

LA CORTE COSTITUZIONALE E L'ECONOMIA

ATTI DEL CICLO DI INCONTRI TRA GIUDICI
COSTITUZIONALI, ECONOMISTI E GIURISTI

a cura di Michele Massa

PARTE SECONDA



VITA E PENSIERO | RICERCHE
DIRITTO

La giurisprudenza di alcune corti costituzionali europee

1. Introduzione

In un contesto europeo di crisi della finanza pubblica, diverse corti costituzionali si sono confrontate con delicate operazioni di bilanciamento tra garanzie dei diritti fondamentali e protezione di altri interessi di rango costituzionale, tra i quali figura, in modo particolare, il vincolo dell'equilibrio di bilancio. Nell'ultimo decennio, si contano, infatti, numerose sentenze straniere aventi a oggetto la conformità a Costituzione di decisioni politiche emergenziali caratterizzate da un impatto significativo sull'esercizio di libertà negative e positive riconosciute in capo a cittadini e stranieri, nonché sulla "natura" delle relazioni istituzionali tra Stato e mercato. Diverse corti costituzionali europee hanno, infatti, assunto il ruolo di fori privilegiati dinanzi ai quali i cittadini hanno censurato provvedimenti controversi in tema di protezione sociale e *governance* economica.

La breve rassegna giurisprudenziale europea qui proposta, lungi dal soddisfare requisiti di completezza, prende in esame le sole pronunce menzionate e discusse dai diversi relatori partecipanti al ciclo di incontri. Specifica attenzione sarà, quindi, dedicata a quei profili che attengono al complicato rapporto tra garanzia di diritti civili, politici e sociali, individuali o collettivi e discrezionalità del legislatore statale nell'ambito della politica fiscale, economica o di bilancio, oltretutto alle argomentazioni per principi e agli strumenti processuali adoperati dalle corti per corroborare la struttura del *decisum*.

Tra le sentenze in esame si ricordano la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 12 settembre 2012 sul rapporto tra il cd. Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) e responsabilità parlamentare di bilancio, nonché quella del 6 dicembre 2016 sulla legge federale che aveva drasticamente revocato la licenza a otto reattori nucleari in funzione e ridotto il ciclo di operatività di altri otto impianti. Degne di attenzione sono state, poi, la sentenza n. 139 del 21 luglio 2016 del *Tribunal Constitucional* spagnolo sulla sostenibilità del sistema di assistenza sanitaria e, infine, alcune sentenze emesse tra il 2011 e il 2015 dal *Tribunal Constitucional* portog-

ghese, in particolar modo la n. 353 del 5 luglio 2012 e la n. 187 del 5 aprile 2013 in tema di riduzione e sospensione del pagamento delle tredicesime, delle quattordicesime e delle ferie dei pubblici funzionari e in tema di aumento dell'imposizione fiscale e/o contributiva sulle pensioni e sugli stipendi dei medesimi dipendenti da parte delle leggi sul bilancio dello Stato.

A ben vedere, si tratta di questioni di legittimità costituzionale dall'oggetto alquanto eterogeneo, in ordine alle quali due delle tre corti citate si sono pronunciate con dispositivi di parziale fondatezza, in conseguenza dei quali il margine di discrezionalità attribuito al Parlamento nazionale nell'esercizio della funzione legislativa e di bilancio in contesti di necessità e urgenza nazionale o internazionale ne è risultato variamente ridotto. In tal modo, i giudici costituzionali di Germania e Portogallo, ciascuno con l'impiego di diverse tecniche decisorie, talune delle quali recuperate e fatte proprie allo stesso tempo anche dalla Corte costituzionale italiana, hanno caducato leggi per la loro natura arbitraria, più che per la lesione diretta di diritti soggettivi pubblici, come il diritto al lavoro, di proprietà o all'assistenza sociale. A tal riguardo, giova rilevare come esse abbiano frequentemente scrutinato le disposizioni oggetto alla luce del principio di eguaglianza, declinato secondo i diversi canoni della razionalità e della ragionevolezza o proporzionalità.

Diverso, invece, da ultimo, il caso spagnolo, preso in esame per segnalare l'esistenza di forti contrasti interni a un organo di giustizia costituzionale tradizionalmente favorevole a preservare un ampio margine di discrezionalità del legislatore nelle scelte di politica sociale. Come si vedrà, invero, anche nelle sentenze portoghesi e tedesche convivono, accanto a forti tracce di attivismo giudiziario, significativi elementi di *judicial self-restraint*.

2. Frammenti di giurisprudenza portoghese. Tra *prudentia* e *sollicitudo*

Tra le pronunce europee a un tempo più note e controverse si annoverano quelle rese dal Tribunale costituzionale portoghese in un periodo nel quale lo Stato, in cambio della concessione di un prestito a tassi più favorevoli di quelli di mercato, era interessato dall'applicazione di un programma triennale di aggiustamento economico-finanziario (cd. PAEF), elaborato congiuntamente dalla Commissione europea, dalla Banca centrale europea e dal Fondo monetario internazionale (cd. Trojka).

Tali sentenze sollevano questioni di varia natura: dai limiti posti dalla Costituzione portoghese alla discrezionalità del legislatore nella con-

formazione dei diritti sociali all'utilizzo del parametro della ragionevolezza per scrutinare disposizioni di legge di bilancio fino a toccare la grammatica dei rapporti tra ordinamenti europeo e domestico.

Con l'*Acórdão* del 5 luglio 2012, n. 353 (rel. João Cura Mariano), il *Tribunal Constitucional* ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge n. 64-B/2011 del 30 dicembre 2011 sul bilancio dello Stato per l'anno 2012 ("Lei do Orçamento do Estado para 2012"), nella parte in cui sospendevano il pagamento della tredicesima e quattordicesima mensilità dei dipendenti pubblici, avendo esse prodotto la lesione del principio di uguaglianza nella ripartizione degli oneri pubblici ("igualdade na repartição dos encargos públicos"), così come ricavabile dall'art. 13 della Costituzione portoghese del 1976.

Tale disposizione costituzionale è stata interpretata nel senso che la legge deve stabilire un trattamento equo o comunque ragionevolmente differenziato tra lavoratori del pubblico impiego e quelli del settore privato. Infatti, se è vero che da un lato incombe su ciascun cittadino il dovere costituzionale di contribuire alle spese dello Stato secondo le proprie capacità ("Interessando a sustentabilidade das contas públicas a todos, todos devem contribuir, na medida das suas capacidades, para suportar os reajustamentos indispensáveis a esse fim") e quindi il ricorso eccezionale a una misura che riduca il reddito di chi riceve stipendi pubblici non può dirsi di per sé incostituzionale, tuttavia occorre che, nell'imporre tali sacrifici, il legislatore osservi quei limiti ricavabili dall'applicazione del principio di uguaglianza.

A tal proposito, il Tribunale sente però il bisogno di operare una sorta di *distinguishing* rispetto al proprio precedente *Acórdão* del 21 settembre 2011, n. 396, che aveva mandato indenni analoghe disposizioni della legge sul bilancio dello Stato per l'anno 2011, atteso che, in questo caso, le misure volte a ridurre il disavanzo pubblico non sarebbero contenute "dentro dos *limites do sacrifício*". Infatti,

[pur non essendo dubitabile che tale sospensione consentisse effettivamente] uma redução segura e imediata de despesas fixas com pensões e remunerações do setor público que possibilitam uma poupança certa e garantida para os cofres do Estado, [allo stesso tempo, tuttavia,] não possa ser ignorado que ela igualmente [determina automaticamente] uma *diminuição da receita* do IRS e das contribuições para a Segurança Social e tem *efeitos recessivos no consumo interno, com a consequente diminuição generalizada das receitas públicas*.

Tale osservazione empirica di chiaro stampo keynesiano, tesa a sottolineare l'incidenza negativa sul moltiplicatore del PIL delle "misure di austerità", viene ricavata dal Tribunale a partire dalla confutazione delle tesi governative esposte nella relazione illustrativa di accompagnamento al

bilancio dello Stato, secondo le quali i provvedimenti sarebbero giustificati dalla circostanza per cui i lavoratori del settore pubblico beneficiano in media di stipendi superiori rispetto a quelli percepiti nel settore privato. Lungi dall'astenersi dal sindacare l'efficacia e quindi l'intrinseca razionalità economica delle scelte allocative del legislatore in sede di bilancio, in tal caso a loro volta derivanti dal rispetto dei vincoli contenuti nel programma triennale di aggiustamento, il Tribunale entra sostanzialmente nel merito delle singole misure, rilevando, innanzitutto, una sorta di eccesso di potere del legislatore per difetto di motivazione, *rectius* l'inadeguatezza del criterio della valutazione comparativa delle retribuzioni medie tra lavoratori del pubblico impiego e lavoratori del settore privato, dal momento che

os tipos de trabalho e de funções que são exercidos no setor público não são de modo nenhum necessariamente iguais aos do setor privado.

Di contro, il trattamento differenziato avrebbe potuto qualificarsi come non irragionevole solo se il legislatore avesse preso in considerazione le differenze retributive con riguardo ad attività tra di loro comparabili nei due settori, tenuto comunque conto del fatto che vi sono funzioni inerenti l'esercizio della sovranità che non possono essere svolte da operatori privati, per le quali, quindi, non è possibile alcun raffronto. Nessun ruolo gioca, invece, nel ragionamento del Tribunale l'argomento per il quale dovrebbe essere proprio la natura ontologicamente diversa delle attività del settore pubblico e di quello privato a giustificare la discrezionalità del legislatore nella riduzione delle retribuzioni.

Del pari, anche la relativa sicurezza del posto di lavoro nel pubblico impiego non è ritenuta un criterio idoneo a giustificare un prelievo aggiuntivo soltanto sui redditi dei lavoratori del settore pubblico, dal momento che esso, incidendo su quei soggetti in quel momento occupati nel settore, è del tutto "irrelevante para a medida dessa capacidade" (sul punto cfr. de Almeida Ribeiro 2013).

In sostanza, quindi, pur giudicando astrattamente razionale la previsione di un trattamento differenziato tra lavoratori del pubblico impiego e lavoratori del settore privato, il Tribunale sottolinea come, in concreto, il legislatore non abbia ponderato in maniera sufficientemente proporzionata i provvedimenti di contenimento del deficit, non potendo essi gravare in misura eccessiva sulla prima categoria di lavoratori e non anche sulla seconda. In Italia, tale ragionamento riecheggia la coeva sentenza n. 223 del 2012, con la quale la Corte costituzionale ha ritenuto irragionevole e arbitrario il prelievo straordinario sugli stipendi pubblici più elevati, anziché prevedere "un *universale* intervento impositivo" che colpisse anche i redditi dei lavoratori del settore privato. Ana-

logamente, anche in Portogallo il Tribunale costituzionale ha censurato l'effetto discriminatorio recato dal trattamento differenziato, osservando che

poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (v.g., as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (v.g. através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos).

Tali soluzioni alternative, incidenti sia sul lato della spesa, sia sul lato delle entrate, avrebbero potuto realizzare ugualmente l'interesse pubblico, sgravando al contempo i lavoratori del pubblico impiego. Di contro, laddove le misure pesino in misura preponderante su questi ultimi, la differenza nel grado di sacrificio non può non essere circondata da alcuni limiti improntati al canone dell'equità, atteso che

a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva.

Il predetto concetto di "uguaglianza proporzionale", così come ricavabile dall'art. 13 Cost. portoghese, non è quindi dissimile da quello di razionalità e di ragionevolezza che si desume dall'art. 3 della Costituzione italiana e che è stato frequentemente utilizzato come parametro in sede di giudizio di legittimità costituzionale proprio laddove si è trattato di scrutinare la non arbitrarietà nella ripartizione degli oneri finanziari tra diverse categorie di soggetti destinatari delle disposizioni oggetto.

Significativo è, infine, che, ai sensi dell'art. 282, comma 4, Cost. portoghese, alla declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni censurate abbia fatto seguito una modulazione degli effetti temporali della sentenza, avendo il giudice costituzionale lusitano deciso di differire la caducazione delle disposizioni oggetto all'esercizio finanziario successivo rispetto a quello allora in corso, in tal modo riducendo di molto la portata pratica dell'annullamento. Tale statuizione, i cui echi sono ben evidenti nelle sentenze n. 10 del 2015 e n. 178 del 2015 della nostra Corte costituzionale, trovava giustificazione nel fatto che:

o montante da poupança líquida da despesa pública que se obtém com a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal assume uma dimensão relevante nas contas públicas e no esforço financeiro para se atingir a meta traçada, pelo que dificilmente seria possível, no período que resta até ao final do ano, projetar e executar medidas alternativas que produzissem efeitos ainda em 2012, de modo a poder alcançar-se a meta orçamental fixada.

In altre termini, a causa della natura successiva del controllo di costituzionalità in parola, al quale non sempre è in grado di offrire un'alternativa idonea il controllo in via preventiva esercitato dal Tribunale su iniziativa del Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 278 Cost.¹, il sindacato è stato esercitato a una certa, seppur tutto sommato limitata, distanza di tempo rispetto all'entrata in vigore della legge di bilancio. Pertanto, l'efficacia *ex tunc* della pronuncia di accoglimento avrebbe costituito una limitazione troppo grave della discrezionalità politica del legislatore, il quale sarebbe stato costretto, in maniera necessariamente frettolosa, a varare un assestamento di bilancio in un contesto nel quale i timori delle istituzioni creditrici circa il recupero della "capacidade de financiamento do Estado português" rischiavano di moltiplicarsi, impedendo il corretto funzionamento del meccanismo di condizionalità finanziaria.

Il pragmatismo del giudice costituzionale lusitano è stato però parzialmente abbandonato l'anno successivo, in occasione di un giudizio vertente su analoghe doglianze concernenti talune disposizioni della legge n. 66-B del 31 dicembre 2012 sul bilancio dello Stato per l'anno 2013 ("Lei do Orçamento do Estado para 2013"). Con l'*Acórdão* del 5 aprile 2013, n. 187 (rel. Carlos Fernandes Cadilha) il *Tribunal Constitucional* ha, infatti, dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune delle disposizioni censurate in via principale dalle minoranze parlamentari, dal Presidente della Repubblica e dal Difensore civico senza, tuttavia, contenerne la retroattività degli effetti. In particolare, oggetto di caducazione sono state la sospensione parziale o totale del pagamento dell'indennità di ferie ai lavoratori del pubblico impiego con redditi mensili superiori ai 600 euro (art. 29), così come legislativamente estesa anche a insegnanti e ricercatori (art. 31), la sospensione del pagamento del 90 per cento dell'indennità di ferie per i pensionati (art. 77) e, infine, l'introduzione di contributi previdenziali del 6 per cento per i soggetti percettori del sussidio di disoccupazione e del 5 per cento per i percettori dell'indennità di malattia (art. 117, comma 1).

Per quanto riguarda la prima questione, il Tribunale ha stabilito che la proroga della sospensione totale o parziale dell'*indennità di ferie per i lavoratori del pubblico impiego* non violasse il principio di tutela dell'affidamento, così come a sua volta desumibile dal principio dello Stato di di-

¹ Il sindacato sulla legge di bilancio in via preventiva su iniziativa del Presidente della Repubblica avrebbe, infatti, il difetto di ostacolare l'entrata in vigore della legge di bilancio stessa, costringendo il Parlamento ad autorizzare il Governo all'esercizio provvisorio. Il controllo in via preventiva è stato però alla fine esercitato sul progetto di legge recante il bilancio dello Stato per l'anno 2013, che ha poi dato origine alla decisione n. 187/2013 del Tribunale costituzionale.

ritto di cui all'art. 2 Cost. portoghese, ma, stante il cumulo con la decurtazione delle retribuzioni dei lavoratori del pubblico impiego di importo uguale o superiore ai 1.500 euro lordi mensili di cui all'art. 27, di per sé ritenuta non illegittima costituzionalmente, violasse invece il predetto principio di uguaglianza proporzionale nella ripartizione degli oneri pubblici di cui all'art. 13 Cost. portoghese,

não só porque o tratamento diferenciado dos trabalhadores do setor público não pode continuar a justificar-se através do caráter mais eficaz das medidas de redução salarial, em detrimento de outras alternativas possíveis de contenção de custos, como também porque a sua vinculação ao interesse público não pode servir de fundamento para a imposição continuada de sacrifícios a esses trabalhadores mediante a redução unilateral de salários, nem como parâmetro valorativo do princípio da igualdade por comparação com os trabalhadores do setor privado ou outros titulares de rendimento. E ainda porque a penalização de certa categoria de pessoas, por efeito conjugado da diminuição de salários e do aumento generalizado da carga fiscal, põe em causa os princípios da igualdade perante os encargos públicos e da justiça tributária.

In sostanza, quindi, in continuità con il richiamato precedente del 2012, il Tribunale ha tentato di limitare il proprio sindacato a un controllo sulla razionalità/proporzionalità del trattamento differenziato. A tal fine, non considera la singola misura in maniera isolata, ma cerca di collocarla nel quadro complessivo dell'intera manovra di bilancio, vagliandone l'impatto cumulativo insieme con le altre riduzioni di spesa e con gli aumenti di pressione fiscale. Peraltro, il Tribunale ha ricordato al proposito che

O decurso do tempo implica um acréscimo de exigência ao legislador no sentido de encontrar alternativas que evitem que, com o prolongamento, o tratamento diferenciado se torne claramente excessivo para quem o suporta, e exige ao legislador um ónus de fundamentação em termos de valores previsíveis para as diversas alternativas possíveis de aumento de receita ou redução de despesa.

In altre parole, la proroga di una misura di riduzione della spesa pubblica che produce un trattamento differenziato richiede, con il passare del tempo, un sempre maggiore sforzo di giustificazione da parte del legislatore che la adotta, anche alla luce delle alternative possibili in termini di politica economica. Il Tribunale ha collegato quindi la natura eccessiva e sproporzionata del trattamento al decorso del tempo, ritenendo che la transitorietà, quando effettivamente qualificabile come tale, sia di per sé un elemento in grado di dotare una misura del carattere della ragionevolezza. Con il passare del tempo, invece, al legislatore è fatto obbligo di vagliare misure alternative di minore impatto.

Non dissimile è il ragionamento svolto dalla maggioranza del Collegio con riguardo alla sospensione del pagamento del 90 per cento dell'*indennità di ferie per i pensionati*. A tal proposito, il Tribunale ha sottolineato come anche le limitazioni del diritto alla pensione – inteso a un tempo come “*manifestação do direito de propriedade*”, di cui all’art. 62 Cost. e “*do direito à segurança social*”, di cui all’art. 63 Cost. – debbano essere giustificate sotto il profilo della tutela dell’affidamento e del principio di uguaglianza.

In particolare, a differenza dei ricorrenti, il Tribunale ha ritenuto di poter stabilire un’analogia tra pensionati e lavoratori del pubblico impiego, “quanto ao significado e impacto da redução de rendimentos”. Rispetto ai primi, i pensionati godono, tuttavia, di una garanzia costituzionale ulteriore, derivante dalla tutela delle legittime aspettative da loro riposte nella “*manutenção do exato montante da pensão, tal como fixado por ocasião da passagem à reforma*”. Pertanto, al Tribunale spetta esercitare un controllo sul punto di equilibrio trovato dal legislatore nel bilanciare la tutela dell’affidamento dei pensionati e le ragioni di interesse pubblico che hanno originato il taglio alle prestazioni previdenziali. Stante un modello di previdenza sociale che si fonda su uno schema a ripartizione e non a capitalizzazione, il Tribunale ha ritenuto che l’interesse dello Stato di garantirne la sostenibilità finanziaria giustificasse la misura di sospensione e “*não constitui uma ofensa desproporcionada à tutela da confiança*”. Il parametro della tutela dell’affidamento acquisirà, invece, un’importanza decisiva nella giurisprudenza successiva del Tribunale lusitano (cfr. le sentenze n. 862 del 2013 e n. 575 del 2014), in ragione del protrarsi delle misure di riduzione della spesa.

Tuttavia, sotto il profilo dell’uguaglianza proporzionale nella ripartizione degli oneri pubblici, il Collegio, nel raffrontare con grande dovizia di dettagli le rispettive posizioni, ha ravvisato un’eccessiva sproporzione nella differenziazione del trattamento dei pensionati rispetto ai lavoratori del pubblico impiego, atteso che

pelo efeito cumulado do conjunto das medidas que foram aplicadas [tra cui il contributo straordinario di solidarietà e la tassa aggiuntiva del 3,5% sui redditi] *os pensionistas sofrerem agora uma penalização superior à dos trabalhadores do setor público*. [Per tale ragione, la sospensione dell’indennità è un provvedimento] *excessivamente gravoso e justificativo de um juízo de inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade proporcional*.

Sotto la scure della declaratoria di incostituzionalità è caduta, infine, anche la disposizione che ha introdotto “*contributi previdenziali nella mi-*

sura del 6 per cento per i soggetti percettori di sussidio di disoccupazione e del 5 per cento per i soggetti percettori di indennità di malattia” (art. 117, comma 1). A tal proposito, il Tribunale ha, innanzitutto, deciso che l’onere contributivo introdotto dal legislatore

não suscita em si um problema de invalidade constitucional por referência ao direito à segurança social, [dal momento che la Costituzione agli artt. 59, comma 1, lettera e) e 63, comma 3] não assegura o direito a um concreto montante de assistência material [e che, comunque, trattasi di] uma medida excepcional, de caráter transitório, [come tale] não é constitucionalmente desconforme por referência aos parâmetros invocados pelo requerente, [nel senso che non priva i lavoratori dei benefici previsti, ossia non impedisce che questi ultimi assolvano comunque alla loro precipua funzione di sicurezza sociale.]

Tuttavia, in concreto l’importo dei due tipi di indennità, così come ridotto sulla base dell’onere contributivo oggetto del ricorso, rischia di restare al di sotto del

nível mínimo que foi já objeto de concretização legislativa e que se encontra sedimentado por referência a uma certa percentagem da retribuição mínima mensal, no caso do subsídio por doença, ou ao indexante dos apoios sociais, no caso do subsídio de desemprego.

Pertanto, occorre vagliare la misura alla luce del principio di proporzionalità, parametro che il Tribunale ha ricavato in questo caso dall’art. 2 Cost. portoghese. Accanto al controllo inerente al rispetto dell’uguaglianza proporzionale nella ripartizione degli oneri pubblici, attraverso il quale il giudice costituzionale “está habilitado tanto a escrutar a racionalidade do fundamento, invocado pelo legislador, para conferir a diferentes grupos de cidadãos tratamentos jurídicos diversos – [quello che nell’ordinamento italiano designeremmo come controllo di razionalità] – quanto a, mais intensamente, escrutar ainda a medida da diferença que é imposta, e a sua adequação ou razoabilidade face ao fundamento invocado” (ciò che nell’ordinamento italiano qualificheremmo come controllo sulla ragionevolezza), viene svolto anche un controllo alla luce del principio di proporzionalità, che, sulla scorta dell’esempio tedesco, si esprime nel divieto di adottare provvedimenti eccessivi da parte del legislatore (cd. *Übermaßverbot*), ossia nella *necessità e idoneità del provvedimento a raggiungere gli obiettivi legittimamente perseguiti*.

A questo proposito, il giudice costituzionale lusitano ha stabilito che

[la disposizione non è né idonea, né necessaria] para a prossecução dos fins visados pela lei, [ossia al fine di] reforçar o financiamento da segurança social, [at-teso che si tratta di] uma medida que atinja aqueles beneficiários cujas prestações

estão já reduzidas a um montante que o próprio legislador considerou corresponder a um mínimo de sobrevivência para aquelas específicas situações de risco social. [Parimenti, essa è anche] de todo desrazoável, [dal momento che colpisce] os beneficiários que se encontram em situação de maior vulnerabilidade por não disporem de condições para obterem rendimentos do trabalho [...] e abrange as prestações sociais que precisamente revestem uma função sucedânea da remuneração salarial de que o trabalhador se viu privado.

Infine, giova ricordare che il Tribunale ha dichiarato anche la *lesione della garanzia di un'esistenza libera e dignitosa (existência condigna)*, così come elaborata dalla giurisprudenza costituzionale a partire dai principi fondamentali di cui agli artt. 1 e 2 Cost. e dall'art. 59, comma 1, lettera a), Cost., dal momento che la misura non assicura

o grau de concretização do direito que deveria entender-se como correspondendo, na própria perspectiva do legislador, ao mínimo de sobrevivência de que o beneficiário não pode ser privado.

Si tratta dell'unico caso nell'ambito della cd. giurisprudenza della crisi del *Tribunal Constitucional* portoghese in cui sia stata censurata anche la violazione diretta da parte del legislatore di un diritto fondamentale di natura sociale, seppur congiuntamente ai vizi di arbitrarietà della disposizione di legge.

Sorte diversa è toccata, infine, alle altre disposizioni censurate in via d'azione, per le quali, invece, è prevalso uno scrutinio dall'esito opposto; circostanza che, insieme con l'articolata opinione dissenziente di cinque giudici, rende oltremodo evidente la polarizzazione determinatasi all'esito dello scrutinio. Il Collegio, infatti, facendo leva in particolar modo sul proprio precedente n. 396/2011, che salvaguardava al massimo il *marge de liberdade do legislador fiscal*, ha ritenuto che il bilanciamento operato dal legislatore tra l'interesse finanziario dello Stato al consolidamento dei conti pubblici, da un lato, e svariati diritti fondamentali aventi rango costituzionale, dall'altro, fosse rispettoso del principio di proporzionalità, oltreché di tutela dell'affidamento. Nello specifico, sono passate indenni al vaglio di costituzionalità misure quali il contributo straordinario di solidarietà sugli assegni pensionistici di importo uguale o superiore ai 1.350 euro mensili (art. 78), le riduzioni delle retribuzioni dei lavoratori del pubblico impiego (art. 27), le restrizioni al pagamento degli straordinari dei lavoratori del pubblico impiego secondo determinate percentuali (art. 45), le modifiche al Codice sulle imposte delle persone fisiche (art. 186) e l'applicazione di una sovrattassa del 3,5 per cento sui redditi delle persone fisiche (art. 187).

Con riferimento all'art. 27, la *riduzione delle retribuzioni dei dipendenti*

pubblici non è stata ritenuta lesiva del principio di tutela dell'affidamento, visto che la misura, benché non fosse stata pensata per un orizzonte temporale più ampio sin dal 2011,

era praticamente certa a sua duração plurianual e a necessidade da sua inclusão nas leis do orçamento dos anos subsequentes, como forma de dar resposta normativa a uma conjuntura excecional que se pretendia corrigir.

Parimenti, il Tribunale non ha ritenuto di dover modificare il proprio precedente del 2011 in ordine alla conformità della predetta riduzione al principio di uguaglianza proporzionale nella ripartizione degli oneri pubblici, dal momento che essa

“pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata” para a redução do “peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental”, e, por outro, com a circunstância de, em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não se encontrar “em posição de igualdade com os restantes cidadãos”.

Diversa è la questione già esaminata dell'effetto cumulativo di tale misura con la sospensione totale o parziale dell'indennità di ferie per i dipendenti pubblici di cui all'art. 29. A tal proposito, è appena il caso di rilevare che, se pure lo scrutinio circa gli effetti cumulativi delle misure si iscrive in un'argomentazione di tipo sistematico, come tale necessaria per ponderare la proporzionalità degli interventi, esso risulta del pari alquanto arbitrario quanto alla scelta della disposizione, la seconda anziché la prima, da giudicare incompatibile con il dettato costituzionale (Pampalone 2014).

Più succinte appaiono le motivazioni del Tribunale con riferimento al *taglio degli straordinari dei lavoratori del pubblico impiego* di cui all'art. 45, per il quale la conformità al principio di tutela dell'affidamento è motivata alla luce delle argomentazioni già svolte con riferimento agli artt. 27 e 29, mentre per quanto riguarda il rispetto del principio di uguaglianza proporzionale, il Collegio ritiene che la differenza di trattamento “não tem correspondência em valor significativa para identificar, sem margem para dúvidas, uma situação de desigualdade desrazoável”. Rispetto ai lavoratori del settore privato, infatti, il taglio per i lavoratori del settore pubblico risulta meno incisivo.

Per quanto riguarda il *contributo di solidarietà richiesto ai pensionati*, il Tribunale ritiene, innanzitutto, che il contributo non sia assoggettabile al regime delle imposte sulle persone fisiche. Pertanto, i pensionati si trovano in una posizione diversa rispetto agli altri cittadini, dal momento che viene loro richiesto di partecipare al

financiamento do sistema de segurança social, num contexto extraordinário de exigências de financiamento que, de outra forma, sobrecarregariam o Orçamento do Estado ou se transfeririam para as gerações futuras.

In quanto tale, la misura non è affatto arbitraria, ma è anzi coerente con la strategia d'azione adottata dal Governo e con la politica legislativa di riforma del sistema pensionistico dell'ultimo decennio, volta alla "gradual adaptação do quadro legal das pensões aos novos condicionalismos sociais, de modo a garantir-se a maior equidade e justiça social na sua concretização". La Costituzione, per il resto, non stabilisce la proporzione entro la quale può avvenire tale partecipazione dei beneficiari delle prestazioni previdenziali, "sendo essa matéria que está em grande medida à disposição do Estado no âmbito da sua liberdade de conformação política e legislativa". Di per sé, la differenziazione degli importi segue un principio di progressività e, analogamente a quanto stabilito con riferimento alla costituzionalità dell'art. 27 della legge di bilancio, non può dirsi di per sé contraria al principio di uguaglianza proporzionale nella ripartizione degli oneri pubblici in quanto rientrante "dentro dos limites do sacrifício exigível". Per altro verso, il trattamento differenziato si giustifica anche sulla base della natura transitoria ed eccezionale della misura "tendo por finalidade a satisfação das metas do défice público exigidas pelo Programa de Assistência Económica e Financeira".

Allo stesso modo, con riguardo al principio di proporzionalità in senso stretto di cui all'art. 2 Cost., il contributo di solidarietà è idoneo a raggiungere lo scopo perseguito, è altresì necessario perché non esistono misure alternative coerenti con il sistema in grado di sacrificare in misura meno rilevante le prestazioni previdenziali e, infine, il contributo non è eccessivo o sproporzionato, tenuto conto della sua natura transitoria ed eccezionale e per lo sforzo del legislatore di graduarne l'applicazione in base al principio di progressività, ossia stabilendo un'esenzione per le pensioni inferiori ai 1.350 euro e un'aliquota variabile tra il 3,5 e il 10% con punte del 15 e del 40% sulle pensioni più elevate.

Analogamente, non si può sostenere che la misura sia affetta da vizi con riferimento al principio di tutela dell'affidamento, atteso che un contributo analogo era stato previsto già con le leggi di bilancio precedenti ed era stato giudicato come rientrante nei limiti della tollerabilità nell'arresto del 2011, ma anche in ragione del fatto che sussistono "relevantes razões de interesse público que justificam, em ponderação, uma excecional e transitória descontinuidade do comportamento estadual".

Tali ragioni non sono invece apparse più sufficienti nel successivo giudizio (*Acórdão* del 19 dicembre 2013, n. 862) concernente la legittimità costituzionale del taglio del 10% alle pensioni superiori ai 600 euro mensili, nell'ambito del quale il Tribunale ha riconosciuto la lesio-

ne del principio di tutela dell'affidamento dei pensionati, dal momento che esso, per la sua "aplicação abrupta, repentina e de forma inesperada, ultrapassa a medida de sacrifício que o valor jurídico da confiança jurídica pode tolerar". Allo stesso modo, il contributo di solidarietà è stato infine dichiarato costituzionalmente illegittimo con l'*Acórdão* del 14 agosto 2014, n. 575 per violazione del principio di tutela dell'affidamento dei pensionati.

Per quanto concerne le *modifiche al Codice delle imposte sulle persone fisiche* (art. 186) che hanno ridotto da otto a cinque gli scaglioni di reddito, così aumentando la pressione fiscale su una certa fascia di redditi, il Tribunale ritiene che non sia stato violato il principio di progressività di cui all'art. 104, comma 1, Cost., inteso come

virtualidade intrínseca de contribuir para uma diminuição da desigualdade de rendimentos, [dal momento che] *o sistema continua a revelar suficiente sensibilidade à diferença de níveis de rendimento para se poder concluir que a fração livre de imposto é proporcionalmente mais elevada para os rendimentos mais baixos, com um assinalável grau de progressão. [Infatti,] o rendimento coletável continua a ser distinguido através da sua distribuição por um número considerável de escalões (cinco), suficientemente diferenciador de vários níveis de rendimento, aos quais são aplicáveis taxas progressivas, ou seja, crescentemente mais elevadas à medida que aumenta a matéria coletável.*

Sebbene le modifiche determinino una certa diminuzione del grado di progressività, esse non sono di per sé incostituzionali. In particolare, il numero di scaglioni, l'esistenza di aliquote differenziate e progressive per le varie fasce di reddito e l'esistenza di due aliquote per ciascuna fascia (a eccezione della prima) non consentono di trarre la conclusione per la quale il principio costituzionale sarebbe stato violato.

Allo stesso modo, la riduzione o l'eliminazione di alcune detrazioni fiscali non violano il principio della capacità contributiva e il principio ricavabile dall'art. 104, comma 1, Cost. secondo il quale il sistema fiscale deve organizzarsi tenendo conto dei bisogni delle famiglie, dal momento che "resulta, em certa medida, da necessidade de adaptação à nova estrutura de escalões", anche se la forte limitazione delle detrazioni per i redditi compresi tra i 40.000 e gli 80.000 euro e la totale eliminazione delle detrazioni per i redditi sopra gli 80.000 euro pongono in effetti qualche problema di compatibilità con la Costituzione. Il giudice costituzionale evita, tuttavia, di arrivare a sostituirsi al legislatore dichiarando l'incostituzionalità della disposizione oggetto, ritenendo che

o princípio da capacidade contributiva surge como um critério ordenador do sistema fiscal, que não fornece uma resposta precisa sobre quantum das deduções e os seus limites.

Infine, per quanto riguarda la *tassa aggiuntiva del 3,5% sui redditi delle persone fisiche* prevista dall'art. 187 della legge di bilancio, essa non viola il principio di unità del reddito di cui all'art. 104, comma 1, Cost., considerato che esso

visou, em primeira linha, contrariar, ganha consistência a ideia de que é sobretudo a fragmentação de rendimentos pessoais, de acordo com as suas distintas fontes, e não tanto, como resulta da sobretaxa, a sobreposição de uma taxa suplementar às taxas já incidentes sobre um valor global de todo o rendimento pessoal, compreensivamente calculado.

Né risulta violato il già menzionato principio di progressività della tassazione, essendo prevista un'esonazione per i redditi che non eccedono la soglia del salario minimo e mantenendo il sistema di imposizione fiscale sulle persone fisiche, nel suo complesso, un sufficiente indice di progressività.

Un'ultima questione affrontata dal Collegio riguardava, invece, l'asserita violazione dei principi di uguaglianza proporzionale e giustizia fiscale nella previsione di una tassazione dei redditi da lavoro e pensioni in grado di superare il 50% e di una tassazione dei redditi da capitale cui si applica un'aliquota forfettaria del 28%. Il Collegio ritiene si tratti di una "uma comparação inviável", atteso che le aliquote si riferiscono a imposte di diversa natura e operatività, per le quali è logicamente impossibile trovare la misura della differenza.

Nel complesso, le sentenze del *Tribunal Constitucional* sulla legislazione di contrasto alla crisi economico-finanziaria hanno suscitato un profondo interesse scientifico ben oltre i confini portoghesi.

Nella relazione del giudice Cartabia esse sono state appositamente richiamate quale esempio tipico di giurisprudenza attraverso la quale le corti costituzionali "intendono farsi garanti assolute di determinati principi, mantenendo un atteggiamento di estraneità rispetto alle ricadute economiche delle proprie decisioni". Ed è questa, del resto, l'immagine più frequente che si riscontra nelle svariate narrazioni comparatistiche. In realtà, nell'affrontare le diverse questioni di legittimità costituzionale e nel ponderare gli effetti dell'annullamento di determinate disposizioni, la giurisprudenza presa in esame offre al giurista europeo un quadro assai più sfumato (Coutinho 2016) e "ondivago" per usare le parole del giudice Sciarra, anche se non meno problematico sotto il profilo della certezza del diritto (de Almeida Ribeiro 2013).

Da un lato, si osserva l'estrema analiticità con la quale il Tribunale si è diffuso a scandagliare le singole misure, ripercorrendone spesso l'origine e gli sviluppi legislativi ed esaminandone l'efficacia economica sino al punto, in qualche caso, di sostituirsi integralmente al legislatore nell'o-

perazione di bilanciamento tra l'interesse costituzionale al riequilibrio delle finanze pubbliche e la garanzia del principio di uguaglianza. Tale atteggiamento di stampo *counter-majoritarian* ripropone la questione sollevata dal professor Ferrante circa gli strumenti messi a disposizione delle corti costituzionali per verificare con accuratezza gli impatti fiscali ed economici delle manovre finanziarie. Al proposito, v'è da osservare che in Portogallo, anche in assenza di un'Avvocatura dello Stato capace di giustificare le misure adottate dal Governo nell'interesse dello Stato ordinamento e non solo dello Stato apparato, le relazioni allegate alla legge di bilancio sono sufficientemente analitiche e circostanziate da offrire un supporto adeguato all'istruttoria.

D'altro canto, il giudice costituzionale lusitano smorza l'impatto delle proprie decisioni, per un verso modulandone gli effetti nel tempo e, per un altro, riconoscendo in diverse circostanze l'eccezionalità del contesto economico di crisi e il conseguente ampio margine di discrezionalità del legislatore nella conformazione dei diritti sociali fintantoché ne sia preservato il nucleo essenziale. In continuità con la propria consolidata giurisprudenza, esso si limita quindi a utilizzare il *passepertout* della proporzionalità in luogo dell'affermazione di uno *status* forte dei diritti di prestazione, ossia preferisce riferirsi a principi trasversali dell'ordinamento democratico per scrutinare le disposizioni oggetto, anziché offrire una tutela diretta dei diritti soggettivi evocati dai ricorrenti (Pampalone 2014).

Chi sottolinea, poi, che le radici dei dispositivi di fondatezza del Tribunale siano da rintracciare anche nell'assenza di un vincolo costituzionale all'equilibrio di bilancio nella Costituzione portoghese (Fasone 2014) sembra dare eccessivo peso a un elemento formale forse assai meno dirimente. Infatti, un sostanziale vincolo al riequilibrio della finanza pubblica è assunto dal Tribunale quale interesse pubblico meritevole di tutela a prescindere da una sua esplicita iscrizione nel testo costituzionale (Canotilho, Violante, Lanceiro 2015). Specularmente, in Italia, dove pure il vincolo è stato costituzionalizzato già nel 2012, si ricordano sentenze nelle quali l'equilibrio non è, invece, adeguatamente considerato nelle proprie operazioni di bilanciamento dalla Corte.

In particolare, sin dall'arresto n. 353/2012 e prima ancora nell'arresto n. 396/2011, il Tribunale costituzionale portoghese ha tentato, poi, di armonizzare l'interesse pubblico all'equità intergenerazionale con i vincoli di cui al *Pacto de Estabilidade e Crescimento* e ai diversi *memorandos* adottati dalle istituzioni sovranazionali, che trovano a loro volta fondamento nei Trattati europei o internazionali, "os quais são reconhecidos pela Constituição, desde logo no artigo 8.º, n.º 2". Il controllo circa una presunta antinomia tra prescrizioni sovranazionali e norme costituzionali interne è stato dunque superato, almeno fino a tempi re-

centissimi, attraverso una ricostruzione in chiave esclusivamente domestico-costituzionale del bilanciamento tra equilibrio finanziario dello Stato e garanzia dei diritti fondamentali (cfr. Butturini 2013; Pampalona 2014; Coutinho 2016).

2.1. La debolezza dei *principios rectores* nella giurisprudenza spagnola. Il caso del diritto alla salute

Nella relazione del giudice Sciarra la giurisprudenza spagnola è menzionata in netta opposizione a quella portoghese. Il *Tribunal Constitucional* spagnolo è, infatti, noto per la sua deferenza nei confronti delle scelte operate dal legislatore, in particolar modo in tema di garanzia dei diritti sociali (Fasone 2014).

Paradigmatica di tale giurisprudenza improntata al *self-restraint* è la recente *Sentencia* del 21 luglio 2016, n. 139, con la quale il Tribunale costituzionale, a maggioranza, ha respinto il ricorso proposto in via principale dal Parlamento della Comunità autonoma della Navarra avverso le disposizioni del regio decreto-legge 20 aprile 2012, n. 16, con il quale il Governo spagnolo ha introdotto modifiche radicali al *Sistema Nacional de Salud*, alterandone l'originaria impostazione universalistica e favorendo il passaggio a un sistema di tipo assicurativo.

In particolare, assume uno specifico rilievo l'invocazione da parte dei ricorrenti dell'art. 43 Cost. spagnola prima come limite materiale al potere di decretazione d'urgenza di cui all'art. 86, comma 1, Cost. spagnola, in virtù del quale tale materia avrebbe dovuto essere disciplinata soltanto dalla legge parlamentare e, in secondo luogo, come violazione sostanziale del diritto individuale alla salute, declinato quale garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie nell'ambito di un regime universalistico.

In prima battuta, il Tribunale risolve la questione dei limiti alla decretazione d'urgenza, statuendo che

El art. 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud cuya organización y tutela se encomienda a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, atribuyéndose al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2). El precepto constitucional se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutaban de las garantías previstas en el art. 53.3 CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, estatales y autonómicos. Asimismo, sólo se pueden alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los desarrollen. Atendiendo, por tanto, a su ubicación sistemática, el art. 43 CE se configura como un *principio rector*, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia. Debe partirse de que el

art. 43 CE no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE.

In altre parole, il diritto alla salute è inquadrato tra i diritti del Capo III, Titolo I della Costituzione spagnola che godono della garanzia di cui all'art. 53, comma 3, Cost., secondo il quale essi "ispireranno il diritto positivo, la prassi giudiziaria e l'azione dei poteri pubblici". A differenza dei diritti del Capo I – diritti di libertà – non sussiste quindi in tal caso una riserva di legge parlamentare alla conformazione del diritto alla salute, ma potrà eventualmente essere limitato anche da decreti-legge del Governo. Per il resto, tale diritto, ai sensi della medesima disposizione costituzionale, può essere difeso davanti alla giurisdizione ordinaria soltanto "in conformità alle leggi che lo regolano", ragione per la quale il diritto alla salute non ha un contenuto essenziale, ma può essere liberamente modellato dal legislatore.

Tanto premesso, il giudice costituzionale non può poi che raggiungere le medesime conclusioni con riferimento alla questione della violazione del diritto in questione. Infatti, pur negando che il diritto alla salute sia soltanto una norma programmatica e affermando che, al contrario, esso deve essere considerato "como un principio rector constitucional dirigiendo a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos", il Tribunale costituzionale ricorda come il fatto

que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud, *no significa que estas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios*. Será la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales.

La pretesa di universalità, intesa come diritto individuale di accesso al servizio sanitario, accolta dall'art. 43 Cost. spagnola, non può quindi essere confusa con l'asserita gratuità delle prestazioni sanitarie. Per assicurare la sostenibilità del sistema sanitario le autorità pubbliche sono, infatti, autorizzate ad adottare misure che ne razionalizzino la spesa. Ciò vale, infine, anche con riguardo all'accesso alle cure degli stranieri non regolarmente soggiornanti, per i quali il regio decreto-legge ha previsto, "en un momento de intensas complicaciones económicas", che il diritto all'assistenza sanitaria gratuita sia limitato alla maternità e alle sole cure urgenti e indifferibili.

Come ricordato dal giudice Sciarra, tali argomentazioni sono state oggetto di due opinioni dissenzienti (*votos particulares*) dei giudici Valdés

Dal-Ré e Xiol Rìos. In particolare, val la pena ricordare alcuni passaggi dell'opinione del primo giudice, il quale stigmatizza l'operato della maggioranza, dal momento che

la Sentencia se instala en la preocupante senda abierta por este Tribunal en fechas recientes, preferentemente aplicable en relación con derechos sociales, consistente en reinterpretar una anterior doctrina de manera silenciosa, entendida la expresión en un doble sentido: sin anunciar el cambio y sin aprestar los motivos justificativos del propio cambio.

In particolare, secondo Valdés Dal-Ré, la maggioranza del Collegio avrebbe avallato un'interpretazione regressiva con riferimento all'esclusione dei *principios rectores* dalla clausola dell'art. 53, comma 3, Cost., causando così una netta frattura, di stampo vagamente ottocentesco, tra diritti di libertà e diritti sociali, che contraddice l'attuale approccio europeo e internazionale, fondato, invece, sull'indivisibilità dei diritti fondamentali (Cocchi 2016). A tal riguardo, il giudice spagnolo ritiene, comunque, che la *reformatio in peius* delle prestazioni inerenti i diritti sociali, per quanto di per sé legittima, debba essere sempre oggetto di uno scrutinio di proporzionalità.

In conclusione, la sentenza in parola è senz'altro indicativa di una ormai consolidata giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo. Dal 2010 in avanti sono state molto limitate le pronunce con le quali il giudice costituzionale è entrato nel merito di censure aventi a oggetto la legislazione anti-crisi e come parametro i diritti sociali. La *Sentencia* n. 139 del 2016 non ha rappresentato per il *Tribunal* un'occasione propizia per rivalutare la componente positiva del diritto alla salute di cui all'art. 43 Cost. spagnola. Al contrario, è prevalso un atteggiamento di sfiducia nei confronti dei *principios rectores* che, quantunque fieramente contrastato da una minoranza di membri del Collegio, suggerisce l'esistenza di un consenso di massima tra giudici costituzionali, in parte confermato anche dalle predette sentenze portoghesi, sulla natura più facilmente reversibile delle prestazioni inerenti i diritti sociali in contesti di emergenza finanziaria.

2.2. Responsabilità parlamentare di bilancio e tutela dell'affidamento nella giurisprudenza tedesca

Anche la giurisprudenza tedesca è stata oggetto di specifica attenzione da parte dei relatori, dapprima con riferimento al tema della responsabilità parlamentare di bilancio in presenza di vincoli sovranazionali, brevemente evocata nella relazione del giudice Sciarra e poi, con riguardo al principio della tutela dell'affidamento degli investimenti privati, oggetto di discussione in chiave comparatistica da parte del giudice de Pretis e del professor Travi.

Per quanto attiene alla prima ordinanza del *Bundesverfassungsgericht* (*Urteil* del 12 settembre 2012)², si tratta di una decisione emessa in sede cautelare, che originava dai ricorsi diretti (*Verfassungsbeschwerden*) di alcuni cittadini e da un conflitto inter-organico (*Organstreitverfahren*) di un gruppo parlamentare, volti a provocare la sospensione della fase integrativa dell'efficacia della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato che istituiva il Meccanismo Europeo di Stabilità (cd. MES), oltreché del Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nell'Unione economica e monetaria (cd. Fiscal Compact). I ricorrenti censuravano, in particolare, quelle disposizioni che, a loro dire, avrebbero determinato un trasferimento di compiti e poteri essenziali al MES non compatibile con i principi strutturali della Legge Fondamentale, atteso che la Camera bassa del Parlamento federale tedesco, il *Bundestag*, si sarebbe privato della propria autonomia di bilancio.

Pur non ritenendo di per sé lesa l'autonomia di bilancio del Parlamento tedesco e dichiarando quindi per gran parte infondate le allegazioni dei ricorrenti, il Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale ha, nondimeno, cercato di contemperare l'esigenza di garantire assistenza finanziaria agli Stati europei economicamente in difficoltà attraverso organi internazionali di natura inter-governamentale con i criteri derivanti dall'inalienabile responsabilità del Parlamento all'autonomia di bilancio, a sua volta ricavabile dal principio costituzionale di democrazia, che è parte dell'identità costituzionale tedesca (artt. 38, comma 1, 20, commi 1 e 2, e 79, commi 2 e 3, LF). Sulla scorta della propria pregressa giurisprudenza, il *Bundesverfassungsgericht* ha, innanzitutto, ricordato che

the relevant factor for adherence to the principles of democracy is whether the German Bundestag remains the place in which autonomous decisions on revenue and expenditure are made, including those with regard to international and European liabilities. [Altrimenti,] Parliament would find itself in the role of mere subsequent enforcement and could no longer exercise its overall budgetary responsibility as part of its right to decide on the budget. [Perciò,] *the German Bundestag may not deliver itself up to any mechanisms with financial effect which – whether by reason of their overall conception or by reason of an overall evaluation of the individual measures – may result in incalculable burdens with budget significance without prior mandatory consent*, whether these are expenses or losses of revenue.

A questo proposito, quindi, risulta essere precipuo compito del *Bundestag* assumersi la responsabilità per i rischi finanziari di deliberazioni che

² Traduzione ufficiale dal tedesco in inglese. BVerfG, Judgment of the Second Senate of 12 September 2012 - 2 BvR 1390/12, reperibile all'indirizzo: www.bverfg.de/e/rs20120912_2bvr139012en.html

incidano sul bilancio, senza poter delegare tali scelte a organi internazionali di natura inter-governamentale. Non possono, quindi, essere creati meccanismi che, in via automatica, comportino oneri finanziari ingenti per il bilancio federale senza un previo coinvolgimento del *Bundestag*. Allo stesso modo, il *Bundestag* non potrà autorizzare una volta per tutte l'adesione della Federazione a meccanismi permanenti di diritto internazionale, se il loro funzionamento dovesse essere idoneo a provocare conseguenze difficilmente calcolabili per il bilancio federale. Al contrario, il *Bundestag* dovrà sempre essere chiamato a votare su ciascuna misura federale di aiuto che abbia un effetto di maggiore spesa per il bilancio pubblico.

Per svolgere questo compito, tuttavia, il Parlamento dovrà ottenere

sufficient information concerning the decisions with budgetary implications for which is accountable, [trattandosi di una] necessary precondition of an effective preparation of Parliament's decisions and of the exercise of its monitoring function. This principle not only applies in national budget law, but also in matters concerning the European Union.

In conclusione, se è vero che, con la ratifica del trattato istitutivo del cd. MES, la Camera bassa del Parlamento federale tedesco

does not transfer any budgetary authorisations to other actors [e che, quindi,] there is no danger that the Federal Republic of Germany will, without the prior mandatory consent of the German Bundestag, be placed at the mercy of a mechanism with financial effect which is capable of resulting in complex burdens with budgetary significance or in unavoidably accepting liability for decisions of other states, [tuttavia, è altrettanto vero che sino ad allora] certain interpretations of the provisions of the Treaty establishing the European Stability Mechanism might violate the Bundestag's overall budgetary responsibility. This must be effectively precluded by declarations under international law made upon ratification of the Treaty.

Pertanto, il Tribunale ha ritenuto che, pur non rendendosi necessario un provvedimento cautelare prima di discutere la causa nel merito, in attesa di addivenire alla promulgazione delle leggi oggetto di ricorso, sussistesse il rischio della violazione dell'*autonomia parlamentare di bilancio* da parte di due disposizioni del Trattato istitutivo del Meccanismo Europeo di Stabilità. Sicché, il Governo federale tedesco avrebbe dovuto, in sede di deposito dello strumento di ratifica, apporre due riserve o, meglio, due dichiarazioni interpretative al Trattato. Con la prima, esso avrebbe dovuto chiarire che la Germania si sarebbe ritenuta vincolata al MES in misura non superiore alla cifra del capitale sottoscritto (ossia poco più di 190 miliardi di euro), a sua volta superabile soltanto con voto espres-

so del *Bundestag*. Con la seconda riserva, il Governo avrebbe, invece, dovuto chiarire che le clausole sull'inviolabilità dei documenti e sul segreto professionale imposto ai membri degli organi direttivi del MES non avrebbero potuto trovare applicazione nei confronti del *Bundestag*, organo che, al contrario, avrebbe sempre dovuto essere preventivamente informato in ordine alle decisioni del MES.

La decisione si inserisce in un filone molto ampio e complesso della giurisprudenza tedesca sulla governance economica europea ed è particolarmente significativa perché reca un'interpretazione conforme a Costituzione di alcune disposizioni di diritto internazionale pattizio di per sé idonee a limitare l'autonomia di bilancio del Parlamento tedesco. Gli eventuali aumenti di spesa nell'ordinamento tedesco non possono, quindi, essere giustificati soltanto in base all'esistenza di vincoli sovranazionali, ma debbono necessariamente configurarsi come scelte di responsabilità nazionale, in quanto tali dotate di maggiore legittimità democratica. Echi di una tale giurisprudenza possono forse essere letti anche nel contesto italiano, nel quale la Corte costituzionale ha affermato che "il bilancio è un bene pubblico" (sentenze n. 184 del 2016 e n. 247 del 2017), nel senso che è uno strumento funzionale a sintetizzare le scelte politiche in ordine all'acquisizione delle entrate e alla definizione delle uscite e come tale rientra tra gli oneri inderogabili di chi amministra una determinata collettività specificare procedure e progetti attraverso i quali vengono allocate le risorse.

Senonché, la marcata insistenza sulla sovranità del *Bundestag* può essere letta come un esempio di malcelato nazionalismo giuridico, ma anche come il tentativo di sopperire al deficit democratico di un veicolo finanziario non disciplinato direttamente dal diritto UE e come tale sottratto alle istruzioni della Commissione europea e al controllo del Parlamento europeo (Ridola 2012; Wendel 2013). Tuttavia, anche qualora il MES dovesse prima o poi trovare ancoraggio nel diritto UE, la responsabilità del Parlamento nazionale per la politica di bilancio non verrebbe affatto meno, ma anzi, come confermato nella successiva sentenza di merito del 18 marzo 2014, il *Bundestag* rimarrebbe "the place in which autonomous decisions on revenue and expenditures are made, including those with regard to international and European liabilities", non potendo esso altrimenti esprimere un veto su scelte potenzialmente pregiudizievoli per il bilancio federale.

Di diverso tenore è, invece, l'altra pronuncia (*Urteil* del 6 dicembre 2016)³, con la quale il Primo Senato del Tribunale costituzionale federa-

³ Traduzione ufficiale dal tedesco in inglese. BVerfG, Judgment of the First Senate of 06 December 2016 - 1 BvR 2821/11, recuperabile all'indirizzo: www.bverfg.de/e/rs20161206_1bvr282111en.html

le ha dichiarato parzialmente fondati i ricorsi diretti (*Verfassungsbeschwerden*) proposti da tre delle quattro società produttrici di energia elettrica da fonte nucleare in Germania. Tali società deducevano la lesione del loro diritto costituzionale alla proprietà garantito dall'art. 14 della Legge Fondamentale a seguito dell'entrata in vigore della legge federale del 31 luglio 2011 (cd. *13. AtGÄndG*), la quale, sull'onda della cd. tragedia di Fukushima, aveva disposto la revoca immediata della licenza per otto reattori nucleari e aveva ridotto il periodo di attività di altri otto.

Secondo il Tribunale costituzionale, le disposizioni impugnate non possono, innanzitutto, qualificarsi come atti recanti un'espropriazione ai sensi dell'art. 14, comma 3, LF, dal momento che tale attività presuppone "a change in the assignment of ownership and always also a process for the acquisition of goods", mentre, nel caso di specie, le limitazioni patite dalle società ricorrenti con riguardo al potere di utilizzare e disporre (in tedesco *Nutzungs und Verfügungsbefugnis*) degli impianti per la produzione di energia "qualify as determinations of content and limits within the meaning of Art. 14 sec. 1 sentence 2 GG", come tali soggette al controllo di proporzionalità. In altre parole, pur essendo riconosciuto un ampio margine di discrezionalità nella regolamentazione di una tecnologia ad alto rischio, è compito del legislatore disciplinare le restrizioni, bilanciando in maniera adeguata diritto di proprietà e interesse pubblico.

A tal proposito, il Tribunale ritiene che la legge federale sia essenzialmente conforme alla Legge Fondamentale, ma che il diritto di proprietà delle società energetiche di cui all'art. 14, comma 1, secondo periodo LF sia stato violato nella misura in cui essa impedisce

[da un lato,] that the the volumes of electricity allocated to the nuclear power plants under Appendix 3 column 2 of the Atomic Energy Act can be used up completely or almost completely [e, dall'altro,] does not provide for appropriate settlement.

L'utilizzo e il trasferimento dei volumi energetici residui fino allo spegnimento definitivo di ciascuna centrale era stato concepito dal legislatore del 2002 come misura compensativa del cd. *phase-out* dal nucleare, deciso due anni prima dalla maggioranza governativa di comune accordo con le società energetiche. Nel 2010 tali volumi erano stati ulteriormente aumentati stante la scelta del legislatore di estendere il ciclo di attività dei reattori. Con la revisione di tale impegno e la nuova accelerazione dell'uscita dal nucleare, la legge federale del 2011 ha avuto l'effetto di ostacolare due delle società ricorrenti, Vattenfall e RWE, "from using up substantial parts of the residual electricity volumes of 2002 within their corporations", mentre E.ON e EnBW hanno avuto "more electricity produc-

tion capacity than they need in order to use up their residual electricity volumes from 2002”.

Al riguardo, la limitazione del diritto di proprietà è stata così ritenuta sproporzionata rispetto ai pur rilevanti motivi di interesse pubblico “in light of the legal background of the residual electricity volumes allocated in 2002 and the unequal treatment in comparison to competing enterprises”. Infatti, nell’impedire la produzione dei volumi energetici residui, oggetto del precedente accordo tra il governo e le società, la legge federale ha frustrato e quindi leso il *legittimo affidamento* (in tedesco *Vertrauensschutz*) di queste ultime per aver esse confidato nella stabilità del quadro normativo, basato fino ad allora su una “temporally unlimited and generally undiminished possibility of using the residual electricity volumes from 2002”. L’art. 14, comma 1, secondo periodo LF tutela, infatti, anche le aspettative degli operatori economici che il quadro normativo su cui si fonda il diritto di investire e utilizzare beni di proprietà non muti con il passare del tempo. A tale riguardo, allora, il legislatore “must provide adequate compensation, a prolongation of operational lifetimes, or some other form of settlement that also appears adequate, from the viewpoint of proportionality, as compensation also for frustrated investments”.

In secondo luogo, la lesione del principio di tutela dell’affidamento si è prodotta anche laddove la legge federale del 2011 non ha previsto “any transitional periods, compensation clauses or other settlement provisions for cases in which investments in nuclear power plants were devalued through the revocation of the additional electricity output allowances allocated in 2010”. Un’adeguata forma di *compensazione* (in tedesco *angemessene Entschädigung*) avrebbe quindi dovuto essere prevista per gli investimenti eventualmente programmati dalle società nel periodo intercorso tra l’ottobre 2010, mese in cui la vita operativa delle centrali era stata nuovamente estesa e il marzo 2011, mese di adozione della moratoria sull’estensione del ciclo operativo delle centrali.

Non tocca, però, al Tribunale costituzionale federale fissare misura e limiti della compensazione, bensì al contrario

[rientra a pieno titolo] within the legislature’s decision-making discretion to define the further details of the requirements and the scope of such an entitlement to compensation. [Tra le diverse soluzioni, ricorda il] Bundesverfassungsgericht, [vi è anche la possibilità] of granting individual prolongations of operational lifetimes as compensation for frustrated investments. [Tuttavia, se una tale soluzione non dovesse essere soddisfacente] in light of the paramount importance the legislature attached to the acceleration objective, it was nevertheless not allowed to refrain from providing at least an entitlement to adequate compensation for frustrated investments.

Al legislatore federale è stato concesso tempo fino al 30 giugno 2018 per modificare la legge in parola. Sino ad allora, la disposizione di cui è stata pronunciata l'incostituzionalità continuerà a poter essere applicata, atteso che, in caso contrario, ciò avrebbe determinato "a legal situation that would be even less consistent with the situation that the legislature intended, which as such is compatible with the Constitution, than would a time-limited continuation of the legal situation that is found to be unconstitutional". In tal modo, il Tribunale circoscrive gli effetti della propria pronuncia, dal momento che le disposizioni legislative impugnate restano in vigore fino all'adozione della novella a tutela della scelta di sistema operata dal legislatore, che altrimenti ne sarebbe gravemente menomata.

La sentenza, pur spianando la strada alla definitiva uscita dal nucleare, così come programmata dal Governo federale nel 2011, ha riconosciuto il diritto delle *utilities* operanti in Germania a una restrizione non irragionevole del loro potere di utilizzare e disporre di beni di proprietà. Il diritto di proprietà deve, invece, ritenersi leso qualora la legge limiti il legittimo affidamento da esse riposto nella stabilità del quadro giuridico senza adeguate forme di compensazione. Tale compensazione, che può estrinsecarsi anche nelle forme di un indennizzo, è, infatti, costituzionalmente necessitata anche in casi diversi dall'esproprio e rientranti nelle limitazioni generali al diritto di proprietà di cui all'art. 14, comma 2, LF, ossia laddove si presentino casi nei quali l'unico modo per evitare sacrifici sproporzionati e salvaguardare il legittimo affidamento consiste proprio nell'assicurare un'adeguata forma di compensazione degli investimenti non ammortizzati.

3. Brevi conclusioni: il ruolo dei principi e la discrezionalità del legislatore

Pur trattandosi di pronunce molto eterogenee quanto all'ordinamento di provenienza, agli strumenti processuali adoperati dagli organi di giustizia costituzionale e all'oggetto delle questioni di legittimità, non è possibile non svolgere qualche breve riflessione conclusiva sugli aspetti che le accomunano. Ad avviso di chi scrive, esse rispecchiano, infatti, un approccio in certa misura analogo al tema della discrezionalità del legislatore nei periodi di emergenza, all'uso del canone della proporzionalità per sindacare asserite lesioni di taluni diritti fondamentali e, conseguentemente, alla tecnica del bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti tra loro contrapposti.

Innanzitutto, gli organi di giustizia costituzionale considerati tendono a ricondurre alla cd. discrezionalità del legislatore quelle scelte di conformazione dei diritti – non solo sociali come si potrebbe pensare, ma

anche di libertà – operate in sede di formazione del bilancio o, comunque, giustificate dalla necessità e urgenza politica di approvare riforme strutturali o di sistema (in materia sanitaria, così come energetica), con il solo limite della proporzionalità e della tutela dell'affidamento. Mentre nel caso portoghese la disciplina legislativa è dichiarata costituzionalmente illegittima stante il difetto di motivazione circa la necessità di imporre sacrifici su alcune categorie di lavoratori e non su altre, nel caso tedesco, invece, il libero apprezzamento del legislatore in merito alla revoca della licenza alle società produttrici di energia elettrica da fonte nucleare è preservato integralmente, nel senso dell'insussistenza di un onere di motivazione (*Sachaufklärungspflicht*) ricavabile dalla Legge Fondamentale circa la necessità di un *phase-out* immediato.

Infine, la discrezionalità del legislatore è ulteriormente salvaguardata dalle corti attraverso il ricorso alla modulazione degli effetti delle sentenze di accoglimento. In particolare, nel caso portoghese, la non retroattività delle pronunce ha evitato al legislatore di dover varare un assetto al bilancio in condizioni economico-finanziarie alquanto precarie, mentre, nel caso tedesco, il termine concesso al legislatore federale per modificare la disciplina dichiarata incostituzionale ha permesso di evitare che gli effetti di annullamento si producessero da subito, rischiando così di minare integralmente la *ratio* stessa della legge, ossia l'accelerazione dei tempi di spegnimento dei reattori.

Per il resto, preso atto della loro natura finanziariamente condizionata e del loro contenuto incerto, i giudici costituzionali ragionano in termini di generale reversibilità delle prestazioni socio-assistenziali e previdenziali, ma, come del resto anche per la restrizione dei diritti proprietari, applicano uno scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità capace di mitigare l'asprezza di quei trattamenti che comprimono eccessivamente il diritto di volta in volta evocato a parametro e di conservarne intatto il nucleo essenziale, i cui contorni restano tuttavia altamente sfumati, in particolar modo nel caso spagnolo. Del resto, è difficile riuscire a estrapolare da una tale giurisprudenza criteri prevedibili, non fosse altro perché lo scrutinio di proporzionalità consiste in un controllo che, di per sé, sfugge alla sistematizzazione, ossia “non somministra regole di risoluzione dei casi atte a stabilizzarsi in gerarchie di interessi e principi, ma pone regole di prevalenza basate sulle circostanze del caso e perciò mutevoli e intimamente precarie, rivedibili” (Scaccia 2017).

Da questa estrema mutevolezza dello scrutinio del giudice costituzionale deriva, quindi, una sostanziale minorità o debolezza dei diritti pubblici soggettivi, particolarmente evidente nell'ordinamento spagnolo dove i diritti sociali assumono il ruolo non di pretese giustiziabili, ma tutt'al più, di *principios rectores*, come tali assimilabili alla nozione di *Optimierungsgebote* coniata da Robert Alexy con riferimento ai diritti fondamen-

tali, i quali non hanno la struttura di regole, ma sono piuttosto principi da realizzarsi gradualmente nell'ambito di un ampio margine di discrezionalità del legislatore, il quale potrà bilanciarli secondo modalità diverse. Tale fenomeno non è poi così infrequente anche in Italia, dove la Corte costituzionale negli anni della crisi ha, in generale, mantenuto un atteggiamento di deferenza nei confronti della discrezionalità del legislatore, specialmente quando si è trattato di giudicare sul contenimento di talune prestazioni sociali (Massa 2017).

Nel sindacato delle Corti costituzionali sulla non arbitrarietà delle scelte legislative rientra, peraltro, anche il controllo sulla tutela delle legittime aspettative dei percettori di prestazioni previdenziali, da un lato, e degli investitori, dall'altro. A quest'ultimo proposito, non può non osservarsi un parallelo tra la giurisprudenza portoghese e quella tedesca, specialmente laddove le pronunce esaminate ritengono che i diritti patrimoniali relativi a rapporti di durata di alcune categorie di consociati siano lesi, laddove, pur sussistendo un chiaro interesse pubblico, non siano state previste misure in grado di mitigarne o compensarne la modifica in senso sfavorevole. A tale proposito, un particolare rilievo assume la dinamica temporale, atteso che il decorso del tempo e il consolidarsi di misure che incidono in senso sfavorevole sui rapporti di durata inizialmente concepite come transitorie pongono in capo al legislatore un sempre maggiore onere motivazionale.

Infine, dal punto di vista dei rapporti tra ordinamento domestico e sovranazionale, emerge un richiamo vagamente "identitario", che altrove si definirebbe di monismo nazionalista, presso tutte e tre le giurisdizioni. In Portogallo, il *Tribunal Constitucional* risolve le antinomie tra diritti sociali e riequilibrio finanziario alla luce dei soli parametri costituzionali senza interrogare la validità del diritto europeo o internazionale ovvero assumendo la disciplina legislativa derivante dall'attuazione di atti di diritto sovranazionale come puramente interna. In Spagna, le censure avanzate con riferimento agli obblighi internazionali in materia di diritto alla salute sono dichiarate infondate alla luce di interpretazioni conformi a Costituzione delle norme internazionali, mentre in Germania i vincoli sovranazionali sono oggetto di "controlimiti" che affondano la propria ragion d'essere nell'identità costituzionale tedesca.

Riferimenti bibliografici

BUTTURINI D. (2013), *Portogallo: le norme nazionali imposte dall'austerità europea di fronte al giudizio di costituzionalità*, in www.forumcostituzionale.it, 30 maggio 2013.

- CANOTILHO M., VIOLANTE T., LANCEIRO R. (2015), *Austerity Measures Under Judicial Scrutiny: the Portuguese Constitutional Case-Law*, in *European Constitutional Law Review*, XI, pp. 155-183.
- CANTÉRO MARTÍNEZ J. (2016), *La protección constitucional de la salud en España: un mero principio rector sin contenido "esencial"*, in www.diritticomparati.it, 17 ottobre 2016.
- COCCHI S. (2016), *Indietro tutta? Il diritto all'assistenza sanitaria in Spagna dopo la sent. n. 139/2016*, in www.forumcostituzionale.it, 25 maggio 2016.
- COUTINHO F.P. (2016), *Austerity on the Loose in Portugal: European Judicial Restraint in Times of Crisis*, in *Perspectives on Federalism*, 8, 3.
- DE ALMEIDA RIBEIRO G. (2013), *Judicial Activism Against Austerity in Portugal*, in www.iconnectblog.com, December 2013.
- FASONE C. (2014), *Constitutional Courts facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a comparative perspective*, in *EUI Working Papers*, 1.
- FEHLING M. e OVERKAMP P. (2017), *Entscheidungsbesprechung: Beschleunigter Atomausstieg nach Fukushima. BVerfG, Urteil v. 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12*, in www.zjs-online.com, 4.
- MASSA M. (2017), *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, 1.
- MONTEIRO FERNANDES A. (2013), *L'austerità e l'uguaglianza proporzionale. Una sentenza della Corte costituzionale portoghese*, in *Lavoro e diritto*, 3, pp. 339-355.
- PAMPALONE E. (2014), *C'è un giudice a Lisbona. Il Tribunal Constitucional di fronte alla crisi economica*, in www.federalismi.it, 25 giugno 2014.
- RIDOLA P. (2012), *"Karlsruhe locuta causa finita?" Il Bundesverfassungsgericht, il Fondo Salva-Stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in www.federalismi.it, 18.
- SCACCIA G. (2017), *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in www.rivistaaic.it, 3.
- SCHORKOPF F. (2012), *"Startet die Maschinen" – Das ESM-Urteil des BVerfG vom 12.9.2012*, in *NVwZ*, pp. 1273 ss.
- SOBRINO GUIJARRO I. (2017), *Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016*, in *Ius et Scientia*, 3.
- WENDEL M. (2013), *Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012*, in www.germanlawjournal.com, 14, 1.