

**RETROATTIVITÀ ED INTERPRETAZIONE AUTENTICA NEL GIOCO DEL
BILANCIAMENTO TRA LE CORTI**

Sommario: 1. Premessa generale. – 2. Introduzione. La retroattività tra tecnica e politica. – 2.1 Alle radici del fenomeno. – 2.2. La svolta rappresentata dagli «adeguati motivi di interesse generale» a giustificazione dell'intervento retroattivo. – 2.3 La tutela dell'affidamento dei privati e della certezza del diritto. – 2.4 Verso una nozione "post-newtoniana" di retroattività? L'efficacia temporale della legislazione e i suoi limiti nella attuale «age of balancing». – 3. Un nuovo argine. Il "dialogo" tra giudici comuni e Corte EDU (nei suoi precedenti). – 4. Leggi retroattive e leggi di interpretazione autentica: separate but equal? – 4.1 Finzione giuridica e bilanciamento. – 4.2 (Segue) la nozione di "ragionevole" interpretazione autentica. Usi e abusi dell'interpretazione ope legis. – 4.3 Recenti sviluppi nella giurisprudenza costituzionale. Le sentenze della Corte cost. n. 12 del 2018 e n. 174 del 2019. – 5. Sul nuovo scrutinio "stretto" di costituzionalità delle leggi di interpretazione autentica tra ermeneutica per "valori" e risorse finanziarie. – 6. Qualche conclusione e un interrogativo finale: cui prodest il dialogo tra Corti in assenza di un "vocabolario comune" sull'ermeneutica costituzionale?

1. Premessa generale

L'obiettivo che ci si propone con il presente contributo è quello di ragionare della sfuggente figura del legislatore interprete alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale (in particolare le sentt. n. 12 del 2018, 108 del 2019 e n. 174 del 2019) che riporta in auge la *vexata quaestio* della legittimità delle leggi di interpretazione autentica attraverso un originale percorso argomentativo che pare prefigurare un nuovo limite alla loro ammissibilità.

Le pronunce in esame sono in effetti di grande interesse non solo in ragione della materia trattata, ma anche per la (presunta) avvenuta contaminazione tra i linguaggi della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'esercizio dei rispettivi sindacati.

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e l'École des Hautes Études en Sciences Sociales di Parigi.

La premessa teorica fondamentale di questo lavoro – necessaria per portare avanti simile indagine – è che le leggi di interpretazione autentica non possano che essere studiate rinvenendo nelle leggi retroattive un utile termine di paragone. Queste ultime, a loro volta, devono essere fatte oggetto di analisi sulla scorta di una maggiore consapevolezza dell'importanza dei diversi approcci interpretativi adottati dalle Corti costituzionali nazionali e dalle Corti sovranazionali.

Da questo punto di vista, si preferisce anticipare, per comodità del lettore, le conclusioni a cui si perverrà: innanzitutto, si dimostrerà su un piano definitorio che la retroattività, pur operando sul piano dei fatti da disciplinare, consta nella riqualificazione *ext post* di una situazione giuridica e non di un fatto (§2.1). Simile effetto retrospettivo può essere conseguito con due strumenti alternativi: un intervento retroattivo o un intervento di interpretazione autentica (§§4.1 e 4.2).

Quanto alla legittimazione della legislazione di portata retroattiva, il modello *prima facie* più esaustivo per descrivere il sindacato di costituzionalità di una legge, interpretativa o retroattiva che sia, sembra allora essere rappresentato dal bilanciamento degli interessi. Al fine però di chiarire alcune aporie e confusioni in merito, si procederà con l'elaborare una variante di simile modello di argomentazione giudiziale che risulti più rigorosa e completa in quanto capace di dare conto anche delle differenti teorie dell'interpretazione in campo. Si ritiene, infatti, che si debba distinguere, in primo luogo, tra l'ipotesi di una situazione giuridica esistente rivalutata retrospettivamente e tutelata da una regola, rispetto all'ipotesi di una situazione giuridica rivalutata retrospettivamente ma tutelata da un principio costituzionale (§2.4). Nel primo caso, secondo l'interprete, potrà anche non esserci necessità di ricorrere ad un bilanciamento. Con riferimento, invece, alla seconda delle ipotesi menzionate si proporrà un inventario di diversi test di giudizio che differiscono a seconda dell'oggetto del bilanciamento (diritti vs altri beni giuridici, §§3 e 5) o del meta-criterio che governa il bilanciamento stesso (proporzionalità vs preminenza del diritto, §§3 e 5). Si argomenterà poi che le circostanze del caso alla base dell'incidente di costituzionalità (ad esempio, presenza di antifibologie giurisprudenziali/oscurità del testo normativo da interpretare vs mancanza di questi presupposti, §§4.2 e 4.3) possono rappresentare una ulteriore variabile che trova ospitalità all'interno di questa tappa del sindacato.

Infine, dal momento che alcune delle dicotomie in parola (regola vs principio, proporzionalità vs preminenza del diritto) sono determinate da scelte dell'interprete e non da caratteristiche ontologiche dei testi giuridici di riferimento, o comunque unanimemente condivise dagli operatori giuridici, si preciserà l'importanza giocata dall'esplicitazione dei principi metodologici di interpretazione, ai fini di un controllo razionale dell'attività di risoluzione dei conflitti diacronici tra norme (§6).

Consequentemente, le proposte riflessioni si svilupperanno a partire dal rinnovato contesto giuridico e culturale di uno Stato costituzionale in cui opera il giurista che si trova a contatto con gli istituti menzionati, per poi arrivare meglio ad analizzare l'impatto determinato dalle problematiche che si agitano sia sul versante ermeneutico che su quello del dialogo giudiziario. La retroattività e l'interpretazione autentica si prestano, infatti, a costituire il pretesto per una più ampia ricerca sulla questione centrale del bilanciamento tra interessi costitu-

zionali, qui solo abbozzata, in vista di una riflessione futura dotata di quella compiutezza che l'argomento necessariamente meriterebbe.

2. Introduzione. La retroattività legislativa tra tecnica e politica

2.1. Alle radici del fenomeno

Secondo uno spunto suggestivo contenuto in un risalente articolo di L. H. Tribe¹, «*the metaphors and intuitions that guide physicists can enrich our comprehension of social and legal issues*».

Effettivamente, pare oggi impossibile accostarsi ai canoni tradizionali di regolazione dei conflitti intertemporali o di successione tra norme senza avere l'impressione di un mutamento di paradigma analogo a quello che sconvolse le scienze naturali meno di un secolo fa con la scoperta della teoria della relatività.

Seppur vero poi che alcune delle cause della trasformazione di cui si discorre siano da imputarsi in realtà a fenomeni assai risalenti (quali, ad esempio, l'accelerazione e l'inflazione nella produzione normativa, che affliggono la legislazione da tempo memorabile al punto da rendere oramai anacronistico il perdurante uso dell'espressione "crisi" quando accompagnata al termine legge²), non risulta ciononostante meno attuale o dirompente la rivoluzione in corso.

Il primo aspetto osservabile del fenomeno in atto riguarda, in effetti, come è stato già acutamente notato, nientemeno che il metodo delle scienze giuridiche³: dietro i numerosi tentativi di dare una definizione della retroattività si è sempre celata l'esigenza di individuare limiti all'arbitrio del sovrano sulla presunzione che il vincolo dogmatico potesse arginare su un piano logico, prima ancora che politico o giuridico, il potere apparentemente smisurato del legislatore di gestire il flusso temporale⁴. Tuttavia, ad oggi, la comunità degli interpreti si tro-

¹ L. H. TRIBE, *The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics*, in 103 *Harv.L.R.*, 1989-1990, p. 2.

² Il recente scritto di E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, Giappichelli, 2017, si sofferma *funditus* sul tema. Nella letteratura internazionale si v. almeno P. GÉRARD – F. OST – M. VAN DE KERCHOVE, *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, FUSL, 2000, pp. 2 e ss.

³ L. NIVARRA, *La retroattività della legge civile*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2017, pp. 1219 e ss.

⁴ Secondo R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Disposizioni della legge in generale. Art. 10-15*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1974, p. 158, il legislatore del 1942 avrebbe voluto «consacrare per iscritto una verità normativa o addirittura supernormativa (logica) assoluta e tale da imporsi anche al legislatore», facendola confluire nelle disposizioni generali sulle leggi che, al tempo, «coinvolgevano tutti i rami del diritto e prescindevano dalla gerarchia delle norme». L'esigenza storicamente risalente è stata avvertita "sotto il cielo" dei più disparati ordinamenti, se solo si considera che persino T. HOBBS prevedeva tra i vincoli formali imposti al sovrano il principio dell'irretroattività della legge (nel campo penale). Cfr., *Leviatano*, Firenze, La Nuova Italia, 1976, p. 289. A dimostrazione che, sotto le braci della retroattività, cova la cenere ardente delle teorie del contrattualismo a fondamento della moderna nozione di Stato di diritto. Anche per la Consulta il principio di irretroattività costituisce in fondo «una regola essenziale del sistema cui, salva un'effettiva causa giustificatrice, il legislatore deve ragionevolmente attenersi, in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini» (Corte cost. n. 155 del 1990).

va davanti al conclamato *de profundis* di qualsiasi tentativo di elaborare uno statuto epistemico dell'istituto che risulti unanimemente condiviso. Non a caso, si parla di un avvenuto «dissolvimento» della categoria concettuale⁵ agevolati, in questa percezione, da un sentimento che rasenta il quasi radicale scetticismo e che è causato dalle labirintiche contraddizioni e dalle inesauribili problematicità evocate dall'istituto.

Valga come esempio paradigmatico la recente introduzione del tetto dei due mandati all'elezione dei membri nei Consigli dell'Ordine degli Avvocati su cui è intervenuta la sent. Corte cost. n. 173 del 2019⁶. Per la Corte, l'intervento non ha portata retroattiva poiché «*il limite all'accesso alla carica elettiva, così introdotto dalla norma interpretata – come appunto già ritenuto dalla Corte di legittimità – «non implica altro che l'operatività immediata della legge e non una retroattività in senso tecnico e cioè con effetti ex tunc» (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 32781 del 2018, che cita anche la sentenza di questa Corte n. 118 del 1994)».*

La sentenza pare dunque impostare la definizione di retroattività intorno alla schematizzazione, introdotta già negli anni 60', dalla giurisprudenza della Corte costituzionale Federale Tedesca⁷, che per prima coniò la fondamentale distinzione, destinata ad avere fortuna e seguito anche in altri ordinamenti, tra una «retroattività propria» (dicasi di un intervento che imporrebbe la revisione *a posteriori* di effetti già prodotti) e, per l'appunto, una cd. «retroattività impropria» (che si tradurrebbe, invece, nella modifica *pro futuro* di situazioni o relazioni giuridiche in corso)⁸.

A prescindere però dal fatto che qualsivoglia disposizione sembra conoscere in realtà una molteplice portata sul piano dell'incidenza temporale, a seconda dei suoi destinatari⁹, e

È innegabile però concludere che il carattere della irretroattività non possa più essere descritto oggi come una connotazione indefettibile delle previsioni legislative, al pari dei consunti caratteri di generalità e astrattezza.

⁵ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica* (Parte Prima), in *Giur. it.*, 2007, p. 1837, «non essendo definibile cosa la retroattività sia, infatti, è impossibile stabilire quando la retroattività non si debba avere». Per D. DE PRETIS, *Osservazioni conclusive*, in C. PADULA (a cura di) *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 244, «la nozione di retroattività ha portata plurisenso».

Già R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge...cit.*, p. 36 esordiva sul tema affermando che «è forse impossibile trovare un testo normativo che, occupandosi del problema della irretroattività della legge dimostri una rappresentazione adeguata e, comunque, esatta dei termini e della portata del problema stesso».

⁶ Conviene riportare la disposizione sospettata di costituzionalità: l'art. 11-*quinquies*, 1 comma, del d.l. 135/2918 prevede che «*L'articolo 3, comma 3, secondo periodo, della legge 12 luglio 2017, n. 113, si interpreta nel senso che, ai fini del rispetto del divieto di cui al predetto periodo, si tiene conto dei mandati espletati, anche solo in parte, prima della sua entrata in vigore, compresi quelli iniziati anteriormente all'entrata in vigore della legge 31 dicembre 2012, n. 247. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 3, commi 3, terzo periodo, e 4, della legge 12 luglio 2017, n. 113*». Si trattava dunque di un caso di interpretazione autentica di cui, come meglio si vedrà *infra*, si può predicare la retroattività degli effetti senza dover necessariamente ritenere che si tratti di una tecnica legislativa pienamente sovrapponibile a quella della retroattività.

⁷ BVerfGE 11, 139, 1960.

⁸ Sulla distinzione tra retroattività propria ed impropria per tutti G.U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964.

⁹ Si prenda come ulteriore esempio significativo la recente riforma dei cosiddetti «vitalizi parlamentari» ossia la Deliberazione dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei Deputati n. 14/2018 il cui Art. 1, comma 1, prevede che «*A decorrere dal 1° gennaio 2019 gli importi degli assegni vitalizi, diretti e di reversibilità, e delle quote di assegno vitalizio dei trattamenti previdenziali pro rata, diretti e di reversibilità, maturati, sulla base della norma-*

che dunque le cose non si pongano mai in modo così lineare, quello che colpisce sono le motivazioni che spingono la Corte a pronunciarsi meritoriamente in tal senso. Si legge infatti che «*detta disposizione non regola [...] in modo nuovo fatti del passato (non attribuisce cioè direttamente ai precedenti mandati conseguenze giuridiche diverse da quelle loro proprie nel quadro temporale di riferimento), ma dispone “per il futuro”, ed è solo in questa prospettiva che attribuisce rilievo, di requisito negativo, al doppio mandato consecutivo espletato prima della ricandidatura*» (punto 3.3.3. cons. in dir.).

Due considerazioni si impongono. Innanzitutto, uno degli aspetti particolarmente problematici è che anche la retroattività propria si rivela a rigore un modo di intervenire “per il futuro” (v. *infra* par. 4.1) attraverso una rivalutazione del passato che accomuna peraltro tutte le prescrizioni, ossia anche quelle rivolte a disciplinare atti ancora da compiersi, sicché l’argomento della Corte non si deve confondere con quello diverso, appena richiamato, che lega la retroattività alla produzione di effetti prima della sua entrata in vigore¹⁰.

Secondariamente, pare cogliere nel segno il giudice delle leggi quando ritiene che la retroattività non consti nella rivalutazione di fatti sorti anteriormente alla disposizione, ma equivalga ad una diversa qualificazione delle loro conseguenze giuridiche, poiché «il principio d’irretroattività è chiamato a tutelare diritti e non fatti»¹¹ (anche se non sono mancati i casi in cui i giudici di merito siano pervenuti, in casi simili, a soluzione esattamente opposte¹²).

*tiva vigente, alla data del 31 dicembre 2011, sono rideterminati secondo le modalità previste dalla presente deliberazione». Sul problematico utilizzo della fonte regolamentare per la riforma in oggetto non ci si può soffermare, ma è *prima facie* evidente il rischio di un maggiore *vulnus*, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, alle posizioni giuridiche dei destinatari del provvedimento, stante la collegata difficoltà nell’accesso alla giustizia costituzionale. Quel che più interessa però è la differente posizione subiettiva in cui si vengono a trovare i destinatari dell’intervento. Questo non ambisce a intaccare quanto già percepito dai beneficiari (si tratterebbe di un’ ipotesi che nella specie equivarrebbe alla massima invasione nel passato e che si potrebbe dunque definire di retroattività propria o, seguendo altre classificazioni, di retrotrazione) ma ciononostante si pone ugualmente il tema della tutela di coloro che facevano affidamento sulla precedente condizione giuridica già maturata, *id est* i parlamentari in pensione che percepiscono correntemente l’indennità e che ne hanno visto decurtato l’importo a partire dal 1 gennaio 2019 (trattasi, quindi, di un intervento incidente su un rapporto di durata, ossia di un’ipotesi di retroattività impropria), come pure coloro che avevano anche solo l’aspettativa di percepire l’assegno (come ad es. i parlamentari non ancora in pensione, i quali si trovano variamente toccati dall’intervento con efficacia nei loro confronti *pro futuro*). Questo ordine di considerazioni è alla base anche della nota teoria di F. K. v. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. VII, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1898, pp. 382-383 che invitò a distinguere due gradi della retroattività (la prima riguardante per l’appunto le «sole conseguenze che avrebbero luogo dall’emanazione della nuova legge in poi») entrambe determinate dall’aver attratto nel proprio dominio «le conseguenze dei fatti giuridici passati».*

¹⁰ L’impostazione richiamata risale a D. DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività delle leggi*, in *Riv. it. sc. gr.*, 1915, p. 243, secondo il quale «retroattività della legge importa produzione di effetti giuridici, produzione di diritti e corrispondenti obbligazioni nel passato». Sulla impossibilità ontologica di comandare al passato vedi però *infra*.

¹¹ R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 1332 e ss., che dimostra con dovizia di esempi che «il fatto considerato dalla norma retroattiva come presupposto per il prodursi dell’effetto giuridico non deve necessariamente essersi verificato, in tutto o in parte, nel periodo di tempo anteriore all’entrata in vigore della legge».

¹² Cfr. Corte d’Appello di Milano, sez. IV civ., sentt. 1403 e 1404 del 2011 sul limite del doppio mandato dei Presidenti di Regione ritenuto «operativo solo a partire dalle elezioni regionali successive all’entrata in vigore della legge statale, perché non si può limitare in via retroattiva un diritto costituzionalmente garantito – quale è quello elettorale – in difetto di espressa previsione».

In generale, in un quadro così controverso, l'impressione che se ne trae è che la Corte si muova spinta dalle preoccupazioni che investono le ipotesi o i parametri costituzionali in base ai quali l'intervento normativo possa eventualmente essere censurato, piuttosto che impegnarsi in dispute teoriche su come debba essere qualificato.

