

## La nozione di retroattività della legge (\*)

Sommario: 1. L'oggetto e la giustificazione dell'indagine. - 2. La distinzione tra la prospettiva sostanziale e processuale nella disciplina giuridica dei fatti della vita: l'esperienza giuridica romana. - 3. Dal sistema di regola eccezione alla contrapposizione di due principi: il pensiero di Savigny. - 4. L'analisi del diritto positivo: la critica delle principali interpretazioni del fenomeno della retroattività della legge. - 5. La sintesi dei risultati raggiunti nella parte critica dell'indagine. - 6. La definizione di principio della nozione della retroattività della legge. - 7. L'applicazione della definizione di principio della retroattività della legge alla distinzione tra situazioni giuridiche istantanee e durevoli nel tempo. - 8. La legge d'interpretazione autentica. - 9. La dichiarazione d'incostituzionalità della legge.

---

(\*) pubblicato in *Giurisprudenza costituzionale*, 1990, p. 1332-1368.

## 1. L'oggetto e la giustificazione dell'indagine

Nello studio dell'efficacia della legge nel tempo è opportuno distinguere sempre tra la ricerca del significato dei concetti di irretroattività e di retroattività della legge e quella relativa alla legittimità della legislazione retroattiva.

Il presente contributo intende seguire la prima fra le due prospettive di ricerca<sup>1</sup>. Oggetto d'indagine è esclusivamente l'individuazione della nozione di retroattività della legge (con particolare riferimento alle situazioni sostanziali di diritto privato), che è problema di carattere pregiudiziale rispetto allo studio dei limiti di legittimità dell'intervento retroattivo del legislatore<sup>2</sup>.

L'utilità di una simile prospettiva di ricerca non ha bisogno di molte parole per essere giustificata: nonostante le energie profuse in un arco di tempo plurisecolare sul tema dell'efficacia della legge nel

---

<sup>1</sup> Questo saggio è stato concepito nell'ambito delle ricerche per R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

<sup>2</sup> Il nostro ordinamento esprime come è noto il principio d'irretroattività della legge, nella sua portata più generale, nell'art. 11 delle Preleggi, che, in quanto disposizione di legge ordinaria, è derogabile dal legislatore. L'indagine sui limiti di legittimità della legislazione retroattiva si risolve dunque, in un sistema a costituzione rigida come il nostro, nell'esame dei profili costituzionali della irretroattività delle leggi. Alla dottrina che ha esaminato questo argomento si deve fare in questa sede integrale rinvio, non senza aver ricordato che l'autore che si è occupato *funditus* e nella maniera più ampia dell'argomento, GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, propende per la soluzione secondo la quale non esiste un divieto generale di retroattività in base a Costituzione e il principio di irretroattività sfavorevole è un aspetto del grado di garanzia assicurato a determinati diritti (di libertà) dalla Costituzione (p. 161 s.). Fra gli altri contributi monografici: AZZARITI, *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 622 ss.; BARILE, *Note e pareri sull'irretroattività delle norme tributarie*, in *Il diritto dell'economia*, 1957, p. 41 ss.; CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 517 ss.; ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954; FOIS, *Irretroattività, astrattezza e limiti della legge regionale: osservazioni critiche*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. II, Padova, 1972, p. 1225 ss.; FOSCHINI, *La irretroattività della legge nella Costituzione*, in *Riv. pen.*, 1957; NIGRO, *In tema di irretroattività della legge e principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 1957, I, c. 35 ss.; PALADIN, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, *ivi*, 1959, I, c. 946 ss.; A. M. SANDULLI, *Il principio della retroattività delle leggi e la Costituzione*, *ivi*, 1947, II, c. 73 ss.

tempo nella letteratura italiana<sup>3</sup> e in altre letterature, come quella in lingua tedesca<sup>4</sup> e francese<sup>5</sup> è difficile segnare alcuni punti fermi sui quali regni un accordo consolidato fra gli studiosi di diritto intertemporale. È difficile formulare anche un elenco delle discordanze di opinione, poichè i dissensi cominciano con la terminologia, proseguono con le indicazioni metodologiche, si propagano nel tentativo di definire il concetto di retroattività o di irretroattività della legge, o di qualsiasi altro termine fra i diversi con i quali esso è stato sostituito, scoppiano nel tentativo di enucleare criteri d'interpretazione delle leggi che non contengono espressamente una delimitazione della loro portata temporale, culminano infine nel giudizio sui limiti della legittimità dell'intervento retroattivo del legislatore.

L'unico punto sul quale gli studiosi sono d'accordo sta nel sottolineare le difficoltà della materia alla quale ci si trova di fronte. Non sono mancate a questo proposito espressioni che alimentano il più cupo scetticismo sulla possibilità di pervenire a soluzioni appaganti. Dell'art. 11 delle Preleggi, che in Italia dovrebbe costituire una delle disposizioni centrali in questa materia, si è detto, ad es., che si

---

<sup>3</sup> Nella letteratura di lingua italiana più recente, o meno remota, l'opera più completa dal punto di vista di una ricostruzione bibliografica della dottrina di diritto intertemporale è quella di PACE, *Il diritto transitorio*, Milano, s.d. (ma 1944): l'A. dedica infatti una lunga ed accurata esposizione (alle pp. 163-298) delle teorie sulla irretroattività della legge svolte in precedenza.

Fra la letteratura uscita successivamente all'opera di PACE, si possono registrare i seguenti contributi, oltre a quelli già segnalati nella nota precedente: CAPURSO, *Il problema della posizione di norme giuridiche sulla irretroattività delle leggi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1955, p. 426 ss.; ALLORIO, *Breve tritico sulla irretroattività delle norme tributarie*, in *Giur. it.*, 1957, IV, c. 81 ss.; A. M. SANDULLI, voce *Legge*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 632 ss.; QUADRI, voce *Acquisiti (diritti)*, *ivi*, vol. I, Torino, 1957, p. 237 ss.; MICHELI, *Note minime sulla retroattività della legge tributaria*, in *Giur. cost.* 1963; LA VALLE, voce *Successione di leggi*, *ivi*, vol. XVIII, Torino, 1971, p. 634 ss.; G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 219 ss.; SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1969; PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 904 ss.; QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna e Roma, 1974; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, *ivi*, Bologna e Roma, 1977; GIULIANI, *Premesse e disposizioni preliminari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, Torino, 1982; AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi*, Padova, 1986, p. 134 ss.; GROTTANELLI DE' SANTI, voce *Diritto transitorio*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*.

tratta di “un’espressione letterale che non ha senso”<sup>6</sup>. Da un punto di vista che si estende anche ad altri ordinamenti, si è sostenuto che “è forse impossibile trovare un testo normativo che, occupandosi del problema dell’irretroattività della legge, dimostri una rappresentazione adeguata e, comunque, esatta dei termini e della portata del problema stesso”<sup>7</sup>. A proposito della retroattività della norma si è parlato di “un vero e proprio enigma giuridico”<sup>8</sup>, di un concetto dal significato “equivoco”<sup>9</sup>. Sul principio di irretroattività delle leggi si è affermato che appare oggi una “nozione confusa”<sup>10</sup>. Nel

---

<sup>4</sup> Per i contributi monografici usciti fino all’opera di PACE, cit., si può sempre fare rinvio al suo apparato bibliografico. Ma il tema dell’efficacia della legge nel tempo ha ricevuto significative trattazioni anche in opere di carattere generale, specie della Pandettistica. Tra queste si possono vedere: GLÜCK, *Pandecten*, seconda ed., Erlangen, 1797, p. 138 ss. (§ 21); THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, sesta ed., Jena, 1823, p. 29 ss. (§§ 35 ss.); LINDE, *Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit neuer Gesetze über die Grossjährigkeit*, in *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, 5 (1832), p. 153 ss.; KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, vol. I, Altona, 1839, p. 45 ss. (§ 59); WAECHTER, *Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts*, vol. II, Stuttgart, 1842, p. 159 ss. (§§ 27 ss.); PUCHTA, *Pandekten*, quinta ed., Leipzig, 1850, p. 28 s. (§ 17 s.); VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, settima ed., Marburg e Leipzig, 1863, p. 57 ss. (§ 26); KELLER, *Pandekten*, seconda ed., vol. I, Leipzig, 1866, p. 29 ss. (§ 13), FORSTER, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, terz ed., vol. I, Berlin, 1873, p. 36 ss. (§ 10); HOLTZENDORFF (a cura di), *Rechtslexicon*, terza ed., vol. III, 1, Leipzig, 1881, p. 496 ss.; DERNBURG, *Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht ecc.*, terza ed., Halle, 1881, p. 58 ss. (§ 30 s.); ID., *Pandekten*, settima ed., vol. I, Berlin, 1902, p. 92 ss. (§ 43 s.); DERNBURG-SOKOLOWSKY, *System des Römischen Rechts*, ottava ed., vol. I, Berlin, 1911, p. 71 ss. (§ 36 s.); HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, vol. I, Basel, 1886, p. 73 ss. (§ 7); PRAGER, *Lehrbuch des gesamten Privatrechts*, vol. I, Berlin e Leipzig, 1888, p. 159 ss. (§ 47); STOBBE, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, terza ed., vol. I, Berlin, 1893, p. 202 ss. (§ 27 s.); REGELSBERGER, *Pandekten*, vol. I, Leipzig, 1893, p. 184 ss. (§ 47 ss.); WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, nona ed., vol. I (Frankfurt am Main, 1906), Aalen, 1963, p. 128 ss. (§ 31 ss.); GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Leipzig, 1895, p. 185 ss. (§ 23 ss.); VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. I, Leipzig, 1910, p. 15 ss.; STIER-SOMLO, ELSTER (a cura di), *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, vol. VI, Berlin e Leipzig, 1929, p. 937 ss. (sotto la voce: *Wohlerworbene Rechte*); VERVIER, *Der Rechtswechsel im öffentlichen Recht*, München-Berlin-Leipzig, 1923, p. 31 ss.

I seguenti contributi appartengono invece al periodo successivo all’opera di PACE, cit.: GERHARDINGER, *Rückwirkende Gesetze als rechtsphilosophisches Problem*, in *ARS*, 38, 1949-50, p. 509 ss.; EHRENZWEIG, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, vol. I, I, Wien, 1951, p. 87 ss. (§ 22); TIEZ, *Rückwirkung von Gesetzen*, in *NJW*, 1951, p. 468 ss.; MEYER-CORDING, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, in *JZ*, 1952, p. 161 ss.; KLEIN, *Zulässigkeit und Schranken der Rückwirkung von Steuergesetzen*, Bonn, 1952; ZUNFT, *Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Zivilprozessrecht*, in *AcP*, 152 (1953), p. 289 ss.; FLUME, *Die Rückwirkung von Gesetzen als Auslegungs- und Geltungsproblem*, in *Der Betrieb*, 1954, p. 828 ss.; COING, *Grundsätzliches zur Rückwirkung von Gesetzen*, in *BB*, 1954, p. 137 ss.

La letteratura tedesca pubblicata a partire della metà degli anni ‘50 tiene conto delle posizioni del *Bundesverfassungsgericht* sulla retroattività della legge. Per questo è stata riportata più avanti, nel luogo in cui si esamina tale giurisprudenza.

<sup>5</sup> Anche per la letteratura francese pubblicata fino all’opera di PACE, cit., si può fare rinvio per le indicazioni bibliografiche a quest’ultima. Fra i contributi monografici usciti dopo l’opera di Pace si segnalano: GAVALDA, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Paris, 1955; LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, Paris, 1959; la seconda edizione rifatta dell’opera di ROUBIER, *Le droit transitoire*, seconda ed., Paris, 1960; BACH, *Contribution a l’étude du problème de l’application des lois dans le temps*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, p. 405 ss.; HERON, *Étude structurale de l’application de la loi dans le temps*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1985, p. 277 ss.

<sup>6</sup> Così, QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 81.

<sup>7</sup> Vedi sempre QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 36.

<sup>8</sup> Così, PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 129.

<sup>9</sup> N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, seconda ed., Milano, 1915, p. 98.

<sup>10</sup> Così, GIULIANI, *Premesse e disposizioni preliminari*, cit., p. 241.

passato le cose non andavano in maniera così diversa, tant'è che si poteva affermare che, se tutto il mondo è d'accordo sul principio in questione, oscillanti e contraddittorie sono le opinioni sulle sue applicazioni<sup>11</sup>. Questa conclusione è stata confermata anche recentemente, da parte di chi ha affermato che "l'individuazione e la portata del principio o dei principi che regolano la successione delle norme nel tempo è estremamente controversa"<sup>12</sup>. Appare quindi di circostanza la sorpresa nel constatare che, sebbene il diritto transitorio sia stato fatto oggetto di studi da parte degli studiosi più eminenti, i risultati sono francamente deludenti<sup>13</sup>.

2. La distinzione tra la prospettiva sostanziale e processuale nella disciplina giuridica dei fatti della vita: l'esperienza giuridica romana

L'approccio migliore ad un nuovo tentativo di precisare la nozione di retroattività della legge è offerto dall'osservazione della nascita della problematica di diritto intertemporale nell'esperienza giuridica romana<sup>14</sup>. È significativo in primo luogo che la previsione di limiti al principio d'irretroattività sia presente a partire da quella che è comunemente ritenuta essere la prima enunciazione espressa di questo principio. Ci si intende riferire alla formulazione contenuta nella costituzione di Teodosio II e Valentiniano III dell'anno 440: *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit*<sup>15</sup>.

Nella fase più arcaica del diritto romano manca invece anche la regola che può considerarsi il *primum movens* del diritto intertemporale, e cioè il principio della prevalenza della volontà più recente sulla volontà più antica in ordine alle fonti del diritto. In questo periodo l'esperienza giuridica romana vive una fase in cui l'esigenza di disciplinare la successione delle leggi nel tempo non si pone neppure.

---

<sup>11</sup> In questo senso, LASSALLE, *Die Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze* ecc, Leipzig, 1880, p. 9.

<sup>12</sup> G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie*, cit., specie p. 222.

<sup>13</sup> In questo senso, BORDA, *Portée et limitations du droit transitoire*, in *Melanges Roubier*, Paris, 1961, p. 75 ss., specie p. 75.

<sup>14</sup> Il riferimento all'esperienza giuridica romana sembra opportuno in quanto la fortuna dei brocardi di quella esperienza persiste in questa materia ancora oggi, tant'è che essi vengono tranquillamente richiamati, a titolo esplicativo, dagli esegeti contemporanei. Una lucida analisi delle fonti romane, che muove esplicitamente dal punto di vista della "perpetua circolazione fra verità storica e realtà attuale", si trova, nella letteratura di lingua italiana, da ultimo, in BROGGINI, *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica*, in *Coniectanea*, Milano, 1966, p. 343 ss.

<sup>15</sup> Questa costituzione è riportata nella l. 7 *C. de legibus*, I, 14. Per la verità questa costituzione riprende in parte quella di Teodosio I del 393 d.C.: *Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt; sed futuris regulam ponunt* (C. Th. 1, 1, 3) che non contiene alcuna eccezione al principio d'irretroattività; su ciò, vedi, DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività delle leggi*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1915, p. 117 ss., p. 235 ss., specie p. 127.

Prevale l'idea che il diritto sia immobile e privo di una prospettiva di evoluzione storica e che la legislazione non serva ad altro che a ricapitolare e a riassetare il diritto vigente<sup>16</sup>.

La collocazione del diritto in una prospettiva temporale avviene in età repubblicana in virtù del massiccio fenomeno delle *leges*, le quali contengono generalmente un'esplicita previsione del divieto di retroattività. È stato però osservato, sulla base di un'acuta lettura delle fonti, che già il pensiero giuridico di quest'età conosce due diversi approcci nella valutazione temporale delle fattispecie sostanziali, che si sviluppano sulla base della sempre maggiore distinzione fra diritto sostanziale e processo. Ci riferiamo alla tesi secondo la quale, fin da quell'epoca, il paradigma normativo delle situazioni sostanziali può essere reperito secondo una prospettiva "sostanziale" o "processuale"<sup>17</sup>. Alla stregua della prima, la situazione è localizzata temporalmente soprattutto al momento in cui si verifica il suo fatto costitutivo ed è disciplinata dalla *lex temporis*, dalla legge vigente in quel momento. Alla stregua della seconda la situazione è localizzata al tempo del processo che l'abbia ad oggetto, nel senso che tutte le situazioni che non sono state ancora definite giudizialmente rientrano nella sfera di applicazione della nuova legge<sup>18</sup>.

