

ISSN 1128-2142

rivista di diritto privato

3 anno XXIII - luglio/settembre 2018

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Edoardo Marcenaro
Giuseppe Minniti
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

La Retroattività tra Leggi e Sentenze

di Giovanni Passagnoli*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. La retroattività delle leggi – 3. Il ruolo della Costituzione – 4. (segue) ..e quello della Corte Costituzionale – 5. La retroattività delle sentenze e il prospective overruling.

1. Una riflessione sul problema della retroattività della norma ci appare, oggi, come un crocevia del nuovo sistema delle fonti.

L'ampiezza e, ancor più, la qualità assiologica del cambiamento, indotto dal nuovo quadro di riferimenti apicali – in specie quelli dell'Unione e della Cedu, nell'attuale sistema multilivello – ci restituiscono l'idea di un ordinamento sospeso in una transizione costante tra vecchi e nuovi principi. I quali, a loro volta, infondono nuovo senso a disposizioni testualmente invariate, sicché le regole mutano *impalpabilmente*, attraverso il filtro di una *duplex interpretatio*, che è la cifra stessa della dimensione intertemporale del diritto¹.

La pluralità delle fonti, la difficoltà dell'ordinarle gerarchicamente, il rapido avvicinarsi della produzione normativa, la perdita di fattispecie delle regole², ma soprattutto il ruolo ormai dichiaratamente creativo – al livello apicale del dialogo tra le Corti – del formante giurisprudenziale³, rendono, nel loro complesso, *sfuggente* la percezione del fluire normativo ed *urgente* la ricerca di criteri che consentano di governarne l'attuazione intertemporale⁴.

* Professore ordinario di diritto privato nell'Università degli Studi di Firenze.

¹ È l'insegnamento, quanto mai attuale, di BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, rist., Milano, 1990, II, 826.

² Di fonte legale ma non solo: si pensi all'impiego delle sentenze additive di principio, su cui *infra*.

³ Il punto, come si sa, è grandemente controverso e – tra neopositivismo e assiologismo nella dialettica tra regole e principi – sollecita oggi un equilibrato approccio ermeneutico da parte del giudice: per non ripetere considerazioni già fatte e per gli opportuni riferimenti, mi sia consentito rinviare a PASSAGNOLI, *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Persona e Mercato*, 2015,4, 103 ss. Emblematica, al riguardo, la lapidaria enunciazione di chi (DEUMIER, *La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle?*, in *RTD civ.*, 2014, 71) reputa che “*Deux questions ont agité le sources de droit en ce début de XXI siècle: la rétroactivité de la jurisprudence, et l'implication de sa maîtrise in termes de pouvoir des juges*”.

⁴ La letteratura italiana in materia è amplissima e risalente, a testimonianza della perdurante rilevanza e attualità del problema. Per un primo orientamento e senza alcuna pretesa di completezza, in amplissimo arco temporale, si vedano: GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, 3, Torino, 1891; CHIRONI, ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1904, I, 87; CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, IV, c. 343 ss.; VITTA, *Della retroattività delle leggi amministrative*, in *Giur. it.*, 1909, IV, c. 152 ss.; COVIELLO, *Manuale del diritto civile italiano*, Milano, 1910; RANELLETTI, *Efficacia delle norme giuridiche amministrative nel tempo*, in *Riv. dir. civ.*, 1914, 50; DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, estratto da *Riv. it. sc. giur.*, 1915; FERRARA Sen., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, I, 273; PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, Padova, 1937; PACE, *Il diritto transitorio. Con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, 1940; SANDULLI,

L'orizzonte del discorso è fissato: quale, nella grande transizione del presente⁵, la residua portata del principio di irretroattività delle leggi? E quali gli spazi per uno statuto della irretroattività delle regole di origine giurisprudenziale?

Su ciò – ovvero la retroattività tra leggi e sentenze – tratterò qualche itinerario, nei limiti di questo scritto.

2. “*La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo.*”: così l'art. 11 delle disposizioni preliminari al Codice Civile, il quale enuncia, secondo quanto comunemente si reputa, il principio di irretroattività delle leggi, che qui interessa con precipuo riferimento a quelle civili.

L'art. 11 p.l. replica il disposto dell'art. 2 del *Code Civil* e dell'art. 2 del Codice unitario. Il principio dunque è enunciato in via del tutto preliminare rispetto all'impianto dei codici, quasi, si direbbe, nell'atto stesso del codificare.

Il principio della irretroattività delle leggi e la costituzione, in *Foro amm.*, 1947, II, 73; CAPURSO, *Il problema della posizione di norme giuridiche sulla irretroattività delle leggi*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1955, 430; AZZARITI, *Il principio della irretroattività e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 630; BROGGINI, *La retroattività nella prospettiva romanistica*, in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 343; RESCIGNO G.U., *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 224; GROTTANELLI DE' SANI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970; QUADRI R., *Applicazione della legge in generale*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1974; CERRI, *Leggi retroattive e costituzione*, in *Giur. cost.*, 1975, 517; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto. Art. 1-9*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1977; TARELLO, *Il problema dei diritti quesiti nelle codificazioni moderne*, in *Coscienza civile e problemi della democrazia oggi*, Milano, 1984, 165 ss.; FURGIUBLE, *Diritti acquisiti*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1989, 368 ss.; GIULIANI, *Disposizioni sulla legge in generale: gli artt. da 1 a 15*, in *Tratt. Rescigno*, I, Torino, 1982; TARCHI, *Le leggi di sanatoria nel diritto intertemporale*, Milano, 1990; SATTA F., *Irretroattività degli atti normativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1990; CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 1332 ss.; LIBERTINI, *Legge antitrust nazionale e sua applicabilità ai contratti stipulati prima della entrata in vigore della legge*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 355; PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003; PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005; MAISTO, *Diritto intertemporale*, in *Tratt. dir. civ. del C.N.N.*, I, 5, Napoli, 2007; LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 1825 ss. e 2089 ss.; CIATTI, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007; ID., *Mutamenti di giurisprudenza e retroattività delle regole*, in *Contratto e impresa Europa*, I, 2009, 163 ss.; CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, 3753 ss.; SEMERARO, *Interpretazione autentica, retroattività e ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 4, 1200 ss.; GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili*, in *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 29 ss.; DEL PRATO, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, in *Giur. it.*, 2014; CAREDDA, RUOTOLO, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla cd Robin Tax*, in *Riv. dir. tributario*, 2014, 476 ss., 25 ss.. Su talune problematiche specifiche, vedi anche, PASSAGNOLI, *I profili successori della riforma sulla filiazione*, in *Persona e Mercato*, 2014, 113 ss.; SESTA, *Il problema della retroattività della disciplina successoria*, in *Giur. it.*, 2014, 1291 ss..

