



**GRUPPO
di PISA**
Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

LA CORTE COSTITUZIONALE E I FATTI: ISTRUTTORIA ED EFFETTI DELLE DECISIONI*

MARILISA D'AMICO
Università di Milano

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive sull'importanza di un diritto processuale costituzionale e sull'"occasione persa" della riforma delle norme integrative del 2008 - 2. La Corte non può "fare tutto da sola": considerazioni sul problematico seguito di alcune decisioni manipolative - 3. Spunti per un ricorso ai poteri istruttori formali basato su criteri oggettivi a partire dal modello tedesco e della Corte europea dei diritti dell'uomo - 4. La sfida posta dalle questioni di rilevanza scientifica: perché non è più eludibile il problema dell'attivazione formale dei poteri istruttori - 5. L'impatto economico finanziario delle decisioni della Corte costituzionale: istruttoria formale come presupposto per legittimare la delimitazione degli effetti temporali dell'annullamento - 6. Uno sguardo alle origini del sindacato di costituzionalità: la contrapposizione fra nullità e annullabilità della legge incostituzionale nei modelli statunitense e austriaco - 7. L'ambigua genesi del sindacato di legittimità costituzionale italiano - 8. Il ricco e variegato armamentario decisionale finalizzato alla modulazione temporale degli effetti del Tribunale costituzionale tedesco - 9. Brevi riflessioni conclusive a partire dai possibili spunti offerti dall'esperienza tedesca

1. Considerazioni introduttive sull'importanza di un diritto processuale costituzionale e sull'"occasione persa" della riforma delle norme integrative del 2008

Con le presenti riflessioni ci si propone di ragionare su due istituti della giustizia costituzionale che caratterizzano fin dalle origini gli studi sul processo costituzionale, ma che, a differenza di altri, appaiono ancora irrisolti, non solo nell'elaborazione scientifica, ma anche, soprattutto, nell'utilizzo che ne fa la Corte costituzionale.

In questa prospettiva sembra importante una premessa: a mio avviso, l'indagine su questi istituti, sul modo in cui la Corte li utilizza e sulle loro (future) potenzialità è strettamente legata all'esigenza di un diritto processuale costituzionale che si faccia sempre più strutturato e che garantisca anche i diritti delle parti (e di eventuali terzi) davanti alla Corte.

Non è un caso che la dottrina, negli anni in cui, su sollecitazione della Corte medesima, si interrogò sulla praticabilità di strumenti nuovi per modulare gli effetti temporali e per temperarne la retroattività, abbia sviluppato una profonda riflessione sulla natura del processo costituzionale, sul rapporto fra la giurisprudenza costituzionale e gli strumenti processuali utilizzati, sulla possibilità di

* Testo della Relazione introduttiva al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", 9 e 10 giugno 2017, Università degli Studi di Milano, su «La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni».

modificare alcune regole processuali anche in via giurisprudenziale, sul rapporto tra legittimazione della Corte costituzionale e processo¹.

Da allora, soprattutto indagando le origini della giustizia costituzionale italiana, si è sempre ritenuto che la Corte costituzionale si legittimi non solo per *quello* che decide, ma per *come* decide² e che la possibilità di trasparenza e di massima strutturazione delle regole processuali sia fondamentale, in generale, per giustificare il ruolo della Corte in una società complessa e, soprattutto, quando, come succede in Italia, al Giudice costituzionale si chiede di correggere o, addirittura, di intervenire al posto del legislatore.

È diventato, dunque, ancora più evidente lo spazio e la responsabilità affidata al Giudice costituzionale, che dopo aver “riformato” l’ordinamento negli anni sessanta e settanta, facendo vivere i principi costituzionali e inventandosi strumenti che gli consentissero “di fare a meno del legislatore” (e anche dei giudici), come quelli delle decisioni interpretative di accoglimento e delle sentenze manipolative, si è trovato progressivamente investito del compito di precedere il legislatore o di correggerne vistosi errori, soprattutto per ciò che concerne la tutela dei diritti fondamentali³.

In questo compito, la Corte, però, non è riuscita a irrobustire il proprio processo e le sue potenzialità inesprese, perdendo anche l’occasione, nel 2008, della modifica delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte, che mantengono inalterate le norme sui poteri istruttori; non risolvono il problema dell’intervento di terzi dinanzi al Giudice costituzionale, limitandosi a registrare quello che già succedeva nella prassi, e cioè che l’intervento di terzi è ammesso su decisione discrezionale del Giudice, senza criteri predeterminati (art. 4 delle norme integrative); non affrontano (in questo caso, perché probabilmente sarebbe necessaria una modifica sul piano legislativo o costituzionale) il problema del contenimento degli effetti temporali delle decisioni nel passato o solo *pro futuro*⁴.

La Corte, insomma, non si è ancora spinta ad affrontare *funditus* il problema del coordinamento con il legislatore, in questo modo rimanendo distante non solo dal modello europeo originario, quello kelseniano, che nasce su tale raccordo, quale presupposto della stessa esistenza di un tribunale costituzionale, ma anche dalle esperienze delle maggiori Corti europee, nazionali e sovranazionali, a cui si farà qualche riferimento successivamente.

L’inesistenza di strumenti efficaci di raccordo col Parlamento ha condotto, in alcuni casi, alla rinuncia alla decisione e al generico rinvio ad un legislatore, che, generalmente, ascolta poco e

¹ Si veda, in punto di analisi del diritto processuale costituzionale, G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Giuffrè, Milano, 1990, 105-137; ancora, in tema, si veda R. ROMBOLI, *Decisioni di inammissibilità o fondate su errore di fatto e limiti alla riproposizione da parte del giudice a quo della stessa questione nel corso del medesimo giudizio*, *ivi*, 164 e ss.

² Sia consentito il rinvio a M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991.

³ Sul ruolo del giudice costituzionale nella realizzazione dei principi costituzionali, cfr. per tutti V. Onida, *La Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. VI, Milano, 1993, 503-595.

⁴ Sulle norme integrative, in generale, si vedano G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997 e, più di recente, G. FAMIGLIETTI, E. MALFATTI, P.P. SABATELLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Giappichelli, Torino, 2002. Sulla modifica delle norme integrative intervenuta nel 2008 si veda P. PASSAGLIA, «*decisorio della Corte costituzionale*», in www.associazionedeicostituzionalisti.it (10 luglio 2009), secondo il quale “*non resta che auspicare che in avvenire non si debbano evocare le Norme integrative da ultimo approvate come un’occasione non adeguatamente sfruttata per cautelarsi nei confronti di rischi futuri*”.

Quanto alla valorizzazione del modello presidenziale nel procedimento decisorio della Corte costituzionale, si veda, inoltre, E. LAMARQUE, *Le nuove Norme integrative per i giudici davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 2009; A. RAUTI, *Le nuove ‘norme integrative’ della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2010; N. SAIITA, *I procedimenti in camera di consiglio nel nuovo regolamento di procedura davanti alla Corte costituzionale (Prime impressioni a caldo)*, in *Giust. amm.*, 1/2009.

male i moniti del Giudice costituzionale⁵; in altri, a decisioni di incostituzionalità dove le argomentazioni del Giudice costituzionale avrebbero potuto avere una maggiore forza di persuasione, se corredate dall'attivazione di approfondite e formali istruttorie; in altri ancora a decisioni con un impatto finanziario distruttivo, non conosciuto però preventivamente dal Giudice costituzionale.

2. La Corte non può “fare tutto da sola”: considerazioni sul problematico seguito di alcune decisioni manipolative

L'argomento oggetto delle presenti riflessioni stimola quindi gli studiosi a riprendere alcune tematiche di fondo sulla natura della giustizia costituzionale italiana, del suo fragile equilibrio fra la garanzia degli *jura* e la tutela della *lex*, per ricordare una celebre e felice espressione di Gustavo Zagrebelsky per cui “il momento della giurisdizione è quello in cui vengono a contatto la *lex* e gli iura, l'una e gli altri dovendo trovare un punto di temperamento”⁶.

Alle origini del modello europeo, l'indispensabile raccordo fra il compito del Giudice costituzionale e l'intervento del legislatore è scolpito nelle parole di Hans Kelsen, nel saggio su “*La garanzia giurisdizionale*”, nel quale è evidenziata la necessità che la decisione del Tribunale costituzionale “*abbia effetto solo dopo lo spirare di un certo termine decorrente dalla sua pubblicazione, non fosse altro che per dare al Parlamento la possibilità di sostituire la legge incostituzionale con un'altra conforme alla Costituzione, in modo che la materia regolata dalla legge annullata non resti priva di una disciplina per un tempo relativamente lungo*”⁷.

Questo profilo è ben chiaro anche ai Costituenti e, in particolare, a Calamandrei, che, nel progetto presentato in seconda sottocommissione, prevedeva che anche in un giudizio di tipo incidentale la Corte costituzionale, una volta annullata la legge, la dovesse rinviare al Parlamento, al quale spettava in ogni caso l'ultima parola: modificare la legge o modificare la Costituzione⁸.

Quello che osserviamo nella storia del nostro Giudice costituzionale è, fin dai primi anni del suo operare, l'impossibilità di garantire ai cittadini questo raccordo, a causa dell'inerzia del legislatore che “scarica” sulla Corte costituzionale il peso di un generale adeguamento della legislazione, soprattutto di quella anteriore alla Costituzione, ai principi costituzionali.

Negli anni sessanta, quindi, il Giudice costituzionale decide, inventandosi nuove tecniche decisorie, e cioè attraverso gli strumenti interpretativi e soprattutto manipolativi, di risolvere il problema “facendo da solo”: tuttavia, possiamo osservare che la Corte, pronunciandosi nella maggior parte dei casi su una normativa anteriore alla Costituzione, riusciva, pure con strumenti manipolativi, a dare anche concrete indicazioni a futuri interventi generali del legislatore, stabilendo in questo modo una relazione “positiva”: si pensi alla funzione orientativa delle decisioni della Corte costituzionale in tema di parità fra i sessi sulla riforma del diritto di famiglia del 1975⁹ o alla

⁵ L'inefficacia dello strumento del “monito” al legislatore è divenuta di tutta evidenza negli ultimi anni: pensiamo a vicende come quella del cognome materno, di cui alle sentenze n. 61 del 2006, con cui il Giudice costituzionale rivolgeva un monito al legislatore affinché provvedesse in materia, e n. 286 del 2016, con cui la Corte costituzionale ha poi deciso nel senso dell'accoglimento della questione di costituzionalità a fronte del protrarsi dell'inerzia del legislatore e dell'intervenuta condanna italiana, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Cusan e Fazzo c. Italia*; delle unioni omosessuali, di cui alla sentenza n. 138 del 2010, ma anche alla successiva n. 170 del 2014 con riferimento al c.d. “divorzio imposto”; e, soprattutto, della legge elettorale, con le decisioni n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017.

