

La Corte Edu e le leggi retroattive*

di Marco Bignami

assistente di studio presso la Corte costituzionale

SOMMARIO: 1. Introduzione. Alle origini del conflitto tra Corti - 2. L'asimmetria percettiva. Tra bilanciamenti e abusi processuali - 3. La retroattività nella materia penale - 4. La retroattività nella materia civile - 4.1. I parametri del giudizio - 4.2. Parti e tecniche decisorie - 4.3. I motivi imperativi di interesse generale e il bilanciamento - 5. Conclusioni. Superare la retroattività?

1. Introduzione. Alle origini del conflitto tra Corti

Non vi è forse frattura più profonda tra giurisprudenza europea e giurisprudenza costituzionale della faglia che separa le due Corti quando debbono decidere sulla conformità alle rispettive Carte di leggi retroattive. Su questo terreno, è forte l'impressione che il dialogo tra giudici (la formula magica alla quale si affida consuetamente la risoluzione dei conflitti, con l'illusione che la razionalità del discorso giuridico appanni la virulenta flessione del *logos* nelle società contemporanee) risuoni stentoreo, ma reciprocamente incomprensibile, posto che i supposti dialoganti vociferano ciascuno nel proprio linguaggio, in fiduciosa attesa che l'esperanto venga loro in soccorso.

Le oramai celebri vicende Agrati e Maggio, snodatesi a più riprese nelle aule delle due Corti, offrono una vivida rappresentazione dello stato delle cose, perché in entrambi i casi i protagonisti si esprimono a chiara voce, ma sono ben lontani non solo dall'intendersi, ma persino dal comunicare.

Con Agrati¹, la Corte Edu condanna una prima volta l'Italia per avere interferito legislativamente, con norma di interpretazione autentica, sull'esito di una controversia

* Il presente lavoro è destinato alla pubblicazione nel volume di C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli 2017.

¹ Sentenza 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia*.

giudiziale concernente le modalità di trasferimento e di inquadramento del personale ATA nei ruoli dell'amministrazione statale. Posta la questione di legittimità costituzionale della disposizione di interpretazione autentica, la nostra Corte la respinge², per mezzo di un'ampia motivazione incentrata sulla tecnica del bilanciamento, e volta a dimostrare la sussistenza degli imperativi motivi di interesse generale che, in base alla stessa giurisprudenza europea, permettono al legislatore di intervenire a processo in corso. Quando la palla torna a Strasburgo³, in analoga fattispecie, gli argomenti di *balancing* del giudice costituzionale, intessuti di rinvii ai precedenti europei e riccamente elaborati, sono liquidati con un paragrafo di quattro righe contate, con il quale ad essi neppure si risponde, perché alla Corte Edu interessa esclusivamente osservare che la legge di interpretazione autentica è sopraggiunta in ritardo rispetto al consolidamento di una giurisprudenza di legittimità favorevole ai ricorrenti, e di segno opposto. Ogni ulteriore argomento di riflessione offerto dal palazzo della Consulta (esigenza di armonizzare i trattamenti giuridici del personale; principio di parità di trattamento a parità di mansioni; finalità perequativa a fronte di regimi giuridici parcellizzati; salvaguardia parziale dei diritti quesiti), nella acquisita prospettiva del bilanciamento tra diritti e interessi costituzionali, è pressoché ignorato.

Con Maggio, il copione si ripete senza sorprese sceniche: la condanna europea per avere, con legge di interpretazione autentica, ridimensionato il trattamento previdenziale dei lavoratori operanti in Svizzera, che avessero trasferito i contributi in Italia, rispetto al livello garantito dalla consolidata giurisprudenza di legittimità formatasi in precedenza sul punto controverso⁴; la fiera opposizione della Corte costituzionale, originata dal bilanciamento

² Sentenza n. 311 del 2009, sulla quale M. Massa, *La "sostanza" della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4679; R. Conti, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?* in www.federalismi.it; O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10, comma 1, cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it; A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, [ivi](#); L. Salvato, *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'UE, disposizioni della CEDU: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corriere giuridico*, 2011, p. 333; L. Tria, *Il caso del personale ATA ovvero il ricorso alle Corti supreme europee tra plus e minus di tutela dei diritti fondamentali*, in www.europeanrights.eu.

³ Sentenza 25 marzo 2014, *Biasucci c. Italia*.

⁴ Sentenza 31 maggio 2011, *Maggio c. Italia*.

della posizione dei lavoratori svizzeri con gli «interessi antagonisti, di pari rango costituzionale» sollecitati dalla fattispecie (e non di poco conto: uguaglianza; solidarietà sociale; tenuta dei conti e quindi equilibrio dell'intero sistema di previdenza)⁵; la nuova, sbrigativa condanna a Strasburgo, completamente sorda alle obiezioni⁶.

«È interessante osservare che, sul piano teorico, le due Corti non muovono da presupposti granché divergenti»⁷: le leggi retroattive in materia civile sono, in linea di principio, tollerabili; esse non possono, tuttavia, cagionare interferenza con processi pendenti con l'effetto di orientarne l'esito; ma, comunque, resta salvo lo spazio discrezionale del legislatore di provvedere in presenza dei già evocati motivi imperativi di interesse generale. È quest'ultima clausola che verosimilmente ha reso la nostra Corte fiduciosa sulla possibilità di riconciliarsi con Strasburgo nelle vicende appena rammentate, benché già segnate da condanne in sede europea. Il giudice costituzionale vi ha probabilmente letto un rinvio alla tecnica decisoria che gli è ormai più familiare, e che del resto si è affinata parecchio grazie al successo conseguito in campo nazionale dal principio di proporzionalità, già opportunamente coltivato dalle Corti europee⁸. Sarebbe stato sufficiente sfoderare la preminenza degli interessi costituzionali oppositivi rispetto ai diritti *patrimoniali* delle persone coinvolte nelle controversie, sembra essersi supposto a Roma, e la Corte Edu non avrebbe potuto disinteressarsi, perlomeno, a tale nuovo profilo delle questioni, calibrato sull'imperio dell'interesse generale.

⁵ Sentenza n. 264 del 2012, su cui G. Amoroso, *Sui controlimiti alle norme della Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità (a prima lettura di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Foro.it*, 2013, p. 30; F. Bilancia, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4235; R. Caponi, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti*, *ivi*, p. 4232; C. Pinelli, *“Valutazione sistematica” versus “valutazione parcellizzata”: un paragone con la Corte di Strasburgo*, *ivi*, p. 4228; R. Romboli *Nota a Corte cost., sent. n. 264/2012*, in *Foro.it*, 2013, p. 22.

⁶ Sentenza 15 aprile 2014, *Stefanetti c. Italia*. A seguito di tale ultima decisione, la Corte costituzionale è stata indotta ad ammettere che, in casi peculiari, l'esito del bilanciamento possa rivelarsi inadeguato a tutelare il diritto del pensionato svizzero, pur rimettendo al legislatore la definizione del criterio per selezionare questi casi (sentenza n. 166 del 2017).

⁷ Grande Camera, sentenza 28 ottobre 1999, *Zielynsky, Pradal e Gonzales c. Francia*.

⁸ M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it; F. Trimarchi Banfi, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2016, pp. 361 ss.

A dirla con le parole della nostra Corte, insomma, sarebbe «la stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con il riferimento ai motivi imperativi d'interesse generale, ad evocare l'idea di un bilanciamento, che possa giustificare, in un disegno coerente che rafforzi ed armonizzi le tutele, una legislazione interpretativa» retroattiva⁹.