Si potrebbe allora concordare con chi, più pragmaticamente, ha ammonito che «ogni tempo, insomma, ha la “sua” retroattività»¹³ non potendosi chiarire in modo unanime, una volta per tutte, cosa si debba intendere, da un punto di vista fattuale o naturalistico, per efficacia di una norma nel passato. Simile approccio ha in effetti un pregio indiscutibile: la retroattività da «enigma»¹⁴ teorico può altresì diventare un'opportunità per studiare le diverse impostazioni dogmatiche che, nel tentativo di interpretare il fenomeno, sono in realtà soltanto riuscite a mettere in risalto le linee di tendenza di fondo della propria cultura giuridica di appartenenza.

I due aspetti sono infatti ovviamente legati: la *summa divisio* proposta dalla Corte di Karlsruhe aveva, ad esempio, determinato una chiara quanto eccessivamente rigida conseguenza, ossia il divieto assoluto di retroattività propria e il riconoscimento, con alcuni limiti, dell'ammissibilità della retroattività impropria. Proprio codesta distinzione aveva però suscitato più di una severa critica dalla dottrina tedesca che era giunta a censurare il carattere apodittico e casistico di un simile sindacato (rafforzata, in codesta impressione, da una insanabile diversità di vedute tra le due Sale del *Bundesverfassungsgericht*) e a proporre l'abbandono della distinzione tra classi di retroattività per approdare all'utilizzo di un canone costituzionale unico ma più flessibile. L'ordinamento tedesco si apprestava così ad elaborare, ed esportare anche in Europa¹⁵, una seconda quanto nuovamente rivoluzionaria prospettiva teorica, ossia un sindacato incentrato sul principio della certezza del diritto e, in particolare, sul canone del legittimo affidamento ad esso legato.

Se spostiamo l'attenzione all'ordinamento italiano, constatiamo che il nostro sistema non è rimasto estraneo a questa evoluzione. La giurisprudenza non sembra aver seguito le prospettazioni più “massimaliste”, pur formulate, di rinunciare a qualsivoglia classificazione tra distinti gradi di retroattività, ma ha proceduto ad una significativa valorizzazione del principio del legittimo affidamento. Valorizzazione probabilmente guidata dalla consapevolezza che al maggior impatto della norma nel passato può non corrispondere necessariamente una maggiore lesività della ponderabilità delle conseguenze derivanti dagli atti giuridici (quella che tradizionalmente collochiamo, pur con qualche perdurante ambiguità, nell'alveo della certezza del diritto¹⁶), ovvero una maggiore incisione del diritto di autodeterminazione dei

¹³ M. MASSA, *Giusto processo e dinamica delle norme nel tempo: l'art. 6 CEDU e le leggi retroattive*, in *Quaestiones iuris*, I, Napoli, Jovene, 2018, p. 227.

¹⁴ G. PACE, *Il diritto transitorio*, Milano, Ambrosiana, 1944, p. 129.

¹⁵ D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 757 e ss.

¹⁶ È proprio dell'impostazione tedesca vedere nella certezza del diritto un superprincipio (*oberbegriff*) che esiste attraverso i sottoprincipi che lo compongono come prevedibilità, non retroattività, esigenza di chiarezza della disposizione. Cfr., W. ZIMMER, *Allemagne, Relazione alla Tavola rotonda su Constitution et sécurité juridique*, in *l'Annuaire international de justice constitutionnelle*, XV, 1999, p. 92 Più correttamente, altri usano distin-

singoli consociati. Non è inoltre irrilevante il fatto che la tutela del legittimo affidamento si risolva, quasi *ipso facto*, nel canone della ponderazione tra interesse pubblico e posizione di vantaggio del privato¹⁷ e dunque nella tipologia di sindacato - il bilanciamento tra beni di rilievo costituzionale - che più coerentemente si sposa con le premesse giuspolitiche da ultimo richiamate e che hanno conosciuto oramai una diffusione su scala globale¹⁸.

2.2. La svolta rappresentata dagli «adeguati motivi di interesse generale» a giustificazione dell'intervento retroattivo

Sull'elasticità di una garanzia legata ad una tecnica di ponderazione vale la pena soffermarsi ancora un momento per le sue rilevanti ricadute teoriche, citando due esempi, dall'importante rilievo sistematico, che permettono di muovere dal piano della definizione del significato di retroattività a quello relativo alla sua legittimità.

Innanzitutto, ha incominciato a farsi largo l'idea che anche un intervento di retroattività impropria possa sconvolgere il piano di vita di un cittadino poiché, ad esempio, incidente su un rapporto di durata la cui utilità era apprezzabile proprio e solo alla luce della sua proiezione nel tempo (come può essere il caso di un piano di investimenti basato sull'aspettativa, da parte dell'operatore economico, della stabilità nel tempo di un certo quadro regolatorio)¹⁹.

In secondo luogo, non pare privo di rilievo il fatto che nessuno dubiterebbe della legittimità di interventi, pur retroattivi, che ricolleghino a prima della loro entrata in vigore conseguenze unicamente favorevoli per i loro destinatari (cioè le c. d. "leggi di favore"²⁰ rappresentanti, invero, una delle sfide per ogni trattazione sul tema).

guere tra una certezza in senso "oggettivo" ed una in senso "soggettivo": secondo codeste prospettazioni, mentre la prima abbraccia la chiarezza, la conoscibilità delle norme ed osta ad una loro applicazione "creativa" da parte dei giudici, la seconda attiene ai riflessi che la stabilità del quadro normativo produce sulle posizioni giuridiche dei singoli Cfr., L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 154 e ss.; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Dir. e società*, 2014, p. 470 e ss. Più sfumata invece la posizione di L. GIANFORMAGGIO che in *Certezza del diritto*, (voce) in *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. II, Torino, UTET, 1988, 274 ss., declina la stabilità della regolamentazione come uno dei significati «in senso ampio» della certezza del diritto.

¹⁷ Criticamente sul punto A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1, 2018, pp. 130 e ss.

¹⁸ Vedi K. MOLLER, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, OUP, 2012, *passim*.

Le «basic similarities» tra la prima *Interessenjurisprudenz* e l'uso odierno del bilanciamento da parte delle Corti costituzionali sono messe in rilievo da J. BOMHOFF, *Balancing constitutional rights. The origins and meanings of postwar legal discourse*, Cambridge, Cambridge University press, 2013, p. 30.

¹⁹ V. ONIDA, *Calcolo giuridico e tutela dell'affidamento*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 71 e ss. Già per TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 258, «[il] principio di irretroattività [...] nel suo significato di rispetto delle situazioni giuridico-soggettive (indipendentemente dal fatto che siano acquisite) da parte dei mutamenti sopravvenuti di legislazione, può essere messo in crisi anche da norme la cui efficacia è disposta anche soltanto *ex nunc*».

²⁰ «Se lo Stato ritiene di alleggerire la posizione del contribuente che sovrapponendo la sua volontà attuale a quella del legislatore anteriore, non si vede minimamente come ciò possa turbare la sicurezza, la fiducia, la stabilità delle situazioni precostituite, la tranquillità delle persone e delle famiglie» (R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge...*cit, p. 106). Cfr., sul punto anche R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 180-181.

L'uso di uno schema valutativo più "flessibile" sembra dunque essere stato imposto dalla maturata consapevolezza che la retroattività non è, *per ciò solo*, più lesiva delle posizioni giuridiche dei singoli rispetto ad un intervento abrogativo, nonostante sia certamente da considerarsi tale in via presuntiva. Una previsione legislativa retroattiva è difatti connotata da una *prima facie* sovrabbondante discrezionalità che dovrebbe spingere quantomeno ad interrogarsi su come e quanto ciò possa risultare sopportabile. Ma non si tratta comunque di una presunzione insuperabile.

Tale prospettiva conosce oggi una nuova vitalità in ragione delle numerose ipotesi di interventi legislativi volti alla tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. È solo alla luce di siffatta impostazione che si spiegano infatti casi che sarebbero altrimenti da ritenersi quantomeno paradossali, stante l'eclatante rovesciamento del rapporto tradizionalmente auspicato nel campo del diritto intertemporale tra "norma ed eccezione". L'indicibile è divenuto in effetti, e non di recente, non solo possibile, ma addirittura raccomandato: la retroattività può essere ritenuta necessaria, oltre che legittima, se reputata funzionale al soddisfacimento degli interessi fondamentali previsti in Costituzione (si vedano, tra le più celebri pronunce, Corte cost. sent. n. 199 del 1986 su cui criticamente *infra*).

Nonostante le numerose incertezze, di cui si è già detto, che affliggono al piano delle fonti l'analisi della portata nel tempo della disciplina delle leggi, il riferimento alla tecnica del bilanciamento ha avuto dunque la fortuna di veder convergere autori che partivano da posizioni molto diverse e di spiegare orientamenti giurisprudenziali altrimenti insostenibili. Sulle conseguenze di una simile impostazione nella prospettiva della tutela dei diritti si dirà a breve. Quello che per il momento preme rilevare sono le premesse insite in un simile ragionamento: l'idea che la meritevolezza dell'impiego di un intervento *de praeterito* debba essere studiata sulla base degli interessi pubblici che il legislatore si prefigge di ottenere, ossia il "prodotto" che il complesso artificio della retroattività punta a realizzare, determina la necessità di definire la retroattività alla stregua di una tecnica giuridica²¹ di cui dispone il legislatore politico ai fini della regolazione sociale e di cui si potrebbe avvalere non solo legittimamente, ma addirittura in modo *doveroso*, qualora sia richiesta una disciplina universalmente applicabile (nel passato come nel presente)²².

Strutturare il dispositivo legale al fine di determinare *oggi* l'azione dei consociati *come* se la norma applicabile fosse stata varata nel *passato*, rientrerebbe allora essenzialmente nella "cassetta degli attrezzi" a disposizione del legislatore per perseguire ancora più effica-

²¹ La stessa conclusione vale anche per l'interpretazione autentica che è stata significativamente descritta come «una variante tecnica della legge retroattiva» da M. MASSA, *Le leggi interpretative retroattive nella diversa impostazione di Corte EDU e Corte costituzionale*, ora in questionegiustizia.it/speciale/2019/1/contrasti-di-giurisprudenza-leggi-interpretative-legittima-aspettativa_93.php. Proprio la constatazione che possano aversi leggi interpretative non retroattive suggerisce peraltro di distinguere «il piano contenutistico con quello effettuale» (P. PASSAGLIA, *Dalla «diversità nell'indistinzione» all'enunciazione di tests di giudizio propri delle leggi di interpretazione autentica: la Corte varca il Rubicone?*, in *Giur. cost.*, 2002, I, p. 219 e ss.).

²² A. CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione – Spunti Critici e Ricostruttivi*, in *Giur. Cost.*, 1975, p. 520.

cemente i suoi obiettivi²³. Si può anzi affermare che la retroattività sia l'emblema, per eccellenza, del carattere artificiale di quella «specifica tecnica sociale»²⁴ che è il diritto (specialmente in ragione del suo rapporto con l'istituto della finzione su cui si tornerà § 4).

Non muta l'impressione del carattere strumentale della retroattività, l'avvertenza che non tutti gli interessi in campo possano giustificare l'utilizzo.

In effetti, se nella giurisprudenza più risalente, sullo sfondo degli aggiustamenti teorici dettati dal passaggio allo Stato sociale²⁵, il divieto di retroattività nella materia civile, pur costituendo un «fondamentale valore di civiltà giuridica», era stato derubricato al rango di principio derogabile in ragione della conseguente moltiplicazione delle occasioni di intervento statale nei rapporti economico-sociali e non avendo questi ricevuto «nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost., riservata alla materia penale» - sicché si poteva predicare la legittimità della retroattività nel necessario rispetto dei limiti rappresentati dagli altri interessi costituzionali (la retroattività era insomma rimessa alla «prudente valutazione» del legislatore)²⁶ con il solo limite della sua irragionevolezza) - oggi il quadro sembra sensibilmente mutato. La Corte costituzionale, grazie anche alle sollecitazioni ingenerate dal confronto con la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, si è spinta, al contrario, ad affermare che «il legislatore [...] può approvare disposizioni con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale» (ex plurimis, sentt. n. 108 del 2019 e n. 170 del 2013) che costituiscano altrettanti motivi imperativi di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU. Si manifesta così la volontà di sottoporre le leggi retroattive ad un sindacato ben più penetrante, a maggior protezione del patrimonio di *iura* dei singoli.

Come si sarà intuito, simile esigenza non discende però dalla riproposizione, in sede interpretativa, di un rigido divieto analogo a quello previsto dall'art. 11 delle Preleggi, ma dalla consapevolezza che la necessità di aversi finalità assiologicamente pregnanti sia essenziale per poter scavalcare altri interessi sociali ed individuali, inevitabilmente in pericolo a fronte di un intervento retroattivo, che non solo apparirebbero meritevoli di tutela ma addirittura, in assenza delle suddette finalità pubblicistiche, risulterebbero altrimenti prevalenti.

²³ «il legislatore, per ragioni di pura opportunità (dunque solo politiche), può aspirare in vario modo a far sì che fatti e vicende iniziate nel passato producano per il futuro [...] conseguenze diverse da quelle già prodottesi» (F. SATTA, *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. Giur.*, p. 1).

²⁴ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, ETAS, 1966, p. 26.

²⁵ R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria...*cit., p. 68 ss.

Per esempio G. ZAGREBELSKY, *Intervento alla Tavola rotonda su Constitution et sécurité juridique*, in *l'Annuaire international de justice constitutionnelle*, XV, 1999, p. 295, sostenendo che il principio della certezza del diritto non può avere più una generale consacrazione poiché altrimenti potrebbe costituire ostacolo alle necessarie riforme di carattere sociale, afferma conseguentemente che «La loi peut intervenir rétroactivement s'il y a une raison d'intérêt public».

Da questo punto di vista, nella sent. 108 del 2019 sui vitalizi l'esigenza di correggere «manifeste sperequazioni determinate da istituti extra ordinem di eccezionale favore» sembra assurgere a ragione giustificatrice ampiamente sufficiente per travolgere l'affidamento dei consociati.

²⁶ Corte Cost., sent. n. 118 del 1957.

Proprio in quanto tecnica («né buona, né cattiva, né tanto meno neutra» parafrasando la prima legge di Kranzberg²⁷), la retroattività pone in effetti ineludibili problematicità, non fosse altro perché essa consta nella riqualificazione *ex post* del trattamento giuridico di una fattispecie di cui diventa così *ex ante* impossibile prevedere o decidere gli esiti²⁸. Se non è poi difficile ritenere che, alla luce dei principi del nostro sistema costituzionale, il legislatore non sia completamente libero di escludere o limitare la prevedibilità delle conseguenze giuridiche derivanti dalle azioni dei cittadini e se si è convinti che le leggi retroattive (*rectius* retrospettive) implicino necessariamente l'affievolimento di tale ponderabilità, deve anche ritenersi che il ricorso a leggi siffatte debba incontrare necessariamente dei limiti di ammissibilità, quantomeno per poter conciliare, da un lato, la possibilità dell'entrata in vigore di tutte quelle leggi funzionali ai bisogni della società contemporanea con, dall'altro, l'esigenza di evitare abusi ingiustificati.

Da qui, dunque, le preoccupate incertezze ricadenti sulla meta-norma rappresentata dall'art. 11 Preleggi che sotto questo aspetto non ha mai giocato un ruolo di rilievo, rappresentando, tutt'al più, una mera direttiva politica indirizzata al legislatore²⁹. La mancata costituzionalizzazione, al di fuori della materia penale, del principio di irretroattività risulta d'altra parte in un ostacolo di diritto positivo alla completa vincolatività dell'esercizio della funzione legislativa, che trova così un indiretto avvallo alla possibilità di derogarvi³⁰. Dal canto suo, il potere giudiziario sembra potersi discostare, come si esaminerà nel prosieguo, dall'imperativo ermeneutico di optare per un'interpretazione a basso "impatto" temporale³¹.

Dalla strumentalità del principio di irretroattività consegue invece che il suo significato giuridico in materia civile debba essere ridotto alla proibizione, rivolta al legislatore, di retroagire qualora ciò determini la violazione delle disposizioni costituzionali poste a tutela dei beni della vita potenzialmente in pericolo a fronte dell'intervento stesso.

²⁷ M. KRANZBERG, *Technology and History: Kranzberg's Laws*, in "Technology and Culture", vol. 27, n. 3, 1986, pp. 544-560. Detto altrimenti, se la *ratio iuris* della retroattività legislativa è, come io credo, quella di agevolare il perseguimento dello scopo (la *ratio legis*) di qualsiasi intervento normativo infrangendo la barriera rappresentata dalle conseguenze giuridiche realizzatesi nel passato, non significa però che, in quanto strumento, il suo utilizzo non debba andare incontro ad un severo scrutinio. Il primo limite ipotizzabile è difatti che esso sia quantomeno servente ad uno scopo altro che non sia l'efficacia retroattiva in sé e per sé considerata. Già in questo rigoroso controllo circa i motivi imperativi che pur devono spingere il legislatore ad adottare un simile intervento, si può rinvenire il tentativo di mettere limiti all'onnipotenza legislativa visto che «la tecnica [...] ha come scopo, appunto, la crescita infinita della capacità di realizzare scopi. La tecnica tende all'onnipotenza. Sostituisce l'onnipotenza teologica. In questo senso è, certamente, "scopo di se stessa"» in N. IRTI e E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 30. Per questo tipo di interventi si introdurrebbe di conseguenza un'inversione dell'onere della prova imponendosi al legislatore di evidenziare le ragioni ispiratrici che giustificano l'adozione di una simile disposizione.

²⁸ U. SCARPELLI, *Norma*, in *Gli strumenti del sapere contemporaneo, vol. II: I concetti*, Torino, Utet, 1985, p. 573.

²⁹ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti...*cit., p. 32.

³⁰ Sicchè R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge...*cit., si domandava se l'art. 11 non fosse inutile.

³¹ Più in generale sul ruolo del «dilemma temporale» nell'interpretazione della legge A. LONGO, *Tempo, Interpretazione, Costituzione, vol. I: Premesse teoriche*, II edizione, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 110 e ss.

2.3. La tutela dell'affidamento dei privati e della certezza del diritto

Esaminati i dubbi circa la “sostanza ontologica” della retroattività, rimane da indagare, come si diceva, il significato *normativo* del correlato divieto, i cui destinatari sono in primo luogo legislatore e giudici. Accettata l'impostazione secondo la quale la retroattività, in quanto mezzo, risulta la variabile dipendente di una relazione ove la vera variabile indipendente è l'entità rispetto alla quale qualsiasi mezzo risulta necessariamente servente, ossia lo scopo (in questo caso perseguito dal legislatore e presupposto dall'utilizzo dell'istituto), è a quest'ultimo che il giudice delle leggi deve rivolgere coerentemente la propria attenzione come contrapposto ad altri interessi costituzionali con esso in tensione.