Nel quadro della presente indagine, essenzialmente rivolta al diritto positivo, costituirebbe evidentemente un fuor d'opera incaricarsi di verificare fino in fondo l'attendibilità della ricostruzione concernente il progressivo svilupparsi della distinzione tra prospettiva sostanziale e processuale nell'esperienza giuridica romana. Per conto nostro ci limitiamo a ricordare come gli ordinamenti giuridici primitivi hanno per lo più un fondamento processuale, supponendo il riferimento del fenomeno giuridico anche alla sfera sostanziale quella capacità di astrazione che è propria di un'esperienza culturale già evoluta.

Se dunque la progressiva affermazione della duplicazione di prospettive tra diritto sostanziale e processo risponde, anche a livello meramente intuitivo, al trascorrere di un ordinamento verso forme

---

<sup>16</sup> Vedi a questo proposito, PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 27 ss. Questo A. ricostruisce la storia del diritto intertemporale distinguendola in tre fasi (la prima sarebbe quella negativa, la seconda quella della retroattività come regola, la terza quella della irretroattività come regola generale). Nella fase negativa "il problema giuridico transitorio non sorge, né può sorgere. L'ostacolo che si oppone alla sua nascita è dato dal carattere o divino o consuetudinario, comunque essenzialmente statico" degli ordinamenti primitivi (il brano compreso tra le virgolette è sempre di PACE, op. cit., p. 27 ss.).

Nello stesso senso, per quanto riguarda specificamente la fase arcaica dell'esperienza giuridica romana, si possono vedere le affermazioni di BROGGINI, *Dauer und Wandel im Recht*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, n.s., 84 (1965), p. 1 ss., specie p. 31: "il giurista romano è *laudator temporis acti*. Le istituzioni romane fondamentali non hanno un'origine storica o, meglio, sono sorte con la città stato romana. Lo *ius* non ha né passato né futuro, esso viene compreso dai giuristi romani in maniera a prospettica".

Sulle rappresentazioni dei giuristi romani intorno all'origine del diritto puoi vedere inoltre, KASER, *Das römische Privatrecht*, seconda ed., vol. I, München, 1971, p. 24; dello stesso A., *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, p. 39; MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, vol. I, Leipzig, 1908, p. 22.

Tenendo conto di questo contesto ideale è da escludere dunque che, in quest'epoca più antica, trovasse spazio per manifestarsi il principio base che presiede alla risoluzione delle antinomie determinate dal succedersi delle leggi nel tempo: *lex posterior derogat priori*. Su di esso, vedi, in generale, BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 96 s.; dello stesso A., *Sui criteri per risolvere le antinomie*, ora in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 95 ss., specie p. 105 s., dove in particolare il principio *de quo* viene ricondotto in primo luogo alla massima della sapienza volgare, secondo la quale *experientia posterior derogat anteriori*; QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 69 ss.; REHFELDT-REHBINDER, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, terza ed., Berlin-New York, 1973, p. 18.

<sup>17</sup> In questo senso, vedi: BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 371.

<sup>18</sup> BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 371. Dello stesso A., analogamente, vedi *Intertemporales Privatrecht*, in *Schweizerisches Privatrecht*, Basel e Stuttgart, 1969, p. 385.

<sup>19</sup> Vedi, su questo punto, H.J. WOLFF, *Prozessrechtliches und materiellrechtliches Denken in rechtsgeschichtlicher Betrachtung*, in *Studi in memoria di Koschaker*, vol. II, Milano, 1954, p. 405 ss., specie p. 405; H. KAUFMANN, *Zur Geschichte des aktionsrechtlichen Denkens*, in *JZ*, 1964, p. 482 ss.

giuridiche più evolute<sup>19</sup>, più importante e più direttamente vicina al nostro campo d'indagine è la conseguenza che sul terreno della tecnica legislativa se ne vuole trarre: la possibilità di pensare e di dettare la disciplina dei fenomeni giuridici avendo riguardo al loro svolgimento fisiologico (alla loro nascita, modificazione e estinzione sul terreno del diritto sostanziale) oppure alla necessità che essi siano tratti ad oggetto di un accertamento giudiziale.

L'adozione di una prospettiva centrata su una localizzazione temporale delle fattispecie di matrice sostanziale suggerisce dunque il ricorso a tecniche di formulazione della normazione astratta e, in secondo luogo, d'interpretazione della medesima, tali da salvaguardare, tendenzialmente, rispetto allo *ius superveniens*, tutte le situazioni giuridiche che abbiano come fattispecie costitutiva una vicenda storica chiusasi in un periodo di tempo anteriore all'entrata in vigore della nuova legge. Il riferimento ad una prospettiva processuale tende invece ad assoggettare al dominio dello *ius superveniens* non solo le situazioni future, ma anche, e soprattutto, quelle già sorte anteriormente alla sua entrata in vigore. Il privilegiare la prima o la seconda prospettiva conduce in definitiva al risultato pratico, rispettivamente, di restringere o di allargare l'area delle situazioni ricomprese entro la sfera d'efficacia della nuova fonte normativa.

Questa osservazione, formulata evidentemente con l'occhio rivolto all'imponente fenomeno dello *ius honorarium* in diritto romano<sup>20</sup>, ha a nostro avviso nè più nè meno la stessa attendibilità della distinzione tra diritto sostanziale e processo e può incontrare conferme sol che si getti uno sguardo appena superficiale sugli ordinamenti giuridici che si sono succeduti nel tempo e sugli attuali che fanno da riferimento a questa ricerca<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 372, sottolinea che lo *ius honorarium* può essere compreso solo se si adotta la prospettiva processuale. Non è contestabile in effetti che la possibilità del pretore romano di negare l'azione a chi faccia valere una ragione sulla base dello *ius civile* o, al contrario, di concedere nuove azioni a tutela di pretese da quest'ultimo non riconosciute si risolva nella qualificazione o riqualificazione giuridica dei fatti della vita, in una parola, nell'esercizio di una vera e propria funzione legislativa.

L'adozione della prospettiva processuale nella valutazione delle fattispecie della vita si risolve, dal punto di vista della successione temporale delle norme disciplinanti queste ultime, in un'estensione programmatica dell'ambito di applicabilità del nuovo diritto ai rapporti giuridici anteriori: la concessione di nuovi mezzi di tutela riguarda sì lo svolgimento dei processi futuri, ma tocca le fattispecie sostanziali preterite.

Sullo *ius honorarium*, puoi vedere, WLASSAK, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen*, Graz, 1884, p. 18 ss., MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, cit., p. 38 ss., BETTI, *La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano*, in *Studi in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, p. 67 ss.; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 205 ss.; ID., *Das altrömische Ius*, cit., p. 88 ss.; VON LÜBTOW, *Das römische Volk*, Frankfurt am Main, 1955, p. 530 ss.; SELB, *Das praetorische Edikt: vom rechtspolitischen Programm zur Norm*, in *Festgabe Kaser*, Wien-Koeln-Graz, 1986, p. 259 ss.

<sup>21</sup> Si può citare un'esempio afferente alle complesse questioni di diritto transitorio originate dall'introduzione del nuovo diritto di famiglia in Italia. Ci si intende riferire all'art. 232 della l. 19 maggio 1975, n. 151, secondo cui "le disposizioni della presente legge relative all'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, nonché alle azioni previste dall'art. 279 del c.c., si applicano anche ai figli nati o concepiti prima della sua entrata in vigore".

Si può osservare che l'art. 232 cit. è formulato secondo una prospettiva processuale: ciò significa che il discrimine tra *ante facta* e *post facta*, tra ciò che non può e ciò che può essere assoggettato al dominio dello *ius superveniens*, è individuato non in riferimento al momento dello storico verificarsi del fatto giuridico che dà luogo al giudizio, ma in riferimento a quest'ultimo. Per essere più chiari: si ha qui a che fare con una norma di contenuto sostanziale che ha una formulazione processuale. Dalla forma processuale essa deriva la sua proprietà di estendersi immediatamente ai rapporti in corso, a prescindere dal fatto che la loro fattispecie costitutiva sia localizzata al tempo della legge sostanziale anteriore. Una norma che, dal punto di vista del suo contenuto sostanziale, disciplina situazioni del passato, si presenta, nella sua formulazione processuale, come una norma rivolta verso il futuro.

Mentre la prospettiva sostanziale corrisponde all'idea del diritto come ordinamento durevole dell'esperienza sociale, e rappresenta il modo d'intervento normale dell'ordinamento giuridico sui fatti della vita, la prospettiva processuale corrisponde ad un approccio più dinamico dell'ordinamento giuridico nei confronti dell'evoluzione della realtà, e rappresenta il modo d'intervento eccezionale dell'ordinamento, volto ad adeguare nella maniera più rapida le strutture giuridiche all'evoluzione della realtà sociale<sup>22</sup>.

La doppia prospettiva sostanziale-processuale propria dell'esperienza giuridica romana a partire dall'età repubblicana è probabilmente la base sulla quale si sviluppa il sistema della regola dell'irretroattività e dell'eccezione della retroattività che sarà destinato a caratterizzare il diritto intertemporale. Quando allora, nel 440, la regola del Teodosiano viene completata con la posizione dell'eccezione (*nisi nominatim [...] cautum sit*), non si fa che prendere atto, con un'enunciazione tecnicamente consapevole, di un'evoluzione del pensiero giuridico ormai compiuta.

Ma la previsione dell'eccezione non è scevra di conseguenze: essa viene a riconoscere esplicitamente che il rispetto del principio di irretroattività è rimesso alla discrezionalità del legislatore, che potrà apporvi deroga quando lo riterrà opportuno, anche se lo potrà fare solo espressamente (*nominatim*)<sup>23</sup>. Questo sistema di regola-eccezione in tema di successione dei paradigmi normativi nel tempo ha resistito per tutto il periodo del diritto intermedio, ma le ragioni giustificatrici delle eccezioni al principio d'irretroattività hanno finito con l'essere nel corso dei secoli eterogenee e non riconducibili in coordinate sistematiche<sup>24</sup>.

### 3. Dal sistema di regola eccezione alla contrapposizione di due principi: il pensiero di Savigny

Doveva comparire la personalità e il talento di Savigny per assestare un notevole colpo a questo assetto di regola-eccezione nel diritto intertemporale. Egli apre infatti il secondo capitolo dell'ottavo volume del suo *System* con una distinzione destinata a fare epoca: il principio d'irretroattività vale solo per le leggi che riguardano l'acquisto (*Erwerb*) dei diritti: ad es. per una nuova legge che richiede la *traditio* per l'alienazione della proprietà, mentre prima era sufficiente il solo consenso<sup>25</sup>. Esso non vale per le leggi che riguardano l'esistenza (*Dasein*) dei diritti, vale a dire le leggi che riguardano il riconoscimento di un istituto giuridico in generale, ad es. le leggi che riguardano l'abolizione della

---

<sup>22</sup> Nel senso che le innovazioni pretorie abbiano costituito lo strumento principale con cui l'ordinamento giuridico romano si è rinnovato e si è adeguato al mutamento dei rapporti economici e sociali, vedi, ancora, KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 205.

Più in generale, sul fatto che che l'esperienza giuridica di ogni epoca culturale e di ogni società sia costantemente tesa tra l'esigenza della durata dei valori giuridici e quella del loro cambiamento, ha scritto pagine suggestive, BROGGINI, *Dauer und Wandel*, cit., p. I ss.

<sup>23</sup> Sulla regola teodosiana, puoi vedere, accanto al contributo di Donati già citato, tra gli altri, AFFOLTER, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, Leipzig, 1902, p. 70; SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin, 1849, p. 392 ss.; Von SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts*, Erlangen 1852, p. 137 ss., specie p. 139; WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, nona ed., cit., p. 131, nota I e 2; GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, seconda ed., vol. I, Torino, 1884, p. 45 ss.; ROUBIER, *Le droit transitoire*, seconda ed., cit., p. 32 s.; LEVEL, *Essai sur le conflits de lois dans le temps*, cit., p. 21 s.; BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 393 ss.

<sup>24</sup> Relativamente a questo punto si può rinviare alla monumentale opera di AFFOLTER, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, cit., che rimane il contributo più ampio che finora sia stato scritto sulla storia della dottrina della successione delle leggi nel tempo. Dopo aver dedicato un primo capitolo al diritto intertemporale privato romano (su taluni risultati del quale la dottrina moderna ha però avanzato delle riserve: vedi, BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 364, nota 74, e p. 398, nota 135), Affolter ricostruisce le vicende della legislazione e della dottrina di diritto intertemporale dal *Corpus iuris civilis* fino al *Code civil* napoleonico, ed infine, dal *Code civil* fino al *BGB* tedesco (in quest'ultimo capitolo trova spazio anche una notevole rassegna di giurisprudenza dei principali paesi europei, tra cui l'Italia).

<sup>25</sup> Così, SAVIGNY, *System*, cit., p. 375.

schiavitù, della servitù della gleba, del diritto alla decima<sup>26</sup>, alle quali vengono equiparate le leggi che producono la trasformazione interna del contenuto di un istituto giuridico<sup>27</sup>.

Per questa seconda categoria di leggi Savigny propone l'adozione del principio esattamente opposto al precedente: la regola sarebbe quella della retroattività<sup>28</sup>. Questa tesi ha una solida giustificazione di ordine pratico, giacchè il maestro della scuola storica muove dall'idea che la retroattività consista nell'incidere sulle conseguenze dei fatti giuridici passati, non solo quelle che si sono prodotte nel periodo di tempo intermedio tra il verificarsi del fatto giuridico e l'entrata in vigore della legge retroattiva, ma anche quelle che si producono dopo l'entrata in vigore di quest'ultima<sup>29</sup>, cosicchè il

---

<sup>26</sup> Così, SAVIGNY, *System*, cit., p. 375 s.

<sup>27</sup> Come esempio, SAVIGNY, *System*, cit., p. 376 s., cita fra gli altri la legge di Giustiniano che aveva abolito la doppia forma di proprietà, *ex iure quiritium* e *in bonis*.

<sup>28</sup> Così, SAVIGNY, *System*, cit., p. 517.

<sup>29</sup> Così, SAVIGNY, *System*, cit., p. 382.

divieto di retroattività pone un limite anche all'efficacia immediata della legge nuova e viene a coincidere per questo motivo con il principio del rispetto dei diritti quesiti<sup>30</sup>.

La giustificazione di ordine pratico di questa tesi può essere colta se si fa l'esempio di una legge abolitiva di un istituto giuridico: qualora essa fosse assoggettata al principio dell'irretroattività, tale legge sarebbe privata del suo contenuto precettivo praticamente più importante. Una legge abolitiva della schiavitù impedirebbe cioè la costituzione di nuovi rapporti di schiavitù, ma non varrebbe ad abolire quelli esistenti<sup>31</sup>. D'altra parte tali leggi non potrebbero essere inquadrate correttamente come semplici eccezioni al principio della retroattività, giacché si arriverebbe a considerare come ipotesi

---

<sup>30</sup> Secondo una classica definizione è quesito (o acquisito) ogni diritto "che è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione della legge nuova intorno al medesimo" (secondo la celebre definizione di GABBA, *Teoria della retroattività*, vol. I, cit., p. 191). La teoria dei diritti acquisiti come cardine del diritto intertemporale ha conosciuto la sua fortuna maggiore in dottrina fino al secolo XIX, non solo grazie all'opera di SAVIGNY, ma anche a quella di LASSALLE, *Die Theorie der erworbenen Rechte*, cit., vol. I e II. Quest'autore in particolare sostiene la tesi che il concetto di diritto acquisito comprende solo quei diritti che si collegano al soggetto grazie a un atto della sua volontà (vedi, LASSALLE, op. cit., vol. I, p. 52) ed elabora tutta la sua teoria sulla base di questo presupposto: vedi, per talune esemplificazioni pratiche, p. 61 ss., p. 133 ss., dove in particolare si sostiene la tesi che il diritto nuovo non si applica non solo ai rapporti oggetto di una sentenza passata in giudicato, ma anche a quelli pendenti in giudizio, per la ragione che fra gli atti di volontà in grado di individualizzare il diritto in capo al soggetto rientra anche la proposizione della domanda giudiziale; p. 252 ss., dove si sostiene la resistenza del giudicato allo *ius superveniens* retroattivo sulla base dell'idea che il primo provochi una novazione del rapporto giudicato. Sulle tesi di Lassalle vedi in Italia i commenti di CHIRONI, *Della non retroattività della legge in materia civile* (1884), in *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, Torino, 1914, p. 131 ss.; PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 137 ss., GABBA, op. cit., p. 152 ss.

In Italia ha impostato tutta la sua opera di diritto intertemporale sul concetto di diritto quesito, come è noto, GABBA, op. cit., *passim*. Particolarmente apprezzata è stata questa definizione dalla nostra giurisprudenza pratica fino alla prima metà del secolo XX (vedi, tra le altre, Cass. 29 marzo 1944, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, voce *Leggi, decreti, regolamenti*, n. 23).

