

LUCA NIVARRA

## LA RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE CIVILE<sup>■</sup>

SOMMARIO – 1. La retroattività tra dogmatica e politica - 2. La retroattività al vaglio della Corte costituzionale - 3. Il divieto di retroattività: un oggetto misterioso e inafferrabile. - 4. La retroattività è un significativo vuoto. - 5. Una retroattività di secondo grado: la legge di interpretazione autentica.

### 1. *La retroattività tra dogmatica e politica*

Quella di retroattività rimane una nozione alquanto vaga, nonostante un ragguardevole sforzo speculativo che attinse vertici di grande raffinatezza, in particolare, tra la seconda metà dell'Ottocento e i primi del Novecento, in concomitanza con le codificazioni e il consolidamento delle istituzioni e della cultura liberali<sup>1</sup>. Siffatta precarietà di guadagni teorici può essere considerata un indicatore della vera natura del dibattito sulla retroattività, il cui punto di ricaduta, a ben vedere, non si lascia esaurire nel tentativo di perimetrare un concetto giuridico, allargandosi, piuttosto, al diverso piano della ricerca di una serie di limiti alla potestà del legislatore. In altri termini, la posta in gioco, quando ci si misura con la retroattività, sembra essere, più che il ritrovamento di una formula definitoria in grado di riempire di contenuto enunciazioni categoriche del tipo di quella proposta all'art.11, comma 1 Prel. («La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo»), la predisposizione di una rete di sicurezza che ingabbi la discrezionalità connaturata alla funzione legislativa impedendole di degenerare in arbitrio<sup>2</sup>.

Per il civilista, il sotterraneo, eppure percepibile, pragmatismo che ispira questa lunga riflessione, può essere motivo di una certa sorpresa, ove solo si consideri che, almeno d'acchito, retroattività/irretroattività si presentano come due concetti giuridici suscettibili di essere trasformati, previo un adeguato trattamento teorico, in funzioni di calcolo della *regula legis* (o *iuris*). Sarebbe, però, una reazione ingiustificata: è agevole osservare, infatti, che il vincolo dogmatico ha dato il meglio di sé come strumento di controllo e, se necessario, di censura, dei poteri ordinamentali allorché a venire in considerazione fosse la dialettica tra autorità e libertà (ovvero, tra legge e autonomia privata); allorché, in altri termini, dare regola ad una materia equivallesse a fissare le condizioni di efficacia dell'esercizio di una facoltà extrastatuale, quella riconosciuta ai privati in quanto custodi di elezione del loro "particolare". Lo spazio di immunità ad essi riservato, infatti, -si è avvalso di un presidio che, oltre a dispositivi di tipo istituzionale (la separazione dei poteri, il principio di legalità, in una parola, lo stato di diritto), era affidato all'autorità della dottrina e alla precettività intrinseca all'idea che solo quest'ultima fosse in grado di portare alla luce le *rationes* interne a ciascun istituto dell'autonomia privata, l'inosservanza delle quali si sarebbe risolta non solo in un arbitrio politico ma, fondamentalmente, in un errore logico. Del resto, i codici, a cominciare da quello napoleonico, incarnano in modo esemplare questo irripetibile intreccio di modi diversi di

<sup>■</sup> Questo scritto è destinato agli Studi in onore di Carlo Castronovo.

<sup>1</sup> Praticamente, non vi è una sola trattazione, quale che ne sia il taglio o il genere letterario di appartenenza, che non prenda le mosse da questa costatazione. Il fenomeno, già di per sé significativo, è documentato in modo esemplare in M.LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva della vicenda delle leggi di incentivazione economica*, Giur.it., 2007, 1826 s., uno scritto davvero notevole su cui torneremo. Ma v. anche l'ampio saggio di R.CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, Giur. cost., 1990, 332 s.

<sup>2</sup> V., in un analogo ordine di idee, R.TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale* (Milano, 1990), 57 s.

essere della normatività, di una *potestas* che si inchina alla *ratio* assicurando a questa ultima la sua stessa forza, in una santa alleanza contro il capriccio dei giudici, sempre pronti ad approfittare della indomabilità del caso concreto per ritagliarsi spazi di manovra non compatibili con i protocolli originari dello stato di diritto e della sua ideologia.

