



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti / G. PASSAGNOLI. - In: RIVISTA DI DIRITTO PRIVATO. - ISSN 1128-2142. - STAMPA. - III:(2005), pp. 543-573.

Availability:

The webpage <https://hdl.handle.net/2158/255471> of the repository was last updated on

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

La data sopra indicata si riferisce all'ultimo aggiornamento della scheda del Repository FloRe - The above-mentioned date refers to the last update of the record in the Institutional Repository FloRe

(Article begins on next page)

rivista di diritto privato

estratto

Fonti europee, successione di leggi e
rapporti contrattuali pendenti

di Giovanni Passagnoli

KLUWER  IPSOA

**Fonti europee, successione di leggi
e rapporti contrattuali pendenti**

di Giovanni Passagnoli

Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti

di Giovanni Passagnoli

Sommario: 1. Fonti europee e autonomia privata: la prospettiva d'indagine. - 2. Fonti europee e successione di leggi regolatrici del contratto: i rapporti pendenti e il problema del diritto intertemporale. - 3. Il diritto intertemporale nell'esperienza giurisprudenziale. - 4. I modelli teorici: diritti quesiti, fatto compiuto, gradi della retroattività, efficacia immediata. - 5. L'ordine pubblico intertemporale ed il controllo di ragionevolezza sulla disparità di trattamento dell'interesse regolato. - 6. Segue: la peculiarità del controllo di ragionevolezza nel quadro delle fonti europee. - 7. La c.d. interpretazione evolutiva e l'evoluzione dell'ordinamento nel diritto intertemporale.

1. Fonti europee e autonomia privata: la prospettiva d'indagine.- La adozione del Trattato di Roma del 29 ottobre 2004, che recepisce nella parte seconda la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, già nota come Carta di Nizza, porta ad ulteriore sviluppo un processo di profondo rinnovamento delle fonti.

Il tentativo di definizione dei rapporti tra le norme del Trattato, le fonti da esso derivate e la nostra Costituzione, nonché il ruolo che al riguardo compete alla Corte di Giustizia ed alla Corte Costituzionale ha già connotato l'intera stagione del c.d. *cammino comunitario*⁽¹⁾ del nostro giudice delle leggi. Su quei risultati, non pacifici, ma in parte acquisiti, si edificherà negli anni a venire una nuova teoria delle fonti⁽²⁾.

(1) Sul punto vedi ora, AA.VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. Gambino, Milano, 2002, e *ivi*, in particolare, Albino, *La costruzione di un sistema europeo delle fonti tra unicità e pluralità degli ordinamenti*, p. 453 ss.; e vedi già Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Ciciu - Messineo e cont. da Mengoni, I, 1, Milano 1998, p. 675 ss.; Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995, in specie p. 199 ss. Anche all'interno del Trattato costituzionale il rapporto con i principi costituzionali degli stati membri resta intrinsecamente dinamico e compromissorio, come si rileva da una lettura degli artt. I-5, I-6, II-113: in tal senso cfr. T.E. Frosini, *Così passa il primato del diritto europeo*, in *Guida al dir.*, dossier mensile n. 10, p. 48 ss..

(2) Una condivisa teorizzazione al riguardo è ad oggi tutta da elaborare, se è vero che, da un lato si è osservato che risulta assai problematico ordinare il rapporto tra fonti comunitarie e nazionali alla stregua dei criteri consueti di specialità, di successione cronologica, di gerarchia: in particolare, quanto al criterio cronologico, la antinomia tra norma comunitaria sopravvenuta e diritto interno non darebbe luogo ad un fenomeno di abrogazione (così, Albino, *op. cit.*, pp. 469-472); mentre, (segue)

Certo, l'ampiezza e l'intensità del fenomeno risultano ora legati alle difficoltà incontrate dalla ratifica del Trattato costituzionale, apparendo sempre più indispensabile colmare il *deficit* di legittimazione democratica del processo costituente.

Vi è però un dato attuale: il significato che già riveste la Carta di Nizza nell'operato delle istituzioni dell'Unione⁽³⁾. Esso sollecita la riflessione del civilista, che deve interrogarsi sui mutamenti del sistema del diritto dei privati e, nell'ambito di questo, in special modo della disciplina dei contratti⁽⁴⁾.

Da questo punto di vista è agevole una prima, condizionante constatazione. La sovrabbondante produzione normativa, nella materia contrattuale un tempo reputata di competenza dei soli ordinamenti nazionali⁽⁵⁾, ha determinato l'inserzione nel diritto civile più che di norme sparse ed eterogenee, di discipline tendenzialmente coerenti nel loro fondamento.

Con la conseguenza della inevitabile emersione di un articolato quadro di *principi*, capaci di riflettersi sul sistema, esprimendo nuove gerarchie di *valori* ed attribuendo organica rilevanza a categorie di *interessi*, in precedenza marginali se non irrilevanti per il diritto.

È, del resto, sotto gli occhi di tutti quanto le c.d. norme di protezione, da un lato, la regolamentazione del mercato e della concorrenza, dall'altro, abbiano mutato nel profondo la disciplina del contratto, con potenzialità ed implicazioni sistematiche che risultano ancora, in larga misura, da valutare.

(continua nota 2)

per altri, proprio il criterio di specialità varrebbe a risolvere le antinomie tra norma interna e comunitaria (per tutti, Pocar, *Diritto dell'Unione e delle comunità europee*, Milano, 1997, p. 332).

(3) Il Parlamento europeo e la Commissione considerano vincolanti i principi espressi dalla Carta nella motivazione dei loro atti: cfr., per tutti, J.P. Jacquè, *La charte de droits fondamentaux*, in *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'unione europea*, a cura di L.S. Rossi, Milano 2002, p. 79; e vedi già, diffusamente i contributi di AA.VV., in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, ed *ivi*, Benedetti, *La rilevanza giuridica della Carta europea di fronte alla Corte di giustizia: il problema delle ferie annuali retribuite*, p. 127 ss..

(4) Impostano una tale riflessione, Castronovo, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 29 ss.; Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 51 ss..

(5) Grundmann, *L'autonomia privata nel mercato interno. Le regole d'informazione come strumento*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 257 ss.; Vettori, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313 ss..

Ora però, grazie alla Carta di Nizza e forse al Trattato costituzionale, accanto alle tante fonti derivate, compaiono «*nuovi referenti normativi di livello apicale*»⁽⁶⁾; ed il mutamento diviene qualitativamente più intenso e, in prospettiva, quantitativamente più esteso.

Il luogo privilegiato del cambiamento, per la materia contrattuale, è ancora una volta, come vedremo, l'*ordine pubblico*. E si schiudono nuove prospettive di indagine, che proprio in tale criterio di validità dell'atto di autonomia vedono il proprio centro di gravità.

Non si potrà fare a meno, d'ora in poi, di definire i rapporti tra l'ordine pubblico *interno* e quello *europeo*, come parte, ormai del tutto peculiare, dell'*ordine pubblico internazionale*.

Né potrà eludersi il problema dei riflessi, sugli atti di autonomia, del succedersi di nuove leggi, portatrici di principi e valori spesso incompatibili con quelli incarnati dalle discipline previgenti: il problema, in breve, dell'*ordine pubblico intertemporale*, cui è dedicata la riflessione che di seguito brevemente svolgerò.

2. Fonti europee e successione di leggi regolatrici del contratto: i rapporti pendenti e il problema del diritto intertemporale. - Nel contesto innanzi accennato, torna attuale una constatazione significativamente espressa in tempi diversi, ma, come nell'ora presente, di profondo mutamento del sistema: nel «*trapasso storico da una legislazione precedente ad una posteriore*» si verifica il fenomeno, insidioso, della «*duplex interpretatio*»⁽⁷⁾: i fatti giuridici sono oggetto di una doppia valutazione normativa, alla stregua delle norme nuove e di quelle previgenti.

Ove tali fatti, o meglio, come vedremo, gli interessi regolati, ad essi di volta in volta sottesi, non si esauriscano nel vigore della norma abrogata, o non si collochino per intero nel vigore di quella nuova, si pone il problema della individuazione della legge ad essi applicabile.

La questione investe massimamente e per ciò che qui più interessa i *rapporti contrattuali pendenti*.

Proprio rispetto ad essi l'ampiezza dell'intervento legislativo nell'ultimo quindicennio e la conseguente rilevanza del problema sono ben testimoniate da dottrina e giurisprudenza.

(6) Mazzamuto, *Note minime in tema di autonomia privata*, cit., p. 54.

(7) Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, rist., Milano, 1990, II, p. 826.

Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla legge sulla concorrenza e il mercato⁽⁸⁾, alla riforma del settore creditizio, specie con riferimento alla fideiussione *omnibus*⁽⁹⁾ ed ai contratti bancari⁽¹⁰⁾; ed ancora alla disciplina dei

(8) L'applicabilità ai rapporti pendenti della legge 10 ottobre 1990, n. 287, per la tutela della concorrenza e del mercato, (in relazione al divieto, posto dall'art. 2, delle intese restrittive della concorrenza) ha visto contrapporsi le posizioni della dottrina e della Autorità Garante, da un lato, con l'orientamento della Cassazione, solo di recente mutato sul punto. Così, in particolare, si sono espressi per la applicabilità immediata della nuova legge, Alessi, in Alessi - Olivieri, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, p. 178; Auteri, *Nullità e autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, I, p. 69 ss., 102 ss.; Libertini, *Legge antitrust nazionale e sua applicabilità ai contratti stipulati prima della entrata in vigore della nuova legge*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 352 ss.; Id., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 649 ss., 669 ss..

Anche l'Autorità Garante si è più volte espressa in tal senso: cfr. provv. n. 1796 (180) del 14 marzo 1994, Consorzio Trevi, in *Boll. A.G.C.M.*, 1994, 8, p. 32; 3671 (1123) del 6 marzo 1996, Sipac, in *Boll. A.G.C.M.*, 1996, 10, p. 7.

La Cassazione invece, dopo essersi attestata sulla inapplicabilità, motivata sul carattere innovativo e non retroattivo della legge n. 287 del 1990 (cfr. Cass. 28 luglio 1995, n. 8251 in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1411 ss.; Cass. 21 agosto 1996, n. 7733, in *Danno e resp.*, 1997, p. 340), si è infine adeguata alla opinione prevalente con la sentenza 1 febbraio 1999, n. 827 (in *Foro it.*, 1999, I, c. 831, con nota di Lambo; nonché in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p. 183 ss. con nota di Guizzi, ove anche ulteriori riferimenti per i precedenti di merito, anch'essi contrastanti).

(9) Nonostante il favore mostrato da una parte della dottrina (per tutti, cfr. Valcavi, *Sul carattere interpretativo della norma che vieta le fideiussioni omnibus illimitate e sulla sua applicazione retrospettiva alle liti pendenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 237 ss.; Iacuanelli Bruggi, *La fideiussione omnibus fra recente passato e prossimo futuro*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1311; Dolmetta, *Fideiussioni «chiuse» e legge sulla trasparenza: una massima della Cassazione*, in *Vita notar.*, 1994, p. 700 ss.; e vedi anche ampiamente sul tema Briolini, *Fideiussioni omnibus non «esaurite» e legge sulla trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, I, p. 685 ss., 697 ss.) e da alcuni giudici di merito, la Cassazione (per tutte, Cass. 19 gennaio 1995, n. 558, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 671) ha sempre privilegiato la tesi della inapplicabilità, ai rapporti sorti anteriormente, della alla nuova disciplina posta dall'art. 10 della L. 17 febbraio 1992, n. 154.

Sul punto, come è noto, è intervenuta la Corte Costituzionale (con sentenza 27 giugno 1997, n. 204, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2033, sulla quale v. ancora Briolini, *Fideiussione «omnibus» e «ius superveniens» al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 635; BIN, *La nuova disciplina della fideiussione «omnibus» si applica, dunque, anche ai contratti preesistenti, ma solo con effetto per le obbligazioni successive*, in *Contratto e impr.*, 1997, p. 424) che ha affermato, con notevole valore di principio, che il carattere innovativo della disciplina e quindi la sua irretroattività, se da un lato «non tocca la garanzia per le obbligazioni principali già sorte», dall'altro «esclude che si producano ulteriori effetti» della fideiussione senza limitazione di importo.