⁶ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 176.

⁷ Si veda H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 198.

⁸ Sia consentito il rinvio alle più ampie considerazioni svolte su tali profili in M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit.

⁹ Emblematica del fenomeno è la sent. n. 133 del 1970, che dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 145, primo comma, del codice civile, nella parte in cui non subordina alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione delle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni

stretta correlazione fra la storica decisione n. 27 del 1975 in materia di aborto di donna consenziente e la successiva legge n. 194 del 1978 in tema di interruzione volontaria della gravidanza; pensiamo alla complessa opera di adeguamento del processo penale di stampo inquisitorio al principio di parità fra accusa e difesa, poi introdotto pienamente con il nuovo processo penale del 1988¹⁰.

Negli ultimi decenni, invece, la Corte si è trovata e si trova ad affrontare una problematica profondamente diversa, che mette a nudo l'impossibilità di risolvere davvero i problemi affidandosi solo a pronunce "manipolative", basate sulla presunzione che la Corte possa "fare tutto da sola". Non si tratta oggi di dare semplicemente indicazioni per future riforme di cui il legislatore prima o poi si farà carico: si tratta spesso di correggere leggi impostate male, anche sul piano del bilanciamento, dove però la correzione in via manipolativa, pur necessaria, apre altri problemi o non li risolve tutti. Emblematica, in questo senso la vicenda della legge n. 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita: nella sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale, dichiarando l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa, sottolinea la portata "autoapplicativa" della stessa decisione, affermando come non ci fosse alcun bisogno di un intervento del legislatore (se non al limitato fine di individuare, attraverso l'aggiornamento delle Linee guida, il numero di donazioni per ciascun donatore). Tuttavia il seguito della decisione è stato caratterizzato da situazioni di incertezza e di mancata garanzia nell'accesso al trattamento di procreazione con donazione esterna di gameti, che sono state superate solo con l'intervento del legislatore, che, aggiornando i LEA¹¹, ha garantito una applicazione uniforme sul territorio nazionale della fecondazione eterologa. Si pensi anche alla prima decisione in materia con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della stessa legge n. 40 del 2004, nella parte in cui limitava a tre il numero massimo di embrioni producibili per ogni ciclo di stimolazione ovarica e impediva il differimento del trasferimento in utero di questi in caso di pregiudizio per la salute della donna che fosse stato prevedibile al momento della loro creazione (sentenza n. 151 del 2009). Anche in questo caso, si sono posti e si pongono notevoli problematiche attinenti, essenzialmente, oltre che alla stessa valutazione del caso concreto demandata al medico, anche al destino degli embrioni non impiantati in utero: in parole più semplici, in questo caso la Corte ha creato un problema, che solo il legislatore può risolvere. Si pensi, ancora, alla sentenza n. 96 del 2015, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto di accedere alle tecniche di procreazione assistita anche alle coppie né sterili né infertili, ma portatrici di gravi malattie geneticamente trasmissibili. In questo caso, se da un lato la Corte ha fatto richiamo alle condizioni di gravità previste dall'art. 6, comma primo, lett. b), della legge n. 194 del 1978, per individuare i casi in cui consentire simile accesso alle tecniche e in particolare alla diagnosi genetica preimpianto, dall'altro lato ha fatto espresso rinvio all'intervento del legislatore, chiamato a individuare anche con periodico aggiornamento lo specifico elenco delle patologie di cui devono essere affetti uno o entrambi i componenti della coppia, per poter accedere alle tecniche medesime¹².

della vita. Per un quadro d'insieme della giurisprudenza costituzionale che ha portato verso la riforma del diritto di famiglia v. F. BIONDI, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale* in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2013, 3 s. e 17 ss.

¹⁰ In tema v. M. CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, 595 ss., 597 ss.

¹¹ Cfr. il Decreto del presidente del consiglio dei ministri 12 gennaio 2017, recante la *Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502*.

¹² Sulle problematiche sottese alla materia della procreazione medicalmente assistita si rinvia a M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli, Milano, 2016; G. BRUNELLI, *L'interruzione volontaria della gravidanza: come si ostacola l'applicazione di una legge (a contenuto costituzionalmente vincolato)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, 815 ss.; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano, 2017; R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La nuova legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008.

Si tratta anche di rispondere a richieste della società su problemi importanti che il legislatore non riesce a risolvere da solo, ma rispetto ai quali il giudice non può valicare i confini della discrezionalità dell'organo democraticamente eletto. Si pensi, per esempio, al caso della c.d. *stepchild adoption*¹³, ossia al riconoscimento dell'adozione da parte di un componente dell'unione civile omosessuale dei figli naturali dell'altro, originariamente previsto, ma poi eliminato nel corso dei lavori preparatori che hanno condotto all'approvazione della legge n. 76 del 2016, recante la regolamentazione delle unioni civili fra persone dello stesso sesso e delle convivenze. Sul tema, sono intervenute alcune decisioni di giudici comuni oltre che della Corte di Cassazione che, con una interpretazione certamente problematica, sebbene condivisibile nel merito, hanno riconosciuto l'adozione¹⁴.

Si tratta anche dell'emergere di nuove esigenze di intervento in settori dove la discrezionalità legislativa è più forte, ma che necessitano di risposte: emblematiche in questo senso sono le più recenti pronunce nella materia penale, settore tradizionalmente precluso ad interventi manipolativi *in malam partem* del Giudice costituzionale e di recente oggetto di pronunce innovative¹⁵.

Oppure si tratta di intervenire in campi, tradizionalmente riservati alla discrezionalità legislativa, nei quali il legislatore rinuncia a fare il proprio mestiere, nonostante i ripetuti moniti del Giudice costituzionale e dove quest'ultimo, obtorto collo, deve intervenire, coprendo uno spazio che però non può colmare da solo: mi riferisco, in particolare, alla vicenda della legge elettorale (sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017)¹⁶. Si pensi, anche, alla sentenza n. 286 del 2016 con cui la Corte costituzionale, dopo precedenti decisioni in cui si era riconosciuta la sfera di discrezionalità del legislatore e poi si era rivolto un monito a quest'ultimo affinché intervenisse, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma desumibile da una pluralità di disposizioni, nella parte in cui non consentiva ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli anche il cognome materno¹⁷.

Insomma, i tempi paiono maturi per un ripensamento profondo di questa ritrosia del nostro Giudice costituzionale a utilizzare meglio i suoi poteri istruttori, da un lato, e per definire forme diverse di raccordo con il potere legislativo, che prevedano anche la possibilità di modulare gli effetti temporali delle decisioni costituzionali, dall'altro.

Ripensare a questi strumenti e saggiarne le potenzialità significa anche mettere in luce una zona grigia del processo costituzionale, che è quella del contraddittorio e delle sue regole, dei poteri

¹³ Il riferimento è a Corte cost. sent. n. 76 del 2016.

¹⁴ Corte di Cassazione, sentenza n. 12962 del 26 maggio 2016, in www.articolo29.it; si veda, in senso contrario, la pronuncia del Tribunale per i minorenni di Milano, sentenza n. 261 del 17 ottobre 2016, *ivi*. Sia consentito il rinvio, su tali tematiche, a M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in www.federalismi.it, 9 marzo 2016, oltre che a M. D'AMICO, C. NARDOCCI, M. WINKLER (a cura di), *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

¹⁵ Per più ampie osservazioni sia consentito il rinvio a M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in www.rivistaaic.it, 2016, IV, in cui si analizza l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia penale più recente. In particolare, si vedano Corte cost. sentenza n. 229 del 2015, n. 56 del 2016, n. 236 del 2016. In tema, si veda, da ultimo, G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in Aa. Vv., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2017, 325 ss.

¹⁶ Sulle ben note problematiche sottese alla materia si vedano fra i numerosi commenti alle due decisioni della Corte costituzionale A. MORRONE, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sent. 1/2014*, in www.federalismi.it; G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in www.forumcostituzionale.it; A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronuncia sull'Italicum*, in www.forumcostituzionale.it. Si vedano infine, volendo, M. D'AMICO, S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, FrancoAngeli, Milano, 2014.

¹⁷ Si vedano le osservazioni di E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in www.forumcostituzionale.it.

delle parti private e pubbliche nel giudizio e della possibilità per soggetti estranei al processo *a quo* di far sentire la loro voce, in un contraddittorio “aperto” e pubblico, in qualità di *amici curiae*¹⁸.

Si cercherà ora di riflettere in modo puntuale sui due istituti, anche alla luce di alcuni casi specifici e di specifiche esperienze oltre i nostri confini.

3. Spunti per un ricorso ai poteri istruttori formali basato su criteri oggettivi a partire dal modello tedesco e della Corte europea dei diritti dell’uomo

Riflettendo in modo più preciso sui poteri istruttori, possiamo constatare che questa tematica, ripresa in modo molto efficace e approfondito dalle relazioni che sentirete oggi, non è stata affrontata spesso dalla dottrina, nonostante, nel 1988, giustamente Gustavo Zagrebelsky definisse “il diritto delle prove” un campo aperto, da esplorare e soprattutto da mettere maggiormente in pratica nel processo costituzionale¹⁹.

Nella sua monografia Tania Groppi²⁰, classificando i casi di istruttoria formale, evidenziava alcune caratteristiche e proponeva anche specifici rimedi, che rendevano chiaro come ci fossero, in questo settore, potenzialità del tutto inesprese e un uso tutto sommato limitato delle stesse.