Come è stato giustamente osservato, nel caso della coppia retroattività/irretroattività, la neutralizzazione, per via di occultamento, del significato politico della regola (e dei concetti chiamati a descriverla) riesce solo in parte, o non riesce affatto<sup>3</sup>. A quanto osservato prima, aggiungo ora che il diritto privato (cioè, il diritto della proprietà e del contratto) e la sua scienza sono il dominio del feticismo: è qui che la potenza mistificatrice del pensiero giuridico borghese tocca i suoi vertici, riuscendo nell'operazione, davvero spettacolare, di convertire un concretissimo rapporto sociale (quello tra capitale e lavoro) in una sequenza di astrazioni (libertà del volere, signoria della volontà, autodeterminazione, consenso, contratto, scambio) coagulate attorno a quella originaria - il soggetto di diritto - che tutte riassume e rende possibili<sup>4</sup>. Retroattività/irretroattività, al contrario, sono, in primo luogo, manifestazioni della funzione legislativa e orbitano troppo a ridosso del "sovrano" per soggiacere ai virtuosismi della tecnica giuridica: la loro «eccedenza politica», può essere trattata, e ridotta, solo da un altro potere, munito di una pari effettività, e ciò spiega perché la prospettiva di indagine più promettente venga dalla prassi giudiziale, in particolare quella delle Corti deputate al controllo, *lato sensu*, di costituzionalità delle leggi, ossia dagli organi che, nell'architettura dello Stato contemporaneo, hanno lo specifico compito di vigilare sugli abusi del Parlamento<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> V.G.BROGGINI; *La retroattività delle leggi nella prospettiva romanistica*, Coniectanea, Milano, 1966, 352. Come scrive benissimo M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1832-1833 «l'equivoco ruota tutto attorno all'idea che, parlando di (ir)retroattività, il diritto positivo evoca un *istituto*, mentre sarebbe ben possibile che esso evoca un *valore* (o un fascio di valori: affidamento, certezza, eguaglianza, libertà, ecc.)».

<sup>4</sup> L'illustrazione più compiuta del feticismo che caratterizza in modo costitutivo il diritto privato moderno si deve a Marx per il quale, come è stato molto efficacemente ricordato ancora di recente, «l'Eden dei diritti dell'uomo» denota la sfera della circolazione semplice delle merci (e non quella della produzione), contraddistinta da una reciprocità tra i soggetti. Qui si tratta di esaminare la questione della soggezione dei singoli a un universale, di cui dimensione economica e dimensione giuridica costituiscono le due facce, sulla base di una simmetria tra l'individuo come possessore di merci e l'individuo come possessore di diritti. Nel momento in cui si passa dalla circolazione semplice delle merci alla produzione, tale simmetria va in frantumi ed emerge invece una situazione lacerata, una vera e propria "guerra civile" fra capitalisti, "materializzazioni" del capitale, e gli operai, "materializzazioni" del lavoro» (L.BASSO, *Agire in comune. Antropologia e politica nell'ultimo Marx* (Verona, 2012), 38-39. Sul punto mi permetto di rinviare anche a L.NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia* (Torino, 2016).

<sup>5</sup> Con questo, beninteso, non voglio dire che l'elaborazione della dottrina in questa materia sia inutile ma solo che, alla fine, sono i giudici, in particolare i giudici costituzionali, a riempire di contenuto – nei modi e nei limiti che vedremo più avanti – le due nozioni. In un certo senso, si potrebbe dire che retroattività/irretroattività si comportano come le clausole generali, dal momento che, come nel caso di queste ultime, l'interprete lavora su una base semantica più evocativa che descrittiva, consumandosi poi la concretizzazione della regola attraverso il confronto con il "sistema". Tuttavia, mentre a confrontarsi con le clausole generali di matrice privatistica, è un "sistema" che presenta, ancora oggi, un certo grado di durezza (ne fanno parte, a pieno titolo, i principi costituzionali, ma anche principi dogmatici (ad es., relatività degli effetti del contratto, causalità delle attribuzioni patrimoniali ecc.), categorie (l'obbligazione), istituti (la nullità), per quanto, appunto, molto meno compatti che in passato), retroattività/irretroattività entrano in un bilanciamento che le vede misurarsi con figure dai contorni assai sfumati, si tratti della ragionevolezza, del legittimo affidamento o della tutela della funzione giurisdizionale (nel caso della Corte costituzionale italiana), ovvero del giusto processo dell'art.6 CEDU o della "proprietà" dell'Art.1 Protocollo addizionale (nel caso della Corte di Strasburgo o, ancora una volta, della Consulta, a seguito della costituzionalizzazione della giurisprudenza della Corte EDU). Secondo M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1833 quello di irretroattività, pur non essendo stato costituzionalizzato, sarebbe pur sempre un principio generale e «i principi generali del diritto, sebbene di rango subcostituzionale, producono comunque effetti di vincolo sulle fonti primarie, almeno quando si saldano ad altri principi di sicuro rango costituzionale (l'esempio tipico è quello del principio di eguaglianza). Impostata la questione in questi termini, il principio di irretroattività si indirizza anche al legislatore, obbligato a strutturare il rapporto tra la legge nuova e il passato in modo tale da evitare che l'incidenza nel passato determini effetti pregiudizievoli per i precetti costituzionali ai quali quel principio, appunto, di volta in volta si salda» (per Luciani, fondamentalmente, certezza e affidamento del cittadino nella sicurezza). Difficile non concordare con Luciani, anche se bisognerebbe intendersi sul modo in cui il principio di irretroattività «obbliga» il legislatore trattandosi, all'evidenza, di una prescrittività debole, tipica degli imperativi pragmatici e non di quella, propriamente giuridica, che accompagna gli imperativi categorici (come, viceversa, sarebbe là dove il principio *de quo* fosse stato costituzionalizzato). Il punto è che, visti nell'ottica del legislatore, i principi generali non costituzionalizzati si convertono in direttive apprezzabili sul terreno dell'opportunità