Per una prospettiva d'insieme delle problematiche attuali del diritto intertemporale, si vedano i contributi in AA.VV., *Diritto intertemporale e rapporti civilistici. Atti del 7° Convegno Nazionale della SISDIC*, Napoli, 2013.

⁵ Un presente, con le parole di GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, IX, che è ormai connotato dalla crisi delle fonti del diritto, che “*il costituzionalismo novecentesco, l'ordinamento giuridico europeo in costruzione e la globalizzazione giuridica esigevano ben al di fuori del ristretto cono d'ombra dello Stato e delle legge.*”

Ciò non è casuale⁶: prima dei grandi codici moderni e massimamente prima del *Code Civil* l'intervento del legislatore era percepito per lo più come una rielaborazione dell'esistente, quindi come una sorta di ricompilazione o interpretazione autentica della tradizione.

Le codificazioni invece, seppure in modi tra loro diversi quanto a presupposti ed ampiezza, delineano un nuovo ordine, che offre di sé l'immagine di un punto di arrivo del cambiamento prodotto dal rivolgimento politico, sociale ed economico che ciascun codice si lascia alle spalle. Nuovo ordine dunque, con tutta la tensione dialettica⁷ che si instaura tra predicato e sostantivo, che esprime due istanze diverse: la presupposta novità del *comando*, che quelle regole esprimono, si proietta verso il futuro; mentre il loro aspirare a costituire un ordine razionale e tendenzialmente completo non incontra ostacoli logici nella riqualificazione retrospettiva del passato⁸.

Il carattere programmaticamente innovativo delle codificazioni, mentre attuava il mutamento, consolidava sfere di libertà, nuovi assetti proprietari, inedite composizioni dei conflitti economici; e, nel far ciò, erigeva – proprio col principio di irretroattività – un argine, intrinsecamente giusnaturalistico⁹, all'ulteriore cambiamento: da questo, in breve, si volevano affrancare – secondo la formula verbale ben nota – i *diritti quesiti*¹⁰.

Quest'idea, come tutte, dovette tuttavia confrontarsi col fluire, potente, delle cose, della politica, della società; e ciò presto convinse che la legge, in quanto regola di interessi in conflitto, è destinata ad incidere sull'esistente, sicché un modello teorico fondato sulla conservazione dei diritti quesiti non poteva che rivelarsi inutilizzabile, poiché evidentemente irrealistico.

⁶ Non a caso, il problema del diritto intertemporale ha assunto dignità di autonomo oggetto di normazione e di specifico tema di riflessione teorica solo con l'età moderna e le grandi codificazioni: così GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, cit., 51 ss.; FURGIUELE, *Diritti acquisiti*, cit., 368 ss.; TARELLO, *Il problema dei diritti quesiti nelle codificazioni moderne*, cit., 165 ss..

⁷ Questa ambivalenza segna da sempre il discorso sulla retroattività, nella contrapposizione tra tradizione *imperativistico-volontaristica* e *naturalistico-razionalistica*: nella prima prospettiva, infatti, concepita la norma come comando, non ha senso riferirla al passato e si giustifica una più marcata operatività del principio di irretroattività delle leggi; nella seconda, pensato il diritto come una ontologia razionale, la legge nuova tende a non trovare limiti applicativi in ragione del tempo: così TARELLO, *Il problema dei diritti quesiti nelle codificazioni moderne*, cit., 167-168; e v. già, tra loro in contrapposta prospettiva, PACE, *Il diritto transitorio. Con particolare riguardo al diritto privato*, cit., 134 ss. e QUADRI R., *Applicazione della legge in generale*, cit., 54 ss..

⁸ Scandisce efficacemente questo profilo GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili*, cit., 29 ss..

⁹ Vedi, ancora GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, 2000, 7; TARELLO, *Il problema dei diritti quesiti nelle codificazioni moderne*, cit., 169.

¹⁰ Del limite che la legge incontra nel "*droit qui étoit acquis à quelques personnes*" già scrive DOMAT, *Le loix civiles dans leur ordre naturel*, I, Parigi, 1756, 3, richiamandosi alla pur controversa tradizione romana e intermedia. Tuttavia è solo con la dottrina ottocentesca – da noi in particolare con GABBA (*op. cit.*, 182 ss.), il quale peraltro ci offre una efficace sintesi dei risultati cui già eran pervenuti SAVIGNY (*Sistema del diritto romano attuale*, trad. it., VIII, Torino, 1898, 374 ss.) e LASSALLE (*Die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze*, Lipsia, 1861, 65 ss.) – che si giunge alla teorizzazione del principio. Su questa evoluzione vedi anche, FURGIUELE, *Diritti acquisiti*, cit., 368 ss.; TARELLO, *Il problema dei diritti quesiti nelle codificazioni moderne*, cit., 165 ss.; da ultimo, LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit., 1825 ss..

Occorreva ripensare il principio di irretroattività, giustificando la possibilità della legge nuova di mutare la configurazione degli istituti, di incidere sui rapporti di durata, di conformare la disciplina degli interessi in conflitto al mutare delle politiche legislative.

Di qui – mi limito in questa sede a farvi cenno – l'evolversi delle idee e la enunciazione del nuovo modello del *fatto compiuto*, col quale si tentava di ridefinire, arretrandolo, il confine della intangibilità dell'esistente. Altro è, ci dice questa teorica, riconoscere gli effetti già prodotti da un fatto compiutamente formatosi nel passato, altro è modificare quegli effetti solo per il futuro, in modo oramai sconnesso col fatto generatore. In simili casi, si è scritto, non vi sarebbe ombra di retroattività della legge¹¹.

La intrinseca fragilità di questa teorica¹² condusse presto a relativizzare il principio di irretroattività, con un ulteriore arretramento del divieto. È la c.d. *teoria gradualistica*, con la quale si pervenne a distinguere, nella sua formulazione più condizionale, tre gradi di retroattività¹³.

Il primo, la iper-retroattività sussisterebbe ove la legge nuova travolga le c.d. *causae finitae*, fatti del passato cioè connotati da peculiare definitività, quali la prescrizione, il giudicato, la transazione: perché una simile retroattività abbia luogo sarebbe necessaria una espressa previsione normativa.

Il secondo, la retroattività propriamente detta, che, per quanto rivaluti *ex tunc* fatti del passato, non presenterebbe i connotati estremi del primo: essa dunque, pur

¹¹ CHIRONI, ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., I, 87; nello stesso senso, FERRARA Sen., *Trattato di diritto civile italiano*, cit., I, 273.