E, infatti, la Corte costituzionale, secondo l’Autrice, sembrerebbe ricorrere all’utilizzo dei poteri istruttori solamente qualora ritenga opportuno utilizzarli, talvolta “*non facendone alcun uso ai fini della decisione medesima*”, e, in definitiva, senza ricorrere al canone della logicità²¹. Alla luce di quanto sostenuto, Groppi afferma che “*una eventuale modifica delle disposizioni vigenti dovrebbe andare nel senso di circoscrivere la discrezionalità di cui gode la Corte nella decisione di svolgere o meno un’istruttoria formalizzata, qualora si tratti di utilizzare elementi di fatto che non risultano dalla documentazione fornita dalle parti e che esulano dal campo del notorio. Ciò potrebbe avvenire [...] tramite la individuazione, per via di definizione o di enumerazione, degli elementi che debbono essere acquisiti in maniera formalizzata*”²².

Quanto osservato vent’anni fa, è attuale ancora oggi: la Corte, per conoscere i fatti, continua ad analizzare dati e aspetti fattuali con istruttorie informali, basandosi sui documenti allegati dalle parti, o attivandosi in via spontanea, attraverso richieste scritte od orali che rimangono comunque all’interno della Corte e non possono essere conosciuti, né dalle parti del giudizio costituzionale, né in generale dai cittadini.

Diversa è l’esperienza di altre Corti, un’esperienza che dimostra come l’attivazione formale di poteri istruttori consente al Giudice costituzionale di utilizzare in modo oggettivo e pubblico dati che spesso diventano il presupposto della decisione e che entrano con ben altro peso nella motivazione. Sui dati, inoltre, si forma anche il contraddittorio e le stesse parti o terzi intervenienti possono contribuire ad un arricchimento del materiale su cui si formerà la decisione del Giudice costituzionale.

¹⁸ In tema di contraddittorio, si veda, fra gli altri, C. MEZZANOTTE, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, 962 ss.; A. CERRI, *La “dialettica” nel giudizio incidentale: rimediazioni sul tema*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 129 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Giuffrè, Milano, 1985, 115 ss.; sia consentito il rinvio a M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 291. Si veda, adesso, M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa, Milano, 2017, 31 ss.

²⁰ T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997. Si confronti, ancora, la relazione di M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit., rispetto all’esercizio dei poteri istruttori da parte della Corte costituzionale.

²¹ T. GROPPi, *I poteri istruttori*, cit., 260. Rispetto all’utilizzo tutt’altro che costante dello strumento dell’istruttoria formale da parte della Corte costituzionale, si veda E. OLIVITO, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa – Milano, 2017, 31. Ancora, sull’occasionalità del ricorso al potere istruttorio si veda M. NISTICÒ, *op. cit.*, 32.

²² T. GROPPi, *I poteri istruttori*, cit., 260.

È soprattutto l'esperienza del Tribunale costituzionale tedesco ad offrire un interessante modello.

Occorre, innanzitutto, evidenziare che l'istruttoria dinnanzi al *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) è disciplinata dagli artt. 26, 27, 28 e 29 del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (BVerfGG)²³ e risulta quindi molto ricca sul piano normativo. Particolarmente significativo pare essere l'art. 26 del BVerfGG, il quale fonderebbe "il principio inquisitorio" cui si informano i poteri istruttori in capo al Tribunale Costituzionale²⁴: quest'ultimo può quindi procedere alla "ricerca della verità" in modo autonomo anche rispetto al potere legislativo, al potere esecutivo e agli altri Tribunali.

Pare altresì centrale l'art. 22 del Regolamento del Tribunale costituzionale, il quale prevede, al quarto comma, che "su proposta del relatore o per deliberazione del Senato il Presidente sollecita delle personalità che dispongono di conoscenze particolari in un capo particolare di esprimere il loro parere su una questione rilevante ai fini della decisione". Peter Häberle, a tal proposito, ha evidenziato che la partecipazione di soggetti qualificati al processo costituzionale ha garantito la diffusione di quel fenomeno per cui l'arricchimento dell'informazione avverrebbe per il tramite della partecipazione²⁵.

Nella famosa decisione del 1993 sull'aborto, il Giudice costituzionale tedesco, come è noto, abbandona coraggiosamente la sanzione penale, ritenuta necessaria nel 1975 in virtù della superiorità del bene "vita" del nascituro, rispetto a quello della "salute" della donna, per approdare ad una soluzione diversa, e cioè alla rinuncia alla sanzione penale per la donna, in quanto inefficace e controproducente proprio per la tutela della vita del nascituro, in ogni caso messa in primo piano rispetto alla sua salute. In quella decisione il BVerfG sviluppa il cd. "modello discorsivo", fondato sulla centralità della consulenza statale, l'unico strumento in grado di "convincere" una donna a rinunciare ad interrompere la gravidanza, una volta conosciute le alternative all'aborto²⁶.

Il bilanciamento e il ragionamento del Giudice costituzionale tedesco non sono frutto soltanto della sensibilità dei giudici, ma si appoggiano in modo chiaro sui dati acquisiti all'esito di una istruttoria formale, nella quale il *Max Planck Institut* era stato incaricato di rispondere, con ricerche oggettive, ad alcuni aspetti fondamentali che riguardavano l'efficacia della sanzione penale, l'analisi delle ragioni che spingono una donna ad abortire, il ruolo positivo o meno della consulenza statale, il ruolo del contesto familiare, l'impatto psicologico di un aborto sulla donna.

Alla luce delle risposte scientifiche ottenute, che entrano in modo cristallino nel bagaglio della decisione, il Tribunale costituzionale tedesco ottiene gli strumenti per sviluppare la sua decisione che si riassume nel principio secondo cui "l'aborto è illegittimo, ma non è penalmente punibile": per proteggere il nascituro bisogna "agire insieme alla donna, e non contro di lei", attraverso lo strumento della consulenza statale, che assume una centralità particolare alla luce delle raccomandazioni degli scienziati.

Ancora, il BVerfG, nella sentenza cd. "*Apotheken-Urteil*" del 16 giugno 1958 ha utilizzato, al fine di argomentare l'adozione della *Nichtigkeitserklärung*, cioè di una pronuncia di nullità, le dichiarazioni rilasciate da un esperto in tema di legislazione regionale riguardante le farmacie²⁷.

²³ *Ibidem*, 66 e ss.

²⁴ Ai sensi di tale articolo, "il Tribunale costituzionale federale raccoglie le prove necessarie per la ricerca della verità. Esso può darne incarico, al di fuori dell'udienza orale, a un membro del Tribunale, ovvero con delimitazione a determinate questioni e persone, chiederne la raccolta ad altro Tribunale. Il comma secondo del su menzionato articolo prevede che: "con un'ordinanza presa a maggioranza dei due terzi dei voti del Tribunale, può soprassedersi all'esibizione di singoli documenti, qualora il suo uso sia incompatibile con la sicurezza dello Stato". La sussistenza di tale principio è stata affermata dalla dottrina di Ritterspach, in T. RITTERSPACH, *Legge sul Tribunale costituzionale della Repubblica Federale di Germania*, Firenze, 1982, ripreso da T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 66.

²⁵ P. HÄBERLE, *Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht im Spiegel del Judikatur des BverfG*, *Juristenzeitung*, 1976, 382 e ss., ripreso da T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 68.

²⁶ BVerfGE 88, 203. In tema si veda, volendo, M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Giuffrè, Milano, 1994.

²⁷ BVerfGE 7, 377. Nella decisione si legge infatti che "è stato più volte avvalorato, anche da parte dell'esperto Prof. Dr. Schlemmer, il fatto che il diritto relativo alla gestione delle farmacie ("*Apothekenrecht*") risulta

Il 14 febbraio 1967, in tema di imposte sulle filiali bancarie, il BVerfGE ha disposto una indagine sul volume d'affari degli istituti di credito appartenenti ai vari gruppi bancari ricorrendo alle associazioni dell'economia bancaria e di credito²⁸.

Più recentemente, il 6 dicembre 2016, il BVerfG ha dichiarato parzialmente incompatibile con il diritto di proprietà la tredicesima modifica della legge sull'energia atomica, che introduceva date fisse entro le quali spegnere le centrali, avvalendosi di un documento di matrice governativa²⁹.

È evidente, pertanto, che il BVerfG, al fine di allargare ed ampliare il proprio orizzonte conoscitivo ed argomentativo, ricorre all'adozione di ampi strumenti conoscitivi.

Un altro modello molto interessante, ma poco conosciuto³⁰, è costituito dal giudizio dinanzi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale è dotata, sul piano normativo, di poteri istruttori ampi e diversificati³¹.

Così, anzitutto, vanno ricordati l'art. 38 (*Esame in contraddittorio tra le parti*) della Convenzione e l'allegato A del Regolamento della Corte, che disegnano un articolato sistema di acquisizione delle prove, comprensivo, a titolo esemplificativo: dell'acquisizione di informazioni tramite prove orali come la testimonianza; di indagini sul territorio, *in situ*, come i sopralluoghi, da svolgersi anche attraverso la costituzione di apposite delegazioni solitamente composte da giudici, interpreti ed esperti di settore; la produzione di documenti su iniziativa delle parti; il coinvolgimento di esperti o istituzioni chiamati ad esprimere pareri ovvero a redigere rapporti scritti su questioni pertinenti alla causa.

Particolarmente rilevante nell'impianto processuale è, come anticipato, la costituzione delle c.d. "delegazioni", solitamente formate dopo la fase di ricevibilità del ricorso e, talvolta, in via eccezionale, anche in epoca antecedente alla decisione della Sezione sulla ricevibilità del ricorso; delegazioni deputate a raccogliere informazioni, assistere ad audizioni (che, anche quando condotte da una Camera, si svolgono a porte chiuse, "salvo decisione contraria del presidente della camera o del capo della delegazione") e a dare esecuzione a tutti i provvedimenti istruttori utili ai fini della disamina delle questioni sottostanti il ricorso: va osservato, a questo proposito, che la delegazione deputata all'istruttoria isola quest'ultima dal processo e la rende una fase autonoma sulla quale si forma il contraddittorio.

Da ultimo, non meno importante, quanto alle implicazioni che ne derivano in punto di valorizzazione del ruolo dispiegato dai terzi intervenienti nel giudizio, è la previsione (art. A1, par. 6) che attribuisce al Presidente della Camera la facoltà di invitare o autorizzare i terzi intervenienti a partecipare ad provvedimento istruttorio.