## 2. La retroattività al vaglio della Corte costituzionale

La nostra Corte costituzionale, è ampiamente risaputo, ha fin dal suo esordio assunto un atteggiamento largamente possibilista nei riguardi delle leggi retroattive. Si legge, ad es., nella prima pronunzia in cui la Consulta prese posizione in argomento che *«il principio generale della irretroattività delle leggi - attualmente enunciato nell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale - rappresenta un'antica conquista della nostra civiltà giuridica. Esso però non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale; né vi è stato elevato dalla vigente Costituzione, se non per la materia penale.... Per le materie diverse da quella penale, l'osservanza del tradizionale principio è dunque rimessa - così come in passato alla prudente valutazione del legislatore, il quale peraltro - salvo estrema necessità - dovrebbe a esso attenersi, essendo, sia nel diritto pubblico che in quello privato, la certezza dei rapporti preferiti (anche se non definiti in via di giudicato, transazione, ecc.) uno dei cardini della tranquillità sociale e del vivere civile. Con ciò non si vuole escludere che in singole materie, anche fuori di quella penale, l'emanazione di una legge retroattiva possa rivelarsi in contrasto con qualche specifico precetto costituzionale. Si vuole semplicemente affermare il concetto che nel nostro ordinamento il principio della irretroattività della legge non assurge, nella sua assolutezza, a precetto costituzionale. E si vuole in particolare escludere con specifico riguardo al campo della presente controversia - che sia ricavabile dagli artt. 23, 24 e 25 Cost.... un precetto costituzionale che escluda la possibilità di leggi retroattive destinate comunque a incidere nella sfera degli interessi privati, sacrificandoli, o nella sfera dell'autonomia privata, comprimendola. Come pure si vuole escludere che possa essere considerato lesivo della sfera del potere giudiziario (e in particolare degli artt. 101, 102 e 104 Cost.) il fatto che da una legge retroattiva derivi ai giudici l'obbligo di applicarla in relazione a rapporti sorti nel passato, e magari conclusi (ma non definiti), tanto più quando.... la legge non appaia mossa dall'intento di influire sui giudizi in corso»<sup>6</sup>.*

Questo orientamento si è poi consolidato ponendo capo ad una giurisprudenza uniforme riassunta nella massima, ormai di stile, secondo cui *«al di fuori della materia penale (dove il divieto di retroattività della legge è stato elevato a dignità costituzionale dall'art. 25 Cost.), l'emanazione di leggi con efficacia retroattiva da parte del legislatore incontra una serie di limiti che questa Corte ha da tempo individuato, e che attengono alla salvaguardia, tra l'altro, di fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza e di eguaglianza, la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di*

---

politica (nel nostro caso, il principio di irretroattività si trasforma in un monito a non mettere a repentaglio i veri beni giuridici tutelati dalla Costituzione, che, però, sono tutelati a prescindere). Visti nell'ottica del giudice, i principi generali sono, in generale, punti di partenza o di orientamento dell'argomentazione interpretante: tuttavia, nel caso dell'art.11 Prel. (come dirò meglio più avanti al § 3), ancora una volta siamo in presenza di un precetto che incide su una materia già presidiata da altro dispositivo di tutela. Resta la Consulta, per la quale il principio di irretroattività si traduce, in concreto in un bilanciamento tra le finalità di volta in volta perseguite dal legislatore e i beni giuridici a rischio retroattività: tuttavia, a mio avviso, una norma che dia immediato ingresso ad una *Abwägung* (nel senso che soltanto attraverso la mediazione di quest' ultima riesce ad attingere una minima soglia di consistenza semantica) è più una clausola generale che non un principio generale.

<sup>6</sup> Corte cost., 8 - 7 - 1957, n. 118, in <http://www.cortecostituzionale.it/> (si tratta del sito ufficiale della Corte, da cui, salva indicazione contraria, sono tratte tutte le pronunzie della Consulta richiamate nel corso del presente saggio). Per una panoramica degli orientamenti della Corte in punto di retroattività, v. L.LORELLO, *La retroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale*, La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale (a cura di A.RUGGERI) (Napoli, 2006), 163 s. e, più di recente, A.VALENTINO, *Il principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, <http://www.rivistaaic.it>, n.3/2012. Tornando alla sentenza n.118/1957 essa, come ci ricorda A.PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali* (Milano, 2003), 99 s., era stata preceduta da Corte cost., 18 - 3 - 1957, n. 44 nella quale la Consulta fu chiamata a pronunziarsi sulla legittimità una legge di interpretazione autentica emanata dalla Regione Siciliana. Anche la sentenza n.118 originava da una controversia relativa ad una legge di interpretazione autentica, ma in essa la Corte ebbe modo di prendere posizione sulla più generale questione della ammissibilità di legge retroattive approntando uno schema argomentativo che, nel corso del tempo, è stato aggiornato ma mai, nella sostanza, abbandonato.