In generale, sulla dottrina dei diritti acquisiti in chiave espositiva, sono da consultare le pagine di AFFOLTER, *Geschichte*, cit., p. 572 ss.; KISKER, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, Tübingen, 1963, p. 30 ss.; BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 365 ss.; GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali*, cit., p. 47 ss.

La dottrina in questione ha subito nel corso del tempo attacchi che le hanno rimproverato soprattutto la difficoltà di rinvenire un criterio che permetta di individuare univocamente i diritti quesiti: vedi, per questa critica, tra gli altri, ROUBIER, *Le droit transitoire*, cit., p. 177 ss., p. 293 ss.; DONATI, *Il contenuto del principio*, cit., p. 117 ss.; PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 229 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 100 ss.; AFFOLTER, *Geschichte*, cit., p. 626 ss. (anche se questo A. recupera il nucleo centrale della dottrina dei diritti quesiti, cioè il limite all'efficacia immediata delle leggi nuove a tutela delle posizioni giuridiche sorte nel passato, successivamente, nel suo *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrecht*, Leipzig, 1903, p. 90 ss., dove propone l'idea che il diritto intertemporale non possa scindere il momento della costituzione del rapporto da quello nel quale il rapporto manifesta i suoi effetti o si estingue e parla a questo proposito di concezione "organica" della fattispecie, in contrapposito a quella "atomistica"); QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 108 ss.

D'altra parte, nemmeno la teoria del fatto compiuto (introdotta modernamente in Italia da CHIRONI, cit., *passim*; seguita tra gli altri da RANELLETTI, *Efficacia delle norme giuridiche amministrative nel tempo*, in *Riv. dir. civ.*, 1914, p. 49 ss., specie, p. 51 ss., ed esposta organicamente da N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 108 ss.; mentre in Francia si segnala soprattutto il contributo di VAREILLES-SOMMIERES, *Une théorie nouvelle sur la rétroactivité des lois*, in *Rev. crit. leg. jur.*, 1893, p. 444 ss.), che ha conteso il campo a quella dei diritti quesiti nell'individuazione dei principi che reggono la disciplina della successione delle leggi nel tempo si è sottratta alla critica concernente il trattamento da riservare alle situazioni giuridiche intertemporali: vedi, su questo punto, G.U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, cit., p. 223.

Sulla dottrina dei diritti quesiti, vedi, da ultimo, GROTTANELLI DE' SANTI, voce *Diritti quesiti*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Roma, 1989.

<sup>31</sup> Così, SAVIGNY, *System*, cit., p. 518.

regolare, in tema di leggi abolitive di un istituto giuridico, la sola efficacia *pro futuro*, e come eccezione, l'abolizione dei rapporti in corso, pervenendo così ad una valutazione esattamente invertita della scala di interessi perseguiti dal legislatore<sup>32</sup>.

Occorre allora ritenere, conclude Savigny, che queste disposizioni che aboliscono i rapporti già costituiti al momento dell'entrata in vigore della legge non sono eccezioni al principio dell'irretroattività, ma sono al contrario espressione di un principio diverso, per il quale queste leggi, che hanno per lo più natura inderogabile e radici al di fuori dell'ambito puramente giuridico, essendo collegate a motivi e scopi politici, economici e di costume, devono potere estendere la loro efficacia in misura maggiore che non le altre leggi<sup>33</sup>.

Si è ritenuto opportuno ricostruire diffusamente il pensiero di Savigny, perché si è di fronte ad una vera e propria svolta nel modo di concepire i principi che regolano la successione delle leggi nel

---

<sup>32</sup> Così, SAVIGNY, *System*, cit., p. 519.

<sup>33</sup> Così, SAVIGNY, *System*, cit., p. 517.

tempo, svolta che probabilmente non è stata adeguatamente valutata dalla maggior parte delle interpretazioni e valutazioni che del contributo di Savigny al diritto intertemporale sono state date<sup>34</sup>. Pare di poter affermare che nelle posizioni di Savigny ha radice una problematica sulla quale si confrontano ancora oggi gli studiosi di diritto intertemporale: se si possa cioè ritenere sussistente un principio contrapposto a quello dell'irretroattività delle leggi, concepito quest'ultimo come coincidente o meno con il principio del rispetto dei diritti acquisiti. Tale principio contrapposto dovrebbe fondarsi sulla clausola implicita dell'ordine pubblico, costruita ad *instar* del limite dell'ordine pubblico nel diritto internazionale privato<sup>35</sup>.

Il problema si pone, come è facile intuire, quando lo *ius superveniens* non contiene disposizioni di diritto transitorio ed è diretto alla realizzazione di valori giuridici fortemente in contrasto dal punto di vista politico, economico e di costume con quelli tutelati dalla passata legislazione.

Pur nella consapevolezza di non potere esaminare a fondo questo problema, si può osservare che l'accoglimento in via generale della clausola dell'ordine pubblico intertemporale come limite della irretroattività delle leggi urta nel nostro ordinamento contro l'ostacolo costituito dall'assenza, in questa materia, di una norma paragonabile a quella dell'art. 31 delle Preleggi, per cui occorre essere estremamente cauti nel contrapporre al principio d'irretroattività, che trova una base testuale nell'art. 11 delle Preleggi, una clausola che è priva di un esplicito fondamento in diritto positivo e che si presenta di difficile individuazione nella sua portata<sup>36</sup>.

A conclusione di questo breve *excursus* storico si può osservare che l'esperienza giuridica ha sempre conosciuto, a partire dalla nascita della problematica di diritto intertemporale, una pluralità di prospettive nella disciplina della successione delle norme giuridiche nel tempo; che il principio d'irretroattività delle leggi ha sempre conosciuto dunque eccezioni, più o meno numerose, fin dalla sua prima formulazione, fino a vedersi affiancato, con Savigny, un principio di segno contrario.

Ciò rende conto dell'utilità di un rinnovato tentativo diretto a cogliere l'essenza del fenomeno della retroattività. Giudizio di utilità che viene confermato anche dall'analisi critica delle più significative nozioni di retroattività che sono state proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, analisi che sarà svolta nei due paragrafi seguenti.

#### 4. L'analisi del diritto positivo: la critica delle principali interpretazioni del fenomeno della retroattività della legge

Si può passare a questo punto ad esaminare le principali interpretazioni che del fenomeno della retroattività della legge sono state date dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Il modo forse più comune di concepire la retroattività è quello che fa appello al significato letterale di "retroattivo". La retroattività consisterebbe cioè nell'efficacia della norma giuridica nel periodo anteriore alla sua entrata in vigore<sup>37</sup>.

Tale tesi non è però corretta per il semplice motivo che nessun fenomeno, naturale o umano, e quindi tantomeno la legge, "può avere la pretesa di *agire prima di esistere*, di operare in un tempo anteriore alla propria esistenza"<sup>38</sup>.

Un altro modo diffuso di concepire la retroattività scaturisce dalla distinzione tra vigore (o efficacia) e ambito di applicazione della legge<sup>39</sup>. Secondo questa nota opinione, normalmente vigore e ambito di applicazione della legge coincidono. Divergerebbero in due casi: quando la legge che non è più in vigore continua ad essere applicata; quando l'applicabilità della legge si estende all'indietro, nel tempo antecedente il suo vigore. Ciò che non sarebbe consentito all'efficacia della legge (cioè l'estensione verso il passato), lo sarebbe alla sua applicabilità<sup>40</sup>.

Anche questa concezione della retroattività non può essere accolta, perché la stessa distinzione tra ambito temporale del vigore della legge e quello della sua applicabilità non ha basi sicure. Vero è che il tempo dell'applicabilità della legge non può non coincidere con quello del suo vigore, giacché non vi è modo di spiegare teoricamente il fondamento dell'applicabilità di un atto normativo che non è (o non è più) in vigore. Quanto detto vale in primo luogo ad escludere che una nozione di applicabilità della legge temporalmente distinta da quella del vigore possa spiegare il fenomeno dell'ultrattività

---

<sup>34</sup> Non si possono riassumere in poche battute i fiumi d'inchiostro che si sono versati sulla distinzione operata da Savigny. Basterà però riferirsi a talune interpretazioni di rilievo. Nella nostra letteratura si può muovere dalla prima discussione, in ordine di tempo, che del pensiero di Savigny è stata fatta, ad opera di GABBA, *Teoria della retroattività*, cit., p. 163 ss. Egli enuncia qui la critica che sarà poi il "cavallo di battaglia" di tutte le valutazioni negative successive: la scarsa tenuta della distinzione tra leggi che riguardano l'acquisto (o la perdita) dei diritti e leggi che riguardano l'esistenza dei medesimi. Questa critica può forse essere condivisa (del resto lo stesso Savigny si rendeva conto che la distinzione poteva presentare taluni aspetti dubbi: vedi, SAVIGNY, *System*, cit., p. 378). È errata però l'idea che tale distinzione sia il cuore stesso della concezione savigniana, vulnerato il quale essa venga necessariamente meno. La distinzione non è che il mezzo tecnico con il quale Savigny scardina il rapporto di regola-eccezione, sulla base del quale si era eretta fino a quel momento la ricostruzione del sistema del diritto intertemporale, per sostituirvi un sistema basato su due principi che si limitano reciprocamente. La mancata percezione di questo dato impedisce a Gabba di cogliere l'originalità dell'impostazione savigniana, la quale viene al contrario da lui ricondotta all'orientamento, che riconosceva la retroattività delle leggi proibitive e che era diffuso nella dottrina anteriore a Savigny. Ciò non sembra corretto perché questo orientamento iscriveva le c.d. leggi proibitive (cioè le leggi dirette all'abolizione di istituti giuridici preesistenti) come eccezione in un sistema imperniato pur sempre sulla vigenza di un unico principio, quello dell'irretroattività (il pensiero di Gabba criticato è a p. 166 s.).

Violente critiche di principio alle tesi di Savigny hanno svolto, tra gli altri, AFFOLTER, *Geschichte*, cit., p. 611 ss., secondo il quale la distinzione savigniana fra le due categorie di diritti sarebbe una delle più nocive per il diritto intertemporale privato; QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 90 ss.: questo A., in particolare, dopo aver usato parole molto severe nei confronti di Savigny, accusandolo di avere idee "oscuere e confuse" ed attribuendogli anche concetti che non gli sono propri (come quello di aver riallacciato il problema dell'irretroattività della legge a quello della sua immutabilità), afferma in un altro luogo che "in taluni casi storici estremi, del tutto eccezionali, può entrare in funzione, a favore della retroattività, l'ordine pubblico intertemporale" (QUADRI, op. cit., p. 163). In questo modo però egli finisce con l'utilizzare quel limite al principio della irretroattività, costituito dal principio antitetico dell'ordine pubblico, che, come vedremo, è il frutto più duraturo lasciato dalle riflessioni di Savigny al diritto intertemporale.

Altri autori hanno svolto critiche limitatamente all'attribuzione di certe leggi ad una categoria piuttosto che ad un'altra: così, GÖPPERT, *Das Princip "Gesetze Haben Keine Rückwirkende Kraft"*, in *JhJ*, 22 (1884), p. 1 ss., p. 90 ss.; UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, vol. I, Leipzig, 1876, p. 125 testo e nota; ROUBIER, *Le droit transitoire*, cit., p. 109 ss. (che però riconosce il progresso fatto fatto compiere da Savigny alla dottrina del diritto intertemporale).

Altri ancora hanno rimproverato a Savigny proprio di aver rotto "in un dualismo l'unità del divieto di retroattività": così, PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 195.

Poche le valutazioni positive. In Italia si segnala, tra le altre, quella di DONATI, *Il contenuto del principio*, cit., p. 153 ss. (ma per motivi diversi da quelli da noi sottolineati); in Germania la teoria di Savigny ha conosciuto una recente rivalutazione con ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, quindicesima ed., Tübingen, 1959, p. 356 ss., i quali propongono una distinzione che risente dell'influenza del suo pensiero: si tratta della distinzione tra prescrizioni che determinano l'efficacia di un fatto, al quale cioè ricollegano la nascita, la modificazione e l'estinzione di un rapporto giuridico e prescrizioni che si ricollegano immediatamente ad un diritto, determinandone il suo contenuto e la sua efficacia, la sua esistenza e la sua abolizione. Le prime si ricollegerebbero sempre a fatti futuri, le seconde toccherebbero pure i diritti attualmente esistenti.

Un primo passo sulla linea interpretativa proposta nel testo è fatto invece da LASSALLE, *Theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze*, cit., p. 11 ss., il quale pur sottoponendo la teoria savigniana ad un'attenta critica, riconosce ad essa il merito di aver individuato "che la retroattività, a seconda dei settori, può essere la regola proprio come l'irretroattività; dall'altro lato che la questione dell'irretroattività e della retroattività è da ricondurre in principio non all'avviso del legislatore [...] ma alla natura interna dei diritti, ai quali le nuove leggi si ricollegano" (LASSALLE, op. cit., p. 20).

---

Da ultimo è stato BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 350 ss.; ID., *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 399 ss. a ricordare il passo dove Savigny collega la maggiore estensione dell'efficacia delle leggi inderogabili, a cui appartengono per lo più le leggi relative all'esistenza dei diritti, alla dottrina dell'ordine pubblico in diritto internazionale privato (cfr. SAVIGNY, *System*, cit., p. 517) ed a istituire un collegamento fra le posizioni di Savigny e la previsione nelle codificazioni più recenti del limite al principio d'irretroattività rappresentato dal principio antitetico dell'ordine pubblico "che impedisce la sopravvivenza nel tempo di rapporti giuridici e di diritti soggettivi in flagrante contrasto con le concezioni giuridiche del momento" (BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 351; vedi anche la nota 22, dove si ricorda l'art. 2 del titolo finale del codice civile svizzero, secondo il quale "le disposizioni di questo codice fondate sull'ordine pubblico e sui buoni costumi sono applicabili in tutti i casi, dal momento della sua entrata in vigore", e la letteratura che ha studiato le analogie esistenti fra il diritto internazionale privato e il diritto intertemporale.

<sup>35</sup> A favore si sono dichiarati: BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 374; LEVEL, *Essai*, cit., p. 297 ss.; MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, quarta ed., vol. I, Paris, 1970, p. 175; QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 163. Nella letteratura italiana più risalente, sostiene che "debbono essere necessariamente retroattive le leggi che aboliscono certi istituti vigenti, incompatibili con la nuova coscienza giuridica", BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, seconda ed., Milano, 1907, p. 52; nello stesso senso di Brugi, in precedenza, in Germania, REGELSBERGER, *Pandekten*, vol. I, cit., p. 190 s. (egli si riferisce anche alle semplici leggi di modificazione di istituti giuridici, sui quali si fondano situazioni sostanziali durevoli nel tempo). In senso contrario si è schierato ROUBIER, *Le droit transitoire*, cit., p. 415 ss.

Fra i sostenitori del limite dell'ordine pubblico intertemporale occorre distinguere coloro che concepiscono il divieto di retroattività come protezione dei diritti quesiti, come Broggin, per i quali l'ammissione della clausola dell'ordine pubblico ha esclusivamente la funzione di consentire l'operatività immediata del nuovo diritto nei confronti dei rapporti giuridici sorti sotto il vigore del diritto precedente, da coloro che, come Quadri, escludono che il divieto di retroattività coincida con il rispetto dei diritti quesiti, per i quali l'ordine pubblico intertemporale ha l'effetto di porre nel nulla gli effetti già prodotti dalla legge abrogata.

<sup>36</sup> Del resto anche secondo Savigny la retroattività di principio delle leggi concernenti l'essere dei diritti (per usare la formula riassuntiva proposta da Gabba a proposito della teoria del maestro tedesco), stante la sua concezione per cui l'irretroattività coincide con il rispetto dei diritti quesiti, si risolve nell'efficacia immediata del nuovo diritto e si tratta più di un presunzione che di un regola rigida.

<sup>37</sup> In questo senso, vedi per tutti, DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività delle leggi*, cit., specie p. 243, dove si afferma che: "retroattività della legge importa produzione di effetti giuridici, produzione di diritti e corrispondenti obbligazioni nel passato: secondo una frase ormai consacrata, produzione di effetti giuridici *ex tunc*". Quanto sia comune questo modo di vedere la retroattività, lo si può constatare leggendo la definizione che di "retroattivo" dà il DEVOTO-OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1971: "nel linguaggio giuridico, di atto avente efficacia a decorrere da un tempo anteriore alla sua pubblicazione".