La giurisprudenza di legittimità successiva si è conformata a tale insegnamento, tenendo fermo il carattere innovativo della legge e la sua irretroattività e però decidendo che simili fideiussioni «pur non essendo nulle sono inoperanti rispetto alle obbligazioni sorte in epoca successiva»: infatti «il principio di irretroattività non impedisce che la legge nuova si applichi ai rapporti, che pur avendo avuto origine sotto la legge abrogata, siano destinati a durare ulteriormente» (Cass. 28 gennaio 1998, n. 831, in *Foro it.*, 1998, I, c. 770 ss.).

(10) V. per tutte, in relazione alle clausole di rinvio agli usi, contenute nei contratti anteriori alla L. 17 febbraio 1992, n. 154 ed al T.U. bancario (D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 117), a favore della applicabilità immediata, sia pur variamente graduata nelle conseguenze: Trib. Catania, 29 luglio 1998, Trib. Busto Arsizio, 15 giugno 1998, Trib. Roma, 19 febbraio 1998 e Pretura di Catania, 30 luglio 1998, tutte in *Foro it.*, 1998, I, c. 2997 ss..

contratti dei consumatori, di cui all'art. 1469-bis e ss. del Codice civile⁽¹¹⁾, a quella della subfornitura⁽¹²⁾, a quella dei contratti usurari⁽¹³⁾.

La eterogeneità delle soluzioni prospettate riguardo alla applicabilità dello *ius superveniens* ai rapporti pendenti, unitamente alla constatata rilevanza del mutamento normativo, giustificano ora un tentativo di razionalizzazione del diritto intertemporale⁽¹⁴⁾.

È necessario interrogarsi sul *modo* in cui si verifica questo avvicinarsi, nel tempo, di principi eterogenei. Esso trova, certo, un limite, discusso quanto alla sua estensione, nel sistema dei precetti costituzionali. Questi ultimi, d'altra parte, nella loro ampiezza ed elasticità di contenuto lasciano ampio spazio alle scelte di politica legislativa.

Per tale via, a prescindere dalle sorti che avrà il Trattato costituzionale europeo, già sulla base del vigente ordinamento comunitario e delle sue fonti

(11) Si vedano, per una efficace rappresentazione del contrasto interpretativo, Cass. 29 novembre 1999, n. 13339, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1219 ss., che nega la applicabilità dello *ius superveniens* e Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, p. 207 ss., che invece senz'altro la afferma, sulla base di una approfondita ricognizione sistematica; in tal senso v. anche Trib. Palermo, 7 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1624.

Sul punto, in dottrina, Bianca, *Precedenti delle legge di attuazione della direttiva comunitaria e problemi di diritto intertemporale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 752 ss., in bilico tra applicabilità del *novum* e rilevanza del criterio del «fatto compiuto». A favore della applicabilità, v. invece Conti, in nota a Trib. Roma, 21 gennaio 2000, cit..

(12) Con riferimento all'art. 3 della L. 18 giugno 1998, n. 192, favorevoli alla applicabilità al rapporto dello *ius superveniens*, Barbieri C., in AA.VV., *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Lipari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 382 ss., 387; Astone, *Le obbligazioni del committente e la disciplina dei pagamenti*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, p. 114 ss..

In senso contrario vedi però Trib. Taranto, 22 marzo 1999, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2077, con nota di Granieri, *Subfornitura industriale: l'esordio (mancato) di una disciplina*, ove si osserva che la pronunzia in commento «si colloca al di fuori di un pressoché consolidato filone giurisprudenziale» (ivi, c. 2080).

(13) Al riguardo, per brevità, mi permetto di rinviare a Passagnoli, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005; Id., *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione «autentica»*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 29 ss..

(14) Sino agli anni '80 il problema, per la sua episodicità, poteva apparire marginale e veniva affrontato recependo in modo piuttosto acritico le argomentazioni tradizionali (a loro volta, come vedremo, filtrate nelle massime giurisprudenziali).

Significativa di un primo isolato rinnovarsi della sensibilità degli interpreti per il problema dello *ius superveniens* è, ad esempio, la vicenda giurisprudenziale del contratto di deposito in albergo.

La Cassazione, nel volgere di pochi ma significativi anni, ha colto i fermenti del nuovo: così in relazione alla applicabilità della disciplina (introdotta con legge 15 febbraio 1977, n. 35 e con legge 10 giugno 1978, n. 316) ai rapporti in corso, si è prima espressa (sent. 8 luglio 1981, n. 4468 in *Foro it.*, 1981, I, c. 2950) in senso negativo, poi (con sentenza 3 aprile 1987, n. 3231 in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 1527 ss., con nota di Nepitelli), ha adottato l'orientamento inverso, sul presupposto che la «legge sopravvenuta deve essere comunque applicata quando il rapporto giuridico disciplinato, sebbene sorto anteriormente, non abbia ancora esaurito i suoi effetti».

derivate, si è assistito ad una concretizzazione dei principi posti dagli artt. 2, 3, secondo comma, e 41, secondo comma, della nostra Costituzione.

Si è verificata, in altri termini, una graduale quanto evidente modificazione della cornice di ordine pubblico economico; e la forte valenza assiologica del cambiamento si riflette sulla urgenza del problema della incidenza del *novum* sui rapporti pendenti.

Questi ultimi, ove destinati a svolgersi nel tempo, debbono convivere con i rapporti instaurati dopo l'entrata in vigore delle nuove discipline contrattuali, differendo da essi, il più delle volte, non per marginali regole di dettaglio, bensì per i principi che li governano e per la selezione e composizione degli interessi protetti⁽¹⁵⁾. Ciò, come vedremo, fornisce all'interprete significativi indici costruttivi⁽¹⁶⁾.

3. Il diritto intertemporale nell'esperienza giurisprudenziale. - È utile muovere da una ricognizione giurisprudenziale, che consente di scorgere la compresenza di diversi modelli argomentativi, la cui alternativa adozione è in grado di dilatare o restringere i confini posti alla applicabilità dello *ius superveniens* ai rapporti in corso.

Un primo e più tradizionale argomento è quello che ammette la applicabilità della legge nuova «quando il rapporto giuridico disciplinato, sebbene sorto anteriormente, non abbia ancora esaurito i suoi effetti e purché la norma innovatrice non sia diretta a regolare il fatto e l'atto generatore del rapporto ma gli effetti di esso»⁽¹⁷⁾.

Sarebbe perciò preclusa la applicazione immediata della legge nuova ove in tal modo si «disconoscano gli effetti già verificatisi del fatto passato o si venga a togliere efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali e future di esso»⁽¹⁸⁾.

(15) Vedi ancora, Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 41; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 915 ss..

(16) La questione non si presta allora ad una considerazione empirica od episodica, abbandonata alle chiose esegetiche delle singole norme di nuova emanazione sui diversi istituti contrattuali. Senza nulla togliere alla specificità di ogni disciplina, mi sembra perciò pressante l'esigenza di razionalizzazione della materia, nel quadro di una generale considerazione del fenomeno in atto.

(17) Si tratta di argomentazione che risente in modo diretto della teoria del fatto compiuto (sulla quale, *infra*, § 4). Cfr. in particolare, tra le tante, Cass. 3 aprile 1987 n. 3231, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1226, ove ampi riferimenti ulteriori; nonché in *Giur. cost.*, 1988, p. 1527, con nota di Nepitelli, cit.; e vedi già Cass. 4 maggio 1966 n. 1115, in *Giust. civ., Mass.*, 1966, n. 638, secondo la quale la legge nuova può essere applicata ai rapporti pendenti solo ove si prescinda «completamente dal collegamento con il fatto che li ha generati».

(18) Cass. 3 marzo 1979, n. 1350, in *Giust. civ., Mass.*, 1979, 606; Cass. 4 maggio 1966, n. 1115, cit..

A tale enunciazione, come è stato esattamente osservato⁽¹⁹⁾, è complementare quella per cui l'elemento discriminante per l'applicazione della legge nuova consisterebbe nel modo in cui quest'ultima prende in considerazione gli effetti attuali del fatto generatore.

Sarebbe cioè possibile la applicazione immediata ove gli effetti nuovi «ancorché conseguenti ad un fatto passato» siano «presi in considerazione in se stessi, prescindendo dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore»⁽²⁰⁾.

Un secondo modello argomentativo rappresenta un significativo sviluppo del primo.

In esso, come vedremo, si perde il requisito, per la verità assai ambiguo, della mancanza di «collegamento» tra conseguenze regolate *ex novo* ed il «fatto generatore» del rapporto⁽²¹⁾.

Un terzo modello argomentativo è quello che ha visto impegnarsi la Corte Costituzionale sulla nota questione della applicabilità della L. 17 febbraio 1992 n. 154 alle fideiussioni *omnibus*, stipulate anteriormente alla entrata in vigore della legge e rimaste efficaci successivamente a quest'ultima⁽²²⁾.

Qui la Corte, mentre ha escluso che «l'innovazione legislativa, che stabilisce la nullità delle fideiussioni per obbligazioni future senza limitazione d'importo» incidesse sulla «garanzia per le obbligazioni principali già sorte», ha del pari escluso che «si producano ulteriori effetti e che la fideiussione possa assistere obbligazioni principali successive al divieto di garanzia senza limiti».

Si perde del tutto, in questa motivazione, il rilievo del «fatto generatore»

(19) Furguele, voce *Diritti acquisiti*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 378.

(20) Cass. 3 marzo 1979, n. 1350 cit.; Cass. 1 ottobre 1976, n. 3202, in *Foro it.*, 1972, *Rep.*, 1976, voce *Legge, decreto e regolamento* n. 29; estesamente in termini, già Cass. 11 luglio 1975, n. 2473, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1235; Cass. 27 maggio 1971, n. 1579, in *Foro it.*, 1972, I, c. 153; Cass. 12 dicembre 1967, n. 2926 in *Foro it.*, 1968, I, c. 1254.

(21) Significativa in tal senso è una pronunzia di legittimità che, innovando sui precedenti della materia, ha ritenuto applicabile la L. 10 ottobre 1990 n. 287, sulla tutela della concorrenza, alle intese restrittive concluse anteriormente alla entrata in vigore della nuova disciplina (cfr. Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, c. 831, con nota di Lambo, cit.). L'argomentazione muove qui dal consueto ossequio alla distinzione tra atto o fatto generatore - soggetto alla *lex temporis* - e conseguenze dello stesso. Si aggiunge però che tra i «punti fermi», in materia di irretroattività della legge, vi è la «potestà del legislatore di innovare i rapporti in corso», ferma la «intangibilità» dell'atto generatore e «di qualunque effetto di esso anteriore alla nuova legge».

E si precisa che le ulteriori «conseguenze» - si intende quelle posteriori alla legge nuova - «ancorché originate da quel medesimo fatto» sono invece soggette alla «disciplina del momento in cui si realizzano».

(22) C. Cost. 27 giugno 1997, n. 204, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2033.

e ciò ben si comprende, giacché la disciplina imperativa sopravvenuta prescrive, proprio, un nuovo requisito di validità del medesimo⁽²³⁾.

Il mutamento di prospettiva è stato colto dalla successiva giurisprudenza di legittimità che ha ripetutamente affermato la applicabilità della nuova disciplina dell'usura ai mutui anteriormente contratti⁽²⁴⁾.

Qui è la stessa Corte di Cassazione a sottolineare tale sviluppo argomentativo, criticando il proprio precedente orientamento.

È vero, vi si legge, «che nella giurisprudenza di questa Corte si è affermato, in via di principio, che il giudizio di validità deve essere condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto».

È anche vero, si aggiunge, che ove si verifichi «un concorso tra autoregolamentazione pattizia ed eteroregolamentazione normativa» diviene «insostenibile la tesi che subordina l'applicabilità dell'art. 1419, comma secondo, cod. civ., all'antiorità della legge rispetto al contratto, poiché l'inserimento ex art. 1339 c.c. del nuovo testo incontra l'unico limite che si tratti di prestazioni non ancora eseguite».