*diritto e il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario»<sup>7</sup>*

Il vaglio di legittimità delle norme retroattive si è, poi, arricchito di un ulteriore parametro, frutto del «dialogo», come è noto non esente da qualche incomprensione, con la Corte di Strasburgo. Da qualche anno, infatti, ci può imbattere nella ricorrente massima secondo cui *«questa Corte ha reiteratamente chiarito come al legislatore non sia, quindi, precluso di emanare norme retroattive (sia innovative che di interpretazione autentica), purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti “motivi imperativi di interesse generale” ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU»<sup>8</sup>*.

Una terza massima, relativa alle leggi di interpretazione autentica, completa il quadro degli indirizzi della Consulta in punto di retroattività. A mente di essa, *«le leggi di interpretazione autentica possono essere adottate non solo in presenza di incertezze nell'applicazione di una disposizione o di un contrasto giurisprudenziale ma anche quando la scelta imposta rientri tra le tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore»<sup>9</sup>*.

### 3. Il divieto di retroattività: un oggetto misterioso e inafferrabile

<sup>7</sup> Corte cost., 2-2- 2014, n.69; 17 – 12 - 2013, n.308, 30 – 9 - 2011,n.257, 28 – 3 - 2008, n.74 e molte altre ancora.

<sup>8</sup> Corte cost., 9 – 7 - 2015, n.146; 4 giugno 2014,n.156; 28 – 11 - 2012,n.264. Questa massima, infatti, replica fedelmente quella che ricorre con regolarità nelle pronunce della CEDU chiamate a giudicare di leggi nazionali retroattive, a partire da Corte EDU, *Zielinski et Pradal & Gonzales et autres* c.Francia,28 – 10 - 1999, §§ 50-61. L'ibridazione con il diritto vivente di conio strasburghese trae origine, come è noto, da Corte cost., nn.347e 348, entrambe del 24 – 10 - 2007 nelle quali la Corte ha varato la dottrina del «parametro interposto» alla stregua della quale il legislatore interno deve conformarsi agli «obblighi internazionali» di cui all'art.117 Cost., intendendosi per «obblighi internazionali» la Carta europea dei diritti dell'uomo nella interpretazione fornitane dalla CEDU. È altresì noto, tuttavia, che per la nostra Corte il richiamo ai principi della giurisprudenza europea riveste il significato di un allargamento della tavola dei valori suscettibili di bilanciamento e non certo, quello, di un rinvio incondizionato che finirebbe per trasformare la Consulta in un organo periferico della CEDU. Trova spiegazione in questo condivisibile atteggiamento della Corte, una vicenda come quella sviluppatasi nel celebre caso Agrati, il quale ha fatto registrare il punto di massima tensione tra il giudice europeo e quello nazionale il quale, attraverso il medio della clausola del «margine di apprezzamento», si è autoinvestito del compito di stabilire, volta per volta, cosa debba intendersi per «motivi imperativi di interesse generale» (si veda Corte cost., 26 – 11 - 2009, n.311 preceduta da Corte cost., 26- 7 - 2007, n.234 e a cui fa seguito Corte EDU, *Agrati e altri* c. Italia, 7 – 6 - 2011, nella quale la Corte di Strasburgo ripropone, sulla base di argomentazioni di sapore alquanto scolastico, il convincimento che la norma nazionale avesse violato l'art.6 CEDU (esistono innumerevoli resoconti del caso, per cui mi limiterò a rinviare a quello, eccellente, di G.BRONZINI, *Limiti alla retroattività della legge civile*, (Ariccia,2014),15 s.; o, ancora, a L.DE GRAZIA, *La retroattività possibile. Le lois de validation in Francia e le leggi di interpretazione autentica in Italia*, (Santarcangelo di Romagna), 2016, 15 s.). L'atteggiamento della nostre Corte, che non è di gelosa, e un po' miope, difesa delle prerogative del giudice nazionale, quanto, piuttosto, di rivendicazione del suo ruolo di custode privilegiato della *Rangordunug* costituzionale, ormai aperta, ex art.11 e 117 Cost., al costante apporto delle giurisdizioni europee, mi sembra ampiamente condivisibile e, semmai, dovrebbe essere la Corte di Strasburgo a correggere il tiro, assumendo piena consapevolezza del compito indirettamente nomotetico assegnatole dalle sentenze gemelle del 2007 (sul punto v. i giusti rilievi di R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, Giur.cost., 2011, spec.3765 s.). (*Incidenter tantum*, osservo che l'ordinanza 16 – 5 - 2016, n.9978 con la quale la Prima Sezione della S.C. ha rimesso al Primo Presidente, per una eventuale assegnazione, alle Sezioni Unite, la questione relativa all'ammissibilità del riconoscimento di sentenze straniere di condanna al pagamento di danni punitivi, mi sembra muoversi, fatte le debite differenze, lungo la medesima linea di un'apertura verso l'esterno – sfociata, nel caso di specie, in un definitivo superamento del modello statalista di «ordine pubblico» - alla quale si accompagna una verifica che potremmo dire di «compatibilità virtuale» della regola esogena con la tavola dei valori costituzionali. Sul punto mi permetto di rinviare a L.NIVARRA, *Ordine pubblico globalizzato e danni punitivi al vaglio delle sez.un.*, <http://giustiziavivibile.com/>). In generale, la posizione della Corte costituzionale appare molto diversa da quella della giurisprudenza ordinaria, di merito e di legittimità, proclive oltre il dovuto ad investire la Corte di Giustizia attraverso un uso spesso ingiustificato del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (per una critica puntuale di questa prassi v. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* (Milano, 2015), 227 s.).