Questa concezione è alla base di una *interpretatio abrogans* dell'art. 11 delle Preleggi (in questo caso: del corrispondente art. 2 del c.c. del 1865): "Se la legge nuova - dice Chironi - ottiene la sua forza obbligatoria, o meglio è legge solo dal momento in cui è promulgata e pubblicata, evidentemente non può averla prima, cosicchè è assurdo il supporre che debba regolare gli atti compiuti sotto il vigore della legge alla quale subentra [...] l'aver enunciato il principio che 'la legge non dispone che per l'avvenire, e non ha effetto retroattivo' è però concetto già incluso nel modo col quale essa ottiene obbligatorietà" (così, CHIRONI, *Della non retroattività della legge in materia civile* (1884), cit., specie p. 115). Solo se si accogliesse la concezione della retroattività nel suo significato letterale, si potrebbe accettare tale tesi: l'art. 11 sarebbe superfluo, in quanto enuncerebbe una verità tutta compresa nel nesso di condizionalità temporale che collega l'entrata in vigore delle norme giuridiche (*id est*: l'acquisizione di efficacia, l'obbligatorietà) all'entrata in vigore dell'atto fonte che le produce, nel senso che l'inizio dell'obbligatorietà delle norme non può mai risalire più indietro di quello in cui la fonte si sia perfezionata e sia diventata efficace nell'ordinamento generale.

delle leggi. La stessa abrogazione infatti non determina la perdita di vigore della legge abrogata, ma solo la delimitazione temporale della sua efficacia<sup>41</sup>, cioè l'esclusione dalla sua disciplina dei fatti che si verificano successivamente all'abrogazione, cosicché la stessa designazione di "ultrattività" è in ultima analisi fuori luogo. Quanto detto vale in secondo luogo ad escludere che l'applicabilità della legge possa estendersi all'indietro, nel tempo antecedente il suo vigore. La legge può essere applicata solo nel tempo del suo vigore. In conclusione, il tempo del vigore della legge e il tempo della sua applicabilità coincidono.

---

<sup>38</sup> Così, QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 49. Ciò vale tanto più per la norma giuridica, la quale, come ogni altra prescrizione, o si rivolge a comportamenti futuri o non è. La norma non può comandare che qualcosa avvenga o non avvenga nel passato: "al passato non si può comandare, come dal passato non si può obbedire": questa incisiva frase è di PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 21. Lo stesso dato è ribadito energicamente da QUADRI, voce *Acquisiti (diritti)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 238; ID., *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., p. 36 s., p. 48 s., p. 54. Nello stesso senso si sono espressi, tra gli altri, N. COVIELLO, *Manuale*, cit., p. 98; SCHEERBARTH, *Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte*, Berlin, 1961, p. 14.

Per questo motivo, se non altro, l'espressione "retroattività", in quanto letteralmente significa "azione nel passato" è impropria. A tale proposito non sono mancati, specialmente in passato, tentativi di rinunciare al termine stesso di retroattività nella trattazione della materia delle successione delle leggi nel tempo: a parte il tentativo di BORST, *Über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse*, Bamberg, 1884, che proponeva di sostituire il termine di retroattività con quello di "applicazione della legge a rapporti giuridici sorti in precedenza", l'esempio più noto è senza dubbio quello di AFFOLTER, *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrecht*, cit., p. 54 ss., che propose di sostituire al termine di retroattività quello di "esclusività" (*Ausschliesslichkeit*). nel senso che, nei casi comunemente detti di retroattività, il nuovo ordinamento esclude, in grado più o meno intenso (e l'A. conta quattro gradi di esclusività: op. cit., p. 56), l'applicabilità di quello vecchio.

Che il significato della retroattività delle leggi non potesse essere inteso in senso letterale era già stato sottolineato puntualmente da SAVIGNY, *System*, cit., p. 382: "*Es ist augenscheinlich, dass dieselbe (die Rückwirkung) nicht in einem buchstäblichen, materiellen Sinn aufzufassen ist. Dieser Sinn würde dahin gehen, dass das Geschehene ungeschehen gemacht werden solle*".

<sup>39</sup> Vedi, ZITELMANN, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze*, in *Festgabe für Bergbohm*, Bonn, 1919, p. 207 ss., specie p. 220 ss. e p. 230 ss.

<sup>40</sup> Questa distinzione è stata aspramente criticata in Italia da QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 57 ss. La presa di posizione espressa successivamente nel testo presuppone l'accoglimento della critica di Quadri, secondo la quale la dottrina di Zitelmann non affronta il problema centrale del diritto intertemporale: quello del fondamento dell'applicabilità della *lex temporis* abrogata, "non potendosi ammettere che un vigore che più non esiste, che appartiene ormai alla storia, possa fondare una decisione del giudice o, comunque, un certo tipo di sopravvenienza della situazione giuridica che attraverso il processo, sia vecchia o nuova la legge applicabile, sia la legge applicabile italiana o straniera, vuole essere difesa contro le attuali violazioni e forzosamente realizzata" (QUADRI, op. cit. 3, p. 61). In precedenza la distinzione di Zitelmann era stata criticata in Germania, tra gli altri, da BEITZKE, *Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht*, in *Festschrift für Smend*, Göttingen, 1952, p. 1 ss., specie p. 13 ss.

<sup>41</sup> In questo senso, da ultimo, GUASTINI, *In tema di abrogazione*, in *L'abrogazione delle leggi*, a cura di C. Luzzati, Milano, 1987, p. 16 ss. Sull'abrogazione vedi, PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. del Dir.*, vol. I, Milano, 1958, p. 141 ss.; PATRONO, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 904 ss., specie p. 908 ss, a cui si rinvia per maggiori indicazioni bibliografiche.

Una terza concezione diffusa della retroattività della legge la rappresenta come valutazione o rivalutazione giuridica del passato, cioè dei fatti verificatisi anteriormente all'entrata in vigore della legge<sup>42</sup>.

Questo è indubbiamente il modo di vedere che si avvicina di più a quello che pare corretto. E' vero infatti che la norma giuridica va concepita essenzialmente come criterio di valutazione esclusiva dei fatti della vita, giacché una concezione rigidamente imperativistica della norma va incontro, come è noto, ad ostacoli insormontabili<sup>43</sup>.

È anche vero che molte ipotesi di retroattività consistono nel ricollegamento di un nuovo effetto giuridico ad un fatto del passato. Tale concezione però non è in grado di ricomprendere tutte le ipotesi di retroattività: in talune di esse infatti il fatto valutato dalla norma retroattiva come presupposto per il verificarsi dell'effetto giuridico non deve necessariamente essersi verificato nel periodo di tempo anteriore all'entrata in vigore della legge.

Se si approfondisce un momento il discorso, ci si rende infatti conto che la nozione della retroattività di cui si discute, concependo il principio d'irretroattività come divieto di rivalutazione dei fatti del passato, impedisce di cogliere appieno questa realtà: che il principio d'irretroattività è chiamato a tutelare diritti e non fatti.

Quest'ultima affermazione può essere chiarita con una pluralità di esempi. Si pensi alla disciplina di un qualsiasi diritto di credito: la legge ricollega a determinati fatti la sua nascita, a determinati altri fatti (successivi) la sua modificazione e la sua estinzione. Non solo la nascita, ma anche la modificazione e l'estinzione del diritto di credito ricevono integrale disciplina dalla legge vigente al tempo in cui il diritto di credito sorge, cosicché la vicenda di quest'ultimo è già segnata. Questo l'ordinamento giuridico deve assicurare alle parti: esse, nel momento in cui si vincolano, devono essere in grado di sapere, una volta per tutte, i fatti a cui la legge ricollega la modificazione e l'estinzione del vincolo. Tale garanzia è fornita dall'ordinamento attraverso il divieto di retroattività: divieto che quindi colpisce non solo (e non tanto) la rivalutazione del fatto costitutivo del credito, ma anche (e soprattutto) la modificazione della rilevanza giuridica dei fatti modificativi ed estintivi o l'attribuzione della rilevanza giuridica modificativa o estintiva a nuovi fatti.

Che rilievo ha la circostanza che lo *ius superveniens* ricollegli un effetto modificativo o estintivo a fatti destinati a verificarsi dopo la sua entrata in vigore, invece che modificare la rilevanza giuridica di fatti anteriori? Non ha rilievo: tale *ius superveniens* è parimenti retroattivo, in quanto, toccando la vicenda di un diritto di credito sorto nel passato, viene a ledere l'affidamento delle parti sullo sviluppo del rapporto, così come era prefigurato dalla situazione legislativa vigente al tempo della sua nascita, viene a rimettere in discussione il modo di essere della tutela di un interesse del passato, così come era stato congegnato dalla *lex temporis*.

Si può fare un altro esempio, più concreto: Tizio è titolare di una pensione d'invalidità dal 1980; nel 1985 interviene una legge che prevede la restituzione di tutte le mensilità di pensione se il beneficiario perda la cittadinanza italiana; nel 1990 Tizio perde la cittadinanza e deve restituire le mensilità di pensione dal 1980. Non interessa discutere qui la legittimità di un tale intervento normativo, ma solo avvertire che ci troviamo sicuramente di fronte ad una legge retroattiva. Il fatto a cui la legge ricollega l'obbligo di restituzione si verifica tuttavia dopo l'entrata in vigore della norma. Ciò conferma che una concezione che pretenda di individuare il *proprium* della retroattività nel ricollegamento di un

---

<sup>42</sup> Vedi, PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 135. Nello stesso senso di Pace è la definizione di retroattività che in Germania hanno dato KLEIN-BARBÉY, *Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen*, Bonn, 1974, p. 39 ss.: la retroattività consisterebbe sempre nella valutazione *ex novo* di una fattispecie (*Sachverhalt*) già valutata dalla legge precedente, anche quando si tratti di un giudizio d'irrelevanza (in particolare, p. 42. "Jedem konkreten Sachverhalt wird also in jeder denkbaren Rechtsbeziehung jeweils ein deartiger konkreter 'Rechtswert' beigemessen, der ihm in der jeweils bewerteten Beziehung - vom Geltungsanspruch der bewertenden Rechtsordnung aus gesehen - endgültig anhaftet").

<sup>43</sup> Per la critica della teoria imperativistica si rinvia per tutti a CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, *passim*.

effetto giuridico ad un fatto del passato, se certamente si presta a descrivere un certo numero di ipotesi di retroattività, non è in grado di ricomprenderle tutte.

Tale concezione pare invero fermarsi solo alla soglia della comprensione del fenomeno: essa atomizza la fattispecie (intesa come insieme dei fatti costitutivi, modificativi e estintivi) nella singolarità dei suoi momenti di sviluppo, e ne preclude la visione organica, che ha come fuoco la situazione sostanziale che con la fattispecie sorge, si modifica, si estingue.

Un ultimo tentativo di cogliere la nozione di retroattività che, per la sua importanza teorica e pratica nell'ordinamento di riferimento, non può essere pretermesso è quello intrapreso dal *Bundesverfassungsgericht* (nel seguito designato come *BVerfG*)<sup>44</sup>.

Il *BVerfG*, entrato in vigore nel 1951, individuò ben presto il paradigma costituzionale alla cui stregua giudicare della legittimità delle leggi retroattive nel principio dello Stato di diritto e nel principio, derivato da questo, della certezza del diritto<sup>45</sup>, ma la definizione di ciò che il *BVerfG* intende per retroattività viene solo con la decisione del 31 maggio 1960<sup>46</sup>, che assume i caratteri di un vero e proprio *leading case* in materia. Secondo questa decisione “si è in presenza di retroattività autentica della legge quando essa interviene successivamente su situazioni di fatto già svolte e appartenenti al passato; nel caso in cui essa opera *pro futuro* su fattispecie e relazioni giuridiche non ancora svolte, il problema della retroattività non sorge: si è in presenza solo di una retroattività non autentica, retrospettiva”.

Si imposta così la distinzione tra retroattività autentica e non autentica, che caratterizzerà tutta la giurisprudenza successiva del *BVerfG*: essa ha una notevole importanza perché solo la prima è ritenuta incompatibile con il *Grundgesetz*. Si è dunque in presenza di retroattività autentica quando la legge opera *ex post* su *abgewickelte Tatbestände* (situazioni di fatto svolte); si ha a che fare con una retroattività non autentica quando lo *ius superveniens* opera *pro futuro* su *noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen* (fattispecie e relazioni giuridiche non ancora esaurite).

Rispetto a tutti gli altri tentativi criticati in precedenza, la posizione del *BVerfG* coglie un aspetto centrale del nostro problema: la definizione della retroattività non può tenere conto delle diverse

---

<sup>44</sup> Prendono in considerazione la giurisprudenza del *BVerfG*, tra gli altri, i seguenti contributi dottrinali: ECKHARDT-HILLEBRECHT, *Problematik rückwirkender Steuergesetze*, Köln-Berlin-München-Bonn, 1960; VOGEL, *Zur Frage der Rückwirkung von Steuergesetzen*, in *NJW*, 1960, p. 1182 ss., ID., *Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht*, in *JZ*, 1988, p. 833 ss.; KIMMINICH, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, in *JZ*, 1962, p. 518 ss.; QUACK, *Die Rückwirkung belastender Gesetze*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1962, p. 289 ss.; KLEIN-BARBÉY, *Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen*, cit.; KLEIN, *Dürfen Steuergesetze rückwirkend belasten?*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1965, p. 25 ss.; BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht*, cit.; SEUFFERT, *Die Rückwirkung von Steuergesetzen nach Verfassungsrecht*, in *BB*, 1972, p. 1065 ss., KLOEPFER, *Vorwirkung von Gesetzen*, München, 1974, p. 94 ss.; GÖTZ, *Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. II, Tübingen, 1976, p. 421 ss., STERN, *Zur Problematik rückwirkender Gesetze*, in *Festschrift Maunz*, München, 1981, p. 381 ss.; PIEROTH, *Rückwirkung und Übergangsrecht*, Berlin, 1981 (si tratta del contributo più ampio uscito finora sulla giurisprudenza del *BVerfG*; di quest'opera si può leggere un riassunto in PIEROTH, *Grundlagen und Grenzen verfassungsrechtlicher Verbote rückwirkender Gesetze*, in *Jura*, 1983, p. 122 ss.); STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, seconda ed., München, 1984, p. 831 ss., BAUER, *Bundesverfassungsgericht und Rückwirkungsverbot*, in *Jus*, 1984, p. 241 ss., KISKER, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, cit. (si tratta di un'indagine di diritto comparato dedicata anche al diritto anglo-americano).

<sup>45</sup> Vedi, ad es., la pronuncia 16 ottobre 1957, in *Entsch. des BVerfG's*, 7, p. 129 ss.

<sup>46</sup> Pubblicata in *Ent. des BVerfG's*, 11, p. 139 ss. Si tratta del giudizio di legittimità costituzionale sull'art. 7 n. 3, 16, 19 della legge concernente le spese giudiziali del 7 agosto 1952 (pubblicata in *BGBI*, 1952, I, p. 401). In particolare l'enunciazione del concetto di retroattività presupposto dalla Corte si ha nell'esame dell'art. 16, secondo il quale la legge è applicabile alle controversie pendenti prima della sua entrata in vigore, ma non alle istanze che si sono chiuse prima di questo momento.

strutture temporali delle situazioni giuridiche sulle quali interviene il nuovo diritto. Che cosa però il *BVerfG* intenda per situazioni di fatto già svolte e, viceversa, per relazioni giuridiche non ancora svolte, nonostante un trentennio di giurisprudenza, non si sa di preciso. Anche la dottrina che è intervenuta su questo problema non è riuscita a fare luce sul punto<sup>47</sup>.

A chi è avvezzo a riconoscere la perenne circolazione tra verità storica e realtà attuale la soluzione proposta dal *BVerfG* non può non apparire con un cuore antico: *Quod ait senatus 'quae iudicata transacta finitave sunt, rata maneant'*. È questa la formula del senato-consulto Orfiziano, in cui nella disciplina della successione delle leggi nel tempo non si fa questione di retroattività o di irretroattività della legge, ma di individuazione di quei rapporti che, essendo “esauriti”, sono sottratti all’azione dello *ius superveniens*<sup>48</sup>. Già nell’Orfiziano si nota la tendenza, attraverso il riferimento alle *res finitae*, ad allargare il novero delle situazioni che esauriscono il rapporto, passando da una prospettiva processuale ad una sostanziale. Si può dire che con la giurisprudenza del *BVerfG* il processo si è interamente compiuto, e si è pervenuti ad una ricostruzione di queste situazioni interamente sostanziale, che pretende altresì di porsi come criterio fondante per individuare la nozione di retroattività della legge.

Con questo passaggio però le cose si sono complicate, e si può riferire *a fortiori* alla giurisprudenza del *BVerfG*, mutato ciò che si deve, la stessa valutazione a cui altri ha sottoposto la formula dell’Orfiziano: “Abbandonata la sfera processuale, la definizione delle situazioni giuridiche alle quali il senato-consulto non si applica rimane imprecisa, affidata alla valutazione concreta del caso singolo”<sup>49</sup>.

