrazione specifica e puntuale circa l’assenza di alternative siffatte? La risposta è tutt’altro che semplice. Nella sentenza n. 575 del 2014, si può cogliere, forse, da un indizio testuale, un criterio per rispondere. Infatti, si dice che, *dinanzi all’intensità dell’incidenza sulle posizioni giuridiche soggettive*, il legislatore ha uno speciale onere di giustificazione. Dunque, un criterio utilizzabile per stabilire se tale onere vada addossato su un soggetto esterno sembra essere quello del grado di compressione del diritto interessato<sup>32</sup>. Si tratta, tuttavia, di un criterio poco controllabile. Infatti, i modi in cui un giudice “misura” questa intensità possono essere diversi. Il giudice può utilizzare diversi indici e combinarli anche in maniera diversa, dando luogo a diversi metodi di misurazione. Inoltre, non si può neanche predeterminare quale sia il “grado” di intensità che fa “scattare” lo spostamento dell’onere. Da questo punto di vista, dunque, la tecnica in questione non è particolarmente controllabile. Questo aspetto non può essere trascurato, perché dall’addossare o meno un onere siffatto dipende il grado di profondità del sindacato con cui un giudice costituzionale può censurare una legge. In verità, però, il criterio del livello di compressione del diritto sacrificato pare attenere, piuttosto, al “peso”, e quindi al contenuto, della giustificazione del sacrificio, piuttosto che alla determinazione del soggetto “onerato” di addurre la giustificazione in sede di giudizio di costituzionalità. Ai fini di quest’ultima determinazione, si dovrebbe adottare un criterio che abbia a che fare con il grado di complessità della questione, dal punto di vista delle scelte allocative<sup>33</sup>. Più la questione è complessa, nei termini indicati, più i soggetti che difendono la legge dovrebbero addurre giustificazioni e informazioni.

---

<sup>32</sup> Ciò pare trovare una conferma anche nella sentenza n. 396/2011 del Tribunale portoghese, già richiamata. Infatti, nel giudizio di costituzionalità della misura di riduzione degli stipendi pubblici, il giudice prende atto del fatto che, avendo deciso il legislatore di intraprendere un’azione di taglio della spesa, la riduzione degli stipendi pubblici era la sola misura che dava una garanzia di risultati immediati nel breve periodo. Nel constatare ciò, il giudice si accontenta del fatto che non risultino evidenze contrarie. Dunque, non addossa un onere probatorio (implicante - per esempio - la dimostrazione “in positivo” che la misura sotto scrutinio è quella maggiormente efficace). Si accontenta della mancanza di una prova contraria (“in negativo”). Ebbene, si può rilevare che la liberazione del soggetto che difende la legge da tale “peso” si associa ad una valutazione della compressione del diritto in termini di gravità “relativamente” minore. Infatti, nella sentenza n. 396 ha giocato un ruolo importante nella motivazione il fatto che i lavoratori del settore pubblico e quelli del settore privato non sono “sullo stesso piano”, poiché i primi sono vincolati al perseguimento dell’interesse pubblico. Pertanto, un sacrificio richiesto a tale categoria avrà comunque una gravità relativamente minore, in comparazione con le altre categorie di cittadini. Una conferma del criterio costituito dalla gravità della compressione/lesione sembra trarsi anche dalla sentenza n. 474/2013 del Tribunale portoghese. In relazione all’onere del “legislatore” di fornire ragioni giustificative dell’interesse pubblico a fondamento della misura, il giudice dice: «*Impõe-se aqui de forma acrescida, pela força das expectativas que contraria e sobretudo pela intensidade do grau de afetação que opera para todo um grupo de trabalhadores, muitos deles com dezenas de anos de serviço na Administração Pública*» (Trib. Cost., sent. 29 agosto 2013, n. 474, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>33</sup> Dunque, in termini di policentricità e di *expertise*.

Anche questo criterio, però, non offre certezze granitiche: infatti, il livello di complessità di una questione potrebbe dipendere dal modo in cui il giudice la configura concettualmente.