<sup>9</sup> Corte cost., 26 – 9- 2014, n.227. Nello stesso senso, ex multis, Corte cost., 11 – 6 - 2010, n.209; Corte cost., 23 -5 - 2008, n.170.

La legge retroattiva, dunque, non è di per sé illegittima. Del resto, l'art.11 Prel. (che discende, attraverso la mediazione dell'art.2 Tit.prel. c.c. del 1865, dall'art.2 Code Napoleon)<sup>10</sup> ha come destinatario il giudice, anche se, per la verità, riesce abbastanza problematico immaginare il modo in cui questi possa, *motu proprio*, interpretare retroattivamente una norma<sup>11</sup>. Con ciò non voglio dire che un'ipotesi del genere sia inibita da una impossibilità di tipo logico; dico, molto più semplicemente, che un giudice il quale applicasse ad una data fattispecie una regola diversa, perché successiva, da quella applicabile in base ai canoni ordinari della intertemporalità (in primo luogo, *tempus regit actum*), incorrerebbe in un vizio censurabile per cassazione ai sensi dell'art.360, comma 1 n.3 c.p.c.<sup>12</sup>. Da questo punto di vista, la (ipotetica) retroattività giudiziale presenta una singolare analogia con quella legislativa: in entrambi i casi, difatti, non è dato rinvenire una profilassi specificamente finalizzata a neutralizzare il potenziale distorsivo immanente alla norma (o alla sentenza) *de praeterito*. La prima, come documentano le massime richiamate in precedenza, viene censurata sulla base di parametri non diversi da quelli che presiedono alla declaratoria di illegittimità costituzionale di qualsiasi altra norma; la seconda a seguito dell'esperimento di un ordinario mezzo di gravame<sup>13</sup>. A mio parere, vi è un nesso, neanche tanto sotterraneo, che lega la congenita vaghezza della nozione di retroattività all'assenza di un rimedio specifico contro l'inosservanza del precetto (principio, norma, direttiva?) che comanda (a chi? e perché? ci sarebbe da chiedersi) di astenersi dall'immettere nel sistema una regola proiettata nel passato piuttosto che nel futuro. Infatti, il giudizio in ordine alla retroattività di una norma (è su questa ipotesi che torno ora a concentrare l'attenzione) è inscindibile da quello sulla sua (almeno potenziale) idoneità a porsi in contrasto con beni costituzionalmente protetti: ma, ed è qui che si consuma il cortocircuito logico, rivelatore della indisponibilità sul piano teorico di una nozione strutturata di retroattività, non tutte le norme retroattive sono, in quanto tali, lesive di quei beni, sicché la retroattività sembra convertirsi in un predicato accidentale di regole che, al pari di tutte le altre, sono permanentemente esposte al rischio di una declaratoria di incostituzionalità<sup>14</sup>.

Da tutto questo se ne potrebbe perfino trarre la conclusione che l'art.11 Prel. sia una norma superflua. Basta, del resto, sottoporsi ad un piccolo esperimento intellettuale e immaginare di vivere in un mondo che non la contempli: nessuna conseguenza pratica ne discenderebbe, e questo perché, a causa della sua mancata costituzionalizzazione, il divieto di retroattività non ha potuto attingere la densità di una regola procedurale di cui fosse rilevabile, *icto oculi*, l'inosservanza da parte del legislatore ordinario. Voglio dire che, in quanto modalità dell'esercizio della funzione legislativa, la retroattività avrebbe potuto essere trattata alla stregua di una qualità formale della legge, sulla falsariga dell'approvazione, della pubblicazione, dell'entrata in vigore: ma, naturalmente, ciò avrebbe presupposto un rigoroso inquadramento della figura, tale da garantire la immediata riconoscibilità del vizio. Questo, però, come anche la storia conferma, non è mai accaduto perché, al di là delle proclamazioni di principio, la riquadrificazione dei fatti del passato ha rappresentato, e ancora oggi rappresenta, uno strumento troppo prezioso perché il legislatore, anche in epoca di

<sup>10</sup> Fondamentale, anche per la minuziosa ricostruzione storica, rimane l'opera di G.PACE, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato* (Milano, 1944), 26 s.

<sup>11</sup> *Communis opinio*: v., per tutti, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Tratt.dir.priv. a cura di G.Iudica e P.Zatti, (Milano, 1993), 284.

<sup>12</sup> In altri termini, una volta dedotta in giudizio, la fattispecie di diritto sostanziale è, in linea di massima, e salva una differente determinazione del legislatore, insensibile alle variazioni dello *ius positum*: ciò che consente di apprezzare il diverso modo di atteggiarsi della legge ad efficacia immediata (caso noto alla letteratura specialistica come quello di retroattività impropria: v. C.F.GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, 4 voll. (Torino, 1891-1898) la quale inciderà sulle fattispecie in essere ma non ancora entrate nel processo, non potendo, viceversa, toccare quelle già portate all'esame di un giudice.

<sup>13</sup> Osservazione, anche questa, almeno con riguardo alla retroattività legislativa, largamente diffusa: v., A.GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili*, Il diritto come discorso, Tratt.dir.priv. a cura di G.Iudica e P.Zatti (Milano, 2013), 29 s.; M.SEMERARO, *Interpretazione autentica, retroattività, ragionevolezza*, Rass.dir.civ., 2011, 1200 s.; F.MAISTO, *Diritto intertemporale*, Tratt.dir.civ. del Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da P.Perlingeri, Napoli, 2007, 17 s.

<sup>14</sup> La norma retroattiva, per usare la terminologia di L.FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto* (Roma-Bari, 2007), 911, soggiace alla livella dei diritti costituzionalmente garantiti che agiscono alla stregua di norme sulla produzione legislativa decretando l'illegittimità del diritto prodotto in violazione di essi.

Costituzioni rigide, si lasciasse ingabbiare entro schemi troppo vincolanti. Da qui l'inevitabile rifluire del vizio di retroattività dal piano della illegalità a quello dell'illegittimità, dove, però, esso smarrisce ogni tratto peculiare finendo per apparire come il risultato non di una sussunzione ma di un (ben più lasco) bilanciamento<sup>15</sup>.

#### 4. La retroattività è un significativo vuoto

Come è noto, sono stati censiti vari gradi e modi della retroattività: ciò che accomuna tutte queste manifestazioni di un fenomeno (in tesi) unitario è che sempre la norma retroattiva provvede a riqualificare un fatto passato (nel senso che ad esso il legislatore ricollega effetti diversi rispetto a quelli originariamente contemplati); del pari, sempre la regola nuova troverà applicazione a partire dal momento in cui la *lex posterior* sarà entrata in vigore<sup>16</sup>. Nello spazio delimitato da queste due costanti si dispiega l'intero arco della retroattività la quale, pertanto, copre ipotesi che si distinguono le une dalle altre in ragione del punto temporale di decorrenza degli effetti istituiti dal *ius superveniens*. Le combinazioni possibili, in astratto, sono le seguenti: a) fatto riqualificato (che, come si è visto, appartiene per definizione al passato) - regola nuova (senza di che, peraltro, non avrebbe senso parlare di riqualificazione) - applicazione immediata - decorrenza *ex nunc*; b) fatto riqualificato - regola nuova - applicazione immediata - decorrenza *ex tunc*. Ad es., supponiamo che, in un dato paese, viga una norma alla stregua della quale il possesso dei requisiti «A», «B» e «C» implichi l'automatico conferimento della cittadinanza e il complementare acquisto del diritto alla somministrazione periodica di una somma di denaro *usque ad mortem*. Supponiamo, altresì, che, il 1° gennaio 2017, in quel paese entri in vigore una legge la quale revochi il vitalizio a quanti abbiano acquisito lo *status civitatis* in ragione del possesso di quei tre requisiti, in tal modo procedendo ad una riqualificazione del fatto che sin attua per il tramite della eliminazione di una porzione della sua originaria efficacia. Orbene, la revoca potrà decorrere dallo stesso 1° gennaio – con la conseguenza che i destinatari della nuova legge perderanno il diritto, ma potranno trattenere quanto percepito sino ad allora – ovvero, dal momento in cui erano venute in essere le condizioni per l'attribuzione della cittadinanza – con la conseguenza che il *ius superveniens* comporterà per i soggetti interessati l'obbligo di restituire le somme loro erogate sino a tutto il mese di dicembre del 2016.