In questa argomentazione diviene evidente il distacco dall'idea della «intangibilità» del fatto generatore e dei suoi effetti.

Bene, del resto, se ne esplicita il fondamento, ove della efficacia immediata della nuova legge si enuncia la *ratio* ultima: «non si potrebbe comunque continuare a dare effetto alla pattuizione di interessi superiori alla soglia, a fronte di un principio introdotto nell'ordinamento con valore generale e di un rapporto non ancora esaurito»⁽²⁵⁾.

(23) Nella rilevata contraddizione argomentativa si dibatteva invece parte della giurisprudenza di merito che pur, nella sostanza, perveniva ad analoga decisione. Così ad esempio Trib. Napoli, 8 marzo 1994 (ord.) in *Banca, borsa, tit. cred.* 1995, II, p. 643, che, da un lato, significativamente premette che «con riferimento alle materie in cui predominano l'autonomia privata e l'interesse dei singoli, è principio consolidato che il fatto compiuto, in sé e negli effetti futuri che ne derivano, deve essere disciplinato dalla legge vigente all'epoca in cui esso si è verificato» e poi, però, reputa che la normativa sopravvenuta si applichi al rapporto pendente, operando «come causa d'invalidità sopravvenuta».

(24) Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2180: si tratta dell'orientamento che ha poi dato origine alla «interpretazione autentica» della L. 7 marzo 1996, n. 108, operata con D.L. 29 dicembre 2000, n. 394, poi convertito con L. 28 febbraio 2001, n. 24.

(25) Così Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, cit.. La forza del nuovo orientamento di principio si può misurare esaminando una pronunzia di merito (Trib. Roma, 19 febbraio 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2998), in materia di applicabilità ai contratti bancari, anteriori alla legge 17 febbraio 1992, n. 154 ed al D.Lgs. n. 385 del 1° settembre 1993, del divieto di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse applicabili.

In questa sentenza, argomentando dal principio affermato dalla Consulta (pur in presenza dell'art. 162, comma 6 del T.U. bancario, ove espressamente si dispone che i contratti in corso restino regolati dalle norme anteriori) il Tribunale afferma senz'altro la applicabilità della normativa nuova. Ciò

(segue)

La compresenza dei tre richiamati modelli argomentativi attraverso la giurisprudizione⁽²⁶⁾ e delinea un criterio che non è univoco.

Altro è affermare la applicabilità delle nuove discipline ai contratti in corso di esecuzione, sulla base della pura e semplice valutazione della inammissibilità di una disparità di trattamento rispetto ad analoghi interessi.

Altro è filtrare quella efficacia immediata col criterio del «fatto generatore» del rapporto.

La maggior parte delle norme imperative sopravvenute prescrive o vieta un determinato contenuto del contratto: incide, così, sui requisiti di validità dell'atto che costituisce la fonte del rapporto e ne muta, sia pure solo *pro futuro*, gli effetti.

In tali casi l'adozione del criterio del «fatto generatore» condurrebbe a ritenere inapplicabile la disciplina nuova ai rapporti pendenti.

L'impiego del principio di parità di trattamento conduce a un inverso risultato.

L'equivocità della giurisprudenza - che pur nel complesso e nella sostanza si mostra sensibile al problema - si spiega nel più vasto quadro dell'enigmatica complessità della materia del diritto intertemporale.

Nella giurisprudenza pratica, in effetti, si assiste ad una stratificazione concettuale, recepita nelle argomentazioni delle Corti, ancorché se ne sia smarrito, cammin facendo, il fondamento.

(continua nota 25)

sulla base della sola essenziale ragione della «ingiustificata diversità di disciplina» che, altrimenti, si verificherebbe tra i rapporti perduranti e quelli originatisi con nuovi contratti.

Certo nel merito di questa pronuncia appare discutibile la forzatura interpretativa dell'art. 161, sesto comma T.U., che esclude espressamente la applicazione dello *ius superveniens*.

Meglio avrebbe operato quel giudice, a mio modo di vedere, sollevando una questione di legittimità costituzionale della norma: questione che avrebbe tratto argomento proprio da quella stessa disparità di trattamento (ove sussista e non sia ragionevole) sulla base della quale si è invece preteso di risolvere il problema di diritto intertemporale.

Non di meno la sentenza appare sintomatica di una esigenza che è oramai diffusamente avvertita, seppur non sempre tradotta nei modi tecnici adeguati: assicurare parità di trattamento ad interessi identici, ove i pregressi contratti di durata siano destinati a protrarre i propri effetti successivamente alle leggi innovative.

(26) Il riferimento alla esigenza di parità di trattamento è ben presente anche ai giudici di merito. Chiaro, coerente ed assorbente è, ad esempio, nella recente sentenza del Tribunale di Roma, del 21 gennaio 2000, che ha reputata la applicabilità ai rapporti in corso della disciplina introdotta col capo XIV bis del codice civile, in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori (vedila in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, p. 207, cit., nonché in *Corr. giur.*, 2000, p. 496, ss. in specie p. 512).

Del pari coerente, *ante litteram*, era l'impostazione del Trib. Milano, 20 febbraio 1997, in *Foro pad.*, 1997, I, c. 149, ove proprio sulla sussistenza di un perdurante «interesse del creditore meritevole di tutela» nei contratti di durata, si affermava la nullità successiva della fideiussione *omnibus*, con effetto *ex nunc*, dal momento di entrata in vigore della legge.

Manca, può dirsi, la condivisione di un modello teorico che sostenga ed orienti la prassi.

Quest'ultima, se da un lato appare permeata da una *ratio decidendi* tesa alla parità di trattamento, dall'altro viene ancora sorretta con argomentazioni che, in modo sempre più soltanto rituale, si rapportano al profilo strutturale della fattispecie, cioè al nesso causale tra «fatto generatore» ed effetti.

4. I modelli teorici: diritti quesiti, fatto compiuto, gradi della retroattività, efficacia immediata. - Gioverà, a questo punto, ripercorrere, sia pure per linee essenziali, l'evolversi delle teorie di diritto intertemporale, dalle cui formule «più allusive che esaurienti»⁽²⁷⁾ è condizionata la ricordata giurisprudenza.

È opinione condivisa che la questione del diritto intertemporale abbia assunto dignità di autonomo oggetto di normazione⁽²⁸⁾ e di specifico tema di riflessione teorica solo con l'età moderna e con le grandi codificazioni ottocentesche⁽²⁹⁾.

Al riguardo è stato efficacemente osservato che è proprio il carattere innovativo delle codificazioni moderne a determinare l'insorgere, in modi diversi rispetto al passato, del problema della retroattività.

In precedenza l'intervento del legislatore era - od era percepito - più come una rielaborazione dell'esistente, in una sostanziale continuità, che ne faceva più una ricompilazione, una interpretazione autentica, che una innovazione capace di incidere sui diritti.

Viceversa il carattere innovativo delle codificazioni esige un argine al mutamento: argine che è stato più o meno efficacemente rappresentato dall'idea di *diritto quesito*⁽³⁰⁾ del quale solo la dottrina ottocentesca tenta una compiuta teorizzazione.

(27) Così Furguele, *Diritti acquisiti*, cit., p. 376.

(28) Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, 3ª ed., Torino, 1891, p. 51 ss., ne dà ampia illustrazione, riferendo delle discipline transitorie adottate, con diverse pretese di completezza, sin dalla promulgazione del Diritto territoriale universale prussiano del 1794, fino al nostro Codice civile del 1865, attraverso tutte le legislazioni germaniche coeve al primo impero francese e quelle italiane preunitarie.

Secondo l'A., il legislatore, per l'innanzi, di tale problema «non ebbe che una intuizione indeterminata, e quasi volgare, cosicché la teoria dell'effetto retroattivo rimase tutta da farsi» (*ivi*, p. 50).

(29) Gabba, *op. loc. cit.* Esplicita tale considerazione, correlandola col «diffondersi del positivismo legalistico nelle materie del diritto privato», Furguele, *op. cit.*, p. 371; e v. anche Tarello, *Il problema dei diritti quesiti nelle codificazioni moderne*, in *Coscienza civile e problemi della democrazia oggi*, Milano, 1984, p. 165 ss..

(30) Così, Tarello, *Il problema dei diritti quesiti*, cit. pp. 166-167. In effetti, di un limite alla retroattività delle leggi nel «*droit qui étoit acquis à quelques personnes*», già scriveva, richiamandosi alla

(segue)

Pur nella varietà delle formule costruttive, si realizza a quel tempo una piena assimilazione del criterio della successione delle leggi a quello del necessario rispetto del «diritto acquisito»⁽³¹⁾.

Quest'ultimo, a sua volta, si fonda dichiaratamente sulla esigenza di salvaguardare, al massimo grado, la intangibilità della volontà individuale, concepita come fonte dell'acquisto del diritto⁽³²⁾.

Tale dottrina parrebbe lontana, nei suoi presupposti, dai termini attuali del dibattito teorico. Essa ne conteneva peraltro i fermenti.

In particolare, non sarà priva di conseguenze la circostanza che taluno reputasse la necessaria applicabilità ai rapporti in corso delle leggi connesse coll'ordine pubblico o comunque a carattere proibitivo⁽³³⁾, oppure fondate su «una grave ed evidente ragione di moralità»⁽³⁴⁾, senza più doversi, in simili ipotesi, «rispettare» il diritto acquisito.

La fragilità teorica di quella impostazione, che pur godeva «autorità somma e quasi incontrastata nella scuola e nel foro, in Italia non solo, ma in Francia ed in Germania»⁽³⁵⁾, venne presto messa in luce.

La nuova dottrina - del *fatto compiuto* - si presenta perciò come uno sviluppo «logico»⁽³⁶⁾ di quella precedente, della quale tenta peraltro di far salvo il significato di principio, cioè la «considerazione della volontà»⁽³⁷⁾.

(continua nota 30)

pur controversa tradizione romana e intermedia, Domat, *Le loix civiles leur ordre naturel*, vol. I, Parigi, 1756, p. 3, n. XV.

(31) Spetta a Gabba, *op. cit.*, p. 182 ss., far sintesi - al di là delle contrapposizioni teoriche che oggi, attentamente storicizzandole, assumono rilievo marginale - dei risultati cui già eran pervenuti Savigny (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., VIII, Torino, 1898, p. 374 ss.) e Lassalle (*Die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze*, Leipzig, 1861, p. 65 ss.).

Secondo Gabba (*op. loc. cit.*) «il principio della non retroattività delle leggi non ha valore scientifico, ove non lo si traduca nell'altro: non potere la legge nuova violare diritti precedentemente acquisiti; che, ove non si offendano diritti di questa natura, ogni nuova legge deve ricevere la più ampia applicazione a tutto ciò che il suo contenuto concerne, trattisi di fatti o rapporti giuridici del tutto nuovi, oppure di conseguenze di fatti o rapporti giuridici anteriori».

Peculiare, in quel panorama, è la posizione di Windscheid (*Diritto delle Pandette*, trad. it., vol. I, Torino, 1902, p. 86 e seguenti) che, nel contrapporsi in particolar modo alla teoria di Savigny, esclude la adottabilità di un «principio astratto» e parla di un problema di «teoria dell'interpretazione» (*ivi*, pp. 91-93).

(32) Lassalle, *op. loc. cit.*; Gabba, *op. cit.*, p. 175, che pur vi apporta dei correttivi, muovendo dall'assunto che «alcuni diritti nascono direttamente o indirettamente per opera della legge, *ipso iure*», sicché la definizione del diritto acquisito, fermo quel fondamento volontaristico, dovrebbe includere anche quel diritto che in ogni caso «a termini della legge sotto la quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato» (*ivi*, p. 191).

(33) Lassalle, *op. cit.*, p. 193.

(34) Gabba, *op. cit.*, p. 339.

(35) Coviello N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910, I, p. 102.

(36) Furguele, *op. cit.*, p. 374.

(37) Chironi-Abello, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1904, I, p. 87.

È tramite il fatto, si scrive, che « la persona che lo compie *s'impadronisce* (corsivo nel testo) della creazione astratta ch'è nella legge » e però ciò non dipende dalla sola «volontarietà» del fatto «sibbene dall'esistenza del fatto in cospetto della legge», qualunque «sia la ragione» di esso, derivi cioè «dall'azione volontaria del soggetto, o ne sia indipendente»⁽³⁸⁾.

In tal modo si spostava l'attenzione dal c.d. diritto quesito alla fattispecie acquisitiva di esso e si elaborava una teoria suscettibile di applicazione oltre il campo dei diritti «patrimoniali» ed in genere del solo diritto privato⁽³⁹⁾.

Il criterio in base al quale discernere la norma applicabile ai rapporti in corso veniva a consistere nella «compiutezza» del fatto nel passato; fatto che era, per ciò stesso, sottratto «alla forza regolatrice della legge nuova».

Ciò peraltro non escludeva che vi fossero effetti, prodottisi «in modo non assolutamente connesso» col «fatto», soggetti alla disciplina sopravvenuta, poiché in tal caso, si scriveva, «non vi è ombra di retroattività»⁽⁴⁰⁾.

Questa idea viene poi sviluppata e formulata, nei modi ancora percettibili nella recente giurisprudenza: la legge nuova non potrebbe applicarsi «a fatti passati, o sconoscendo le conseguenze già avverate, o togliendo efficacia o attribuendone una diversa alle conseguenze nuove in base alla sola valutazione del fatto passato»⁽⁴¹⁾.

Questi Autori assegnano all'una od all'altra formula il ruolo di criterio astratto di individuazione dell'ambito di applicazione temporale delle leggi. È però significativo che proprio essi ne denunciino la inadeguatezza, allorché corredano le proprie enunciazioni di principio con una rilevante serie di «eccezioni».

Così è quando si precisa che, a dispetto del fatto compiuto «Gli effetti, che secondo la legge antica ne sarebbero normalmente usciti, avverranno soltanto se la legge nuova li acconsenta, come pure avverranno quelli che nuovamente sian fatti inerire al rapporto»; ciò perché con le leggi «di diritto pubblico o d'ordine pubblico» lo «Stato misura e fissa la condizione della persona, che ne trae i diritti»; ed ancora il fatto compiuto «comprende soltanto gli effetti già prodotti al tempo in cui il nuovo ordinamento entra in vigore» e ciò in funzione della «tutela e miglioramento dell'interesse sociale»⁽⁴²⁾.

(38) Chironi-Abello, *op. loc. cit.*; nello stesso senso Ferrara F., *Sen., Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, I, p. 273.

(39) Chironi-Abello, *op. loc. cit.*

(40) Chironi-Abello, *op. loc. cit.*

(41) Coviello N., *op. cit.*, p. 112.

(42) Chironi-Abello, *op. cit.*, p. 96.

La negazione della supposta «regola» da parte di chi in astratto la enunciava non poteva essere più completa⁽⁴³⁾.

In effetti, l'esigenza - avvertita dai teorici del diritto acquisito, prima, del fatto compiuto, poi - di corredare le proprie tesi con un sistema articolato di eccezioni era il sintomo di un disagio costruttivo.

Nell'ambigua antitesi regola - eccezione si traduceva, secondo la sensibilità del tempo, la difficoltà dell'attribuire a quegli schemi, come pur si intendeva, un carattere davvero generale⁽⁴⁴⁾.

La dottrina civilistica, così, stretta tra chi indicava una prospettiva atomistica e quanti elaboravano schemi astratti, incapaci di razionalizzare la materia, si è volta a cercare nuove soluzioni costruttive.

L'insufficienza dell'antitesi retroattività-irretroattività suggerì allora una più analitica articolazione, pur nel quadro di un sistema di riferimento concepito ancora in termini astratti.

È, questa, la via che ha condotto all'individuazione di una pluralità gra-

(43) Ciò potrebbe stupire, se non fosse quella stessa dottrina a chiarire le ragioni - tutte ideologiche - della formulazione in veste di eccezione, di quelli che erano in realtà principi concorrenti.

Se la legge nuova - si scriveva - «nei negozi bilaterali estendesse senz'altro i diritti di una delle parti, menomerebbe con ciò il diritto dell'altra sorto sotto la legge anteriore» (Chironi - Abello, *op. cit.*, p. 89). Quanto questa enunciazione, pacifico fondamento della «regola», rispondesse al clima culturale del tempo ciascuno può ben valutare.

(44) La «elasticità» del principio di irretroattività delle leggi aveva, del resto, già indotto un Autore della statura di Windscheid a negare la riducibilità della materia ad una convincente soluzione astratta: «Spetta alla teoria dell'interpretazione» apprezzare caso per caso il carattere retroattivo o meno della legge.

Infatti, si scriveva, non è dubbio che la legge abbia «il potere formale» di attribuirsi efficacia retroattiva, e ciò potrà essere giustificato dall'importanza delle ragioni «di moralità e di comune vantaggio» della legge nuova (così, Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 86 ss., 91, 93).

Questa riduzione del problema della retroattività alla dimensione interpretativa, con il conseguente rifiuto degli schemi astratti del diritto acquisito, del fatto compiuto, è ben colta ancora negli anni '30 da Pacchioni, *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, Padova, 1937, p. 231 ss.. La questione è scandita da Giuliani, *Disposizioni sulla legge in generale: gli artt. Da 1 a 15*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da rescigno, I, Torino, 1982, p. 232 ss. Non sarebbe perciò necessaria la espressa previsione di retroattività della norma, spettando all'interprete apprezzarla, col solo limite dei «casi completamente esauriti», (cfr. ancora, Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit. p. 94).

Anche Savigny aveva ben colto il limite metodologico della dottrina del diritto intertemporale. Non era corretto, per l'illustre Autore, affermare un principio - l'irretroattività - per poi temperarlo «col creare semplicemente delle eccezioni». Occorreva piuttosto individuare i limiti di quel preteso principio (così, Savigny, *Sistema*, cit., pp. 375-377). L'Autore, com'è noto, proponeva una costruzione fondata sulla distinzione tra «acquisto dei diritti» e «modo di essere» (più in generale «esistenza» o «inesistenza») di un istituto giuridico. Il principio di irretroattività e di tutela del diritto acquisito si riferirebbe alla prima di tali ipotesi, mentre nell'altra si darebbe luogo alla applicazione immediata, senza rispettare il diritto acquisito. In tal senso l'applicazione immediata ai rapporti pendenti viene considerata retroattività di «minor grado» (*ivi*, p. 338). Altro è, ad esempio, rimettere in discussione l'acquisto del diritto di proprietà; altro modificare *pro futuro* le conseguenze di quell'acquisto, innovando per legge il contenuto del diritto (*ivi*, p. 377).

duata di forme di retroattività, alla quale dovrebbero corrispondere, tendenzialmente, discipline differenziate.

L'opinione più condivisa è giunta così a suddividere in tre gradi le forme di retroattività della legge⁽⁴⁵⁾.

Quella estrema, o iper-retroattività, sussiste - secondo questa opinione - ove si correlino nuovi effetti alle c.d. *causae finitae*: fatti del passato, connotati da una particolare definitività, ad esempio in conseguenza della prescrizione, del giudicato, dalla transazione.

Sono, ancora, fatti del passato, ma senza la connotazione estrema anzidetta, quelli valutati *ex tunc* dalle norme propriamente retroattive.

Infine, sono fatti del passato anche quelli cui si riferiscono le norme impropriamente retroattive: queste ultime, però, li assumono nella fattispecie solo per riconnettere loro effetti nuovi *pro futuro*⁽⁴⁶⁾.

Ai diversi gradi di retroattività corrisponderebbe una diversa disciplina.

In particolare, la retroattività estrema potrebbe sussistere solo in presenza di un'espressa previsione normativa che consenta di superare la generale vincolatività delle norme sugli effetti del giudicato, della prescrizione, della transazione.

Diversamente, la retroattività propria, pur avendo carattere eccezionale, potrebbe desumersi in via interpretativa dalla norma⁽⁴⁷⁾.

Quella impropria non sarebbe vera retroattività e consentirebbe, di regola, l'applicazione della legge nuova ai rapporti pendenti⁽⁴⁸⁾.

(45) Vi sono, in effetti, teorie che articolano in modo ancor più analitico i gradi della retroattività: cfr. Vitta, *Della retroattività delle leggi amministrative*, in *Giur. it.*, 1909, IV c. 152 ss., p. 178; Ranelletti, *Efficacia delle norme giuridiche amministrative nel tempo*, in *Riv. dir. civ.*, 1914, p. 50 ss.. È chiaro però che esse, per eccesso di analisi, complicano il quadro rendendolo meno plausibile e comunque meno utilizzabile: per questa convincente critica alle concezioni gradualistiche, considerate «macchinose» v. anche G.U. Rescigno, voce *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 224.

(46) Le tre forme di retroattività si trovano teorizzate, in un ampio lasso temporale, pur con differenti denominazioni e sfumature, in Cammeo, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, IV, c. 343 e ss.; Pace G., *Il diritto transitorio*, Milano, 1944, p. 299 ss.; nonché Tarchi, *Le leggi di sanatoria nel diritto intertemporale*, Milano, 1990, p. 256 e ss..

Critico sulla distinzione correlata alla «definitività», R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 136 ss..

(47) È classica in dottrina la contrapposizione, sotto questo profilo, tra retroattività espressa o implicita, o comunque l'affermazione di una gradazione d'intensità della «volontà» del legislatore: cfr. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 90 ss.; Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 118; Pacchioni, *op. loc. cit.*

Sul punto v. anche Giuliani, *op. cit.*, pp. 243-246; Tarchi, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, cit., p. 143 ss.; Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, p. 57.

(48) L'idea di una retroattività impropria (*unechte, retrospektive Rückwirkung*), come tale sottratta (segue)

Alla tripartizione anzidetta la dottrina più recente contrappone quella tra efficacia *retroattiva, immediata o differita* della norma⁽⁴⁹⁾.

La delimitazione dell'ambito temporale dello *ius superveniens* sarebbe in tal modo duplice.

L'efficacia immediata si contrapporrebbe non solo a quella retroattiva, ma anche a quella differita: ove cioè la norma nuova consenta la sopravvivenza⁽⁵⁰⁾ od ultrattività di quella abrogata.

Su tali premesse non potrebbe in alcun modo considerarsi retroattiva la applicazione immediata della nuova legge alle situazioni pendenti; sarebbe invece ultrattiva la applicazione ad esse della legge previgente.

Il richiamo alle situazioni pendenti, quali presupposto della applicazione immediata, costituisce un evidente punto di contatto di questa teorica con quella del fatto compiuto.

Qui, come allora, è necessario precisare quando ed in che senso una de-

(continua nota 48)

ai limiti di costituzionalità desumibili dalla Costituzione tedesca, è quella ampiamente sviluppata dal *Bundesverfassungsgericht*.

Anche nella Costituzione tedesca, infatti, il divieto di retroattività riguarda in modo diretto la sola materia penale (Art. 103 II G.G.).

Negli altri campi i limiti alla retroattività si traggono indirettamente dalla terna di principi «*Rechtsstaatsprinzip-Rechtssicherheit-Vertrauensschutz*» (cioè i principi tra loro collegati dello stato di diritto, della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento del cittadino) desumibili da altre norme costituzionali. Cfr., per tutti, B. Hess, *Intertemporales Privatrecht*, Tübingen, 1998, p. 290 ss., 292, che ricostruisce l'iter della giurisprudenza costituzionale tedesca, dalla sentenza del *BVerfG.*, 31 maggio 1960, in *BVerfG.*, 11, 139, 145 ss., sino al nuovo orientamento espresso dal *BVerfG.*, con sentenza 23 marzo 1983, in *BVerfG.*, 63, 343, 353, che al di là dei mutamenti terminologici non ha prodotto significative modificazioni dei risultati applicativi (B. Hess, *op. cit.*, p. 293).

La distinzione tra retroattività propria ed impropria pare ricondotta a gruppi di casi che si differenziano unicamente nella intensità del contrasto della applicazione immediata con la terna dei principi sopra ricordati. Ne deriva una relativa arbitrarietà della distinzione, non a caso fortemente criticata dalla dottrina (*ivi*, p. 290, nota 8).

In argomento v. anche J. Fielder, *Neuorientierung der Verfassungsrechtsprechung zum Rückwirkungsverbot und zum Vertrauensschutz?*, in *N.J.W.*, 1998, 27, p. 1624 ss. Sul punto cfr. anche R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 169; Caponi, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, pp. 1347-1348; Mazza, *La norma*, cit., p. 77 e, *ivi*, nota 109.

(49) Roubier, *Droit transitoire (Conflit des lois dans le temps)*, 2 ed., Parigi, 1960, p. 323 ss.; Pace G., *Il diritto transitorio*, cit., p. 325 ss.; Pizzorusso, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 232; Tarchi, *Le leggi di sanatoria*, cit., p. 147 ss.; F. Satta, voce *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990, p. 2; Mazza, *op. cit.*, p. 58.

(50) È la c.d. «*survivo*» della legge abrogata, sulla quale v. Roubier, *op. cit.*, p. 350 ss.; Bach, *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, in *Rev. crim. droit. civ.*, 1969, p. 405 ss.; J. Ghestin - G. Goubaux, *Introduction générale*, nel *Traité de droit civil*, diretto da Ghestin, Parigi, 1994, p. 328 ss..

terminata situazione possa considerarsi pendente; oppure quando si tratti di rivalutare il fatto compiuto modificando gli effetti che esso avrebbe prodotto in forza della disciplina previgente⁽⁵¹⁾.

Così, in mancanza di un criterio univoco che consenta di collocare il fatto tutto nel passato, si ripropongono le medesime difficoltà che già si erano poste per la teoria del fatto compiuto.

Sul punto vi è la massima incertezza e la costruzione si frammenta proprio laddove occorrerebbe maggiore chiarezza e coesione: per le situazioni durevoli.

Si ammette, così, per talune di esse - quelle non contrattuali - che nulla osti alla applicazione immediata della legge nuova. Ciò benché si tratti di conseguenze di fatti compiutisi nel passato.

Lo *status*, anche familiare, i diritti della personalità, i diritti reali subirebbero perciò l'applicazione immediata delle nuove disposizioni di legge⁽⁵²⁾.

Con la conseguenza che al nucleo centrale della irretroattività restano

(51) È questo, secondo Brogini (*La retroattività nella prospettiva romanistica*, in *Coniectanea, Studi di diritto romano*, Milano, 1966, p. 343 ss., p. 391), il problema includibile.

Sul punto le opinioni, anche tra gli Autori più recenti, continuano a contrapporsi: da un lato, vi è chi reputa immediata l'applicazione delle nuove leggi ai rapporti pendenti (v. ad es. F. Satta, *Irretroattività degli atti normativi*, cit., p. 2), dall'altro, chi, sull'insegnamento di Coviello (*Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 112), tutt'oggi propone una nozione ampia di retroattività, includendovi ogni modificazione *ex nunc* degli effetti che si sarebbero prodotti in ragione della normativa vigente al tempo del perfezionarsi del fatto costitutivo (cfr. Mazza, *La norma*, cit., p. 82). È evidente peraltro che la questione, se impostata nei termini logici propri della accezione più ampia di retroattività, finisce con l'accommunare fenomeni profondamente diversi proprio sul piano del controllo di ragionevolezza sul carattere retroattivo della legge: altro è modificare gli effetti già prodottisi, altro prevederne di nuovi *pro futuro* (sul punto, efficacemente, Tarchi, *op. cit.*, pp. 265-270).

(52) Vi è, su questo aspetto, una linea ininterrotta di pensiero, trasversale rispetto alle formule teoriche via via succedutesi. Così, già, anticamente (Savigny, *Sistema*, cit., p. 376 ss.), nel quadro della distinzione tra irretroattività delle norme riguardanti l'«acquisto dei diritti» e retroattività di quelle che attengono alla esistenza o inesistenza (o ancor meglio al «modo di essere» di un istituto), ammetteva che la sopravvenuta modificazione della disciplina legale del diritto di proprietà venisse sottratta ai principi della irretroattività e del rispetto dei diritti quesiti. Altri (Gabba, *Teoria della retroattività*, cit., p. 210) riservava «alle leggi che regolano lo stato e la condizione personale degli individui, e quelle che regolano la condizione giuridica delle cose» un diverso trattamento in punto di retroattività, giacché contro «l'immediata applicazione loro non si possono concepire diritti quesiti». Ed una dottrina (Chironi - Abello, *Trattato*, cit. p. 96) sottraeva al comune principio di irretroattività le leggi con le quali «lo stato misura e fissa la condizione della persona, che ne trae i diritti o come individuo in quanto associato (leggi di diritto pubblico), o come individuo ed associato (leggi di diritto privato come di ordine pubblico)». Emblematica sul punto è la trattazione di chi (Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, cit. p. 112 ss.) più d'altri ha enunciato in modo perentorio il principio, poi recepito dalla giurisprudenza, della intangibilità degli effetti connessi al fatto compiuto: sarebbero di applicazione immediata le leggi «relative alla capacità delle persone», alla «condizione giuridica delle cose», allo «stato di famiglia», alla «natura» e «durata dei diritti patrimoniali», alle «leggi di procedura».

ascrivibili soltanto le «leggi concernenti gli atti giuridici» che «non toccano punto gli atti compiuti anteriormente»⁽⁵³⁾.

È netta, come si comprende, l'antitesi tra le declamazioni di principio e le regole applicative⁽⁵⁴⁾.

In tutte le menzionate «eccezioni» vi è una fattispecie acquisitiva interamente collocata nel passato, con una propria *lex temporis*: tuttavia la disciplina futura è pacificamente posta dallo *ius superveniens*.

Ove il medesimo fenomeno si verifichi per i rapporti contrattuali pendenti, la disciplina vigente al tempo della conclusione del contratto continuerebbe invece a regolare il rapporto, nonostante lo *ius superveniens*.

È questa la regola che la giurisprudenza pratica ha fatto propria: si esclude l'applicazione immediata della norma sopravvenuta, ove in tal modo si venga a togliere efficacia alle conseguenze attuali o future del contratto.

Le situazioni soggettive relative, a contenuto patrimoniale, di fonte contrattuale - sottratte all'applicazione dello *ius superveniens* - sembrano così godere di una garanzia di intangibilità più intensa rispetto agli *status*, ai diritti reali, ai diritti della personalità.

Eppure, riducendo la questione ai termini strutturali del diritto acquisito o del fatto (costitutivo) compiuto, anche per tali situazioni doveva apparire - a quegli Autori ed alla successiva giurisprudenza - retroattiva ogni modificazione della disciplina originariamente vigente, ancorché disposta soltanto *pro futuro*.

La distinzione - tuttora palese e radicata in Francia⁽⁵⁵⁾ - tra situazioni giu-

(53) Coviello, *op. loc. cit.*

(54) Da Coviello in poi questo sistema di regole ed eccezioni diventa opinione comune e filtra nella giurisprudenza, che recepisce il modello francese insito nella distinzione tra situazioni giuridiche «contractuelles» e «non contractuelles»: la operatività della distinzione, tuttavia, nel nostro sistema «si manifesta in forma occulta e contraddittoria» (Giuliani, *Disposizioni sulla legge in generale*, cit., p. 241).

(55) Fa il punto al riguardo Bach, *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, cit., p. 405 ss., in specie pp. 458-464.

L'A. riferisce della applicazione giurisprudenziale del principio della «survie de la loi ancienne en matière de contrat» e delle ragioni dell'applicazione immediata delle leggi nuove in materia extracontrattuale: «la préoccupation d'assurer l'unité de la législation», esigenza che invece non sussisterebbe per il contratto, che è il luogo della diversità consentita.

L'A. tuttavia mostra, nella sua analisi, in qual modo a quel principio della «survie» si apportino temperamenti di ogni sorta, originatisi dapprima in materia di contratto di lavoro e poi estesisi ad altre figure; tanto che si è dovuto elaborare l'idea di una generale deroga alla «survie» per ragioni d'«ordre public», oppure laddove il contratto abbia uno «statut légal».

Questa dottrina finisce così con il rilevare l'approssimatività di tali soluzioni e riconduce il procedimento, in base al quale valutare della ultrattività o meno della legge abrogata, ad un «jugement de valeur»; ed in tal senso, coerentemente, reputa che la soluzione ed il criterio debbano essere unitari per le situazioni contrattuali e non contrattuali.

Per tale via, come si comprende, si pone una correlazione tra efficacia immediata della legge ed interesse protetto, in linea con le conclusioni che vanno delineandosi nel presente studio.

Maggior favore per l'orientamento giurisprudenziale mostrano invece J. Ghestin - G. Goubeaux, *Introduction général*, cit., p. 365 ss..

ridiche «*contractuelles*» e «*non contractuelles*», sembra così attraversare, più o meno consapevolmente, la materia della retroattività delle leggi.

Anzi, può dirsi, con Savigny, che le teorie che su questa si dibattono, credendo di «porre la questione della retroattività in generale», in realtà non abbiano «in mente che i negozi giuridici iniziati e non ancora compiuti»⁽⁵⁶⁾.

È logico, a questo punto, supporre che le ragioni di questa deformazione di prospettiva risiedano nelle peculiarità della materia contrattuale, rispetto alle altre.

Su ciò deve soffermarsi brevemente il discorso: ed è utile muovere proprio dalla constatata continuità teorica, pur nel susseguirsi delle dottrine e delle formule verbali, circa tale supposta peculiarità della disciplina del contratto.

Consideriamo una enunciazione esemplare.

Nel secolo diciannovesimo uno dei più attenti teorici della irretroattività delle leggi⁽⁵⁷⁾ poteva affermare, da un lato, la necessaria retroattività di ogni legge che concernesse l'individuo, facendo astrazione da atti della sua volontà; e poteva, al contempo, escludere la retroattività delle leggi concernenti sempre l'individuo, ma in relazione ai suoi atti di volontà.

Non è arduo scorgere in un simile assunto la radice antica della moderna giurisprudenza: è il principio ottocentesco del contratto - come luogo della volontà - che si sovrappone alle teorizzazioni in materia di retroattività della legge.

È il regolamento contrattuale, la autonomia negoziale, mediamente la libertà di iniziativa, che si intende salvaguardare, preservando il rapporto pendente dalla applicabilità delle norme sopravvenute.

È la forza di legge del contratto tra le parti che si vorrebbe astratta, una volta per tutte, dal sopravvenire di piani di interesse confliggenti.

La trasposizione nel presente di un simile fondamento delle teorie che assumono la irrilevanza dello *ius superveniens*, per i rapporti contrattuali pendenti, appare così di un sorprendente anacronismo⁽⁵⁸⁾.

Per tentare di affrancarsi da esso, una riflessione sulla retroattività, condotta con riferimento ai rapporti contrattuali pendenti, non può prescindere da una chiara premessa sostanziale: le ragioni della specialità di disciplina riservata al contratto, in materia di *ius superveniens*, trovano nel riconoscimen-

(56) Savigny, *sistema*, cit., p. 391.

(57) Lassalle, *op. cit.*, p. 65.

(58) Tale fondamento viene addirittura teorizzato senza alcuna percezione del suo anacronismo, da J. Ghestin - G. Goubeaux, *op. cit.*, pp. 362-363, ove testualmente si afferma che «la survie de la loi ancienne revient alors à admettre la supériorité du contrat sur la loi».

to della autonomia privata ad un tempo il proprio fondamento e il proprio limite.

In tale prospettiva, non potrà apparire casuale che, da quando i termini teorici della questione sono emersi con sufficiente nettezza, l'idea di irretroattività sia stata ripetutamente posta in antitesi con quella di «ordine pubblico»: vale a dire col limite oltre il quale l'autonomia privata non assume valore ordinante. Proprio su ciò tra breve si dovrà tornare.

5. L'ordine pubblico intertemporale e il controllo di ragionevolezza sulla disparità di trattamento dell'interesse regolato. - La vicenda teorica della retroattività lascia, nel complesso, insoddisfatti.

Il susseguirsi delle formule sembra occultare più che chiarire i termini del problema.

Dall'argine all'applicazione della legge nuova, costituito dall'idea di diritto acquisito, si sposta l'attenzione sulla fattispecie acquisitiva di tale diritto.

La rigidità del modello risolve l'antinomia tra la continuità e il mutamento⁽⁵⁹⁾, tra la salvaguardia dell'esistente e la sovranità della legge nella regolazione del cambiamento, a favore di un *criterio puramente conservativo*.

Eppure lo *ius superveniens* è destinato, per definizione, ad incidere sull'esistente; e questo, nella sua gran parte, si sostanzia proprio in diritti «acquisiti», in virtù di fatti «compiuti»⁽⁶⁰⁾.

Quello schema rigido mostra perciò la sua inadeguatezza e porta ad affiancare all'astratta enunciazione della irretroattività una nutrita schiera di eccezioni.

Queste ultime, a loro volta, se rendono la teoria più aderente alle esigenze di cambiamento, privano la costruzione di ogni coerenza⁽⁶¹⁾.

È per rompere la rigidità - e superare la ambiguità - di quello schema che si enuncia la teoria «gradualistica» e si enucleano le figure della retroattività impropria e, da ultimo, della efficacia immediata.

Il discorso a tal punto, anziché progredire, si avvolge in un circolo vizioso, laddove recupera l'idea del fatto compiuto, per distinguere, riguardo alle situazioni pendenti, le ipotesi di retroattività da quelle di applicazione im-

(59) Sulla dialettica tra continuità e mutamento nella civilistica italiana v. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, 1860-1950, Milano, 2000, p. 275 ss..

(60) «Pratiquement toute réforme atteint des droits acquis», scrivono J. Ghestin - G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 328.

(61) V. ancora Savigny, *Sistema*, cit., pp. 375-377.

mediata. Resta poi l'antinomia di fondo, legata alla distinzione tra situazioni «*contrattuelles*» e «*non contrattuelles*».

Il fenomeno della retroattività, così, men che compreso, non viene neppure descritto e ci appare ammantato da false regole, cui si attribuisce la sacralità di un confine: quello della astratta intangibilità della libertà contrattuale.

La materia si presenta ancora più intricata ove ci si volga a considerare le sue più elevate ascendenze teoriche. Non si comprende il senso profondo del problema della retroattività - si è autorevolmente scritto - se non collocandolo nel quadro della contrapposizione tra la «tradizione imperativistico-volontarista» e quella «naturalistico-razionalista»⁽⁶²⁾.

Per la prima, concepita la norma come comando, non ha senso riferirla a fatti del passato e si giustifica una più ampia rilevanza del principio di irretroattività⁽⁶³⁾.

Per la seconda, pensato il diritto «come espressione di una razionalità interna nelle cose» la legge nuova tende a non trovare limiti temporali nella propria applicazione⁽⁶⁴⁾.

Proprio quest'ultima considerazione, nel suo lucido relativismo, anziché disarmare l'interprete, dovrebbe orientarlo.

Nel sistema delineato dall'art. 2 *Code Civil* e dall'art. 2 del Codice del 1865, poi riprodotto dall'art. 11 delle p.l. al Codice del 1942, il principio di irretroattività - identificato con la tutela del diritto quesito - rappresenta un argine intrinsecamente giusnaturalistico, all'arbitrio positivo del legislatore.

Tale contraddizione, interna al sistema, di recente autorevolmente sottolineata⁽⁶⁵⁾, aiuta a comprendere la valenza, almeno in origine⁽⁶⁶⁾, latamente costituzionale del principio in quei sistemi, tutti a costituzione flessibile.

Ciò consente di scoprire nelle teorizzazioni susseguites, ammantate «da

(62) Tarello, *Il problema dei diritti quesiti nelle codificazioni moderne*, cit., p. 167.

(63) Laddove la «regola giuridica si presenta come norma, cioè come comando autoritario», in una visione «potestativa del diritto» diviene essenziale «il tempo della sua produzione»: cfr. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 57, 64.

(64) Tarello, *op. cit.*, p. 168.

(65) Secondo Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 4 e ss., in specie p. 7, «il codice fu per l'Europa continentale il frutto più vistoso delle antinomie giusnaturalistiche, e perciò creatura ermafrodita: nata dalla presunzione di leggere la natura delle cose ma voce dello Stato»; e v. anche Tarello, *Il problema dei diritti quesiti*, cit., p. 169.

(66) Cfr. J. Ghestin - G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 331, ove ben si precisa che l'art. 2 del *Code Civil* viene all'epoca concepito come precisa reazione alle leggi retroattive del periodo rivoluzionario. Non di meno, come ho già notato, tale norma è oggi priva, anche in Francia, di rilevanza costituzionale.

discorso teorico generale» un ragionamento sempre «fatto in funzione di politiche legislative»⁽⁶⁷⁾.

La dottrina dei diritti acquisiti viene concepita per «salvare la perfezione di atti per i quali non ci fossero ragioni gravi di politica legislativa per considerarli rimossi»⁽⁶⁸⁾.

Siamo al cuore del problema: la precisazione del criterio - che è giudizio di valore circa la «gravità» di tali «ragioni» - in base al quale individuare il rapporto tra le norme che si succedono nel tempo.

Un simile criterio, che resta implicito ed inespresso nell'art. 11 p.l., viene a sostanzarsi solo con l'avvento della Carta Costituzionale.

Con essa muta il quadro delle fonti e muta il sistema di valori; in essa la dialettica tra autorità e libertà trova composizione formale e non compete più al principio di irretroattività porre un limite razionale alla invasività legislativa nel diritto dei privati.

Le situazioni soggettive resistono o cedono non sulla base di un astratto ed implausibile giudizio di intangibilità dell'esistente, bensì in ragione della loro rilevanza costituzionale, del vaglio di ragionevolezza⁽⁶⁹⁾ sulle disparità di trattamento che conseguano alla pura e semplice considerazione temporale della vigenza delle leggi.

Peraltro, la diversa composizione di interessi realizzata dallo *ius superveniens* non si sovrappone necessariamente a quella operata dalla norma abrogata.

L'applicazione immediata (e così quella retroattiva od ultrattiva) è il risultato di un procedimento interpretativo. Il principio di parità di trattamento, che la giurisprudenza trae da quello di uguaglianza, non ha, infatti, valore incondizionato.

Altri principi concorrono con esso, limitandone l'applicazione: e tra essi, anzitutto, quello che la stessa Corte Costituzionale delinea come «*tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento*».

(67) Tarello, *Il problema dei diritti quesiti*, cit., p. 174.

(68) Tarello, *op. loc. cit.*

(69) Sull'argomento si sofferma sempre più attentamente la riflessione: cfr. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; nonché AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di La Torre e Spadaro, Torino, 2002.

In chiave storica, sull'importanza dell'uso del criterio di ragionevolezza da parte della Corte Costituzionale, v. ancora Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., pp. 76-77.

V. anche, per l'uso del criterio di ragionevolezza nel bilanciamento di interessi da parte della Corte di Giustizia, Pajno, *Bilanciamento e costituzione europea in una decisione della Corte di Giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1217 ss..

Sotto tali profili, il carattere acquisito di un diritto - o la completezza della sua fattispecie costitutiva - divengono privi di significato⁽⁷⁰⁾.

In questo contesto, al deperire dei modelli teorici tradizionali ed al primato spettante alla valutazione sostanziale circa la disparità di trattamento, ha fatto seguito l'affermarsi di una nuova costruzione della retroattività.

In luogo degli strumenti concettuali del diritto acquisito e del fatto compiuto, assume rilievo centrale l'individuazione dell'*interesse protetto*, quindi della *ratio dello ius superveniens*.

Si è colto, con sicurezza questo aspetto del problema quando, con significativo riferimento alla innovazione sistematica allora introdotta dalla disciplina *antitrust*, si è affermato che, in luogo dei criteri tradizionalmente elaborati «Più corretto è ricercare la soluzione non tanto sulla base di differenze strutturali, spesso molto opinabili, tra una norma e l'altra, bensì in considerazione della *ratio* della norma sopravvenuta e quindi dell'eventuale compatibilità della sopravvivenza» dei vecchi rapporti⁽⁷¹⁾.

E si è del pari correttamente precisato, nella dottrina francese, che il criterio per decidere della *survie* della legge abrogata per i rapporti pendenti con-

(70) Proprio per tale ragione la mancanza attuale di un generale valore costituzionale del principio di irretroattività è un dato pacifico.

Cfr. da ultimo, in dottrina, R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 180, ove più ampi riferimenti; e nella giurisprudenza costituzionale, Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *Giust. civ.*, 2001, p. 17 ss., secondo la quale i limiti costituzionali alla normazione retroattiva, a parte la materia penale, si traggono solo indirettamente dalle esigenze di salvaguardia desumibili dalle altre norme costituzionali e dai principi da esse espressi di «ragionevolezza e uguaglianza», di tutela «dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento», di «rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario».

In particolare, precisa la Corte, deve scorgersi una lesione dell'affidamento nella certezza dell'ordinamento, ove la norma retroattiva incida «irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti» (ivi, p. 18). Si comprende così che, lungi dall'essere inammissibile una norma retroattiva, la Corte si riserva, quale criterio assorbente di valutazione, proprio un controllo di ragionevolezza su di essa.

Cfr. anche, tra le altre, Corte Cost., 26 gennaio 1994, n. 6, in *Quaderni reg.* 1994, p. 519, ove il riferimento testuale è alla «adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza».

Sul punto v. anche l'opinione conforme di R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 156 ss.; Grottanelli Dè Santi, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p. 17 ss., 161 ss.; Bianca, *Precedenti della legge*, cit., p. 756; e v. anche Caponi, *La nozione di retroattività della legge*, cit., p. 1332, nt. 2, ove ampi riferimenti. Si tratta peraltro di un sistema di principi in parte condiviso dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, che risolve i problemi di diritto intertemporale proprio coordinando tra loro «*Rechtsstaatsprinzip - Rechtssicherheit - Vertrauensschutz*» (vedi *amplius*, Hess B., *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 290 ss.).

Sulla mancanza, anche in Francia, di una rilevanza costituzionale del principio di irretroattività enunciato dall'art. 2 *Code Civil*, cfr. J. Ghestin - G. Goubeaux, *Introduction générale*, cit., p. 332.

(71) Si vedano sul punto le lucide considerazioni di Libertini, *Legge antitrust nazionale e sua applicabilità ai contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge*, cit., p. 355.

siste in un *jugement de valeur*, sicché la efficacia immediata della nuova legge viene a rapportarsi all'interesse protetto⁽⁷²⁾.

Altri, infine, svolge tale intuizione, delineando una nozione di retroattività che si affranca dai modelli teorici tradizionali, deperiti nella prassi se non ancora nelle enunciazioni di principio.

Deve reputarsi irretroattiva, si è scritto, la norma che qualifichi e tuteli «gli interessi che si svolgono nel tempo del suo vigore»⁽⁷³⁾.

Questa enunciazione, così semplice e piana, è densa di implicazioni costruttive.

Essa significa che, per qualificare come retroattiva una legge, non è rilevante la sola sua posteriorità rispetto ad una determinata fattispecie acquisitiva: decisiva è l'*attualità* o meno dell'*interesse* regolato dallo *ius superveniens*.

Così, ove la norma riconsideri interessi già soddisfatti nel passato (perché istantanei o, se durevoli, estinti), essa potrà dirsi retroattiva.

Viceversa, ove l'esigenza di protezione sia attuale, cioè ove gli interessi regolati siano destinati a trovare la propria composizione nel vigore della legge nuova, l'applicazione di questa ai rapporti in corso sarà immediata, senza che in ciò possa scorgersi alcuna retroattività.