Con riferimento, invece, agli obblighi delle parti in fase di esecuzione dei provvedimenti istruttori, l'art. A2 pone un obbligo generale di sostegno e di ausilio all'operato della Corte a cui si

indissolubilmente legato al diritto farmaceutico e al diritto sui prezzi dei farmaci, e che non sarebbe possibile regolare il diritto sulla gestione delle farmacie in via autonoma, senza che, al contempo, vengano nuovamente regolamentati anche gli altri ambiti giuridici ad esso connesso. [...] il BVerfG non può permettere che si verifichi una lesione dei diritti fondamentali fintanto che il legislatore non faccia uso delle opzioni legislative riconducibili al suo giudizio".

²⁸ BVerfGE 21, 160. In tal senso, J. LUTHER, *Appunti in materia di partecipazione*, Corte costituzionale, Servizio Studi – Sezione di diritto comparato, in N. SANDULLI (a cura di), *Dottrina straniera e comparata. Numero speciale sull'amicus curiae*, Roma, 1990, 140, ripreso da T. GROPPI, *I poteri istruttori*, cit., 68.

²⁹ BVerfG, 20.12.2016 - 1 BvR 2821/11. Infatti, l'introduzione di date fisse, oltre le quali le centrali nucleari tedesche devono essere spente, non assicura che la quantità di energia allocata presso ogni centrale nucleare venga consumata da parte delle società acquirenti entro la scadenza di spegnimento. Rileva in questa sede evidenziare che il BVerfG ha riportato alcuni dati contenuti in un documento mediante il quale il Governo federale ha risposto ai questionari ad esso sottoposti (nella fase precedente all'udienza), concernenti la possibilità di utilizzare i volumi energetici residuali.

³⁰ Alcuni riferimenti sono contenuti nella relazione di A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa – Milano, 2017, con particolare riferimento alle problematiche che investono le materie di rilevanza tecnico-scientifica.

³¹ In generale, sulle prerogative e sul funzionamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, si veda B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012.

affiancano obbligazioni più specifiche in ipotesi di indagini da svolgere tramite delegazioni che operino sul territorio di una delle Parti contraenti (cfr. art. A2).

Guardando alla concreta applicazione di tali norme, occorre segnalare che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto ricorso ad istruzioni probatorie prevalentemente in casi riguardanti dedotte violazioni degli articoli 2 (*Diritto alla vita*), 3 (*Proibizione della tortura*) e 6 (*Diritto a un equo processo*), intrecciando il suo giudizio con le indagini condotte dalle autorità giurisdizionali nazionali in fase di applicazione della legge penale nazionale. In relazione a questi principi convenzionali, la Corte europea dei diritti dell'uomo, come è noto, può incentrare il proprio sindacato non soltanto sul profilo sostanziale del diritto in questione, bensì anche sulla sua dimensione o natura c.d. procedurale. In casi, quindi, che coinvolgano taluna delle norme convenzionali sopra richiamate, definite anche come *procedural rights*, la Corte europea può incentrare il proprio accertamento intorno alla violazione della norma invocata dal ricorrente in relazione al rispetto da parte delle autorità nazionali degli obblighi che discendono in capo alle autorità nazionali per via della norma in questione. Si tratta, in altre parole, di diritti che impongono un obbligo in capo agli Stati contraenti, avente ad oggetto la promozione di un'indagine ovvero l'avvio di un processo che presuppone l'impiego di mezzi probatori e l'acquisizione di prove, in relazione ai quali la Corte di Strasburgo svolge un sindacato ulteriore allo scopo di verificare se l'istruzione probatoria si è svolta a livello nazionale conformemente ai principi di cui all'art. 6 CEDU. A titolo esemplificativo, può richiamarsi il caso *Nachova e altri c. Bulgaria*, in cui la Corte si è pronunciata sul caso dell'omicidio di due cittadini bulgari di etnia rom da parte di un ufficiale di polizia, dichiarato, a seguito dell'istruttoria condotta dalle autorità bulgare, non perseguibile penalmente. In quell'occasione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato la violazione dell'art. 14 (*Divieto di discriminazione*), letto in combinato disposto con l'art. 2 CEDU, non tanto per la connotazione razziale dell'omicidio commesso quanto piuttosto per l'accertamento dell'omissione di indagini adeguate da parte dell'autorità giudiziaria bulgara sotto questo aspetto, dichiarando quindi la violazione delle norme convenzionali sotto un profilo esclusivamente "procedurale".

Scarsa appare, invece, l'attivazione di istruzioni probatorie in relazione a casi in cui la parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) della Convenzione ossia quando può essere necessario acquisire evidenze scientifiche. In queste ipotesi, la casistica maggioritaria mostra un atteggiamento della Corte europea restio quanto all'attivazione dei poteri istruttori di cui il Regolamento, viceversa, ampiamente la dota, demandando alle parti costituite, così come ai terzi intervenienti, il compito di produrre la documentazione utile ai fini della soluzione del caso sottoposto. Ne costituiscono patente dimostrazione alcuni recenti casi contro l'Italia: fra tutti, il caso *Parrillo c. Italia*, nel quale, forse anche a motivo dell'omessa attivazione di un'istruttoria formale da parte della Grande Camera, la discussione intorno alla violazione delle norme convenzionali invocate dalla ricorrente ha finito per spostarsi sul piano etico-morale dell'inizio della vita, senza soffermarsi sull'esame della letteratura e delle evidenze scientifiche rilevanti in materia. Quando a venire in rilievo sono questioni che coinvolgono l'acquisizione di dati e di evidenze scientifiche, sembra, quindi, di potersi riscontrare un qualche parallelismo, questa volta in negativo, tra il Giudice costituzionale e quello europeo³².

Nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è poi interessante osservare che all'utilizzo di poteri istruttori robusti, per arricchire il panorama offerto al Giudice nella sua decisione, si affianca un ruolo dei soggetti terzi, ai quali la stessa Corte europea chiede di offrire elementi ulteriori e diversi rispetto al punto di vista dei ricorrenti, anche attraverso la produzione di documenti o di pareri scientifici.

In questo senso, a dimostrazione del favore con cui la Corte europea guarda agli interventi dispiegati dai terzi, muovono l'art. 36, paragrafo 2, (*Intervento di terzi*) della Convenzione ai sensi del quale "[n]ell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte

³² Si rinvia ai più ampi riferimenti contenuti in M. D'AMICO, *La Corte europea come Giudice 'unico' dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in www.forumcostituzionale.it.

può invitare ogni Alta Parte contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente, a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze” e l’art. 44 del Regolamento della Corte europea dei diritti dell’uomo, che definisce termini e modalità di intervento dei terzi interessati.

Di recente, la stessa Corte europea ha sottolineato che gli interventi sono e saranno ammessi solo qualora rappresentino un altro punto di vista, dicano qualcosa di nuovo rispetto al ricorso e, ancora, mettano a disposizione della Corte informazioni aggiuntive, spesso di carattere scientifico, a integrazione di quelle prodotte dalla parte ricorrente: si vedano, in questo senso, i casi *S. e Marper c. Regno Unito* (2008), in cui l’interveniente aveva fornito alla Corte alcuni dati scientifici concernenti l’utilità di database contenenti samples di DNA, e *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* (2007), in cui il ruolo dell’interveniente si è tradotto nella produzione in giudizio dei dati statistici su cui si è fondato l’accertamento della discriminazione indiretta, lesiva dell’art. 14 CEDU, ai danni della minoranza di etnia rom.

Emblematiche appaiono dunque tutte quelle decisioni nelle quali la Corte europea affronta temi che anche la nostra Corte costituzionale può essere chiamata a decidere, con riguardo ad argomenti di rilievo scientifico. Nei giudizi europei la voce della Scienza si leva forte e chiara attraverso interventi di società scientifiche che producono documenti ulteriori rispetto a quelli prodotti dai ricorrenti: penso soprattutto ai casi *S.H. e altri c. Austria* (2011), in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, e *Parrillo c. Italia* (2015), con riguardo alla ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni umani (sulle stesse materie si è espressa successivamente anche la Corte costituzionale, rispettivamente, con le sentenze n. 162 del 2014 e n. 84 del 2016).

4. La sfida posta dalle questioni di rilevanza scientifica: perché non è più eludibile il problema dell’attivazione formale dei poteri istruttori

Veniamo quindi alla nostra Corte costituzionale: pensando soprattutto alle decisioni importanti degli ultimi anni, alle quali si è già fatto in parte cenno, sembra possibile affermare che la mancata attivazione di istruttorie formali si faccia sentire soprattutto riguardo a due aspetti, analizzati approfonditamente dalle relazioni che seguiranno³³, ma sui quali vorrei dire qualcosa. Da un lato, le questioni di rilevanza scientifica, dall’altro quelle in cui debba essere analizzato l’impatto economico-finanziario della pronuncia.

Due aspetti molto diversi fra loro, ma accomunati dalle conseguenze negative, per la stessa legittimazione del Giudice costituzionale, di una chiusura del processo all’utilizzazione formale degli strumenti istruttori, che renderebbero visibili gli elementi di fatto su cui la Corte pronuncia la sua decisione ed eviterebbero di far apparire arbitraria o poco meditata una soluzione.

La Corte si è trovata, negli ultimi anni, ad esser investita di questioni dove il posto della “scienza” è centrale, e dove lo stesso legislatore non era riuscito a dare spazio in modo corretto alla voce degli scienziati: mi riferisco soprattutto alle decisioni sul caso “Stamina”, sulla procreazione medicalmente assistita e, da ultimo, sui vaccini.

In tutti questi casi il Giudice costituzionale ha risposto in modo coraggioso, con decisioni che stabiliscono punti di principio importanti (pensiamo al caso Stamina e alla sentenza n. 274 del 2014³⁴), correggendo nella maggior parte dei casi anche i vistosi errori del legislatore (pensiamo

³³ In particolare, si veda la Relazione di A. IANNUZZI, *Istruttoria e valutazioni tecnico-scientifiche*, cit.; M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit.; M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa – Milano, 2017.

³⁴ Si veda a questo riguardo C. NARDOCCI, *Caso ‘Stamina’: la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto* (Nota a C. Cost. 5 dicembre 2014, n. 274), in *Quaderni costituzionali*, 2015, I, 160 ss.

ancora alle numerose decisioni in tema di fecondazione medicalmente assistita: sentenze n. 151 del 2009; n. 162 del 2004; n. 96 del 2015; n. 229 del 2015; n. 84 del 2016)³⁵.

I dati scientifici assunti a presupposto delle pronunce della Corte non sono però sempre chiari e anche quando emergono nella motivazione della pronuncia (si vedano soprattutto i numerosi e corretti riferimenti contenuti nella sentenza n. 162 del 2014 che fa cadere il divieto assoluto della cd. fecondazione eterologa) non sono stati oggetto di contraddittorio nell'udienza pubblica.

In altri casi, poi, proprio la mancata apertura ad audizioni o ad apporti di scienziati rende problematica la decisione assunta, come quella contenuta nella sentenza n. 96 del 2015, che si riferisce ad “apposite strutture pubbliche”, che dovrebbero “per esigenza di cautela” accertare le patologie di cui sono affetti i componenti della coppia che richiede l'accesso alle tecniche assistite e, in particolare, alla diagnosi genetica preimpianto, che però non abbiamo. Con la stessa decisione, inoltre, la Corte costituzionale fa riferimento alla “auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso” alle tecniche assistite, anche per le coppie né sterili né infertili³⁶.

Soprattutto, la sentenza n. 84 del 2016, che rigetta la questione sulla possibilità di utilizzare gli embrioni abbandonati dalle coppie alla ricerca scientifica in nome della dignità dell'embrione, risulta discutibile proprio perché la decisione non tiene conto del punto di vista degli scienziati. In questo caso, tra l'altro, in modo sicuramente non corretto da un punto di vista processuale, le parti del giudizio *a quo* e associazioni terze intervenienti avevano fatto istanza al Presidente della Corte affinché audisse alcune personalità del mondo scientifico. La Corte ha rigettato la richiesta di attivare i poteri istruttori perché proveniente da parte costituitesi tardivamente e da soggetti che non avevano acquisito la qualità di parti nel giudizio costituzionale. Essa, però, ben avrebbe potuto attivare in via autonoma quei poteri istruttori che le avrebbero consentito anche di dare più peso a una questione cruciale per il futuro della ricerca italiana³⁷.

5. L'impatto economico finanziario delle decisioni della Corte costituzionale: istruttoria formale come presupposto per legittimare la delimitazione degli effetti temporali dell'annullamento

Altro profilo è quello che riguarda l'impatto economico-finanziario delle decisioni della Corte costituzionale³⁸: in questo caso, in passato, la Corte non attivava poteri istruttori formali, ma aveva istituito un ufficio che si occupava specificamente della valutazione dell'impatto delle decisioni, ufficio che è stato in seguito smantellato.

Vero è che in questo caso risulta non solo opportuno, ma doveroso da parte del Giudice costituzionale presidiare il tema in modo formale, creando strumenti *ad hoc* o utilizzando le norme vigenti in tema di istruttoria formale³⁹.

³⁵ Si veda B. LIBERALI, *Problematiche costituzionale nelle scelte procreative*, cit.

³⁶ Su tali profili si vedano in particolare I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, e B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., 219 ss.

³⁷ M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw Journal*, 2016, II.

³⁸ Sul tema dell'impatto ordinamentale delle decisioni della Corte costituzionale si veda in particolare E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa – Milano, 2017; nello specifico, sull'impatto di tipo economico e finanziario si veda M. TROISI, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa – Milano, 2017.

³⁹ In tema di imprevedibilità circa l'utilizzo degli esiti dei poteri istruttori in ambito finanziario, si veda M. TROISI, *Attività istruttoria*, cit., 14.

L'esempio più emblematico è costituito dalla pronuncia n. 70 del 2015, in cui la Corte costituzionale accoglie la questione avente a oggetto le norme che stabilivano il blocco integrale e biennale (anni 2012 e 2013) dell'adeguamento automatico per i trattamenti previdenziali superiori a tre volte il minimo, senza tenere conto dell'art. 81 Cost. La decisione, nella parte finale, valorizza in modo particolare la circostanza che la disposizione si limita a richiamare in modo generico la contingente situazione finanziaria, senza che emerga complessivamente la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento⁴⁰. La Corte costituzionale quindi non ha mostrato di valutare la possibilità di intervenire con una decisione manipolativa, che limitasse l'illegittimità costituzionale alle categorie di pensionati maggiormente colpiti dalla manovra, evitando di estendere l'effetto anche alle pensioni d'oro (a seguito di tale decisione, in particolare, si è creato un "buco" nel bilancio statale di oltre 5 miliardi di euro). Pare evidente come, in questa situazione, sarebbe stata necessaria un'analisi di natura preventiva sulle conseguenze finanziarie della pronuncia della Corte costituzionale.

A seguito dell'adozione della sentenza n. 70 del 2015, proprio in ragione degli interrogativi nell'opinione pubblica, dell'allarme nel Governo, nel Parlamento e nell'Unione europea e del forte dibattito tra i costituzionalisti e tra gli economisti, suscitati dalla dichiarazione di incostituzionalità della norma oggetto della sentenza in esame, è stato presentato dalla Senatrice Lanzillotta un disegno di legge recante "Modifiche alla legge 11 marzo 1953, n. 87, e alla legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale"⁴¹. Il "Ddl Lanzillotta", soprattutto alla luce dell'entrata in vigore della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, si propone, anzitutto, di intervenire sull'art. 30, comma terzo, della legge n. 87 del 1953, prevedendo che la Corte possa disporre una diversa modulazione dell'efficacia

. In secondo luogo, il "Ddl Lanzillotta" prevede una modifica dell'art. 13 della legge 11 marzo 1953, n. 87, aggiungendo, in seguito al primo comma, la possibilità da parte della Corte di disporre di "ordinanze istruttorie ai fini dell'acquisizione di dati e informazioni", e prevedendo altresì la facoltà di chiedere all'Ufficio parlamentare di bilancio una relazione sugli effetti finanziari dell'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto dell'istanza o del ricorso⁴².

Infine, esso propone la sostituzione dell'art. 17, comma 13, della legge di contabilità e finanza pubblica (legge n. 196 del 2009), con una disposizione secondo cui il Governo, "ove sulla base di una specifica relazione dell'Ufficio parlamentare di bilancio risulti che da sentenze definitive degli organi giurisdizionali e della Corte costituzionale possano derivare oneri finanziari non contabilizzati nei bilanci", assuma tempestivamente "le conseguenti iniziative legislative al fine di procedere all'esecuzione delle sentenze con modalità e tempi che ne assicurino la coerenza con gli articoli 11, 81, 97, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione".

Come si è accennato all'inizio, la necessità di una riflessione oggi sulla possibilità per il Giudice costituzionale di modulare gli effetti temporali delle sue decisioni, soprattutto laddove la retroattività della pronuncia impatti con il nuovo art. 81 Cost., che impone il principio del "equilibrio di bilancio" per il legislatore e che sembrerebbe introdurre un nuovo parametro anche per il Giudice costituzionale, è emersa alla luce, in particolare, della sentenza n. 10 del 2015⁴³, che,

⁴⁰ Sul punto, si veda M. TROISI, *Attività istruttoria*, cit., 30.

⁴¹ A.S. 1952, XVII legislatura, assegnato alle commissioni riunite 1^a (Affari Costituzionali) e 5^a (Bilancio) in sede referente l'8 luglio 2015. Nel momento in cui si scrive, il disegno di legge non è ancora stato preso in esame.

⁴² Per completezza, si segnala che il disegno di legge in esame dispone anche la modifica dell'art. 16 della legge 11 marzo 1953, n. 87 al fine di introdurre, dopo il terzo comma, "l'opinione dissenziente nei giudizi della Corte costituzionale".

⁴³ A commento della decisione, si vedano 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*, 2015; ID., *Nota a Corte cost., sent. 10/2015*, in *Foro it.*, 2015, pag. 1513; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; A. RUGGERI, *"Sliding doors" per la incidentalità nel processo costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015; S. PANIZZA, *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle*

valorizzando il parametro del nuovo art. 81 Cost. e richiamando direttamente i poteri conferiti dall'art. 136 Cost., limita i propri effetti “solo per il futuro”, recidendo il suo legame anche con il giudizio *a quo*.

Questa decisione, come è ampiamente noto, è stata valutata criticamente dalla dottrina, soprattutto per ciò che attiene al rapporto con il giudizio *a quo*: disporre l'efficacia solo per il futuro significherebbe far venire meno l'interesse del singolo Giudice a sollevare la questione di legittimità costituzionale, recidendo quel legame indissolubile che sta a fondamento di un sistema di tipo incidentale e che è costituito dalla rilevanza della stessa questione di costituzionalità⁴⁴, intesa come pregiudizialità fra la pronuncia della Corte costituzionale e la definizione del giudizio.

Nel caso concreto, poi, i giudici *a quibus* si sono “ribellati” alla decisione, interpretandola come pronuncia di accoglimento e quindi ritenendo i suoi effetti “retroattivi”, almeno nei rispettivi giudizi. In particolare, risalta la pronuncia della Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia, nella quale il Giudice tributario ha affermato che “*la non applicabilità della norma dichiarata illegittima nel giudizio a quo è consustanziale al tipo di giudizio di costituzionalità voluto dal nostro ordinamento costituzionale: cancellare questa consustanzialità significa modificare il tipo di giudizio di legittimità di cui sopra bypassando il necessario intervento del Legislatore Costituzionale; in conclusione, sia per la letteralità del dispositivo, che nulla specifica in ordine ad una difforme modalità di applicazione della sentenza ai casi pendenti rispetto a quella che è la ratio del nostro tipo di giudizio di legittimità costituzionale, sia per l'illegittimità della motivazione della sentenza, [...] la norma la norma dichiarata illegittima non può risultare applicabile nel presente giudizio*”⁴⁵. Tuttavia la strada è stata segnata e non si potrà in futuro fare finta, soprattutto alla luce della revisione dell'art. 81 Cost., che la Corte possa ignorare gli effetti dirompenti di una dichiarazione di incostituzionalità “costosa”.

6. Uno sguardo alle origini del sindacato di costituzionalità: la contrapposizione fra nullità e annullabilità della legge incostituzionale nei modelli statunitense e austriaco

Per ragionare sul tema degli effetti delle pronunce di accoglimento è necessario tornare indietro, ricordando che la distinzione fra nullità e annullabilità della legge incostituzionale, alle origini del sindacato di costituzionalità, fondava la contrapposizione fra sistema diffuso statunitense e sistema accentrato austriaco: tale contrapposizione rifletteva anche una contrapposizione di principio sulla forza e sul valore della Costituzione.

La Costituzione statunitense afferma la propria forza specificamente sul principio in base al quale la legge incostituzionale è “void ab initio” (e questo si lega, ovviamente, al sindacato incidentale e alla natura giurisdizionale e diffusa del sindacato di costituzionalità statunitense).

La nullità della legge incostituzionale è tanto radicale negli Stati Uniti da consentire la condanna del pubblico funzionario che ha agito conformemente alla legge contraria alla Costituzione⁴⁶.

Il sindacato austriaco, invece, nasce su presupposti completamente diversi: siamo di fronte ad una Costituzione, per definizione, “neutra” rispetto ai valori, che si pone il fine di “organizzare” le regole del gioco. Il Giudice costituzionale nasce come “legislatore negativo”: pertanto la legge incostituzionale deve essere osservata da tutti ed è valida fino al suo annullamento da parte del

proprie decisioni, in www.forumcostituzionale.it, 2015; sia consentito infine il rinvio a M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2015.

⁴⁴ Su tale profilo si veda S. Catalano, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, relazione al convegno del Gruppo di Pisa – Milano, 2017, versione provvisoria, 16. Sul punto, si veda anche M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993.

⁴⁵ Cfr. la pronuncia della Commissione Tributaria di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15.

⁴⁶ Si veda innanzitutto G. BOGNETTI, *La responsabilità per tort del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, Giuffrè, Milano, 1963.

Tribunale costituzionale, annullamento che vale solo “per il futuro”. L’efficacia per il futuro della legge incostituzionale è funzionale alla natura “politica” del Tribunale costituzionale e alla iniziale legittimazione solo dello Stato e dei *Länder*: quando nel 1929 la legittimazione a promuovere l’intervento del Giudice costituzionale fu concessa anche al Giudice di ultima istanza, si rese necessaria la retroazione degli effetti almeno nel giudizio *a quo*⁴⁷.

Si parte dunque dalle origini, per osservare che, come è ampiamente noto, fra le convergenze che si osservano oggi fra i due sistemi di sindacato di costituzionalità, inizialmente contrapposti, una riguarda proprio gli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità: il Giudice statunitense adotta, a partire dagli anni sessanta, pronunce anche “pro futuro” (le famose *prospectivity decisions*), mentre quello austriaco, nel giudizio incidentale, amplia la retroattività della decisione dal solo giudizio *a quo* anche ai “parallele fa(e)lle”⁴⁸.

7. L’ambigua genesi del sindacato di legittimità costituzionale italiano

Le ambigue origini del sistema costituzionale italiano, dove, come è noto, avrebbero dovuto coesistere l’azione diretta del cittadino con una legittimazione di tipo incidentale e la scelta, successiva all’entrata in vigore della Costituzione per una legittimazione di tipo incidentale (esclusi i rapporti fra Stato e Regioni), spiegano le differenze fra l’art. 136 Cost. - il quale nella sua formulazione letterale sembra presupporre una legittimazione diretta e indipendente dall’applicazione della legge, stabilendo che “la legge cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla dichiarazione della decisione”, pur affermando che la Corte “dichiara” l’incostituzionalità di una legge - e l’art. 30 della legge n. 87 del 1953, il quale chiarisce, alla luce della scelta operata dall’art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948 per un sistema di tipo incidentale, la retroattività della decisione di incostituzionalità: “le norme non possono più essere applicate”, con il limite dei cd. “rapporti esauriti”.

Tuttavia, il tema degli effetti delle decisioni di incostituzionalità non si esaurisce con l’applicazione letterale dell’art. 30 della legge n. 87 del 1953.

Fin dai primi anni di lavoro del Giudice costituzionale ci si pose il problema, sia in dottrina, sia nella giurisprudenza, dei limiti alla retroattività delle decisioni di accoglimento. Si tratta di un problema legato a un tema di fondo su cui la dottrina prese posizione, e cioè quello della obbligatorietà nei confronti della legge incostituzionale (nel quale si riproponeva il problema di una legge nulla o annullabile).

Partendo ora dal primo profilo, possiamo ricordare che, per più di un decennio, la Corte costituzionale si trovò in contrasto con la Corte di Cassazione sul problema dei limiti alla retroattività e sul contenuto da assegnare al concetto di “rapporto esaurito”.

Interpretando in senso esteso quest’ultimo, la Cassazione (penale) arrivava di fatto ad assegnare un’efficacia solo per il futuro alla decisione di incostituzionalità, soprattutto in materia processuale.

Il conflitto, rimasto latente per alcuni anni (con diverse decisioni annotate dalla dottrina)⁴⁹, scoppiò a seguito della famosa pronuncia n. 52 del 1965 (caso Tarantini). Di fronte alla negazione, da parte della Cassazione, dell’applicabilità della decisione a tutte le attività processuali svolte fino al momento della dichiarazione di incostituzionalità, alcuni giudici sollevano questione di legittimità costituzionale nei confronti dell’art. 30 della legge n. 87 del 1953, chiedendo alla Corte costituzionale un chiarimento circa l’efficacia delle proprie sentenze.

⁴⁷ Cfr. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit.

⁴⁸ Cfr. M. D’AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, cit., 8 ss.

⁴⁹ In tema sulla vicenda, si vedano B. CARAVITA, *La modifica dell’efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale: limiti pratici e teorici*, in AA.VV., *Effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità (con particolare riferimento alle esperienze straniere)*, Giuffrè, Milano, 1989, 257 ss.; G. CONSO, *La ‘doppia pronuncia’ della Corte costituzionale sulle garanzie difensive nell’istruttoria sommaria*, in *Giur. cost.*, 1965, 1146 ss.

In una prima decisione (sentenza n. 127 del 1966)⁵⁰, la Corte costituzionale ribadì l'efficacia retroattiva delle sue pronunce, rigettando la prospettazione delle ordinanze di rimessione secondo cui l'art. 30 della legge n. 87 avrebbe reso possibile una interpretazione restrittiva, circa l'incidenza delle pronunce di incostituzionalità sui procedimenti in corso.

Adita però una seconda volta, essa fu costretta a lasciare "campo libero" alla Cassazione (sentenza n. 49 del 1970)⁵¹, riconoscendo fra le righe che il problema della determinazione degli effetti spettasse per intero ai giudici comuni.

In dottrina, in quegli anni - dopo una prima interpretazione basata soltanto sull'art. 136 Cost., proposta da Calamandrei⁵², ma subito contraddetta da Esposito⁵³ - l'interpretazione dell'efficacia delle decisioni fu legata alle concezioni circa l'obbligatorietà della legge incostituzionale.

Non è il caso di ripercorrere le posizioni allora formulate, ma mi sembra importante fare qualche considerazione di sintesi. Naturalmente, a cominciare da Esposito, chi sosteneva che la legge incostituzionale fosse obbligatoria era legato ancora ad una visione che assegnava il primato alla legge. In quest'ottica, dunque, la retroattività degli effetti era qualcosa che si aggiungeva alla dichiarazione di incostituzionalità: come tale poteva essere limitata in funzione di principi o valori diversi⁵⁴.

Chi, invece, sosteneva che la legge incostituzionale fosse "nulla" voleva ribadire soprattutto la superiorità della Costituzione rispetto alla legge⁵⁵: in questa prospettiva, il problema della limitazione della retroattività si trasformava in quello dell'individuazione del cd. "rapporto esaurito" (ma poi si arrivava allo stesso risultato). Quest'ultima dottrina, però, non fece breccia soprattutto per le sue conseguenze.

Alla fine degli anni ottanta, come è noto, la Corte esplicitamente chiede alla dottrina di immaginare strumenti di contenimento e di manipolazione anche del "tempo" delle decisioni: le risposte, ancorché diversificate, supportano alcune decisioni del Giudice costituzionale, che, in modo più o meno giustificato, afferma la prospettività di alcune pronunce⁵⁶ o la contrazione nel passato dell'efficacia di altre⁵⁷, sostenendo una illegittimità costituzionale sopravvenuta rispetto alla quale fosse possibile individuare nel passato un termine preciso.

A queste decisioni si affiancano, a partire da quegli anni, le famose "additive di principio", decisioni nelle quali si tenta di importare il modello tedesco delle dichiarazioni di incompatibilità,

⁵⁰ Su cui si veda F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87?*, in *Giur. cost.*, 1966, 1740 ss.

⁵¹ A commento, L. ELIA, *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, in *Giur. cost.*, 1970, 946 ss.

⁵² Cfr. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1950.

⁵³ Cfr. C. ESPOSITO, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia (relazione letta nel 1950 nel congresso internazionale di diritto processuale di Firenze)*, in *La Costituzione italiana (saggi)*, CEDAM, Padova, 1954.

⁵⁴ Cfr. F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della 'giustizia costituzionale' (natura, efficacia, esecuzione)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, 66 ss.; F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87?*, in *Giur. cost.*, 1966, 1723 ss.

⁵⁵ Cfr. soprattutto V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè, Milano, 1967.

⁵⁶ Si veda per esempio la sentenza n. 266 del 1988 della Corte costituzionale che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, primo comma, della legge n. 180 del 1981, nella parte in cui consentiva che i provvedimenti di cui allo stesso articolo fossero ulteriormente adottati con la procedura indicata nella medesima disposizione, chiarisce che "[l]'illegittimità costituzionale [...], che qui si va a dichiarare, derivata, appunto, dall'inerzia legislativa protrattasi per sì lungo tempo, non incide, ripetesi, in alcun modo su quanto finora avvenuto, sia in via amministrativa sia in via giurisdizionale, sotto il vigore della citata norma ordinaria".

⁵⁷ Significativa a questo proposito la sentenza n. 501 del 1988 della Corte costituzionale, che dichiara l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 3, primo comma, e 6 della legge n. 141 del 1985, sulla perequazione dei trattamenti pensionistici in atto dei pubblici dipendenti (nella parte in cui, in luogo degli aumenti ivi previsti, non disponevano, a favore dei magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, nonché dei procuratori e avvocati dello Stato, collocati a riposo anteriormente al 1° luglio 1983, la riliquidazione, a cura delle Amministrazioni competenti, della pensione sulla base del trattamento economico derivante dall'applicazione degli artt. 3 e 4 della legge n. 425 del 1984, relativa al trattamento economico dei magistrati), con decorrenza dalla data del 1° gennaio 1988.

per dichiarare l'incostituzionalità di una disposizione, lasciando però al legislatore il compito di “riparare” all'incostituzionalità con un suo intervento⁵⁸.

Anche in questo caso, il problema si lega agli effetti e alla natura della decisione, ma il tema è unico, e cioè quello dell'ammissibilità e dell'utilità di tecniche decisorie che presuppongono un rapporto fra Corte costituzionale e potere legislativo, tornando alla vocazione originaria di un sistema accentrato, sia pure introdotto in modo incidentale.

8. Il ricco e variegato armamentario decisionale finalizzato alla modulazione temporale degli effetti del Tribunale costituzionale tedesco

Pare a questo punto necessario, per suggerire al nostro Giudice costituzionale l'adozione di strumenti di raccordo con il legislatore, analizzare l'esperienza del *Bundesverfassungsgericht*.

La prassi giurisprudenziale del BVerfG si connota per la presenza di un ricco e variegato “armamentario” decisionale finalizzato alla modulazione temporale degli effetti delle decisioni di accoglimento: mi riferisco, in particolare, alle sentenze di incompatibilità, forse le più rilevanti dal punto di vista della manipolazione degli effetti operata dal Tribunale costituzionale federale, insieme alle sentenze monitorie e alle sentenze di interpretazione conforme a Costituzione (*verfassungskonforme Auslegung*)⁵⁹.

Pare importante ricordare la genesi delle cd. *Unvereinbarkeitserklärungen*, “letteralmente inventate” dal BVerfG⁶⁰: il Giudice delle leggi tedesco aveva già posto le basi per lo sviluppo della *ratio* delle sentenze di incompatibilità nel 1958, ma, a partire dalla sentenza *Steuerprivileg für Landwirte*⁶¹, adottata l'11 maggio 1970, il Tribunale costituzionale ha iniziato, dal punto di vista formale, a qualificare la norma oggetto del suo controllo di costituzionalità non più soltanto come “nulla”, ma anche come “incompatibile” con il dettato costituzionale⁶².

A tal proposito, occorre evidenziare che tale meccanismo decisorio fu ritenuto inizialmente *contra legem* dalla dottrina, atteso che il BVerfG aveva cominciato ad adottare le sentenze di incompatibilità a prescindere da una loro positivizzazione normativa e necessitava dunque di un “rafforzamento dal punto di vista giuridico” (*gesetzliche Ermächtigung*)⁶³.

E non è stata una mera casualità il fatto che, successivamente, con l'emendamento del 1970 al BVerfGG, il legislatore sia intervenuto proprio al fine di fornire alla prassi giurisprudenziale in esame una solida “base giuridica”⁶⁴, introducendo, agli artt. 31, comma secondo, e 79, comma

⁵⁸ Cfr. sentenza n. 10 del 1993, con più ampie osservazioni in M. D'AMICO, *Decisioni interpretative di rigetto e diritti fondamentali: una nuova strada per la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1993, XI, 2049 ss.

⁵⁹ La *ratio* dell'ultima tipologia decisionale menzionata è quella di evitare “una situazione di incertezza giuridica derivante da una dichiarazione di nullità”: così v. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Giappichelli Editore, Torino, 2002, 129; pertanto, le sentenze in questione sono finalizzate alla conservazione delle norme, al pari delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, di cui si dirà a breve.

Le sentenze monitorie, ovvero le cd. *Appellentscheidungen*, rilevano in questa sede qualora vengano adottate al fine di precludere la tipica efficacia *ex tunc* delle *Nichtigkeitserklärung*. E ciò in omaggio all'argomento delle conseguenze giuridiche “gravose”, il cd. *Folgenargument*.

Sulle decisioni di incompatibilità, si veda N. FIANO, *La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte Costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca*, in www.forumcostituzionale.it, 4 ss.

⁶⁰ Si veda, in tal senso, K. SCHLAICH, S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H Beck, München, 2001, 269.

⁶¹ BVerfGE 28, 277.

⁶² Sul punto, *Ibidem*, 270.

⁶³ *Ibidem*, 269.

⁶⁴ E. BERTOLINI, *Le sentenze del Bundesverfassungsgericht: tipologie ed effetti*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, 186.

primo, del BVerfGG, un riferimento alle *Unvereinbarkeitserklärungen*; si consideri, tuttavia, che i loro effetti giuridici non sono stati in alcun modo regolamentati.

Da allora, conformemente alla dottrina *kelseniana*, il raccordo tra Tribunale costituzionale e legislatore diviene il perno della giurisprudenza temporalmente manipolativa del BVerfG.

Infatti, il Tribunale costituzionale federale, nell'adottare la sentenza di incompatibilità, rivolge al legislatore un "ordine di riforma" della norma colpita dal vizio di illegittimità costituzionale. L'intervento obbligatorio del legislatore costituisce, di fatto, la conseguenza principale dell'adozione delle sentenze di incompatibilità: pertanto, la dichiarazione della mera incompatibilità della norma, e quindi la realizzazione di una deroga rispetto all'efficacia *ex tunc* della declaratoria di incostituzionalità, fa corpo con la disciplina che il legislatore è tenuto a predisporre.

L'impossibilità di scomporre l'intervento legislativo dall'elemento temporale sembra essere valorizzato dalla presenza di un istituto che il BVerfG ha elaborato in via del tutto pretoria, vale a dire la disposizione di un termine perentorio entro il quale il legislatore è tenuto all'adempimento del dovere di riforma, denominato *Frist*.

Costituisce un elemento significativo il fatto che, talvolta, il BVerfG abbia esplicitamente chiarito quali fossero le conseguenze della mancata ottemperanza da parte del legislatore⁶⁵. Non solo, in altri casi il BVerfG ha puntualmente affermato che l'eventuale mancato intervento del legislatore avrebbe condotto alla nullità della norma dichiarata incompatibile⁶⁶.

Da notare che il legislatore è tenuto ad intervenire in modo da regolare anche i casi pendenti al momento di pubblicazione della sentenza d'incompatibilità⁶⁷: dunque, il BVerfG non rinuncia alla retroattività delle dichiarazioni di incostituzionalità, ma la governa insieme al legislatore.

L'eccezione è costituita dalla materia tributaria, ambito nel quale il BVerfG ha di frequente motivato la necessità di un'applicazione solamente *pro-futuro* della *Neuregelung*⁶⁸: la logica è quella di tutelare l'interesse ad un bilancio ed un assetto finanziario statale affidabile nel tempo, valido per il periodo programmato⁶⁹. E, infatti, il termine "affidabilità" ricorre spesso nell'ambito della giurisprudenza temporalmente manipolativa incidente sul bilancio pubblico.

Se la mera dichiarazione dell'incompatibilità della norma oggetto del controllo di legittimità costituzionale richiede l'intervento legislativo in ottemperanza alla cd. *Nachbesserungspflicht*, ovvero il "dovere di miglioramento" della norma, si profila necessariamente la questione relativa alla regolamentazione della porzione temporale compresa tra il momento in cui il BVerfG adotta la decisione e il momento in cui il legislatore pone in essere la disciplina "sanante".

Il BVerfG, all'interno della stessa categoria delle sentenze di incompatibilità, ha elaborato uno strumentario decisionale flessibile e diversificato: oltre alla "mera dichiarazione di incompatibilità", il BVerfG può disporre, infatti, una *Übergangsregelung*, ovvero una disciplina transitoria integrativa o, in alternativa, la cd. *weitere Anwendbarkeit*, cioè l'ordine di applicazione,

⁶⁵ V. la sentenza BVerfGE del 30 maggio 1990 (BverfGE 82, 126), nella quale viene specificato che, "se il legislatore non risana il contrasto costituzionale entro il termine indicato, allora tutti i Tribunali sono chiamati, qualora non vogliano agire in modo incostituzionale [...] ad adottare decisioni costituzionalmente conformi". Rispetto a questa decisione, la dottrina evidenzia che il BVerfG avrebbe posto in essere un rilevante "passo in avanti" nella definizione delle conseguenze giuridiche derivanti dall'adozione della sentenza di incompatibilità. Cfr. K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H Beck, München, 2007, 239.

⁶⁶ In particolare, nella sentenza del 7 febbraio 2012 (BVerfGE 130, 240), il BVerfG ha dichiarato che, nel caso in cui il legislatore non avesse adempiuto all'obbligo di riforma entro il termine previsto, sarebbe subentrata la nullità (*Nichtigkeit*) delle disposizioni dichiarate incompatibili (in caso di riproposizione della questione di costituzionalità).

⁶⁷ La *Neuregelung*, infatti, investe "almeno tutte quante le decisioni che non siano ancora passate in giudicato e quei giudizi rispetto ai quali rilevino le norme dichiarate incostituzionali". Così, K. SCHLAICH, S. KORIOATH, *ult. op. cit.*, 239.

⁶⁸ Sul punto, si veda R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, NJW, 1996.

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 110 GG, §, "il bilancio preventivo viene determinato, diviso in periodi annuali, per uno o più anni finanziari, dalla legge di bilancio, prima dell'inizio del primo anno di applicazione. Può essere stabilito che alcune parti del bilancio preventivo valgano, divise per anni finanziari, per periodi diversi di tempo".

da parte dei giudici, della norma dichiarata incompatibile fino all'intervento "riequilibratore" del legislatore.

In definitiva, l'elemento temporale s'intreccia con l'intervento e con la discrezionalità del legislatore, discrezionalità soggetta a regole sostanziali e temporali stabilite dallo stesso Giudice costituzionale.

Questa tecnica decisoria conosce diverse varianti, a dimostrazione del fatto che, in realtà, il Giudice costituzionale tedesco, governando il raccordo con il legislatore, rispetta, ma al tempo stesso regola, la discrezionalità di quest'ultimo.