Però, nonostante gli spazi di indeterminazione e di non controllabilità che anche l'imposizione di un onere di giustificazione presenta, sembra di potersi affermare che tale tecnica contribuisca a "superare", almeno in parte, alcune obiezioni classiche che vengono rivolte contro l'intervento dei giudici in questioni attinenti all'allocazione delle risorse, consentendo al giudice costituzionale di mettere in discussione le decisioni del legislatore (anzi, fornendogli un'arma forte per il giudizio di costituzionalità).

Si concentri l'attenzione sull'argomento della policentricità e su quello dell'*expertise*. Essi, in definitiva, denunciano la stessa cosa: una sorta di *deficit* cognitivo strutturale del giudice (costituzionale) con riferimento a certe questioni. Se è così, allora si deve osservare che la tecnica dell'onere di giustificazione prende davvero sul serio una tale obiezione. Infatti, addossando un onere di giustificazione, il giudice costituzionale sta ammettendo la limitatezza della sua conoscenza, la sua incapacità di dominare, in maniera autosufficiente, la comprensione di tutte le variabili in gioco. Quindi, il giudice costituzionale chiede al soggetto che difende la legge di collaborare nel giudizio di costituzionalità, integrando il patrimonio conoscitivo necessario per lo stesso. Da questa ammissione di parziale impotenza (o ignoranza), però, non deriva uno scrutinio di costituzionalità più debole, ma, pare, abbastanza forte. Infatti, sul legislatore stesso ricadono le conseguenze pregiudizievoli di un mancante o insufficiente apporto giustificativo in sede di giudizio di costituzionalità: la misura potrà essere giudicata incostituzionale, se la compressione del diritto ravvisata dal giudice non viene adeguatamente giustificata.

#### **4.1 Alcune precisazioni sulla motivazione/giustificazione della legge**

Le decisioni prese in considerazione toccano un problema che ha carattere fondamentale, concerne – se così si può dire – i postulati stessi del diritto costituzionale: la motivazione della legge. Com'è noto, in base all'impostazione tradizionale, la legge non deve essere motivata, in quanto è espressione di un potere politico che è libero nelle sue scelte. In particolare, nella dottrina italiana è decisamente dominante la linea di pensiero che nega la configurabilità di un obbligo di motivazione. C'è una parte minoritaria della dottrina che, senza spingersi ad imporre un obbligo di motivazione per ogni testo legislativo, «ha cercato di individuare specifiche categorie di leggi in relazione alle quali sia da considerarsi costituzionalmente prescritta l'esplicitazione dei motivi e dei fini»<sup>34</sup>. Inoltre, recentemente, è stata pubblicata in Italia almeno un'opera assai favorevole alle motivazioni delle leggi<sup>35</sup>. Tuttavia, rimane incontestabile che, al di là delle diverse opinioni che si possono avere sull'opportunità o l'utilità della motivazione della legge, nel diritto

---

<sup>34</sup> S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008, p. 131.

<sup>35</sup> L'opera è S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, *op. cit.*



italiano vigente «la motivazione formale (in qualunque forma la si voglia immaginare) non è un requisito di validità della legge»<sup>36</sup>. D'altro canto, l'impostazione del giudizio da parte della Corte costituzionale nella n. 70/2015 non configura certo un obbligo di motivazione della legge, a pena di validità della stessa. Si tratta, piuttosto, di un onere di giustificazione. L'assenza di motivazione della legge non è di per sé una causa di invalidità della stessa. La dichiarazione di incostituzionalità a cui perviene la Corte deve essere intesa nell'ambito del giudizio di proporzionalità. Una volta riconosciuta la compressione di un diritto, la legge sarà giudicata incostituzionale, a meno che non si adducano degli argomenti che fanno ritenere giustificata tale compressione. In una situazione di *gap* informativo per il giudice costituzionale, l'onere di addurre tali argomenti ricade sul soggetto che dinanzi alla Corte difende la legge. Si tratta, pertanto, di un onere processuale, che scatta in presenza di due condizioni. La prima è che il giudice costituzionale ravvisi in prima istanza la compressione di un diritto: in assenza di ciò, non vi sarebbe ragione per dichiarare incostituzionale la legge. La seconda è che il giudice non sia fornito di tutti i dati e di tutti gli strumenti per valutare compiutamente la proporzionalità della misura. L'onere di completare la conoscenza del giudice al fine di “giustificare” la restrizione apportata al diritto non può che ricadere sul soggetto che dinanzi alla Corte ha il compito di difendere la legge dalle censure di incostituzionalità.