Sarà, infine, ultrattiva la norma che applichi alla composizione di interessi futuri la disciplina previgente⁽⁷⁴⁾.

La conseguenza di tale costruzione della retroattività sul piano interpretativo, prescritto dall'art. 11 delle p.l., risulta evidente.

La applicazione immediata della legge nuova ai rapporti pendenti costituisce l'ipotesi normale, cui può derogarsi desumendo dalla *ratio* normativa l'e-

(72) Cfr. Bach, *Contribution*, cit., p. 458 ss..

Sul punto peraltro la giurisprudenza francese mostra un atteggiamento di sostanziale omogeneità, poiché, come è stato notato (J. Ghestin - G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 365 ss.), essa da un lato afferma il carattere eccezionale della applicazione immediata della legge nuova ai rapporti contrattuali (per le situazioni «*non contrattuelles*» tale applicazione è invece del tutto pacifica); dall'altro, per i contratti a «*statut légal*» o in presenza di ragioni di ordine pubblico essa esclude senz'altro la «*survie*» della legge abrogata.

Nel complesso tuttavia la Corte di Cassazione francese è assai cauta anche nella applicazione immediata di discipline fondate su di un «*ordre public de protection*» (cfr. Cass. civ. 3e, 1er juillet 1987, *Bull. civ.* III, n. 138, p. 81).

Si vedano però, in contrario, le pagine sempre attuali di G. Farjat, *L'ordre public économique*, Parigi, 1963, p. 485, ove da un lato, seguendo l'insegnamento di Carbonnier, si reputa «*toute naturelle*» l'applicazione immediata per le leggi di ordine pubblico di direzione e, dall'altro, la si considera «*autant fondée*» per ciò che concerne l'ordine pubblico di protezione, perché anch'esse, in quanto tecniche di protezione contro l'abuso contrattuale, esigono appunto immediata applicazione.

(73) Caponi, *La nozione di retroattività della legge*, cit., p. 1332 ss., 1358.

(74) V. ancora Caponi, *op. loc. cit.*

ventuale retroattività dello *ius superveniens*, oppure l'ultrattività della legge abrogata⁽⁷⁵⁾.

Il criterio attraverso il quale si compie una tale operazione interpretativa è rappresentato - nel senso e nei limiti di seguito precisati - dal c.d. *ordine pubblico intertemporale*.

Questa formula, in uso presso gli interpreti francesi e ben presente ai Maestri del diritto civile⁽⁷⁶⁾, potrebbe apparire fuorviante.

Essa deve essere rettammente compresa e per far ciò, come vedremo, deve correlarsi al quadro attuale delle fonti.

In effetti, a recepirla in maniera acritica, l'idea dell'ordine pubblico intertemporale non potrebbe che apparirci gravida delle contraddizioni rilevate.

Si ricorderà infatti che nel sistema improntato sul diritto acquisito (o sulle sue evoluzioni teoriche) si instaura una *antitesi* tra quest'ultimo e l'ordine pubblico intertemporale.

In tale contesto l'ordine pubblico verrebbe a limitare - per taluni alla stregua di una serie di eccezioni, per altri come un vero principio concorrente - la regola della irretroattività delle leggi (*rectius*, la non immediata loro applicazione), in funzione del rispetto dovuto ai diritti quesiti ed alle situazioni compiute.

Potrebbe supporre, così, sul piano logico, che quella *antitesi* stia e cada in funzione della idoneità costruttiva dei principi del diritto acquisito e del fatto compiuto, che di essa costituiscono uno dei termini dialettici.

Ove questi ultimi, come ci è apparso, non assolvano più alla loro funzione di criterio ordinante, anche l'ordine pubblico intertemporale dovrebbe smarrire ogni significato. Dovrebbe, anzi, assumerne di incompatibili col sistema.

Si è visto, infatti, in qual modo l'ordine pubblico intertemporale venga tradizionalmente utilizzato per giustificare l'applicazione immediata della legge nuova nell'unico ambito rispetto al quale è difeso - se non con rigore tecnico, con tenacia ideologica - il principio di irretroattività: quello contrattuale.

Ciò è tanto vero che una attenta dottrina, dimostrata la inconsistenza tecnica del principio della *«survie de la loi ancienne en matière de contrat»*, propone senz'altro di prescindere dall'idea di *«ordre public»*: essa non sarebbe al-

(75) Sul punto v. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 175 ss..

(76) V., ancora, per tutti, Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 829.

tro che un ridondante medio logico rispetto al *«jugement de valeur»* che è comune per le situazioni giuridiche *«contractuelles»* e *«non contractuelles»*.

Per le une come per le altre il criterio sarebbe sempre lo stesso: *«l'unité de la législation»*, o meglio potrebbe dirsi la parità di trattamento degli interessi protetti⁽⁷⁷⁾.

Riproporre, oggi, la categoria dell'ordine pubblico intertemporale potrebbe allora apparirci come un inopportuno recupero della separazione di principi che, in quella secolare impostazione, caratterizzava il diritto dei contratti⁽⁷⁸⁾.

In effetti, quella formula non potrebbe condividersi, ove in essa si dovesse scorgere un criterio, per l'applicazione della norma nel tempo, *contrapposto* al controllo di ragionevolezza fondato sui valori ordinanti recepiti dalla Costituzione e, in prospettiva, dal Trattato costituzionale europeo.

La autonomia negoziale e la libertà di iniziativa sono condizionate nei loro svolgimenti dal sistema di valori costituzionali cui, evidentemente, non possono contrapporsi.

L'ordine pubblico è una proiezione, sintetica e concreta di questi ultimi.

Sotto quest'aspetto l'autonomia negoziale o meglio ancora, sul diretto piano costituzionale, la libertà di iniziativa non si differenziano dalle altre libertà e diviene evidente che, anche per esse, il controllo di ragionevolezza sulle disparità di trattamento, ai fini del diritto intertemporale, non può svolgersi altrimenti che in termini di coerenza e compatibilità con quei valori sovraordinati.

Fermi tali rilievi, il riferimento all'ordine pubblico intertemporale mantiene, a mio modo di vedere, un proprio non pretermettibile significato.

Vi è una specificità della materia contrattuale che ha radici remote e non recise, seppur per ragioni che mi appaiono differenti da quelle che un tempo si enunciavano.

(77) Cfr., ancora Bach, *Contribution*, cit., p. 458 ss..

(78) Di tale antinomia delle teorie sul diritto intertemporale ho già riferito. Un'ulteriore esemplificazione, tuttavia, può giovare a questo punto del discorso.

Una delle più autorevoli dottrine del diciannovesimo secolo poteva affermare che una legge nuova, che per ragioni razziali (Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 90, nota 14) privasse un soggetto della capacità di acquistare immobili, avrebbe potuto operare retroattivamente. Lo stesso Autore poteva al contempo sostenere che non vi sarebbe invece stata ragione per ammettere un tale effetto per le leggi che modificassero la disciplina dei rapporti contrattuali (Windscheid, *op. cit.*, p. 92, nota 6).

In breve, la capacità giuridica era sottoposta all'arbitrio del legislatore; i diritti e gli obblighi nascenti da un contratto erano invece ad esso sottratti.

Posta in questi termini la soluzione riuscirebbe inaccettabile al giorno d'oggi, in un quadro di riferimento costituzionale nel quale la gerarchia dei valori appare, semmai, invertita (Cfr. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 1 ss.).

Correlativamente, l'idea di ordine pubblico intertemporale ha un fondamento più saldo della contingente mistica del volere.

Si consideri il potere dei privati di dar regola, con forza di legge, ai propri interessi.

Esso trova un limite nella cornice di ordine pubblico, che delimita la sfera della autonomia negoziale. Oltre tale soglia la disponibilità del regolamento contrattuale è sottratta alla competenza del privato.

Sotto questo profilo, il mutare nel tempo della cornice d'ordine pubblico assolve - in termini formali - alla medesima funzione del mutamento che, ad esempio, una norma sopravvenuta imprima alla *configurazione* delle situazioni reali o possessorie, allo stato e capacità dei soggetti.

Materie, quest'ultime, per le quali non si dubita della applicabilità immediata dello *ius superveniens*, proprio in quanto sottratte (o percepite come tali) alla competenza del privato.

La formula dell'ordine pubblico intertemporale vale allora a designare, anche in materia contrattuale, la particolare cogenza della norma sopravvenuta che ne giustifica la applicazione immediata, al pari di altre norme di *configurazione* concernenti materie sottratte, in via di principio, alla autonomia privata.

Questa equiparazione avviene proprio laddove non vi è più ragione per riconoscere l'autonomia: oltre il confine dell'ordine pubblico⁽⁷⁹⁾.

Quest'ultimo, d'altra parte, non si immedesima con i valori costituzionali, ma ne costituisce - col variare delle politiche legislative con essi compatibili - uno dei possibili svolgimenti. Esso è specificazione concreta e storicamente mutevole di quei valori, nella sintesi tra questi e l'ordinamento tutto, in un dinamismo continuo.

Così l'ordine pubblico, seppure sia ad essi subordinato, è criterio diverso dai precetti costituzionali, considerati nella loro astratta latitudine.

Esso *arricchisce, specificandolo*, il quadro dei riferimenti di valore cui correlare il giudizio di compatibilità tra un dato regolamento negoziale e l'ordinamento. E ciò è tanto vero che le stesse scelte del legislatore ordinario, cioè le politiche legislative che si susseguono nel tempo, purché costituzionalmente compatibili, possono determinare - alimentando il sistema, per così

(79) Sull'ordine pubblico v. per tutti, Guarneri, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, p. 48 ss., 85 ss., 122 ss.; G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 139 ss.; Bobbio, voce *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig.*, XIII, Torino, 1968, pag. 887 ss..

dire, «dal basso» - il variare dell'ordine pubblico, in costanza di riferimenti costituzionali sovraordinati.

Così concepito l'ordine pubblico, risulta evidente che esso, lungi dal contrapporsi al controllo di ragionevolezza, diviene un momento qualificato di questo; e ciò sia riguardo alla eventuale applicazione immediata della legge nuova, sia in ordine alla ultrattività di quella abrogata.

6. Segue: la peculiarità del controllo di ragionevolezza nel quadro delle fonti europee. - Ove appaiano condivisibili i rilievi svolti, ne discende una significativa peculiarità del processo di rinnovamento dell'ordine pubblico per effetto dei principi promananti dalle fonti europee.

Si è visto in qual modo il principio di parità di trattamento - che giustifica la applicazione immediata dello *ius superveniens* - non abbia valore incondizionato: debba cioè coordinarsi con quello dell'affidamento posto dal cittadino sulla certezza dell'ordinamento.

Per tale via l'applicazione immediata è il risultato di una operazione interpretativa che, nell'escludere la ultrattività, attribuisce prevalenza alla parità di trattamento rispetto alla certezza, intesa nella prospettiva dell'affidamento del cittadino sulle regole applicabili al rapporto.

In tale giudizio di prevalenza diviene rilevante anche il *rango degli interessi protetti*, nel complesso giuoco di relazioni di sovraordinazione che tra essi si instaura sia a livello costituzionale, sia nella più concreta trama dell'ordine pubblico.

In questo contesto, l'esistenza di un diritto acquisito, di una fattispecie acquisitiva compiuta, di un preesistente diverso spazio di autonomia per le parti, non assumono il ruolo formale di criteri di soluzione.

Essi sono, al più, elementi di fatto rilevanti nella complessiva valutazione circa la ragionevolezza dell'applicazione immediata dello *ius superveniens*.

Nell'attuale quadro delle fonti europee, caratterizzato dal già ricordato mutamento «apicale»⁽⁸⁰⁾ dei criteri normativi, la ponderazione tra la parità di trattamento e l'affidamento sulla certezza del diritto - in breve, il giudizio di ragionevolezza circa la applicazione immediata - presenta significativi caratteri che fungono da guida per l'interprete.

Da un lato, va considerata la rilevata valenza assiologica del cambiamento, che si riflette sul piano oggettivo della sovraordinazione degli interessi pro-

(80) Vedi, ancora, Mazzamuto, *Note minime*, cit., p. 54.

tetti - e del modo della loro protezione - sul valore di una autonomia astrattamente considerata.

Dall'altro, nella limitazione di sovranità presupposta alla transizione dal diritto nazionale alla creazione di regole omogenee per i privati nello spazio europeo⁽⁸¹⁾, la rilevanza dell'affidamento soggettivo sulla *immutabilità* delle leggi, nelle materie oggetto del Trattato U.E., si assottiglia sino a divenire evanescente.

Nel concorso di queste peculiarità, la parità di trattamento tende a prevalere sugli altri criteri e l'applicazione del *novum* agli interessi ancora attuali costituisce, sul piano interpretativo, l'ipotesi normale.

Resta, certo, da definire quali conseguenze si producano, per effetto dello *ius superveniens*, sui rapporti pendenti.

La dimensione di questo studio vi consente soltanto un cenno, in termini necessariamente assertori. E precisamente riguardo alla incongruità del ridurre i profili di incidenza delle norme imperative sopravvenute alla disciplina della c. d. nullità successiva o sopravvenuta, destinata ad operare *ex nunc* sugli effetti non esauriti⁽⁸²⁾.

Più fruttuosa mi sembra l'indagine circa i riflessi dello *ius superveniens* sul rapporto, in considerazione del permanere, o meno, del requisito di *possibilità giuridica* o di *liceità* dell'oggetto contrattuale, con i corollari applicativi (artt. 1256 ss., 1463 ss., del Codice civile) che discendono da tale diverso inquadramento del fenomeno.

7. La c.d. interpretazione evolutiva e l'evoluzione dell'ordinamento nel diritto intertemporale. - Ove appaiano condivisibili le considerazioni svolte, potrà convenirsi circa il compito gravoso che attende l'interprete negli anni a venire. Qualità e quantità del mutamento indotto dalle fonti europee

(81) Il criterio assiologico e quello gerarchico propriamente detto - considerato il peculiare rango delle norme di derivazione comunitaria - valgono così ad orientare la soluzione dell'antinomia: sul punto si vedano le illuminanti pagine di R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 222 ss.; Id, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1993, p. 42 ss..

(82) Ciò, peraltro, non perché sussistano preclusioni di principio alla ammissibilità della categoria, bensì per la diversa ragione che l'ordinamento fornisce risposte differenziate alla sopravvenuta contrarietà del regolamento, ai criteri di qualificazione degli interessi regolati dalle parti in via di autonomia: si pensi, per tutte, alla disciplina della *impossibilità sopravvenuta*, inclusiva della *impossibilità giuridica* e della *illiceità sopravvenuta*, in conseguenza del *factum principis*.

Non è possibile, in questa sede, una compiuta dimostrazione di tale assunto e perciò mi permetto di rinviare a Passagnoli, *Contratto usurario e sopravvenuta normativa*, cit., p. 131 ss., ove, con specifico riferimento alla usurarietà sopravvenuta ma sulla base di criteri più generali, ho tentato di giustificare la incidenza del *novum* sul rapporto e non sulla validità della fonte contrattuale.

avranno effetti oggi difficilmente calcolabili sul sistema. E sarà quotidiana l'esigenza di valutare l'incidenza del *novum*, così assiologicamente connotato, sui rapporti pendenti.

Tale compito, pur con le difficoltà che comunque comporta il giudizio di ragionevolezza, risulterà di più agevole soluzione ove si verifichi un contrasto tra norme imperative nuove e quelle previgenti (oppure con la precedente disciplina dispositiva).

Relativamente semplice sarà anche, nella generalità dei casi⁽⁸³⁾, apprezzare la ininfluenza rispetto ai rapporti pendenti dello *ius superveniens* dispositivo, la cui derogabilità non ne giustifica la applicazione immediata.

Più insidioso appare invece un diverso fenomeno, legato alla maggior latitudine che, rispetto alle norme imperative, presenta l'ordine pubblico: ciò che può dar luogo ad una diretta contrarietà a quest'ultimo del regolamento contrattuale, *non mediata dalla violazione di una specifica disposizione sopravvenuta*.

Un tale fenomeno è destinato a manifestarsi nei modi più intensi ove il mutamento dell'ordine pubblico avvenga - come è accaduto con la Carta di Nizza e come accadrebbe con la ratifica del Trattato costituzionale - anche per deduzione da nuovi valori, oltre che per induzione da nuove discipline di dettaglio.

La questione presenta ampia portata e stringente attualità e rende opportuna, sia pure in termini necessariamente problematici, un'ultima considerazione.

Per delinearla è utile ricordare⁽⁸⁴⁾ che sotto la parvenza di una «interpretazione evolutiva» di singole norme si cela di solito una «evoluzione dell'ordinamento», cioè una vera, per quanto sfuggente, successione di norme nel tempo. Norme, come è stato incisivamente scritto «*prive di disposizione*»⁽⁸⁵⁾.

Nei due casi ben diversa, anzi antitetica, è la efficacia dell'accertamento giudiziale della norma vigente, rispetto ai rapporti pendenti.

Ove si tratti di nuova interpretazione, avulsa da una innovazione dei prin-

(83) Ciò non esclude, peraltro, che il diffondersi di uniformi regole dispositive possa costituire un indice rilevante per l'emersione di una regola d'ordine pubblico.

(84) L'intuizione del fenomeno è chiara in Santi Romano (*Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 119) ed è sviluppata da Betti (*Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 823 ss.).

La questione viene ora riproposta alla riflessione teorica da Vettori, in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., pp. 24-25.

(85) Così, R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit. p. 19 ss..

cipi del sistema, non v'è dubbio che essa non incontri limiti nella propria applicazione temporale.

Ove invece possa scorgersi una evoluzione dell'ordinamento, ciò che muta è proprio la norma, nel variare del rapporto tra testo legislativo e contesto sistematico; e si comprende che il mutare dei principi di ordine pubblico possa infondere un nuovo senso alla lettera della legge, per quanto essa si presenti come formalmente immutata⁽⁸⁶⁾.

Gioverà un esempio, tratto dalla viva attualità ed originatosi a margine della affermata nullità dell'art. 7 delle norme bancarie uniformi dell'A.B.I., in tema di capitalizzazione trimestrale degli interessi⁽⁸⁷⁾.

Le S.U. della Cassazione, in una recentissima pronunzia⁽⁸⁸⁾, affermano la «portata *naturaliter* retroattiva» della ricognizione giurisprudenziale che ha accertato la erroneità del precedente orientamento favorevole alla validità delle clausole anatocistiche.

È, però, significativo che la Corte, nel far ciò, anziché limitarsi a trarre le conseguenze della qualificazione dell'uso, come negoziale e non normativo, si diffonda in motivazione sulla «evoluzione del quadro normativo - impressa dalla giurisprudenza a dalla legislazione degli anni '90 - in direzione della va-

(86) V. ancora Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 825; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, rist., Milano, 1971, p. 31 ss., 113. Su tale circolarità tra discipline speciali e principi, sul fatto che «spesso la sostanza muta, pur permanendo l'identità di norme e formule», vedi ancora Benedetti, *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991, p. 63.

(87) Il mutato avviso della Suprema Corte (v. Cass. 16 marzo 1999, n. 2374 in *Foro it.*, 1999, I, c. 1153; Cass. 30 marzo 1999, n. 3096, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1153, nonché in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1301; Cass. 11 novembre 1999, n. 12507, in *Foro it.*, 2000, I, c. 451), circa la natura negoziale e non normativa degli usi bancari, in deroga all'art. 1283 c.c., ha posto e continua a porre (a seguito della pronunzia di illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 3 del d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, su cui C. Cost., 17 ottobre 2000, n. 463, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 1 ss., nonché in *Corr. giur.*, 2000, p. 1453, con nota di Carbone) il problema della delimitazione temporale degli effetti di una tale nullità per i rapporti in corso o pregressi ma non prescritti.

(88) Cass. S.U., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Guida al dir.*, 2004, n. 45, p. 22. Le Sezioni Unite della Cassazione non colgono una importante occasione per pronunciarsi al riguardo, tentando il superamento di evidenti schematismi. Il caso di specie concerne ancora la questione della nullità delle clausole anatocistiche (su cui *retro*, nt. 87) nei contratti bancari, sotto il profilo dello «stabilire se - incontestata la non attualità di un uso normativo di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario - sia o meno esatto escludere anche che un siffatto uso preesistesse al nuovo orientamento giurisprudenziale che lo ha negato, ponendosi in consapevole e motivato contrasto con la precedente giurisprudenza».

La Corte, nell'argomentare riguardo alla prospettazione del ricorrente (l'essersi verificata la «desuetudine» di un precedente uso normativo ammissivo dell'anatocismo), sostiene che la ricognizione giurisprudenziale correttiva, che accerti l'erroneità di un precedente orientamento, per quanto reiterato nel tempo, ha una «portata *naturaliter* retroattiva», con la conseguenza, nella specie, della «insuperabile valenza retroattiva dell'accertamento di nullità delle clausole anatocistiche».

lorizzazione della buona fede come clausola di protezione del contraente debole, della tutela specifica del consumatore, della garanzia della trasparenza bancaria, della disciplina dell'usura».

Questo argomento, ultroneo nell'impianto logico della sentenza, tradisce una inquietudine dell'estensore, quasi che la *ratio decidendi* del nuovo corso della giurisprudenza gli appaia espressione, non tanto della qualificazione tecnica dell'«uso», bensì dei mutati principi del sistema, quindi di un vero e proprio *ius superveniens*.

Certo, se così fosse, anche la soluzione applicativa dovrebbe essere coerente: efficacia immediata *ex nunc* della nuova norma, cioè del nuovo criterio di validità espresso dal mutato ordine pubblico, sui rapporti pendenti, senza retroattività per gli effetti prodottisi nel passato.

La Cassazione non compie però un tale passo, lasciando campo libero alla efficacia «*naturaliter* retroattiva» della sentenza di nullità.

Ed una tale soluzione, che potrebbe esser corretta ove motivata solo con riferimento alla qualificazione dell'uso come negoziale, lascia invero assai perplessi alla luce della più articolata, riferita motivazione.

Tornando, conclusivamente, al discorso generale, non può ignorarsi che, in simili casi, si ponga - e ritengo si porrà con crescente frequenza - una evidente difficoltà applicativa: la collocazione temporale della norma, o del gruppo di norme, dalla cui sopravvenuta vigenza possa inferirsi l'esistenza di un nuovo principio, rispetto al quale debba poi operarsi il controllo di ragionevolezza circa la disparità di trattamento tra interessi omogenei e dotati della medesima attualità.

Si tratta però di una difficoltà applicativa che non consente di perdere di vista il procedimento che dalla posizione di nuove norme conduce alla modificazione dell'ordine pubblico, dando luogo ad una vera e propria, per quanto sfuggente, successione di leggi regolatrici del rapporto⁽⁸⁹⁾.

(89) Un modello, in termini di ragionevolezza applicativa sotto il profilo intertemporale, ci giunge significativamente dalla Corte di Giustizia, nell'ambito della competenza spettante nei giudizi di *rinvio pregiudiziale*, regolati dall'art. 234 del Trattato (ex art. 177).

Le pronunzie della Corte hanno naturale portata retroattiva ove dichiarino «il significato e la portata della norma quale deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata al momento della sua entrata in vigore» (così, C.G. 27 marzo 1980, causa 66/79, *Salumi*, in *Racc.*, 1980, p. 1237). Esse tuttavia, nell'interpretazione estensiva data dalla Corte all'art. 231 del Trattato (ex art. 174), possono anche produrre i propri effetti *ex nunc*, giacché la Corte si riserva di precisare gli effetti «che devono essere considerati come definitivi» (cfr., Mari, *Il rinvio pregiudiziale. Uniformità ed efficacia del diritto comunitario negli stati membri*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, cit., p. 481 ss., 489 ss.): l'esigenza di un vaglio di ragionevolezza, alla luce della necessaria interazione tra interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento comunitario, risulta qui chiaramente presupposta.

KLUWER  IPSOA