Il *BVerfG* ha in definitiva allargato l’area delle situazioni protette dal divieto di retroattività ma l’ha resa più incerta. Incertezza alla quale hanno contribuito anche quelle decisioni che hanno ritenuto la costituzionalità di leggi che avevano previsto *ex post* strumenti revocatori nei confronti delle

---

<sup>47</sup> Vedi, per esempio, PIEROTH, *Rückwirkung*, cit., p. 31 ss., che, sulla scorta della giurisprudenza del *BVerfG*, raccoglie la seguente casistica di *abgewickelte Tatbestände*: il debito d’imposta già sorto secondo il vecchio diritto; la pretesa all’indennizzo da parte della P.A. (non appena sia sorta secondo il diritto previgente); la prescrizione del diritto (in ipotesi di legge che prolunga i termini di prescrizione); nel diritto delle assicurazioni sociali, a volte quando si è verificato l’evento assicurato, a volte quando è sorto già il rapporto assicurativo. Sono stati ritenuti casi di rapporti non ancora “esauriti” (e quindi soggetti all’intervento del legislatore scevro da problemi di costituzionalità): i processi ancora in corso (in caso di intervento di una legge processuale); lo *status* (quando si tratti di un intervento *pro futuro* su diritti promananti da esso); il debito d’imposta non ancora sorto secondo il diritto anteriore (nell’ipotesi di un aumento delle imposte a decorrere da un momento anteriore all’entrata in vigore dello *ius superveniens*).

La distinzione tra retroattività autentica e non autentica non è introdotta *ex novo* dalla giurisprudenza del *BVerfG*: vedi, ad es., MEYER-CORDING, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, in *JZ*, 1952, p. 161 ss., specie p. 161; SIEG, *Das Problem der Gesetzesrückwirkung, insbesondere bei verfahrensrechtlichen Normen*, in *SJZ*, p. 879; KLEIN, *Zulässigkeit und Schranken der Rückwirkung von Steuergesetzen*, Bonn, 1952, p. 24. Essa era intesa così: la norma autenticamente retroattiva ricollega effetti a fattispecie situate in un momento anteriore all’entrata in vigore della legge; la norma non autenticamente retroattiva ricollega effetti a fattispecie che si danno solo dopo l’entrata in vigore della legge. Il *BVerfG* aggiunge solo un aggettivo qualificativo: la fattispecie ha da essere “svolta” nel passato (tanto per rendere in italiano l’idea di *abgewickelter Tatbestand*). Aggettivo che invece di semplificare le idee le complica: vedi le critiche sollevate dalla dottrina: QUACK, *Die Rückwirkung*, cit., p. 290; KISKER, *Die Rückwirkung*, cit., p. 26 s.; KLEIN-BARBÉY, *Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 44 ss.; PIEROTH, *Rückwirkung*, cit., p. 79 ss.; BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 397 s.

<sup>48</sup> Sulla questione relativa all’individuazione dei rapporti esauriti (*rectius*: delle situazioni che determinano l’esaurimento del rapporto) ci permettiamo di rinviare a CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 175 ss.

<sup>49</sup> Così, BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 375.

situazioni tradizionalmente ricomprese nell'area dei rapporti esauriti, come il giudicato o la transazione<sup>50</sup>.

Posto infatti che di completo svolgimento del rapporto può parlarsi solo con riferimento ad uno e un solo ordinamento<sup>51</sup>, residua il problema se di esaurimento del rapporto possa parlarsi in riferimento all'ordinamento introdotto dallo *ius superveniens* o a quello vecchio. È inevitabile rifarsi a quest'ultimo, giacché sarebbe facile per il nuovo legislatore trasformare un rapporto già concluso in "pendente"<sup>52</sup>, il che porrebbe il concetto di retroattività a disposizione di quest'ultimo: ma anche se si adotta la prospettiva del vecchio ordinamento l'incertezza in ordine all'individuazione del concetto di esaurimento del rapporto pare veramente irresolubile in riferimento a quelle situazioni giuridiche durevoli nel tempo che, sorte sotto il vigore della precedente legislazione, continuano ad esistere anche dopo l'intervento della nuova legge. Il criterio proposto dal *BVerfG* non chiarisce un punto centrale: se ed in che misura possa essere considerata esaurita una situazione giuridica intertemporale: è da considerarsi esaurito solo il tratto della situazione che si è già svolto al momento dell'entrata in vigore dello *ius superveniens* o tutto il rapporto nel suo insieme<sup>53</sup>?

Preso atto della difficoltà di attingere, attraverso la giurisprudenza del *BVerfG* ed i precedenti tentativi dottrinali, al nucleo del concetto di retroattività, Bodo Pieroth, l'autore che più di recente e più ampiamente si è occupato del tema della retroattività e del diritto transitorio, ha concluso che sarebbe inutile la ricerca di un concetto unitario di retroattività, dato che quest'ultimo non esiste, ma si frantuma in una molteplicità di accezioni, a seconda della diversità della struttura delle norme, dei "meccanismi giuridici di collegamento tra presente e passato" e delle caratteristiche dei diversi settori del diritto<sup>54</sup>.

## 5. La sintesi dei risultati raggiunti nella parte critica dell'indagine

---

<sup>50</sup> Si può prendere in considerazione per esempio la decisione 2 dicembre 1969, in *Ent. des BVerfG's* 27, p. 231 ss. La vicenda nella quale la questione di costituzionalità è sorta non è inopportuno riassumerla. Le eredi di un barone ungherese al quale le SS avevano sottratto a Budapest una preziosa raccolta di quadri agiscono di fronte alla Sezione-Riparazioni del Tribunale di Berlino per ottenere il risarcimento del danno subito. La vicenda si chiude dapprima nel 1962 con una transazione con cui lo Stato tedesco s'impegna a pagare una certa somma a titolo di risarcimento (della quale la metà viene già pagata). L'8 ottobre 1964 entra in vigore una modificazione della legge concernente i rimborsi di quella natura, la quale prevede (per quello che qui interessa) al § 43 lett. a) una disposizione secondo la quale, se è stata accertata con decisione passata in giudicato o con un valido accordo l'esistenza di una pretesa al rimborso, e risulta che il beneficiario si è servito di mezzi disonesti o ha dato, con dolo o colpa grave, false indicazioni sull'esistenza o sull'ammontare della pretesa, l'amministrazione finanziaria può chiedere che sia annullata la decisione passata in giudicato o l'accordo. Il 12 febbraio 1965 l'amministrazione finanziaria tedesca chiede l'annullamento della transazione e la restituzione della somma già pagata, allegando che la raccolta di quadri era stata in parte depredata dai russi, in parte posta al riparo dal barone stesso in occidente. Non è ancora chiuso questo procedimento che le eredi, il 6 ottobre 1965, propongono una *Verfassungsbeschwerde* nei confronti del succitato § 43 lett. a), lamentando che esso sia in contrasto con il *Grundgesetz*, in quanto retroattivo. Il *BVerfG* rigetta però il ricorso, argomentando che le decisioni e le transazioni delle quali si occupa il § 43 lett. a) concludono il procedimento di rimborso solo in apparenza, in quanto sono venute in essere in un procedimento nel quale il beneficiario del rimborso ha usato mezzi disonesti ecc. e portano pertanto con sé il germe della propria risoluzione.

<sup>51</sup> Vedi, in questo senso, ROTONDI, *Prefazione* a PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. XVI.

<sup>52</sup> Così, KISKER, *Die Rückwirkung von Gesetzen* p. 27; BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 353, in nota 24.

<sup>53</sup> Per un discorso più ampio su questo punto, vedi ancora, se vuoi, CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 175 ss.

<sup>54</sup> In questo senso, PIEROTH, *Rückwirkung*, cit., p. 95.

Questa posizione segna però un approdo rinunciatorio che non può essere condiviso. La riflessione svolta fino a questo punto consente infatti di proporre una soluzione che tenga conto dei più importanti risultati raggiunti, i quali indicano che la nozione di retroattività:

a) non può essere intesa in senso letterale, cioè come efficacia della norma giuridica nel periodo anteriore alla sua entrata in vigore;

b) non può essere individuata facendo ricorso ad una categoria di “applicabilità” distinta da quella di efficacia (o vigenza, o obbligatorietà). Non può essere intesa dunque come applicabilità della norma a situazioni di fatto del passato;

c) non implica sempre che il fatto considerato dalla norma come presupposto per il prodursi dell’effetto giuridico si sia verificato nel periodo di tempo anteriore all’entrata in vigore della legge;

d) ha il suo nodo centrale nella disciplina delle situazioni giuridiche, sorte sotto il vigore del vecchio diritto, che proseguono ad esistere dopo l’entrata in vigore dello *ius superveniens*.

Sulla scorta di questi risultati, si può passare adesso alla parte ricostruttiva. Se si vuol rimanere con i piedi piantati nel diritto positivo italiano, si deve notare che i problemi relativi all’efficacia della legge nel tempo trovano le risposte essenziali, nel nostro ordinamento, in due norme diverse: gli artt. 101 e 111 delle Preleggi, che occorre coordinare. L’art. 101 prevede che “le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquintogiorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto”; l’art. 111 prevede che “la legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”.

L’art. 101 ha in primo luogo per oggetto un requisito di efficacia della legge in quanto atto, vale a dire il trascorrere di un determinato lasso di tempo (*vacatio legis*) dopo il quale la legge diventa obbligatoria. Tale articolo non disciplina però solo l’entrata in vigore della fonte normativa, della legge in quanto atto, ma anche l’entrata in vigore delle norme da essa prodotte, perché non c’è alcun’altra norma dell’ordinamento giuridico che disciplina l’entrata in vigore delle norme giuridiche separatamente da quella del loro atto-fonte. Tale norma non può essere identificata in particolare nell’art. 111, in quanto prevedendo esso le modalità temporali dell’efficacia delle norme giuridiche, lungi dal risolvere il problema dell’entrata in vigore delle norme, lo presuppone già risolto.

L’entrata in vigore dell’atto-fonte e quella delle norme da esso prodotte sono fenomeni distinti, ma legati da un nesso di condizionalità. L’obbligatorietà delle norme giuridiche ha inizio in un certo momento del tempo, che non può mai risalire più indietro di quello in cui la loro fonte si è perfezionata in tutti i suoi elementi costitutivi ed è diventata efficace nell’ordinamento generale<sup>55</sup>

Se il preciso apporto dell’art. 101 delle Preleggi al diritto intertemporale consiste nell’istituire un nesso di condizionalità temporale tra l’entrata in vigore dell’atto-fonte e quella delle norme giuridiche da esso prodotte, ciò conferma che l’obbligatorietà (cioè l’efficacia) delle norme non può mai estendersi prima dell’entrata in vigore dell’atto legislativo fonte<sup>56</sup>. Di retroattività può parlarsi solo con riguardo alle norme, non alla fonte: “e per le stesse norme, comunque, deve dirsi pur sempre che la loro obbligatorietà non può operare - anche se con riferimento a fatti passati - che per l’avvenire, ossia dopo la loro entrata in vigore”<sup>57</sup>.

Un altro risultato da conseguire attraverso l’esegesi dei rapporti tra gli artt. 101 e 111 delle Preleggi è l’identificazione del termine *a quo* dell’efficacia della norma giuridica con quello della sua entrata in vigore. La ragione di ciò è che vigenza e efficacia della norma sono la stessa cosa e coincidono a loro volta con quella obbligatorietà, testualmente prevista dall’art. 101 delle Preleggi, in quanto essa

---

<sup>55</sup> Vedi, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, quarta ed., Padova, 1978, p. 167.

<sup>56</sup> Può accadere invece che l’inizio dell’obbligatorietà delle norme sia posticipata rispetto all’entrata in vigore dell’atto fonte o subordinata al verificarsi di particolari condizioni: vedi, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, p. 167.

<sup>57</sup> CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 167.

si riferisce, come è stato autorevolmente mostrato da Vezio Crisafulli, non solo all'obbligatorietà dell'atto-fonte, ma anche a quella delle norme da esso prodotte<sup>58</sup>.

## 6. La definizione di principio della nozione della retroattività della legge

Come può essere ricostruito allora, su queste basi, il fenomeno della retroattività? Occorre muovere dal presupposto metodologico che lo studio della successione delle norme nel tempo può essere svolto da due punti di vista differenti: o si muove dall'ambito di efficacia delle norme per individuare poi le situazioni giuridiche che vi ricadono; o ci si rappresenta dapprima la situazione da disciplinare per cercare poi la regola di diritto da applicare. Accogliendo l'indicazione di Savigny<sup>59</sup>, s'intende scegliere la seconda delle prospettive appena ricordate. La trattazione del problema dello *ius superveniens* retroattivo può essere svolta proficuamente distinguendo fra le strutture temporali delle situazioni giuridiche oggetto dello *ius superveniens*<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Se il termine *a quo* dell'efficacia delle norme giuridiche non può essere disgiunto da quello della loro entrata in vigore ed è disciplinato, accanto all'entrata in vigore dell'atto-fonte, dall'art. 10 delle Preleggi, non può essere negata l'appartenenza della materia disciplinata da questo articolo all'area propria del diritto intertemporale. In questo senso, esplicitamente, PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 18. Contrario è invece QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 51 ss. (specie p. 52 in nota), il quale, dopo aver riconosciuto che la legge non può essere efficace se non nel tempo e per il tempo nel quale è in vigore (p. 51), che "è difficile vedere come possa separarsi l'entrata in vigore delle leggi dall'inizio della produzione dei loro effetti giuridici" e che "una volta entrata in vigore, la legge produrrà le conseguenze previste le quali, naturalmente, saranno sempre future" (p. 53 in nota 12), allude alla possibilità di confondere la materia dell'art. 10 con quella dell'art. 11. Orbene, se tale possibilità di confusione indubbiamente esiste, come è testimoniato dalla formulazione della teoria della "retroattività impossibile", essa non è un buon motivo per negare l'afferenza dell'art. 10 al diritto intertemporale e, addirittura, che tra gli artt. 10 e 11 sussista alcun tipo di rapporto. Quanto alla nozione di applicabilità, in quanto distinta da quella di vigenza-efficacia, di essa non si può fare l'uso propugnato da Ernst Zitelmann (cioè come chiave di volta per la comprensione dei fenomeni della retroattività e dell'ultrattività delle leggi), ma uno molto più limitato: è quello rivolto ad individuare la presenza di testi legislativi vigenti ma non applicabili, come, ad esempio, la legge priva di norme di attuazione. Su quest'ultimo punto, cfr. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi*, cit., p. 177.

<sup>59</sup> Vedi, SAVIGNY, *System*, cit., p. 1 ss.

<sup>60</sup> Nel corso dell'esposizione si è adoperato più volte il termine situazione giuridica (o sostanziale). Esso viene utilizzato in tutto il corso del testo nell'accezione di effetto giuridico, inteso come il termine conseguente o condizionato del rapporto di condizionalità da cui risulta la norma giuridica (per questa nozione di norma giuridica: vedi, FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. del Dir*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 432 ss., specie p. 468, p. 477). Il carattere di particolare astrattezza del termine "situazione" gli permette di assolvere, nella nostra indagine, ad una funzione equivalente a quella da esso svolta nel quadro delle più autorevoli dottrine di diritto intertemporale: si veda, per es., quanto è sostenuto da Rolando Quadri, secondo il quale l'espressione situazione "ha il grande pregio, se usata in senso proprio, di indicare il valore protetto dal divieto della retroattività della legge e cioè quel tipo di disciplina che servì di base all'agire dando ad esso una base certa. Il semplice riferimento della irretroattività a fatti, ad atti ecc. limita il campo di osservazione perché [...] vi sono situazioni giuridiche che pure essendo rispettabili, non hanno origine da atti o fatti particolari, ma che si connettono, come lo *status personae*, lo *status libertatis* ecc. al dato puro e semplice dell'esistenza dell'essere umano" (così, QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 89 in nota 3; ID., voce *Acquisiti (diritti)*, cit., p. 238). Sempre sul concetto di situazione in una prospettiva di diritto intertemporale, vedi, ROUBIER, *Le droit transitoire*, cit., p. 181 s.; LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, cit., p. 82 ss. In una prospettiva più generale, vedi: FROSINI, voce *Situazione giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 468 ss., a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche, alle quali si può aggiungere P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss.

Riprendendo a questo punto un discorso da noi svolto più ampiamente altrove<sup>61</sup> sulla temporalità delle situazioni giuridiche di diritto privato, si può osservare che la relazione tra l'estinzione della situazione giuridica e il suo scopo (cioè la realizzazione dell'interesse tutelato)<sup>62</sup> si articola in due tipi fondamentali:

- a) la situazione giuridica può conseguire il suo scopo quando (ed in quanto) si estingue;
- b) la situazione giuridica consegue il suo scopo non quando (ed in quanto) si estingue, ma in quanto dura nel tempo.