Ho già ricordato come, secondo l'opinione ormai dominante, formulata a suo tempo da Pace con particolare chiarezza<sup>17</sup>, il primo caso integrerebbe gli estremi di una retroattività finta, o impropria, dovendo essere posto, viceversa, entro i confini della efficacia immediata della legge (e sempreché quest'ultima non contenga disposizioni intese a garantire l'ultrattività della *lex anterior* anche al di fuori del processo); mentre di una retroattività verace o propria si potrà parlare solo con riguardo al secondo caso. Tuttavia, la questione è più complicata di quanto possa apparire ad un primo esame. Immaginiamo, infatti, che all'entrata in vigore della nuova legge, un certo numero di

<sup>15</sup> Del resto, che il divieto di retroattività sia una regola contenutisticamente vuota è dimostrato dalla circostanza che il discorso intorno ad esso è sempre stato impostato secondo la logica del limite: una logica, però, diversa da quella del divieto (sempre che quest'ultimo venga preso sul serio). In epoca liberale, il limite era stato individuato ora nei diritti quesiti, ora nei fatti compiuti (su entrambe queste dottrine v. A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, Tratt.dir.priv.diretto da P. Rescigno, I (Torino, 1999), 470 s.); in epoca costituzionale nei diritti di libertà proclamati dalla Carta (v. G. GROTANELLI DE'SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività della legge* (Milano, 1970), 84 s.). Ma in entrambi i casi, il divieto è un *posterius*, cioè, appunto, la risultante di un bilanciamento e, quindi, a ben vedere, non è un divieto. Ad ulteriore riprova della difficoltà di catturare una specifica attitudine lesiva della retroattività si può richiamare proprio la vicenda dei diritti quesiti con riguardo ai quali è stato da tempo chiarito che, essi, al pari della ragionevolezza, del legittimo affidamento e della integrità della funzione giurisdizionale, rappresentano un limite non solo per le leggi *de praeterito*, ma anche per quelle *de futuro* (R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, Comm.cod.civ. diretto da A. Scialoja e F. Branca (Bologna, Roma), 1974, 113 s.). Quella del bilanciamento è la chiave di lettura del problema della retroattività opportunamente proposta da M. LUCIANI, *La dissoluzione della retroattività*, cit., 1836 s.

<sup>16</sup> Sulla dottrina dei gradi della retroattività v., riassuntivamente, M. TARCHI, *Le leggi di sanatoria*, cit., 136 s.

<sup>17</sup> G. PACE, *Il diritto transitorio*, cit., 299 s.

consociati stesse maturando le condizioni per l'acquisto della cittadinanza e, dunque, anche della pretesa al vitalizio: ora, è evidente che la posizione di chi è portatore di una semplice aspettativa è molto diversa da quella di chi è già titolare del diritto, ma questa radicale diversità dipende da una circostanza che, destinata a rimanere invisibile nel vigore della vecchia legge, si manifesta chiaramente allorché quest'ultima venga soppiantata dalla nuova. Mi riferisco al fatto che, mentre per chi non ha ancora guadagnato la pienezza della sua posizione giuridica la regola nuova è integralmente proiettata verso il futuro, per chi del diritto sia già titolare, la legge abrogativa è sempre rivolta verso il passato, perché anche la decorrenza *ex nunc* dell'effetto nuovo (estintivo, nel nostro esempio) presuppone, per forza di cose, la riqualificazione del fatto generatore degli effetti originari sui quali il legislatore intende intervenire. Sarà anche una forma di retroattività debole o impropria, ma pur sempre di retroattività si tratta: e, d'altra parte, non è senza significato che solo tramite una disposizione *ad hoc* possa conseguirsi l'ultrattività del *ius vetum*.