Giacché quindi il divieto di retroattività si palesa alla stregua di un contenitore vuoto, ossia come un mero «significante»³², il cui vero contenuto e significato non può che essere rappresentato dalla tutela dei beni di rilievo costituzionale potenzialmente ledibili dall'intervento retroattivo (*i. e.* secondo la giurisprudenza costituzionale italiana «*la certezza del diritto*»³³, «*il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica*»³⁴, «*le funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario*»³⁵), sono questi ultimi a rappresentare il reale baluardo davanti alla possibilità del legislatore di invadere il campo delle conseguenze giuridiche sorte sotto l'impero della legge precedentemente in vigore.

D'altra parte, anche chi sostiene che la retroattività non si possa descrivere, non trova difficile prescriverne il divieto, spostando nel senso appena indicato il baricentro del correlato principio generale.

Aver individuato i limiti all'intervento retroattivo non sembra però sufficiente e un indizio di preoccupazioni siffatte parrebbe essere rappresentato dall'opinione comune già presso autori del passato, ma oggi oggetto di nuova indagine, in base alla quale il divieto di retroattività potrebbe anche essere ricostruibile come “materialmente costituzionale” in via interpretativa³⁶. Ci si dovrebbe chiedere infatti a che *pro* riesumare l'oramai – si è constatato – logora categoria della (ir)retroattività una volta appurato che i limiti costituzionalmente positivizzati al potere del legislatore di retroagire siano in realtà già presenti nel testo della Carta del 1948.

Evidentemente, una certa insofferenza sembra dipendere dai generali indirizzi interpretativi che interessano il contesto in cui i citati limiti vengono calati³⁷. In effetti, la giurispru-

³² Cfr., NIVARRA *op. cit.*, p. 7.

³³ *Ex plurimis* Corte cost. n. 24 del 2009 e n. 74 del 2008.

³⁴ «*Nella giurisprudenza di questa Corte, poi, è consolidato il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto e non può essere lesa da disposizioni retroattive, che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori*» (*ex plurimis*, sentenze n. 236 del 2009, n. 24 del 2009; n. 11 del 2007; n. 409 del 2005; n. 446 del 2002; n. 416 del 1999 e n. 390 del 1995)

³⁵ Corte cost. n. 209 del 2010.

³⁶ Recente tesi di A. PUGIOTTO, *Il principio di irretroattività preso sul serio*, in *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento...* *cit.*, spec. pp. 18-19.

³⁷ Sulle diverse tendenze nell'interpretazione del dato costituzionale Cfr., almeno C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladini*, vol. III, Padova, CEDAM, 2004, pp. 1666 e ss; A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 35 e ss.; F. MODUGNO, *Interpretazione per valori ed interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

denza costituzionale è solita affermare che il legittimo affidamento «*pur aspetto fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto, non è tutelato in termini assoluti e inderogabili*» (sentenze n. 89 del 2018 e n. 56 del 2015).

Fermo restando che le disposizioni legislative retroattive non possono in ogni caso «*trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti*» (*ex multis*, sentenze n. 108 del 2019, n. 16 del 2017 e n. 203 del 2016), esso dunque «*è sottoposto al normale bilanciamento proprio di tutti i diritti e valori costituzionali*».

Sicché, a ben vedere, la mutata prospettiva in base alla quale la retroattività dovrebbe rinvenire la propria giustificazione (e definizione) intorno al dato rappresentato dalla tutela diacronica delle situazioni giuridiche costituzionalmente protette, non significa necessariamente una maggiore garanzia dei privati nel panorama variopinto dell'*staat*³⁸ ma sposta il fulcro del giudizio di costituzionalità, volto a contemperare le opposte esigenze in gioco, sul piano generale della ragionevolezza dello *jus superveniens* con gli inevitabili correlati rischi di soggettivismo ogniqualvolta si proceda in assenza di valutazioni saldamente ancorate al testo costituzionale.

Le ipotesi in cui si debba garantire l'affidamento nella conservazione del previgente trattamento giuridico parrebbero dunque da rintracciarsi inevitabilmente caso per caso in base alle peculiarità della fattispecie. Alcune linee generali di demarcazione possono però essere tracciate anche in questo scenario.

2.4. Verso una nozione “post-newtoniana” di retroattività? L'efficacia temporale della legislazione e suoi limiti nella attuale «age of balancing»

T trattare la certezza come uno dei tanti principi nel «deposito storico» dei valori costituzionali che si contenderebbe il campo sullo sfondo dello Stato costituzionale, così da potersi soppesare con qualsivoglia bene di rilievo costituzionale, appare in effetti un orizzonte metodologico quantomeno discutibile.

Il principio della certezza del diritto e del legittimo affidamento, coerentemente con la loro natura di implicite principi generali³⁹, anche qualora non si concretizzassero in un “diritto” costituzionale *stricto sensu*⁴⁰ all'affidamento o alla certezza (ma sul punto si tornerà), costituirebbero pur sempre profili «connessi a ciascun diritto fondamentale, che esigono tutele differenziate per misura e per modo, proprio in ragione del diritto in considerazione»⁴¹. Ragion per la quale, trattandosi a ben vedere della esigenza di stabilità diacronica, in presenza di uno *jus superveniens* retroattivo o dall'efficacia *pro futuro*, di una pretesa giuridica veicola-

³⁸ Ossia nello Stato di bilanciamento”, così definito in polemico riferimento all'uso della relativa tecnica di sindacato da W. LEISNER, *Der Abwägungstaat. Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit*, Berlino, Duncker & Humboldt, 1997.

³⁹ G. ALPA, *I Principi generali*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di G. IUDICA – P. ZATTI), Milano, Giuffrè, 2003, pp. 353 e ss.

⁴⁰ Dubitativo sul punto M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività...cit.*, p. 1838, nota 128.

⁴¹ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività...cit.*, pp. 1838-1839.

ta da una norma (di rango legislativo o costituzionale), si dovrebbe rivolgere la propria attenzione a quest'ultima - e, in particolare, nel secondo dei casi citati alla sua formulazione strutturale nei termini di regola o principio - per verificare come e a quali condizioni questa si possa opporre al mutamento normativo.

Questo perché a modificarsi sensibilmente è, di conseguenza, lo stesso criterio di risoluzione del conflitto tra i diversi interessi in gioco (in particolare quello alla conservazione al trattamento giuridico contrapposto all'interesse al mutamento normativo), che può, beninteso, anche arrestarsi ad uno stadio preliminare rispetto ad un bilanciamento vero e proprio⁴².

Per gli Autori (o nei casi in cui si sia) più propensi a ragionare in termini di un diritto costituzionale «per regole»⁴³ sarà infatti più facile irrigidire le aspettative di conservazione di un trattamento giuridico qualificato normativamente da una disposizione costituzionale (sempreché questa sia ritenuta, per l'appunto, una regola), dal momento che, nel dubbio, si privilegerà il ricorso a disposizioni precise in luogo di ragionamenti normativo-sostanziali. Per fare qualche esempio: un provvedimento retroattivo volto a ripristinare la custodia cautelare venuta meno in base ad una decisione giudiziaria, si porrà in palese antinomia con la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, sì da rendere superfluo l'esame di altri principi pur invocabili, come lo stesso principio di irretroattività *sub* art. 25 Cost.⁴⁴. In generale, nel campo delle libertà la modifica retroattiva della disciplina legislativa di un diritto costituzionale equivarrebbe ad una sua restrizione⁴⁵ ed è pertanto contestabile che ciò possa avvenire, *a fortiori* nel caso del mancato rispetto dei limiti esplicitamente evidenziati dal vincolo testuale delle disposizioni costituzionali che ne stabiliscono la disciplina⁴⁶.

Diversamente, una legge che intervenga retroattivamente a ridurre attribuzioni di natura patrimoniale non incontra un limite astrattamente insuperabile nel principio del legittimo affidamento, in sé considerato, poiché, come si è avuto modo di vedere, «*non può ritenersi interdetto al legislatore di emanare disposizioni modificative in senso sfavorevole, anche se l'oggetto dei rapporti di durata sia costituito da diritti soggettivi "perfetti"*» così da dover procedere ad un complesso *test* di legittimità: in primo luogo, si dovrà verificare «*se sussistano solide motivazioni che hanno guidato il legislatore [...], e se esse trovino, appunto, "adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza"*» (ex plurimis, sentenze n. 73 del 2017, n. 132 del 2016 e n. 69 del 2014), anche in considerazione delle circostanze di fatto e di contesto entro cui l'intervento legislativo è maturato. Ove tale preliminare esame fornisca esito positi-

⁴² Ossia allo stadio della "topografia del conflitto" usando la fortunata espressione di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 62 e ss.

⁴³ Mi avvalgo della distinzione proposta da G. PINO, *Tre concezioni della Costituzione*, in *Teoria e Critica della Regolazione sociale*, 2015.

⁴⁴ Esempio riguardante un intervento di interpretazione autentica tratto da V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, CEDAM, 1992, p. 41, che considera la riserva di giurisdizione una regola. Non casualmente per l'Autore è anzi proprio dalle regole (o modalità di tutela) delle libertà che si deve partire per instaurare un dialogo tra gli interpreti sui correlati principi (p. 185).

⁴⁵ G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 87. Sulle posizioni dell'Autore circa la tecnica del bilanciamento si vedano le pagine 82 e 83.

⁴⁶ A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, CEDAM, 2003, p. 329 e ss.

vo, deve essere inoltre accertato se il risultato di tale intervento non trasmodi comunque in una regolazione arbitraria di situazioni soggettive, in lesione del legittimo affidamento dei destinatari della disciplina originaria e perciò, anche sotto questo profilo, dell'art. 3 Cost.» (la già citata Corte cost. sent. 108/2019 sulla riduzione retroattiva dei vitalizi).

Il quadro muta però significativamente qualora l'intervento in ipotesi riguardi, ad esempio, la riduzione del trattamento retributivo spettante ai magistrati trattandosi nella specie di un rapporto giuridico disciplinato da un automatismo legale, che si pone «come garanzia idonea a garantire il precetto costituzionale dell'autonomia ed indipendenza dei giudici, valore che deve essere salvaguardato anche sul piano economico» (Corte cost. sent. 223/2012) e quindi un interesse "coperto" da una regola costituzionale⁴⁷.

Certamente, si potrebbe obiettare che un simile modo di ragionare non dia alcuna rilevanza all'elemento "temporale" potendosi raggiungere le stesse conclusioni anche in presenza di interventi operanti *de futuro* (emblematico l'esempio citato sulla riserva di giurisdizione). Ma questa è una conseguenza – per riprendere la metafora scientifica avanzata all'inizio del presente contributo⁴⁸ – della nuova abbracciata prospettiva attinente ai rapporti tra legge e tempo: l'unica dimensione nella quale il legislatore può intervenire è quella del

⁴⁷ In presenza poi di diminuzioni modeste del trattamento economico si potrà al più ritenere non violato il parametro costituzionale in quanto non si riterrà possibile ricondurre la fattispecie legislativa al divieto costituzionale. Un simile modo di ragionare si fonderebbe però pur sempre sull'uso di un metodo interpretativo sillogistico e non sarebbe il frutto di un bilanciamento. Come si evince già solo da questi due esempi, la distinzione proposta tra la conservazione in senso diacronico di una pretesa giuridica giustificata da un interesse veicolato da una regola piuttosto che da un principio, non incide in alcun modo sul riconoscimento del legittimo affidamento quale principio costituzionale autonomo e non più bisognoso, come in passato, di combinarsi con altri precetti costituzionali per fungere da parametro da legittimità (in merito già P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 3671 e ss.) Tutt'al più a mutare sarà il test di giudizio impiegato dalla Corte non potendosi escludere che in presenza di un *vulnus* al «nucleo duro» dell'affidamento si possa procedere ad accertare l'illegittimità dello *jus superveniens* senza «neppure procedere al bilanciamento» (come acutamente notato sempre da P. CARNEVALE, *Leggi di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del «tributo» pagato dal legislatore-interprete «in materia tributaria» al principio di salvaguardia dell'interpretazione «plausibile»*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 2418-2419).

⁴⁸ Il riferimento alla rivoluzione scientifica compiuta da Einstein che ha incrinato la nostra percezione di un divenire oggettivo degli eventi, non potendo sussistere alcun riferimento inerziale diverso da quello solidale con il soggetto che esperisce lo scorrere del tempo stesso (Cfr. C. ROVELLI, *L'ordine del tempo*, Milano, Adelphi, 2017, che spiega come nelle equazioni che stanno alla base della fisica moderna la variabile "tempo" non compaia affatto), appare un utile termine di paragone anche nell'ambito giuridico ove si avverte la sensazione che un tempo assoluto, in realtà, non esista. Si prenda, ad esempio, questo celebre passaggio della sent. n. 108 del 2016: «Nel caso in esame, l'elemento temporale gioca in senso opposto a quello del richiamato precedente giurisprudenziale ma in modo altrettanto significativo sul piano dell'affidamento: assume rilievo, cioè, la brevità del lasso temporale, appena quattro mesi, tra il momento in cui il funzionario ha stipulato il contratto – sulla base di una normativa prevista nel contratto collettivo di lavoro e, per di più, stabile nel tempo – e quello di entrata in vigore della nuova disposizione, radicalmente differente proprio con riguardo alle modalità retributive. Queste ultime sono state presumibilmente decisive nell'esercizio della precedente opzione di chiedere l'assegnazione alle mansioni superiori. È evidente in questo caso la lesione dell'affidamento del dipendente che, dopo la stipula, ha ormai fatto aggio sulla remunerazione della funzione temporaneamente affidatagli». Questa "relativizzazione" del fluire del tempo non consente comunque di accedere ad una visione, per così dire, Agostiniana della «*distensio animi*» data la non rilevanza di qualsivoglia percezione soggettiva. La previsione della conservazione di un trattamento giuridico deve infatti avere una base razionale (da qui la giurisprudenza sull'«operatore prudente ed accorto» che non può vantare una pretesa all'immodificabilità del quadro normativo qualora avrebbe dovuto tener conto della sua possibile evoluzione nel tempo. Motivazione usata in modo non del tutto convincente in Corte cost. sent. n. 16 del 2017).

presente o del futuro, stante l'irreversibilità della catena degli eventi naturali su cui agisce (sul punto si rimanda *infra* a §4), sicché la possibilità di avere un effetto retroattivo si consuma nell'imporre nel presente un comportamento riferito ad atti o fatti legati ad interessi realizzati nel passato. Il problema della irretroattività non può dunque che risolversi in un aspetto della garanzia di diritti costituzionalmente sanciti e toccati da una simile scelta illiberale del legislatore⁴⁹. La variabile temporale perde peraltro di interesse per le costruzioni giuridiche più recenti, come quelle del legittimo affidamento o della buona fede, che risultano invece incentrate su una diversa logica relazionale⁵⁰.

Per gli Autori che al contrario ragionano di un diritto costituzionale "per principi" o di una "interpretazione per valori"⁵¹ i limiti alla retroattività si fanno ancora meno stringenti se non evanescenti⁵² ampliando potenzialmente a dismisura le ipotesi di ammissibilità di un intervento retroattivo, in special modo qualora si reputi la ragionevolezza (intesa come meta-criterio di bilanciamento) alla stregua della matrice legale ed il fondamento a cui ancorare l'operare di qualsiasi canone di diritto intertemporale *ivi* compreso quello del *tempus regit actum*⁵³.

⁴⁹ G. GROTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali...*cit., p. 77.

⁵⁰ F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in AA. VV. *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 32 dove si legge «se al tempo della legge sostituiamo il tempo del principio integrativo di buona fede è possibile dare certezza alle aspettative del cittadino e così tutelare il suo legittimo affidamento. Un legittimo affidamento che è tutelato dal tempo della buona fede, dalla fattispecie normativa che risulta dall' integrazione del principio di buona fede con le norme di legge che continuano ad essere valide ed efficaci nel tempo della buona fede e non nel tempo naturalistico». Coerentemente, anche un intervento *pro futuro* potrebbe essere lesivo del "nucleo duro" dell'affidamento: per esempio, qualora le aspettative del cittadino nella conservazione del rapporto di durata riposino non su un generico affidamento bensì su una specifica "promessa" del legislatore, come si potrebbe rinvenire in alcune categorie di leggi quali le leggi incentivo. Cfr. A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli al legislatore futuro*, in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, CEDAM, 1997, pp. 153 e ss., e in generale sul tema F. F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, spec. pp. 109 e ss.

⁵¹ Si concorda peraltro con chi preferisce distinguere i tipi di bilanciamento in base ai beni in gioco come O. CHESSA, *Principi, valori e interessi nel ragionevole bilanciamento dei diritti*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE e A. SPADARO, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 225 e ss. Sul rapporto tra valori e interessi si veda G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà e eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 29 e ss.

⁵² Lo stesso M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività...*cit., p. 1833-1834, parla, almeno nelle premesse del suo ragionamento, di un «bilanciamento [...] tra fondamentali valori ordinamentali» (vedi però le precisazioni alla nota n. 54). La prospettiva più compiuta in questa direzione si rinviene in L. DE GRAZIA, *La retroattività possibile*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016, spec. pp. 157 e ss., che richiama il nesso che intercorre tra l'uso sempre più frequente di leggi retroattive e l'affermarsi dello Stato costituzionale «in cui è necessario operare un bilanciamento tra valori e principi che non vedono più protagonisti solo i singoli individui, ma gli interessi della collettività». M. MANETTI, *I vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in AA. VV., *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*. Atti del Seminario di Roma del 5 ottobre 2000 (a cura di A. ANZON), Torino, Giappichelli, 2001, p. 34, afferma significativamente che «le prestazioni di prevedibilità e di sicurezza connesse alla forma della legge sono diventate meri ingredienti del discrezionale bilanciamento del legislatore, alla pari di altri principi o valori materiali, ed anzi spesso in posizione deteriore».