¹² La quale corredeva le proprie enunciazioni di principio con una serie di eccezioni tanto vaste da rendere dubbia la portata del principio, se è vero che, come si scriveva "Gli effetti, che secondo la legge antica ne sarebbero normalmente usciti [ndr: dal fatto compiuto], avverranno soltanto se la legge nuova li acconsenta, come pure avverranno quelli che nuovamente sin fatti inerire al rapporto" poiché con le leggi "di diritto pubblico o di ordine pubblico" lo "Stato misura e fissa la condizione della persona, che ne trae i diritti", od ancora il fatto compiuto "comprende soltanto gli effetti già prodotti al tempo in cui il nuovo ordinamento entra in vigore" (così, CHIRONI, ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., 96).

¹³ Le tre forme di retroattività vengono teorizzate, in un ampio arco temporale, da CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, cit., c. 343 ss.; PACE, *Il diritto transitorio*, cit., 299 ss.; TARCHI, *Le leggi di sanatoria nel diritto intertemporale*, cit., 256 ss.; ma vedi, per una riconsiderazione critica, QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., 136 ss..

Altre teorie articolano in modo più analitico i gradi della retroattività: cfr. VITTA, *Della retroattività delle leggi amministrative*, cit., c. 152 ss.; RANELLETTI, *Efficacia delle norme giuridiche amministrative nel tempo*, cit., 50 ss.; è evidente peraltro che l'eccesso di analisi complica il quadro costruttivo rendendolo meno plausibile, tanto da far reputare inutilmente "macchinose" quelle teoriche: così RESCIGNO G.U., *Disposizioni transitorie*, cit., 224.

Certo, resta la necessità di criteri di giudizio; e ciò spiega perché anche di recente un A. (LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1825 ss.) – che pur giunge nel complesso a proporre una convincente ricostruzione del significato e dei limiti del principio di irretroattività – non si esima dal proporre una nuova tassonomia, ponendosi idealmente ma espressamente in una linea di continuità proprio con le premesse di Pace: dovrebbe così distinguersi tra *retrotrazione*, *retroefficacia*, *retrospettività* e *contemplazione*, cui, in prospettiva estrema rigettata dallo stesso A., potrebbero astrattamente aggiungersi le ulteriori figure della *cancelazione* e della *strutturazione*.

avendo carattere eccezionale rispetto al principio, potrebbe desumersi in via interpretativa dalla legge.

Il terzo, la retroattività impropria¹⁴, che per quanto rivaluti fatti del passato vi connette nuovi effetti solo *pro futuro*: non sarebbe quindi vera retroattività ma la normale applicazione della legge nuova ai rapporti pendenti.

A fianco di questo modo di intendere la retroattività, ve n'è tuttavia un altro, che solo a torto potrebbe dirsi più recente, giacché – per quanto i suoi assunti ci appaiano più attuali – ha radici antiche ed ha conosciuto uno sviluppo parallelo rispetto alle teorie innanzi ricordate.

La differenza si coglie anzitutto sul piano del *metodo*: la retroattività della legge non risponde a un principio astratto, ma è questione di interpretazione, in una *prospettiva di attenzione concreta agli interessi in conflitto*.

Così, dopo la chiara enunciazione di questo diverso approccio da parte di Windscheid¹⁵, l'idea viene ripresa e saldamente sviluppata in Francia, sin dagli anni trenta del secolo scorso¹⁶.

Ed infine approda al suo esito attuale, con la lucida distinzione tra efficacia *retroattiva, immediata e differita* (o *ultrattiva*)¹⁷ della norma. Distinzione che trova il proprio

¹⁴ L'idea di una retroattività impropria (*unechte Rueckwirkung*) è comune alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale tedesca, che come da noi non conosce, se non in materia penale (Art. 103 II G.G.), un divieto di retroattività e che trae limiti sistematici alla ammissibilità di una normazione retroattiva dalla terna di principi "*Rechtsstaatsprinzip-Rechtssicherheit-Vertrauensschutz*", cioè i principi, tra loro collegati e desumibili dalla Costituzione, dello Stato di diritto, della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento del cittadino; di essi il *Bundesverfassungsgericht* ha fatto ampio impiego per elaborare gruppi di casi che si differenziano tra loro in funzione della intensità del contrasto che la applicazione immediata della legge nuova comporta rispetto alla suddetta terna di principi. Per un quadro d'insieme, FIELDER J., *Neuorientierung der Verfassungsrechtsprechung zum Rueckwirkungsverbot und zum Vertrauensschutz*?, in *N.J.W.*, 1998, 27, 1624.

¹⁵ WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, Torino, 1902, 86, 91 ss., secondo il quale spetta "*alla teoria dell'interpretazione*" apprezzare caso per caso il carattere retroattivo o meno della legge, giacché non è dubbio che questa abbia "*il potere formale*" di attribuirsi tale efficacia, in funzione delle ragioni di "*moralità e di comune vantaggio*" che essa si prefigga. La riduzione del problema della retroattività alla dimensione interpretativa – con il conseguente rifiuto di schemi astratti – è riproposta in ampio arco temporale da PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, cit., 231 ss., e da GIULIANI, *Disposizioni sulla legge in generale: gli artt. da 1 a 15*, cit., 232 ss..

¹⁶ In effetti già negli anni trenta del secolo scorso si pongono le basi della teoria *de l'effet immédiat des lois nouvelles* in un saggio di ROUBIER, *Distinction de l'effet retroactif et de l'effet immédiat de la loi*, in *RTD civ.*, 1928, 579, i cui contenuti formano poi oggetto di uno straordinario approfondimento trattatistico in *Les conflits de lois dans le temps (théorie dite de la non-retroactivité des lois)*, Parigi, t. 1°, 1929 e t. 2°, 1933. Sull'opera di Roubier si veda da ultimo l'analisi di BAREIT, *Un projet oublié: la codification du droit transitoire*, in *RTD civ.*, 2015, 551.

L'idea di efficacia immediata viene rilanciata, con ampio seguito, nel dopoguerra: cfr., ancora ROUBIER, *Droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2 ed. Parigi, 1960., 323 ss.; PAGE, *Il diritto transitorio*, cit., 325 ss.; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 232; TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 147 ss.; SATTI F., *Irretroattività degli atti normativi*, cit., 2.

¹⁷ Su cui, e in particolare sulla c.d. *survie* della legge abrogata, diffusamente, BACH, *Contribution a l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, in *RTD civ.*, 1969, 405 ss.; GHESTIN, GOUBEAUX, *Introduction générale*, nel *Traité de droit civil*, dir. da Ghestin, Parigi, 1994, 328 ss..

fondamento nel ragionevole assunto che, *per qualificare come retroattiva una legge, non rilevi tanto la posteriorità di questa rispetto ad una determinata fattispecie acquisitiva del diritto, quanto l'attualità, o meno, dell'interesse*¹⁸ regolato con lo *ius superveniens*. Se questo riconsideri interessi soddisfatti nel passato, la norma sarà retroattiva; mentre si tratterà di efficacia immediata ove gli interessi in conflitto siano destinati a svolgersi e quindi a trovare composizione nel vigore della nuova legge. Coerentemente, sarà ultrattiva la norma che applichi agli interessi futuri la disciplina previgente.

Sul piano del modello teorico, la applicazione immediata costituisce dunque l'ipotesi normale, *cui può derogarsi in via d'interpretazione*, nel senso della retroattività o della ultrattività, *sulla base della ratio normativa*¹⁹. E proprio sul piano dell'interpretazione, si è perciò, limpidamente, affermato che in luogo dei criteri tradizionalmente elaborati in materia di retroattività, appare più corretto *“ricercare la soluzione non tanto sulla base di differenze strutturali, spesso molto opinabili, tra una norma e l'altra, bensì in considerazione della ratio della norma sopravvenuta e quindi dell'eventuale compatibilità della sopravvivenza”* dei vecchi rapporti²⁰.

3. Assunta così la centralità della *ratio* – quindi della composizione di interessi che la norma sopravvenuta realizza – il *parametro per un suo corretto impiego sistematico* è giocoforza rappresentato dalla *Costituzione*.

Con l'avvento di questa muta il quadro delle fonti e si afferma una nuova gerarchia di valori, oggi peraltro consapevolmente arricchita dalle norme interposte, ai sensi dell'art. 117 Cost., in particolare, per quanto qui interessa, dalle norme CEDU²¹.

Nella Costituzione trova composizione formale la dialettica tra autorità e libertà, tra conservazione e cambiamento; e non compete più al fragile principio di irretroattività porre un limite razionale all'invasione della legge nel diritto dei privati.

Le situazioni soggettive resistono o cedono, di fronte alla legge nuova, non sulla base di un astratto ed implausibile principio di intangibilità dell'esistente, bensì in ragione della loro rilevanza costituzionale e del vaglio di ragionevolezza della disparità di trattamento che consegua alla pura e semplice considerazione temporale della vigenza delle leggi.

In questo contesto, l'art. 11 ci appare espressivo di un principio, di civiltà sì, come tralatziamente si ripete, ma di rango ordinario, che evidentemente si rivolge

¹⁸ CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 1332 ss.; ID., *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, 3753 ss., in specie 3767 ss..

¹⁹ GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 175 ss.. Perspicuamente, LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, loc. cit., osserva che dal punto di vista del giudice, il principio di irretroattività “si traduce in un imperativo ermeneutico...[quello della]...presunzione di minimo impatto temporale”: la legge, in sostanza, deve essere interpretata “in modo da minimizzare il suo impatto sul passato” salvo che sulla base degli ordinari criteri interpretativi “emergano indicazioni contrarie”.

²⁰ Così, efficacemente, LIBERTINI, *Legge antitrust nazionale e sua applicabilità ai contratti stipulati prima della entrata in vigore della legge*, cit., 355.

²¹ Seppure sia stata sottolineata una crisi profonda della Corte EDU, ormai investita di un sovraccarico di ricorsi che le impedisce sovente un dialogo efficace con le altre Corti: vedi, per tutti, i condivisibili rilievi di CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, cit., 3777 ss..

tanto al legislatore che all'interprete²².

Il primo non è vincolato in modo assoluto²³ al rispetto della irretroattività, ma perché possa derogarvi debbono sussistere ragioni adeguate. Ciò in quanto, come pure è stato efficacemente scritto, anche un simile principio di "rango subcostituzionale" può saldarsi coi principi costituzionali – in particolare col principio di uguaglianza – producendo "comunque effetti di vincolo sulle fonti primarie"²⁴.

Allo stesso modo, per l'interprete, la disposizione esprime un criterio²⁵, enuncia uno *standard* – la normale irretroattività della legge civile, o detto altrimenti, la "presunzione di minimo impatto temporale"²⁶ – per discostarsi dal quale occorre una consona argomentazione, ovvero, per il giudice, una appropriata motivazione.

Apprezzare le ragioni della retroattività – ma oggi diciamo anche quelle della ultrattività – significa pertanto evidenziare, nella *ratio* normativa e nell'argomentazione, il rango degli interessi protetti, nel complesso giuoco di sovraordinazione e di coordinamento che tra essi si instaura sia a livello costituzionale, sia nella più concreta trama dell'ordine pubblico intertemporale.

Del resto, è stato convincentemente notato che la questione della retroattività, lungi dal passare da una definizione di questa, si risolve attraverso un "corretto bilanciamento tra valori", giacché il principio di irretroattività "altro non è che il precipitato dei (distinti, ma connessi) principi di certezza e affidamento, riguardati nella prospettiva del rapporto fra diritto e tempo"²⁷.

Le formule tradizionali deperiscono così dal ruolo di, supposti, criteri di soluzione a quello di indicatori di *taluni elementi di fatto* – l'esistenza nel passato di diritti quesiti, di fatti compiuti – *da assumere nel complessivo bilanciamento, secondo ragionevolezza, tra la ratio della legge nuova e l'ambito temporale della sua applicazione; valutazione che si risolve, come efficacemente è stato scritto, in un judgement de valeur*²⁸ alla stregua dell'interesse protetto.

Né stupisce che, anche in questo ambito, bilanciamento e ragionevolezza assumano un ruolo centrale. Il bilanciamento, in effetti, costituisce una "tecnica" del giudizio di ragionevolezza e trova i propri criteri ora nella "gerarchia dei valori", ora nell'apprezzamento del caso concreto, ove si tratti di contemperare valori "pariordinati"²⁹: e vedremo tra breve quanto tutto ciò si attagli al nostro discorso.

²² Su tale insegnamento, dovuto a SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 374 ss., toina, ora, LUCIANI, *op. loc. cit.*

²³ Ancora GUASTINI, *op. cit.*, 180.

²⁴ LUCIANI, *op. loc. cit.*

²⁵ Si tratta, secondo LUCIANI (*op. loc. cit.*) di un vero "imperativo ermeneutico", in ragione del quale la legge "deve essere interpretata in modo tale da minimizzare il suo impatto sul passato".

²⁶ Vedi ancora LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, loc. cit.

²⁷ Così, ancora, LUCIANI, *op. loc. cit.*, in una prospettiva coerente con la soluzione da tempo adottata nella esperienza tedesca, laddove il *Bundesverfassungsgericht* utilizza, quale parametro della retroattività compatibile, proprio il rispetto della terna di principi "Rechtsstaatsprinzip-Rechtssicherheit-Vertrauensschutz" (su cui vedi *retro*, nota 14).

²⁸ BACH, *Contribution a l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, cit., 458.

²⁹ DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 23 ss., 33. Per un sintetico inquadra-

4. Se questo punto di osservazione appaia condivisibile, proviamo dunque a guardare più da vicino i limiti cui la nostra Corte Costituzionale sottopone la retroattività della legge civile.

La Corte vi si è cimentata nelle materie più disparate³⁰: dagli effetti successori della riforma della filiazione naturale³¹, ai compensi dei custodi giudiziari³², dai requisiti acustici passivi degli edifici³³ al nuovo regime dei privilegi erariali nelle procedure fallimentari³⁴, dalla prescrizione della ripetizione d'indebito con riferimento alle annotazioni nel conto corrente bancario³⁵, ai contratti usurari³⁶, e così via, a ritroso nel tempo, in tema di fideiussioni *omnibus*, contratti agrari, lavoro e previdenza, concorrenza. Ma l'elenco – e se vogliamo le peculiarità di ogni settore sulle quali si dovrebbero operare distinzioni e precisazioni *ratione materiae*³⁷ – sarebbe lunghissimo.

In linea generale, specie nell'ultimo decennio, è reiterata nelle motivazioni l'affermazione che non è precluso al legislatore emanare disposizioni modificative, anche sfavorevoli, delle situazioni soggettive, *purché ciò non trasmodi in un regolamento irragionevole, ledendo l'affidamento del cittadino nella certezza del diritto e con ciò stesso il fondamento dello stato di diritto.*

Questa enunciazione elastica suppone l'adozione di un criterio in base al quale valutare la ragionevolezza, in un coerente svolgimento del principio di uguaglianza³⁸: tale criterio è additato dalla Corte ora nella *gerarchia* dei valori, ora nel *bilan-*

mento della ragionevolezza quale “*canone di valutazione e criterio di decisione*”, v. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1 ss.. E vedi anche, senza pretesa di completezza ma solo per una primo inquadramento sistematico, tra gli ormai numerosi contributi enciclopedici e monografici, anche in diversa prospettiva disciplinare, PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano 1997, 899, ss.; CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, agg. 1994; NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars interpretandi*, Padova, 2002, 373 ss.; TROIANO, *La “ragionevolezza” nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; ed ancora PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

³⁰ Per una efficace analisi critica della principale casistica, DEL PRATO, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, cit., 25 ss..

³¹ C. Cost., 97.7.2015, n. 146, in www.cortecostituzionale.it

³² C. Cost., 22.5.2013, n. 92, in www.cortecostituzionale.it

³³ C. Cost., 29.5.2013, n. 103, in www.cortecostituzionale.it

³⁴ C. Cost., 4.7.2013, n. 170, in www.cortecostituzionale.it

³⁵ C. Cost., 5.4.2012, n. 78, in www.cortecostituzionale.it

³⁶ C. Cost., 25.2.2002, n. 29, in www.cortecostituzionale.it

³⁷ Solo per esemplificare, secondo una opinione risalente, e diffusa anche in altri ordinamenti, tra i quali Francia e Germania, un discorso a parte meriterebbe la materia contrattuale, per il peculiare rilievo che in essa assume l'esigenza di proteggere la autonomia contrattuale. Tornerò in seguito, brevemente, su questo aspetto.

³⁸ È sempre col metro della ragionevolezza che la Corte affronta il nodo delle cosiddette *leggi interpretative* (sulle quali, anche per aggiornati riferimenti in dottrina e giurisprudenza, si veda la lucida sintesi di SEMERARO, *Interpretazione autentica, retroattività e ragionevolezza*, cit., 1200 ss., nonché l'analisi di PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit.) le quali, secondo gli assunti della tradizione, sarebbero *naturaliter* retroattive per la loro stessa funzione. La Corte, tuttavia, nell'ultimo decennio, ha assunto riguardo ad esse un atteggiamento di maggior rigore: talché è ricorrente la affermazione che la legge interpretativa in tanto si giustifichi, in quanto occorra chiarire, a tutela della certez-

ciamento tra principi o interessi di pari rango³⁹.

Una esemplificazione consente di concretizzare il discorso. Mi soffermerò perciò su due recenti pronunzie emblematiche.

(i) Il *criterio gerarchico* – riferito ai valori ed agli interessi in giuoco – è apertamente adottato dalla sentenza n. 146/2015, che ha escluso la illegittimità costituzionale della retroattività, ai fini successori, della riforma della filiazione, espressamente enunciata dall'art. 104, commi 2 e 3 del D. Lgs. 154 del 2013⁴⁰.

La Corte, sulla premessa che la retroattività può trovare giustificazione “*nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU*”, ha appunto reputato che un simile requisito sia integrato dalla esigenza di completa parificazione tra i figli, rispetto alla quale appaiono gerarchicamente subordinate le ragioni, di tipo puramente patrimoniale, di chi avesse per l'innanzi beneficiato degli effetti successori.

Si travolgono insomma i diritti quesiti dei parenti legittimi, benché la relativa fattispecie acquisitiva – il fatto compiuto – sia tutta collocata nel passato⁴¹. Prevalle la *ratio* della legge nuova: giacché parificare lo *status* senza riconnettergli un coeren-

za del diritto e dell'uguaglianza, una oggettiva incertezza del dato normativo, in presenza di un contrasto giurisprudenziale irrisolto. Occorre cioè che la interpretazione autentica valga ad assegnare, prescegliendolo, uno dei diversi significati riconoscibilmente contenuto nella formulazione originaria del testo.

In difetto di tali requisiti, la palese *erroneità della auto-qualificazione della legge come interpretativa, può costituire un indice della sua manifesta irragionevolezza* (C. Cost., 29.5.2013, n. 103, in www.cortecostituzionale.it).

Un esempio concreto di questo modo di procedere lo troviamo nella ben nota sentenza C. Cost., 5.4.2012, n. 75, in www.cortecostituzionale.it, che ha affermato la illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 61, del D. L. 29 dicembre 2010, concernente il decorso della prescrizione della azione di ripetizione nei rapporti di conto corrente bancario. Il procedere della Corte è lineare nello scorgere la carenza di presupposti per una legge interpretativa. Essa reputa, anzitutto, che nella specie difettesse un contrasto giurisprudenziale, poiché l'interpretazione era stata ben consolidata – nel senso della individuazione del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione al momento della chiusura del rapporto – da Cass., S.U., 2.12.2010, n. 24418. Inoltre, ad avviso della Corte, il significato attribuito con l'interpretazione autentica non rientrava tra quelli ascrivibili al testo originario. Vi era quindi una *erronea auto-qualificazione della legge come interpretativa e la innovazione retroattiva era irragionevole per la pregiudizievole compressione del termine sul quale i correntisti anteriori facevano legittimo affidamento*. D'altronde – e con ciò la Corte coerentemente conclude – una simile compressione del termine prescrizione costituisce, con autonomo rilievo, violazione dell'art. 6 CEDU, non essendo state neppure prospettate dal legislatore imperative ragioni di interesse generale per interferire con la amministrazione della giustizia.

³⁹ Come si è visto, proprio questo è il funzionamento della tecnica del bilanciamento secondo DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., 33.

⁴⁰ In tale prospettiva v. già, PASSAGNOLI, *I profili successori della riforma sulla filiazione*, cit., 113 ss.; critico invece SESTA, *Il problema della retroattività della disciplina successoria*, cit., 1291 ss..

⁴¹ Da questo punto di vista mutano nel tempo le formule verbali ma vi è continuità sostanziale: emblematica, ad esempio, l'opinione di GABBA, *Teoria della retroattività*, cit., 210, circa la sottrazione alle comuni regole in materia di irretroattività delle leggi “che regolano lo stato e la condizione personale degli individui”; similmente, CHIRONI, ABELLO, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., 96; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., 112 ss.; e già SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 376 ss..

te svolgimento dei diritti e delle azioni determinerebbe una discriminazione ingiustificata in danno di soggetti che oggi sono figli e, per quanto rileva agli effetti successori, *parenti* al pari degli altri.

(ii) Un esempio del secondo approccio – il *bilanciamento* tra contrapposti ma equiordinati interessi – riguarda una fattispecie contrattuale con compensi imposti dalla legge. Siamo sul terreno della autonomia negoziale, da sempre considerato il più delicato e controverso circa la ammissibilità non solo di una retroattività, ma anche della efficacia immediata del *novum* sui rapporti pendenti. Qui, una recente pronunzia prende posizione con nettezza sotto due profili, che meritano di essere evidenziati.

Si trattava di una controversia concernente la liquidazione dei compensi spettanti ai custodi dei veicoli sequestrati, la cui disciplina tariffaria era stata retroattivamente modificata con la L. n. 326 del 2003.

Ebbene, la Corte, con la sentenza n. 92/2013⁴², afferma, da un lato, l'insufficienza della "esigenza di contenimento della finanza pubblica" a legittimare "sempre e comunque, e quasi pregiudizialmente... la compromissione di diritti maturati o la lesione di consolidate sfere di interessi..."⁴³.

Dall'altro, essa precisa che, con riferimento ai rapporti contrattuali pendenti, perché sia ammissibile la compressione di diritti soggettivi "perfetti", occorre una *causa*, vale a dire una funzione della norma retroattiva che renda accettabile un simile pregiudizio, cioè che *valga a riequilibrare la posizione delle parti nell'economia del contratto*.

Come si vede, nella trama della motivazione non si dubita della possibilità che con lo *ius superveniens* possano modificarsi gli effetti del contratto. Né ciò stupisce più il civilista, avvezzo da decenni⁴⁴ alla scissione tra fatto generatore compiuto (il contratto) ed effetti che esso produce, rispetto alla cui modificabilità – in corso di rapporto – soccorre oltretutto l'idea che tanto la *integrazione* quanto la *sostituzione del contenuto negoziale* possano realizzarsi anche in modo *diacronico*⁴⁵.

Ciò che la Corte sottolinea per la materia contrattuale – almeno in presenza di interessi meramente patrimoniali contrapposti – è che la innovazione deve essere ragionevole, cioè tale da non alterare, senza adeguata contropartita, l'economia del rapporto, voluta dai contraenti⁴⁶. È chiaro, peraltro, che la soluzione sarebbe diversa

⁴² Su cui vedi ancora le osservazioni di DEL PRATO, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attratta verso le categorie del contratto*, cit., 25 ss..

⁴³ Vedremo, al paragrafo seguente, in qual modo la sensibilità della Corte al riguardo (in particolare, cfr. C. Cost., 11.2.2015, n. 10, in www.cortecostituzionale.it) sia oscillante.

⁴⁴ In tal senso esplicitamente già Cass., 4.5.1966, n. 1115, in *Giust. civ., Mass.*, 1966, 638; Cass., 3.4.1987, n. 3231, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1226; e in specie la celebre Cass., 1.2.1999, n. 827, in *Foro it.*, 1999, I, c. 831, circa la applicabilità della L. 10 ottobre 1990, n. 287, alle intese restrittive della concorrenza anteriori alla entrata in vigore della medesima.

⁴⁵ Emblematica, Cass., 22.4.2000, n. 5286, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 627 ss..

⁴⁶ Il punto da sempre è cruciale in materia contrattuale: già SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., 391, osservava che le teorie sulla retroattività, che apparentemente la affrontano in termini generali, in realtà non hanno "in mente che i negozi giuridici iniziati e non ancora compiuti". In tal senso, si veda in particolare l'intera elaborazione di COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., 112 ss., il cui insegnamento

ove la ragione della compromissione delle sfere individuali dei contraenti risiedesse in esigenze gerarchicamente sovraordinate: ma tale non è, ci dice – con una *evidente discontinuità rispetto ad altre pronunce*⁴⁷ – la Corte, il contenimento della finanza pubblica. Tali potrebbero essere, si arguisce, in altri casi, ragioni fondate sul comma secondo dell'art. 41 della Costituzione ovvero più in generale, secondo l'argomento consueto, i c.d. *motivi imperativi* ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU.

5. In un'epoca che vede spesso la giurisprudenza prevalere, attraverso l'uso di principi e il dialogo tra le Corti, sulle fonti legislative, accanto alla retroattività delle leggi si pone il problema, insidioso, della retroattività delle sentenze.

Non mi riferisco – è chiaro – alla dimensione, endoprocessuale, del fisiologico retroagire della sentenza al tempo della domanda, che di per sé dovrebbe evitare il pregiudizio derivante dalla durata del processo.

Mi riferisco alla proiezione esterna del *novum* giurisprudenziale, cioè agli effetti sistemici del mutare – cui di recente abbiamo tante volte assistito⁴⁸ – degli orientamenti consolidati. Un mutamento che investe in linea di principio tutti i rapporti pregressi

è poi stato lungamente recepito, nel senso della esclusione della efficacia immediata delle norme sopravvenute, ove altrimenti si venga a togliere efficacia alle conseguenze attuali e future del contratto. Le situazioni soggettive relative, a contenuto patrimoniale, di fonte contrattuale, godrebbero perciò, secondo le teorie tradizionali, di una garanzia di intangibilità più intensa rispetto agli *status*, ai diritti reali, ai diritti della personalità. Analoga l'esperienza francese, su cui per tutti, BACH, *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, cit., 458 – 464; GHESTIN, GOUBEAUX, *Introduction générale*, cit. 365. Ma certo l'apice di questa impostazione è in LASSALLE, *Die Theorie der erworbenen Rechte und der Kollision der Gesetze*, 65, che mentre reputa del tutto ovvia la retroattività delle leggi che riguardino l'individuo in sé considerato, la esclude recisamente per quelle che invece riguardino i suoi atti di volontà.

È chiaro peraltro che qui è il dogma volontaristico che si sovrappone alle teorie concernenti la retroattività: è la forza di legge del contratto tra le parti che si vorrebbe astratta, una volta per tutte, dal sopravvenire di piani d'interesse confliggenti.

Ma la trasposizione nel presente di un simile fondamento appare di un *sorprendente anacronismo*: vero è piuttosto che le ragioni della specialità di disciplina riservata al contratto, in materia di *ius superveniens*, trovano nel riconoscimento della autonomia privata ad un tempo il proprio fondamento e il proprio limite. Diviene così cruciale il rapporto tra *ordine pubblico* e *retroattività*, nel quadro del c.d. *ordine pubblico intertemporale*. Quest'ultimo, è bene avvertire, *non si contrappone al controllo di ragionevolezza, ma costituisce un momento qualificato di questo*, e ciò sia riguardo alla applicazione immediata della legge nuova, sia in ordine alla ultrattività di quella abrogata: su ciò, per economia del discorso, mi permetto di rinviare a PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, cit., in specie, 114 ss.; nonché, per un generale inquadramento, almeno a GUARNERI, *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti del diritto civile*, Padova, 1974, 48, 85, 122 ss., FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 139 ss., BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1968, 887 ss..

⁴⁷ Su cui, vedi il successivo par. 5°, testo e note.

⁴⁸ Si pensi, per tenerci al campo contrattuale, all'affermazione giurisprudenziale di una nullità in precedenza reputata insussistente: per fare un esempio, la vicenda ultranota decisa da Cass., S.U., 4.11.2011, n. 21095 (vedila in *Foro it.*, 2004, I, 3294) che riqualficò, come negoziali anziché normativi, gli usi bancari di capitalizzazione anatocistica. Gli effetti retroattivi di quella decisione furono tanto dirompenti sui rapporti bancari, da indurre i ripetuti colpi di mano del legislatore, tra i quali proprio quello cui innanzi (*retro*, par. 4, in nota) facevo riferimento, a proposito di *false* leggi interpretative.

non coperti da giudicato, prescrizione e, con taluni limiti, transazione. Anch'esso dunque, *al pari di una legge retroattiva*, travolge certezze ed affidamenti, ponendosi con ciò stesso, tramite l'art. 117 Cost., almeno in attrito con l'art. 6 CEDU⁴⁹.

Certo, se si osservi il fenomeno in una prospettiva soltanto formale, nel mutare degli orientamenti non vi è traccia di retroattività.

La norma è la risultanza del rapporto tra testo, interprete e contesto, sicché il giudice, soggetto solo alla legge e non al precedente, non incontrerebbe alcun vincolo nel mutare gli orientamenti interpretativi, per quanto consolidati. Né, al riguardo, potrebbe farsi questione di un'irragionevole lesione dell'affidamento, giacché nessun ragionevole affidamento potrebbe riporsi nella immutabilità degli orientamenti interpretativi, con la conseguenza della portata *naturaliter* retroattiva⁵⁰ della sentenza.

Ma questa lettura – in parte emendata, in vero, dalla stessa Cassazione, in materia processuale⁵¹ – ancorché appaia corretta sul piano formale, non coglie l'essenza del fenomeno, e si rivela, a ben vedere, anacronistica e inconsapevole della peculiarità del quadro delle fonti nel tempo presente: *quanto più la giurisprudenza divenga fonte di produzione della norma, tanto più è irragionevole negare la intrinseca problematicità della portata naturalmente retroattiva dei suoi orientamenti*.

La ineludibilità del problema, del resto, è stata altrove fortemente avvertita: in particolare in Francia, ove già nell'anno 2004, il Primo Presidente della *Cour de Cassation* ebbe a commissionare ad un gruppo di giuristi di estrazione accademica e pratica l'elaborazione di un rapporto⁵² sui mutamenti di giurisprudenza, il cui elemento

⁴⁹ Fa il punto della propria giurisprudenza in ordine al rapporto tra l'intrinseco dinamismo della giurisprudenza e le esigenze di certezza, osservando che la incertezza è oggetto della competenza della Corte, indifferentemente dal fatto che essa sia "*legal, administrative or arising from practices applied by the authorities*" Corte EDU, G.C., 20.10.2011, *Nejdet Sahin et Perihan Sahin c. Turchia*, n. 13279/05, §§ 49 – 58.

⁵⁰ Vedi ancora Cass., S.U., 4.11.2011, n. 21095, cit.. Nel senso che, affrontando il problema del possibile controllo di costituzionalità sul mutamento retroattivo della giurisprudenza, occorre tenere presente che "norme législative et norme jurisprudentielle partent de points de départ opposés (principe de non-rétroactivité pour l'une, de rétroactivité pour l'autre)", DEUMIER, *La rétroactivité de la jurisprudence est-elle constitutionnelle?*, cit., 74.

⁵¹ Per tutte, Cass., S.U., 11.7.2011, n. 15144, in www.cortedicassazione.it, ove, in ossequio al principio del giusto processo, si fa salvo proprio l'affidamento della parte processuale sulla applicazione di un precedente consolidato orientamento in materia di decadenze o preclusioni. La estendibilità di una tale tecnica decisoria oltre la disciplina processuale è questione centrale ma delicatissima, che dovrà essere perciò approfondita in altra sede; salvo notare sin d'ora che importanti argomenti militano a favore della tesi restrittiva, come di quella estensiva. Si pensi, da un lato, alla peculiarità, nel sistema processuale e quindi limitatamente ad esso della rimessione in termini. Ma si pensi, in prospettiva diametralmente opposta, alla funzione strumentale del processo rispetto al conflitto di interessi sostanziale tra le parti, che fa apparire alquanto sovrastimato l'uso argomentativo del principio del giusto processo in funzione regolatoria della retroattività (su ciò, anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, cit., 3767).

⁵² Si tratta del c.d. *Rapport Molfessis* (vedilo in *Les revirements de jurisprudence*, dir. da N. Molfessis, Parigi, 2005) nel quale si staglia con nettezza il nesso tra "*pouvoir créateur de la jurisprudence*" e "*modification dans l'état du droit positif*" indotta da "*la décision de revirement*"; e da tali premesse si desume l'ineludibile esigenza di modularne gli effetti retroattivi, muovendo anche dalla constatazione degli orientamenti rinvenibili al riguardo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Corte Edu, della giurisprudenza tedesca forma-

focale consisteva proprio nella necessità di *un droit transitoire des revirements de jurisprudence*, per quanto, preferibilmente, anch'esso di fonte pretoria e non legislativa.

L'inafferrabilità della materia non consente di eludere il problema, che merita, anzi, di essere segnalato all'attenzione degli studi civilistici: solo questa, in effetti, è la limitata funzione di queste sintetiche notazioni.

Giova allora ricordare l'insegnamento – risalente ma sempre attuale in tempi di rinnovamento dei principi e quindi, massimamente, nel nostro attuale ordinamento multilivello – che sotto la *parvenza di una interpretazione evolutiva di singole disposizioni si cela sovente una evoluzione dell'ordinamento*⁵³, cioè una vera, per quanto sfuggente *successione di norme nel tempo*.

E ciò proprio in ragione del fatto, del quale più non si dubita, che l'interprete, pur in presenza di una disposizione testualmente immutata, ne inferisce il significato dal contesto, quindi dal sistema, che frattanto, come spesso è avvenuto, subisce radicali mutamenti a livello di principi, apicali o induttivi.

Così, ove la nuova interpretazione sia il portato di un mutamento di principi, *vi è una norma nuova, per quanto priva di disposizione*⁵⁴, *che determina una innovazione sul piano delle fonti, quindi una vera e propria successione di norme nel tempo*.

Ciò esige una consapevolezza nuova negli interpreti, giacché in questo caso spetta a loro *cogliere la collocazione temporale del sopravvenire del principio, prima e dopo la quale l'interpretazione non possa essere la medesima*.

È un compito tra i più ardui, ma che passa – come tutta la vicenda del difficile rapporto tra regole e principi, tra legge e giudice – *da un uso consapevole dell'ermeneutica*, questa volta nella argomentazione del c.d. *overruling*.

Un modello operativo, del resto, ci viene proprio dalla Corte di Giustizia, che a sua volta è chiaramente tributaria della esperienza nordamericana del *prospective overruling*⁵⁵.

La Corte, nell'ambito della competenza spettante nei giudizi di rinvio pregiu-

tasi sulla *Rechtsfortbildung*, nonché, ovviamente, considerando l'esperienza delle corti di *common law*. Il Rapport perviene così a formulare un compiuto quadro di raccomandazioni circa le modalità, anche di natura processuale (tra cui il c.d. *amicus curie*), sia di tipo preventivo rispetto a un ipotizzabile futuro *revirement* (più esteso impiego, in funzione segnaletica, degli *obiter dicta*; conoscibilità della *dissenting opinion*) sia contestuali al *revirement*, reputando che il potere della Cassazione di regolare gli effetti retroattivi delle proprie pronunce sia implicito in quello di adottarle, e debba essere esercitato, al di fuori di preconcepi schematismi, caso per caso, con un bilanciamento dei costi e benefici del *revirement*, alla luce sia della gravità della lesione di affidamenti consolidati che con esso possa verificarsi, sia della *évidence d'un impérieux motif* d'interesse generale che giustifichi la deroga alla *règle générale de rétroactivité*.

⁵³ BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., 825. L'intuizione del fenomeno è chiara già in ROMANO Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 119. Riprendono la questione, BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991, 63; VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, 24.

⁵⁴ Così GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 19 ss.

⁵⁵ Su cui in generale, MATTEI, *Common Law, Il diritto anglo-americano*, in *Tratt. dir. comp.*, diretto da Sacco, Torino, 1992, 233 ss..

diziale, si pronunzia circa il significato che avrebbe dovuto attribuirsi ad una norma dal momento della sua entrata in vigore. Anche le sue pronunzie dunque sono esplicitamente dichiarative e producono effetti naturalmente retroattivi.

La Corte tuttavia, nella consapevolezza della continua evoluzione del sistema eurounitario, si è da tempo ritagliata il potere di limitare *ex nunc* gli effetti delle proprie pronunzie⁵⁶, pur facendone salva, dopo qualche incertezza iniziale, la retroattività tra le parti del giudizio.

Qui, l'esigenza di un vaglio di ragionevolezza del *novum* giurisprudenziale, alla luce della necessaria interazione tra interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento, risulta chiaramente presupposta.

Non parrà un caso allora, nella osmosi tra le Corti, che anche il nostro Giudice Costituzionale abbia, più volte e anche di recente, fatto un significativo impiego di una esplicita limitazione della naturale retroattività della sentenza di accoglimento, in ragione della necessità di salvaguardare principi e diritti di rango costituzionale altrimenti travolti dagli effetti della pronunzia⁵⁷.

Ma qui si arrestano le analogie tra le due Corti; giacché – giova conclusivamente notarlo – la “ragion di Stato” e più in generale la prospettiva macroeconomica, adottata qui ed altrove⁵⁸ dalla Corte Costituzionale, si discosta alquanto rispetto al parametro anche da ultimo enunciato dalla Corte di Giustizia, la quale ha escluso che il giudice nazionale – nella specie si trattava proprio di un *prospective overruling* del Tribunale Supremo spagnolo – possa limitare per simili motivi la retroattività degli effetti dell'accertamento della vessatorietà delle clausole contrattuali⁵⁹.

Insomma, ancora una volta, il dialogo è appena avviato.

⁵⁶ Tra le molte, C. Giust. CE, 6.3.2007, C-292/04; C. Giust. CE, 8.2.2007, C-3/06; C. Giust. CE 28.6.2005, C-189/02; e per un panorama più esteso vedi CIATTI, *Mutamenti di giurisprudenza e retroattività delle regole*, cit., 163 ss..

⁵⁷ Emblematica, C. Cost., 11.2.2015, n. 10, in www.cortecostituzionale.it, con la quale, nel dichiarare la illegittimità costituzionale della c.d. *Robin Tax* (art. 81, D.L. 25 giugno 2008, n. 112), la Corte ne ha esplicitamente fatti salvi gli effetti pregressi, escludendo, contro il consolidato orientamento formatosi sin dalla entrata in vigore dell'art. 30 della L. 11 marzo 1953, n. 87, la retroattività della pronunzia (sul tema, CAREDDA, RUOTOLO, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla cd Robin Tax*, cit., 476 ss.. Più in generale, sulle tecniche impiegate dalla Corte Costituzionale per limitare la retroattività delle proprie pronunzie, anche tramite quelle c.d. additive di principio, vedi ancora CIATTI, *Mutamenti di giurisprudenza e retroattività delle regole*, cit., 154 ss..

⁵⁸ Solo per citare il caso più celebre – e come è noto oggetto di un serrato contrasto con la Corte EDU (*Agrati e altri c. Italia*, 7 giugno 2011) – cfr. C. Cost. 26.11.2009, n. 311, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 4679 ss., con nota di MASSA, *La “sostanza” della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*.

⁵⁹ C. Giust. CE Grande Sezione, sentenza 21.12.2016, n. 154, in *Contratti*, 2017, 1, 11, (con nota di PAGLIANTINI, *La non vincolatività [delle clausole abusive] e l'interpretazione della Corte di Giustizia*), con riferimento all'accertamento della vessatorietà di clausole *floor* nei mutui a tasso variabile, ha escluso che il giudice nazionale possa limitarne la retroattività in considerazione di ragioni macroeconomiche; e v. anche MALVAGNA, *Nullità de futuro e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in *Riv. dir. banc.*, 36, 2016, 6 ss..