

CORTE COSTITUZIONALE

SERVIZIO STUDI

Area di diritto comparato

**LE PRONUNCE DI INCOSTITUZIONALITÀ
E DI INCOMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE
TEDESCA E AUSTRIACA**

a cura di Maria Theresia Rörig

ottobre 2018

Avvertenza

La Corte costituzionale ha la titolarità, in via esclusiva, dei contenuti del presente documento.

La Corte costituzionale fa divieto, in assenza di espressa autorizzazione, di riprodurre, estrarre copia ovvero distribuire il documento o parti di esso per finalità commerciali. Il riutilizzo per finalità diverse è soggetto alle condizioni ed alle restrizioni previste nel contratto di licenza Creative Commons (CC by SA 3.0).

Per informazioni e richieste, si invita a contattare il Servizio Studi, scrivendo al seguente indirizzo email: servstudi@cortecostituzionale.it.

**LE PRONUNCE DI INCOSTITUZIONALITÀ
E DI INCOMPATIBILITÀ COSTITUZIONALE
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE
TEDESCA E AUSTRIACA**

INDICE

Introduzione	7
---------------------------	----------

AUSTRIA

1. Le fonti rilevanti	9
2. Indicazioni bibliografiche (dottrina in lingua italiana e inglese)	19

GERMANIA

1. Le fonti rilevanti	21
1.1. La Legge fondamentale	21
1.2. La Legge sul Tribunale costituzionale federale (<i>Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG</i>)	21
1.3. Il diritto giurisprudenziale	25
1.3.1 <i>Gli effetti delle pronunce di mera incompatibilità</i>	28
1.3.2 <i>Casistica</i>	33
2. Indicazioni bibliografiche (dottrina in lingua italiana e inglese)	40

INTRODUZIONE

Il presente *Dossier* fornisce una breve panoramica sulle varie tipologie di pronunce che il Tribunale costituzionale federale tedesco e la Corte costituzionale austriaca emettono nell'ambito dei giudizi costituzionali. Al riguardo viene dedicata una particolare attenzione alle pronunce tedesche che accertano e poi dichiarano l'*incompatibilità* di una norma con la Costituzione, pronunce che hanno l'effetto di derogare al principio dell'efficacia retroattiva dell'incostituzionalità-nullità. Si segnala inoltre l'esperienza austriaca, che nel contesto della limitazione degli effetti retroattivi delle decisioni di *incostituzionalità* è senz'altro stravagante (in senso etimologico). Il prototipo austriaco è infatti basato sulla regola per cui la declaratoria di incostituzionalità ha effetti abrogativi *ex nunc*, stante la natura di "legislatore negativo" da riconoscersi alla Corte costituzionale. L'eccezione è rappresentata dal giudizio ordinario che ha dato luogo alla pronuncia, sul quale la declaratoria spiega effetti; la Corte, tuttavia, ha la possibilità di estendere gli effetti della sua decisione anche ad ulteriori rapporti in corso, sulla base di una valutazione improntata, in ultima analisi, al bilanciamento tra la certezza del diritto ed il senso di giustizia.

Per un approfondimento, anche in merito all'*iter* argomentativo ed alla formulazione concreta delle pronunce di incompatibilità costituzionale in materia finanziaria, pensionistica e fiscale, ambito con una maggiore frequenza in cui si riscontra questo tipo di decisioni, si rinvia alla lettura dei contributi relativi alla Germania ed all'Austria di M. Th. Roerig nel *Dossier* del Servizio Studi, Area di Diritto Comparato, dal titolo *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità. Aggiornamento* [Comp. 222]¹, a cura di Paolo Passaglia, luglio 2017, che contiene anche svariati esempi ed estratti di decisioni.

¹ Il *dossier* è reperibile *on line* alla pagina https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/comp_222_luglio_2017.pdf.

AUSTRIA

1. Le fonti rilevanti

La Costituzione federale austriaca è un insieme di singole leggi costituzionali federali, disposizioni di rango costituzionale contenute in leggi ordinarie, trattati internazionali ratificati con legge costituzionale, leggi del periodo monarchico recepite con rango costituzionale, e del documento base, la Legge costituzionale federale promulgata nel 1920 e profondamente riformata nel 1945 (*Bundes-Verfassungsgesetz*, di seguito anche semplicemente B-VG), al punto che si fa generalmente riferimento alla data del 19 dicembre 1945. Tale *Bundes-Verfassungsgesetz* stabilisce, agli artt. 137 ss., le varie competenze della Corte costituzionale austriaca, il *Verfassungsgerichtshof* (VfGH).¹

La legge istitutiva sulla Corte costituzionale austriaca del 1953 (*Verfassungsgerichtsgesetz – VfGG*) contiene altre disposizioni soprattutto di natura procedurale sulle competenze e sul controllo costituzionale.

È però la legge costituzionale federale (B-VG) stessa che disciplina i vari effetti della decisione d'incostituzionalità quale aspetto più significativo del

¹ Ai sensi dell'art. 140, la Corte costituzionale si pronuncia sulla costituzionalità delle leggi federali, regionali e provinciali su richiesta della Corte amministrativa, della Corte suprema di giustizia, di un tribunale chiamato a decidere in seconda istanza, di una Sezione amministrativa indipendente, o anche d'ufficio, quando la Corte stessa debba applicare tale legge in un procedimento pendente.

La Corte si pronuncia sull'incostituzionalità di leggi provinciali anche su ricorso del Governo federale, e sull'incostituzionalità di leggi federali anche su ricorso di un Governo provinciale, di un terzo dei membri di una delle due Camere (con legge costituzionale provinciale può essere stabilito che una simile istanza relativa all'incostituzionalità di leggi provinciali possa venire presentata anche da un terzo dei membri della Dieta provinciale). La Corte costituzionale decide inoltre sull'incostituzionalità di leggi su ricorso di un soggetto che ritenga di essere stato direttamente leso nei suoi diritti da questa incostituzionalità (ricorso diretto). Essa è infine competente a controllare la costituzionalità e la legittimità dei regolamenti dell'esecutivo (art. 139 B-VG).

Altre competenze non prettamente relative al controllo di costituzionalità riguardano la messa in stato d'accusa del Presidente federale per violazione della Costituzione, deliberata dall'Assemblea federale (art. 142). Competenze ulteriori riguardano i conflitti di giurisdizione (*ex* art. 138 e 138a, B-VG); i conflitti *Bund-Länder* (*ex* art. 138 e 138a, B-VG); i ricorsi *ex* art. 126 a B-VG, relativi a divergenze sull'interpretazione delle disposizioni legislative sulla competenza della Corte dei Conti; i ricorsi elettorali *ex* art. 141 B-VG. A norma dell'art. 137 B-VG, la Corte giudica infine delle «controversie relative a diritti patrimoniali fatti valere nei confronti della Federazione, dei *Länder*, dei distretti, dei comuni e consorzi di comuni, che non possono essere risolte dai Tribunali ordinari né da una decisione dell'autorità amministrativa».

sistema austriaco di controllo di costituzionalità. Il modello austriaco rappresenta infatti l'archetipo dei sistemi che prevedono l'efficacia *ex nunc* della declaratoria d'incostituzionalità² (ossia l'efficacia meramente *pro futuro* della decisione) e contempla un potere di deroga all'ordinaria efficacia temporale della decisione di accoglimento sia per il futuro, attraverso il differimento degli effetti sino a diciotto mesi, sia per il passato, attraverso la previsione della facoltà, per il giudice costituzionale, di disporre che la pronuncia abbia effetto, oltre che per il giudizio *a quo*, anche per una serie indefinita di altri procedimenti e rapporti pendenti.

Si riportano qui di seguito le disposizioni rilevanti:

Articolo 140

(1) La Corte costituzionale decide sulla incostituzionalità

1. di leggi(omissis)...

(3) La Corte costituzionale può annullare una legge in quanto incostituzionale solo se il suo annullamento è stato espressamente richiesto, o se la Corte stessa era tenuta ad applicare la legge in un procedimento pendente. Se tuttavia la Corte giunge al convincimento che l'intera legge è stata emanata da un organo legislativo incompetente, o è stata pubblicata in modo incostituzionale, deve annullare l'intera legge in quanto incostituzionale. La norma non si applica se l'annullamento della legge danneggia palesemente gli interessi della parte che ha presentato una richiesta ai sensi del 1° comma, per. 1, lett. c) o d) o la cui causa ha offerto l'occasione per l'apertura d'ufficio di un procedimento di controllo sulla legge.

(4) Se, al momento della sentenza della Corte costituzionale, la legge non è più in vigore, e il procedimento è stato introdotto d'ufficio o su richiesta di un tribunale o di un soggetto che ritiene di essere stato direttamente leso nei suoi diritti dall'incostituzionalità della legge medesima, la Corte costituzionale deve dichiarare se la legge era incostituzionale. Il 3° comma si applica in quanto compatibile.

(5) La decisione della Corte costituzionale con cui una legge viene dichiarata incostituzionale obbliga il Cancelliere o il Governatore competente all'immediata pubblicazione dell'annullamento. La norma si applica in quanto compatibile

² Cfr. G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in P. CARROZZA - A. DI GIOVINE - G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 225 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1997, 332 ss., E. ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009, pp. 99 ss.

anche nel caso di una decisione ai sensi del 4° comma. La dichiarazione di incostituzionalità acquista efficacia decorso il giorno della pubblicazione, se la Corte costituzionale non stabilisce un termine. Questo termine non può essere superiore a 18 mesi.

(6) Se una sentenza della Corte costituzionale dichiara incostituzionale una legge, le disposizioni di legge che sono state abrogate dalla legge ritenuta incostituzionale dalla Corte ritornano in vigore nel giorno in cui la dichiarazione acquista efficacia, se la sentenza non dispone diversamente. Nella pubblicazione relativa, si deve anche indicare se e quali disposizioni di legge rientrano in vigore.

(7) Se una legge è stata annullata in quanto ritenuta incostituzionale, o se la Corte ha dichiarato ai sensi del 4° comma che una legge era incostituzionale, tutti i tribunali e le autorità amministrative sono vincolati dalla pronuncia della Corte. Alle fattispecie verificatesi anteriormente alla pronuncia della Corte, ad eccezione del caso da cui ha preso origine la sentenza e sempreché la Corte stessa non disponga diversamente nella sua sentenza, la legge continua tuttavia ad applicarsi. Se nella sentenza la Corte ha posto un termine ai sensi del 5° comma, la legge si deve applicare a tutte le fattispecie verificatesi prima del decorso di questo termine, ad eccezione del caso da cui ha preso origine la sentenza.

(8) Per questioni giuridiche che hanno dato origine ad un ricorso di cui al comma 1, riga 1, lett. d) [ricorso diretto], deve essere indicato in una legge federale che la sentenza della Corte costituzionale con cui la legge è stata annullata in quanto incostituzionale rende una nuova decisione nella vicenda possibile. Ciò si applica in quanto compatibile nel caso di una sentenza ai sensi del 4° comma.