⁵³ F. MAISTO, *Il «diritto intertemporale». La ragionevolezza dei criteri per la risoluzione dei conflitti tra norme diacroniche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 38.

Salvo le cautele di chi considera almeno la certezza del diritto come un bene non passibile di bilanciamento⁵⁴, ciò implica, difatti, un ampio margine discrezionale per l'interprete che potrebbe anche sostituirsi al legislatore nella gestione degli effetti temporali della disciplina sopravvenuta in presenza di qualsivoglia utilità sociale ritenuta, attraverso il supposto bilanciamento, gerarchicamente prevalente rispetto al sacrificio individuale. In altre parole, pur in assenza di una espressa disposizione sul punto, si potrebbe superare la normale irretroattività della norma proprio sul terreno della ragionevolezza⁵⁵.

Quello che pare dunque mutare significativamente, a seconda delle teorie interpretative prescelte, è l'impatto da queste operato sui tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie: le prospettive ermeneutiche scopertamente ispirate ad una teoria dei valori non richiederebbero più semplicemente di temperarne l'applicazione alla luce delle prescrizioni della Carta fondamentale, in ragione dell'operare del criterio gerarchico⁵⁶, ma determinerebbero l'affermazione di nuovi criteri di natura assiologica capaci di riverberarsi in ogni angolo del sistema delle fonti.

In questo scenario, il principio generale di irretroattività non è ovviamente il solo vincolo formale a dare prova di cedevolezza. Per restare fermi alle sole ipotesi di operatività del criterio cronologico, si consideri, ad esempio, l'eccezionale ipotesi rappresentata dalle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato⁵⁷ che risultano non sottoponibili a referendum abro-

⁵⁴ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza...* cit., pp. 473-474: «si tratta, semmai, della prospettiva dalla quale il gioco dei valori costituzionale dovrebbe essere riguardato perché la certezza del diritto costituisce la specifica manifestazione giuridica del raccordo pace-sicurezza-statalità».

⁵⁵ Si prenda ad esempio la sentenza n. sent. n. 199 del 1986 in cui si pervenne alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 76 della legge 4 maggio 1983, n. 184 ("Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori") «nella parte in cui preclude l'applicazione dell'art. 37 alle procedure già iniziate nei confronti di minore straniero in stato di abbandono in Italia». La Corte affrontava *funditus* il tema dell'applicazione intertemporale della norma spiegando che «L'art. 76, peraltro, nella ipotesi in cui le disposizioni della legge 431/67 non potessero essere applicate a minore straniero, perché eccepita la carenza di giurisdizione del giudice italiano, come nel caso di specie, o per essere richiamata dalle regole di conflitto la legge straniera, sancendo la irretroattività della nuova disciplina dell'art. 37, sottrae alla protezione della legge italiana il minore straniero abbandonato in Italia prima della entrata in vigore della legge 184/83. Si verifica qui un *v[u]lnus* innanzi tutto dei valori costituzionali di cui all'art. 2 Cost., che non può non essere implicitamente richiamato come norma di garanzia dei diritti umani operante anche nei confronti dello straniero» (punto 3 del cons. in dir.). A commento della pronuncia F. MAISTO, *Diritto intertemporale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, Esi, 2007, pp. 64 e ss: «la giurisprudenza costituzionale ha scopertamente delineato la concezione che il regime riferibile alla retroattività di norme a tutela della persona umana opera, anche là dove un'univoca disposizione legislativa lo escluda». *Contra* GUASTINI, *op. cit.*, p. 183, ribadisce in generale la tradizionale prospettazione in base alla quale affinché una legge possa dirsi retroattiva deve risultare dall'espressa dichiarazione del legislatore. Per un differente modo di risolvere il caso si prenda in esame invece la decisione Corte cost. sent. n. 137 del 1986 ove la mancata efficacia retroattiva della *lex posterior* (nella specie l'art. 4 della l. n. 903 del 1977), in presenza di un onere costituzionalmente raccomandato di estendere al passato l'efficacia della nuova normativa entrata in vigore, determinava la declaratoria di incostituzionalità della *lex anterior* applicabile alla fattispecie.

⁵⁶ Per F. MODUGNO, *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 185 ss., il criterio gerarchico in quanto positivo prevale rispetto a quello cronologico. Rientra sicuramente in questa prospettiva anche il caso *supra* citato relativo alla disciplina dell'adozione del minore in cui la Corte ha dovuto difatti ragionare per «rime obbligate» essendo l'unico risultato non solo possibile ma anche doveroso alla luce del testo costituzionale.

⁵⁷ Per usare le parole di A. RUGGERI, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento «intercostituzionale»*, in *Costituzione e Globalizzazione*, a cura di G. BARCELLONA e R. DI MARIA, Enna, Euno Edizioni, 2000, p. 106, si tratta di una «variante sul

gativo in quanto la loro «*eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione*» (Corte cost. sent. n. 35 del 1997). Se ne evince così un'importante trasformazione che corre sotterranea alle dinamiche ordinamentali e che si intreccia variamente alle diverse teorie della Costituzione abbracciate dagli interpreti: il segreto "motore immobile" dietro l'evoluzione normativa può anche non coincidere più con il canone della *lex posterior* quale archetipo della fiducia riposta nella capacità del legislatore di sostituire una regola con un'altra al fine di adeguare la disciplina alle mutate esigenze sociali, bensì con il principio di proporzionalità/ragionevolezza che richiede, al contrario, la ricerca del trattamento giuridico più adeguato al caso della vita a prescindere dal suo statuto temporale⁵⁸.

Se di per sé il fenomeno può anche apparire coerente con un altro auspicabile obiettivo, ossia il proposito di non dare vita a quelle diseguaglianze di trattamento, poco giustificabili sul piano sociale, che si verrebbero a creare qualora si optasse sempre per un'applicazione rigorosamente *pro futuro* dello *ius supervenies*⁵⁹, non si può però tacere di alcune derive potenzialmente pericolose che si celano dietro una tale sospinta deformalizzazione dei criteri di risoluzione delle antinomie (temporali), che rischia, invero, di divenire incontrollabile⁶⁰.

Non vi è modo di soffermarsi sulla portata e sui rischi generali di siffatto cambiamento metodologico, ma risulta quantomeno dirimente sottolineare che un simile processo – ancora non portato a compiuto sistema e variamente intrecciato, come già preconizzato, al mutamento della forma di Stato⁶¹ – non imporrebbe semplicemente di riporre in soffitta i paradigmi formali del positivismo tra i quali la nostalgica ambizione –per usare una diversa metafora –

tema specificatamente riferita dalla giurisprudenza ai rapporti tra legge e referendum abrogativo, ma essa pure dotata di generale valenza (con riguardo, cioè, ai rapporti tra legge e legge)».

⁵⁸ Stante l'intricato intreccio se «non vera e propria immedesimazione, che si ha tra la ragionevolezza come rispondenza, verificata sul piano sostantivo, di norme a fatti e/o valori e la ragionevolezza come tecnica risolutiva di antinomie» A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prima della giustizia costituzionale*, in *La ragionevolezza del diritto...*cit., p. 115. È evidente allora che in presenza di un «diritto divino o consuetudinario o comunque essenzialmente statico», come appare una argomentazione giudiziale fondata sui valori, il problema della successione delle norme nel tempo «non sorge, né può sorgere» parafrasando G. PACE, *op. cit.*, pp. 27 e ss.

⁵⁹ L. CARLASSARE, *L'eguaglianza nel diritto intertemporale*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del 7 Convegno Nazionale SISDIC, 12-14 aprile 2012*, Napoli, 2013, p. 403: «Un problema di eguaglianza si può anzi presentare in senso inverso, a causa del mancato adeguamento della normativa esistente alle situazioni che evolvono e non tollerano il persistere di discipline divenute incongrue». Il piano di analisi non è però agevole perché al contempo «*il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche*» (già in sent. 238 del 1984), sicché aveva ragione G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali...*cit., p. 98 ad affermare che in generale il principio di uguaglianza può al contempo giustificare la retroattività come vietarla. Sullo sfondo si staglia proprio l'ambiguità del trascorrere del tempo che, se da una parte può rendere necessario adeguare l'ordinamento all'evoluzione socio-economica, dall'altra contribuisce al consolidamento dell'affidamento dei consociati nella conservazione dello *status quo ante*.

⁶⁰ Sull'ipotesi in cui al parametro dell'eguaglianza si sostituisca quello della ragionevolezza come regola sulla produzione del diritto, si v. M. DOGLIANI, *Il ruolo della Corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quad. 11, Torino, Giappichelli, 2001.

⁶¹ E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 243, sul passaggio dal giudice burocrate al «profeta del diritto» nel trapasso dallo Stato di diritto (*Rechtstaat*) allo Stato che garantisce la tutela giuridica (*Richterstaat*).

di un diritto “calcolabile come una macchina” à la Max Weber⁶², ma indebolirebbe altresì la caratura analitica delle maglie teoriche con cui lavora quotidianamente l’operatore del diritto⁶³, se non l’effettività degli stessi diritti fondamentali (sul punto v. *infra* §5.).

Infine, questo orientamento porta ad enfatizzare il protagonismo delle Corti che nel processo di destrutturazione giocano oramai un ruolo centrale essendo titolate a governare, in concorrenza con il legislatore, il bilanciamento tra valori costituzionali ed interessi pubblici, intorno alla cui orbita transita catturata anche la nozione di retroattività.

3. Un nuovo argine. Il “dialogo” tra Corte costituzionale e Corte EDU (nei suoi precedenti)

È insomma il richiamo alla tecnica decisoria del bilanciamento che permette di comprendere a quale ulteriore relativizzazione siano stati sottoposti i beni giuridici alla cui tutela il divieto di retroattività è preordinato.

Accantonando per il momento la questione relativa al limite rappresentato dall’esercizio della funzione giurisdizionale, l’impressione è che, nonostante gli enfatici richiami compiuti ad opera della stessa giurisprudenza che ama sovente descriverli come «fondamentali valori di civiltà giuridica» (da ultimo sent. Corte cost. 276 del 2016), questi ultimi subiscono i contraccolpi causati dall’erompere del nuovo modello di cultura giuridica e di organizzazione giuspolitica sopra delineato.

Conformemente dunque alla nuova architettura istituzionale che in molti non esitano a descrivere sotto la formula dello «Stato costituzionale», la certezza perde la sua valenza di meta-valore ordinatore dell’intero assetto normativo ed entra nel gioco del bilanciamento con gli altri principi o valori costituzionali, da cui può anche uscire sconfitta⁶⁴. Ulteriore elemento di incertezza risulta poi nel fatto che al bilanciamento compiuto dal legislatore può sostituirsi quello della Corte costituzionale (in virtù del controllo di costituzionalità) come quello delle altre Corti sovranazionali (in ragione dell’apertura dell’Italia all’integrazione con gli altri ordinamenti).

⁶² Sul punto l’insuperato saggio di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, che dedica ampio spazio sull’intuizionismo che si cela dietro al «decidere per valori» ed ai correlati rischi in termini di perdita di certezza del diritto.

⁶³ La logica dei valori “buca” i tradizionali steccati dommatici facilitando l’implicita confusione tra (o la consapevole obliterazione delle) distinte categorie come, per esempio, le famose 5 dimensioni temporali della norma individuate da R. GUASTINI, *Il tempo e le norme*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 723: a) la sua esistenza, b) la sua vigenza, c) la sua validità, d) la sua applicabilità, e) la sua efficacia). È abbastanza emblematico di questo pericolo la confusione tra efficacia e validità della disposizione che pone in campo il problema della “retroattività” della sentenza di accoglimento della Corte costituzionale su cui v. anche di recente il commento di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2, 2019, spec. p. 255.

⁶⁴ G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto Pubblico*, 2, 2018, pp. 517-544, ove si sostiene che l’antitesi della certezza del diritto calata nello Stato costituzionale sia oggi rappresentata dal pluralismo dei valori costituzionali.

L'esaltazione del momento giurisprudenziale impone così che la ricerca dei limiti, in punta di ragionevolezza, alla retroattività si svolga quasi su base casistica nelle pieghe di una «labirintica giurisprudenza» che impone alla trattazione di assumere i caratteri della cronaca giudiziaria⁶⁵. Le relazioni tra Corti possono peraltro assumere i connotati del dialogo come del conflitto (in materia il pensiero corre in special modo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo che sarà ora oggetto di esame), enfatizzando ancora di più gli elementi di imprevedibilità. Ove poi le decisioni riguardanti l'applicazione dei principi di certezza del diritto o del legittimo affidamento giungano ad esiti diversi, imponendo in taluni casi addirittura dei ripensamenti circa i rapporti tra fonti, è evidente il rischio di una «eterogenesi dei fini», ossia di un maggior costo, proprio in termini di certezza del diritto, causato da una continua divergenza interpretativa calata sul terreno della tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

Orbene, al fine di analizzare l'ampia casistica riguardante l'applicazione della Convenzione europea sul terreno della retroattività, va preliminarmente precisato che le pronunce più significative della Corte EDU sono intervenute nel settore delle leggi di interpretazione autentica che, come si vedrà, sono un peculiare fenomeno ascrivibile, solo in parte, alle leggi retroattive. In secondo luogo, va sottolineato che la Corte ha ricondotto il divieto di retroattività in materia civile principalmente entro due ordini di garanzie convenzionali ossia il diritto ad un giudizio equo (art. 6 CEDU)⁶⁶ ed il diritto di proprietà (art. 1 Protocollo 1 CEDU)⁶⁷, declinando cioè il principio di irretroattività o nel divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia e nel rispetto del principio di parità delle armi (si è parlato, a tal proposito, di una «torsione giurisdizionale» della certezza del diritto e dell'affidamento del cittadino⁶⁸), ovvero privilegiando il parametro convenzionale della tutela proprietaria in tutti quei casi in cui l'intervento abbia *ex post* determinato conseguenze negative ai ricorrenti di natura patrimoniale.

Anche davanti a tale giurisdizione sovranazionale, il divieto non è stato inteso peraltro in modo assoluto poiché l'intervento del legislatore può sempre essere giustificato da «motivi di interesse generale» (si veda la nota vicenda *National & Provincial Building Society, Leeds*

⁶⁵ A. PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium iuris*, 1997, 1, p. 64 e ss. Altri ancora hanno parlato di una «Torre di Babele» come A. ANTONINI, *Nella "Torre di Babele" della giurisprudenza costituzionale sulle leggi di interpretazione autentica: un caso particolare in materia elettorale*, in *Le Regioni*, 1997, p. 24 e ss.

⁶⁶ Fin dalla vicenda *Dombo Beheer B. V. c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1993 che pur non riguardando una disposizione dalla portata retroattiva bensì un divieto di chiamare a testimoniare, fu il primo caso in cui la Corte rilevò che il principio della parità delle armi trovava applicazione in materia civile come in materia penale. La prima pronuncia in materia di leggi retroattive fu invece la successiva *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia*, 9 dicembre 1994, che ravvisò proprio la violazione del principio summenzionato giacché questi «*implica l'obbligo di offrire a ogni parte una possibilità ragionevole di presentare la sua causa in condizioni che non la pongano in una posizione di netto svantaggio rispetto alla controparte*» (par. 46).

⁶⁷ Tra le prime *Pine Valley Developments Ltd. E altri c. Irlanda*, 29 novembre 1991. Si tenga a mente peraltro che la nozione di «beni» di cui all'art. 1 del Protocollo 1 CEDU comprende anche «*l'espérance légitime*» di acquisizione di un bene sempre che possa configurarsi come un «*valeur patrimoniale*» con una base sufficientemente riconosciuta dal diritto interno (tra le molte *Maurice c. France*, 6 ottobre 2005, par. 69). Di nuovo quindi emerge il collegamento con la tematica del principio del legittimo affidamento.

⁶⁸ P. CARNEVALE, G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, 1.

Permanent Building Society e Yorkshire Builind Society c. Regno Unito). Tra questi non compaiono però le esigenze di carattere finanziario⁶⁹.

È proprio sotto questo profilo che il noto caso *Agrati* ha rappresentato forse il primo di una lunga sequela clamorosa di momenti di “alta tensione” nei rapporti tra il giudice nazionale e quello sovranazionale sul quale la dottrina ha speso un’ampia opera di riflessione⁷⁰ su cui vale la pena ritornare non foss’altro che per il suo carattere emblematico.

Il *punctum dolens* – se è permesso in prima battuta un certo margine di semplificazione – era infatti rappresentato proprio dal quesito dirimente di chi fosse la Corte titolata a stabilire, di volta in volta, cosa si debba intendere per motivi di interesse generale: se la Corte costituzionale, decisa ad avvalersi della clausola del «*marginde di apprezzamento*» per non vedere compressa la propria competenza, o la Corte EDU preoccupata di ritrovare le garanzie convenzionali diluite in un blando bilanciamento con gli interessi pubblici apoditticamente accampati dal legislatore.

A Palazzo della Consulta le esigenze di sostenibilità finanziaria sono infatti particolarmente tenute in considerazione e con la sentenza n. 311 del 2009 la Corte cost. aveva tentato di farle pesare quantomeno alla stregua dei «*profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali*» lasciati dalla Convenzione europea «*alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate*» in quanto non si potrebbe «*non lasciare ai singoli Stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell’onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l’altro, degli interessi che sono alla base dell’esercizio del potere legislativo*». (Corte cost. n. 311/2009, 9 cons. in dir.).

Il tentativo è stato fallimentare e la Corte europea ha invece proceduto ad ulteriori declaratorie di violazione dei parametri convenzionali (*Biasucci c. Italia*, 25 marzo 2014), fino alla celeberrima vicenda sulle c. d. “pensioni svizzere” (*Maggio c. Italia*, 31 maggio 2011) che ha rappresentato un evidente strappo nei rapporti tra le due Corti⁷¹. Alla ennesima sentenza europea di condanna, la Corte costituzionale ha replicato difatti con un deciso pronunciamento (la sent. n. 264/2012) nel quale, preso finalmente atto che «*il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie dalla Corte di Strasburgo, con ciò superan-*

⁶⁹ L’affermazione non va ritenuta come una petizione di principio. La Corte europea è ferma però a precisare che ragioni di natura finanziaria non possano, da sole, autorizzare il potere legislativo a sostituirsi al giudice nella definizione delle controversie (si vedano *Scordino c. Italia*, n. 36813/97, § 132, CEDU 2006–V, e *Cabourdin c. Francia*, n. 60796/00, § 37, 11 aprile 2006.) Si tratta quindi, per usare il linguaggio della Consulta, di «*un approdo giurisprudenziale stabile*» (sent. n. 120 del 2018).