È andata invece in modo molto diverso. *Tot capita, tot sententiae*, allora? Non sembra questo il caso, perché ciò che maggiormente colpisce, è bene ribadirlo, è proprio la sostanziale eccentricità delle argomentazioni di *balancing* rispetto al filo motivazionale seguito a Strasburgo. Non è, insomma, che il giudice europeo diverga da quello costituzionale sull'apprezzamento del giusto punto di equilibrio raggiunto dal legislatore; vi è, piuttosto, che tutto il fiorito ragionamento sulla coesistenza di principi costituzionali antagonisti in una prospettiva «sistemica, e non isolata», nulla può quando il legislatore dirotta *imprevedibilmente* l'esito di un giudizio.

Un divieto rigido, quindi, temperato da eccezioni (i famosi motivi imperativi) che, come si cercherà di dimostrare in seguito, solo in apparenza porgono il capo al giudizio di bilanciamento, ma nella sostanza paiono esprimere tutt'altra funzione.

2. L'asimmetria percettiva. Tra bilanciamenti e abusi processuali

Interrogandosi sull'origine di un tale contrasto, è bene scoprire subito le carte. La tesi qui esposta (e di cui si cercheranno nei paragrafi seguenti conferme nella giurisprudenza europea) è che esso non abbia a che vedere con l'imprevedibile corso delle liti, ma rifletta a un livello più profondo l'alterità tra Corti originate da una matrice storica non comune. A propria volta, quest'ultima si riflette sul modo con cui, al di là di formule verbali a prima vista contigue, certi istituti cardine dell'ordinamento giuridico operano e si sviluppano. Se ciascuna delle Corti continua a ragionare seguendo gli schemi che le sono dolcemente suggeriti dalla propria tradizione, si genera una *asimmetria percettiva* che impedisce di comprendersi davvero¹⁰.

Poi, indubbiamente, è sotto gli occhi di tutti un graduale processo di avvicinamento, perché nessuna delle parti può permettersi di trascurare la posizione dell'altra. A Strasburgo è noto

⁹ Sentenza n. 127 del 2015.

¹⁰ P. Carnevale e G. Pistorio; *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in www.costituzionalismo.it.

che il giudice costituzionale si è riservato il potere di far valere la Carta contro le stesse interpretazioni della Cedu che con essa si rivelino inconciliabili. Ma la Corte costituzionale non può certamente aprire con disinvoltura un grave conflitto che coinvolgerebbe la responsabilità internazionale dello Stato, e nel frattempo sa che le decisioni di condanna subite dall'Italia andranno alla fine eseguite, con un costo che cresce al prolungarsi della dilazione. Nonostante ciò, e al di là degli aggiustamenti del tiro che di volta in volta saranno reputati tatticamente opportuni, fino a quando l'approccio metodologico alle questioni non si sarà sufficientemente ibridato così da rendere la Corte Edu più simile ai tribunali costituzionali nel dominio astratto di un sistema integrato di principi¹¹, e questi ultimi più vicini alla dimensione concreta della lite subito colta a Strasburgo¹², fino ad allora appunto le differenze continueranno a marcare il passo, e i conflitti ad alimentare le dispute giuridiche.

E siamo così arrivati alla retroattività, istituto nei confronti del quale l'asimmetria percettiva è particolarmente evidente. Per i giudici nazionali, la retroattività istituisce una relazione tra *fatto normativamente qualificato e disposizione normativa qualificante*, ed è questo il terreno su cui si svolge l'incontro: la «relazione tra due norme ricavate da disposizioni poste da leggi diacronicamente ordinate», sicché l'accadimento empirico gioca quale termine di una «relazione tra due entità normative»¹³.

La norma retroattiva esprime allora al massimo grado la centralità del legislatore ordinante, la cui signoria sul mondo si esercita persino attraverso il dominio del tempo. Nel rapporto biunivoco cui si è accennato, la testardaggine del fatto, la sua robustezza fenomenologica, il dato di esperienza soccombono, salvo che in materia penale e per scelta del Costituente, a

¹¹ È peraltro nota l'inclinazione progressiva della Corte Edu a proporsi fin d'ora nelle vesti di una Corte costituzionale europea, le cui pronunce piegano lo stesso diritto costituzionale nazionale. Si veda ad esempio l'opinione concordante dei giudici Pinto de Albuquerque e Dedov alla sentenza della Grande Camera 23 giugno 2016, *Baka c. Ungheria*, ove è stata ritenuta violare l'art. 6 Cedu una legge costituzionale che aveva deposto il presidente della Corte suprema (in particolare, punto 23 a proposito del ruolo di *Cour constitutionnelle européenne*).

¹² A. Guazzarotti, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della Cedu: rapida ma anche irresistibile?* In C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 15 ss.; C. Padula, *La Corte costituzionale ed i "controlimiti" alle sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co 1, Cost.*, in www.federalismi.it.

¹³ A. Pugiotto, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, *Quaderni costituzionali* 2/2017, Il Mulino, pp. 449-470 (relazione di base contenuta nel volume di C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive* cit.).

fronte della autonomia giuspositivista del diritto, insieme con la supposta capacità del legislatore di sciogliere e riannodare i fili. Non si è dubitato mai davvero di un simile assioma da parte dei più, nonostante la solidità delle ragioni che lo dovrebbero rendere sospetto persino sul piano intuitivo, e che sono state infine ben illustrate¹⁴. A una simile premessa sembra conseguire con naturalezza sul piano logico una forma di favore nei confronti delle leggi retroattive, perlomeno sul piano della corrispondenza astratta dell'intervento legislativo retroattivo alle prerogative del Parlamento, salvo poi valutare in concreto se esso abbia trasmodato in una forma di irragionevolezza, o di lesione dell'affidamento dei consociati, secondo la tecnica del bilanciamento.

Ed è infatti sempre con l'occhio rivolto al ruolo *del legislatore*, nel flusso di un discorso sulla distribuzione costituzionale del potere, che alligna il parto gemellare della retroattività: la norma di interpretazione autentica, sulla quale si esercita gran parte della casistica (di condanna) tratta dalla giurisprudenza europea.

Massima finzione giuridica, tanto comunemente tollerata quanto giustamente smascherata nelle viscere della sua radicale incostituzionalità¹⁵, l'interpretazione autentica dispiega un intervento retroattivo, simulando al contempo che esso non sia tale, perché la norma varrebbe a ristabilire definitivamente e univocamente quanto la disposizione già affermava¹⁶. Ma qui non conta questo aspetto.

Il punto che interessa è piuttosto la germinazione della nozione stessa di interpretazione autentica, e quindi dei criteri di valutazione circa la sua compatibilità o no con la Costituzione, dalla concezione che si abbia della funzione legislativa, nel suo rapporto con il potere giudiziario. È noto che un approccio "giacobino" al primato del legislatore indurrà a concludere che quest'ultimo ben disponga della potestà di interpretare sé stesso, nei casi

¹⁴ *Id.*, *Il principio cit.*, al quale si rinvia per ulteriore bibliografia sul tema della retroattività.

¹⁵ *Id.*, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Giuffrè, Milano, 2003, ove è esposta la tesi minoritaria, con cui concorda chi scrive, secondo cui le leggi di interpretazione autentica sono incostituzionali. Nel senso opposto si è pronunciata più volte la Corte costituzionale: ad es. sentenza n. 227 del 2014.

¹⁶ Si veda però G.U. Rescigno, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 1072, ove si osserva che «non esiste alcun impedimento di ordine logico e comunque nessun impedimento nel nostro ordinamento ad immaginare una legge di interpretazione autentica non retroattiva».

estremi persino in via esclusiva¹⁷, tagliando fuori il giudice dall'arbitrio di sovrapporre la propria volontà a quella della legge, ove la disposizione sfugga all'oliato controllo del sillogismo giudiziario. Al contrario, un pensiero "anglosassone" potrà giungere all'opposta asserzione che il compito di interpretare è interamente assorbito dalla funzione giurisdizionale, cui appartiene in modo consustanziale e altrettanto esclusivo, perché la legge non si pone al centro dell'ordinamento come forza irradiante, ma risulta storicamente e materialmente temperata dall'attività giurisdizionale¹⁸.

Nell'un caso come nell'altro si fa dunque questione di allocazione del potere tra gli organi dello Stato, ovvero di *forma di governo*, se non di forma di Stato.

Non credo sia un caso che la Corte Edu non conosca la figura delle leggi di interpretazione autentica, e riservi loro, quando frequentemente vi si imbatte nelle legislazioni nazionali, il medesimo trattamento che spetta alle disposizioni retroattive *tout court*¹⁹. Le vicende storiche che hanno condotto alla formazione e all'evoluzione dello Stato di diritto sono oramai lontane. Una teorica della retroattività autentica, per così dire, costruita sulla nozione, indotta da tali vicende, che si abbia del rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario nella edificazione della forma di governo è non senso, per i giudici europei. Se vi è arbitraria interferenza sul processo in corso da parte della legge, l'abuso processuale conduce dritto dritto alla violazione dell'art. 6 Cedu, e tanto basta.

Qui a sfarinarsi è proprio la dogmatica della retroattività quale ipostasi del legislatore sovrano e reggitore del tempo, cui si è accennato innanzi. In parte, perché alla Convenzione, che appartiene pur sempre al diritto internazionale pattizio²⁰, *nulla cale* di quale sia l'organo dello Stato dal quale proviene la lesione delle libertà: la responsabilità internazionale li pone tutti sul medesimo piano, maschere indistinte di una vicenda ove ad avere rilievo non è la distribuzione delle funzioni statali tra i protagonisti, ma il solo compimento della violazione, da qualunque di essi, e in qualunque forma (legislativa, esecutiva, giudiziaria) perpetrata. In

¹⁷ Sull'istituto del *référé législatif* nella Francia rivoluzionaria, che appunto riservava al legislatore la prerogativa di interpretare la legge oscura, P. Alvazzi Del Frate, *L'interpretazione autentica nel 18° secolo: divieto di interpretatio e riferimento al legislatore nell'illuminismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 153 ss.

¹⁸ A. Pugiotto, *La legge interpretativa* cit., pp. 93 ss.

¹⁹ M. Massa, *Le leggi retroattive sfavorevoli nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in U. Breccia e A. Pizzorusso (a cura di), *La responsabilità dello Stato*, 2006, Plus, Pisa, p. 133.

²⁰ Tratta questo profilo A. Guazzarotti, *La parabola* cit.

parte, perché il tracollo della legalità continentale nella sede di Strasburgo ha spogliato il legislatore dell'aura che gli spettava come un manto nello Stato di diritto²¹.

Con essa si eclissa, allora, non solo la specificità dell'interpretazione autentica, denudata nella piena retroattività che nella sostanza la connota, ma più in radice il metodo di favore adoperato dai giudici costituzionali per decidere sulla tollerabilità di interventi legislativi dichiaratamente retroattivi. Poco è lo spazio per un bilanciamento atto a nobilitare la retroattività attraverso la selezione degli interessi costituzionali che la renderebbero né irragionevole, né sproporzionata²². Il mutamento delle regole con le quali il giudice deve conformare il caso di specie a processo in corso resta un colpo di mano che, se imprevedibile, non trova più alcuna giustificazione nella forma legislativa con cui è portato a compimento, e dunque negli interessi generali e astratti che con tale forma sono di regola veicolati nell'ordinamento. Di abuso processuale continua a trattarsi in linea di principio, e sono perciò le caratteristiche, la gravità, se del caso le eccezionali ragioni giustificatrici di tale condotta che vengono in considerazione per decidere sulla violazione delle garanzie del giusto processo.

Con il che, il rapporto tra regola e eccezione tracciato dal giudice costituzionale (la legge retroattiva è ammessa, salvo che in materia penale; in casi peculiari, essa eccede i limiti della discrezionalità legislativa e diviene incostituzionale) è specularmente ribaltato nella sostanza: l'ingerenza nel processo causata dalla sovrapposizione di regole retroattive è preclusa dall'art. 6 Cedu; in casi eccezionali, però, essa non ha i caratteri dell'abuso che normalmente le sono propri, e può così divenire oggetto di tolleranza.

²¹ È un tema particolarmente noto al penalista, e oggetto di molta attenzione in tale settore dell'ordinamento. Ad. es. A. Bernardi, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni cost.* 2009, pp. 37 ss.; C. Cupelli, *La legalità delegata: crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Edizioni Scientifiche, Napoli, 2012, pp. 293 ss.; G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, pp. 79 ss.; *Id.* *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Per i sessant'anni della Corte costituzionale. Convegno scientifico 19-20 maggio 2016*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 358; C. F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)* in *Criminalia*, 2011, pp. 125 ss.; V. Manes, *Il giudice nel labirinto*, Dike, Roma, 2012, pp. 106 ss.; N. Zanon, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 315 ss.

²² Secondo uno schema di retrovalutazione legislativa: M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende di leggi di incentivazione economica (Parte Prima)*, in *Giur.it.*, 2007, p. 1825.

Si tratta dei ben noti motivi imperativi di interesse generale, i quali, però e come si vedrà a breve, non si collocano *al di fuori* dell'abuso, come interessi antagonisti che vengono a bilanciare il sacrificio imposto all'affidamento del privato attraverso la retroattività. Sono, piuttosto, elementi *propri della condotta apparentemente illecita*, che, per modalità, grado di incidenza e scopo, in certi casi del tutto particolari rendono quest'ultima compatibile con l'assetto del giusto processo, e in definitiva valgono a negare che quella condotta abbia davvero tratti abusivi.

La retroattività, quasi impercettibilmente, si sgancia dall'inquadramento dogmatico espresso dalla relazione dialettica tra fatto qualificato normativamente e disposizione legislativa, e si consegna ad un nuovo rapporto, quello tra *fatto nudo e crudo e decisione giudiziaria*. La sopravvenienza di norme che alterano il corso del giudizio, pretendendo di riqualificare accadimenti già consumatisi nel mondo empirico, quando la parte non avrebbe potuto in buona fede formulare un giudizio prognostico su tale evento, rende la decisione imprevedibile, e perciò priva di base legale, e perciò ingiusta.

A venire sanzionato è pur sempre il legislatore, perché il privato non ha diritto a una giurisprudenza costante, e può aspettarsi che nel corso del giudizio essa muti a suo sfavore²³. Ma è lo Stato legislatore in quanto parte della lite, e non in quanto sovrano dei rapporti giuridici, che viene chiamato alla sbarra²⁴.

Tra una Corte costituzionale che opera bilanciamenti fondati sulle prerogative del legislatore, e una Corte europea che sanziona abusi processuali, intendersi è davvero complicato.

3. La retroattività nella materia penale

In diritto penale²⁵ il tema della retroattività origina dissidi con la giustizia costituzionale di minore intensità, proprio perché l'art. 25, secondo comma, Cost. impedisce sconfinamenti

²³ Sentenza 18 dicembre 2008, *Unedic c. Francia*.

²⁴ La stessa dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma non serve a prevenire la condanna, se l'effetto pregiudizievole continua in fatto a prodursi: sentenza 3 settembre 2013, *M.C. c. Italia*.

²⁵ Per più ampie riflessioni sulla materia penale, che ai fini della presente relazione ha minor rilievo della materia civile, si rinvia alla relazione di V. Manes, *Retroattività, diritto penale e processo penale*, destinata alla pubblicazione nel volume di C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive* cit.

del legislatore e aiuta a rendere convergenti i criteri di giudizio²⁶. Tuttavia, a ben vedere, si concorda sul divieto, ma l'approccio metodologico non è del tutto coincidente. Il caso Contrada²⁷ conferma il tratto recessivo della teorica sulla retroattività normativa a fronte di un ragionamento imperniato piuttosto sulla prevedibilità della decisione giudiziale. La legalità è stata infatti violata non perché, al tempo del fatto, non fossero vigenti le disposizioni di legge in base alle quali l'imputato è stato condannato (gli artt. 110 e ss. cp), ma perché non si era consolidata alcuna interpretazione giurisprudenziale che permettesse di prevedere che, in base ad esse, il concorso esterno in associazione mafiosa avesse rilievo penale.

Persino quando la Corte Edu sembra muoversi sul terreno costituzionale dell'elaborazione di principi in tema di retroattività, al fondo della controversia si intuisce la violazione delle regole sulla prevedibilità dell'esito processuale. Nel caso Scoppola²⁸, l'enunciazione del principio di retroattività della *lex mitior* si accompagna a una vicenda ove, imprevedibilmente, l'imputato che aveva richiesto l'ammissione al rito abbreviato si era poi trovato condannato a una pena non ancora prevista quando tale richiesta era stata formulata al giudice, essendo stata introdotta successivamente a giudizio in corso.

La controprova viene dal recente caso Ruban²⁹. Era successo che l'imputato avesse commesso il fatto nella vigenza della pena di morte, e che tale pena successivamente fosse stata dichiarata incostituzionale dalla Corte ucraina. A seguito di tale decisione, per circa tre mesi era rimasta in vigore una pena detentiva, alternativa alla pena capitale, di quindici anni. In seguito, il legislatore ha introdotto l'ergastolo, al quale il reo è stato infine condannato. Ora, seguendo i nostri consueti schemi in tema di retroattività della *lex mitior*, e sulla base della stessa sentenza Scoppola, avremmo dovuto concludere che l'imputato aveva *medio tempore* incamerato il diritto al trattamento sanzionatorio più favorevole pari a quindici anni di reclusione, e che l'applicazione dell'ergastolo equivalesse dunque all'inflizione di una sanzione retroattiva, in quanto non prevista dalla legge quando il fatto fu commesso. Ma la Corte europea stavolta è di contrario avviso, ed esclude la violazione dell'art. 7 Cedu. Perché?

²⁶ Salvo, poi, naturalmente dividersi sull'ampiezza della materia penale sostanziale, che di regola è più lata per la Cedu ex art. 7, pur potendo per casi peculiari capitare l'inverso (in punto di prescrizione, sentenza 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio*)

²⁷ Sentenza 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

²⁸ Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*.

²⁹ Sentenza 12 luglio 2016, *Ruban c. Ucraina*.

Forse per il fatto che in tal caso nessun abuso nella sostanza è davvero contestabile al legislatore ucraino. Quest'ultimo ha sì mutato la pena in corso di giudizio, ma vi è stato obbligato dalla dichiarazione di incostituzionalità della pena di morte, e, del resto, di che dovrebbe dolersi l'imputato, che avrebbe dovuto attendersi l'esecuzione, e se l'è invece cavata con il carcere? Un modo di ragionare che pone in ombra la retroattività, e punta ancora una volta sul tratto abusivo, o no, prevedibile o imprevedibile, dell'alterazione legislativa delle regole a processo pendente.

4. La retroattività nella materia civile

Ma è naturalmente nella materia civile che si dovranno cercare indizi a sostegno di quanto sopra sostenuto, perché in questo settore l'assenza di un divieto costituzionale all'intervento retroattivo del legislatore spalanca le porte al conflitto endemico con Strasburgo. Il tema è già stato anticipato: la legge, disponendo in via retroattiva (non importa se in forma di interpretazione autentica), devia il corso del processo. La Corte Edu, divergendo dal giudice costituzionale, trascura il bilanciamento tra interessi contrapposti, e scandaglia la fattispecie nella prospettiva dell'abuso processuale. Vi sono numerosi segnali che questo sia appunto il modo di procedere consueto del giudice europeo, fermo restando che, come si diceva innanzi, non mancano commistioni con lo schema di giudizio di impronta costituzionale. Ne segue che vi è un quadro di riferimento abbastanza definito, ma non possono poi negarsi spunti evolutivi che avvicinano le due Corti su un percorso maggiormente integrato.

Lungo quest'ultimo si pongono ad esempio le ipotesi, particolarmente gravi sul piano dell'indebolimento della certezza del diritto, di interferenza di una legge retroattiva su rapporti giuridici che sono stati già definiti da pronunce giurisdizionali passate in giudicato. In questo caso la giurisprudenza europea e quella costituzionale hanno infatti iniziato a convergere verso una tendenziale riprovazione dell'intervento legislativo.³⁰

³⁰ Pur dopo alcune pronunce di segno contrario (su cui A. Pugiotto, *Il principio* cit.), da ultimo la Corte costituzionale ha ritenuto che la «forza della cosa giudicata» sia «limite invalicabile di ogni legge di interpretazione autentica e di ogni legge retroattiva» (sentenza n. 127 del 2015), mentre la Corte Edu, che non escludeva in assoluto casi eccezionali di interferenza tra legislazione sopravvenuta e giudicato (ad. es. sentenza 18 gennaio 2007, *Bulgakova c. Russia*, peraltro nel senso della violazione), ora pare estendere ad ogni ipotesi del genere (ad. es. sentenza 3 settembre 2013, *M.C. c. Italia*) il divieto formulato in origine con riguardo alla privazione degli effetti di un giudicato, pur in assenza di una nuova legislazione generale o di casi di revocazione in senso stretto (sentenza 28 ottobre 1999, *Brumarescu c. Romania*; quanto alla finalità di correggere

Ma è innanzi a interventi legislativi a lite pendente che germoglia la più nutrita giurisprudenza Edu, alla quale è tempo di rivolgere attenzione.

4.1. I parametri del giudizio

Anzitutto, una prima riflessione verte sul parametro del giudizio. L'intervento retroattivo può essere sanzionato sia sulla base dell'art. 6 Cedu, in tema di giusto processo, sia in forza dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu in punto di tutela della proprietà (nella larga accezione che Strasburgo coltiva di tale diritto³¹). L'impiego di quest'ultimo parametro, in luogo del primo, indebolisce la ricostruzione della fattispecie in termini di abuso del processo, e la riavvicina ad un sindacato sulla proporzionalità dell'intervento legislativo che comprime le aspettative qualificate dei consociati³². Non mancano, infatti, significativi casi in cui la Corte Edu ravvisa la violazione dell'art. 6 Cedu, ma esclude, in una prospettiva di bilanciamento basato sul "margine di apprezzamento" dello Stato, quella dell'art. 1 del Protocollo addizionale³³, ovvero casi in cui il solo motivo di ricorso proposto, e respinto, è quest'ultimo³⁴. Ovviamente, la selezione del parametro spetta anzitutto alla parte ricorrente, che peraltro tenderà a individuarlo sulla base delle indicazioni provenienti dai precedenti di Strasburgo. E su questo piano pare evidente una netta inclinazione a valersi dell'art. 6 Cedu per giudicare della compatibilità dell'intervento retroattivo con la Convenzione³⁵, al punto

«miscarriages of justice», ad. es. sentenza 7 giugno 2007, *Kuznetsova c. Russia*). Altra questione, su cui la Corte Edu è più tollerante, è l'applicazione della legislazione sopraggiunta ai rapporti di durata, per quanto conformati da un giudicato: ad. es. sentenza 19 giugno 2012, *Khoniakina c. Georgia*.

³¹ M. Massa, *Le leggi retroattive* cit.; da ultimo, Grande Camera, sentenza 13 dicembre 2016, *Bélané Nagy c. Ungheria*.

³² Si è già notato, del resto, che il principio di proporzionalità applicato dalla Corte Edu sulla base dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu ha particolare pregnanza proprio nel terzo segmento del giudizio trifasico, destinato al *test* di proporzionalità in senso stretto: A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Padova, 1998, p. 106; A. Albanese, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in *Istituzione del federalismo*, 2016, p. 718.

³³ Sentenza 24 giugno 2014, *Azienda Agricola Silverfunghi sas c. Italia*; sentenza 31 maggio 2011, *Maggio c. Italia*.

³⁴ Sentenza 20 luglio 2004, *Back c. Finlandia*, ove si ammette l'interferenza della norma retroattiva su contratti già stipulati.

³⁵ P. Carnevale e G. Pistorio; *Il principio di tutela del legittimo affidamento* cit.

che molto spesso quest'ultimo è l'unico parametro posto a fondamento del ricorso³⁶ (benché l'incidenza della norma sopravvenuta sulla lite pendente abbia chiaramente anche effetto sul bene giuridico, spesso di carattere patrimoniale, che con essa si intende tutelare, e permetta in linea astratta di denunciare anche la lesione della proprietà).

Non mancano, è vero, casi in cui la censura relativa al giusto processo si accompagna nel senso della fondatezza con la violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale, ovvero è persino assorbita a seguito dell'accoglimento di quest'ultimo motivo di ricorso. Ma, in taluni di essi, la violazione del diritto proprietario non ha un necessario legame con la pur concomitante retroattività dell'intervento legislativo, e viene perciò apprezzata dalla Corte Edu non per la sua dimensione retroattiva, ma in quanto tale (come accade, ad esempio, nel nutrito filone di condanne inflitte all'Italia per avere determinato l'indennità di esproprio in misura inferiore al minimo tollerabile³⁷). In altre occasioni, peraltro sporadiche, l'assorbimento della censura relativa all'art. 6 Cedu si sposa alla precisazione che l'impatto pregiudizievole della norma retroattiva sulla lite pendente è già stato fatto valere nel giudizio che ha condotto alla condanna per illegittima ingerenza nel diritto di proprietà³⁸. In un caso recente, infine, l'impiego dell'art. 1 del Protocollo addizionale da parte della Corte Edu viene a dar manforte alla lesione dell'art. 6 Cedu, che era stata già enunciata in una precedente

³⁶ Sentenze 25 marzo 2014, *Biasucci c. Italia*; 11 dicembre 2012, *Tarbuk c. Croazia*; 11 dicembre 2012, *De Rosa c. Italia*; 14 febbraio 2012, *Arras c. Italia*; 25 novembre 2010, *Lilly France c. Francia*; 11 febbraio 2010, *Javauge c. Francia*; 21 giugno 2007, *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais c. Francia*; 12 giugno 2007, *Ducret c. Francia*; 16 aprile 2007, *Chiesi c. Francia*; 9 aprile 2007, *Arnolin c. Francia*; 18 aprile 2006, *Vezon c. Francia*; 11 aprile 2006, *Cabourdin c. Francia*; 10 ottobre 2000, *Anagnostopoulos c. Grecia*; 28 ottobre 1999, Grande Camera, *Zielinsky, Pradal e Gonzales c. Francia*; 22 ottobre 1997, *Papageorgiou c. Grecia*.

³⁷ Sentenze 29 luglio 2004, *Scordino c. Italia*, e Grande Camera, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia* (ove si è ravvisata congiuntamente la violazione dell'art. 6 Cedu e dell'art. 1 del Protocollo addizionale). Parrebbe analogo il criterio di giudizio nel caso deciso con sentenza 9 dicembre 1994, *I Sacri Monasteri c. Grecia*, ove la proprietà è ritenuta violata perché la legge introduceva una presunzione di proprietà a favore dello Stato, che poteva essere vinta solo in un periodo transitorio di sei mesi successivo all'entrata in vigore della norma. La violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale dipende infatti dall'assenza di un adeguato indennizzo.

³⁸ Grande Camera, sentenza 6 ottobre 2005, *Maurice c. Francia*; *Id.* sentenza 6 ottobre 2005, *Draon c. Francia*; sentenza 14 maggio 2006, *Lecarpentier c. Francia*. Inoltre, già in questo senso, sentenza 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera sa c. Belgio*. Vi è poi il nutrito filone dei casi analoghi alle sentenze Scordino citate alla nota precedente, con condanne basate sull'art. 1 del Protocollo addizionale e assorbimento della censura relativa all'art. 6 Cedu: ad es. sentenza 15 novembre 2012, *Lombardi c. Italia*.

fattispecie, ma si era rivelata non sufficientemente forte da piegare la resistenza del giudice costituzionale dello Stato aderente³⁹.

Ciò che più conta, è davvero arduo nella oramai amplissima giurisprudenza europea trovare, a fronte di leggi retroattive, condanne dello Stato basate sul solo art. 1 del Protocollo addizionale⁴⁰, quando nel contempo, e a prescindere dalla contestuale deduzione di violazione dell'art. 6 Cedu, non fosse parimenti in corso una lite giudiziaria soggetta a perturbamento per effetto della disposizione sopraggiunta: il caso *Plalam*⁴¹, che parrebbe soddisfare la condizione negativa appena esposta, in realtà non comporta una condanna conseguente alla retroattività di una disposizione, ma cela piuttosto la censura di un ritardo amministrativo nello svolgimento di un procedimento, che ha determinato in fatto l'applicazione al ricorrente della disciplina normativa *superveniens*, anziché di quella più favorevole che avrebbe trovato applicazione se l'amministrazione fosse stata puntuale.

Insomma, la predominanza sostanziale dell'art. 6 Cedu sull'art. 1 del Protocollo addizionale a fronte di leggi retroattive, e la costante attenzione in ogni caso rivolta alla pendenza di una lite giudiziaria sovvertita da queste leggi, pare offrire una prima conferma alla tesi qui esposta. In questa materia, il giudice europeo è refrattario ai bilanciamenti, e punta deciso sull'abuso processuale, ciò che lo conduce ad un grado di severità ovviamente assai maggiore di quello praticato dalla Corte costituzionale nei confronti del legislatore.

4.2. Parti e tecniche decisorie

Non sembra casuale, a tale ultimo proposito, che l'esordio della giurisprudenza europea in punto di leggi retroattive e giusto processo avvenga in casi ove lo Stato, o comunque

³⁹ Sentenza 15 aprile 2014, *Stefanetti c. Italia*. Non sfugge certamente che in questa ipotesi, rispetto al precedente definito dalla sentenza Maggio, la riduzione del trattamento pensionistico subita dai ricorrenti per effetto della legge retroattiva era stata assai significativa (circa i due terzi), concretizzandosi in una più grave lesione del diritto azionato. E tuttavia, come pone in risalto l'opinione dissenziente del giudice Raimondi, in altre occasioni la Corte Edu aveva assolto interventi legislativi di non minor pregiudizialità per il pensionato.

⁴⁰ Più frequente, naturalmente, è il caso di violazione di entrambi i parametri: ad. es. sentenza 11 aprile 2002, *Smokovits c. Grecia*; sentenza 3 settembre 2013, *M.C. c. Italia*.

⁴¹ Sentenza 18 maggio 2010, *Plalam spa c. Italia*; ugualmente, sentenza 16 marzo 2010, *Di Belmonte c. Italia*, sull'applicazione di un regime fiscale meno favorevole all'indennità di esproprio, determinata dal ritardo con cui la P.A., ha pagato quest'ultima.

amministrazioni pubbliche o soggetti da esse controllate, erano parti della lite⁴². In tali ipotesi appare particolarmente evidente la natura fraudolenta dell'intervento retroattivo, perché lo Stato, spesso camuffandolo nelle vesti dell'interpretazione autentica, se ne serve per aggiudicarsi una partita in bilico.

È vero che lo sviluppo successivo delle cose conduce ad un superamento dell'iniziale implicita condizione, ma ciò accade inizialmente con prudenza. È solo nel 2006 con il caso *Cabourdin*⁴³, perlomeno a quanto mi risulta, che la Corte Edu svolta verso l'estensione dei suoi precedenti a controversie tra privati, pur premurandosi di precisare, "a titolo sovrabbondante" che nel caso di specie lo Stato doveva comunque ritenersi coinvolto nella lite, in quanto "azionista indiretto" della banca convenuta e soggetto nient'affatto neutrale rispetto all'equilibrio del sistema bancario. Insomma, un esordio in tono minore, perché evidentemente il giudice si rende conto di spingersi un gradino in là dal suo orizzonte consueto. Si origina qui, sembra di potersi dire, l'inizio della ibridazione tra modelli cui si è accennato in precedenza. Tanto più il giudizio si allontana dallo schema del "raggiro legislativo" operato dalla parte pubblica del processo, per pendere verso l'apprezzamento riservato alla produzione di norme generali e astratte che però impattano sulla posizione delle parti private in lite; quanto più il criterio decisorio è attratto dal *balancing* proprio dello scrutinio di costituzionalità. Ma siamo ancora ai primi passi, e le differenze restano per altri versi marcate.

È infatti altrettanto significativo il metodo impiegato dalla Corte Edu per valutare la compatibilità della imposizione retroattiva di una regola legislativa con l'art. 6 Cedu. Esso è impregnato di forme di verifica fattuale che si risolvono nella ricerca di corrispondenti figure sintomatiche dell'eccesso del potere legislativo. L'indagine cade, in particolare, su "method

⁴² Sentenza 9 dicembre 1994, *Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia*; sentenza 22 ottobre 1997, *Papageorgiou c. Grecia*.

⁴³ Sentenza 11 aprile 2006, *Cabourdin c. Francia*; in seguito, la giurisprudenza si mostra più decisa: sentenze 18 aprile 2006, *Vezon c. Francia*; 14 maggio 2006, *Lecarpentier c. Francia*; 12 giugno 2007, *Ducret c. Francia*. Ma, anche in tempi recenti, continua a emergere come indice aggravatore il fatto che lo Stato fosse parte della controversia, anche per mezzo di un ente pubblico: tra le altre, sentenza 24 giugno 2014, *Azienda Agricola Silverfunghi c. Italia*. Non sembra pertinente ai presenti fini, benché talora richiamata dalla stessa Corte Edu, la sentenza 27 agosto 2003, *Crisan c. Bulgaria*, che sanziona, piuttosto che la retroattività di una legge, la soppressione di un rimedio giurisdizionale non accompagnata dall'introduzione di altro rimedio utilmente esperibile.

and timing” dell’intervento legislativo⁴⁴. Che una certa norma sia stata adottata in coincidenza con un certo andamento del processo; che essa sia stata inserita in un testo normativo avente in linea generale altro oggetto; che la norma non corrisponda al titolo della legge; tutto questo corrobora il sospetto, dal quale comunque si parte, che lo Stato abbia abusato della funzione legislativa per orientare un giudizio. Certo, anche il sindacato di costituzionalità ha guadagnato progressivamente in concretezza, specie nel confronto con i dati esperienziali acquisiti nelle scienze pratiche⁴⁵, ma esso si confronta pur sempre con un atto avente forza di legge che allo stato non esige in linea di massima motivazione, persino se di carattere provvedimentale, e che soggiace allo scrutinio della Corte forte della sua qualità di fonte di produzione normativa valevole per quanto prevede, piuttosto che per come è arrivato a recare una tale disciplina⁴⁶.

E difatti, nel già ricordato caso Plalam⁴⁷, ma anche nell’omologa vicenda Di Belmonte⁴⁸, la categoria della retroattività legislativa si confonde con un fatto brutale di ritardo amministrativo nel soddisfacimento di una pretesa, tale da determinare l’applicazione di un regime giuridico meno favorevole.

A Strasburgo, il re è nudo. La legge è presa in considerazione al pari di qualsivoglia altro atto e condotta del potere pubblico; tempi e modalità dell’agire con legge sono valutati al pari dell’agire amministrativo. L’abuso del processo non ha alibi formali, e non viene perdonato.

4.3. I motivi imperativi di interesse generale e il bilanciamento

Il cerchio si chiude con l’analisi del reale significato che i motivi imperativi di interesse generale rivestono nell’argomentare della Corte Edu. Come si è prima suggerito, è su questo intoppo che l’asimmetria percettiva tra le Corti è particolarmente evidente, perché il giudice

⁴⁴ Sentenza 9 dicembre 1994, *Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia*; sentenza 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society e altri c. Regno Unito*; Grande Camera, sentenza 28 ottobre 1999, *Zielinsky, Pradal e Gonzales c. Francia*; sentenza 25 marzo 2014, *Biasucci c. Italia*; sentenza 11 dicembre 2012, *De Rosa c. Italia*.

⁴⁵ Sul punto, G. D’Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina, 2008.

⁴⁶ Sull’obbligo di motivazione delle leggi in casi peculiari, G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 113.

⁴⁷ Sentenza 18 maggio 2010, *Plalam spa c. Italia*.

⁴⁸ Sentenza 16 marzo 2010, *Di Belmonte c. Italia*.

costituzionale confida nel bilanciamento, mentre il collega europeo lo vede in una prospettiva del tutto differente.

Si prendano in esame i primi casi ove la sussistenza dei motivi imperativi, a fronte di legge retroattiva, ha convinto il giudice europeo a escludere la violazione dell'art. 6 Cedu. In apparenza, essi sono entrambi fondati sulla ricorrenza di un "difetto tecnico" nella legislazione dello Stato aderente, che avrebbe non irragionevolmente indotto il legislatore a intervenire con disposizioni retroattive, al fine di rimediare e colmare il vuoto apertosi nella regolazione giuridica di una fattispecie.

Nel caso *National & Provincial Building Society*⁴⁹ era accaduto che una riforma fiscale, affidata ad una più dettagliata disciplina da parte della fonte regolamentare, avesse determinato un vuoto normativo nel periodo intercorrente tra il superamento della precedente normativa e l'entrata in vigore della nuova. Vuoto, peraltro, subito colmato dal regolamento, che aveva provveduto a disciplinare la materia nonostante la legge non gli avesse affidato tale compito. Nel corso dei giudizi avviati innanzi alle Corti inglesi per contestare la legittimità del regolamento, era sopraggiunta la legge di sanatoria, che ne aveva convalidato le previsioni con effetto retroattivo.

Nel caso *Ogis*⁵⁰, il mancato esercizio della potestà regolamentare aveva paralizzato gli effetti di una riforma legislativa, obbligando lo Stato a rimborsare considerevoli somme a titolo di contributi promessi sulla base della legislazione precedente. Il legislatore si era perciò affrettato a sopperire all'inerzia, negando il diritto al rimborso con effetto retroattivo, al fine di «ristabilire la sua volontà iniziale deviata dalla carenza del potere regolamentare».

In entrambe le vicende, la Corte Edu sembra prendere per buona la giustificazione offerta da Regno Unito e Francia, quanto alla sussistenza di un "difetto tecnico" nella legislazione, che la legge aveva corretto per soddisfare gli interessi generali. Ma, a ben vedere, di quale difetto dovrebbe trattarsi? Sono ipotesi di carenza assoluta di potestà regolamentare, alle quali il nostro ordinamento forse non troverebbe facile rimedio. Nel primo caso, più grave, si è imposta una modalità di tassazione per mezzo di una fonte secondaria che non era legittimata a tanto; nell'altro caso, continuava a mancare la norma regolamentare, pur in astratto adottabile, che avrebbe impedito i rimborsi, sui quali, pertanto, la parte privata poteva in linea teorica insistere nel riporre affidamento. Nella sostanza, però, non vi è stato un "imprevedibile abuso processuale", e tanto interessa al giudice europeo. Perché, al

⁴⁹ Sentenza 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society e altri c. Regno Unito*.

⁵⁰ Sentenza 27 maggio 2004, *Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche de Castille c. Francia*.

contrario, le parti private hanno approfittato del presunto vuoto normativo per introdurre cause costituenti «an attempt to benefit from vulnerability» del sistema. Non è senza rilievo a Strasburgo, infatti, che il processo nel caso inglese fosse stato avviato quando già era stata pubblicamente annunciata la volontà politica di sanare il vizio con legge retroattiva.

A noi importa poco, chiaramente, della bontà o no del giudizio europeo. Ma sembra palese che questo modo di argomentare, pur fondato assiomaticamente sulla rilevanza dei motivi imperativi di interesse generale, non abbia alcunché a vedere con il bilanciamento costituzionale degli interessi antagonisti. *La legge retroattiva è assolta, non perché sorretta da ragioni giustificatrici che prevalgono sui diritti opposti delle parti, ma perché queste ultime non hanno in radice diritti consolidatisi in posizioni processuali garantite, da opporre al legislatore.* L'intervento di quest'ultimo era *prevedibile* al tempo di proposizione dell'azione giudiziaria poi compromessa dalla norma retroattiva, e ciò è sufficiente a negare l'abuso processuale dello Stato, e dunque la violazione dell'art. 6 Cedu.

Il criterio della prevedibilità della riforma legislativa retroattiva, al tempo in cui l'azione giudiziale è esperita, si coniuga costantemente con l'attenzione prestata alla condotta delle parti, per evitare che il giudizio sia uno strumento per “tentare di approfittare di una debolezza del sistema”, ciò di cui potrebbe essere spia il fatto che si è atteso molti anni prima di intentare la causa, allo scopo di valutare se avesse o no successo un'azione esplorativa proposta da altri. Riferimenti a tale eventualità, sia pure per escluderla in concreto, si trovano ad esempio nel caso *Silverfunghi*⁵¹, dove la Corte europea ha nuovamente modo di manifestare tutto il suo disinteresse nei riguardi dell'argomento, tipico del giudizio di costituzionalità, per il quale la legge retroattiva veniva a ristabilire il significato originario della norma, minato da una giurisprudenza contraria, o comunque incerta. Anzi, i contrasti tra giudici sono del tutto fisiologici, e non giustificano in sé l'intervento retroattivo⁵².

Il capovolgimento della prospettiva è notevole: il presunto abuso della parte pubblica conseguito a mezzo della disposizione retroattiva cessa di essere tale, quando la slealtà è invece dal lato della parte privata. Essa si è impegnata in una lite *mentre il diritto la confortava*, ma dovendo sapere che il legislatore sarebbe intervenuto a far giustizia, rimediando così alla “debolezza del sistema”. Uno scrutinio tutto interno al processo, alle

⁵¹ Sentenza 24 giugno 2014, *Azienda Agricola Silverfunghi c. Italia*, da cui è tratta la citazione in corsivo nel testo.

⁵² Grande Camera, sentenza 28 ottobre 1999, *Zielinsky, Pradal e Gonzales c. Francia*.

sue ragioni, ai motivi dell'una parte di avviarlo, e dell'altra di deviarlo con regole sostanziali di nuovo conio.

Che del resto si sia ben lontani dal bilanciamento viene ulteriormente provato dall'indifferenza che la Corte Edu oppone sistematicamente alla pretesa degli Stati di giustificare la norma retroattiva con impellenti esigenze di carattere finanziario.

Non perché in concreto queste ultime debbano giocoforza prevalere sui diritti che con esse si comprimono, specie se si è maturato un affidamento; ma perché, in astratto, non è facilmente accettabile dal punto di vista logico che il bilanciamento resti refrattario alla scarsità delle risorse e alla necessità che esse trovino impiego per soddisfare esigenze stimate prioritarie, e spesso connesse al godimento di servizi essenziali alla persona. È infatti facile osservare che dietro lo stanziamento dei mezzi finanziari si pone la tutela di beni giuridici e interessi costituzionali dei quali anche deve farsi carico la Corte che controlla l'esito del bilanciamento sotto il profilo della non manifesta irragionevolezza e del difetto di proporzionalità. E questo, assai semplicemente, perché essi sono stati assunti dal legislatore stesso a fondamento del proprio intervento di regolazione.

Certo, si può poi avere il dubbio che la giurisprudenza europea, nel corso del processo di ibridazione con le Corti costituzionali, stia ammorbidendo la propria posizione, traducendo di fatto il rifiuto a prendere in considerazione le esigenze finanziarie nella constatazione di un difetto di prova, da parte dello Stato, in ordine alla gravità del pregiudizio che la norma retroattiva ha inteso scongiurare⁵³, come potrebbe desumersi da qualche nuova sfumatura del linguaggio dal *leading case* Zielinsky (1999)⁵⁴ a decisioni successivi (tra cui *SCM Scanner*, 2007)⁵⁵. Ma, poi, si torna ad una enunciazione rigida del principio (*Javaugue*, 2010)⁵⁶, e comunque, per quanto mi risulta, non si registrano casi ove le esigenze finanziarie dello Stato aderente abbiano assunto un ruolo costitutivo nel percorso decisionale del giudice di Strasburgo.

Del resto, questo modo di procedere è piuttosto tipico nella giurisprudenza europea: gli argomenti propri del bilanciamento o sono espressamente rifiutati; o vengono liquidati

⁵³ R. Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3753 ss.

⁵⁴ Grande Camera, sentenza 28 ottobre 1999, *Ziliensky, Pradal e Gonzales c. Francia*.

⁵⁵ Sentenza 21 giugno 2007, *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais c. Francia*. Inoltre, sentenza 24 giugno 2014, *Azienda Agricola Silverfunghi sas c. Italia*; sentenza 16 aprile 2007, *Chiesi c. Francia*; sentenza 9 aprile 2007, *Arnolin c. Francia*; sentenza 14 maggio 2006, *Lecarpentier c. Francia*.

⁵⁶ Sentenza 11 febbraio 2010, *Javaugue c. Francia*.

come ipotetici e perciò privi di adeguato supporto probatorio, come accade a fronte della deduzione per cui, in assenza di un intervento legislativo, il contenzioso giudiziale finirebbe per esplodere⁵⁷; o sono in modo apodittico reputati non «abbastanza convincenti»⁵⁸. Come che sia, sono temi che non seducono la Corte di Strasburgo.

Si può poi aggiungere che, quand'anche il bilanciamento vi sia, esso è così intrinsecamente legato alle peculiarità della fattispecie concreta da renderlo in ogni caso non esattamente riproducibile su scala nazionale, con riferimento alle norme di legge generali e astratte dalle quali è promanata la lesione del diritto individuale. Nel già ricordato caso *Stefanetti*, ad esempio, la Corte Edu ha censurato l'Italia per avere decurtato un certo regime pensionistico in misura eccessiva, avuto riguardo a tutta una serie di fattori (il periodo più o meno lungo di contribuzione; l'entità dei contributi versati; la categoria professionale di appartenenza; la qualità della vita) che la disposizione normativa italiana non selezionava, né distingueva all'interno del tipo normativo, unitariamente volto, invece, a contenere la pensione di *tutti* i lavoratori coinvolti dall'intervento legislativo incriminato.

Questa forma di bilanciamento caleidoscopico, guidato dalla dosimetria del pregiudizio patito da ciascun ricorrente a fronte di un'unica norma, per quanto funzionale agli obiettivi del giudice europeo, è insomma non pienamente coincidente con il bilanciamento, governato dal rapporto relazionale tra disposizioni, del quale si occupano i giudici costituzionali. E infatti la nostra Corte si è dichiarata allo stato impotente a replicarne gli esiti nell'ambito dell'ordinamento nazionale, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale vertente sulla disposizione retroattiva che, accomunando in un'unica disciplina ogni lavoratore, non si prestava, perlomeno di primo acchito, a venire scomposta a seconda del modo con cui reagivano, caso per caso, i fattori isolati dalla Corte Edu al fine di affermare o negare la violazione del diritto⁵⁹.

Ancora una volta, va ribadito che non è necessariamente un male che la Corte Edu reagisca così duramente alle leggi retroattive in materia civile, fotografandole nella loro dimensione abusiva e rifiutando in tal modo di accogliere ogni argomento statale difensivo che vada oltre

⁵⁷ Sentenza 25 novembre 2010, *Lilly France c. Francia*.

⁵⁸ Sentenza 14 febbraio 2012, *Arras c. Italia*, ove la Corte Edu riconosce che la realizzazione di un sistema previdenziale omogeneo risponde a un interesse generale, ma ritiene l'argomento soccombere innanzi ai «pericoli insiti nell'uso di una legislazione retroattiva», sottraendosi ad una motivazione in concreto sul rapporto di proporzionalità. Analogamente, ovvero nel senso di uno scrutinio di proporzionalità teorizzato, ma non praticato, sentenza 11 dicembre 2012, *De Rosa c. Italia*.

⁵⁹ Sentenza 15 aprile 2014, *Stefanetti c. Italia* e sentenza della Corte costituzionale n. 166 del 2017.

la negazione dell'abuso processuale, se del caso ritorcendo l'addebito nei confronti della parte privata. Resta però il fatto che pensare in termini di bilanciamento basato sui motivi imperativi di interesse generale non aiuta a comprendere i ragionamenti del giudice europeo, e, soprattutto, determina proprio quell'incapacità nel porsi su un piano comune di confronto, che ha generato conflitto con la Corte costituzionale nei casi Agrati e Maggio, come ricordato nel primo paragrafo del presente lavoro.

Verosimilmente, il solo precedente europeo che può assegnarsi al campo dei bilanciamenti costituzionali è il noto caso Forrer⁶⁰. La riunificazione delle due Germanie permette al legislatore di sanare retroattivamente un *vizio formale* nell'acquisto di una proprietà da parte dello Stato, e dunque di conservare il bene al patrimonio pubblico, benché la vendita fosse nulla. La Corte Edu qui adotta effettivamente argomenti tipici dello scrutinio di costituzionalità, ponendo in luce che lo scopo della legge retroattiva rispondeva all'interesse generale di assicurare la pace e la sicurezza giuridica in Germania.

Eppure, anche in questa ipotesi, che certamente va iscritta a modello del processo di ibridazione con le giurisdizioni costituzionali, non può sfuggire che al fondo della pretesa della parte privata vi era lo scopo di approfittare di un vizio meramente di forma in una vendita peraltro valida, che risaliva per giunta al 1959, mentre l'azione di nullità era stata proposta solo nel 1993, dopo la riunificazione della Germania (in questa fattispecie legale non opera l'usucapione).

Forse al rigetto del ricorso, in definitiva, la Corte europea avrebbe potuto arrivare anche impiegando il consueto metodo sostanzialistico di ragionamento di cui si sono viste innanzi alcune applicazioni (le debolezze del sistema; l'indugio nel rivendicare il diritto davanti ai tribunali nazionali), e, sempre in modo dubitativo, non è da escludere che esse abbiano avuto anche in questa vicenda il loro peso non detto.

Anche in casi di minor significato, la Corte Edu non rinuncia a questo modo di valutare le cose, quale che sia poi la formula impiegata. In Tarbuk⁶¹, ad esempio, era accaduto che un imputato, già soggetto a custodia in carcere, avesse goduto di un'amnistia e fosse stato prosciolto solo per tale ragione. In seguito, approfittando del fatto che la legislazione nazionale in punto di detenzione senza titolo non fosse stata adeguata all'ipotesi dell'amnistia sopraggiunta, la parte aveva ingaggiato un'azione civile di danno contro lo

⁶⁰ Sentenza 20 febbraio 2003, *Forrer-Niedenthal c. Germania*.

⁶¹ Sentenza 11 dicembre 2012, *Tarbuk c. Croazia*.

Stato. La Croazia aveva reagito con una norma retroattiva che negava il diritto al risarcimento, ove l'azione penale fosse stata esaurita a causa di amnistia.

Nel respingere il ricorso, la Corte di Strasburgo torna all'argomento della prevedibilità della reazione legislativa statale. Ma è ovvio che ancora una volta si pone in campo il tema oggettivo della sostanziale riprovazione, da parte del giudice europeo, di una condotta processuale finalizzata a volgere in una ulteriore utilità economica gli effetti di un già fruttuoso provvedimento generale di amnistia penale. A fronte di questa premessa, la condotta statale non integra un abuso, ma ne previene un altro.

5. Conclusioni. Superare la retroattività?

In conclusione, la pur succinta rassegna sopra esposta pare dare conferma all'ipotesi iniziale circa l'asimmetria percettiva che divide il giudice costituzionale da quello europeo. In certi casi, l'incontro avrà luogo a metà strada, ma in altri si continuerà a muoversi su linee parallele destinate a non convergere. Allo stato, pur dovendosi riconoscere una qualche penetrazione di spunti tipici del giudizio di costituzionalità nello scrutinio delle fattispecie retroattive da parte della Corte Edu, si deve prendere atto che essa muove pur sempre da un sospetto di incompatibilità con la Convenzione, che solo in casi del tutto eccezionali potrà essere vinto. Dall'altro lato, la Corte costituzionale è senza dubbio più sensibile che in passato al pregiudizio cagionato all'affidamento dei consociati da leggi retroattive, ma non pare disposta a rinunciare a categorie del pensiero che sono il frutto della nostra storia costituzionale. Esse confortano la bontà, in linea di principio e salvo prova contraria, dell'azione retroattiva del legislatore in materia civile, e rafforzano persino la conclusione nei casi in cui possa rinvenirsi un effettivo scopo di interpretazione autentica.

Il nodo va però sciolto, perché le condanne europee continueranno a fioccare fino a quando l'accostamento al tema della retroattività avverrà postulandone la tendenziale conformità a Costituzione, anziché la altrettanto tendenziale illegittimità costituzionale. Si può certamente reagire colpendo la Cedu, dichiarando che il precedente europeo non integra il parametro costituzionale, persino pronunciando la illegittimità costituzionale della legge di esecuzione della Convenzione *in parte qua*. Ma ne vale la pena? Si difenderebbero in tal modo i principi costituzionali cardine del nostro ordinamento, o solo, talvolta, la trascuratezza di un legislatore che non sa intervenire per tempo, e reagisce solo tardivamente ad una giurisprudenza contraria cambiando le carte in tavola, e frustrando l'affidamento riposto nella coerenza e razionalità del sistema legislativo?

I rapporti con la Corte europea sono fluidi, e meritano di essere gestiti con flessibilità, perché non tutti i casi sono uguali, e talvolta ciò che appare uno sconfinamento nelle nostre tradizioni costituzionali vale piuttosto a smascherare la pigrizia di continuare a impiegare schemi di ragionamento che sono sì il frutto del cammino storico, ma i cui presupposti reggono con difficoltà ad un rigoroso esame logico.

Nel caso delle leggi retroattive, è forse preferibile che sia la giurisprudenza costituzionale a europeizzarsi⁶², anziché quella europea a costituzionalizzarsi.

⁶² Un esempio in tal senso si rinviene nella sentenza n. 170 del 2013, che applica con rigore i criteri decisionali di Strasburgo ad una legge che aveva attribuito al credito erariale un privilegio in fase esecutiva di carattere retroattivo, al punto da superare il giudicato endo-fallimentare. Quest'ultima circostanza, peraltro, attenua la significatività di tale precedente, perché lo avvicina ai casi di violazione del giudicato già tendenzialmente riprovati dalla giurisprudenza costituzionale. Resta però il fatto che la tecnica motivazionale è strettamente affine a quella utilizzata dalla Corte Edu.