Per il caso *sub a*) si pensi al diritto al pagamento di una somma di denaro. Protetto è l'interesse del creditore a conseguire tale bene; lo strumento della realizzazione dell'interesse è l'imputazione di una situazione giuridica di dovere (in questo caso: di obbligo) in capo al debitore. L'interesse è realizzato quando quest'ultimo adempie ed estingue l'obbligo. La situazione giuridica consegue il suo scopo quando si estingue.

Per il caso *sub b*) si pensi, fra gli altri, ai c.d. diritti personali di godimento, ad es., il diritto del locatario di godere della cosa locata. Protetto è il suo interesse a conservare nella propria disponibilità il bene locato. Strumento della realizzazione dell'interesse è l'imputazione di una situazione giuridica di dovere (anche in questo caso: di obbligo) in capo al locatore: l'obbligo di far godere al locatario la cosa locata per un certo tempo (v. l'art. 1571 c.c.). L'interesse è realizzato non quando la situazione giuridica si estingue (ad esempio: quando scade il contratto), ma in quanto essa dura nel tempo.

Le situazioni che si comportano secondo lo schema *sub a*) si possono definire *istantanee*. Quelle che si comportano secondo lo schema *sub b*) si possono definire *durevoli nel tempo*. L'istantaneità o la durevolezza non afferiscono alla considerazione del fatto se le situazioni giuridiche hanno o meno un apprezzabile sviluppo temporale (tale sviluppo è infatti riscontrabile anche nelle situazioni giuridiche istantanee), ma rispecchiano l'istantaneità o la durevolezza dell'interesse che le situazioni giuridiche mirano a realizzare. Istantaneo è solo l'interesse a conseguire un bene a cui il soggetto aspira. Durevole è sempre l'interesse a conservare un bene che il soggetto ha già nella propria disponibilità. Durevole è talvolta anche l'interesse a conseguire un bene, quando il bisogno che il bene a cui il soggetto aspira è diretto a soddisfare si ricollega ad un modo di essere del soggetto o ha comunque un'apprezzabile sviluppo temporale.

Approfondendo il discorso, si può osservare che in caso di produzione di un effetto istantaneo la fattispecie costitutiva, una volta che si sia perfezionata e abbia dato luogo quindi alla produzione dell'effetto, non reagisce più su quest'ultimo. Al contrario l'esistenza e il modo di essere di talune situazioni durevoli nel tempo risentono permanentemente delle vicende della loro fattispecie costitutiva. In queste ipotesi cioè il legame di condizionalità tra fattispecie ed effetto sopravvive al perfezionamento della fattispecie ed assume carattere permanente.

Valorizzando ancora l'elemento pregiuridico dell'interesse si può dire che l'interesse durevole può essere:

- a) tendenzialmente invariabile nel corso del tempo;
- b) variabile.

Nel caso *sub a*) lo stato di bisogno che il bene intende soddisfare è in linea di principio insuscettibile di modificazione: si pensi al bisogno soddisfatto dalla disponibilità della *res* locata. Nel caso *sub b*) lo stato di bisogno che il bene intende soddisfare è condizionato da circostanze che si modificano nel corso del tempo ed è quindi esso stesso soggetto a modificazione: si pensi allo stato di bisogno che forma il presupposto dell'obbligo legale agli alimenti.

---

<sup>61</sup> Ci permettiamo di rinviare a CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit.

<sup>62</sup> Si può già anticipare che nella ricostruzione del fenomeno della retroattività si farà ricorso all'elemento pregiuridico dell'interesse, nella definizione proposta da NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, p. 9 ss., cioè come "stato di tensione della volontà verso un bene atto a soddisfare un bisogno". Per indicazioni bibliografiche sull'utilizzabilità della nozione dell'interesse nel discorso del giurista vedi, se vuoi, CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 3 ss.

È possibile pensare che l'istituzione di un nesso di condizionalità permanente tra fattispecie ed effetto giuridico durevole sia lo strumento attraverso il quale la variabilità dell'interesse durevole acquista rilevanza giuridica. La caratteristica delle situazioni durevoli di cui si discute è dunque di essere determinate, in ordine alla loro esistenza e modo di essere, da un nesso permanente con almeno uno dei fatti costitutivi che, lungi dall'essere esaurito, ha una distinta proiezione temporale parallela a quella della situazione che ne scaturisce. Il modo di essere di queste situazioni non è determinato quindi una volta per tutte, ma dipende continuamente dalle vicende del loro fatto costitutivo. Facendo appello a questo approccio sistematico, ruotante intorno al dato pregiuridico dell'interesse, è possibile proporre la seguente definizione di principio della nozione di retroattività: la retroattività consiste nella valutazione o rivalutazione di un interesse istantaneo del passato o di quel tratto dell'interesse durevole che si situa nel passato.

La valutazione di un interesse del passato significa qualificazione da parte della norma di un interesse sorto in un momento anteriore all'entrata in vigore della medesima e fino ad allora inqualificato. Alla qualificazione fa seguito la previsione di un effetto giuridico nel presente diretto a realizzare l'interesse medesimo.

La rivalutazione di un interesse del passato significa riqualificazione da parte della norma di un interesse sorto in un momento anteriore all'entrata in vigore della medesima e fino ad allora tutelato mediante la previsione di un effetto giuridico diretto a realizzarlo ai sensi della passata legislazione. Alla riqualificazione fa seguito la previsione di un effetto giuridico nel presente volto a rimettere nel nulla o a modificare gli effetti giuridici previsti dalla passata legislazione.

Si tratta di una definizione di principio che evita di spiegare la retroattività ricorrendo a concetti non corretti, come quelli della efficacia nel passato, o dell'applicabilità della norma giuridica a situazioni di fatto del passato: l'effetto giuridico retroattivo alla stregua della ricostruzione proposta si produce sempre nel presente. Il fatto considerato dalla norma retroattiva come presupposto per il prodursi dell'effetto giuridico non deve necessariamente essersi verificato, in tutto o in parte, nel periodo di tempo anteriore all'entrata in vigore della legge<sup>63</sup>.

#### 7. L'applicazione della definizione di principio della retroattività della legge alla distinzione tra situazioni giuridiche istantanee e durevoli nel tempo

Dopo aver proposto una definizione di principio della nozione della retroattività della legge, occorre applicarla alla distinzione tra situazioni giuridiche istantanee e durevoli nel tempo.

Il caso più semplice è quello in cui si ha a che fare con uno *ius superveniens* che tocca una situazione giuridica istantanea esistente sotto il vigore della legge anteriore. Uno *ius superveniens* di tale natura è sempre retroattivo, indipendentemente dalla circostanza che il fatto a cui lo *ius superveniens* ricollega l'effetto modificativo o estintivo sia anteriore o posteriore all'entrata in vigore del medesimo. Quando lo *ius superveniens* introduce un effetto modificativo o estintivo di una situazione istantanea già esistente, si è dunque in presenza di retroattività non solo quando il fatto presupposto dell'effetto è anteriore, ma anche quando esso è posteriore all'entrata in vigore della legge.

L'affermazione svolta si basa sulla nozione di retroattività della norma giuridica che fa perno sul dato dell'interesse: laddove l'interesse rivalutato da parte della legge si colloca nel periodo anteriore alla sua entrata in vigore, il principio dell'irretroattività della legge è violato. Ciò avviene sempre quando la norma giuridica sopravvenuta tocca una situazione istantanea già esistente, giacché essa tutela un interesse che, in quanto istantaneo, appartiene interamente al passato.

---

<sup>63</sup> Su questi modi non corretti di concepire la retroattività, in particolare su quello che definisce retroattiva quella norma che ricollega effetti giuridici a fatti verificatisi anteriormente alla sua entrata in vigore, ci si è intrattenuti indietro nel paragrafo 4.

Quanto detto vale anche nel caso in cui la componente di fatto dell'effetto giuridico<sup>64</sup> prevista a tutela dell'interesse istantaneo non si sia ancora svolta al momento dell'entrata in vigore della legge. Può essere utile a questo proposito un esempio: Tizio, venditore, ha diritto al pagamento del prezzo del bene venduto sulla base del diritto anteriore; successivamente interviene una legge che, in base all'art. 1339 c.c., fissa il prezzo nella metà di quello pattuito, anche con riguardo ai contratti conclusi anteriormente all'entrata in vigore della legge, ma non ancora eseguiti. La legge è retroattiva anche se modifica un effetto, la cui componente di fatto (il pagamento del prezzo in un certo ammontare) non si è ancora prodotta al momento dell'entrata in vigore della legge. Quest'ultima rivaluta pur sempre un'interesse anteriore, già tutelato, anche se diversamente, dalla legge precedente. In sintesi: il principio d'irretroattività della legge comporta che l'esistenza e il modo di essere della situazione istantanea sorta in un momento anteriore rimangano definitivamente acquisiti, così come sono stati fissati dalla legge anteriore, al patrimonio del soggetto titolare, cosicché si può affermare che in questa ipotesi il principio d'irretroattività della legge coincide con quello del rispetto dei diritti quesiti. Più complesso è il discorso quando si ha a che fare con uno *ius superveniens* che tocca una situazione giuridica durevole nel tempo<sup>65</sup>, che esiste sotto il vigore della legge anteriore e deve proseguire ad esistere, secondo quest'ultima, anche dopo l'entrata in vigore della nuova legge. È evidente infatti che la definizione proposta di *ius superveniens* retroattivo deve essere ulteriormente specificata e completata in ordine a queste situazioni sostanziali, che scaturiscono da una fattispecie perfezionatasi nel periodo anteriore all'entrata in vigore della nuova legge e che continuano ad esistere e ad avere una loro autonomia nella sfera giuridica del soggetto titolare anche nel tempo del vigore dello *ius superveniens*.

La questione centrale è questa: si tratta di sapere se possa definirsi retroattiva la legge non solo quando attacca gli effetti della situazione durevole prodotti nel passato (ad es., quando impone la restituzione delle rate di una rendita già corrisposte nel periodo anteriore alla sua entrata in vigore) ma anche quando impedisce o modifica solo gli effetti da prodursi nel periodo del suo vigore (ad es., quando modifica l'importo delle rate che vengono a scadere dopo la sua entrata in vigore).

Il quesito introduce uno dei problemi più complessi del diritto intertemporale: il trattamento da riservare alle situazioni sostanziali pendenti al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, quesito che è stato correttamente definito come "la pietra di paragone di ogni teoria moderna di diritto intertemporale"<sup>66</sup>.

Nell'esperienza giuridica romana queste fattispecie non hanno un'autonomia di trattamento rispetto ai *facta praeterita*. Ciò vuol dire che, secondo il diritto romano, la regola dell'irretroattività protegge tutti gli effetti che sono riconducibili ad una fattispecie costitutiva del passato, anche quando essi si producano nel tempo del vigore della nuova legge: in questo senso è da interpretare la regola teodosiana dell'anno 440 già citata.

Le situazioni sostanziali pendenti vengono isolate concettualmente da Savigny, ma a questo isolamento concettuale dei *facta pendentia* non corrisponde una differenza del loro trattamento giuridico rispetto a quello dei *facta praeterita*, giacché egli stesso ricomprende nell'area

---

<sup>64</sup> Si accoglie qui la nozione di componente di fatto dell'effetto giuridico, proposta da FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 473. Essa si riferisce al comportamento lecito e/o doveroso dei soggetti che realizza l'effetto giuridico.

<sup>65</sup> Come esempi di questa categoria, ci si può riferire alle obbligazioni di durata, alla proprietà e agli altri diritti reali, al possesso.

<sup>66</sup> Così, BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 391.

dell'intervento retroattivo anche l'incisione sugli effetti futuri (cioè, che si producono sotto il vigore della legge nuova) delle fattispecie costitutive passate<sup>67</sup>.

Savigny sottolinea infatti con estrema chiarezza la coincidenza tra irretroattività della legge e rispetto dei diritti quesiti<sup>68</sup>, e la rappresentazione del fenomeno dell'irretroattività della legge propria dei sostenitori dell'idea che esso corrisponda al rispetto dei diritti quesiti è, al tempo di Savigny come ai giorni nostri, nel senso che esso comprenda anche "un limite all'efficacia *immediata* delle leggi nuove, nel senso che le leggi abrogate *sopravviverebbero* non solo per valutare i contegni passati, ma altresì i contegni futuri continuando a manifestare la loro *efficacia imperativa* quando si tratti di situazioni giuridiche concrete costitutesi durante il vigore delle leggi abrogate"<sup>69</sup>.

La tesi che fa coincidere il principio di irretroattività della legge con la regola del rispetto dei diritti quesiti non sembra però da accogliere, quando si ha a che fare con una situazione giuridica durevole nel tempo e intertemporale. Anche in questa ipotesi il criterio decisivo per stabilire se si è in presenza di una norma retroattiva o meno è l'anteriorità o la posteriorità (rispetto all'entrata in vigore della norma) dell'interesse rivalutato da quest'ultima. In caso di situazione sostanziale durevole nel tempo toccata da uno *ius superveniens* si ha a che fare con un interesse durevole e intertemporale. Si è in presenza di una norma retroattiva solo quando essa interviene su quegli effetti giuridici della situazione durevole, che sono diretti a realizzare il tratto dell'interesse durevole anteriore alla sua entrata in vigore, indipendentemente dalla collocazione temporale delle situazioni di fatto a cui lo *ius superveniens* ricollega l'effetto modificativo o estintivo. È cioè legge retroattiva solo quella che modifica o estingue gli effetti durevoli già prodotti o che dovevano prodursi ad opera della legge precedente nel periodo anteriore.

Non è invece retroattiva quella norma che interviene su quegli effetti giuridici della situazione durevole, che sono diretti a realizzare il tratto dell'interesse durevole posteriore alla sua entrata in vigore. Non è cioè retroattiva quella legge che modifica o estingue gli effetti durevoli chiamati a prodursi nel tempo del suo vigore, anche se la situazione di fatto a cui essa ricollega il nuovo effetto giuridico si collochi anteriormente alla sua entrata in vigore

In questo ultimo caso ci si trova di fronte ad una legge irretroattiva. Quale dovrebbe essere infatti la qualità della legge irretroattiva se non quella di qualificare e di tutelare gli interessi che si svolgono nel tempo del suo vigore? La presenza di un interesse in corso di svolgimento nel tempo del vigore dello *ius superveniens* consente che quest'ultimo possa modificare la rilevanza giuridica dei fatti modificativi ed estintivi della situazione durevole o attribuire rilevanza giuridica modificativa o estintiva a nuovi fatti.

Occorre dunque muovere dall'idea che il principio d'irretroattività della legge e il principio del rispetto dei diritti acquisiti siano, rispetto alle situazioni giuridiche durevoli nel tempo, del tutto distinti, nel senso che, come si è sostenuto di recente, con magistrale chiarezza, la problematica relativa a quest'ultimo trascende temporalmente quella relativa al primo, in quanto il principio del

---

<sup>67</sup> A riprova di ciò si può portare il seguente esempio citato da Savigny: se è pattuito in un contratto di mutuo che gli interessi siano corrisposti nella misura del dieci per cento, e successivamente interviene una legge secondo la quale gli interessi non possono essere pattuiti in una misura superiore al sei per cento, la legge dovrebbe essere definita retroattiva anche se prevede solamente che non possano più essere corrisposti, sulla base del contratto precedente, interessi superiori al sei per cento per il futuro.

<sup>68</sup> Vedi, SAVIGNY, *System*, cit., p. 384.

<sup>69</sup> Così, QUADRI, voce *Acquisiti (diritti)*, cit., p. 239.

È da ricordare a questo proposito che le fonti romane non introducono nel discorso relativo al diritto intertemporale l'espressione "diritto acquisito" (sul punto vedi, AFFOLTER, *Geschichte*, cit., p. 573, QUADRI, voce *Acquisiti (diritti)*, cit., p. 237; BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 401, BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 388 s.). La dottrina è però compatta nel ritenere che il principio del rispetto dei diritti acquisiti sia un valore protetto anche nell'esperienza giuridica romana, impossibilitata peraltro ad individuare la nozione di *jus quaesitum* dal fatto di non aver elaborato, a monte, una vera e propria nozione di diritto soggettivo. Su quest'ultimo punto, vedi, specie, QUADRI, voce *Acquisiti (diritti)*, cit., p. 239.

rispetto dei diritti acquisiti “costituisce un limite anche alla produzione di effetti *nuovi* in base alla legge nuova e non soltanto un limite rispetto alle situazioni giuridiche prodotte e viventi nel passato”<sup>70</sup>.