⁷⁰ *Agrati c. Italia*, 7 giugno 2011. A commento M. MASSA, *Il Caso Agrati, Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti della retroattività*, in *Quad. cost.*, 3/2011, pp. 706 e ss.; S. FOÀ, *Un conflitto di interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, in *www.federalismi.it*, 15/2011; A. RUGGERI, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d’interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, in *Quad. Cost.*, 3, 2011, pp. 709 e ss.

⁷¹ A. VALENTINO, *Ancora sulle leggi d’interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. “pensioni svizzere”*, in *Osservatorio AIC*, 2013.

do i confini delle proprie competenze in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano», rivendicava comunque l'ultima parola alla stregua di organo di vertice dell'ordinamento costituzionale preso nel suo complesso. In virtù del sistema delineato dalle sentenze gemelle, la Corte costituzionale può difatti «valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano». I ruoli distinti consentono dunque alla Corte di riproporre il suo bilanciamento tra beni costituzionali ove, questa volta, sul piatto della bilancia, a venire pesata è direttamente la norma convenzionale per come interpretata dalla Corte EDU nella peculiare vicenda processuale⁷².

Il tutto – si badi bene – pur sempre in costanza della apodittica affermazione che le due Corti condividerebbero sostanzialmente una coincidente impostazione teorica circa i principi applicabili in materia di divieto di retroattività della legge civile (o almeno questa pare essere la tesi della Corte italiana⁷³).

A cosa si dovrebbe allora questa «asimmetria percettiva»⁷⁴ che sembra aver trasformato la celebre pratica del dialogo tra giudici in un «doppio monologo tra parlanti lingue diverse»⁷⁵?

La tendenza da parte della più attenta dottrina è stata quella di rivolgere la propria attenzione ad una pluralità di elementi tra i quali il carattere più o meno concreto del sindacato⁷⁶, la non «coassialità» delle due Carte⁷⁷, le aporie del criterio del *maximum standard*⁷⁸, il ruolo istituzionale di ciascuna Corte nel proprio contesto ordinamentale⁷⁹.

⁷² «nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti cui, come dianzi chiarito, anche in questo caso è chiamata questa Corte, rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro come sopra integrato prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata. In relazione alla quale sussistono, quindi quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva» (5.3 cons. in dir.). Un esempio quindi di «bilanciamento interordinamentale». Cfr. A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali, e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 1, 2011.

⁷³ Ci si riferisce al passaggio contenuto sempre nella sent. n. 264 del 2012 dove si legge «Peraltro, siffatta impostazione risulta sostanzialmente coincidente con i principi enunciati da questa Corte con riguardo al divieto di retroattività della legge, che, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost. (sentenze n. 15 del 2012, n. 236 del 2011 e n. 393 del 2006). Il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare – come rilevato nelle citate sentenze – disposizioni retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale» ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU» (5.2 cons. in dir.).

⁷⁴ M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in *Le leggi retroattive nei diversi rami...* cit., p. 54.

⁷⁵ A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Consulta OnLine* 17.12.12, p. 9.

⁷⁶ Coerentemente con il modello di controllo giurisdizionale di diritto oggettivo che la caratterizza, il giudice delle leggi si arresta spesso ad un deferente scrutinio di legittimità dove la concreta vicenda da cui scaturisce la questione di legittimità resta inesorabilmente sullo sfondo anche perché la Corte, nonostante disponga di tutti gli strumenti per compiere un'appropriata istruttoria, preferisce procedere per assiomi suffragati, al massimo, da elementi "astratti" (come la ricostruzione dell'evoluzione normativa) intesi a dimostrare un trend coerente con i fatti percepiti. Diversamente invece la Corte europea che sembra atteggiarsi quale Corte del caso concreto. Si v. polemicamente in questo senso A TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2, 2016.

A ben riflettere però vi è una spiegazione più semplice e più piana capace di mettere a sistema simili profili, certamente pregnanti, e che permette di cogliere un tratto unificante di tutte le pronunce considerate che risulta altresì coerente anche alla luce delle successive evoluzioni e contaminazioni nel linguaggio adottato dalla due Corti: ci si riferisce al problema centrale del metodo di risoluzione delle antinomie adottato nell'ipotesi del sindacato sulle leggi retroattive. È solo quest'ultimo, come si verrà ora a spiegare, a rappresentare una finestra aperta sulle specifiche caratteristiche del sindacato di costituzionalità ed un punto di osservazione privilegiato da cui scrutare i nuovi indirizzi giurisprudenziali capaci di scompaginare anche gli assetti dogmatici preesistenti più coriacei.

Anche perché l'accusa mossa dal giudice delle leggi di una tutela «parcellizzata» dei diritti fondamentali («*A differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata*» 5.4 cons. in dir.) sembrava, già ai tempi, quantomeno ambigua: se la Corte intendeva riferirsi al bilanciamento delle risultanze ermeneutiche delle pronunce della Corte europea con le disposizioni costituzionali, non si vede infatti come la tutela offerta dalla Corte europea potesse ambire, stante il suo carattere internazionale, ad intaccare siffatto «monopolio esclusivo nel bilanciamento»⁸⁰. Al contrario, se il vero problema fosse rappresentato proprio dal carattere internazionale della garanzia offerta, non si può non prendere atto *en passant* dei recenti tentativi di un suo superamento verso una sua più compiuta costituzionalizzazione⁸¹.

Analogamente, l'argomento di un diverso fondamento assiologico delle due Carte è stato utilizzato sovente, ma altresì secondo modalità a tal punto antitetiche, nei rispettivi obiettivi polemici, da far dubitare oramai di una propria valenza risolutiva. Per esempio, è un noto *refrain* dottrinale l'affermazione che il nucleo duro della Convenzione sia rappresentato dai diritti civili e politici piuttosto che dai diritti sociali. E ciononostante codesta perentoria distinzione trova difficile cittadinanza nell'analisi del caso in esame ove, a ben vedere, a delle meritevoli esigenze di perequazione che ispiravano lo *jus superveniens* si contrapponeva, oltre che il diritto al giudice, anche l'affidamento ingenerato in determinate categorie di cittadini da un consolidato assetto legislativo attinente l'erogazione di prestazioni sociali la cui azionabilità viene in generale garantita dalla Convenzione, qualora queste possano rappre-

⁷⁷ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018, che affronta il caso specifico qui citato a p. 107.

⁷⁸ Per tutti M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, ora in www.archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/costituzionalismo_irenico/index.html.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ C. PINELLI, «*Valutazione sistemica*» versus «*valutazione parcellizzata*»: un paragone con la Corte di Strasburgo, in *Giur. Cost.*, 6, 2012, pp. 4228 e ss., che parla in tal senso di un «equivoco» alla base della decisione.

⁸¹ A. STONE SWEET, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 80, 2009, pp. 929 e ss., esamina il ruolo giocato dal test di proporzionalità in questa direzione.

sentare “legittime aspettative” di godere di una misura di *welfare*, proprio ai sensi dell’art. 1 Prot. I⁸².

In altre parole, il vero problema, anche a voler escludere il profilo dirimente dell’interferenza con l’amministrazione della giustizia, era in realtà rappresentato dalla tutela *diacronica* della conservazione di una prestazione sociale e non già da una astratta dialettica tra libertà negative e prestazioni positive.

Se si vuole comprendere perché nel caso *Maggio* la Corte abbia dichiarato una violazione dell’art. 6 CEDU ma non del diritto di proprietà bisogna dunque necessariamente guardare altrove, vale a dire alla più generale problematica rappresentata dal pervasivo uso della tecnica del bilanciamento su cui si innesta ciascuno degli altri elementi presi in considerazione⁸³.

È stato coerentemente affermato che il vero *quid pluris* dell’approccio della Corte EDU sarebbe in effetti rappresentato dal fatto che l’uso fraudolento della retroattività (nella peculiare forma dell’interpretazione autentica) sia sanzionato dalla Corte di Strasburgo perché questa appare refrattaria ai bilanciamenti e risulta piuttosto impegnata nello scandagliare alla ricerca dell’abuso processuale. Anche i «*motivi imperativi di interesse generale*» sarebbero dunque vagliati non «al di fuori dell’abuso, come interessi antagonisti che vengono a bilanciare il sacrificio imposto all’affidamento del privato», ma piuttosto come «elementi propri della condotta apparentemente illecita»⁸⁴ sospettata di aver inciso la sfera individuale.

Quest’ultima affermazione è particolarmente significativa e merita un ulteriore approfondimento.

A ben guardare, la giurisprudenza della Corte non è completamente estranea all’uso del canone ermeneutico del bilanciamento, trovandosi questi impiegato ad esempio per dirimere il conflitto tra due diritti previsti entrambi nella Convenzione⁸⁵. Certamente anche i diritti in essa sanciti (come l’art. 6 CEDU) non godono poi di una portata “assoluta” e possono prevedere eccezioni, anche implicite, che permettano agli Stati di contemperarne il rispetto in presenza di interessi generali⁸⁶.

⁸² Sul punto A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU...cit.*, p. 2.

⁸³ La stessa Corte può insomma ragionare diversamente in base al parametro sollevato a seconda che il criterio per risolvere l’antinomia sia o meno preesistente: nel caso della Costituzione italiana, analogamente, è stato detto che «non si dovrà operare un bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica e la dignità umana, in quanto il bilanciamento è già stato effettuato in maniera esplicita a monte, all’interno del documento costituzionale» Cfr. G. PINO, *Il diritto all’identità personale*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 103.

⁸⁴ M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in *Le leggi retroattive nei diversi rami dell’ordinamento...cit.*, pp. 51 e ss. Anche L. MENGHINI, *I contrasti tra Corte EDU e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2012, p. 380 afferma che «la Corte di Strasburgo pare considerare le nostre leggi retroattive come l’espressione di furbizie, inganni, soprusi delle istituzioni nei confronti dei cittadini».

⁸⁵ Ad esempio fin da Corte EDU, sent. 7 luglio 1989, *Gaskin v. United Kingdom*; Corte EDU, sent. 10 dicembre 2007, *Stoll v. Svizzera*; Corte EDU, sent. 28 ottobre 1994, *Murray v. United Kingdom*.

⁸⁶ A. MCHARG, *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual problems and doctrinal uncertainty in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *The Modern Law Review*, Oxford, 1999.

Nonostante non si possa dunque parlare di un approccio ermeneutico “per regole”, è pur vero però che la protezione dei diritti sembra improntata all'utilizzo di metodi interpretativi dotati di peculiare originalità, non riscontrabile negli ordinamenti interni, votati a garantire la preminenza del diritto stesso.

Anche quando la Corte viene chiamata a valutare il margine di apprezzamento, preferisce impiegare una logica non strettamente monotonica - definita «*floue*» o «*fuzzy*» perché non assimilabile alla comune logica formale binaria e servente all'esigenza di valutare la compatibilità della normativa interna rispetto a quella europea secondo una prospettiva di prossimità e non di appartenenza⁸⁷ -, che le consente di comprimerne la relativa estensione attraverso i vettori ermeneutici del principio di proporzionalità e del principio della preminenza del diritto⁸⁸. Non a caso, se si prendono in considerazione gli autori stranieri più critici verso la giurisprudenza europea (la cui dottrina pare abbia avuto un'eco anche in alcuni passaggi argomentativi centrali delle pronunce della Corte) si può apprezzare che anche per questi ultimi – che pur hanno contribuito alla teorizzazione della distinzione tra «*individual*» e «*constitutional justice*»⁸⁹ – non possa essere trascurato l'elemento del «*priority-to-rights principle*» che attribuisce una rilevanza ai diritti stessi rispetto al legittimo perseguimento dell'interesse pubblico.

Quanto poi alla ricerca della norma (convenzionale o costituzionale) che offra la più intensa tutela si potrà certamente avere un successivo concorso della Corte costituzionale - seppur eccezionale⁹⁰ - nella ricerca del miglior bilanciamento con gli altri contro-interessi in campo dotati di copertura nel diritto interno. Ma ciò non scioglie il problema, preliminare e centrale, del motivo in base al quale sia proprio la norma convenzionale e non quella costituzionale a disporre il livello di tutela più alto rispetto al diritto fondamentale in gioco *id est* il diritto all'equo processo (che, in ragione della definitività e generalità della legge di collisione non dipende, come a volte polemicamente sostenuto, dalla mera singolarità o individualità dei casi decisi).

Evidentemente, nonostante non si possa discorrere di un tradizionale metodo logico-deduttivo *tout court*, la ragione principale è che le circostanze addotte per giustificare misure retroattive incidenti su processi in corso sono «*trattate con la massima circospezione possibile*» (Corte EDU, seconda sezione, 14 febbraio 2012, *Arras e altri contro Italia*) sì da ingenerare una attenta valutazione di elementi fattuali ritenuti utili per propendere o, viceversa, disinnescare l'accertamento della violazione dell'Art. 6 CEDU. Tra questi compaiono lo stato

⁸⁷ DELMAS MARTY, *Fecondità delle logiche giuridiche sottese ai metodi interpretativi della Corte europea*, in DELMAS MARTY (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Padova, CEDAM, 1994, pp. 327 e ss.

⁸⁸ Canone ermeneutico risalente nella giurisprudenza. Si v. già P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, pp. 59 e ss.

⁸⁹ S. GREER, *What's wrong with the European Convention on Human Rights?*, in *Human Rights Quarterly*, 2008, 3.

⁹⁰ Delimitato cioè ai soli casi in cui la norma convenzionale risulti essa stessa in contrasto con la Costituzione. Altrimenti la Corte nazionale si intesterebbe il potere di «rifare ogni volta il bilanciamento» già compiuto da quella europea. Cfr., F. VIGANÒ, *Convezione Europea dei Diritti dell'Uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in S. SONELLI (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 229 e ss.

del giudizio, la prevedibilità e la tempistica dell'intervento legislativo, nonché la circostanza che lo Stato sia parte della controversia. Una forma dunque di bilanciamento dalla morfologia intermedia tra un bilanciamento definitorio (di cui è mutuata la stabilità e prevedibilità della "legge di collisione") e un bilanciamento *ad hoc* (in quanto fortemente condizionato dalle già citate circostanze del caso che non rilevano però come "fatti", attraverso la valvola della ragionevolezza, ma come ulteriori presupposti giuridici valutati nella loro concretezza).

Di una simile impronta argomentativa non c'era (fino ad ora) traccia nella giurisprudenza italiana.

4. Leggi retroattive e leggi di interpretazione autentica: *separate but equal*?

4.1. 4.1 Finzione giuridica e bilanciamento

La "europeizzazione" della giurisprudenza costituzionale sembra peraltro un *trend* auspicabile se solo si ragiona circa i profili di teoria generale inerenti al potere del legislatore di intervenire attraverso una disposizione di interpretazione autentica sul previgente tessuto normativo.

Contrariamente a quanto numerosi Autori del passato hanno sostenuto, le leggi di interpretazione autentica non sono infatti "leggi retroattive" bensì leggi che possono avere "effetti retroattivi"⁹¹ (*rectius* che possono retrospettivamente rivalutare una previgente qualificazione giuridica. Cfr., §2.). Da questa diversa qualificazione descrittiva discendono conseguenze dirimenti anche sul piano prescrittivo che l'uso della tecnica del bilanciamento, strutturato come astratta comparazione tra opposti interessi in gioco, non riesce a tenere in adeguata considerazione.

Per rendere più intellegibile codesta distinzione, già oggetto di autorevoli riflessioni, può essere utile partire da alcuni concetti, richiamati negli studi in materia ma mai sufficientemente approfonditi, che possono fungere non solo da guida per la comprensione del fenomeno ma pure da utile schema di sistematizzazione scientifica per la caotica giurisprudenza in materia. Ci si riferisce alla natura di *fictio iuris* della retroattività.

Mentre il succedersi degli atti-fonte nel tempo ha, come si è visto, una necessaria impostazione unidirezionale determinata, in senso naturalistico, dal susseguirsi degli eventi da cui dipende la loro entrata in vigore, non altrettanto può dirsi, a rigore, per le norme espressione di quegli enunciati legislativi⁹².

⁹¹ Concorde A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 207-214, che ritiene applicabile all'interpretazione autentica i tradizionali criteri di successione tra norme.

⁹² Ad es. A. PUGIOTTO, *Il principio di irretroattività preso sul serio*, in *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento...cit.*, p. 15 afferma «Naturalisticamente, infatti, la legge retroattiva non può produrre conseguenze opposte a quelle della legge abrogata, in relazione alle medesime situazioni giuridiche. Eppure è ciò che pretende di fare semplicemente capovolgendo la clessidra». R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale...cit.*, pp. 81 e ss.: «la norma è un comando e il comando non ha senso se non rispetto a contegni futuri [...] è

Il diritto infatti – *id est* il contenuto normativo delle disposizioni entrate in vigore – può beninteso “guardare” al passato ma solo in ragione della sua ontologica artificialità che gli permette di emanciparsi da qualsiasi condizionamento fisico *ivi* compresi, dunque, anche i vincoli temporali che regolano l’introduzione della disposizione nell’ordinamento⁹³.

Nulla vieta, in effetti, su uno stretto piano fattuale, che la legge entrata in vigore il giorno X produca i propri effetti nel periodo antecedente a X⁹⁴. Tuttalpiù se ne potrà contestare la portata illiberale invocando limiti *giuridici* alla discrezionalità politica del sovrano di “riavvolgere” l’ordine degli eventi (nella cui categoria non possono che rientrare anche i presunti limiti (para-) *ontologici* studiati dalle opposte teorie del fatto compiuto o dei rapporti esauriti⁹⁵). Da qui dunque la finzione giuridica della retroattività. Nel mondo fisico, il legislatore non può che essere, parafrasando G. Husserl, «Uomo del futuro»⁹⁶, stante l’irreversibilità della successione diacronica degli eventi, mentre nell’universo giuridico i limiti scanditi dall’inevitabile decorso del tempo fenomenico sono mascherati dall’introduzione di un diverso tempo giuridico di carattere artificiale attraverso l’operazione di riqualificazione delle situazioni giuridiche in campo.