In relazione all'illegittimità di regolamenti, esistono previsioni analoghe³. Ciò vale altrettanto per la dichiarazione di incostituzionalità di trattati internazionali e simili (cfr. art. 140a B-VG, v. anche art. 139a B-VG).

³ Articolo 139

(1) La Corte costituzionale decide sulla illegittimità dei regolamenti ... (omissis)...

(3) La Corte costituzionale può annullare per violazione di legge un regolamento solo se l'annullamento è stato richiesto espressamente o se la Corte era tenuta ad applicarlo nella causa pendente. Se tuttavia la Corte costituzionale giunge al convincimento che il regolamento nel suo complesso:

a) è privo di fondamento legale;

La Legge costituzionale federale austriaca prevede, in buona sostanza, amplissimi strumenti per la modulazione – sia nel senso della limitazione che in quello dell'estensione – degli effetti nel tempo della dichiarazione d'incostituzionalità, strumenti che sono stati progressivamente incrementati attraverso varie revisioni costituzionali⁴.

In sintesi, le diverse tipologie di pronunce che la Corte può adottare (anche per le decisioni sui regolamenti) sono:

(1) sentenza di abrogazione della legge/del regolamento;

(2) dichiarazione che la legge/il regolamento, già abrogata/o, era incostituzionale/illegittimo;

b) è stato emanato da una autorità incompetente o

c) è stato pubblicato in modo illegittimo,

deve annullare il regolamento nel suo complesso in quanto illegittimo. La disposizione non si applica se l'annullamento del regolamento nel suo complesso danneggia palesemente gli interessi legittimi della parte, che ha presentato una richiesta ai sensi dell'ultimo periodo del 1° comma, riga 3 o 4, o la cui causa ha offerto l'occasione per l'apertura d'ufficio di un procedimento di controllo del regolamento.

(4) Se al momento della decisione della Corte costituzionale il regolamento non è più in vigore, ed il procedimento è stato aperto d'ufficio o su richiesta di un tribunale o di un soggetto che ritiene di essere stato direttamente leso nei suoi diritti dall'illegittimità del regolamento, la Corte deve dichiarare se il regolamento era illegittimo. Il comma 3 si applica in quanto compatibile.

(5) La sentenza della Corte costituzionale con cui un regolamento è stato annullato per violazione di legge, obbliga la suprema autorità federale o provinciale competente all'immediata pubblicazione dell'annullamento. Ciò si applica in quanto compatibile nel caso di una pronuncia ai sensi del 4° comma. L'annullamento ha efficacia decorso il giorno della pubblicazione, se la Corte costituzionale non ha stabilito un termine, che però non può superare sei mesi, o 18 mesi se dei provvedimenti legislativi sono necessari.

(6) Se un regolamento è stato annullato per violazione di legge, o la Corte costituzionale ha dichiarato ai sensi del 4° comma che un regolamento era illegittimo, tutti i tribunali e le autorità amministrative sono vincolati dalla sentenza della Corte costituzionale. Il regolamento deve tuttavia ancora essere applicato alle fattispecie verificatesi prima dell'annullamento, ad eccezione di quella che ha dato origine alla sentenza, se la Corte stessa non ha diversamente disposto nella sentenza di annullamento. Se la Corte costituzionale ha indicato, nella sua sentenza di annullamento, un termine ai sensi del 5° comma, il regolamento dev'essere applicato a tutte le fattispecie verificatesi prima del decorso di questo termine, ad eccezione di quella che ha dato origine alla sentenza.

(7) Per questioni giuridiche che hanno dato origine ad un ricorso di cui al comma 1, riga 1, lett. d) [ricorso diretto], deve essere indicato in una legge federale che la sentenza della Corte costituzionale con cui il regolamento è stato annullato in quanto illegittimo rende una nuova decisione nella vicenda possibile. Ciò si applica in quanto compatibile nel caso di una sentenza ai sensi del 4° comma.

⁴ Cfr. E. ORLANDO, *op. cit.*, e G. PARODI, *op. cit.*

(3) dichiarazione che la legge/il regolamento, già abrogata/o, *non era* incostituzionale/illegittimo;

(4) dichiarazione che la legge/il regolamento non viene abrogata/o in quanto non è incostituzionale/illegittimo.

La Corte ha inoltre il potere di derogare ai tre principi generali formulati in materia di efficacia della dichiarazione d'incostituzionalità dall'art. 140, commi 5-7, B-VG, secondo cui: (i) l'annullamento (o l'abrogazione, "*Aufhebung*") opera di regola *ex nunc*, decorso il giorno della pubblicazione (art. 140 comma 5 B-VG), cosicché (ii) la legge dichiarata incostituzionale continua ad applicarsi alle fattispecie verificatesi prima dell'annullamento disposto dalla pronuncia della Corte, con la sola eccezione del caso oggetto della pronuncia; (iii) se una legge viene dichiarata incostituzionale, «tornano in vigore le disposizioni di legge abrogate dalla legge incostituzionale» (c.d. reviviscenza: art. 140, comma 6, B-VG).

In altri termini, l'individuazione del momento da cui decorre l'effetto abrogativo vale altresì a stabilire (salvo che la sentenza disponga diversamente) l'entrata in vigore delle disposizioni di legge abrogate dalla legge dichiarata incostituzionale, che devono essere indicate in sede di pubblicazione della sentenza. Di regola dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione di incostituzionalità della norma, essa non è più applicabile ai casi che vengono in essere posteriormente ossia alle fattispecie sorte in precedenza (c.d. effetto *pro futuro*).

Tuttavia, il differimento degli effetti delle pronunce può essere deciso dalla Corte costituzionale in modo discrezionale tramite un *dies a quo* diverso, al fine di consentire al legislatore di attivarsi per evitare vuoti normativi. Il principio dell'efficacia *ex nunc*, dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione di annullamento può infatti, in base al comma 5 dell'art. 140, essere derogato attraverso la fissazione di un termine di decorrenza degli effetti caducatori «diverso» da quello della pubblicazione. Il termine non può comunque superare i diciotto mesi.

In una nota pronuncia (G 258-259/2017-9) del 4 dicembre 2017 in merito alla normativa austriaca che riserva(va) l'istituto del matrimonio alle sole coppie eterosessuali e quello dell'unione civile alle sole coppie omosessuali, la Corte costituzionale si è ad esempio pronunciato come segue:

“1. La sequenza di parole “di sesso diverso” in § 44 della parte generale del codice civile (ABGB), JGS n. 946/1811, e, nella legge federale sulle unioni

registrate (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG), BGBl. I n. 135/2009 nella versione del BGBl. I n. 25/2015, la sequenza delle parole “coppie dello stesso sesso” in § 1, “dello stesso sesso” in § 2 nonché numero 1 del § 5, comma 1, vengono annullate in quanto incostituzionali.

2. L’abrogazione entrerà in vigore decorso il 31 dicembre 2018.

3. Le disposizioni di legge precedenti non rientrano in vigore.

4. Il cancelliere federale è obbligato di pubblicare senza indugio la presente pronuncia nella Gazzetta federale I.”

Il termine comporta che la legge dichiarata incostituzionale si applichi a tutte le fattispecie (con effetto “immunizzante”) che si verificano prima del suo decorso, con l’eccezione, ovviamente per evidenti ragioni di equità e funzionalità del meccanismo di instaurazione, «del caso che ha dato origine alla pronuncia».

Il principio per cui la legge dichiarata incostituzionale continua ad applicarsi alle fattispecie verificatesi prima dell’annullamento disposto dalla Corte, con la sola eccezione del caso *a quo*, può, in base al comma 7 dell’art. 140, essere derogato dalla Corte («salvo che la Corte costituzionale non stabilisca diversamente nella sentenza che dispone l’annullamento»). La disposizione costituzionale consente infatti alla Corte di estendere gli effetti della declaratoria d’incostituzionalità anche a fattispecie e rapporti giuridici pendenti all’inizio dell’udienza o della camera di consiglio (art. 140, comma 7, B-VG e, per i regolamenti, art. 139, comma 6, B-VG), più o meno estesamente individuati dalla stessa decisione costituzionale. La disposizione da parte della Corte costituzionale di un “effetto retroattivo” per casi diversi di quello *a quo* presuppone, in ogni caso, una ponderazione tra la certezza del diritto e la “giustizia del diritto” (ovvero *Rechtsrichtigkeit*; VfSlg. 11.190). Non sussiste un diritto all’esercizio di tale opzione (VfSlg. 10.067, 11.190). La Corte ha la libertà di disporre che la norma annullata non sia più applicabile (VfSlg. 8233/1978; VfGH 12.3.2015, G 151/2014).

L’effetto retroattivo può infine estendersi pure a questioni già definite e divenute *res judicata* (VfSlg. 14.723/1997, 15.060/1997 – “*Mindestkörperschaftssteuer*”). Nella pronuncia dell’11 dicembre 1997, la Corte ha ritenuto che le imposte minime per le imprese con un certo fatturato – peraltro introdotte con effetto retroattivo – fossero in contrasto con il principio di uguaglianza (ed il legittimo affidamento) e quindi incostituzionali:

“Le parole contenute nel §24, comma 4, riga 2, nonché § 26a, comma 7, della legge sulle imposte per le imprese (Körperschaftsteuergesetzes) 1988 - KStG 1988, BGBl. N. 401/1988, ... vengono annullate in quanto incostituzionali.

“Le disposizioni annullate non si applicano più e perdono la loro forza normativa anche in relazione ai provvedimenti già divenuti res judicata; tali provvedimenti perdono la loro efficacia. Disposizioni di legge precedenti non rientreranno in vigore.

“Il cancelliere federale è obbligato di pubblicare senza indugio la presente pronuncia nella Gazzetta federale I.”

Nella motivazione la Corte ha evidenziato:

“3. a) Poiché una disposizione sostitutiva non si ritiene possibile, un termine per l’abrogazione della disposizione annullata non deve essere fissato. La Corte si vede invece tenuta – come già nella sua decisione del 24 gennaio 1997 G388-391/96 più volte citata (la cui motivazione viene richiamata al riguardo) – di avvalersi ... dell’opzione di cui all’art. 140, comma 7, B-VG, nel senso di dichiarare che le disposizioni annullate non si applichino più e che perdano la loro efficacia anche in relazione a vicende amministrative già divenute res iudicata. [La Corte] si sente tenuta a tali verdetti anche alla luce della circostanza che già all’inizio dell’esame del procedimento legislativo presso le direzioni della finanza del Land pendevano più di 10.000 impugnazioni contro i provvedimenti con cui erano stati inflitti alle imprese contribuenti degli anticipi sulle imposte in applicazione dell’annullato §26a, comma 7, KStG nella versione del 1997 e in parte anche in applicazione del... §24, comma 4, riga 2 leg.cit.”.

In materia tributaria e finanziaria, la Corte si avvale tipicamente (ma non sempre) dell’opzione che prevede la fissazione di un termine per l’abrogazione della norma incostituzionale ed entro il quale il legislatore può quindi intervenire al fine di rimediare alla situazione incostituzionale (a volte la Corte ha anche esteso l’effetto della sua pronuncia ad altri casi ancora pendenti così stabilendo un effetto retroattivo della pronuncia di incostituzionalità). In una pronuncia (G101/84) del 30 giugno 1984, in cui ha ritenuto che l’art. 25 comma 1, per. 3, della EStG 1972 (legge sulle imposte sul reddito) fosse incostituzionale in quanto equiparava ingiustamente le pensioni pubbliche agli emolumenti percepiti da parte dei lavoratori autonomi dagli ordini professionali, la Corte ha ad esempio stabilito:

“L’art. 25, comma 1, p. 3 della Einkommensteuergesetzes 1972, BGBl. 440, viene abrogato in quanto incostituzionale.

L'abrogazione entrerà in vigore decorso il 30 giugno 1985.

Disposizioni di legge precedenti non rientreranno in vigore.”

Alla luce delle chiare disposizioni del B-VG e degli ampi strumenti a disposizione, la Corte solitamente non si sofferma molto sulla motivazione dell'applicazione dell'opzione concretamente scelta. Essendo inoltre l'effetto ordinario quello *ex nunc* e *pro-futuro*, la modulazione degli effetti nel tempo delle decisioni – come quelli con un certo impatto sul bilancio dello Stato – non necessita effettivamente di un grande sforzo argomentativo.

In genere, la Corte può però abrogare una norma solo se ciò è stato espressamente richiesto (art. 140, comma 3, ed art. 139, comma 3, B-VG) o se la stessa deve applicare la norma in un giudizio pendente innanzi a sé, e nei limiti della richiesta avanzata. Tuttavia, se la norma (legislativa o regolamentare) sia stata adottata da un organo incompetente o sia stata pubblicata in modo contrario alla Costituzione (cfr. giurisprudenza cost. in VfSlg. 14.679), ovvero il regolamento sia privo di fondamento legale, deve procedere ad abrogazione totale, a meno che ciò non danneggi in modo evidente gli interessi della parte ricorrente o la cui causa ha generato il controllo d'ufficio (artt. 139, comma 3, e 140, comma 3, B-VG).

Se la Corte rigetta la domanda perché non condivide i dubbi sollevati, proprio in virtù del vincolo sul *petitum*, la norma può essere nuovamente impugnata e sindacata sotto altri profili. Le prescrizioni procedurali sull'individuazione del *petitum* (§§57 e 62 VfGG) sono rigorose. Il loro mancato rispetto determina l'inammissibilità dell'istanza.

In conclusione, la dichiarazione di incostituzionalità ha quindi di regola un effetto diretto (con un impatto sul passato) solo per il caso *a quo*, mentre esplica per il resto solamente un effetto *pro futuro* (cfr. art. 140, comma 7, B-VG). La norma incostituzionale rimane applicabile in relazione a fattispecie realizzate prima del suo annullamento ed a procedimenti conclusi; in tal senso la norma è inattaccabile per il passato (cfr. VfSlg. 8277, 9321) tranne che in riferimento al caso *a quo*. Se la Corte dichiara nuovamente applicabile la normativa che precedeva quella annullata, è questa che si applica al caso (cfr. art. 140, comma 6, B-VG). Ciò comporta che gli atti simili a quelli che hanno dato origine al caso *a quo* (c.d. “*Quasi-Anlassfälle*”), resi in applicazione della norma annullata, non possono essere contestati richiamando l'incostituzionalità della norma applicata, sebbene esistano alcuni eccezioni per:

a. casi pendenti già prima dell'udienza o, in difetto dell'udienza, della consultazione non pubblica (cfr. VfSlg. 10.616/1985, 19.346, 19.365, 19.408), e

b. casi in cui l'istanza con la quale si istaura un procedimento presso un'autorità è stata fatta prima della pubblicazione (notifica o pubblicazione sulla *homepage*) della decisione di controllo (VfSlg. 17.687, 17.726, 18.273, VfGH 8.10.2014, B 1059/2013).

Si segnala in questo contesto come ad esempio il 3 luglio 2015, la Corte si è pronunciata sulla legge per il risanamento della banca *Hypo Alpe Adria* e sulla sua interferenza con il diritto di proprietà (*G 239/2014*)⁵. In tale legge veniva regolata soprattutto l'estinzione di debiti qualificati come obblighi di risanamento della banca, come garanzie esistenti e come proroga di responsabilità dell'istituto di risanamento. Veniva disposta la cancellazione però solamente dei debiti di grado inferiore la cui scadenza fosse anteriore al giorno del differimento del pagamento. Su questo aspetto la Corte ha rilevato una violazione del diritto di proprietà privata. Secondo i giudici costituzionali, il legislatore aveva operato una ingiustificata differenziazione tra debiti generali (che venivano diminuiti) e debiti di rango inferiore, che venivano *tout court* cancellati. Nel caso di specie la Corte si è così pronunciata:

“I. 1. La legge federale sul risanamento della HYPO ALPE ADRIA BANK INTERNATIONAL AG (HaaSanG), BGBl I Nr 51/2014, viene annullata in quanto incostituzionale.

“2. Le disposizioni di legge precedenti non rientreranno in vigore.

“3. La legge federale sul risanamento della HYPO ALPE ADRIA BANK INTERNATIONAL AG (HaaSanG), BGBl I Nr 51/2014, non deve più essere applicata.

“4. Il Cancelliere è tenuto a pubblicare senza indugio tali disposizioni nella Gazzetta federale I.

“II. 1. Il regolamento dell'autorità di sorveglianza in materia finanziaria (FMA) sull'adempimento di misure di risanamento ai sensi del § 7, comma 2, in combinazione con il § 3 ed il § 4, comma 1, HaaSanG (HaaSanV), BGBl II N 195/2014, viene annullato in quanto illegittimo.

⁵ Per ulteriori dettagli, v. U. HAIDER-QUERCIA – E. D'ORLANDO, *La giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca nel biennio 2014-2015*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2016, p. 1915 ss. para. 2.8.

“2. 1. Il regolamento dell'autorità di sorveglianza in materia finanziaria (FMA) sull'adempimento di misure di risanamento ai sensi del § 7, comma 2, in combinazione con § 3 e § 4, comma 1, HaaSanG (HaaSanV), BGBl II N 195/2014 non deve più essere applicato.

“3. Il Ministro federale delle finanze è tenuto a pubblicare senza indugio tali disposizioni nella Gazzetta federale II.”

La Corte si è avvalsa della facoltà di cui all'art. 140, comma 7, 2. per. B-VG (e dell'art. 139, comma 6, 2. per., B-VG) ed ha quindi dichiarato che le disposizioni censurate non dovevano più essere applicate. Inoltre, ha però esteso l'effetto della loro abrogazione anche alle fattispecie realizzate prima della stessa in vista di altri ricorsi già pendenti presso la Corte e anche di procedimenti civili pendenti non ancora portati all'attenzione della Corte costituzionale, nonché infine di eventuali procedimenti ancora da introdurre fino alla pubblicazione dell'abrogazione, il tutto nell'interesse della certezza del diritto ed al fine di evitare dei gravami ingiusti (*unbillige Härten*) (si sono richiamate: VfSlg 13.492/1993 del 30 giugno 1993 in materia di pensioni complementari, 15.129/1998 del 11.03.1998 in materia di sussidio per disoccupati⁶, 16.294/2001 in materia di cittadinanza e la citata VfSlg. 14.723/1997).

L'inquadramento della natura delle decisioni della Corte austriaca richiede un breve richiamo ai fondamenti teorici del controllo di costituzionalità nell'ordinamento austriaco e, quindi, al pensiero kelseniano⁷. Secondo Kelsen, nello svolgimento del suo ruolo di «legislatore negativo», la Corte costituzionale non si limita a dichiarare l'incostituzionalità della legge, ma la abroga con una efficacia, quindi, costitutiva; in altri termini, la sentenza di incostituzionalità rappresenta il *contrarius actus* rispetto alla legge abrogata⁸. Di conseguenza, l'effetto abrogativo si produce solo a seguito della pubblicazione della sentenza,

⁶ In questa decisione, la Corte ha rinunciato alla fissazione di un termine per evitare un contrasto con la Convenzione (e la Corte) EDU, dato che nel caso in esame l'incostituzionalità derivava da una violazione della Convenzione EDU.

⁷ Cfr. E. ORLANDO, *op. cit.* anche per altri rif.

⁸ H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer*, Berlin-Leipzig, 1929, 31, 54; IDEM, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, in *Zeitschrift für Schweizer Recht*, XLII, 1923-1924, 173 ss.; trad. it., *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 5 ss., 25.

così come l'efficacia della legge ha inizio solo con la pubblicazione della delibera legislativa (sebbene un qualche effetto retroattivo si produca con riferimento ai casi sollevati dalla Corte d'ufficio).

Sebbene tale impostazione di base risulti ancora attuale nel sistema austriaco e condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le tipologie di interventi della Corte costituzionale e delle conseguenti pronunce si sono ampliate a seguito delle riforme costituzionali che hanno incrementato le modalità di accesso alla giustizia costituzionale (prevedendo la via incidentale e diretta) e le fattispecie di giudizi (anche di carattere concreto). Per tale ragione, la retroattività degli effetti delle sentenze di incostituzionalità e di illegittimità è divenuta, da eccezione che era, sempre più frequente.

Le numerose funzioni della Corte e l'uso della discrezionalità nel determinare l'ambito di efficacia delle sentenze nei giudizi di controllo sulle norme fanno emergere come il suo ruolo si sia evoluto e potenziato rispetto alla originaria concezione di Kelsen della giustizia costituzionale «*al (solo) servizio dello Stato federale*». È significativo, in questa prospettiva, che la definizione generale di giustizia costituzionale accolta oggi dalla dottrina austriaca sia quella di «*giurisdizione istituzionale sulla preservazione e l'attuazione della Costituzione*».

2. Indicazioni bibliografiche (dottrina in lingua italiana e inglese)

A.A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, Giuffrè, 1998, 287 ss.

H. KELSEN, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, in *Zeitschrift für Schweizer Recht*, XLII, 1923-1924, 173 ss., trad. it., *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello Stato federale, secondo la nuova Costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 5 ss., 25.

E. ORLANDO, *La giustizia costituzionale in Austria*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2009, 99 ss.

E. ORLANDO, *La legittimazione del Verfassungsgerichtshof e la metamorfosi della giurisdizione costituzionale in Austria*, in M. CALAMO SPECCHIA (a cura di), *Le Corti costituzionali. Composizione, indipendenza, legittimazione*, Torino, Giappichelli, 2011, 43 ss.

G. PARODI, *La Germania e l'Austria*, in P. CARROZZA – A. DI GIOVINE – G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 225 ss.

F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1997, 332 ss.

S. VERSTRAELEN, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, in *German Law Journal*, vol. 14 (2013), 1687 ss.

GERMANIA

1. Le fonti rilevanti

1.1. La Legge fondamentale

La Legge fondamentale indica, agli articoli 93, comma 1, e 100, le varie competenze del Tribunale costituzionale e specifica, al comma 2 dell'art. 93, che *“il Tribunale costituzionale federale può [...] essere adito nei casi ad esso attribuiti con legge federale”*. Mentre i principi di base circa la composizione e la procedura che coinvolge il Tribunale trovano inoltre menzione nell'art. 94 LF (secondo cui *“l'organizzazione e la procedura del Tribunale costituzionale federale sono disciplinate da una legge federale, che stabilisce in quali casi le sue decisioni hanno forza di legge”*), la Legge fondamentale non fornisce precise indicazioni circa le tipologie di pronunce che il Tribunale può emanare e/o i loro effetti, ivi inclusi gli effetti temporali.

1.2. La Legge sul Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG*)

Le tipologie e gli effetti delle pronunce del Tribunale costituzionale federale trovano una regolamentazione nella Legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale (BVerfGG). Una norma che non è ritenuta conforme a Costituzione può essere dichiarata *“incompatibile”* oppure *“nulla”*. In via di principio, la sentenza dichiarativa dell'incostituzionalità riconosce la nullità *ex tunc* della norma in oggetto e la relativa pronuncia ha forza di legge (art. 31, comma 2, BVerfGG). L'art. 31 BVerfGG recita infatti quanto segue:

§ 31

(1) Le decisioni del Tribunale costituzionale federale vincolano gli organi costituzionali della Federazione e dei Länder, nonché tutti gli organi giudiziari e le autorità amministrative.

(2) Nei casi di cui al § 13, nn. 6, 6a, 11, 12 e 14, la decisione del Tribunale costituzionale federale ha forza di legge. Ciò vale anche nei i casi di cui al § 13 n. 8a, se il Tribunale costituzionale federale dichiara una legge compatibile od incompatibile con la Legge fondamentale, ovvero nulla. Qualora una legge sia dichiarata compatibile od incompatibile con la Legge fondamentale o con altre

norme federali, ovvero nulla, il dispositivo della decisione deve essere pubblicato, a cura del ministro federale della Giustizia, nel Bollettino ufficiale federale (Bundesgesetzblatt). Lo stesso vale per il dispositivo della decisione di cui al § 13, nn. 12 e 14.

L'art. 78 BVerfGG, relativo al controllo astratto sulle norme (giudizio in via principale) – che trova applicazione, tramite l'art. 82 BVerfGG, anche con riferimento al c.d. controllo concreto sulle norme (giudizio in via incidentale) –, dispone in ordine al caso in cui il Tribunale costituzionale ritenga una norma incompatibile con la Legge fondamentale, prevedendo che si addiverrà, in linea di principio, alla dichiarazione di nullità (avente peraltro come naturale conseguenza la reviviscenza delle norme anteriori a quella dichiarata nulla *ex tunc*, tranne che non sia diversamente disposto dal Tribunale costituzionale):

§ 78

Se il Tribunale costituzionale federale perviene al convincimento che una norma federale sia incompatibile con la Legge fondamentale, ovvero che la normativa del Land sia incompatibile con la Legge fondamentale o con altro diritto federale, dichiara la legge nulla. Se ulteriori disposizioni della medesima legge sono per gli stessi motivi incompatibili con la Legge fondamentale o con altro diritto federale, il Tribunale costituzionale federale può egualmente dichiararle nulle.¹

Sin dagli anni cinquanta, tuttavia, si è sviluppata una prassi *praeter* (o fors'anche *contra legem*, oggetto di critiche) secondo cui il Tribunale costituzionale, in determinati casi e circostanze, non procede necessariamente alla dichiarazione di nullità, ma piuttosto alla mera dichiarazione di incompatibilità (che non provoca, invece, la reviviscenza della normativa anteriore: cfr. BVerfGE 116, 69). Nella prassi, tale tipo di dichiarazione è infatti ormai divenuta la regola piuttosto che una eccezione.

Ciò è sin dall'inizio avvenuto senza che il Tribunale costituzionale abbia fornito una spiegazione di natura dogmatica circa il suo potere di procedere in tal senso (si parla infatti di una problematica *insicurezza dogmatica*). Evidentemente, il Tribunale ha potuto far leva, per un verso, sul silenzio serbato dalla Legge fondamentale in ordine agli effetti delle pronunce e, per l'altro, sull'esigenza di addivenire a soluzioni che garantissero in maniera più adeguata un contemperamento delle diverse esigenze in gioco nei casi specifici.

¹ Con tale disposizione si deroga al principio «*ne ultra petita*».

Tale prassi è stata poi riconosciuta, sebbene non disciplinata in dettaglio, dal legislatore nell'ambito di una modifica del BVerfGG del 1970, come si evince dal dettato del precitato art. 31, comma 2, per. 2 e 3, BVerfGG, nonché dall'art. 79, comma 1, BVerfGG, che fanno espressamente riferimento alla *dichiarazione di incompatibilità* (senza tuttavia indicare i presupposti per tale dichiarazione in luogo della dichiarazione di nullità, né tantomeno i dettagli inerenti agli effetti nel tempo della decisione).

L'art. 79 BVerfGG (relativo al controllo astratto sulle norme) così recita:

§ 79

(1) È ammessa la riapertura del procedimento secondo le norme del codice di procedura penale, nei confronti di una sentenza penale passata in giudicato, fondata su una norma dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale o nulla ai sensi del § 78, ovvero fondata sull'interpretazione di una norma dichiarata incompatibile con la Legge fondamentale dal Tribunale costituzionale federale.

(2) Per il resto rimangono intangibili, con riserva della norma di cui al § 95, comma 2, o di una disciplina legislativa particolare, le decisioni non più impugnabili, fondate su una norma dichiarata nulla ai sensi del § 78. L'esecuzione di una tale decisione non è ammissibile. Se si addiviene all'esecuzione forzata secondo le norme del codice di procedura civile, si applica la norma del § 767 del codice di procedura civile. Sono escluse pretese per indebito arricchimento.

L'art. 79 BVerfGG disciplina dunque anche gli effetti temporali delle decisioni di incompatibilità e di nullità, limitandoli di regola alle decisioni ancora impugnabili ed escludendo così l'incidenza sulle sentenze già definitive passate in giudicato, con qualche apertura tuttavia per l'ambito penale. Infatti, il primo comma dell'art. 79 BVerfGG² disciplina il peculiare caso di riapertura del procedimento nella sola materia penale (riferendosi al diritto penale sostanziale, l'unico settore dove la pace e certezza del diritto devono cedere rispetto alla "giustizia materiale", cfr. BVerfGE 2, 380; 7, 194). La riapertura deve però essere richiesta; il procedimento di riesame non si riapre automaticamente. La disposizione trova esplicitamente applicazione, non solo per la pronuncia di

² La norma ha in tale senso uno scopo analogo a quello dell'art. 359 n. 6 del Codice di procedura penale (StPO), che sancisce la riapertura del procedimento (ossia la revisione della condanna passata in giudicato) "se la Corte europea dei diritti dell'uomo ha accertato che dalla sentenza risulta una violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei protocolli internazionali".

nullità di una norma penale, ma anche per la dichiarazione di incompatibilità della stessa. Per il caso in cui il *Bundesverfassungsgericht* aggiunga alla dichiarazione di incompatibilità, al fine di evitare gli effetti pregiudizievoli di un vuoto normativo, un ordine di provvisoria applicazione (*Weitergeltungsanordnung*) della norma dichiarata incompatibile fino all'intervento del legislatore (per cui di solito fissa un termine: tale tipo di pronuncia verrà meglio illustrato *infra*), si discute l'esclusione della possibilità di riapertura del procedimento³.

Mentre il primo comma si riferisce sia alla dichiarazione di nullità che a quella di incompatibilità, il comma 2 si riferisce esplicitamente solo alla dichiarazione di nullità. Si ritiene tuttavia che la disposizione debba trovare applicazione, in via analogica, anche alla dichiarazione di incompatibilità. Pertanto, in genere la riapertura dei procedimenti è in entrambe le varianti esclusa per i casi non rientranti nel comma 1.

Inoltre, l'art. 93c BVerfGG, relativo alla procedura del ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*), fa riferimento alla decisione di incompatibilità di cui all'art. 31 BVerfGG:

§ 93c

(1) Qualora ricorrano i presupposti di cui al § 93a, comma 2, lett. b, e la questione di diritto costituzionale rilevante per la decisione del ricorso sia stata già decisa dal Tribunale costituzionale federale, la camera può accogliere il ricorso, ove esso sia manifestamente fondato. L'ordinanza è equiparata ad una sentenza della sezione.

Restano riservate alla sezione le decisioni che dichiarino, con gli effetti di cui al § 31, comma 2, una legge incompatibile con la Costituzione o con altro diritto federale, ovvero nulla.

(2) Al procedimento si applicano il § 94, commi 2 e 3 ed il § 95, commi 1 e 2.

Infine, anche l'art. 95 (sempre relativo al ricorso diretto) rinvia alla norma di cui art. 79 BVerfGG.

§ 95

(1) Se il ricorso costituzionale è accolto, la decisione deve indicare la disposizione della Legge fondamentale violata e l'azione o l'omissione produttiva

³ A favore: la Corte di appello di Colonia, ordinanza del 28 febbraio 2013, III 2 Ws 81/13, e la Corte di appello di Monaco di Baviera, 2. senato, ordinanza del 21 agosto 2014 – 2 Ws 741/12; in senso contrario: la Corte di appello di Monaco di Baviera, 1. senato, ordinanza del 10 luglio 2013 – 1 Ws 499/13, 1 Ws 594/13.

della violazione. Il Tribunale costituzionale federale può altresì dichiarare che ogni iterazione del provvedimento impugnato violerebbe la Legge fondamentale.

(2) Se è accolto il ricorso costituzionale contro una decisione giurisdizionale, il Tribunale costituzionale federale annulla tale decisione; nel caso di cui al § 90, comma 2, periodo 1, rinvia la causa ad un tribunale competente.

(3) Se è accolto il ricorso costituzionale contro una legge, la legge stessa deve essere dichiarata nulla. Lo stesso avviene se il ricorso costituzionale è accolto ai sensi del comma 2, ove la decisione annullata si fonda su una legge incostituzionale. La norma di cui al § 79 si applica analogicamente.

Un'altra norma importante è l'art. 35 BVerfGG, che permette al Tribunale costituzionale di fornire indicazioni sull'esecuzione della sua pronuncia, sul soggetto cui è demandata (ad es., il legislatore), nonché sulle forme e sui modi dell'esecuzione.

§ 35

Il Tribunale costituzionale federale può stabilire nella sua decisione chi è chiamato ad eseguirla; può anche, in singoli casi, regolare forme e modi dell'esecuzione.

La dottrina si è orientata nel senso che “la dichiarazione di incompatibilità è menzionata nel BVerfGG ma non è prevista quale variante decisionale a sé stante oltre la dichiarazione di nullità”: pertanto ha qualificato la sentenza di incompatibilità quale tipologia decisionale gerarchicamente inferiore rispetto alla sentenza di nullità, in quanto la norma dichiarata incompatibile “potrebbe essere dichiarata addirittura nulla”.⁴

1.3. Il diritto giurisprudenziale

Il principio della nullità *ipso iure* di norme che sono in contrasto con il diritto di rango superiore, sebbene abbia un contenuto costituzionale, non è imposto dalla Costituzione. Sebbene in Germania viga, almeno secondo l'opinione maggioritaria, il principio della nullità (ancora oggi è in realtà controverso se la dichiarazione di nullità espliciti un effetto dichiarativo o costitutivo), il *Bundesverfassungsgericht* ha mostrato la volontà di sganciarsi dai tradizionali

⁴ Per ult. rif. v. 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*, 29 giugno 2016, reperibile *on line* alla pagina <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/fiano.pdf>.

postulati teorici per elaborare autonomamente uno strumentario capace di tollerare (per un certo periodo) l'esistenza di norme incostituzionali, onde evitare un vuoto legislativo, un buco di bilancio o il mancato rispetto del c.d. principio di continuità, anche se ciò non risulta perfettamente in linea con il tradizionale spirito della *Nichtigkeitslehre*.

Sebbene il legislatore sia vincolato ai diritti fondamentali (art. 1, comma 3, LF) e, ai sensi dell'art. 20, comma 3 LF, all'ordinamento costituzionale, da ciò consegue solamente una preminenza di natura generale della Costituzione. In altri termini, ciò non implica una indicazione precisa circa le conseguenze della violazione della Costituzione⁵. Alla luce di tali considerazioni, il *Bundesverfassungsgericht* non si limita, nei propri dispositivi, alla dichiarazione di nullità, ed evita, ove appare opportuno, di conferire effetti *ex tunc* alle sue pronunce di incostituzionalità. Le sentenze di incompatibilità si caratterizzano per il fatto che il *Bundesverfassungsgericht* dichiara una norma incostituzionale "incompatibile" con la Costituzione pur senza ordinarne l'eliminazione dall'ordinamento giuridico.

Già nel 1958 (cfr. l'ordinanza dell'11 giugno 1958 - 1 BvR 1/52, 46/52 (BVerfGE 8, 1), il Tribunale costituzionale ha adoperato una esplicita deroga al principio che prevede la conseguenza della nullità per una legge ritenuta incostituzionale. All'uopo, si è pronunciato nei seguenti termini:

“Una legge che viola la Costituzione deve in linea di principio essere dichiarata nulla. Con riferimento ad una legge sulla retribuzione (dei funzionari) che a seguito di una modifica delle circostanze non corrisponde più ai requisiti minimi di un mantenimento adeguato, una tale decisione del Tribunale costituzionale condurrebbe però ad una situazione che sarebbe ancora meno compatibile con l'ordinamento costituzionale; l'art. 33, comma 5, LF esige infatti l'esistenza di disposizioni legali sulla retribuzione. Alla luce del collegamento dei due principi costituzionali – garanzia di un tenore della vita adeguato e di disposizioni di legge generali sulla retribuzione – il Tribunale costituzionale non deve dichiarare che le leggi sulla retribuzione aventi qualche carenza sono nulle; in tali casi esso deve limitarsi ad accertare che il legislatore federale ha violato tramite l'omissione di una modifica della retribuzione il diritto di cui all'art. 33, comma 5, LF. Una tale decisione, che lascia la legge sulla retribuzione finora vigente per il momento intatta, non è tuttavia priva di rilevanza pratica; tale

⁵ Cfr. BETHGE, Maunz/chmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 44^a ed., 2014, *beck-online*, § 78, n. 56 ss.

decisione obbliga infatti il legislatore dal punto di vista costituzionale ad un conseguente intervento”.

Il differimento degli effetti avviene, peraltro, non sempre tramite la dichiarazione di (mera) incompatibilità. A volte il Tribunale si avvale anche di altri strumenti per evitare la dichiarazione di nullità *ex tunc* di una legge. Esso può, infatti, dichiarare l'incostituzionalità ovvero la nullità *parziale* della normativa, limitando in tal modo che si producano quegli effetti meno auspicabili della sua pronuncia, oppure può fare ricorso a pronunce monitorie (*Appellentscheidungen*), in cui si dichiara che una legge è “ancora conforme a Costituzione”, ma in cui si indicano al legislatore le linee da seguire in una prossima disciplina della materia, invitando quindi il legislatore ad intervenire sulla materia per renderla realmente conforme alla Legge fondamentale. La legge, in tale ipotesi, è dunque destinata, in caso di mancato intervento correttivo del legislatore, a diventare incostituzionale.

Le c.d. pronunce monitorie possono anche consistere in direttive ben precise al legislatore affinché ponga rimedio ad una situazione normativa già dichiarata incostituzionale da parte del Tribunale costituzionale. Il fondamento del “comando costituzionale” al legislatore (“*Appell*”) viene dedotto dall’art. 20, comma 3, LF, che recita: “*la legislazione è soggetta all’ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono soggetti alla legge ed al diritto*”. Il legislatore ha dunque una *Nachverbesserungspflicht* (obbligo di rimediare) ad una norma incostituzionale a causa della sua soggezione all’ordinamento costituzionale. Possono esistere anche ordini impliciti, in relazione ad esempio ad obblighi di tutela: in questi casi, non si tratta di obblighi di legislazione contenutisticamente determinati, ma semplicemente di ordini di modifica “a contenuto libero”, nel pieno rispetto della discrezionalità legislativa. Tali ordini, secondo la dottrina, possono consistere anche nel dovere di correggere prognosi errate poste in essere dal legislatore.

In ogni modo la vincolatività di dette pronunce di “*Appell*” è problematica e controversa.

Un’ulteriore tipologia – da non confondere con la sentenza “di ancora costituzionalità” – è rappresentata dalla sentenza di interpretazione conforme a Costituzione (*verfassungskonforme Auslegung*). Qualora una disposizione presenti diverse possibilità interpretative, non tutte compatibili con la Legge fondamentale, con questo tipo di pronuncia il Tribunale interviene sull’interpretazione indicando quella conforme a Costituzione, facendo così in modo di evitare la dichiarazione di nullità della legge. L’interpretazione conforme ha effetti *erga omnes* ed impone

al legislatore di attenersi a tale interpretazione e, in ultima analisi, a riformulare la disposizione nei termini dettati dal Tribunale.

In conclusione, si deve constatare una notevole gamma di strumenti di cui il Tribunale costituzionale federale dispone qualora ritenga che una legge o una norma non sia (perfettamente) compatibile con il dettato della Legge fondamentale⁶. Quest'ampia gamma si è resa necessaria forse anche alla luce della previsione del ricorso diretto individuale, previsto nell'ordinamento tedesco, e della necessità di scindere tra gli effetti *inter partes* e quelli più generali dell'incompatibilità con la Legge fondamentale della specifica legge oggetto di contestazione. Ciò rilevato in linea generale, nel prosieguo si focalizzerà l'attenzione sulla dichiarazione di incompatibilità e sui suoi effetti nel tempo.

1.3.1 Gli effetti delle pronunce di mera incompatibilità

A seguito di una pronuncia di mera incompatibilità si determina, in linea di principio, un “blocco di applicazione” (*Anwendungssperre*) per il passato, il presente ed il futuro della disciplina giudicata incompatibile con la Legge fondamentale, sia nel caso di specie sia negli altri rapporti ancora in corso (*ergo*, non coperti dal giudicato) in cui venga in rilievo la disciplina, senza che, però, questa venga privata della sua validità. Il blocco, vincolante a partire dalla pubblicazione della sentenza di incompatibilità, vincola, non solo i giudici, ma anche le autorità amministrative. Tali organi sono tenuti alla sospensione dell'applicazione della norma incompatibile fino all'entrata in vigore della riforma legislativa idonea a risanare l'incostituzionalità della stessa, costituendo tale revisione normativa, insieme con il blocco di applicazione della norma incompatibile con la Costituzione, l'effetto immediato delle sentenze in esame. Fino al momento dell'entrata in vigore della norma di legge risanata, i giudici e le autorità amministrative sono quindi obbligati a disapplicare la norma incompatibile, non solo con riferimento al processo *a quo*, ma anche rispetto ai processi pendenti nei quali rilevi la medesima questione di legittimità

⁶ Cfr. 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*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 177 ss.; A.A. CERVATI, *Incstituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, Giuffrè, 1998, 287 ss.; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1997, 334 ss.; R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore: il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 96 ss.

costituzionale, i cd. *Parallelfälle*. Il giudizio sul caso *de quo*, al pari di quelli su eventuali altre cause, viene dunque sospeso fino all'intervento del legislatore, sollecitato dal Tribunale costituzionale. Il Tribunale costituzionale, di fatto, fissa spesso un preciso termine entro il quale il legislatore deve rimediare alla situazione incostituzionale (solitamente anche con effetti retroattivi) ed il più delle volte dà anche più o meno dettagliate indicazioni circa i possibili rimedi da adottarsi. Non sussiste una esplicita norma costituzionale o di legge al riguardo, ma si ritiene che il Tribunale sia autorizzato ad agire in tal senso in ragione del suo potere di controllo della legittimità costituzionale delle leggi⁷.

Qualora il Tribunale costituzionale non fissi un preciso termine, il legislatore è tenuto senza indugio a porre rimedio alla disciplina dichiarata incostituzionale. Ciò può tuttavia condurre, nelle more, ad un vuoto normativo.

Pertanto, il Tribunale ha anche la facoltà di ordinare, in presenza di determinate esigenze che abbiano un fondamento costituzionale (come la certezza del diritto o la necessità di evitare una situazione ancora più confliggente con la Costituzione rispetto a quella preesistente), che la legge incostituzionale continui ad essere applicata in attesa dell'intervento del legislatore. Accanto alle sentenze di incompatibilità "pure" esistono le sentenze di incompatibilità integrate dall'ordine di applicazione della norma dichiarata incompatibile.

Ad esempio, in una sentenza del 3 novembre 1982 (1 BvR 620/78, 1335/78, 1104/79 e 363/80; BVerfGE 61, 319 *Ehegattensplitting*), il Tribunale costituzionale si è avvalso della dichiarazione di incompatibilità, prevedendo tra l'altro che la norma incostituzionale debba provvisoriamente continuare a trovare applicazione fino a quando il legislatore non abbia rimediato alla situazione incostituzionale e anche disciplinando il caso in cui il legislatore non dovesse intervenire entro il termine stabilito:

“Le disposizioni su cui è basato un onere fiscale più elevato in capo ai singles con figli rispetto ai coniugi con figli sono [...] incompatibili con l’art. 3, comma 1, in combinazione con l’art. 6, comma 1, LF. Esse devono essere dichiarate, ai sensi dell’art. 78, per. 2, BVerfGG, che si applica conformemente nel giudizio sui ricorsi diretti (BVerfGE 18, 288 [300]; 19, 206 [225 f.]; 40, 296 [328 f.]), incompatibili con la Legge fondamentale nell’interesse della certezza del diritto anche in tutte le versioni vigenti negli anni in questione (cfr. BVerfGE 8, 51 [71]; 14, 174 [175]; 14, 254 [255]; 20, 312 [313]). Da ciò consegue generalmente che le norme

⁷ In tal senso si esprime il Prof. Reinhard Gaier, giudice costituzionale (*Die Durchsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen*, in Jus 2011, 961 ss.).

coinvolte non devono più trovare applicazione nella misura indicata nel dispositivo (BVerfGE 37, 217 [261]; 55, 100 [110]). Eccezionalmente norme incostituzionali possono tuttavia trovare ancora applicazione interamente o parzialmente, se, alla luce della particolarità della norma dichiarata incostituzionale, risulti necessario per motivi costituzionali, in particolare per motivi della certezza del diritto, far persistere la disposizione incostituzionale per un periodo transitorio ed evitare che in tale periodo si crei una situazione ancora più confliggente con l'ordinamento costituzionale rispetto a quello previgente (cfr. BVerfGE 37, 217 [261]).

“Nel caso di specie, è pertanto eccezionalmente permessa, nell'interesse della certezza del diritto, l'applicazione delle norme censurate fino all'intervento di una novella legislativa, da emanarsi al più tardi entro il 31 dicembre 1984. Per emanare la nuova normativa [...], il legislatore deve avere tempo sufficiente a disposizione (cfr. BVerfGE 39, 169 [194]). Per il periodo transitorio, deve però essere evitato che si crei un vuoto e che sussista incertezza giuridica in capo ai contribuenti interessati (cfr. BVerfGE 37, 217 [261]). L'applicazione delle norme impugnate per detti motivi può comunque avvenire con riferimento ai singles con figli solo tramite l'accertamento provvisorio delle tasse (§ 165 AO) in modo che ai contribuenti non possa successivamente essere eccepita la res judicata delle decisioni delle autorità amministrative e giudiziarie. Qualora una novella non dovesse essere entrata in vigore entro il 31 dicembre 1984, le disposizioni incompatibili con la Legge fondamentale non potranno più essere applicate per l'imposizione sui singles. Il legislatore è anche in tale caso tenuto a provvedere ad una situazione costituzionale per il periodo a partire dall'entrata in vigore delle norme censurate (cfr. BVerfGE 55, 100 [110 s.])”.

Analogamente in un'ordinanza del 23 settembre 1992 (1 BvL 15/85 e 36/87, BVerfGE 87, 114), il Tribunale costituzionale ha ritenuto, con riferimento ad una regolamentazione normativa che limitava in maniera notevole i canoni di affitto per giardini di piccole dimensioni, quanto segue:

“1. Se il Tribunale costituzionale ritiene che una legge sia incostituzionale senza però dichiararla nulla, il legislatore deve in linea di principio, quantomeno con effetto a partire da tale momento, rimediare alla situazione incostituzionale. Per il periodo antecedente alla nuova normativa, non può tuttavia essere preteso un correttivo, se in concreto tale rimedio non risulti più possibile o se questo non sembri più poter produrre un effetto utile o se risultasse attuabile solo in concomitanza con un pregiudizio proporzionale in danno di altre esigenze anch'esse degne di tutela”.

Ed ancora nell'ordinanza dell'11 ottobre 1994 - 2 BvR 633/86 (BVerfGE 91, 186), con riferimento ad un contributo *una tantum* (il c.d. "Pfennig del carbone", legato alla garanzia dell'impiego del carbone nell'ambito dell'erogazione di corrente), che non era giustificabile alla stregua di una c.d. *Sonderabgabe* (contributo *una tantum* giustificato), il Tribunale ha ribadito, in un giudizio su un ricorso diretto, quanto segue:

"Il Tribunale costituzionale federale accerta quale conseguenza della incostituzionalità la nullità della norma non senza eccezione alcuna; esso ammette anche la mera dichiarazione di incostituzionalità (§§ 31, comma 2, 79 BVerfGG). La dichiarazione di nullità comporterebbe che il concetto dell'erogazione della corrente basata sul carbone, cui mira il contributo compensativo ai sensi della 3° legge sull'erogazione di corrente, perda ad un tratto il suo fondamento. L'interesse comune impone, però, l'adozione di un passaggio modulato dalla situazione giuridica incostituzionale a quella legittima. Da ciò consegue che il Tribunale costituzionale deve limitarsi alla dichiarazione di incompatibilità ed ordinare al contempo, ai sensi dell'art. 35 BVerfGG, la continua applicazione della normativa dichiarata incostituzionale per un periodo temporaneo".

Il "blocco di applicazione" può essere dunque escluso per un periodo transitorio⁸, ma il Tribunale può anche dettare una disciplina *ad hoc*. Talvolta, la violazione costituzionale è talmente grave da impedire l'applicazione dell'istituto *weitere Anwendbarkeit*; le conseguenze giuridiche derivanti dall'adozione di una sentenza di nullità potrebbero aggravare lo stato di incostituzionalità, suggerendo al Tribunale costituzionale di adottare una tipologia decisionale inidonea all'eliminazione della norma incostituzionale. Pertanto, il Tribunale, onde garantire il rispetto della Costituzione senza provocare un aggravio dello status quo già di per sé incostituzionale, ordina, secondo una prassi costante ormai consolidatasi, l'applicazione di discipline transitorie. Si forma in tal caso una sorta di potere normativo transitorio e intertemporale del Tribunale costituzionale che appare fondarsi sull'art. 35 BVerfGG (v. *supra*), ma che non è al riparo da critiche.

⁸ L'ambito di applicazione delle sentenze di incompatibilità integrate dall'ordine della continua applicazione (*weitere Anwendung*) si spiega alla luce del criterio delle conseguenze giuridiche. L'obiettivo intrinseco e costituzionalmente orientato è quello di contrastare situazioni giuridiche fortemente lesive del bene comune, ad esempio del bilancio statale o dei diritti sociali: non solo, anche la salvaguardia della sicurezza giuridica costituisce un presupposto della continua applicazione (*Weiteranwendung*), intesa quale chiarezza nonché certezza giuridica. Cfr. BVerfGE 72, 330, 92, 53.

La cooperazione tra organi costituzionali e l'autorità del Tribunale costituzionale federale hanno di regola garantito che le sollecitazioni del Tribunale siano state tempestivamente raccolte dal legislatore, al punto che la questione relativa a quali conseguenze potrebbe portare l'eventuale mancata adozione di una nuova legge entro il termine stabilito non ha sollecitato grande interesse ed è rimasta scarsamente indagata. Come viene tuttavia precisato dal giudice Gaier (v. *supra*), ai sensi dell'art. 35 BVerfGG, il Tribunale costituzionale federale può adottare provvedimenti per dare esecuzione alla sua decisione. È accaduto che il Tribunale abbia dovuto nuovamente (nella specie, due volte) sollecitare il legislatore, rimasto passivo dopo il primo invito, e che abbia fissato un ultimo termine avvertendo il legislatore che avrebbe altrimenti provveduto direttamente ad una soluzione (cfr. BVerfGE 99, 300; nel caso di specie, la fissazione di un sostegno complementare per il mantenimento dei figli degli impiegati pubblici). In sostanza, si sarebbe provveduto ad un'esecuzione d'ufficio (avvalendosi al riguardo anche dell'aiuto di altri soggetti, organi ed autorità pubbliche). Ciò non è stato comunque necessario, poiché il legislatore è alla fine intervenuto.

Il giudice Gaier ha evidenziato che, in effetti, il Tribunale può avvalersi, ma non è tenuto a farlo, delle possibilità offerte dall'art. 35 BVerfGG. In particolare, nel caso dei ricorsi diretti, possono sussistere situazioni in cui un tale intervento non sia indicato né per la tutela dei ricorrenti né per conservare l'autorità dello stesso Tribunale costituzionale. Ne è una dimostrazione quanto è avvenuto con riferimento ad un caso riguardante la tassa patrimoniale (sentenza BVerfGE 93, 121). Il Tribunale aveva chiesto al legislatore di intervenire entro una determinata data; nelle more, la disciplina previgente poteva ancora trovare applicazione. Il legislatore non è intervenuto entro il termine stabilito, con il che è venuta meno la base legale per la tassa patrimoniale che di conseguenza non è stata più imposta ai contribuenti. La situazione si è quindi "risolta" senza ulteriori interventi da parte né del legislatore né del Tribunale costituzionale.

Il giudice Gaier ha osservato, infine, che il *Bundesverfassungsgericht* può, nei casi di inosservanza dell'invito formulato al legislatore (anche ove non sia stato precisato il termine), intervenire in base all'art. 35 BVerfGG mediante la fissazione successiva di un termine finale per l'applicazione del regime dichiarato incostituzionale.

1.3.2. Casistica

Negli anni, si è sviluppata una casistica⁹, secondo cui il Tribunale costituzionale federale opta per la dichiarazione di incompatibilità in luogo di quella di nullità. Ciò si verifica, infatti:

- (i) nei casi di violazione del principio di uguaglianza¹⁰ ove il legislatore abbia varie possibilità di intervento al fine di porre rimedio alla situazione incostituzionale. Alla luce del principio democratico e della separazione dei poteri, il *Bundesverfassungsgericht* deve in tal caso tener conto del margine decisionale e di azione che spetta al legislatore, ma indica il più delle volte anche possibili rimedi che il legislatore potrebbe valutare al fine della loro adozione;
- (ii) nei casi di violazione di altri diritti, in particolare di libertà fondamentali o equivalenti, ove il legislatore abbia varie possibilità al fine di porre rimedio alla situazione incostituzionale;
- (iii) nei casi in cui si miri ad evitare una situazione ancora più confliggente con la Costituzione rispetto a quella derivante dalla disciplina precedente (ad. es., nel caso *Hartz IV*, relativo al sussidio per i disoccupati e al minimo esistenziale: BVerfGE 125, 175); in tali casi, il Tribunale ordina solitamente anche il superamento del

⁹ Cfr. HÖMIG, Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, *op. cit.*, § 95, n. 42-47.

¹⁰ In dottrina si è consolidato l'orientamento secondo il quale non è tecnicamente possibile risanare il principio di uguaglianza tramite l'adozione di una sentenza di nullità. In linea meramente teorica, la norma dovrebbe essere dichiarata nulla; tuttavia, quest'ultima non è di per sé incostituzionale in quanto intrinsecamente discriminatoria, ma è incostituzionale in quanto sottintende un'errata individuazione della "cerchia dei soggetti gravati dalla norma di svantaggio" che, conseguentemente, va a ledere i soggetti che vi fanno parte: tale ricostruzione dottrinale prende il nome di *verfassungswidrige Normrelation*, cioè relazione incostituzionale tra norme. "Entrambe le norme (quelle da prendere in considerazione per identificare l'errata cerchia di soggetti avvantaggiati o svantaggiati) sarebbero costituzionali, se non esistesse l'una in rapporto con l'altra. [...] ma nemmeno sono incostituzionali entrambe le norme, in quanto l'una è sempre capace di esistere senza l'altra". Il legislatore può lasciare invariato il contenuto della norma (*Norminhalt*), se modifica la cerchia di individui soggetti alla previsione giuridica incompatibile in senso conforme a Costituzione. Conseguentemente, è necessario che il legislatore ponga in essere una nuova normativa. Cfr. N. FIANO, *op. cit.*

V. già BVerfGE 22, 349 del 28 novembre 1967 (sussidio agli orfani), in merito alle possibilità di pronunce di fronte ad una violazione del principio di uguaglianza.

“blocco di applicazione” della norma incostituzionale fino alla novella legislativa;

- (iv) nei casi in cui risulta impossibile scindere la parte costituzionale di una norma da quella incostituzionale (e dunque non può procedersi ad una dichiarazione di nullità parziale);
- (v) nei casi in cui si intendano tutelare alcuni interessi comuni di particolare importanza e di fondamento costituzionale. In detti casi può essere fornita l’indicazione di tollerare il pregiudizio derivante dalla normativa incostituzionale per un periodo transitorio. Il *Bundesverfassungsgericht* ha ritenuto che la certezza del diritto, la tutela della vita, l’integrità e la libertà o la autodeterminazione sessuale, ma anche l’interesse ad una affidabile progettazione finanziaria e del bilancio, indispensabile per il regolare funzionamento dello Stato, nonché l’interesse ad un’uniforme azione amministrativa in relazione ai periodi di imposizione in gran parte conclusi e definiti, siano interessi degni di tutela, che giustificano – in attesa dell’intervento del legislatore – l’applicazione delle norme incostituzionali.

Da notare è che i vari gruppi di casi elencati non possono sempre essere distinti in maniera nitida; non di rado le motivazioni a sostegno della mera incompatibilità si sommano.

Secondo parte della dottrina, i presupposti originari delle sentenze di incompatibilità sono comunque tre: la rilevanza della discrezionalità del legislatore (disciplinata e prevista all’art. 31 BVerfGG), le omissioni presenti nelle norme di legge e la violazione del principio di uguaglianza¹¹. Accanto ai detti criteri si pone quello dell’argomento delle conseguenze giuridiche, per il quale la dichiarazione di nullità deve cedere il passo alle sentenze di incompatibilità; il Tribunale rinuncia alle dichiarazioni di nullità, in quanto sarebbe la Costituzione ad ordinare la creazione della norma o il suo miglioramento e non, invece, l’annullamento di essa, eccessivamente gravoso per l’ordinamento giuridico.

¹¹ Cfr., per ulteriori riferimenti, E. FIANO, *op. cit.*, pp. 17 e 19: “la struttura “aperta” delle sentenze di incompatibilità prelude ad un’amplissima discrezionalità del legislatore, la quale sembra costituire un dato positivo per quanto riguarda la relazione intercorrente tra Tribunale costituzionale e Parlamento stesso, non solo per la garanzia del rispetto della suddivisione relativa alle competenze tra i vari organi pubblici, ma anche per la maggiore “responsabilizzazione” cui è soggetta l’attività del parlamento, in un’ottica tutta interna alla giustizia costituzionale.”

Sono assai numerosi i casi in cui il Tribunale costituzionale ricorre alla mera dichiarazione di incompatibilità, prevedendo tra l'altro anche l'applicazione della norma dichiarata incostituzionale fino al momento in cui il legislatore intervenga a rimediare, entro un determinato periodo di tempo, alla situazione dichiarata incostituzionale.

Si constata come il *Bundesverfassungsgericht* procede in particolare con riferimento alla materia tributaria, previdenziale e finanziaria generalmente alla dichiarazione di incompatibilità, in particolar modo nei tempi recenti, in combinazione con un dettato transitorio e con la fissazione di un termine per procedere alla emanazione della dovuta novella legislativa, in ragione delle diverse opzioni che si presentano al legislatore per rimediare alla situazione dichiarata incostituzionale. Si aggiungono del resto frequentemente argomenti di carattere economico-finanziario, quali gli interessi ad una affidabile progettazione finanziaria e del bilancio nonché ad un'uniforme azione amministrativa in relazione ai periodi di imposizione in gran parte conclusi e definiti¹², argomenti

¹² Cfr. ad esempio l'ordinanza del 22 giugno 1995 - 2 BvL 37/91 (BVerfGE 93, 121) in cui il Tribunale costituzionale, con riferimento alla tassazione sul patrimonio, ha così argomentato:

“Il § 10 n° 1 della legge sull'imposizione patrimoniale [...] è, quantomeno sin dall'anno di imposta 1983 in tutte le sue versioni, incompatibile con l'art. 3, comma 1, LF [...].

“Il legislatore è tenuto a provvedere ad emanare una novella al più tardi entro il 31 dicembre 1996. Sino a tale data la legge previgente dovrà ancora trovare applicazione. [...]

“La violazione del principio di uguaglianza conduce soltanto alla dichiarazione di incompatibilità, poiché il contrasto con il principio di uguaglianza non impone necessariamente determinate conseguenze, ma il legislatore ha piuttosto varie possibilità per rimediare alla situazione incostituzionale (cfr. BVerfGE 87, 153 [177 ff.]). Le esigenze di un'affidabile progettazione finanziaria e del bilancio e di un'uniforme azione amministrativa per i periodi di imposta in gran parte conclusi giustificano che le disposizioni sull'imposizione patrimoniale per gli anni fiscali passati possano ancora essere applicate come in precedenza. La Corte delle finanze remittente può quindi basare la sua decisione per i periodi di imposta 1983-1986 in questione applicando la legge tributaria sulla patrimoniale vigente in tale periodo. Al fine di garantire un'imposizione costante della tassa patrimoniale il diritto finora vigente può parimenti ancora essere applicato fino al 31 dicembre 1996. Se il legislatore si dovesse decidere per una nuova regolamentazione della tassa patrimoniale, esso può prevedere [...] disposizioni transitorie che avvicinino l'onere fiscale sul patrimonio ai parametri costituzionali illustrati; le disposizioni transitorie possono prevedere in parte anche la vigenza delle disposizioni precedenti”.

V. anche la nota sentenza del 9 febbraio 2010 - 1 BvL 1, 3, 4/09 (BVerfGE 125, 175 – *Hartz IV*) sul minimo esistenziale nell'ambito del sussidio di disoccupazione in cui il Tribunale ha dichiarato la disciplina incompatibile con la Legge fondamentale ed ha fissato un termine entro il quale il legislatore doveva intervenire: *“L'art. 1, comma 1, LF, in combinazione con l'art. 20, comma 1, LF, obbliga il legislatore a rideterminare le prestazioni retroattivamente per il periodo decorrente dall'entrata in vigore, il 1° gennaio 2005, del Secondo Libro sociale. Secondo la giurisprudenza costante del Bundesverfassungsgericht, il legislatore non deve rimediare retroattivamente ad una situazione non compatibile con la Legge fondamentale, se ciò contrasta con la progettazione regolare delle finanze e del bilancio oppure se la situazione costituzionale*

che conducono regolarmente (anche se non sempre) alla continua applicazione della normativa incostituzionale per un periodo transitorio, senza che sussista il successivo obbligo del legislatore di rimediare anche retroattivamente all'”arretrato incostituzionale” (salvo che il Tribunale preveda una disciplina *ad hoc* o ritenga che l'effetto di un rimedio retroattivo della norma incostituzionale sulla politica di bilancio e di finanza non sia comunque significativo). A volte, il Tribunale costituzionale ha anche concesso, in alcune fattispecie concrete, un c.d. “premio di cattura” in favore dei ricorrenti, escludendo solo per questi l'applicazione della norma incostituzionale. Per un approfondimento, anche in relazione all'*iter* argomentativo che adotta il Tribunale costituzionale, si rinvia al contributo sulla Germania di M.Th. Roerig nel *Dossier* del Servizio Studi, Area di Diritto Comparato, dal titolo *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità. Aggiornamento* [Comp. 222], a cura di Paolo Passaglia, luglio 2017. Tale contributo contiene *inter alia* un elenco piuttosto corposo di pronunce di “incompatibilità” del *Bundesverfassungsgericht* e la traduzione italiana di citazioni delle relative motivazioni che spiegano perché si è optato per la dichiarazione della sola incompatibilità piuttosto che per la nullità.

Si segnala inoltre come la illustrata prassi del Tribunale non è andata esente da critiche, in particolar modo con riferimento al settore tributario ed in generale là dove la pronuncia possa avere un significativo impatto finanziario. Si è, in effetti, denunciato il fatto che il Tribunale costituzionale consenta di fatto, tramite la dichiarazione di mera incompatibilità, al legislatore una certa leggerezza nella redazione delle leggi, soprattutto allorché esclude l'effetto retroattivo della

non era ancora stata chiarita in maniera sufficiente e se pertanto deve essere concesso un adeguato termine al legislatore per elaborare la novella (cfr. BVerfGE 120, 125 [168], con ulteriori riferimenti). Tale principi trovano applicazione anche in relazione alle prestazioni per garantire il minimo esistenziale in discussione [...]. La fissazione retroattiva di eventuali prestazioni maggiori per l'intero periodo decorrente dal 1° gennaio 2005 avrebbe del resto, alla luce del § 48 comma 1, per. 2, n° 1 SGB X, effetti fiscali insostenibili. [...]

“Nel caso in cui il legislatore non dovesse tuttavia adempiere all'obbligo di modifica normativa entro il 31 dicembre 2010, una legge adottata oltre tale data troverebbe comunque applicazione già a partire dal 1° gennaio 2011.