Sebbene la presente indagine non abbia per oggetto una presa di posizione sulla questione relativa alla vigenza del principio del rispetto dei diritti quesiti nell’ordinamento italiano, non si può non sottolineare che si tratta di una questione degna della massima considerazione nella disciplina della successione delle leggi nel tempo, se è vero che “se le leggi retroattive in senso proprio [...] scardinano le basi della vita individuale e sociale è certo altresì che ad ogni riforma rigidamente attuata con il solo limite dell’irretroattività, può riconnettersi la rovina di individui e anche di intere classi e gruppi sociali”<sup>71</sup>. Il rispetto dei diritti acquisiti non può però fondarsi sull’art. 11 delle Preleggi e se questo principio possa essere affermato in via generale si discute tuttora<sup>72</sup>.

Facendo adesso un’analisi delle differenze tra criterio dell’anteriorità dell’interesse e criterio (criticato) dell’anteriorità del fatto nell’individuazione della retroattività, si può osservare riassuntivamente che:

a) in ipotesi di intervento (modificativo, estintivo) dello *ius superveniens* su una situazione istantanea sorta nel passato, secondo il criterio dell’anteriorità dell’interesse ci troviamo sempre di fronte ad una legge retroattiva, indipendentemente dalla collocazione temporale del fatto modificativo o estintivo, mentre secondo il criterio dell’anteriorità del fatto la legge è retroattiva solo quando il fatto a cui essa ricollega l’effetto modificativo o estintivo è anteriore alla sua entrata in vigore<sup>73</sup>;

b) in ipotesi d’intervento (modificativo o estintivo) dello *ius superveniens* su un situazione durevole sorta nel passato e ancora esistente, secondo il criterio dell’anteriorità dell’interesse la legge è retroattiva solo quando annulla o modifica gli effetti passati della situazione durevole, indipendentemente dalla collocazione temporale del fatto modificativo o estintivo, mentre secondo il criterio dell’anteriorità del fatto la legge è retroattiva sempre e solo quando il fatto a cui essa ricollega

---

<sup>70</sup> Così, QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 113, il quale non distingue a seconda della struttura temporale delle situazioni giuridiche coinvolte dallo *ius superveniens*.

<sup>71</sup> Così, QUADRI, voce *Acquisiti (diritti)*, cit., p. 240.

<sup>72</sup> Significativa è, a questo proposito, l’evoluzione del pensiero di Quadri, il quale, dopo aver ritenuto che anche nell’ordinamento italiano esistano più che sufficienti basi per affermare l’esistenza di un principio del rispetto dei diritti acquisiti, sorretto da un più generale principio della conservazione, che dovrebbe applicarsi a tutte quelle situazioni giuridiche la cui riforma non interessi l’ordine pubblico (così, quasi testualmente, nella voce *Acquisiti (diritti)*, cit., p. 240) ha mutato radicalmente opinione nel 1974, sostenendo che “non esiste una norma generale che tuteli i diritti acquisiti nel senso che le situazioni giuridiche costituite nel passato debbano continuare anche nell’avvenire. La legge nuova, salvi gli eventuali specifici limiti previsti dalla Costituzione, ha a tal riguardo una piena discrezione” (così, QUADRI, *Dell’applicazione della legge*, cit., p. 115).

Nella letteratura moderna uno dei più fervidi sostenitori del principio del rispetto dei diritti acquisiti è BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 366 ss., il quale sostiene che il principio di conservazione “*als Konstitutionsprinzip des Rechtsstaates*” deve essere inteso come garanzia sia della contemporaneità tra norma legale e fattispecie della vita che essa vuole regolare (principio della irretroattività della legge in senso stretto) sia della permanenza delle posizioni giuridiche che si sono ormai concretizzate in capo all’individuo (principio del rispetto dei diritti acquisiti).

Per lo stato della questione, vedi, da ultimo, GROTTANELLI DE’ SANTI, voce *Diritti quesiti*, cit.

<sup>73</sup> Se, ad esempio, in un ordinamento che non conosca la *datio in solutum*, venga introdotta questa forma di estinzione dell’obbligazione anche con riferimento a diritti di credito anteriori, secondo il criterio dell’anteriorità dell’interesse la legge sarebbe sempre retroattiva, mentre secondo il criterio dell’anteriorità del fatto la legge sarebbe irretroattiva se essa ricollegli il nuovo effetto estintivo solo alle prestazioni in luogo dell’adempimento successive alla sua entrata in vigore.

l'effetto modificativo o estintivo è anteriore alla sua entrata in vigore, senza che abbia peso la circostanza che vengano colpiti gli effetti passati o futuri della situazione durevole<sup>74</sup>.

Nell'applicare la definizione di principio della retroattività della legge alla distinzione tra situazioni giuridiche istantanee e durevoli nel tempo si è trattato finora solo l'ipotesi in cui, a fronte dell'esistenza di una situazione giuridica ai sensi della legge anteriore, interviene uno *ius superveniens* ad effetto estintivo o modificativo. Ma le cose non cambiano nell'ipotesi in cui, a fronte dell'inesistenza della situazione giuridica, interviene uno *ius superveniens* ad effetto costitutivo. Ci si trova in questa ipotesi di fronte alla qualificazione di un interesse fino ad allora inqualificato. Se lo *ius superveniens* è diretto alla costituzione di una situazione giuridica istantanea, esso è retroattivo quando l'interesse istantaneo qualificato era già sorto al tempo della legge anteriore, senza essere stato preso in considerazione da essa. Se lo *ius superveniens* è diretto alla costituzione di una situazione giuridica durevole nel tempo, esso è retroattivo quando i nuovi effetti da esso previsti realizzano anche quel tratto dell'interesse durevole che si situa nel periodo anteriore alla sua entrata in vigore.

## 8. La legge d'interpretazione autentica

Svolto così il compito di pervenire ad una definizione della nozione di legge retroattiva, si può dedicare la parte finale di quest'indagine ad accennare ad alcuni fenomeni collegati con essa.

Si può dedicare qualche parola in primo luogo alla legge d'interpretazione autentica<sup>75</sup>. Secondo la dottrina tradizionale non ci troveremmo di fronte ad una vera e propria legge retroattiva ma ad un atto connotato da una intenzione particolare del legislatore: quella di interpretare, di individuare l'esatto significato, fra i più eventualmente reperiti dagli operatori giuridici, di una precedente disposizione legislativa. Si tratterebbe cioè di un atto normativo non avente natura costitutiva, ma meramente dichiarativa, con attitudine cioè a rivelare la situazione giuridica anteriore, senza introdurre elementi innovativi<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> L'ipotesi *sub b)* può essere chiarita con un esempio già utilizzato in precedenza: *a)* una legge che preveda la restituzione delle mensilità di pensione già corrisposte se il beneficiario perda in futuro la cittadinanza è retroattiva secondo il criterio dell'antiorità dell'interesse, mentre non è retroattiva secondo il criterio dell'antiorità del fatto; *b)* una legge che preveda la sola cessazione del rapporto pensionistico (senza restituzione delle mensilità di pensione già corrisposte) se il beneficiario abbia perso nel passato la cittadinanza non è retroattiva secondo il criterio dell'antiorità dell'interesse, mentre è retroattiva secondo il criterio dell'antiorità del fatto.

<sup>75</sup> Sulle leggi d'interpretazione autentica puoi vedere in generale: ROUBIER, *Le droit transitoire*, cit., p. 242 ss.; DUGUIT, *La non-rétroactivité des lois et l'interprétation de lois*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1910, p. 764 ss.; JEZE, *Contribution à l'étude du principe de la non-rétroactivité des lois - Les lois interprétatives*, ivi, 1924, p. 157 ss.; CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur.it.*, 1907, p. 305 ss.; GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. I, cit., p. 25 ss.; PACE, *Il diritto transitorio*, cit. 3, p. 315 ss.; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, seconda ed., a cura di C. Crifò, Milano, 1971, p. 189 ss.; AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 62 ss.; GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 902 ss., specie p. 910; BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 388 ss.; ID., *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 382 ss.; QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 138 ss.; TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1980, p. 241 ss.; TARCHI, *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o di bisticcio?) fra parlamento e giudici*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1343 ss.; nella dottrina tedesca, SAVIGNY, *System*, cit., p. 511 s.; LASSALLE, *Die Theorie der erworbenen Rechte*, cit., p. 369 ss.; DERNBURG, *Pandekten*, cit., p. 81 ss.

<sup>76</sup> FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 492 ss., spiega appunto come l'idea dell'efficacia dichiarativa nacque proprio dall'esigenza di spiegare come certi atti (la divisione, la transazione, il negozio di accertamento, la sentenza e la legge interpretativa), pur essendo incontestabilmente giuridici, non siano chiamati a produrre una situazione giuridica nuova.

Il fondamento del potere d'interpretazione autentica viene spesso indicato nella circostanza che è “naturale che l'organo che ha il potere di legiferare abbia quello d'interpretare, in via generale, le leggi che va emanando o quelle già emanate”<sup>77</sup>, considerazione che non a caso si cerca di smentire da parte di coloro che avversano la categoria delle leggi interpretative<sup>78</sup>.

Si consideri o meno la legge interpretativa come rispondente “a un'effettiva normale esigenza di integrazione dell'ordine giuridico”<sup>79</sup>, la creazione di un'autonoma categoria per queste leggi ha fin dall'inizio corrisposto alla finalità di sottrarle al principio d'irretroattività<sup>80</sup>. Sembrerebbe naturale infatti che la legge d'interpretazione autentica, enunziando un apprezzamento interpretativo sul contenuto di una disposizione normativa precedente, ricollegli i propri effetti al momento dell'entrata in vigore di quest'ultima. Sotto questo profilo si è parlato di “retroattività apparente”, nel senso che “le leggi interpretative non si possono dir nuove; in esse il legislatore [...] non esprime un nuovo concetto, ma non fa che svolgere dalle espressioni di una legge precedente un concetto che in essa era implicato”<sup>81</sup>.

Tutto questo vale naturalmente sotto il profilo del dover essere; non da oggi si è posto all'attenzione che la realtà delle leggi definite dal legislatore di interpretazione autentica può essere molto diversa dal loro dover essere, che il legislatore può fingere la dichiaratività per far passare una norma *sic et simpliciter* retroattiva<sup>82</sup>. Sottolineando il pericolo di arbitrio nell'adozione della formula della legge interpretativa da parte del legislatore, si è anche sostenuto che l'interpretazione mediante legge con effetti retroattivi è da ritenersi in via generale illegittima, perché mediante le leggi interpretative gli

---

<sup>77</sup> Così, PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 318.

<sup>78</sup> Ci riferiamo soprattutto alla posizione di QUADRI, *Dell'applicazione della legge*, cit., p. 153, secondo il quale “è grave errore il supporre che la potestas legiferandi comprenda, quasi a fortiori, anche nello Stato moderno, la potestas interpretandi”. Più in generale, per questo A., la legge interpretativa non si distinguerebbe da una legge tout court retroattiva.

<sup>79</sup> Così, BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 201.

<sup>80</sup> Secondo la ricostruzione di BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 386 ss. (ripresa poi dallo stesso A. in *Intertemporales Privatrecht*, cit., p. 382 ss.) la distinzione tra *lex constitutiva* e *lex declarativa* e la conseguente limitazione del principio dell'irretroattività alla prima categoria può essere fatta risalire all'orazione di Cicerone a proposito della pretura urbana di Verre, in cui si sostiene che il principio di irretroattività non vale per quelle norme che si limitano a dichiarare imperativi discendenti dal diritto naturale, che non hanno bisogno di essere previsti da una legge positiva per essere rispettati. Brogginì prosegue poi dicendo che la distinzione ricordata si afferma nella dottrina civilistica e canonistica medievale e si intreccia con la nozione di interpretazione autentica (vedi, in particolare, BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 388, in nota 104).

È da segnalare che la sottrazione alla regola della irretroattività delle leggi di interpretazione autentica doveva assurgere a livello legislativo proprio nel contesto dell'art. 2 del codice civile napoleonico, il quale, secondo il progetto, enunciato il principio di irretroattività secondo la formula che conosciamo, doveva prevedere al secondo comma che “tuttavia la legge interpretativa di una legge precedente avrà il suo effetto dalla data della legge interpretata, senza pregiudizio delle sentenze pronunziate in ultima istanza, delle transazioni, decisioni arbitrali ed altre passate in giudicato”. Il capoverso fu soppresso solo per la difficoltà di definire la qualifica di leggi interpretative (così, BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 200).

<sup>81</sup> Così, espressamente, GABBA, *Teoria della retroattività*, vol. I, cit., p. 25. Nello stesso senso, sostanzialmente, PACE, *Il diritto transitorio*, cit., p. 321, che parla di retrospettività e non di retroattività a proposito delle leggi interpretative, per sottolineare che esse si limitano ad “accertare il passato quale in realtà era anche prima che il fatto retrospettivo si producesse” (PACE, op. cit., p. 316). *Contra*, nel senso che quella delle leggi interpretative sarebbe vera retroattività è ROUBIER, *Le droit transitoire*, cit., p. 246 ss.

<sup>82</sup> Vedi su questo punto, tra gli altri, BROGGINI, *La retroattività della legge*, cit., p. 388.

organi legislativi interferirebbero nella funzione giurisdizionale, impedendo, ad esempio, che si consolidi un orientamento giurisprudenziale non condiviso dalla maggioranza parlamentare<sup>83</sup>.

Ai fini della nostra indagine non interessa prendere posizione sulla tenuta logica e giuridica della categoria delle leggi d'interpretazione autentica, ma sottolineare che, sia che l'interpretazione autentica legislativa corrisponda al senso della legge precedente, così come esso sarebbe risultato da un'esatta interpretazione, sia che essa agisca invece come una comune legge retroattiva, ci troviamo di fronte ad una fonte di effetti giuridici retroattivi, in quanto essa interviene su situazioni sostanziali dirette a soddisfare un interesse del passato.

## 9. La dichiarazione d'incostituzionalità della legge

Si può dedicare adesso qualche parola ad un'altra specie di *ius superveniens*, che è qualificato dalla dottrina come retroattivo: è quello che trova la propria fonte nella sentenza della Corte costituzionale di accoglimento, pronunciata nell'ambito del giudizio di costituzionalità della legge o dell'atto avente forza di legge.

Sembra in primo luogo da accogliere la tesi, sostenuta in maniera particolare da Alessandro Pizzorusso, che attribuisce alle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale il carattere di fonte del diritto<sup>84</sup>.

È da ritenere altresì, conformemente all'opinione maggioritaria, che la legge della cui costituzionalità si dubita sia, prima della dichiarazione d'incostituzionalità, pienamente efficace e obbligatoria nei confronti dei soggetti dell'ordinamento e che, di conseguenza, la pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale sia un atto normativo che innova l'ordinamento giuridico sotto forma di una pronuncia di annullamento<sup>85</sup>.

Non si scorgono invero motivi per venire meno alla posizione di questa dottrina: anche per risolvere questo problema è necessario muovere dall'art. 10 delle Preleggi e 73, comma 3 Cost., che prevedono l'acquisto dell'obbligatorietà delle leggi con la loro entrata in vigore. L'introduzione di una

---

<sup>83</sup> Così, ad esempio, MARZANO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti tra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, 1955, p. 186 ss.; TARCHI, *Le leggi interpretative*, cit., c. 1344. Quest'ultimo, proponendo di suddividere le leggi interpretative in tre gruppi, a seconda delle finalità che ispirano l'interpretazione del legislatore, ne individua uno caratterizzato proprio dalla finalità di "reagire ad una interpretazione giurisprudenziale dominante". Di opinione nettamente contraria a quella di Marzano è AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria*, cit., p. 71 ss., secondo il quale il potere di interpretazione autentica legislativa è collegato alla preminenza del legislativo caratteristica dello Stato di diritto, in cui all'autonomia del legislativo e del giudiziario corrisponde la generale sottoposizione alla legge.

<sup>84</sup> Vedi, PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 274 ss.; ID., *Ancora sulle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale e sulla metodologia dello studio delle fonti del diritto*, in *Politica del diritto*, 1987, p. 139 ss. Come sottolinea lo stesso A. nel contributo da ultimo citato questa opinione è però minoritaria. Fra i costituzionalisti italiani continua ad essere prevalente la tesi secondo la quale le sentenze di accoglimento pronunciate dalla Corte costituzionale non costituiscono fonti: per le indicazioni bibliografiche sul punto si può rinviare a FLORIDIA, *Il regolamento parlamentare nel sistema delle fonti*, Milano, 1986, p. 239.

Nell'ordinamento tedesco è direttamente la legge a prevedere che le decisioni del *BVerfG* relative al controllo di costituzionalità delle leggi federali o delle leggi dei *Länder* hanno forza di legge (cfr. il par. 31 della legge sul *BVerfG*).