Ebbene, proprio in quanto *fictio iuris* ogni disposizione retroattiva si dimostra allora la manifestazione di una tecnica legislativa affatto peculiare che determina la lesione della ponderabilità delle conseguenze giuridiche derivanti dalle decisioni dei consociati (la cui tutela è presidiata in generale, come si è visto, dai beni fondamentali della certezza del diritto e del legittimo affidamento o, più nello specifico, da altri parametri costituzionali) secondo modalità – e qui sta il felice paradosso – inequivocabilmente *certe*.

La finzione, volendo avvalerci della nozione ereditata dalla tradizione romanistica, non è difatti descrivibile come un mero inganno ma piuttosto la simulazione di una diversa realtà creata per fini eminentemente pratici. Come sosteneva già Tommaso d’Aquino la *fictio iuris* «*non est mendacium sed aliqua figura veritatis*»⁹⁷. Per poter operare non dissimula la

chiaro che nessuna legge può operare prima della sua entrata in vigore; ed è chiaro, e senza possibilità di contestazione, come meglio vedremo, che ogni norma svolge la propria operatività esclusivamente nel futuro».

⁹³ O. PFERSMANN, *Il quadro strutturale della temporalità degli ordinamenti normativi giuridici*, in *Diritto intertemporale e rapporti civilistici...*cit., p. 269, parla in tal senso del diritto come di una «costruzione normativa controfattuale».

⁹⁴ Il tempo di appartenenza della norma all’ordinamento dipende dalla sua acquisita esistenza giuridica ma non altrettanto può dirsi della sua efficacia. Si v. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti...*cit., pp. 169 e ss. Motivo per il quale, come sottolineato dalla Corte costituzionale, non si può fare discendere un generale principio di irretroattività di rango *costituzionale* legge dall’art. 73, comma 3, Cost. poiché quest’ultimo regola unicamente l’applicabilità e non l’efficacia della disposizione.

A conforto sent. Corte cost. n. 71 del 1957 «*siffatto principio non potrebbe essere ricavato dall’art. 73, menzionato nell’ordinanza, perché il terzo comma di tale disposizione disciplina semplicemente il momento della entrata in vigore delle leggi, e più precisamente la vacatio legis, ponendo la regola del termine di quindici giorni dalla loro pubblicazione e ammettendo la possibilità di eccezioni*».

⁹⁵ Su cui A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 41 e ss.

⁹⁶ G. HUSSERL, *Recht und Zeit*, in *Recht und Zeit: fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt am Main, 1955, (trad. it.), *Diritto e tempo*, in *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 53 e ss. su cui le osservazioni di M. D’AMICO, *Riflessioni sulla nozione di tempo nel diritto costituzionale*, in *Jus*, 1992, I, pp. 39 e ss.

⁹⁷ TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, p. III, quaest. 76, art. VIII, Romae, Ex Typographiae Forzani et S., 1894, 679.

falsità dell'operazione giuridica bensì la presuppone come evidente per ambo le parti ossia, in altre parole, implica una non-verità «which [is] not meant to be believed»⁹⁸. Proprio al contrario, si può dire dunque che la finzione giuridica «esige la certezza del falso»⁹⁹ ossia pretende «che il falso non lasci alcun dubbio e che l'operazione di snaturamento sia assolutamente certa».¹⁰⁰

Nel caso della retroattività questo deriva, come appena visto, dal palese rovesciamento dall'elemento naturalistico realizzato attraverso il processo di rivalutazione giuridica: il legislatore non può di certo tornare davvero indietro nel tempo eppure ci ostiniamo a parlare di efficacia retroattiva a testimonianza che adoperiamo una finzione, ovvero una tecnica giuridica avallata e accettata, proprio in quanto capace di adeguare l'impianto giuridico senza la necessità di suscitare eccessivi quesiti teorici su un fenomeno che «diversamente sarebbe ingiustificabile»¹⁰¹.

Invero, l'impiego della retroattività permette al legislatore di aggiornare l'ordinamento senza tradire, almeno formalmente, un dogma irrinunciabile ossia la tradizionale configurazione del modo regolativo e la funzione di guida dell'enunciato legislativo. La retroattività è infatti, avvalendoci ancora una volta delle parole di Fuller, il frutto di una "norma che chiede l'impossibile"¹⁰² al cittadino, soprattutto se confrontata rispetto alla struttura modale che l'imperativismo post-illuministico adopera per descrivere l'universo normativo¹⁰³. Se, infatti, parafrasando Max Weber, l'obbedienza alla legge può già presupporre in generale un meccanismo finzionale¹⁰⁴, il rispetto di una disposizione che retrospettivamente faccia seguire conseguenze a decisioni già prese dal soggetto agente, si tratta in tutta evidenza di un'obbedienza ineluttabile che sottintende nella realtà un obbligo. Da qui, dunque, la necessità di travestire la brutalità dell'operazione attraverso l'impiego di una finzione¹⁰⁵.

⁹⁸ L.L. FULLER, *Legal Fictions*, in *Illinois L. R.*, 363, 367, 1930-31.

⁹⁹ Si tenga a mente l'insegnamento di YAN THOMAS che sulla finzione giuridica scrisse il fondamentale saggio *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales* apparso sulla rivista francese « *Droits* » nel 1995 e oggi tradotto per Quodlibet da M. SPANÒ. Thomas ci rammenta che la *fictio legis* non è un utensile qualsiasi nell'armamentario del giurista ma l'emblema stesso dell'artificialità caratterizzante ogni operazione giuridica.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 18.

¹⁰¹ J. BENTHAM, *Constitutional Code*, in *The Works of Jeremy Bentham*, IX, Edinburg, 1828-43, p. 77, che coerentemente riteneva la finzione giuridica una «falsità volontaria».

¹⁰² L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 95. Si vedano altresì le mirabili pagine sul problema della costanza della norma nel tempo (pp. 107 e ss.).

¹⁰³ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 55 e ss.

¹⁰⁴ M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Comunità, 1995, I, p. 209: «l'"obbedienza" indica che l'agire di colui che obbedisce si svolge essenzialmente come se egli per suo stesso volere, avesse assunto il contenuto del comando per massima del proprio atteggiamento – e ciò semplicemente a causa del rapporto formale di obbedienza, senza riguardo alla propria opinione sul valore o sul non-valore del comando in quanto tale» (corsivo mio).

¹⁰⁵ Come si avrà avuto modo di capire, non si tratta delle "semplici" operazioni di *fictio legis* contemplate dal diritto romano e generalmente riconoscibili per l'uso della formula «come se» (si v. ad esempio la legge Cornelia sulla convalida dei testamenti dei cittadini romani morti da prigionieri che venivano considerati «*atque si in civitate decesserint*» su cui YAN THOMAS, *op. ult. cit.*, p. 29), ma di una complessa operazione legislativa «di cui l'ordinamento si serve per raggiungere scopi che altrimenti, e comunque in modo migliore, non potrebbero essere perseguiti». Cfr. A. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, pp. 315 e ss. e spec. p. 331. La retroattività, in altre parole, è in sé e per sé un meccanismo finzionale dal momento che «significa che un rapporto giuridico, che ha una determinata qualificazione giuridica in base alle norme vigenti nel momento in cui è sorto,

Il quesito diventa allora, come forse si sarà già intuito, se altrettanto si possa dire di una legge di interpretazione autentica. Vediamo.

4.2. (Segue) la nozione di “ragionevole” interpretazione autentica. Usi e abusi dell’interpretazione ope legis

Il grado di innovatività di una legge di interpretazione autentica è stato oggetto di acceso dibattito dottrinale che ha visto prevalere almeno tre diversi indirizzi dogmatici che vale la pena ora di accennare pur senza alcuna pretesa di completezza: la scuola della teoria dichiarativa, quella della teoria decisoria e infine quella della tipicità strutturale¹⁰⁶.

Quanto al primo orientamento, in base al quale non si potrebbe a rigore mai discorrere di innovazione dell’ordinamento giacché l’interpretazione autentica sarebbe un mero atto di conoscenza del previgente atto normativo con la conseguenza che non vi sarebbe una successione di leggi nel tempo, questi è stato già ampiamente oggetto di confutazione¹⁰⁷. In un simile caso, non avrebbe neppure fondamento la sospetta violazione del divieto di retroattività in materia civile (la cui lesione sarebbe riconducibile allo schema di giudizio incentrato sul principio di ragionevolezza di cui mancherebbero, in questo caso, addirittura i presupposti per poter operare¹⁰⁸), né in materia penale. Ne seguirebbe l’inoperatività di qualsivoglia limite – ancorché di più forte tradizione – volto a mitigare l’impatto temporale dell’intervento interpretativo (rispetto dei diritti quesiti, del giudicato, etc.). Ovviamente il presupposto implicito per accogliere tesi siffatta - per sostenere cioè la tesi che la norma interpretante abbia il solo fine ricognitivo di far emergere il vero significato della norma interpretata - è però che l’interpretazione autentica possa operare solo in presenza di reali anfibologie giurisprudenziali o contrasti interpretativi. Una tesi dunque già ampiamente smentita dalla giurisprudenza costituzionale e di merito.

La teoria decisoria si fonda invece sul presupposto specularmente opposto: l’interpretazione autentica è solo una diversa tecnica per retroagire ossia una tra le «tecnic[he] nella disponibilità del legislatore per governare gli effetti nel tempo di una nuova regola, capace di imporsi *erga omnes* ed *ex tunc*»¹⁰⁹ in ragione del suo solo rango formale. Non è dunque più richiesto che la relativa *ratio iuris* consista nel risolvere situazioni di dubbi interpretativi poiché, al contrario, potrebbe anche essere impiegata per rovesciare uno sgradito,

riceve, ora per allora, una qualificazione diversa in base a nuove norme sopravvenute (appunto retroattive), *come se nel momento in cui è sorto fossero state in vigore le nuove norme*» V. ONIDA, *Calcolo giuridico e tutela dell’affidamento...*cit., p. 73, corsivo dell’Autore.

¹⁰⁶ La dottrina in materia è vastissima. Ci si limiterà a segnalare i contributi più appropriati per le finalità della trattazione. Per una ricostruzione critica dei diversi approcci si rinvia almeno a A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici...*cit., in particolare pp. 109 e ss.; A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete*, Milano, Giuffrè, 1997.

¹⁰⁷ Tesi più risalente. Si veda per tutti C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Torino, 1891, pp. 25 e ss. A commento A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici...*cit., pp. 109 e ss.

¹⁰⁸ G. ZAGREBELSKY, *Sulla interpretazione autentica (a proposito della «legge per Assisi»)*, in *Giur. cost.*, 1974, VI, p. 3486.

¹⁰⁹ Si v. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici...*cit., pp. 135 e ss. La citazione è contenuta a pagina 137.

ancorché costante, indirizzo giurisprudenziale. Secondo questa prospettazione, la retroattività è quindi voluta ma implicita¹¹⁰ e, soprattutto, è capace di dispiegarsi apparentemente senza più confini, caduto il limite rappresentato dalla situazione di oggettiva incertezza normativa considerato invece fondante dalla teoria dichiarativa.

La Corte costituzionale, come noto, ha optato, nonostante qualche iniziale incertezza, per la diversa impostazione dell'interpretazione autentica «ragionevole» ammettendo la legittimità delle leggi interpretative che si «saldano a norme precedenti intervenendo sul significato normativo di queste, dunque lasciandone intatto il dato testuale, ed imponendo una delle possibili opzioni ermeneutiche già ricomprese nell'ambito semantico della legge interpretata» (sent. n. 374 del 2000).

Ebbene, nella logica del presente lavoro, ciò che pare in primo luogo meritevole da sottolineare è il rapporto che viene ad instaurarsi, alla luce dei summenzionati contributi, tra il contemperamento degli interessi in gioco e il mezzo legislativo scelto per realizzarlo.

La retroattività legislativa è, come si è avuto modo di constatare, una finzione giuridica servente al fine individuato dal legislatore che solo può giustificare l'uso di uno strumento *prima facie* così platealmente lesivo del diritto di conoscere le conseguenze giuridiche derivanti dalle proprie azioni. L'artificialità dell'operazione compiuta attraverso l'impiego di una tecnica legislativa istituente un mondo controfattuale è in effetti palese. Non potendo sussistere i presupposti per poter parlare di un'apparenza ingannatoria, viene pertanto meno anche il disvalore relativo al meccanismo giuridico impiegato. Può dirsi altrettanto dell'interpretazione autentica stante l'intricato rapporto tra realtà e virtualità, tra astratto e concreto, tra verità e menzogna che viene a delinarsi dall'analisi della giurisprudenza costituzionale? Certamente l'interpretazione autentica implica l'utilizzo di numerose finzioni¹¹¹ ma per nessuna delle prospettazioni dogmatiche qui rievocate sembra rappresentare una finzione essa stessa¹¹².

¹¹⁰ Così che la naturale retroattività delle leggi di interpretazione autentica andrebbe intesa alla stregua di una consuetudine, verosimilmente *contra legem*, che nessun giudice ha mai però voluto mettere in dubbio. Cfr., G. DUNI, *Interpretazione autentica della legge penale*, in *Rivista penale*, 1962, p. 161.

¹¹¹ «L'indagine fin qui condotta ha permesso di portare in superficie un numero sorprendente di finzioni giuridiche, responsabili di veri e propri paradossi logico-giuridici che fanno da costellazione alla teoria e alla prassi delle leggi interpretative». Cfr., A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici...cit.*, p. 433. Ci si riferisce, per esempio, all'idea romanistica (rinvenibile nell'uso dell'aggettivo "autentica") che il soggetto nella posizione migliore per interpretare un atto sia il suo autore originario, oggi applicabile nel campo del diritto costituzionale solo in forza di una *fictio* intesa a far accettare la trasfigurazione dell'identità dell'autore in identità dell'*officium* su cui F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, CEDAM, 1998, p. 29. Si veda anche E. OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene Editore, 2013, pp. 179 e ss., che compie una attenta rassegna delle finzioni nell'ambito delle fonti utilizzate dalle teorie del legislatore interprete

¹¹² Definisce ad esempio l'interpretazione autentica come una *fictio iuris* G. TRACUZZI, *Diritto&finzione. Alcune considerazioni in tema di interpretazione autentica*, in *Federalismi.it*, 8, 2019 ma nonostante alcune condivisibili premesse teoriche, mi pare che si avvalga del termine "finzione" in senso atecnico come sinonimo di mascherato "travisamento della realtà". Dal momento che conclusione siffatta è più che condivisibile, mi pare allora che si dovrebbe piuttosto concludere per la tesi opposta, qui sostenuta, ossia per la denegata natura di finzione giuridica dell'interpretazione autentica. D'altro canto, per la teoria dichiarativa non è ravvisabile alcun manifesto rovesciamento dell'elemento naturalistico, dal momento che, in tesi, si annovera tra i presupposti necessari per l'adozione della norma interpretante, l'esigenza di risolvere insanabili oscillazioni interpretative. Tutto all'opposto, le altre teorie puntano al risultato di celare l'effetto innovativo dietro il rinvenimento del contenuto prescrittivo già indicato nella legge interpretata che però è tale solo in via presuntiva.

Senza voler entrare nel merito della differenza tra realtà naturale e giuridica che imporrebbe ben altro sforzo, basta d'altro canto citare, in questo senso, la stessa giurisprudenza costituzionale che, al fine di portare a galla potenziali distorsioni, è costretta a distinguere tra una «autentica» legge di interpretazione autentica - volta a sedare un reale conflitto interpretativo limitandosi ad indicare il vero significato del testo della legge preesistente in presenza di «*un dibattito giurisprudenziale irrisolto*» (sent. n. 311 del 2009), ovvero finalizzata a «*ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore*» (sent. n. 311 del 2009) - e una legge che determina invece veri e propri effetti innovativi dell'ordinamento perché volta ad intaccare antinomicamente la *ratio* della legge interpretata

Nessuna operazione assolutamente certa di snaturamento è dunque osservabile poiché l'interprete si trova, al contrario, davanti ad una situazione di cui deve sciogliere una preliminare ambiguità: o la legge è stata adottata per risolvere un effettivo contrasto ermeneutico (talché, essendo a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, non si porrebbe, peraltro, neppure in antinomia rispetto ai beni ledibili dall'intervento retroattivo visto che una lesione dell'affidamento non è ipotizzabile mancando, in ipotesi, una base affidante che sia consolidata), oppure essa non interviene ad assegnare alla disposizione interpretata un «*significato già ascrivibile ad una norma anteriore*» (sentt. n. 160 del 2013, n. 271 del 2011, n. 209 del 2010), «*riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario*», al fine di chiarire «*situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo*» (sent. n. 103 del 2013), sicché se ne deve concludere che l'effetto retroattivo è stato dissimulato dietro lo schermo di un diverso *nomen juris* non corrispondente alla realtà.

Ebbene, dalla autonomia concettuale della categoria della legge di interpretazione autentica rispetto a quella della legge retroattiva pare che non possano discendere immediate conseguenze prescrittive agli occhi del giudice delle leggi. L'impostazione prevalente prevede difatti che «*per quanto attiene alle norme che pretendono di avere natura meramente interpretativa, la palese erroneità di tale auto-qualificazione, ove queste non si limitino ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto e riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario, potrà costituire un indice di manifesta irragionevolezza*» (ex plurimis sentt. n. 103 del 2013 e 41 del 2011) salvo chiarire però che tale *vulnus* ai contenuti tipici dell'atto legislativo debba essere considerato solo come un indice «*non dirimente, dell'irragionevolezza della disciplina censurata*» (da ultimo sent. n. 108 del 2019) poiché «*questa Corte si è ripetutamente espressa nel senso della sostanziale indifferenza, quanto allo scrutinio di legittimità costituzionale, della distinzione tra norme di interpretazione autentica – retroattive, salva una diversa volontà in tal senso esplicitata dal legislatore stesso – e norme innovative con efficacia retroattiva*» (sent. n. 73 del 2017).