Tra le tante, pare emblematica quella giurisprudenza che addirittura fa salva l'applicazione della legge dichiarata incostituzionale fino alla *Neuregelung* del legislatore stesso, per la quale viene dato un termine (*Frist*)⁷⁰, evitando così interventi manipolativi o discipline transitorie.

Nel 2008 il BVerfG ha adottato una sentenza rilevante non solo dal punto di vista della modulazione temporale con essa disposta, ma soprattutto dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, cui pertanto pare opportuno dedicare una particolare attenzione⁷¹. In questa pronuncia, il BVerfG ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. § 8 primo paragrafo 1 Nr. 2 della legge sulla modifica del nome e l'accertamento dell'appartenenza al genere sessuale in casi particolari (*Transsexuellengesetz - TSG*), poiché imponeva irragionevolmente il divorzio quale conseguenza del riconoscimento legale del nuovo genere, senza la possibilità di "continuare il rapporto di partnership basato sul matrimonio attraverso il riconoscimento di una forma (giuridica) differente eppure egualmente assicurata". Il BVerfG specifica che "l'incostituzionalità del § 8 paragrafo 2 numero 2 del TSG non conduce alla nullità della stessa, ma all'incompatibilità di tale norma con l'art. 2 primo paragrafo in combinato disposto con l'art. 1 primo paragrafo e l'articolo 6 primo paragrafo del GG, atteso che il legislatore ha più possibilità per eliminare il vizio di illegittimità costituzionale. [V]iene posto un *Frist* nei confronti del legislatore fino a primo agosto 2009. A causa della gravità del pregiudizio che subisce una persona transessuale sposata [...] il § 8 paragrafo 1 numero 2 del TSG viene dichiarato non applicabile fino all'entrata in vigore della *Neuregelung*". Il BVerfG ha evidenziato che "spetta al legislatore stabilire secondo quale modalità rimediare all'illegittimità costituzionale. Tuttavia, nel caso in cui stabilisca di non garantire alle persone interessate la possibilità di mantenere in vita il matrimonio, è comunque tenuto ad assicurare i diritti acquisiti e i doveri imposti dal matrimonio non vengano ridotti"⁷².

In questo caso, possiamo rilevare la fortissima analogia con il caso deciso dalla Corte costituzionale italiana nella decisione n. 170 del 2014⁷³, nella quale, pronunciandosi sul cd. divorzio imposto nel caso di modificazione del sesso nell'ambito di una coppia sposata, la Corte si pronuncia con una additiva di principio, riconoscendo il diritto a non subire un divorzio contro la propria

⁷⁰ Cfr. M. T. RÖRIG, *Germania*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Corte costituzionale, Servizio Studi - Area di diritto comparato, 2014.

⁷¹ BVerfGE 121, 175.

⁷² Un altro caso significativo relativamente recente, annoverabile all'interno di filone giurisprudenziale, è costituito dalla sentenza BVerfGE 117,1 "Erbschaftsteuer", ha adottato una *Unvereinbarkeitserklärung* in tema di imposte di successione e donazione incompatibili con l'art. 3 del GG, affermando che: "il legislatore ha varie possibilità a disposizione per rimediare alla situazione incostituzionale in modo tale che la norma in esame non debba essere dichiarata nulla ma solo incompatibile con l'art. 3, comma 1, LF (cfr. BVerfGE 114, 1 [...]). Infine, il legislatore può anche perseguire, tramite una differenziazione in ordine all'aliquota, un indirizzo di manovra fiscale rispettoso del dettato costituzionale in merito alle norme di manovra e di agevolazione extrafiscali". In questa pronuncia, è stato dato un termine esatto (13 dicembre) per l'intervento di riforma.

⁷³ A commento della pronuncia, F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio 'imposto': un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in www.forumcostituzionale.it, 2014; G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. 'divorzio imposto'*, in www.articolo29.it; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di 'divorzio imposto': il 'caso Bernaroli' nella sentenza n. 170/2014*, in www.forumcostituzionale.it, 2014; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del 'divorzio imposto': quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro it.*, 2014, 2680.

volontà e, al tempo stesso, rinviando al legislatore per l'introduzione di una disciplina applicabile, non essendoci ancora nel nostro ordinamento una disciplina generale per l'unione delle persone dello stesso sesso. Nel caso specifico, si è posto il problema dell'applicazione al giudizio *a quo* della decisione, in assenza di un tempestivo intervento del legislatore: problema risolto direttamente dal giudice *a quo*, il quale ha mantenuto il legame matrimoniale fino all'intervento del legislatore⁷⁴. In particolare, la Corte di Cassazione, sez. I civile, 21 aprile, 2015, n. 8097, oltre ad affermare la natura autoapplicativa della pronuncia, ha specificato che il giudice *a quo* è tenuto, “*sul piano ermeneutico*”, ad individuare la “*regola per il caso concreto che inveri il principio imperativo stabilito con la sentenza di accoglimento*”. Ancora, la Corte di Cassazione ha dichiarato la necessità, “*al fine di dare attuazione alla declaratoria d'illegittimità costituzionale contenuta nella sentenza n. 170 del 2014*”, di accogliere “*il ricorso e conservare alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti e obblighi. La conservazione dello statuto dei diritti e dei doveri propri del modello matrimoniale è, pertanto, sottoposta alla condizione temporale risolutiva costituita dalla nuova regolamentazione indicata dalla sentenza*”.

Infine, pare importante segnalare che il BVerfG ha mostrato attenzione verso la discrezionalità del legislatore anche in altri settori particolarmente delicati, a prescindere dalla frizione con norme costituzionali sul bilancio, come quello della materia penale, affermando di non dichiarare la nullità di norme incostituzionali al fine di prevenire vuoti normativi pericolosi e non affrontabili in modo organico dalle autorità giurisdizionali ed amministrative coinvolte⁷⁵.

9. Brevi riflessioni conclusive a partire dai possibili spunti offerti dall'esperienza tedesca

In conclusione, si ritiene che la dottrina dovrebbe offrire nuovi orizzonti praticabili al Giudice costituzionale, tornando alle origini del sindacato di costituzionalità e, dunque, a quelle riflessioni di Hans Kelsen sulla necessità per il Tribunale costituzionale di lavorare in stretto raccordo con il legislatore, al punto che la propria pronuncia non possa ambire ad avere un effetto, se non in modo coordinato con l'intervento di quest'ultimo. Al tempo stesso, al fine di garantire che la decisione abbia effetto nel giudizio nel quale viene sollevata la questione, si dovrebbe assicurare che il Tribunale abbia anche il potere “*di stabilire, nell'annullare immediatamente la legge, la situazione di diritto anteriore alla sua entrata in vigore*”, con ciò producendo “*l'effetto retroattivo desiderabile della decisione di annullamento sul caso che ha provocato la richiesta e che, d'altra parte, l'organo legislativo abbia il tempo necessario per preparare una nuova legge che risponda ai requisiti voluti dalla costituzione*”⁷⁶.

In sintesi, l'esperienza tedesca delle decisioni di incompatibilità e degli strumenti sviluppati dal BVerfG per governare il tempo e la sostanza dell'intervento legislativo rendono evidente come sia possibile assicurare uno spazio discrezionale proprio del legislatore che non sia una pagina

⁷⁴ Si veda, sul punto, R. ROMBOLI, *La Corte (di cassazione) dei miracoli: una norma dichiarata incostituzionale che può risuscitare a seguito dell'auspicato intervento del legislatore*, in *GenIUS, Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 1/2015.

⁷⁵ Il 14 maggio 2011, con la sentenza BVerfGE 128, 326, la Corte costituzionale si è espressa in tema di *Sicherungsverwahrung*. Al punto IV della sentenza in esame, dedicato alla normativa transitoria, il BVerfG ha affermato di non avere dichiarato nulle le disposizioni relative alla custodia di sicurezza contenute nel codice penale al fine di prevenire un vuoto normativo che avrebbe determinato una conseguenza pericolosamente incostituzionale, ovvero la liberazione di tutti quanti i soggetti sottoposti alla misura di sicurezza: tale circostanza, infatti, sarebbe stata scarsamente gestibile dai Tribunali, dall'Amministrazione e dalla polizia.

⁷⁶ H. KELSEN, *La garanzia*, cit., 199.

bianca, ma che, invece, sia contenuto entro i confini tracciati dallo stesso Giudice costituzionale: di ciò è riprova la circostanza per cui il BVerfG dispone del “tempo” insieme al legislatore.

La Corte costituzionale italiana ha, finora, sapientemente fatto a meno dell'intervento legislativo e si è costruita un armamentario tecnico ispirato al principio dell'autosufficienza, ma oggi credo che i tempi siano maturi per riprendere con maggiore forza e consapevolezza il tema del “raccordo”.

Come abbiamo osservato, la necessità di un intervento coordinato emerge prepotentemente di fronte a vicende emblematiche, come quella del sindacato sulla legge elettorale o sui principi della materia penale (una materia, questa, rispetto alla quale il legislatore ha rinunciato a un presidio forte del principio di legalità, non riuscendo a riformare il codice penale del 1930 e consentendo interventi di fonti primarie diverse dalla legge), così come pure quelle connesse allo sviluppo delle conoscenze e delle tecniche scientifiche, destinato ad evolversi sempre più rapidamente e a porre al legislatore, ai giudici e alla Corte costituzionale nuove e sempre diverse problematiche che si è soliti definire “eticamente sensibili”⁷⁷.

Un ricorso più attento a questi strumenti di raccordo, che agiscano sul piano sostanziale e temporale, unito all'apertura all'attivazione di poteri istruttori formali, potrebbe essere molto utile per il fragile equilibrio della nostra democrazia costituzionale.

⁷⁷ Pensiamo, per esempio, alle notevoli problematiche derivanti dal progresso scientifico che consente di attuare i cd. contratti di maternità surrogata e dalle conseguenze che si determinano non solo per il nascituro e per il nato, ma anche per la donna che si impegna a condurre una gravidanza per una coppia committente; pensiamo anche alle nuove frontiere della medicina predittiva, che potrebbe condurre a notevoli profili problematici nel diritto assicurativo e del lavoro, a fronte della definizione delle predisposizioni individuali alle malattie. Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012 e, volendo, M. D'AMICO, “Le questioni ‘eticamente sensibili’ fra scienza, giudici e legislatore”, in www.forumcostituzionale.it.