“5. Poiché le disposizioni finora vigenti continuano ad applicarsi, ed il legislatore è tenuto solo a rideterminare le prestazioni di regola con effetto pro futuro, i giudizi rimessi non devono rimanere sospesi fino alla nuova normativa del legislatore. Lo stesso vale per altri procedimenti amministrativi e delle corti sociali nei quali si discute sull'ammontare delle prestazioni”.

pronuncia di incostituzionalità. Nella peggiore delle ipotesi, riferendosi al settore fiscale, il legislatore viene invitato a porre soltanto un rimedio *pro futuro*, mentre gli oneri sopportati, ad esempio, dai contribuenti non devono essere compensati, ciò che ha conseguenze notevoli, soprattutto, quando la norma incostituzionale riguarda numerosi anni di imposizione. Paradossalmente (ma per ragioni intuibili), il Tribunale sembra essere più severo con il legislatore quando si tratta di norme incostituzionali che hanno trovato un'applicazione per brevi periodi temporali, e quindi hanno prodotto pregiudizi minori per i contribuenti¹³.

L'utilizzo della pronuncia di mera incompatibilità non si limita comunque alla materia tributaria, previdenziale ed in generale a materie con impatto finanziario. Infatti, si trovano varie decisioni anche in altre materie in cui il Tribunale costituzionale ha optato per la dichiarazione di mera incompatibilità, a volte in combinazione con l'ordine di continua applicazione della norma incostituzionale per un periodo transitorio.

Ad esempio, nella decisione del 4 maggio 2011 (BVerfGE 128, 326), sulla misura di sicurezza detentiva preventiva, il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato le disposizioni oggetto di ricorso illegittime per violazione sia del diritto costituzionale al godimento della libertà personale sia della garanzia fondamentale della tutela all'affidamento. Tuttavia, per evitare il vuoto normativo, si è avvalsa della possibilità di posticipare gli effetti dell'incostituzionalità di una legge, qualora l'immediata declaratoria produca maggior disordine normativo. Salvando quindi in via transitoria l'attuale disciplina della custodia di sicurezza, dispone che essa rimanga in vigore fino ad un nuovo intervento legislativo, entro il limite massimo del 31 maggio 2013. Gli effetti immediati della sentenza avrebbero privato di fondamento la custodia di sicurezza, alterato il sistema del doppio binario, comportato la scarcerazione immediata di tutti gli internati e provocato problemi irrisolvibili ai giudici, all'amministrazione e alla polizia. Nel periodo di vigenza transitoria della disciplina dichiarata illegittima tuttavia il Tribunale ha imposto un'interpretazione restrittiva della disciplina stessa¹⁴. Il

¹³ Cfr. R. SEER, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, in *NJW*, 1996, 285 ss.; K.D. DRÜEN, *Unternehmensbesteuerung und Verfassung im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG – Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 17.11.2009 zur Verfassungswidrigkeit von Umgliederungsverlusten beim Körperschaftssteuererminderungspotential*, in *DstR*, 2013, 791 ss. V. anche M. FEICK, *Drohendes Überschreiten der vom BVerfG zur Neuregelung der Erbschaftssteuer gesetzten Frist zum 31. Dezember 2008: Darf das alte Recht weiter angewandt werden?*, in *DStR*, 2008, 1905 ss.

¹⁴ Richiedendo: a) il costante rispetto del principio di proporzione, evitando di sacrificare la libertà personale qualora non vi siano sufficienti esigenze di tutela della collettività; b) la limitazione dell'applicazione della *Sicherungsverwahrung* ai soli casi eccezionali; c) la presenza di

Tribunale costituzionale ha anche fornito delle indicazioni e suggerimenti precisi al legislatore come rimediare alla situazione incostituzionale.

Nell'ambito della detenzione preventiva, si può segnalare anche la sentenza 2 BvR 834/02 e 1588/02, del 10 febbraio 2004, in cui il Tribunale ha dichiarato la normativa di due *Länder* sulla detenzione preventiva incompatibili con la Costituzione ed ordinato, nell'interesse del bene comune, l'applicazione della normativa incostituzionale fino all'entrata in vigore di una nuova legge.

Inoltre, in un'ordinanza del 10 ottobre 2017 (1 BvR 2019/16), in tema del "terzo sesso" (registrazione delle persone intersessuali), il Tribunale costituzionale federale ha optato per una dichiarazione di incompatibilità delle disposizioni della legge sullo stato civile che prevedevano la registrazione del sesso maschile o femminile, senza terza opzione di registrazione positiva. Ad avviso dei giudici costituzionali, la normativa denunciata era infatti incompatibile con i requisiti della Legge fondamentale, e segnatamente con il diritto generale alla personalità (art. 2, comma 1, in combinazione con l'art. 1, comma 1, Legge fondamentale) e con il divieto di discriminazione. Il Tribunale costituzionale ha invitato il legislatore a provvedere, entro il 31 dicembre 2018, all'adozione di una legge che permetta la registrazione nello stato civile ed all'anagrafe di dette situazioni attraverso l'utilizzo di una "terminologia positiva" che definisca la suddetta identità sessuale. Il Tribunale ha inoltre specificato che, nelle more, i giudici e le amministrazioni non dovranno più applicare la legge censurata nella misura in cui essa imponga l'obbligo di comunicare ed indicare il proprio sesso secondo le definizioni sinora tipiche (femminile o maschile) a quelle persone che abbiano una identità sessuale che non sia riconducibile ad alcuna delle due suddette definizioni tipiche.

Ed ancora si può menzionare la sentenza del 19 febbraio 2013 (1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09), in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha rafforzato i diritti delle coppie omosessuali nonché dei figli adottati di uno dei *partners*, stabilendo che il diniego della possibilità, per una persona unita da un vincolo di *partnership*, di adottare i figli del compagno è in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Legge fondamentale. Il Tribunale di Karlsruhe ha pertanto dichiarato la relativa normativa incompatibile con la Costituzione ed invitato il legislatore a porre rimedio alla situazione legislativa dichiarata incostituzionale

un disturbo psichico dell'autore; d) la presenza di un alto grado di pericolo di commissione di gravi reati violenti e sessuali; e) un'attenzione particolare al momento della prognosi, nella formulazione della quale dovranno essere ricercati elementi *concreti* riferiti alla persona e alla sua condotta tali da far desumere la commissione di gravi reati.

entro il 30 giugno 2014. Ha inoltre stabilito che la legge all'epoca in vigore doveva essere interpretata nel senso che gli omosessuali legati da un'unione civile avrebbero potuto sin da subito adottare il bambino precedentemente adottato dal proprio *partner*.

In un'ordinanza del 24 gennaio 2012 (1 BvL 21/11), il Tribunale costituzionale federale si è pronunciato sulla normativa relativa al divieto di fumo introdotta nel *Land* Amburgo a seguito di una precedente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del luglio 2008, che aveva stabilito che i legislatori dei *Länder* erano liberi di introdurre un divieto assoluto di fumo nei luoghi chiusi di ristorazione cui accedesse il pubblico oppure di prevedere, in alternativa, un divieto di fumo meno rigoroso che ammettesse eccezioni per determinati spazi, a patto che tali eccezioni fossero concesse in maniera coerente. Il *Land* Amburgo aveva optato per un divieto assoluto di fumo per quanto concerneva i locali di ristorazione che offrivano sia cibo che bevande, mentre aveva deciso per un divieto moderato per quanto riguardava i bar che somministravano esclusivamente bevande, concedendo solo a questi ultimi la possibilità di predisporre sale riservate ai fumatori. Il Tribunale costituzionale federale ha però accertato l'incostituzionalità di tale normativa del *Land*, in quanto lesiva della libertà di impresa dei ristoratori (art. 12, comma 1, LF) ed in contrasto con il combinato disposto dell'art. 12 e dell'art. 3, comma 1, LF, che impone un trattamento equo secondo il principio di uguaglianza. Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, la disparità di trattamento in riferimento al divieto di fumo tra i due tipi di impresa, che conduceva a pregiudizi economici notevoli per i gestori di ristoranti, non era giustificabile. In questo caso, il Tribunale ha anche dichiarato che la normativa moderata per i bar trovava ancora applicazione fino ad un intervento del legislatore, ma che doveva estendersi nelle more anche ai ristoranti.

Anche in relazione alla legge sull'archivio antiterrorismo (l'archivio centrale che contiene i dati di migliaia potenziali terroristi forniti sia dalla polizia che dalle agenzie di *intelligence* del *Bund* e dei *Länder*), il Tribunale costituzionale federale, con sentenza del 24 aprile 2013 (1 BvR 1215/07), ha confermato la legittimità costituzionale della struttura di base della legge, ma ha fissato alcune limitazioni, ritenendo incompatibile con la costituzione la concreta impostazione di alcune disposizioni della normativa, in quanto in contrasto con il divieto di eccessi (*Übermassverbot*) e con il principio che esige la certezza e la determinatezza giuridica (*Bestimmtheitsgrundsatz*). La parte della disciplina dichiarata incostituzionale poteva trovare applicazione al massimo fino al 31 dicembre 2014, data entro la quale il legislatore doveva rimediare alla situazione legislativa incompatibile con la Legge fondamentale.

In conclusione, si può constatare che gli ambiti in cui il Tribunale costituzionale si avvale della pronuncia di mera incompatibilità invece di quella della nullità sono numerosi e molto vari. Inoltre, essendo tale tipologia di pronuncia ormai abbastanza frequente, non è comunque possibile in questa sede fornire un quadro completo di tutte le pronunce di mera incompatibilità.

2. Indicazioni bibliografiche (dottrina in lingua italiana e inglese)

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*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 177 ss.

A. A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle corti costituzionali austriaca, tedesca ed italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, Giuffrè, 1998, 287 ss.

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*, 29 giugno 2016, reperibile on line alla pagina <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/06/fiano.pdf>

R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore: il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 96 ss.

F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1997, 334 ss.

P. POPELIER – S. VERSTRAELEN – D. VANHEULE – B. VANLERBERGHE, *Chapter 1. The Effect of Judicial Decisions in Time: Comparative Notes*, in P. POPELIER – S. VERSTRAELEN – D. VANHEULE – B. VANLERBERGHE (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Antwerp-Cambridge, Intersentia, 2013

F. TESAURO, *Equilibrio di bilancio ed effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità di norme tributarie*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, fasc. 1/2015, disponibile on line alla pagina <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/commenti/francesco->

tesauro-equilibrio-di-bilancio-ed-effetti-nel-tempo-della-dichiarazione-di-incostituzionalita-di-norme-tributarie

S. VERSTRAELEN, *The Temporal Limitation of Judicial Decisions: The Need for Flexibility Versus the Quest for Uniformity*, in *German Law Journal*, vol. 14 (2013), 1687 ss.