Eppure, il concreto modo di operare dell'esegesi legislativa può comunque giocare un ruolo nelle premesse di una declaratoria di illegittimità per almeno due motivi: a) in primo luogo, in ragione della sua specifica problematicità sul terreno delle garanzie costituzionali e quindi degli effetti della legge stessa; b) secondariamente, in ragione delle peculiarità che la contraddistinguono rispetto ad altre tecniche volte a introdurre un *quid novi* retrospettivo.

Predicare l'impossibile – come fa un intervento di retroattività propria – non lascia difatti spazio ad ambiguità alcuna e pone unicamente la secca alternativa tra la sua giustifica-

zione o la sua illegittimità in ragione della *ratio legis* allegata. L'interpretazione autentica invece, alla luce del suo rapporto equivoco con il testo interpretato, si rivela uno strumento certamente più comodo ma anche infido che si può prestare, come si è visto, ad usi distorti specialmente a danno del potere giudiziario¹¹³, la cui tutela costituisce pur sempre però un ulteriore interesse costituzionale meritevole di tutela.

Non stupisce quindi che la Corte di Strasburgo, notoriamente insofferente alle "frodi delle etichette", si muova sulle orme di un sindacato teso a rinvenire gli indizi dell'"abuso processuale".

Lo sviamento funzionale, soprattutto in presenza di una legge dal contenuto provvedimentale¹¹⁴, rischia, in tutta evidenza, di essere il grimaldello per interferire con l'operato dei giudici a danno del loro libero convincimento e della loro indipendenza, al punto che la giurisprudenza costituzionale ha dovuto comunque accogliere in passato la dottrina per la quale le leggi d'interpretazione autentica sono ammissibili purché non dispongano direttamente la correzione dell'attività giurisdizionale (in particolare disponendo la caducazione delle sentenze passate in giudicato), senza la contestuale modifica della disposizione generale e astratta su cui queste si basavano¹¹⁵.

L'ipotesi molto significativa rimane però pur sempre niente di più che un caso di scuola. Il legislatore resta infatti libero di ottenere lo stesso risultato attraverso una disciplina adottata in termini generali la quale, occultando l'interferenza nei processi in corso dietro un intervento di riforma ispirato alla nobile finalità di restaurare la certezza del diritto (nel caso di una legge ritenuta interpretativa ancorché volta a superare un orientamento giurisprudenziale sgradito) o di altro tenore (nel caso di una legge interpretativa innovativa), supererebbe comunque indenne il sindacato della Corte impostato nelle forme del ragionevole bilanciamento di interessi.

E però l'equiparazione (qui criticata) tra la tecnica della retroattività e quella dell'interpretazione autentica, basata sull'identità degli effetti retrospettivi conseguiti, è censurabile anche sotto un secondo e diverso profilo: astrattamente, se non si rinvenissero limiti diversi da quelli rappresentati dai parametri costituzionali ledibili da un intervento retroattivo, si consentirebbe infatti al legislatore di scegliere liberamente tra l'una o l'altra tecnica, rischiando così di perpetrare «politicamente un abuso»¹¹⁶. La conclusione è però il frutto di eccessiva approssimazione. Avvertita dottrina ha ammonito che «se il legislatore sceglie di interpretare autenticamente una legge e non di approvare una semplice legge retroattiva,

¹¹³ Se l'illegittimità delle leggi interpretative dipende unicamente dalla loro portata retroattiva, si domandava A. ANZON, *Interpretazione autentica, controllo di costituzionalità e ruolo della legge*, in AA. VV., *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore...cit.*, p. 10, perché solo le prime fossero causa di un simile atteggiamento di insofferenza. La risposta dell'Autore è che «ciò che appare caratteristicamente e peculiarmente inaccettabile delle leggi interpretative non sia tanto il loro rivolgersi al passato, ma il modo considerato subdolo e pavido con cui ciò può avvenire e forse nella gran parte dei casi avviene».

¹¹⁴ Motivo per il quale parla di infido *escamotage* A. PUGIOTTO, *Una vicenda esemplare (in tema di interpretazione autentica e materia tributaria)*, in *Giur. Cost.*, 1999, pp. 2083 e ss.

¹¹⁵ N. ZANON, F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 127.

¹¹⁶ A. GARDINO CARLI, *La (in)coerenza delle motivazioni della Corte costituzionale in tema di legge interpretativa*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 520 e ss.

deve giustificare istituzionalmente la sua interpretazione»¹¹⁷. D'altro canto, la stessa giurisprudenza costituzionale "assimilazionista" che pretende di trattare le leggi di interpretazione autentica alla stregua di una *species* delle leggi retroattive si rivela aporetica poiché è costretta, al contempo, a sancire l'impossibilità per il legislatore interprete di innovare la legge interpretata superando l'arco dei significati ascrivibili al testo (il *quid novi* retrospettivo che il legislatore, attraverso una legge retroattiva, può invece sicuramente apportare, se giustificato dagli «adeguati motivi di interesse generale»). Così nella sentenza 160 del 2013 si è potuto leggere che «*la norma impugnata non ha attribuito alla disposizione interpretata un significato rientrante tra le possibili varianti di senso del testo originario. Essa ha invece realizzato, con efficacia retroattiva, una sostanziale modifica della normativa precedente, così ledendo l'affidamento ingenerato*». Si conferma dunque l'ineliminabile diversità dei due strumenti legislativi.

In questo senso, non è mancato chi in dottrina abbia sostenuto che, ragionando nei termini di una probabile legge fraudolenta, si dovrebbe addirittura impedire qualsiasi margine per un'operazione di bilanciamento. In fondo, quale pur meritorio interesse pubblico o quale valore potrebbe essere soppesato per giustificare una tecnica tanto ingannevole? Anche il fine più nobile non rischia forse di essere corrotto da un mezzo impiegato in potenziale frode alla Costituzione?¹¹⁸

4.3. Recenti sviluppi nella giurisprudenza costituzionale. Le sentenze della Corte cost. n. 12 del 2018 e n. 174 del 2019

Sul punto si potrebbe obiettare che una simile suggestione *more geometrico demonstrata* riproponga un metodo giusrazionalista eccessivamente formalista e dall'afflato conservatore¹¹⁹. Bisogna però intendersi. Non si vuole certo riproporre in questa sede la tesi – che ha pur trovato riscontro in giurisprudenza – secondo la quale si dovrebbe sanzionare lo sviamento funzionale dell'attività legislativa proprio sulla scorta della diversità tipologica che intercorre fra legge retroattiva e la legge di interpretazione autentica ogni qualvolta «*il legislatore, oltrepassando i limiti della ragionevolezza, [abbia] definito interpretativa una disciplina che, invece, ha natura innovativa*»¹²⁰.

¹¹⁷ G. VERDE, *Alcune considerazioni sulle leggi interpretative nella giurisprudenza più recente*, in *Osservatorio sulle fonti*, a cura di U. De Siervo, Torino 1996, pp. 29 e ss.

¹¹⁸ Sulle figure sintomatiche dell'eccesso di potere con particolare riferimento alle ipotesi di sviamento strumentale della funzione legislativa nell'ipotesi di un intervento di interpretazione autentica si v. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 169 e ss. e spec. p. 171.

¹¹⁹ Cfr., anche i rilievi critici di G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 1081, per il quale l'interpretazione autentica non può essere incostituzionale solo in quanto adottata da un legislatore in malafede ma piuttosto per la sua retroattività, giacché una legge interpretativa, ma esplicitamente con efficacia *pro futuro*, non causerebbe la stessa irritazione. ZAGREBELSKY, *Sulla interpretazione autentica...*cit., p. 3488 invoca a sua volta un sindacato dall'impostazione non formalistica.

¹²⁰ Ci si riferisce alla celebre sent. Corte cost. n. 155 del 1990 con nota critica di G. BERTI, *Interpretazione autentica come volontà legislativa*, in *Corr. giur.*, 1990, 591, per il quale «però non si vede come, se il *quid novi* accomuna tutti i precetti, non sia questo a doversi prendere in considerazione e non invece la ricorrenza o

Pare però corretto sostenere che le leggi di interpretazione autentica – proprio in ragione della spiccata alea di sospetto che le circonda (quasi una accentuata presunzione di illegittimità)¹²¹ – possano essere il terreno sperimentale d'elezione sul quale la Corte si arrischi a sperimentare un *balancing test* maggiormente orientato alla tutela dei diritti dei singoli attraverso un controllo più marcatamente adesivo alle peculiarità del caso concreto. Un modello di bilanciamento diverso, dunque, rispetto a quello previsto per le leggi retroattive, nonostante l'omogeneità dei beni di rilievo costituzionale oggetto del bilanciamento stesso.

In forza della distinzione introdotta, si può infatti prestare attenzione ad alcune proprietà presenti nella vicenda concreta (assenza di dubbi interpretativi, tempistica sospetta del provvedimento interpretativo, etc.) che possono contribuire a ribaltare la regola di collisione¹²².

Così nelle sentenze nn. 170, 210 del 2013 e, in particolare, n. 191 del 2014, la Corte costituzionale ha evidenziato che «*Nel caso portato al vaglio di questa Corte, l'intervento legislativo disposto dal Governo con decreto-legge determinerebbe fatalmente l'esito della controversia in corso a favore del Governo stesso, parte della controversia medesima – fatti salvi gli effetti della decisione sulla questione di legittimità costituzionale in esame – in spreigio alla parità processuale delle parti*».

È stata così definitivamente accantonata l'impostazione tradizionale della giurisprudenza costituzionale in base alla quale si pretendeva che la funzione giurisdizionale operasse su un piano diverso rispetto a quello del potere legislativo di interpretazione autentica (si vedano le sentenze nn. 26, 341, e 234 del 2007) poiché quest'ultimo agisce unicamente al livello generale ed astratto delle norme. Neppure il rilievo che non si avrebbe privazione della *potestas iudicandi* poiché il legislatore retroattivo, operando su un fenomeno di diritto sostanziale, interverrebbe solo indirettamente sul parametro di giudizio nei processi civili¹²³ appare dunque oggi centrato.

Al contrario, è proprio la decisione del legislatore di incidere sul piano dell'applicazione piuttosto che su quello dell'efficacia delle norme a tradire, in molti casi, la

meno della tipica interpretazione autentica». Anche M. MANETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 966 ss., contesta la generalizzabilità della pronuncia. Vedi tuttavia anche le successive sentt. 380 e 427 del 1990 che confermano simile impianto argomentativo.

¹²¹ G. SCACCIA, *op. cit.*, p. 95, il quale, riferendosi in generale al controllo sulle leggi retroattive, afferma: «è certo che per esse vige una sorta di presunzione di irragionevolezza, che impone un vaglio di costituzionalità particolarmente esigente» e F. BIONDI, *Oggetto e parametro*, in R. BALDUZZI -P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, : «La Corte [...] quando impugnata è una disposizione contenuta in una legge di questa natura, si riserva espressamente uno "stretto scrutinio di costituzionalità", come se muovesse da un sospetto di incostituzionalità, se non addirittura da una presunzione di incostituzionalità, per il solo fatto che tali norme si allontanano dal modello teorico della legge generale e astratta».

¹²² Sul legame tra caso concreto e bilanciamento v. G. MANIACI, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, in *Ragion pratica*, 2, 2005, p. 343 e ss.

¹²³ Lo stesso R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3753 ss., nonostante sia molto critico dell'approccio seguito dalla Corte europea, è costretto al contempo a specificare che «un parametro di giudizio di tipo processuale, attinente al giusto processo, entra in gioco solo nelle ipotesi in cui il legislatore sia animato unicamente dall'intento di predeterminare l'esito di una certa controversia o di una determinata classe di controversie e scenda in campo per favorire una parte e sfavorire la controparte».

vera intenzione di colpire l'esito di controversie in corso che vedono parte lo Stato. Se l'importanza della perseguita finalità di carattere generale è tale da giustificare un intervento dagli effetti retroattivi perché, in fin dei conti, se ne dovrebbe occultare l'opportunità dietro una "retroattività di secondo grado"¹²⁴ quale è l'interpretazione autentica? L'ontologica inadeguatezza del mezzo porta così a sottoporre i motivi imperativi di interesse generale ad un severo scrutinio e a misurarsi con la vera ragion d'essere della riforma¹²⁵.

Il cerchio pare essersi chiuso con la sent. n. 12 del 2018 nella quale la Corte ha dato prova di emanciparsi dalla natura oggettiva del suo sindacato. La Corte si è dilungata infatti su una serie di elementi "sospetti" e rivelatori del vero intento del legislatore arrivando ad affermare che «[n]el caso in esame, l'intervento legislativo operato dal Governo con l'art. 18, comma 10, del d.l. n. 98 del 2011, ancorché attuato mediante una regola formalmente astratta, risulta chiaramente diretto a determinare l'esito della controversia in corso tra il Fondo pensioni per il personale della ex Cassa di risparmio di Torino - Banca CRT spa e l'INPS, in senso favorevole a tale ente pubblico previdenziale. L'intento del legislatore di interferire sull'esito di questa specifica controversia è confermato da più elementi» (punto 3.3 del cons. in dir.).

Tale indirizzo è oggi stato ripreso nella più recente sent. 174 del 2019¹²⁶. ove tali «elementi sintomatici di un uso distorto della funzione legislativa» sono stati con forza ribaditi e specificati: «il lungo tempo che è intercorso tra le norme oggetto di interpretazione», il fatto che «La Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, parte della controversia instaurata da alcu-

¹²⁴ Definizione proposta da NIVARRA *op. cit.*, p. 7.

¹²⁵ Sul rapporto tra mezzi legislativi e *strict scrutiny* con riferimento al parametro rappresentato dal principio di eguaglianza v. già G. DOLSO, *Bilanciamento tra principi e strict scrutiny nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 4152 ss.

¹²⁶ La questione di legittimità sollevata si riferiva alle norme di cui all'art. 7, commi 28, 29 e 30 della legge n. 43 regionale n. 33/2015 per i quali (comma 28): «In via di interpretazione autentica del I comma dell'art. 142 della legge regionale n. 53/1981 ... per la determinazione del servizio utile ai fini della liquidazione dell'indennità di buonuscita in quanto trattamento di fine servizio non è valutato quello prestato con rapporto a tempo determinato di diritto privato» e l'art. 142 faceva cenno come servizio utile al servizio reso alle dipendenze dell'amministrazione regionale ed a quello riscattato a detti fini e poi (comma 29): «In via di interpretazione autentica del I comma dell'art. 143 della legge regionale n. 53/1981 per assegni fissi pensionabili cui fare riferimento si intendono quelli riconosciuti ai sensi della legislazione dell'ex INADEL» e l'art. 143, comma 1 citato fa cenno in tema di indennità terminativa ad ogni anno di servizio utile ed agli assegni fissi pensionabili goduti all'atto di cessazione dal servizio, mentre infine (comma 30): «In via di interpretazione autentica del II comma dell'art. 143 della legge regionale n. 53/1981 nell'indennità di buonuscita, in quanto trattamento di fine servizio, non sono valutati i periodi prestati con contratto di lavoro a tempo determinato di diritto privato» e l'art. 143, comma 2 citato afferma solo che la Regione assicura al dipendente l'indennità di buonuscita anche nei casi in cui essa non spetterebbe secondo la legislazione INADEL. Va infine rammentato il dettato dell'art. 4 della legge n. 152/1968 in tema di indennità di fine servizio a suo tempo erogata dall'INADEL e poi dall'INPDAP per cui: «per i casi di cessazione dal servizio ... l'indennità premio di servizio ... sarà pari ad un quindicesimo della retribuzione contributiva degli ultimi dodici mesi considerata in ragione dell'80% ... per ogni anno di iscrizione all'Istituto ...», il dettato dell'art. 1 della legge n. 297/1982 di modifica dell'art. 2120 del codice civile in tema di T.F.R. e la previsione del successivo art. 4 della legge n. 297/1982 stessa per cui (comma 4): «... le norme di cui all'art. 2120 del codice civile ... si applicano a tutti i rapporti di lavoro subordinato per i quali siano previste forme di indennità di anzianità, di fine lavoro, di buonuscita, comunque denominate ...» e da ultimo l'art. 26, comma 19 della legge n. 448/1998 seconda parte per cui, in materia di avvio del passaggio al sistema di T.F.R. anche nel settore del lavoro pubblico: «... con il medesimo decreto (D.P.R.) si provvederà a definire, ferma restando l'invarianza della retribuzione complessiva netta, gli adeguamenti della struttura retributiva e contributiva conseguenti all'applicazione del trattamento di fine rapporto ...». dicembre 2015, n. 33 (Legge collegata alla manovra di bilancio 2016-2018), art. 7, commi 28, 29 e 30.

ni dirigenti dell'amministrazione, ha approvato le previsioni censurate in pendenza di giudizio», il dato che quest'ultime avessero «contenuto eterogeneo», nonché l'analisi del dibattito consiliare da cui emergeva «la consapevolezza del contenzioso pendente, occasione immediata e, al tempo stesso, esclusiva giustificazione dell'intervento retroattivo del legislatore regionale» (punti 7.1 e 7.2 del cons. in dir.). Questi elementi hanno fatto propendere per una declaratoria di illegittimità che certifica l'utilizzo di un test di giudizio particolarmente severo allorquando la tecnica legislativa sia impiegata in modo fraudolento per alterare il giudizio a vantaggio del legislatore.

Si deve tuttavia rilevare, come notato da altri attenti ed autorevoli commentatori¹²⁷, che a favore di simile esito potrebbero anche aver pesato altre e ben più prosaiche considerazioni. Sempre al 3.3 del cons. in dir. della sent. 12 del 2018 si legge infatti che «*i costi del contenzioso con il Fondo pensioni per il personale della ex Cassa di risparmio di Torino - Banca CRT spa – sia di quello in atto, relativo al periodo dal 1° gennaio 1991 al 31 dicembre 2007 (pari a circa 45 milioni di euro, come si evince dalla sentenza della Corte d'appello di Torino), sia di quello che potrebbe essere instaurato dal Fondo per il periodo successivo – non risultano tali da incidere in modo significativo sulla sostenibilità del sistema previdenziale e sugli equilibri della finanza pubblica*». Similmente, la sent. 174 del 2019 evita strategicamente di affrontare la questione: «*Quanto alla tutela dell'equilibrio del bilancio della Regione, appaiono del tutto generici i riferimenti dei lavori preparatori ai risparmi di spesa, che il legislatore friulano si ripromette di conseguire con l'introduzione della disciplina sottoposta all'odierno scrutinio*» (7.3 cons. in dir.).