<sup>85</sup> Vedi, in maniera molto chiara, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 349 ss.; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, nona ed., vol. II, Padova 1976, p. 1415 ss.

Contra, nel senso che la legge della cui costituzionalità si dubita non sarebbe obbligatoria nemmeno prima della pronuncia d'incostituzionalità, V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 514 ss., spec. p. 528 ss.; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 521 ss., specie p. 633 ss.; GARBAGNATI, *Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della Corte costituzionale*, ora in *Scritti scelti*, Milano, 1988, p. 27 ss., specie, p. 34

costituzione di tipo rigido e di un controllo di costituzionalità delle leggi non hanno minimamente toccato la disciplina dell'acquisto dell'obbligatorietà delle leggi. Toccata ne è rimasta solo la disciplina della perdita dell'obbligatorietà delle leggi, che ha visto aggiungersi un'altra causa: l'accertamento del contrasto della legge con la Costituzione, la dichiarazione della sua incostituzionalità e la conseguente cessazione di efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione della Corte costituzionale (art. 136 Cost.).

È errato dunque risalire dalla qualificazione del vizio della legge incostituzionale in termini di nullità o di annullabilità alla condizione della legge (in termini di inefficacia) prima della dichiarazione di incostituzionalità: qualificare tale legge come nulla invece che annullabile non vale a ritenere che essa sia priva di effetti, secondo il noto brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*, in quanto l'inizio dell'efficacia delle leggi è disciplinato una volta per tutte dall'art. 73, comma 3 Cost. (e dall'art. 10 delle Preleggi) in modo indipendente dalla loro validità<sup>86</sup>.

Nell'ordinamento tedesco è invece il paragrafo 78 della legge sul *BVerfG* a prevedere che, se la Corte giunge alla convinzione che una legge è incompatibile con il *Grundgesetz*, essa ne dichiara la nullità.

---

<sup>86</sup> Occorre in sostanza accogliere il discorso, svolto in tempi relativamente recenti dalla dottrina civilistica (vedi, ad es., SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile di Vassalli*, Torino, 1975) sulla relatività della categoria della nullità, nel senso che essa può contenere diverse discipline in diritto positivo dei fenomeni che ad essa vengono ricondotti: nullità non vuol dire sempre e necessariamente inattitudine alla produzione di effetti giuridici.

La dottrina che sostiene la tesi dell'originaria mancanza di obbligatorietà della legge della cui costituzionalità si dubita fa leva sull'argomento che essa sarebbe sprovvista di sanzione, in quanto il giudice non avrebbe il potere di accertare la situazione giuridica corrispondente, ma avrebbe il dovere invece di rimettere la questione di costituzionalità al giudizio della Corte (così, V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, cit., p. 528 ss.; G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, cit., p. 636 ss.).

A parte la considerazione che ci si trova di fronte ad un tentativo di spiegare l'obscurum per obscurum, in quanto presuppone l'adesione alla concezione che vede nella sanzione, nel senso di risposta dell'ordinamento ad una violazione, il carattere di elemento costitutivo della nozione del diritto, sulla quale sono stati scritti fiumi di inchiostro (su questo punto, vedi, BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, s.d. (ma 1958), p. 201 ss.), pare di poter osservare che questa posizione urta contro la difficoltà di non riuscire a spiegare come mai la legge, prima della pronuncia della Corte, possa ricevere regolare applicazione da parte dei soggetti dell'ordinamento.

Si è sostenuto che si debba prescindere dalla circostanza che la legge abbia ricevuto spontanea osservanza da parte dei consociati, sia stata posta a base di attività amministrative, sia stata applicata dai giudici (così, V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, cit., p. 524). Si tratterebbe di un fenomeno fattuale, che non avrebbe a che fare con l'efficacia giuridica dell'atto. Ma la distinzione tra efficacia di fatto ed efficacia giuridica dell'atto legislativo è problematica: l'efficacia di fatto o effettività sembra presupporre la qualità della legge come atto efficace giuridicamente.

Si può affermare invece che il dubbio sulla costituzionalità della legge non ha la forza di incidere sulla sua efficacia più di quanto non l'abbiano tutte le questioni che rendono incerta l'applicazione della legge e che possono venire sottoposte all'esame del giudice: il diritto sostanziale vive fisiologicamente in uno stato d'incertezza prima dell'accertamento giudiziale e i soggetti dell'ordinamento hanno la possibilità di seguire una determinata interpretazione, salvo poi a pagarne le conseguenze se il giudice non si trovi d'accordo con loro. La differenza fondamentale del dubbio sulla costituzionalità della legge rispetto alle altre questioni incerte in punto di diritto è che esso può essere sciolto in via (eventualmente) definitiva e con efficacia *erga omnes* solo dalla Corte costituzionale (vedi, su tutto questo, PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, seconda ed., Roma, 1981, p. 649 s.). Alla stregua del nostro diritto positivo non sembrano esserci motivi dunque per negare alla sentenza di accoglimento della Corte costituzionale portata normativa innovativa dell'ordinamento giuridico, in quanto essa viene a rimuovere l'efficacia che la legge ha conseguito al momento della sua entrata in vigore, a cui ha fatto riscontro quel tanto di effettività da rendere opportuna l'instaurazione di un giudizio per risolvere i conflitti di apprezzamenti fra i soggetti dell'ordinamento in ordine alla sua applicazione.

Di fronte a questa disposizione che afferma chiaramente il carattere dichiarativo della pronuncia d'incostituzionalità, la dottrina di gran lunga maggioritaria e la giurisprudenza del *BVerfG* affermano che la decisione di nullità ha efficacia *ex tunc*, per cui la legge colpita da nullità è dichiarata inefficace fin dall'inizio<sup>87</sup>.

L'assunto teorico della nullità *ex tunc* della legge incostituzionale nulla può però, a nostro avviso, contro la realtà, propria anche dell'ordinamento tedesco, che anche la legge della cui costituzionalità si dubita produce nel tempo della sua esistenza degli effetti, giuridici e materiali, che, pur essendo provvisori e, in una certa misura, reversibili, non possono certo considerarsi come *tamquam non essent*. Se quindi la pronuncia d'incostituzionalità è per l'ordinamento tedesco una pronuncia di nullità (ed in ciò trova riscontro l'esigenza teorica di marcare nettamente il contrasto della norma con

---

<sup>87</sup> Vedi, in dottrina, LECHNER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, seconda ed., München, 1967, sub § 79, p. 280; SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, 1985, p. 167 (di questo A. esiste anche un contributo in italiano: *Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania*, in *Quad. cost.*, 1982, p. 557 ss.; sul problema *de quo*, vedi spec. p. 574); SCHEUNER, *Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige Hoheitsakte*, in *BB*, 1960, p. 1253 ss., specie p. 1255; MAURER, *Die Rechtsfolgen der Nichtigerklärung von Gesetzen* (si tratta di una *Habilitationschrift* presentata nell'aprile del 1964 presso la Facoltà di Giurisprudenza ed Economia dell'Università di Tübingen, che non è stata pubblicata e che abbiamo potuto consultare grazie alla cortesia dell'A.), p. 52 ss.; VOGEL, *Rechtskraft und Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, in *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, vol. I, Tübingen, 1976, p. 606; STEINER, *Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf Rechtskräftige und unanfechtbare Entscheidungen*, *ivi*, p. 628 ss., specie p. 629 in nota 2; ARNDT, *Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze*, in *DÖV*, 1959, p. 82; ID., *Die Bindungswirkung des Grundgesetzes*, in *BB*, 1960, p. 993 ss.; DAGTOGLOU, *Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht?*, Tübingen, 1963, p. 8.

Una parte minoritaria della dottrina ritiene che la legge, prima della dichiarazione d'incostituzionalità, abbia una sua validità, seppure provvisoria e condizionata, che sarebbe rimossa dalla sentenza del *BVerfG*, la quale avrebbe quindi natura costitutiva: così, in particolare, GÖTZ, *Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze*, in *NJW*, 1960, p. 1177 ss., specie p. 1179; BÖTTICHER, *Anmerkung zu LAG Bayern*, 21 gennaio 1953, in *JZ*, 1953, p. 559 s., specie p. 560, dove, a proposito degli effetti della pronuncia del *BVerfG*, parla di *rückwirkende Ausmerzung einer Norm*.

Il *BVerfG* ha affermato fin dalla sua prima sentenza (*Das Südweststaaturteil* del 23 ottobre 1951, in *Entsch. des BVerfG's*, 1 (1951), p. 14 ss.): “*Stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass ein nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes erlassenes Gesetz wegen Widerspruchs mit dem Grundgesetz nichtig ist, so ist dieses Gesetz von Anfang an rechtsunwirksam*”. Ma la giurisprudenza del *BVerfG* ha lasciato aperto il problema se questa se questa inefficacia si verifichi ipso iure oppure si produca retroattivamente in forza della sua decisione.

Occorre infine ricordare che l'ordinamento tedesco conosce, accanto alla legge dichiarata nulla, la legge dichiarata incompatibile con il *Grundgesetz*. Quest'ultima categoria è sorta, come è noto, a seguito di un orientamento del *BVerfG*, in base al quale esso in alcuni casi non pronuncia la nullità della legge sottoposta al suo controllo, ma si limita a dichiararne l'incostituzionalità, rinviando al legislatore il compito di adeguare la situazione normativa all'ordine costituzionale. La maggior parte di questi casi riguarda leggi tacciate di violare il principio di eguaglianza per il fatto di assicurare determinate prestazioni dello Stato ad una ma non ad altre categorie sociali. Secondo il *BVerfG* è compito del legislatore scegliere il modo con il quale ripristinare l'eguaglianza (allargando il beneficio o togliendolo alla categoria che già ne è destinataria). Lo stesso problema si pone per le leggi che prevedono determinati aggravii.

Per quanto riguarda le conseguenze della semplice dichiarazione d'incostituzionalità, il *BVerfG* si è espresso nel senso che il processo nel quale è sorta la questione d'incostituzionalità per violazione del principio d'eguaglianza debba essere sospeso in attesa dell'intervento del legislatore e la norma dichiarata illegittima non può essere più applicata. Questa prassi ha trovato riconoscimento legislativo con la legge del 21 dicembre 1970 (in *BGBI.* 1970, I, p. 1765), che ha modificato i §§ 31, comma 2 e 79, comma 1 della legge sul *BVerfG*. Su questa vicenda puoi vedere: MAURER, *Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, in *Festschrift W. Weber*, Berlin, 1974, p. 345 ss., specie p. 347 ss., dove è riportata la casistica delle pronunce del *BVerfG*, e p. 361 ss., dove sono riportate le indicazioni sulla giurisprudenza in tema di effetti della semplice dichiarazione d'incostituzionalità; POHLE, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen*, Frankfurt am Main-Bern, 1979.

il *Grundgesetz* fin dalla sua entrata in vigore), questo non significa che si tratti di una pronuncia di mero accertamento. Si tratta di una pronuncia costitutiva, in quanto è rivolta a rimuovere, ora per allora, gli effetti che l'atto normativo, pur essendo nullo, ha prodotto.

Una presa di posizione sulla condizione giuridica della legge della cui costituzionalità si dubita era necessaria nel contesto di quest'indagine perché se si ritiene, come si è cercato di dimostrare, che tale legge sia efficace, ne deriva la conseguenza che la dichiarazione d'incostituzionalità è un atto produttivo di una successione di norme nel tempo. Si arriva così al punto che più direttamente ci interessa: se questa forma di successione di norme nel tempo possa essere paragonata a quella prodotta dall'intervento di una legge retroattiva. S'incontra qui l'opinione diffusa secondo la quale gli effetti della pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale siano retroattivi o comunque equiparabili a quelli di una legge retroattiva<sup>88</sup>. Su questo punto, come è noto, fu avanzata in un primo tempo da Piero Calamandrei un'interpretazione dell'art. 136 Cost., secondo la quale esso avrebbe comportato solo la perdita di efficacia *ex nunc* della legge dichiarata incostituzionale<sup>89</sup>. Questa interpretazione fu in un secondo momento corretta dallo stesso A., alla luce dell'entrata in vigore della legge 11 marzo 1953, n. 87, che all'art. 30, comma 3 prevede che "le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione": ciò che avrebbe il significato di impedire l'applicazione della legge incostituzionale ai rapporti sorti in precedenza alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale<sup>90</sup>.

Orbene l'efficacia temporale delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale può essere compresa nella maniera migliore se ci si richiama alla distinzione tra prospettiva sostanziale e processuale nella valutazione temporale delle fattispecie sostanziali, che abbiamo illustrato in precedenza nel paragrafo 2. Comunque si concepiscano i rapporti tra l'art. 136 Cost. e l'art. 30 della legge n. 87 del 1953<sup>91</sup>, è chiaro che quest'ultimo articolo fa divieto (in primo luogo ai giudici) di applicare la norma dichiarata incostituzionale alle fattispecie sostanziali già esistenti. Ciò significa che la linea di demarcazione fra le fattispecie sottoposte all'efficacia della sentenza della Corte costituzionale e quelle che ne sono escluse è individuata secondo la prospettiva processuale. Tale linea di demarcazione non coincide cioè con il momento del perfezionamento della fattispecie (secondo la valutazione temporale conseguente all'adozione della prospettiva sostanziale) ma con il momento, necessariamente posteriore, della realizzazione processuale, cioè con il momento dell'azione e del giudizio. Tutto ciò non è stato ancora oggetto di definizione giudiziaria è fattispecie aperta, non ancora preterita e quindi rientrante nella sfera di applicazione temporale della sentenza di accoglimento della Corte costituzionale.

---

<sup>88</sup> Recentemente il tema degli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale è stato affrontato *funditus* in un convegno svoltosi presso la Corte costituzionale nei giorni 23 e 24 novembre 1988. Una parte degli interventi sono stati pubblicati in *Quad. cost.*, 1989, n. 1.

Sugli effetti retroattivi delle decisioni d'incostituzionalità vedi, da ultimo, G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, cit., p. 631 ss.

<sup>89</sup> CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Napoli, 1968, p. 337 ss., specie p. 395 ss.

<sup>90</sup> CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, ora in *Opere giuridiche*, vol. III, cit., p. 609 ss., specie p. 626 ss. Come è noto, già KELSEN, *La garantie iurisdictionelle de la Constitution. La justice constitutionnelle (1928)*, trad. it. in *La giustizia costituzionale*, a cura di Geraci, Milano, 1981, p. 190 ss., aveva sostenuto che la pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale non poteva non avere effetti retroattivi, quanto meno in relazione al rapporto sul quale la questione di costituzionalità è sorta.

<sup>91</sup> Per due diverse interpretazioni, vedi: G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, cit., p. 631 ss., p. 633, secondo il quale l'art. 136 Cost. disciplinerebbe i soli effetti astratti sulla vigenza futura della legge, mentre l'art. 30 della legge cit., disciplinerebbe le sole pronunce giudiziarie, in primo luogo sulle situazioni realizzate anteriormente, e PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, *sub* art. 136, p. 183, secondo il quale invece l'intervento legislativo dell'art. 30, comma 3 della legge cit. è superfluo rispetto a quello dell'art. 136 Cost., dal quale quindi si può ricavare l'intera disciplina dell'efficacia delle sentenze della Corte costituzionale nel tempo.

Sappiamo già che l'adozione di una prospettiva processuale nella valutazione delle fattispecie della vita si risolve in un'estensione programmatica dell'ambito di applicabilità del nuovo diritto ai rapporti giuridici anteriori. Per questo si può continuare a parlare, pur con le precisazioni appena svolte, di retroattività dell'efficacia delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale<sup>92</sup>.

Rimane certo da individuare, relativamente all'efficacia delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, quali situazioni, oltre al giudicato, rendono il rapporto giuridico che ne è oggetto insuscettibile di fornire materia per un giudizio, escludendolo dall'ambito di efficacia della pronuncia della Corte costituzionale. Tale problema non è che un aspetto della questione relativa all'individuazione della categoria delle situazioni che esauriscono il rapporto giuridico nei confronti dello *ius superveniens* retroattivo, questione che è stata da noi trattata in altra sede, a cui ci si permette quindi di fare rinvio<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> In questo senso, vedi G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale*, cit., p. 634. Mantiene un atteggiamento agnostico sulla disputa circa la maggiore o minore proprietà tecnica del termine di retroattività per definire l'incidenza della pronuncia della Corte sui rapporti in corso, CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 346 ss. Negano che si possa parlare di retroattività, PIZZORUSSO, *Coincidentia oppositorum?*, in *Foro it.*, 1966, II, c. 65 ss., specie c. 68 s., ID., *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, cit. 91; V. ONIDA, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, cit., p. 560.

<sup>93</sup> Vedi, CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit.