

**La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di incostituzionalità:
Spagna e Italia a confronto alla luce della sentenza n. 10 del 2015**

di **Valerio Di Pasqua**, dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali –
Università di Pisa.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Gli effetti delle decisioni del Tribunal Constitucional nella Constitución e nella Ley orgánica - 3. Il (mancato?) binomio incostituzionalità - nullità e le decisioni del Tribunal Constitucional - 3.1 Il primo decennio (1978 - 1989): dalla difesa del binomio “incostituzionalità - nullità” al suo progressivo abbandono - 3.2. La giurisprudenza del Tribunal Constitucional a seguito della sentenza n. 45 del 1989 - 3.3. La giurisprudenza del Tribunal Constitucional negli ultimi anni - 4. Il Tribunal Constitucional e la Corte costituzionale a confronto: osservazioni conclusive

1. Premessa

La sentenza n. 10 del 2015 rappresenta sicuramente una decisione di grande importanza nel panorama del diritto processuale costituzionale italiano¹. Come noto, infatti, la Consulta ha

¹ Sull’esistenza (o meno) di un “diritto processuale costituzionale” si vedano, tra gli altri, gli interventi al seminario promosso dalla Corte Costituzionale *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè Editore, 1990 di C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, p. 63 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, p. 105 ss.; G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, p. 221 ss.; S. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla “elasticità” delle regole procedurali nel processo costituzionale*, p. 259 ss.

Si vedano anche AA.VV., *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. ROMBOLI, G. Giappichelli, Torino, 1991; R. ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura di R. ROMBOLI, G. Giappichelli, Torino, 1994, p. 151 ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in www.foroitaliano.it, 1995, I, p. 1090 ss.; A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in AA.VV., *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. BESSONE, G. Giappichelli, Torino, 1996, p. 133 ss.; A. MORELLI, *L’illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2008, p. 5 ss. Da ultimi, A. RUGGERI, *Alla ricerca dell’identità del “diritto processuale costituzionale”*, in www.forumcostituzionale.it, 2009; F. MARONE, *Processo costituzionale e contraddittorio nei conflitti intersoggettivi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 214 ss.; F. MORELLI, *I limiti del bilanciamento: nuove regole processuali e affidamento delle parti*, in www.federalismi.it, 2012.

dichiarato l'incostituzionalità della disposizione di legge *sub iudice*² con soli effetti *pro futuro*, o meglio a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica. Oltre che per quest'ultimo e fondamentale aspetto, la decisione della Corte costituzionale sarà certamente ricordata per essere stata aspramente (e ampiamente) criticata dalla dottrina³, per aver fatto riaffiorare l'anima politica della Consulta⁴, per aver impedito un buco miliardario nelle casse dell'Erario e, ultimo ma certo non meno importante, per aver sacrificato il carattere fondamentale dell'incidentalità all'interno del processo costituzionale⁵. Ma non è solo questo: nel considerato in diritto della sentenza, sembra che la Corte, soprattutto attraverso talune affermazioni⁶, i richiami ad alcuni precedenti⁷ (solo parzialmente comparabili) e i riferimenti a certe esperienze straniere (austriaca, tedesca, portoghese e spagnola), abbia voluto abilmente nascondere che le proprie teorizzazioni in materia di modulazione degli effetti nel tempo delle decisioni di incostituzionalità fossero una novità, cercando, così almeno pare, una legittimazione al di là (del rispetto) della regola processuale, che anzi, diventa oggetto del bilanciamento⁸.

Come si è detto, la dottrina maggioritaria⁹ ha ampiamente criticato sia la *ratio decidendi* sia il *decisum* della Corte. Molti autori¹⁰ hanno particolarmente contestato il *modus operandi* della Corte, soprattutto per quanto attiene al mancato rispetto delle regole processuali. E' stato poi considerato

² In particolare, è stato dichiarato incostituzionale l'art. 81, commi 16, 17 e 18, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni.

³ Fra i molti commenti, tutti pubblicati su www.giurcost.org, si ricordano 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*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; A. RUGGERI, *“Sliding doors” per la incidentalità nel processo costituzionale*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, per g.c. del [Forum di Quaderni Costituzionali](http://www.giurcost.org); R. DICKMANN, *La Corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività*, per g.c. di www.federalismi.it; I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale*, per g.c. di www.costituzionalismo.it; S. SCAGLIARINI, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore “Senzaterra”*, in www.giurcost.org, Studi, 2015/I, p. 232 ss. In senso favorevole alla decisione della Corte, fra gli altri, A. ANZON DEMMIG, *Elogio della sentenza n. 10 del 2015*, per g.c. della Rivista AIC.

⁴ Sul punto, fra gli altri, R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente* in Rivista AIC, 2007.

⁵ Sul punto, si veda R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine*, cit.

⁶ Fra tutte, «è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro».

⁷ Si tratta delle sentenze n. 423 e n. 13 del 2004, n. 370 del 2003, n. 416 del 1992, n. 124 del 1991, n. 50 del 1989, n. 501 e n. 266 del 1988.

⁸ Sul punto, fra gli altri, si vedano R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine*, cit.; A. RUGGERI, *“Sliding doors” per la incidentalità nel processo costituzionale*, cit.

⁹ Per un riepilogo della dottrina si veda la nota n. 2.

¹⁰ Fra gli altri, si vedano A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, cit.; A. RUGGERI, *“Sliding doors” per la incidentalità nel processo costituzionale*, cit.

improprio il richiamo alle precedenti decisioni perché in quei casi la Corte aveva sostanzialmente pronunciato sentenze di incostituzionalità sopravvenuta^{11 12}. Peraltro, è stato anche criticato il riferimento operato dalla Consulta ad altre esperienze straniere perché considerate, per così dire, eterogenee rispetto al caso italiano¹³.

Su quest'ultimo punto, che è quello che qui interessa maggiormente, si ricorda che la Corte costituzionale ha affermato che «la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale» rappresenti «una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale» e questo «indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi.» Anche per questi motivi, dunque, la Corte ha concluso che «una simile regolazione degli effetti temporali» dovesse ritenersi «consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale.»

In merito alla scelta degli ordinamenti giuridici di Spagna, Portogallo e Germania, può dirsi che questa sia stata determinata dall'essere, tutti questi Paesi, sistemi di giustizia costituzionale molto vicini a quello italiano. Italia e Germania sono infatti sistemi di c.d. seconda generazione, nati circa negli stessi anni (nel 1948, quello italiano; nel 1951, quello tedesco), mentre Spagna e Portogallo sono due esempi di sistemi c.d. di terza generazione che, insieme alla Grecia, hanno notevolmente subito l'influenza delle Costituzioni di seconda generazione e dell'operato delle Corti costituzionali¹⁴. Fra l'altro, le Costituzioni di Spagna, Portogallo e Germania presentano tutte, con i necessari distinguo e le dovute precisazioni, un controllo accentrato di costituzionalità. In quest'ottica, l'esclusione della Francia potrebbe essere stata determinata dall'aver considerato il sistema francese ancora troppo “giovane”, dato che solo dal 2008 il Consiglio costituzionale ha iniziato ad esercitare un (seppur limitato) controllo successivo di costituzionalità¹⁵. Sulla scelta dell'Austria, il ragionamento è più complesso, anche perché il sistema di giustizia costituzionale austriaco è il sistema europeo più antico ed è stato “costruito” sulla base del pensiero kelseniano. Infatti, come ricordato da autorevole dottrina¹⁶, «in Austria [...] la pronuncia è intesa kelsenianamente come una sorta di abrogazione adottata dalla Corte, considerata, sotto quest'aspetto, come un Superparlamento con funzioni di legislatore negativo, produttivo di decisioni che hanno effetti solo per il futuro». Per questi motivi, la Corte austriaca «può stabilire il

¹¹ Sul punto, R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine*, cit.

¹² Contra, R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *Consulta Online 2015 Fasc. I*, p. 222, secondo il quale «esempi di pronunce di accoglimento (anche totalmente) irretroattive non sono mancati in passato».

¹³ Fra gli altri, R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine*, cit.

¹⁴ Si veda, a tal proposito, E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 5 ss.

¹⁵ Sull'evoluzione del sistema di giustizia costituzionale in Francia, si veda G. MORBIDELLI e altri, *Diritto Pubblico Comparato*, G. Giappichelli, Torino, 2004.

¹⁶ Si veda A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, G. Giappichelli, Torino, 2014, p. 182.

termine a partire dal quale la legge perde efficacia, con effetto automatico». La scelta dell’Austria potrebbe essere stata dunque determinata dalla volontà della Corte di inserire nella comparazione un sistema costituzionale sostanzialmente “diverso” dagli altri presi in esame, come a voler dire che ovunque, ovvero in ogni sistema di giustizia costituzionale, è ammessa la possibilità per la Corte di manipolare gli effetti (nel tempo) delle proprie decisioni.

In questo contributo, si concentrerà l’attenzione sul caso spagnolo. In particolare, dopo aver brevemente esaminato la disciplina degli effetti delle sentenze del *Tribunal Constitucional* nella Costituzione spagnola e nella legislazione organica, si approfondirà lo studio della dottrina e della giurisprudenza rilevanti in materia. Infine si esaminerà il rapporto tra le due Corti costituzionali per tentare di comprendere in che modo e con quali risultati la Corte abbia fatto uso dello strumento della comparazione per sorreggere, insieme ad altri elementi (quali, ad esempio, le precedenti decisioni), l’impianto argomentativo del “considerato in diritto” della sentenza n. 10 del 2015¹⁷.

2. Gli effetti delle decisioni del *Tribunal Constitucional* nella *Constitución* e nella *Ley orgánica*

A livello costituzionale, la disciplina degli effetti delle sentenze del *Tribunal Constitucional* (d’ora in poi, TC) è contenuta agli articoli 161 e 164 della *Constitución Española* (d’ora in poi, CE). L’art 161, comma 1, CE disciplina gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità nel giudizio in via incidentale, affermando che «la dichiarazione d’incostituzionalità di una norma giuridica con forza di legge, interpretata dalla giurisprudenza, avrà effetto su questa, ma la sentenza o le sentenze non più appellabili non perderanno il valore di cosa giudicata»¹⁸. L’art. 164 CE disciplina invece gli effetti delle sentenze del TC in senso più generale, ossia relativamente a tutti i giudizi. Al comma 1 è stabilito infatti che «le sentenze [...] hanno il valore di cosa giudicata a partire dal giorno successivo alla pubblicazione e non è ammesso alcun ricorso contro di esse. Quelle che dichiarino l’incostituzionalità di una legge o di una norma avente forza di legge e tutte quelle che non si limitino alla valutazione soggettiva di un diritto avranno piena efficacia nei confronti di tutti.»¹⁹ Al comma 2, invece, si prevede che «se nella sentenza non verrà disposto altrimenti, rimarrà in vigore quella parte della legge non affetta da incostituzionalità»²⁰.

¹⁷ In verità, il riferimento alle esperienze straniere è già stato ampiamente confutato da R. ROMBOLI, *L’“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine*, cit., anche se, come si vedrà *infra*, le conclusioni sono parzialmente differenti.

¹⁸ «La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada».

¹⁹ «Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos».

²⁰ «Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad».

La CE attribuisce dunque alle sentenze di incostituzionalità valore di *res iudicata* a partire dal giorno seguente alla loro pubblicazione nel Bollettino Ufficiale dello Stato e limita l'efficacia del giudicato alle sole parti del giudizio *a quo*, salvo che il TC dichiari l'incostituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge, ovvero vada oltre la «valutazione soggettiva di un diritto». In questi ultimi casi, infatti, il valore di *res iudicata* si estende *erga omnes*.

Come giustamente rilevato in dottrina, dalla lettura della CE non sembra invece potersi dire che il Costituente spagnolo abbia «operato una scelta riguardo agli effetti *ex tunc* o *ex nunc* delle sentenze di accoglimento»²¹. L'equivoca scrittura del testo costituzionale²² ha infatti dato luogo a due differenti interpretazioni dottrinali degli artt. 161, comma 1, e 164, comma 2 CE.

Secondo una prima interpretazione²³, l'art. 164, comma 2, CE indicherebbe che gli effetti delle sentenze di incostituzionalità sono quelli tipici della abrogazione, mentre il limite degli effetti del giudicato costituzionale sui rapporti esauriti (art. 161, comma 1, CE) richiamerebbe, seppur implicitamente, la nullità. Letta in questo modo, la CE non esprimerebbe quindi alcuna preferenza per l'una (abrogazione) o l'altra (annullamento) soluzione. Per questo motivo, secondo alcuni²⁴, questa teoria garantirebbe al TC la possibilità di rompere, per così dire, la sequenza incostituzionalità - nullità. Per la seconda interpretazione del testo costituzionale²⁵, invece, l'art. 161, comma 1, CE, rispettando l'efficacia del giudicato delle sentenze che hanno applicato la norma dichiarata incostituzionale, indicherebbe una scelta implicita del legislatore costituzionale a favore della nullità. In questo senso, la dichiarazione di incostituzionalità implicherebbe la nullità della disposizione, con effetti *ex tunc* e con il solo limite del giudicato.

Sul dibattito è intervenuto il legislatore che, con l'approvazione della *Ley orgánica del Tribunal Constitucional* (d'ora in poi, LOTC) nel 1979, ha optato per il binomio «incostituzionalità - nullità», così strutturando il TC alla stregua di un legislatore negativo²⁶.

L'art. 39 LOTC stabilisce infatti che «quando la sentenza dichiara l'incostituzionalità, dichiarerà allo stesso modo la nullità delle disposizioni impugnate» nonché, se del caso, di altre disposizioni

²¹ C. GUERRERO PICO', *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*. Spagna, Servizio Studi della Corte Costituzionale, dicembre 2014, p. 78. Il contributo è disponibile online alla pagina http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Comp191.pdf.

²² Come ricordato da C. GUERRERO PICO', *ibidem*, «RUBIO LLORENTE e ARAGÓN criticarono, sin da subito, l'art. 161, comma 1, Cost. in ragione di una redazione infelice, ellittica ed insufficiente ad affrontare i complessi problemi che la prassi avrebbe senz'altro suscitato ed ai quali avrebbe dovuto dare risposta il Tribunale costituzionale».

²³ J. J. CAMPO, *Qué hacer con la ley inconstitucional* in *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley* in Atti delle II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 1997, ISBN 84-259-1022-6.

²⁴ J. TUDELA GUERRERO, *Los efectos de las sentencias dictadas en procesos de control de constitucionalidad*, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, ISSN-e 0211-4267, Anno 54, n° 1882, 2000, p. 3911 ss.

²⁵ R. PUNSET BLANCO, *Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes (algunas reflexiones a la luz de la ponencia de J. Jimenez Campo)* in *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley* atti delle II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 1997, ISBN 84-259-1022.

²⁶ G. ROLLA, *L'esperienza spagnola*, p. 25, al seminario di studio *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici* tenutosi alla Corte costituzionale il 6 novembre del 2009. Il testo dell'intervento è disponibile alla pagina http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/06_11_09_Rolla.pdf.

alle quali l'incostituzionalità debba estendersi per connessione o conseguenza²⁷. D'altra parte, la dichiarazione di nullità della disposizione incostituzionale non è senza limiti. Ai sensi dell'art. 40²⁸ LOTC le sentenze di incostituzionalità non possono infatti permettere la revisione dei processi definiti con sentenze passate in giudicato e nei quali siano state applicate le leggi, le disposizioni o gli atti poi dichiarati in costituzionali a meno che non si tratti di processi penali o amministrativi di tipo sanzionatorio nei quali, come conseguenza della nullità della norma applicata, risulti una riduzione della pena, della sanzione ovvero una esclusione, una esenzione o una limitazione della responsabilità.

E' interessante rilevare come, nel 2007, il governo spagnolo abbia promosso un progetto di riforma della LOTC, con l'obiettivo, fra gli altri, di delimitare «con maggiore precisione quali siano gli effetti delle sentenze nei processi di costituzionalità.»²⁹ L'art. 13 del progetto di riforma prevedeva, in particolare, la possibilità per il TC di «dichiarare unicamente l'incostituzionalità» di una disposizione ovvero di «differire gli effetti della nullità» per un periodo massimo non superiore a tre anni nel caso in cui vi fosse la necessità, motivata, di «preservare i valori e gli interessi che la Costituzione tutela». Altrimenti, e come regola generale, il TC avrebbe dovuto dichiarare anche la nullità della disposizione. Fra l'altro, qualora l'incostituzionalità fosse derivata da una «insufficienza normativa», ossia da una omissione del legislatore, il TC avrebbe potuto «concedere un termine al legislatore per agire di conseguenza» e, in caso di un suo inadempimento, avrebbe potuto disporre quanto necessario per sanare l'omissione³⁰.

²⁷ «Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.»

²⁸ «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.»

²⁹ Nella relazione presentata dal Ministero della Giustizia si specificava, fra l'altro, che, in merito agli obiettivi della legge: «Se delimitan y concretan los efectos de las sentencias que llevarán aparejada la nulidad de los preceptos legales declarados inconstitucionales, si bien el TC podrá excluirla o retrasar sus efectos durante un plazo no superior a tres años. Se trata de dar tiempo al Legislador a que sustituya los preceptos inconstitucionales. Se contempla la inconstitucionalidad por insuficiencia legislativa, pudiendo concedérsele al legislador un plazo para que actúe en consecuencia.»

³⁰ E' qui interessante richiamare l'attenzione su alcuni emendamenti presentati, in sede di discussione del testo di riforma, per comprendere quale fosse la sensibilità politica in merito alla possibilità per il TC di modulare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità e di differire la nullità per un periodo di tempo determinato. Al Congresso dei Deputati, in particolare, sono stati presentati tre emendamenti all'art. 13 del progetto di riforma. L'emendamento n. 24 presentato dal Gruppo parlamentare basco proponeva di mantenere l'art. 39 così come nella sua formulazione originaria dato che si riteneva che la possibilità, per il TC, di differire gli effetti della nullità per un periodo massimo di 3 anni avrebbe aperto «un panorama confuso e vulnerabile» per coloro che avrebbero dovuto applicare la legge e per gli stessi cittadini. Fra l'altro, a parere dei firmatari dell'emendamento, il legislatore sarebbe dovuto intervenire «nel minor tempo possibile» senza che gli venissero concessi «privilegi», quali quelli del differimento della nullità, peraltro contrari alla «certezza del diritto». E' interessante sottolineare che i parlamentari hanno sostenuto che il differimento della nullità,

Il procedimento legislativo si è concluso con l'approvazione della legge n. 6 del 2007 di riforma della LOTC. Nonostante il positivo accoglimento da parte della dottrina, la riforma dell'art. 39 LOTC non ha tuttavia avuto alcun seguito³¹.

3. Il (mancato?) binomio incostituzionalità - nullità e le decisioni del *Tribunal Constitucional* prima e dopo il 1989

3.1. Il primo decennio (1978 - 1989): dalla difesa del binomio incostituzionalità - nullità al suo progressivo abbandono

Nel primo decennio di attività, il TC, tutte le volte che ha dichiarato l'incostituzionalità di una disposizione, ne ha sempre dichiarato anche la nullità, così consolidando per via giurisprudenziale quel collegamento tra incostituzionalità e nullità previsto dall'art. 39 della LOTC.

Nella sentenza 14 del 1981, ad esempio, il TC ha sostenuto, al FJ³² 4, che «il privare di ogni effetto³³ le leggi contrarie» alla Costituzione rappresentasse, fra le altre, «la funzione principale dei processi di costituzionalità», quasi come a dire che la mancata dichiarazione della nullità di una disposizione incostituzionale avrebbe reso vano lo stesso processo costituzionale. Sempre al FJ 4, il

peraltro definito uno strumento eccezionale e ampiamente criticato, non fosse servito a niente dato che le volte in cui era stato concesso dal TC il legislatore era intervenuto in un lasso di tempo superiore a quello previsto per l'approvazione di una legge. Insomma, oltre che pericoloso, era uno strumento inutile. Il secondo emendamento, il n. 57 del Gruppo parlamentare popolare, proponeva di ridurre il tempo del differimento degli effetti della nullità ad 1 anno (dai 3 previsti) e di eliminare, per il TC, la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità per "insufficienza normativa". L'emendamento era giustificato dal fatto che, secondo il gruppo parlamentare, il TC non si sarebbe potuto «sostituire al legislatore»: i parlamentari consideravano infatti incostituzionale attribuire al TC poteri legislativi quale quello di «supplire a lacune legislative». La proposta di ridurre del termine di differimento della nullità era invece giustificata dal fatto che il termine di 3 anni fosse eccessivamente ampio e tale da causare «una enorme incertezza giuridica». Il terzo emendamento, il n. 95 del Gruppo parlamentare catalano "*Convergència i Unió*", proponeva di introdurre un articolo unico, mantenendo la possibilità per il TC di differire gli effetti della dichiarazione di nullità nel tempo. E' interessante notare come il gruppo parlamentare sostenesse che la possibilità che la dichiarazione di incostituzionalità di una norma non fosse accompagnata dalla nullità in via «assoluta e permanente non incontrava sostegno nell'articolo 161 della Costituzione.»

³¹ Da una lettura de l'*Informe de la Ponencia* pubblicato sul Bollettino Ufficiale del Parlamento - Congresso dei Deputati, serie A, numero 60-9, del 05/12/2006, si evince che la *Ponencia* ha disposto lo stralcio di alcune disposizioni del progetto di legge tra cui, appunto, risulta l'art. 13, di modifica all'art. 39 LOTC. In particolare, sembra che la *Ponencia* abbia ritenuto opportuno concentrare la riforma della LOTC alle disposizioni riguardanti «la posizione istituzionale del Tribunale», il ricorso di *amparo* e, infine, l'incidente di nullità. Insomma, si è trattato di un vero e proprio ridimensionamento della riforma avvenuto (forse) alla luce dei numerosi emendamenti proposti al testo e alla volontà governativa di non appesantire troppo il testo, rischiando una bocciatura in Aula.

³² Il termine FJ (*fundamento juridico*) indica il considerato in diritto di una sentenza del TC.

³³ Il termine usato dal TC è improprio perché potrebbe far pensare all'istituto dell'annullamento e ad una pronuncia di tipo costitutivo del TC. Come abbiamo visto, invece, il TC si limita (almeno secondo quanto previsto dalla legge) a "dichiarare" la nullità della disposizione incostituzionale. Da questo punto di vista, sempre nella stessa decisione, il TC usa propriamente l'espressione «nullità con inefficacia originaria».

TC ha poi precisato che «l'incostituzionalità delle leggi posteriori alla Costituzione implica la sanzione della nullità con inefficacia originaria» e che «il trattamento dell'abrogazione e quello dell'incostituzionalità differiscono perché l'abrogazione priva di efficacia la norma da quando entra in vigore la disposizione abrogatoria, mentre l'incostituzionalità delle leggi posteriori alla Costituzione comporta la nullità con inefficacia originaria, sebbene nel rispetto di alcune situazioni consolidate, ai sensi degli articoli 39, comma 1, e 40, comma 1, Cost.».

In un'altra sentenza, la 19 del 1987, il TC, al FJ 6, ha invece sostenuto che «dichiarata l'incostituzionalità dell'articolo [...], gli effetti» della dichiarazione dovessero «anche determinare - con riguardo alla nullità che la nostra legge organica *prescrive* (art. 39.1)- la definitiva espulsione di quella disposizione di legge dall'ordinamento» (corsivi aggiunti).

Nella sentenza 60 del 1986, il TC ha, per così dire, sfumato, per la prima volta, il binomio incostituzionalità - nullità previsto dall'art. 39 LOTC. Nel FJ 5, infatti, il TC ha sostenuto che l'annullamento degli art. 3.2.3 e 6.2.2. del d.l. 22 del 1982 non comportava quello degli atti giuridici «posti in essere in esecuzione dei precetti che ora si dichiarano invalidi né delle situazioni amministrative dichiarate ai loro sensi». E questo perché non vi era alcuna ragione «per retrodatare l'effetto invalidante delle norme dichiarate incostituzionali al momento dell'entrata in vigore delle stesse». Insomma, sebbene abbia dichiarato l'incostituzionalità e la nullità delle disposizioni posta al suo esame, il TC ha, allo stesso tempo, escluso che la nullità potesse travolgere gli atti (amministrativi) posti in essere avendo come base legale la disposizione dichiarata incostituzionale e le «posizioni amministrative» che si erano prodotte in virtù della disposizione stessa e questo, può dirsi, per tutelare il principio di certezza del diritto.

Nella sentenza 116 del 1987, il TC ha dichiarato solo «parzialmente incostituzionali» due disposizioni di legge: l'una in quanto includeva e l'altra in quanto escludeva una determinata categoria di soggetti dal suo ambito di applicazione. In particolare, al FJ 10, il TC ha affermato che, a causa della «complessa diversità delle situazioni», avrebbe espressamente dichiarato, nel dispositivo della sentenza, quali fossero le disposizioni da dichiarare incostituzionali, «mantenendo al momento la validità di quella altra parte del suo contenuto normativo».

Tralasciando l'analisi della sentenza, è qui interessante richiamare l'aspra critica di due giudici costituzionali³⁴, che, nella loro *dissenting opinion*³⁵ a margine della sentenza, hanno accusato il Tribunale di aver snaturato la propria funzione di legislatore negativo, divenendo, di fatto, un legislatore positivo. Secondo i due magistrati infatti, la «sola funzione» del TC doveva essere quella di «legislatore negativo», ovvero quella di decretare «l'espulsione di una norma dall'ordinamento giuridico per la sua contraddizione con la Costituzione». In questo caso concreto, invece, il TC si era convertito in «legislatore positivo», realizzando «quello che gli italiani chiamano una «sentenza manipolativa», attraverso la nullità parziale della disposizione». Inoltre, e questo preme sottolineare,

³⁴ Si tratta dei giudici Francisco Rubio Llorente e Luis Díez-Picazo.

³⁵ Per uno studio approfondito del *dissent* in Spagna, si veda C. GUERRERO PICO', *L'opinione dissenziente nella prassi del Tribunal Constitucional spagnolo (1994 - 2009)*, 2009, in www.cortecostituzionale.it.

i due giudici costituzionali hanno ampiamente criticato il fatto che la dichiarazione di incostituzionalità della disposizione (perché non prevedeva un qualcosa) non sia stata accompagnata da una dichiarazione di nullità, così di fatto producendo un indebito «raggiustamento all'interno del testo di legge».

Con la sentenza n. 45 del 20 febbraio del 1989 il plenum del TC³⁶ ha compiuto «un passo importante per lo sviluppo della [...] giurisprudenza costituzionale» spagnola³⁷.

Il TC era chiamato a decidere in merito alla questione di incostituzionalità n. 1.837/1988, sollevata dal proprio plenum nel ricorso di *amparo* n. 752/1985 e riguardante alcune norme della legge n. 44 dell'8 settembre 1978, così come novellata dalla legge n. 48 del 1983. La disciplina legislativa, riguardante l'imposizione fiscale a carico delle persone fisiche, era ritenuta incostituzionale in riferimento agli articoli 14 (principio di uguaglianza di fronte alla legge e di non discriminazione), 18 (diritto all'onore e alla riservatezza), 31 (principio di eguaglianza e progressività in campo tributario) e 39 (principio di tutela della famiglia e dei figli, anche se nati fuori dal matrimonio) della CE in quanto non era prevista la possibilità, per i coniugi, di fare una dichiarazione dei redditi in forma individuale ma solo in forma congiunta.

Il TC, dopo aver ampiamente argomentato circa l'incostituzionalità della legge sottoposta al suo esame, ha chiarito, in motivazione, quale dovesse essere la "portata" degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità che avrebbe poi definitivamente pronunciato nel dispositivo. Il ragionamento operato dal giudice delle leggi spagnolo, al FJ 11, si sviluppa su più livelli. Prima di tutto, il TC ha affermato nuovamente che, secondo quanto previsto dalla LOTC, «le disposizioni considerate incostituzionali devono essere dichiarate nulle» e che tale dichiarazione ha effetti *erga omnes* dal giorno della pubblicazione nel Bollettino dello Stato. Inoltre, il TC ha confermato che la dichiarazione di incostituzionalità implicasse, in automatico, «l'immediata e definitiva espulsione dall'ordinamento dei precetti interessati», che impediva l'applicazione delle disposizioni *ab origine*. Il TC ha poi chiarito che non avrebbe potuto agire altrimenti in quanto «la legge organica non permette a questo Tribunale, a differenza di quanto accade in altri sistemi, di rinviare o differire il momento di effettività della nullità». Fino a qui, il TC ha semplicemente ripercorso la propria giurisprudenza.

Ma il giudice costituzionale spagnolo è andato oltre, affermando che il citato «vincolo tra incostituzionalità e nullità» non fosse sempre necessaria, né che si potesse dire che gli effetti della nullità per il passato fossero definiti dalla legge. Quest'ultima infatti, ha continuato il TC, «lascia a

³⁶ Da notare che il relatore della sentenza, Francisco Rubio Llorente, è lo stesso che, appena due anni prima, aveva aspramente criticato il *Tribunal Constitucional* per non aver accompagnato la dichiarazione di incostituzionalità con quella di nullità.

³⁷ In questo senso E.García de Enterría, *Un paso importante para el desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes constitucionales*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 81, 1989, p. 5 ss.

questo Tribunale³⁸ il compito di precisare la sua portata in ciascun caso». E ciò non senza motivo, ma perché «la categoria della nullità non ha lo stesso contenuto nei distinti settori dell'ordinamento». Secondo l'argomentazione del giudice costituzionale, «la connessione fra incostituzionalità e nullità» si rompe quando, fra gli altri casi, il motivo dell'incostituzionalità della disposizione non derivi da una «determinazione testuale» bensì da una omissione del legislatore (come accadeva nel caso concreto).

Il TC ha poi precisato che le disposizioni (che avrebbe poi dichiarato) incostituzionali erano parte di un «sistema legale» che non poteva essere reso compatibile con la CE mediante il loro annullamento *ab origine*, perché la sanzione dell'invalidità, essendo una «misura strettamente negativa», sarebbe stata «manifestamente incapace» di riordinare il sistema fiscale in termini costituzionalmente compatibili. Insomma, dichiarare nulle le disposizioni sin dalla loro entrata in vigore non avrebbe riparato il *vulnus* costituzionale e, quindi, non sarebbe servito a niente. Il TC concludeva poi affermando che fosse pertanto compito del Legislatore intervenire con le modifiche ritenute necessarie dato che il TC non poteva disconoscere né sostituirsi alla «libertà di configurazione normativa» del legislatore, ma soltanto valutare la conformità o meno alla CE. Inoltre, fra le situazioni consolidate che non sarebbero state colpite dalla nullità (che il TC ha dichiarato relativamente ad altri tipi di disposizioni), il TC ha compreso non solo quelle decise con sentenze passate in giudicato, come previsto dall'art. 40 LOTC, ma anche, in ossequio al principio di certezza del diritto (art. 9.3. CE), quelle fissate da provvedimenti amministrativi definitivi, estendendo così la deroga *pro reo*.

In linea con il ragionamento espresso nel considerato in diritto, il giudice costituzionale spagnolo ha così dichiarato la “semplice” incostituzionalità degli articoli 4.2. e 24 comma b della legge 44/1978 nella parte in cui, l'uno, non prevedeva la possibilità per i membri di una famiglia di fare la dichiarazione dei redditi in forma individuale e, l'altro, non includeva all'interno del periodo di imposta annuale i matrimoni contratti all'interno dello stesso. Allo stesso tempo, il TC ha lasciato al legislatore il compito di disciplinare la materia in maniera compatibile con la Costituzione. Da segnalare, a questo proposito, che il legislatore spagnolo è intervenuto per porre fine alla omissione denunciata dal TC con l. 18 del 1991³⁹.

In sintesi, nella sentenza 45 del 1989, il TC ha introdotto, all'interno della categoria della *incostitucionalidad*, la sottocategoria della *simple incostitucionalidad* operando una ridefinizione, quasi una riscrittura, dell'art. 39 LOTC, affermando, da una parte, che la LOTC prevedeva un collegamento necessario, una *vinculación*, tra l'incostituzionalità e la nullità e che non affidava al TC la possibilità di «*aplazar o diferir*» il momento di effettività della nullità. D'altra parte, il TC ha (in parte contraddittoriamente) sostenuto che il collegamento incostituzionalità - nullità non fosse sempre necessario e che la LOTC non regolasse gli effetti della nullità nel passato. Anzi, ha

³⁸ Da sottolineare l'assonanza con l'espressione «è compito della Corte» usata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 10 del 2015.

³⁹ Pubblicata nel Bollettino Ufficiale dello Stato n. 136 del 7 giugno 1991, la legge, rubricata *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ha regolato l'imposizione fiscale sulle persone fisiche sino al 1 gennaio 1999, quando è entrata in vigore la legge n. 40 del 1998 (*Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias*).

affermato che la LOTC lasciava la possibilità al giudice costituzionale di precisare la portata degli effetti della nullità nel tempo (in contraddizione con l'affermazione secondo cui la LOTC non affidava al TC la possibilità di rinviare o differire gli effetti nel tempo della nullità)⁴⁰.

3.2. *La giurisprudenza del Tribunal Constitucional a seguito della sentenza n. 45 de 1989*

La sentenza 45/1989 è stata la prima di una lunga serie di decisioni del TC definite dalla dottrina spagnola di “mera incostituzionalità” ovvero di “incostituzionalità senza nullità”. Con la sentenza 45/1989, il TC ha infranto il binomio incostituzionalità - nullità e, implicitamente, ha aperto alla possibilità di dichiarare l'incostituzionalità di una disposizione con soli effetti *ex nunc*.

Fra le decisioni successive al 1989, si deve ricordare innanzitutto la sentenza 13/1992 nella quale il TC è stato chiamato a giudicare due ricorsi presentati dal Consiglio Esecutivo della Comunità Autonoma della Catalogna nei confronti delle leggi sul bilancio dello Stato per il 1988 e il 1989. Il TC, al FJ 17, ha precisato quali effetti dovessero conseguire alla pronuncia di incostituzionalità di «determinate voci di bilancio». A tal proposito, riconoscendo, da un lato, che la dichiarazione di invalidità delle disposizioni avrebbe determinato un grave pregiudizio agli interessi generali, anche della Catalogna, e soprattutto alla politica economica e finanziaria dello Stato centrale, e, dall'altro, che le disposizioni si riferivano a esercizi economici ormai chiusi, il TC ha dichiarato la semplice incostituzionalità delle disposizioni, precisando allo stesso tempo che gli effetti *erga omnes* si sarebbero prodotti per gli esercizi posteriori alla data di pubblicazione della sentenza nel Bollettino ufficiale dello Stato.

Con la sentenza 96 del 1996, il TC ha fatto un altro importante passo avanti nella propria giurisprudenza, aprendo esplicitamente al differimento degli effetti nel tempo della dichiarazione di nullità.

Il TC era stato chiamato, dal governo basco e da quello catalano, a decidere se alcune disposizioni della legge statale 26/1988, che attribuiva alle Comunità Autonome la possibilità di imporre sanzioni alle casse di risparmio e alle cooperative di credito senza nulla specificare con riferimento alle banche, violassero o meno le competenze costituzionali delle Comunità.

Il TC, pur riconoscendo che la legge violava il riparto costituzionale delle competenze e che quindi le comunità erano competenti anche ad imporre sanzioni alle banche, ha affermato, al FJ 22, che non gli spettava esaminare quale sarebbe dovuta essere «la regolazione di base dei poteri di disciplina e di intervento con riguardo a gli istituti di credito che non sono Casse di Risparmio o

⁴⁰ Secondo G.PARODI, *Commento all'art. 136 della Costituzione*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino 2006, pp. 2648-2673, il TC «con la sentenza 45/1989 [...] ha rivisto la sua precedente giurisprudenza in materia di effetti dell'incostituzionalità della legge, sia teorizzando il potere del giudice di modulare gli effetti nel tempo della pronuncia di nullità, sia affermando la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità della legge, senza pronunciarne contestualmente la nullità. Si tratta di sentenze dichiarative dell'incostituzionalità, ma non della nullità, della disposizione impugnata».

Cooperative di credito» perché un giudizio di questo tipo avrebbe implicato «la ricostruzione di una norma non debitamente esplicitata nel testo di legge e, pertanto, la creazione di una norma nuova», e conseguentemente il TC avrebbe assunto la «funzione di legislatore positivo che istituzionalmente non gli corrisponde». Per questi motivi, ha continuato il TC al FJ 23, l'incostituzionalità della disposizione «deve essere rimediata dal Legislatore nell'esercizio della sua libertà di configurazione normativa». Le *Cortes Generales* avrebbero quindi dovuto stabilire la legislazione di base in materia. Ovviamente, il TC ha precisato che tale compito dovesse essere compiuto «in un arco di tempo ragionevole e nel pieno rispetto dell'ordine costituzionale di competenze in materia», del quale l'organo costituzionale era e rimaneva il garante e l'interprete supremo. Nel dispositivo, il TC ha così dichiarato «semplicemente» incostituzionale l'art. 42 della legge impugnata, rinviando al legislatore per le modifiche necessarie.

Nel 1999, il TC, in un giudizio sulla legge 3/1994 di riforma della legge 26/1988, ha richiamato quanto già affermato nelle sentenze 45/1989 e 96/1996, affermando ancora una volta che «l'avvertita incostituzionalità [...] non può essere riparata attraverso l'annullamento, semplice e immediato, della disposizione in esame» secondo il seguente ragionamento. Innanzitutto, il TC ha dichiarato che spettava al legislatore, e non al giudice costituzionale, individuare la legislazione di base in materia. Secondariamente, ha specificato che la dichiarazione di invalidità, conseguente a quella di incostituzionalità, avrebbe generato un «vuoto normativo [...] in una materia tanto importante come è quella del regime sanzionatorio degli istituti finanziari di credito». Infine, ha concluso sostenendo che il binomio incostituzionalità - nullità non era sempre necessario, e soprattutto non lo era qualora l'incostituzionalità non derivasse dal testo della legge, bensì da una omissione del legislatore (come nel caso concreto).

Sempre al FJ 13, il TC ha riconosciuto che il legislatore, a distanza di tre anni dalla sentenza 96/1996, era rimasto latitante nonostante fosse stato reso consapevole della «necessità costituzionale» di intervenire in un tempo ragionevole modificando la disciplina costituzionale. Per questi motivi, il TC ha ribadito al legislatore l'«imperativo costituzionale» di porre fine quanto prima al contrasto con la Costituzione. Il TC, «in virtù del principio di lealtà costituzionale», ha dunque ritenuto sufficienti le «misure» dell'ammonimento e della dichiarazione di incostituzionalità, anche se ha affermato di non ritenere opportuno fissare un termine di efficacia della nullità. Quest'ultima dichiarazione può dirsi sicuramente più che innovativa: il TC non si è infatti limitato a dichiarare la sola incostituzionalità delle disposizioni ma ha, per così dire, intimidito il legislatore ricordandogli che, implicitamente, era in suo potere sospendere gli effetti della nullità.

Sulla stessa linea della 235/1999, le sentenze 195/1998 e la 208/1999 nelle quali il TC ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni di legge, senza tuttavia dichiararle nulle, e al contempo ha agito, da un lato, differendo gli effetti della nullità delle disposizioni al momento dell'entrata in vigore delle disposizioni costituzionalmente legittime (s. 195/1998) e, dall'altra, ammonendo gli organi competenti alla luce del principio di «lealtà costituzionale che obbliga tutti (STC 209/1990,

fundamento jurídico 4º), e in questo caso soprattutto lo Stato, a porvi fine nel più breve tempo possibile (s. 208/1999)».

3.3. La giurisprudenza costituzionale del TC negli ultimi anni

Nonostante la mancata approvazione della riforma dell'art. 39 LOTC nel 2007⁴¹ avesse potuto frenare il giudice costituzionale, soprattutto alla luce di quanto espresso dai gruppi parlamentari in sede di emendamenti al testo, il TC non ha affatto cambiato giurisprudenza. Anzi.

Con la sentenza 164/2013, il TC ha fissato, per la prima volta, un termine preciso decorso il quale la disposizione dichiarata incostituzionale avrebbe dovuto ritenersi invalida *ab origine*.

Il TC era chiamato a decidere in merito al ricorso di incostituzionalità n. 2703-2011 proposto dal Parlamento delle Canarie avverso alcune disposizioni della legge 2/2011, in materia di economia sostenibile, approvata dal Parlamento spagnolo senza aver rispettato l'obbligo di consultazione preventiva della Comunità Autonoma delle Canarie. Il giudice costituzionale, al FJ 7, ha affermato che la dichiarazione di nullità immediata, così come disposta dall'art. 39 LOTC, dovesse essere ridimensionata nel caso concreto per due distinti motivi. Innanzitutto, perché con alcune disposizioni impugnate era stata modificata la legge nel senso di adattarla al diritto europeo quindi una loro dichiarazione di nullità avrebbe potuto portare ad una violazione di quest'ultimo. Secondariamente, perché la nullità immediata delle norme avrebbe «prevedibilmente» generato «un pregiudizio diretto» alla Comunità autonoma perché la riserva di investimenti nelle Canarie era stata modificata dalle disposizioni impugnate al fine di «incentivare la realizzazione di determinati investimenti» nella Comunità.

E così, per contemperare l'esigenza procedimentale de l'*informe previo* della Comunità autonoma, stabilita in Costituzione⁴², e gli interessi della Comunità stessa, che avrebbe potuto essere pregiudicata da «vuoti normativi», il TC ha concluso nel senso di differire gli effetti della «nullità derivata dalla dichiarazione di incostituzionalità» di un anno, termine ritenuto ragionevole per consentire al legislatore di sostituire le norme dichiarate nulle nel rispetto del procedimento del *previo* parere della Comunità autonoma.

Il legislatore spagnolo è intervenuto a distanza di brevissimo tempo dalla pronuncia del TC, ossia appena due mesi dopo. In questo senso, potrebbe ben dirsi che il TC ha permesso di sanare un *vulnus* costituzionale senza, effettivamente, creare pericolosi vuoti normativi. Da notare che il TC è intervenuto differendo gli effetti della nullità di 1 anno, così come suggerito dagli emendamenti al testo di riforma dell'art. 39 LOTC. In questo senso, si potrebbe pensare che il giudice costituzionale

⁴¹ Sul punto, si veda il paragrafo 4.1.

⁴² Si fa riferimento all'istituto previsto ex art. 155 CE: «Ove la Comunità Autonoma non ottemperi agli obblighi imposti dalla Costituzione o dalle altre leggi, o si comporti in modo da attentare gravemente agli interessi generali della Spagna, il Governo, *previa richiesta* al Presidente della Comunità Autonoma e, ove questa sia disattesa con l'approvazione della maggioranza assoluta del Senato, potrà prendere le misure necessarie per obbligarla all'adempimento forzato di tali obblighi o per la protezione di detti interessi.» (corsivi aggiunti).

sia stato influenzato, nella propria giurisprudenza, dalla discussione parlamentare del 2007 in sede di discussione della riforma della LOTC. E' da evidenziare che, nella sentenza 164 del 2014, il TC ha differito di un anno la dichiarazione di nullità di una disposizione della legge n. 17/2012 perché il legislatore, anche stavolta, aveva omesso di chiedere il previo parere della Comunità autonoma⁴³.

4. Il Tribunal Constitucional e la Corte costituzionale a confronto: osservazioni conclusive

Come si è visto, il richiamo operato dalla Corte costituzionale alle esperienze straniere è già stato ampiamente "ridimensionato" in dottrina⁴⁴. In Austria e Portogallo il potere del giudice costituzionale di dilazionare gli effetti delle sentenze di incostituzionalità nel tempo è infatti previsto direttamente in Costituzione, mentre in Germania il Tribunale costituzionale federale si è, per così dire, ritagliato il proprio spazio *praeter legem*. In verità, anche nel caso spagnolo, medesima dottrina ha sostenuto che il TC abbia operato «con una indubbia creatività, ma per lo più *praeter legem*». A ben vedere, tuttavia, sembra che il TC abbia forse agito più *contra* che *praeter legem*. In effetti, di fronte ad una chiara disposizione normativa (l'art. 39 LOTC)⁴⁵, il TC, almeno sin dal 1989, ha deciso in aperta violazione del testo di legge. Non per niente, nel 2007, il Governo ha tentato di ricondurre nella legalità la prassi del TC, anche se, come si è visto, il progetto di riforma dell'art. 39 LOTC è poi fallito. D'altra parte, è anche vero che sostenere che il TC non abbia agito *praeter* bensì (sostanzialmente) *contra legem*, e quindi analogamente alla Corte costituzionale italiana, non significa automaticamente condividere il richiamo all'esperienza spagnola fatto della Consulta.

In primo luogo, si deve infatti osservare come, dal punto di vista della disciplina costituzionale, i due sistemi non siano del tutto assimilabili. In Italia, come noto, sebbene non si possa tacere che il dibattito⁴⁶ sull'efficacia delle decisioni di accoglimento della Corte sia stato più che mai serrato

⁴³ Sulla stessa linea della sentenza n. 164 del 2013 anche la sentenza n. 152 del 2014. In quest'ultimo caso, il TC era chiamato a decidere un ricorso di incostituzionalità promosso dal deputato Arturo García-Tizón López e da altri 62 deputati del Gruppo popolare del Congresso nei confronti di alcune disposizioni della legge n. 39 del 2010, ossia la legge finanziaria dello Stato per il 2011. Al FJ 6, il TC ha nuovamente affermato che la nullità immediata che, così come disposta dall'art 39 LOTC, segue ad una dichiarazione di incostituzionalità avrebbe dovuto essere ridimensionata perché il TC, si badi bene, «non può ignorare» gli effetti che avrebbe prodotto, nel caso concreto, la nullità. Quest'ultima infatti avrebbe potuto generato «gravi pregiudizi agli interessi generali» nonché alterare situazioni giuridiche consolidate e «la politica economica e finanziaria dello Stato.» Anche in questa pronuncia il TC ha differito di un anno la dichiarazione di nullità delle norme dichiarate incostituzionali, ritenendo il tempo di un anno idoneo per permettere al legislatore di sostituire la norma attraverso «uno strumento legislativo adeguato».

⁴⁴ R. ROMBOLI, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine*, cit.

⁴⁵ Che, si ricorda afferma che: «Quando il Tribunale costituzionale dichiara l'incostituzionalità di una norma ne dichiarerà anche la nullità».

⁴⁶ La tesi della perdita di efficacia *ex nunc* delle disposizioni dichiarate incostituzionali è stata inizialmente sostenuta da P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, poi in *Opere giuridiche*, vol III, Napoli, 1968, p. 395 ss. Sul punto, si veda anche G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in Jus, 1951, p. 356 ss.

almeno fino all'approvazione della legge costituzionale n. 1 del 1948 prima e della legge n. 87 del 1953 poi, non può negarsi⁴⁷ che il testo dell'art. 136 Cost. sembra riferirsi «ad un controllo di tipo astratto e quindi ad una efficacia solamente pro futuro, vale a dire per i rapporti realizzatisi dopo la pubblicazione della sentenza d'incostituzionalità»⁴⁸. In Spagna invece, data la “neutralità” del testo costituzionale in punto di efficacia delle sentenze di incostituzionalità, si sono sin da subito contrapposte la teoria della “neutralità della Costituzione” e quella della volontà implicita del Costituente in favore della nullità. Da questo punto di vista, dunque, se da una parte (ovvero l'Italia) la Costituzione non sembra aderire alla tesi di una retroattività delle sentenze di incostituzionalità bensì all'idea dell'efficacia *ex nunc*, dall'altra (ovvero la Spagna) la CE non esprime invece alcuna preferenza per l'una o l'altra soluzione.

C'è da dire che, sia in Italia che in Spagna, il dibattito dottrinale è diminuito solo dopo l'approvazione di una disciplina legislativa in materia (e questo potrebbe essere un primo elemento di analogia).

Nel nostro Paese già l'art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948, introducendo il meccanismo dell'incidentalità della questione di legittimità costituzionale, aveva aperto alla retroattività limitata della pronuncia perché quest'ultima avrebbe prodotto non solo effetti *erga omnes* per il futuro ma anche *inter partes* per il passato. A seguito dell'introduzione del principio di retroattività generale delle decisioni della Corte con l'approvazione dell'art. 30, 3 comma, della legge n. 87 del 1953⁴⁹, la discussione si è poi smorzata⁵⁰. In Spagna, come abbiamo visto, il dibattito si è invece sopito con l'approvazione dell'art. 39 LOTC che ha, per così dire, creato il binomio incostituzionalità - nullità. Un altro elemento di analogia fra le due esperienze potrebbe invero ricercarsi nel *modus operandi* dei due giudici costituzionali. Infatti, entrambe le Corti hanno, in un dato momento storico, superato la regola processuale (di rango costituzionale o legislativo che sia) che le teneva, per così dire, ancorate al rispetto del binomio incostituzionalità - nullità. C'è da dire, tuttavia, che la regola processuale *de qua* aveva una portata differente nelle due esperienze. In Italia, la Corte, come noto, ha infatti chiarito che «il terzo comma dell'art. 30 della l. n. 87 [...], nel suo contenuto sostanziale, non diverge in alcun modo dal precetto costituzionale», in questo modo ancorando la disciplina legislativa al testo costituzionale, e così sostenendo che il principio di retroattività generale delle

La tesi dell'annullamento è stata invece sostenuta, tra gli altri, da C. MORTATI, *Questioni sul controllo di costituzionalità sostanziale delle leggi*, in Foro amm., I, 1, 1948, p. 326.

⁴⁷ *Contra* si vedano V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Giuffrè Editore, 1967, secondo il quale, anche per le decisioni della Corte costituzionale, vale «il principio generale [...] della inefficacia (sostanziale) dell'atto invalido, cioè della sua inidoneità a introdurre nell'ordinamento le norme corrispondenti al suo contenuto»; A. PACE, *Superiorità della Costituzione e sindacato della leggi*, in rivista 2/2015 AIC, secondo cui, non solo si deve escludere «che i Costituenti avessero presente esclusivamente il modello “astratto”», ma anche che «già dal combinato disposto degli artt. 136 e 24 Cost. deriva, a rigor di logica, l'applicabilità a tutti i rapporti pendenti della normativa risultante dalla decisione d'accoglimento».

⁴⁸ E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, G. Giappichelli, Torino, 2011.

⁴⁹ «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.»

⁵⁰ Si ricorda, a tal proposito, il dibattito sull'art. 30 che, secondo alcuni, doveva ritenersi incostituzionale (rispetto all'art. 1 della legge cost. 1/1948) perché avrebbe esteso la retroattività oltre il giudizio *a quo*.

decisioni della Corte ha basi nel precetto costituzionale (almeno «nel suo contenuto sostanziale»). Non risulta invece che il TC abbia affermato che la Costituzione si fosse espressa favorevolmente alla efficacia *ex tunc* delle decisioni, richiamando la LOTC a fondamento delle proprie decisioni di incostituzionalità - nullità. In questo senso dunque, se in Italia il principio di retroattività generale è, per dichiarazione della stessa Corte, un principio di rango costituzionale, in Spagna è un principio sub-costituzionale, tanto che per limitare l'attività della Corte il governo avrebbe voluto intervenire non sul testo costituzionale, bensì sulla legge organica. E' pur vero che la legge organica si pone, sul piano delle fonti, al di sopra della legge. Tuttavia, non si può negare che la legge organica sia comunque gerarchicamente subordinata alla Costituzione. In questo senso, se il TC ha agito *contra legem*, sembra che la Corte costituzionale sia intervenuta non solo *contra legem* (legge costituzionale n. 1 del 1948 e legge n. 87 del 1953), ma anche correggendo la propria giurisprudenza con l'affermazione secondo la quale il principio di retroattività «non è privo di limiti» e che «è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale [...]». Fra l'altro, queste espressioni non possono non richiamare alla mente la sentenza n. 45 del 1989 del TC dove il giudice costituzionale spagnolo ha affermato che «il vincolo tra incostituzionalità e nullità» non è sempre necessario e che il TC ha «il compito di precisare la sua portata in ciascun caso».

In sostanza, la Consulta ha ridimensionato la portata del principio di retroattività, teorizzando la possibilità di un suo bilanciamento (e poi bilanciandolo nel caso concreto). A tal proposito, ci si potrebbe domandare se il principio di retroattività sia o meno una regola processuale del giudizio costituzionale. E qualora lo sia, se possa un giudice costituzionale inserire una regola processuale nel bilanciamento operato per risolvere il giudizio. Ovviamente, se si aderisce alla tesi secondo la quale il giudice costituzionale è un giudice, la risposta a queste domande non può che essere nel senso di non ammettere, in nessun caso, la possibilità per la Corte di derogare ad alcuna regola processuale e dunque di escludere che la Corte possa bilanciare regole processuali con principi costituzionali. In quest'ottica, è condivisibile la tesi sostenuta da chi⁵¹ avrebbe ritenuto più opportuno che la Consulta avesse sollevato innanzi a sé una questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 nella parte in cui non prevede la possibilità di modulare l'efficacia delle sentenze di incostituzionalità nel tempo. In questo modo, la Corte avrebbe infatti potuto, rispettando la regola processuale, «rimodulare» il principio di retroattività generale alla luce di una rilettura motivata dell'art. 136 Cost. e dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953.

Può dunque dirsi che l'esperienza spagnola sia sicuramente quella più vicina al caso italiano e, con le dovute precisazioni, sembra potersi condividere il richiamo operato dalla Corte. Tuttavia la sentenza n. 10 del 2015 non può non preoccupare, e ciò anche con riferimento all'esperienza spagnola⁵², non solo perché la Corte sembra aver agito *contra legem* ma anche perché l'intervento

⁵¹ R. ROMBOLI, L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine, cit.

⁵² Sul punto, si veda C. GUERRERO PICO', *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità. Spagna*, cit.

sembra essere stato giustificato dalla necessità di tutelare il bilancio dello Stato e non altri diritti fondamentali e che la Corte avrebbe forse agito diversamente in presenza di un altro diritto (ad esempio, un diritto sociale). Questa preoccupazione parrebbe invero superata dalla più recente giurisprudenza della Corte che è recentemente intervenuta, con sentenza n. 70 del 2015, in materia pensionistica dichiarando l'illegittimità *ex tunc* del blocco di indicizzazione delle pensioni⁵³.

In ogni caso, e per concludere, si potrebbe ben dire che «quello che conta non è tanto il numero o la qualità delle inosservanze, quanto il fatto che esse non siano teorizzate come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale (che sarebbe invero assai pericolosa per la Corte e per il paese), ma siano anzi tenacemente (anche se non sempre convincentemente) smentite.»⁵⁴

⁵³ In realtà, almeno secondo parte della dottrina «gli interrogativi sollevati dalla sentenza n. 10/2015 sembrano superati ma altri, e ben più pesanti, possono sollevarsi». Così A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, p. 1, in Rivista AIC n. 2/2015.

⁵⁴ A. PIZZORUSSO, *Prefazione* in R. ROMBOLI (a cura di) *La giustizia costituzionale a una svolta*, G. Giappichelli, Torino, 1991, p. 7.