## 5. Considerazioni di sintesi

Questo lavoro ha preso le mosse da alcuni argomenti ricorrenti che vengono utilizzati per denunciare l'inidoneità dei giudici ad adottare decisioni che riguardano i diritti sociali. Alla luce di questa prospettiva, sono state prese in considerazione alcune decisioni in materia pensionistica dei giudici costituzionali italiano e portoghese degli ultimi anni, ritenute significative. In queste decisioni, ha avuto un certo rilievo la mancata ricezione, da parte del giudice costituzionale, di un'adeguata giustificazione della compressione del diritto che veniva in questione. A tal proposito, emergono principalmente due considerazioni da fare. La prima consiste nel riconoscere che la Corte conferisce al *discrimen* tra costituzionalità e incostituzionalità un carattere mobile, flessibile, e non statico: la scelta del legislatore non è costituzionale/incostituzionale in sé; piuttosto, la sua legittimità costituzionale dipende da un controllo effettuato in termini di ragionevolezza e proporzionalità, sulla base di tutti gli elementi (variabili) che devono essere presi in considerazione. Pertanto, la dichiarazione di incostituzionalità, in uno scrutinio siffatto, non riguarda tanto il risultato delle scelte del legislatore, ma innanzi tutto l'impostazione della sua decisione, cioè il modo in cui è pervenuto al risultato (e, solo in conseguenza, anche il risultato). La

---

<sup>36</sup> S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, *op. ult. cit.*, p. 148. «Anche le leggi in tutto e per tutto assimilabili al paradigma dell'atto amministrativo sono prive di motivazione e sono comunque costituzionalmente legittime» (S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, *op. ult. cit.*, p. 148).

seconda considerazione da fare è che la valutazione dell'impostazione decisionale del legislatore può essere troppo complessa per il giudice costituzionale, può trascendere la sua capacità di comprensione (per lo meno in determinati campi, nei quali per valutare la correttezza di una scelta è essenziale avere determinate informazioni). Da questo riconoscimento, il giudice può trarre motivo per autolimitare la pervasività del proprio scrutinio (sembra questa l'impostazione suggerita dalla sentenza n. 187/2001 del Tribunale costituzionale portoghese<sup>37</sup>). Questa, però, non è l'unica conseguenza possibile. Dal riconoscimento del proprio *deficit* cognitivo, infatti, il giudice può ricavare la necessità di “far collaborare” il “legislatore” (o, meglio, il soggetto che difende la legge in sede di giudizio di costituzionalità), addossandogli un onere di informazione e di giustificazione. Il fatto che il giudice costituzionale non sia onnisciente, non possieda tutte le informazioni e i dati necessari per compiere una consapevole valutazione della legge, non significa che l'attività di valutazione non possa, entro certi limiti e in determinati casi, diventare praticabile laddove tali informazioni e dati vengano forniti al giudice dall'esterno. Nei casi in cui tale onere non venga soddisfatto, perché è carente l'apparato informativo e istruttorio fornito in giudizio, la declaratoria di incostituzionalità sarà la conseguenza non tanto della realtà giuridica sostanziale, quanto di un meccanismo processuale e probatorio che ha operato in senso sfavorevole alla legge. In questo modo, la declaratoria di incostituzionalità non si limita a raggiungere i casi di errori manifesti, ma può spingersi a toccare anche i casi più dubbi e problematici, in quanto è configurabile la possibilità di integrare in maniera completa e adeguata il necessario supporto conoscitivo. Se poi il soggetto che difende la legge non lo farà, in sede di giudizio di costituzionalità, le conseguenze ricadranno sulla legge<sup>38</sup>. Questa tecnica, di per sé, ha il pregio di combinare la virtù dell' “umiltà del

---

<sup>37</sup> Si cita dalla sentenza n. 187/2001: «Ora, não pode deixar de reconhecer-se ao legislador – diversamente da administração –, legitimado para tomar as medidas em questão e determinar as suas finalidades, uma “prerrogativa de avaliação”, como que um “crédito de confiança”, na apreciação, por vezes difícil e complexa, das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objetivos visados com a medida (que, como se disse, dentro dos quadros constitucionais, ele próprio também pode definir). Tal prerrogativa da competência do legislador na definição dos objetivos e nessa avaliação (com o referido “crédito de confiança” [...]) afigura-se importante sobretudo em casos duvidosos, ou em que a relação medida-objeto é social ou economicamente complexa, e a objetividade dos juízos que se podem fazer (ou suas hipotéticas alternativas) difícil de estabelecer. Significa isto, pois, que, em casos destes, em princípio o Tribunal não deve substituir uma sua avaliação da relação, social e economicamente complexa, entre o teor e os efeitos das medidas, à que é efetuada pelo legislador, e que as controvérsias geradoras de dúvida sobre tal relação não devem, salvo erro manifesto de apreciação – como é, designadamente (mas não só) o caso de as medidas não serem sequer compatíveis com a finalidade prosseguida –, ser resolvidas contra a posição do legislador» (Trib. Cost., sent. n. 2 maggio 2001, n. 187, in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)).

<sup>38</sup> Del ruolo delicato svolto dal soggetto tenuto alla difesa processuale della legge nel giudizio di costituzionalità sembra essere particolarmente consapevole il Vice Ministro Morando. Egli sembra polemizzare con l'Avvocatura dello Stato, per il modo in cui ha difeso la norma impugnata (sul blocco della perequazione automatica delle pensioni) dinanzi alla Corte costituzionale. Il Vice Ministro aveva chiesto se la difesa dello Stato avesse formulato valutazioni circa le grandezze finanziarie in gioco e i vincoli derivanti dall'art. 81 della Costituzione e dal Patto di Stabilità e crescita europeo. A questa domanda, l'avvocato dello Stato Giustina Noviello ha risposto (sul profilo twitter): “gli avvocati dello Stato non fanno i contabili” e “La Corte non improvvisa, ha sempre tutti i dati, tecnici da uffici tecnici, giuridici da giuristi”. La risposta non soddisfa Morando, il quale mette in discussione che la Corte



giudice”, che, richiedendo informazioni dall’esterno, riconosce implicitamente la propria limitatezza, con la capacità di sindacare in maniera profonda le scelte legislative. La sua particolarità risiede proprio in questo *mix* di caratteristiche che parrebbero non coniugabili: potrebbe risultare “strano”, infatti, che l’ammissione di non onniscienza del giudice si accompagni ad uno scrutinio giudiziale alquanto penetrante. Evidentemente, c’è sempre la possibilità che il giudice, pure adottando questa tecnica, perda quella “umiltà” sulla quale essa si dovrebbe fondare. Il problema si pone con riferimento alla valutazione da parte del giudice degli argomenti addotti per giustificare la legge. Infatti, se il soggetto che difende la legge ha adempiuto i suoi oneri giustificativi e informativi, adducendo dati e valutazioni complessi, caratterizzati da un notevole tasso di *expertise*, il giudice dovrebbe evitare di adottare, nel suo sindacato, argomenti ugualmente basati sull’*expertise* (a meno che non disponga di argomenti talmente solidi da prevalere in maniera incontestabile su quelli avanzati per difendere la legge), ma piuttosto dovrebbe cercare di limitarsi alla coerenza logica, al grado di persuasione e alla ragionevolezza. Evidentemente, residua sempre il rischio che il giudice cerchi surrettiziamente di sostituire la sua ragionevolezza a quella del legislatore.

---

abbia dimostrato, in questa circostanza, di conoscere tutti i dati, e afferma che gli aspetti contabili e finanziari avrebbero dovuto essere maggiormente considerati nel giudizio costituzionale. V. E. MORANDO, *La sentenza n. 70 del 2015 sulle pensioni*, in *federalismi.it*, n. 10/2015, p. 11.