Le esigenze del bilancio pubblico potrebbero dunque costituire ancora il *discrimen* che separa Roma da Strasburgo e le pronunce in esame più che un riavvicinamento potrebbero risultare paradossalmente soltanto come una indiretta riconferma, nel prossimo futuro, del tradizionale indirizzo giurisprudenziale volto a legittimare le leggi retroattive a meno che gli interessi economici in gioco risultino palesemente di scarsa entità¹²⁸. Come si è avuto modo di vedere, per la Corte EDU è invece esattamente l'inverso, ovvero le esigenze finanziarie capaci di giustificare l'intervento retroattivo devono essere gravi e capaci, potenzialmente, di mettere in pericolo la tenuta finanziaria dello Stato.

¹²⁷ V. nota di A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2018.

¹²⁸ Tra le poche pronunce in senso opposto si v. la sent. n. 170 del 2013 ove si afferma che «*le disposizioni censurate non sono volte a perseguire interessi di rango costituzionale, che possano giustificare la retroattività. L'unico interesse è rappresentato da quello economico dello Stato, parte del procedimento concorsuale. Tuttavia, un simile interesse è inidoneo di per sé, nel caso di specie, a legittimare un intervento normativo come quello in esame, che determina una disparità di trattamento, a scapito dei creditori concorrenti con lo Stato, i quali vedono ingiustamente frustrate le aspettative di riparto del credito che essi avevano legittimamente maturato*». L'unicità della pronuncia non permette però di pronosticare ulteriori sviluppi in questo senso.

5. Sul nuovo scrutinio “stretto” di costituzionalità delle leggi di interpretazione autentica tra ermeneutica per “valori” e risorse finanziarie

Se così fosse, si paleserebbe ancora una volta un problema di risoluzione delle antinomie attraverso metodi non interpretativi che emettono regole di bilanciamento diverse, a seconda del modello di bilanciamento prescelto.

Come si è avuto modo di esplorare *supra*, i problemi di diritto intertemporale non possono in effetti risolversi preferendo meramente il meccanismo sussuntivo a quello del bilanciamento. Al di là delle ipotesi presidiate da regole, la necessità di contemperare la certezza del diritto insieme alla tutela dei diritti fondamentali è meritevole di essere perseguita ed impone un difficile calcolo decisionale¹²⁹. Si potrebbe però obiettare che ciò non possa avvenire in presenza di qualsivoglia interesse pubblico antagonista alle esigenze di stabilità giuridica e alle aspettative dei consociati.

Ci si dovrebbe chiedere, dunque, se l'instabilità del tempo giuridico, più che essere imputabile alla figura del legislatore interprete (posto che, come sottolineato, non si capisce perché il decisore politico non possa *expressis verbis* varare un intervento retroattivo in presenza di interessi pubblici dirimenti senza doversi nascondere dietro il velo dell'interpretazione autentica), non sia piuttosto determinata proprio al modello ermeneutico prescelto.

Invero, è proprio il meta-criterio che governa il bilanciamento tra i beni giuridici in gioco a tracciare il solco che separa Roma da Strasburgo: la Corte EDU imposta il proprio bilanciamento dando la priorità al diritto fondamentale, consapevole della relativa minaccia di relativizzazione e deformalizzazione insite in un *proportionality test* che potrebbe arrivare financo a comportare «il rischio dell'omologazione, o meglio di un cedimento del significato “oppositivo” dei diritti di libertà dinanzi al prevalere di una considerazione di tipo “sistemico”»¹³⁰.

Il filone giurisprudenziale da poco inaugurato dalla Corte costituzionale e qui commentato, pur tenendo ferma l'insussistenza di un divieto nel diritto interno ad utilizzare l'interpretazione autentica in luogo della tecnica della retroattività, non prende invece posizione sul punto ma procede, al contrario, ad una diversa tipizzazione dello scrutinio stretto

¹²⁹ Riassuntivamente si veda G. BERTI, *Stato di diritto informale* ora in *Scritti Scelti*, Napoli, Jovene, 2018, p. 159 secondo cui «si potrebbe allora affermare che l'inconciliabilità delle opposizioni presenti nella costituzione formale e poste in luce dall'esperienza può essere superata solo attraverso la valorizzazione sostanziale delle regole e dei principi della convivenza. Se non la forma o l'informale rispetto allo stato e al diritto è dato dalla sostanza dei valori e dei diritti, ebbene possiamo tener ferme le immagini formali solo a patto che la loro rigidità e le loro contraddizioni non impediscano l'affermarsi in concreto delle libertà umane e dei valori in cui queste libertà si oggettivano».

¹³⁰ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 33 ss. Visti casi sopra citati ciò rafforza peraltro il dubbio, già sollevato da C. Schmitt, che dietro l'uso dei “valori” si celi in realtà la ben più banale attenzione agli equilibri economici, dal momento che ogni valore sembra pur sempre un concetto che «conduce infallibilmente all'economicizzazione» (C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, 1967, traduzione italiana: *La tirannia dei valori*, Roma, Antonio Pellicani Editore, 1996, in particolare p. 41 ove si sostiene che la intrinseca logica del valore sia deformata quando abbandoni il terreno dell'economia. La citazione riportata è invece contenuta in F. LANCHESTER (a cura di), *Un giurista davanti a se stesso – intervista a Carl Schmitt*, in *Quaderni costituzionali*, III, 1, 1983, p. 29).

riguardante le due tecniche normative in base alla loro ineliminabile diversità. Si tratta comunque, a ben vedere, di un modo alternativo per conciliare l'impostazione europea con quella della Corte italiana che preferisce operare sulla meta-relazione mezzi e fini, in luogo di introdurre un sindacato differenziato in base ai differenti beni giuridici in gioco. Ferme restando tutte le cautele di cui sé già detto, si può dire che il risultato complessivo non cambi.

Un riscontro rigoroso di conformità dello *jus superveniens* di natura interpretativa rispetto alla finalità espressa e al contesto normativo in cui si colloca, essendo volto ad escludere interventi in mala fede del legislatore, impone in effetti uno schema di ragionamento non certo paragonabile a quello rappresentato dal lasco *test* di ragionevolezza/proporzionalità del bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore.

Ciò risponde pienamente alle premesse non-consequenzialiste sulle quali riposano le dottrine più scettiche nei confronti del bilanciamento come metodo di risoluzione delle antinomie. A pensarci bene, il motivo per il quale si presuppone che l'avvenuta compressione di diritti di fronte ad interessi finanziari debba essere valutata con particolare circospezione, si fonda infatti proprio sull'idea che una astratta valutazione di utilità economico-sociale - nella specie compiuta attraverso quella che diventerebbe un letterale calcolo economico - ripugni al loro riconoscimento come valori "blindati" dall'avvenuto recepimento in un testo costituzionale. È stato così coerentemente sostenuto che il confronto con i diritti fondamentali, di cui si proclama l'invulnerabilità, debba essere impostato dando priorità ai diritti stessi¹³¹, non perché gli interessi antagonisti difettino di pregio, ma perché senza giustificazioni diverse da quelle "aritmetiche," l'uso del test di ragionevolezza/proporzionalità potrebbe significare, portandolo alle sue estreme conseguenze, una imposizione degli interessi collettivi sopra i diritti delle minoranze¹³² ossia, in altre sembianze, la «tirannide della maggioranza» di toquevilliana memoria. La collocazione dei diritti fondamentali in seno ad un presunto sistema di valori similmente ideato, su cui si reggerebbe l'intero ordinamento, li esporrebbe insomma «a tutte quelle limitazioni che, a torto o a ragione, appaiono necessarie alla prosperità dello Stato e della società» in base all'ondivaga percezione che ne hanno i rispettivi portatori di interessi¹³³.

Risultati analoghi circa il concreto operare della regola di bilanciamento sono ora rintracciabili nell'intento della Corte di scrutinare, attraverso la richiesta di un nesso strettissimo tra mezzi legislativi e scopo prefissato, una categoria sospetta come quella delle leggi di interpretazione autentica¹³⁴.

¹³¹ È il modello dei diritti come "shields" su cui F. SCHAUER, *A Comment on the Structure of Rights*, in *Georgia Law Review*, 27, 1992- 1993, p. 428 e ss.: « what I get when I move from nonright to right is not (necessarily) the ability to have phi or to engage in the phi-ing to which a right to phi pertains, but rather simply the right to put the state to a higher burden of justification ».

¹³² Aspetto particolarmente approfondito anche nella letteratura internazionale. Si v. S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *Int. J. Const. Law (I-CON)*, 7, 2010.

¹³³ E. FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Monaco, 1971, (trad. it.) *Lo stato della società industriale*, a cura di A. MANGIA, Milano, Giuffrè, 2011, p. 169.

¹³⁴ Non diversamente da quanto auspicabilmente richiesto nel caso di leggi provvedimento. Cf. C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*, in *Giur. Cost.*, 2002, pp. 3235 e ss.

6. Qualche conclusione e un interrogativo finale: *cui prodest* il dialogo tra Corti in assenza di un “vocabolario comune” sull’ermeneutica costituzionale?

I contrasti nella definizione del contenuto dei diritti individuali, qualora questi ultimi siano garantiti da plurime Carte e dalle relative competenti Corti, dovrebbero passare dal “dialogo” tra i massimi organi giurisdizionali (vero e proprio *Zeitgeist* del nostro tempo). Ma come autorevolmente sostenuto, il dialogo non può che essere possibile – a parità di altre dirimenti condizioni – se non in presenza di un linguaggio condiviso¹³⁵.

Si può però seriamente dubitare che ciò sia possibile allorquando, come nel caso delle leggi di interpretazione autentica, previsioni normative di tenore materialmente costituzionale, pur dal contenuto analogo, siano oggetto di interpretazioni tanto divergenti o, ancora, quando il caso concreto alla base dell’incidente di costituzionalità sia usato dalla Corte italiana solo come un pretesto per ridefinire i rapporti di forza tra le diverse giurisdizioni.

Quando poi si assiste all’uso di una teoria dei “valori” con il solo fine di mascherare simili operazioni – tese peraltro ad offrire un lasciapassare al legislatore – nemmeno l’*esperanto* può venire in soccorso e tecniche come la retroattività vedono esteso il proprio dominio applicativo a fronte di un’erosione da parte del *test* di proporzionalità delle opposte limitazioni costituzionali e convenzionali.

Quello che si è voluto di conseguenza offrire in questo contributo è una griglia di analisi entro la quale studiare i diversi approcci delle giurisdizioni costituzionali al fine di mettere in risalto i punti di contatto o di divergenza, provando ad elaborare un diverso “vocabolario comune” attinente ai criteri di risoluzione delle antinomie di diritto intertemporale che partisse, in primo luogo, da una definizione condivisa del fenomeno.

In una prospettiva generale, si è avuto così modo di constatare che nonostante il criterio del *tempus regit actum* non sia ammantato, su un piano logico, dell’attributo della assolutezza, questo gode pur sempre di una sorta di “presunzione di ragionevolezza”, in ragione del fatto che qualsiasi intervento retroattivo è *prima facie* lesivo di beni di rilievo costituzionale (*supra* §2.3) mentre non altrettanto può dirsi del contrario, *i. e.* di un intervento irretroattivo, che può risultare costituzionalmente legittimo solo in casi limitati, allorché le utilità sociali ul-

¹³⁵ B. RANDAZZO, *Le Corti e la fascinazione del “dialogo”: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, in *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti. Alla prova della “saga Taricco”*, (a cura di) C. AMALFITANO, Milano, Giuffrè, 2018, afferma a p. 296 che «Per quanto nella letteratura giuridica sulla tutela multilivello dei diritti e sul rapporto tra Corti il termine “dialogo” ricorra ormai sistematicamente, a quanto consta mancano studi dedicati alla sua definizione in ambito giudiziario, con la conseguenza che esso resta l’oggetto misterioso di cui tutti parlano, per lo più senza chiarirne oggetto, sedi e strumenti [...] L’approfondimento della questione trascende l’economia del presente lavoro, e tuttavia pare necessario qui enunciare, seppure sistematicamente, gli ambiti problematici che dovrebbero essere indagati al riguardo: a) la condivisione del linguaggio; b) il rispetto delle competenze; c) l’uso appropriato (ed esclusivo) degli strumenti di coordinamento». Significativa è, in questo senso, la *ivi* citata vicenda *Taricco* – un caso in cui era l’interpretazione giurisprudenziale a porre problemi di retroattività - ove le forzature rappresentate da un certo spregiudicato utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale da parte della Corte italiana si sono ricomposte (anche fosse solo apparentemente) proprio su un terreno comune ossia quello delle «*common constitutional traditions of Member States*» e del rispetto dei diritti fondamentali. Cfr. M. BASSINI, O. POLLICINO, *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in *verfassungsblog.de*.

teriori perseguite dal legislatore trovino copertura nel testo costituzionale e siano, all'esito di un esame di tipo ponderativo, più pregnanti degli altri interessi in gioco (*supra* §§2.2 e 2.4).

In questo senso, l'innovazione apportata dalla Corte EDU sul delicato terreno dell'attività processuale che rischia di protrarsi sotto l'imperio di diverse norme che si susseguono temporalmente l'una dopo l'altra è stata duplice: da una parte, ha optato per un controllo «realistico»¹³⁶ degli atti legislativi, privilegiando il contenuto sostanziale del provvedimento al suo esame a prescindere dal *nomen iuris* attribuito al fine di determinarne regime ed effetti (§3). Dall'altra, ha imposto che nel bilanciamento costituzionale gli interessi compendiati nell' «equo processo» non degradassero davanti a contro-interessi di minor pregio mascherati, il più delle volte, dietro l'insegna formale dell'interpretazione autentica di cui il legislatore ha preferito avvalersi sovente, trattandosi di una categoria legislativa per la quale la ragionevolezza dell'impatto retrospettivo si può dare, nel diritto interno, per presunta (§4.2.).

In un orizzonte più ampio di indagine si potrebbe sostenere che simili conclusioni – volte ad assicurare il rispetto della garanzia convenzionale del diritto al giudice – dovrebbero essere estese in modo analogo ad ulteriori ipotesi di bilanciamento tra diritti fondamentali e interessi pubblici, anche al di là delle ipotesi di una loro retrovalutazione¹³⁷. Sullo sfondo di questa intuizione (sulla quale in queste pagine non è stato possibile dare adeguato spazio e che necessiterebbe di ben altro approfondimento) si staglia nientemeno che l'infinita discussione sul «dilemma contromaggioritario» che oggi non impone di prendere di posizione sulla legittimità o meno della *judicial review* ma sul *metodo* da adottare affinché possa continuare a dirsi tale¹³⁸.

È evidente, da questo punto di vista, che le strategie argomentative elaborate della Corte EDU siano condizionate anche dal suo ruolo istituzionale di corte dei diritti che è chiamata a decidere casi concreti, adita attraverso ricorsi individuali. Ciò non significa però che i meta-bilanciamenti operati dalle corti nazionali in sede di controllo astratto di costituzionalità possano godere di una diversa presunzione di infallibilità in ragione della «tutela sistemica» approntata degli interessi in gioco, dal momento che si possono esporre all'obiezione opposta di seguire orientamenti basati sulla «*majority opinion*» a discapito dunque delle pretese di riconoscimento minoritarie avanzate in seno al corpo sociale¹³⁹.

Senza dover quindi prendere posizione sul delicato tema dei rapporti istituzionali tra le due Corti e l'obbligo di recepimento delle sentenze europee (che presupporrebbe di

¹³⁶ M. MASSA, *Le leggi interpretative...cit.*, p. 6.

¹³⁷ V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 40-41 «il bilanciamento quando voglia tenersi fedele alla denominazione esige, invece, che ai diversi interessi e valori su ciascuno di tali piatti disposti [...] si tolga o si aggiunga rispettivamente e solamente quel che serve a tenere i pesi identici, quel che serve a che uno dei piatti della bilancia non sia sopra l'altro. E ciò può farsi solo mettendo in disparte la forza o il potere del sovrano, che, per l'essere "superiore", non può non trarre con sé la "superiorità" degli "interessi" o dei "valori" prescelti, rendendo ineguali i pesi da attribuire ai diritti "fondamentali" e, in ultima istanza, alle persone che li professano»

¹³⁸ O. CHESSA, *I giudici del diritto...cit.*, pp. 254 e ss.

¹³⁹ Si veda il filone di ricerca battuto da J. LANDAU, *New Majoritarian Constitutionalism*, in (103) *Iowa L. Rev.*, 1033, 2018.

estendere il discorso ad altre prospettive di indagine come il diritto internazionale o la teoria del precedente giudiziario), si può tentare di sdrammatizzare il problema dell'interazione tra le due giurisprudenze, auspicando che vengano precisate le opzioni etico-normative da cui muovono i due organi giudicanti¹⁴⁰.

Trattasi di un compito di pulizia concettuale che consentirebbe di disinnescare anche il problema di chi sia oggi il "giudice ultimo del bilanciamento" in un sistema oramai multilivello.

Proprio a voler ammettere che i diritti e gli altri contro-interessi in gioco si trovino in una dimensione a «somma zero»¹⁴¹, ne segue infatti che o i meccanismi di coordinamento tra i vari livelli decisionali, come il filtro prefigurato fin dalle sentenze gemelle del 2007, diventeranno il terreno naturale per riproporre da parte delle Corti interne il proprio bilanciamento, addirittura in termini invariati a seguito del braccio di ferro con Strasburgo (rendendo però così di fatto inutile il ricorso alla Corte europea giacché le sue pronunce verrebbero sempre inesorabilmente rovesciate a fronte dell'espansione di un diritto fondamentale a scapito di un interesse pubblico), oppure avranno la capacità di imporsi come momento di stimolo a comprometersi con premesse ermeneutiche diverse da quelle già sperimentate. È proprio seguendo questa prospettiva che il risultato potrà anche consistere - come la giurisprudenza costituzionale sull'interpretazione autentica pare insegnarci - in un modo nuovo di guardare al miglior temperamento degli interessi in campo.

¹⁴⁰ O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo. Il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale. (A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro)*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, 2015, p. 12.

¹⁴¹ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti...cit.*, p. 33.