Per altro verso, è evidente che l'effetto estintivo del diritto al vitalizio, ovvero quello costitutivo dell'obbligo restitutorio, si produrranno in concomitanza con l'entrata in vigore della nuova legge, e, dunque, nel presente: quest'ultimo descrive l'orizzonte temporale intrascendibile dell'efficacia giuridica, sicché non vi sarà margine per distinguere, almeno sotto questo profilo, l'efficacia *ex tunc* dall'efficacia *ex nunc*<sup>18</sup>. Se ora proviamo a comporre i due segmenti di questo schizzo, si vedrà come la norma retroattiva, sotto il profilo strutturale, risulterà caratterizzata dalla riqualificazione di una fattispecie già nota al sistema mentre, sotto il profilo funzionale, essa presenterà una gamma di effetti diversi da quelli previsti *ab origine* (senza di che, ripeto, non si potrebbe avere riqualificazione) i quali potranno variare, per qualità o per intensità, a seconda del termine di decorrenza. Si tratta, dunque, di una tecnica di costruzione della regola giuridica in cui il passato (il quale compare nelle vesti di un fatto già incluso tra quelli rilevanti per il diritto), guadagna una peculiare visibilità attraverso il medio della riqualificazione, cui, poi, l'ordinamento, come si è già detto, può far seguire effetti diversamente modulati ma tutti, in ogni caso, destinati a concretizzarsi *ex nunc*, ossia nel presente<sup>19</sup>. È verosimile che lo schema proposto possa essere complicato: ma, per l'essenziale, la retroattività si riduce ad un'invariante (la riqualificazione di una fattispecie) e ad una variabile (il criterio temporale sulla base del quale determinare la misura degli effetti, a seconda che la *lex posterior* rinvi, o meno, alla *lex anterior* e al perfezionamento in concreto della fattispecie nella sua primitiva configurazione). Se, come credo, è a questo che la retroattività può riportarsi, siamo in presenza di un significativo vuoto, almeno dal punto di vista assiologico, nel senso che il disvalore di una norma retroattiva non è nel suo essere retroattiva ma nel suo essere lesiva di interessi costituzionalmente protetti (come, appunto, testimoniato dalla giurisprudenza della corte costituzionale). Tutt'al più, si potrà dire che una disposizione congegnata in modo retroattivo sia più incline a nuocere di quanto non lo sia una regola strutturata in modo canonico: ma si tratterebbe, in ogni caso, di una constatazione solo empirica, prescrittivamente neutra e, dunque, del tutto inidonea a dare un qualche fondamento al sempre più misterioso divieto dell'art.11 Prel.<sup>20</sup>

## 5. Una retroattività di secondo grado: la legge di interpretazione autentica

<sup>18</sup> In un ordine di idee non dissimile, M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1828.

<sup>19</sup> Se si accoglie la prospettiva indicata nel testo, la distinzione tra efficacia *ex tunc* ed efficacia *ex nunc* si presenta assai meno ovvia di quanto non possa apparire inizialmente. Come ho già detto, l'efficacia giuridica (da intendersi nel senso di concreta produzione di effetti) è iscritta nel presente, perché le modificazioni che essa introduce nel mondo del diritto non possono che determinarsi *hic et nunc*. Quella che noi denominiamo efficacia *ex tunc* è, in realtà, una specifica modalità di determinazione del contenuto dell'effetto, che si avvale del riferimento ad una fase temporale anteriore al momento in cui l'effetto viene in essere.

<sup>20</sup> E, del resto, non è un caso che l'uso della retroattività come modalità di confezionamento di una regola legale sia fatta oggetto di inviti alla cautela da parte della Corte costituzionale, la quale, prima di passare ad un esame nel merito della disposizione retroattiva sottoposta al suo vaglio, spesso raccomanda al legislatore una certa cautela. Una prosa degna della manzoniana interlocuzione «tra due potestà, due canizie», che vale a rafforzare l'idea che l'art.11 Prel. sia, nella sostanza, una direttiva di carattere politico mascherata da norma giuridica.

Occuparsi della retroattività della legge civile significa imbattersi, inevitabilmente, nella interpretazione autentica della legge. Infatti, le leggi di interpretazione autentica sono considerate leggi naturalmente retroattive<sup>21</sup> le quali presentano, rispetto al figurino ideale consegnatoci dalla dottrina dello stato di diritto, un ulteriore profilo di anomalia riconducibile alla circostanza che qui un'attività tipicamente riservata al giudice viene svolta da altro potere dello stato, ossia dal legislatore. Sulla retroattività (e i suoi limiti) delle leggi di interpretazione autentica tornerò da qui a breve: prima vorrei soffermarmi su questo secondo punto il quale, a mio avviso, merita, anche per le sue implicazioni di carattere generale, una autonoma considerazione.

In primo luogo, bisogna osservare come l'idea per la quale, con la legge di interpretazione autentica, la funzione legislativa sperimenterebbe uno sdoppiamento in una forma nomotetica e in una sostanza nomofilattica ne presuppone un'altra, pericolosa e bislacca al contempo, e cioè che l'esegesi del legislatore sia assimilabile a quella del giudice. Oggi, più bislacca che pericolosa, per le ragioni che indicherò subito: e, tuttavia, sul punto è bene fare chiarezza perché modelli culturali a lungo dominanti, anche se in crisi e avviati al tramonto, presentano un elevato tasso di vischiosità e, dunque, possono sempre riemergere con effetti indesiderati e imprevisti. Il modello culturale cui alludo è quello dell'interpretazione ricognitiva, ovvero rivolta all'accertamento del significato immanente alla norma. Se riportato sulla scala dell'interpretazione autentica, questo paradigma presenta un inconveniente assai grave (dove, appunto, la sua pericolosità) che è quello di neutralizzare la retroattività della disposizione: in altri termini, l'esegesi legislativa si limiterebbe a portare alla luce il «vero» e unico significato del precetto, fino a quel momento malinteso o frainteso dalle corti, esaurendosi, pertanto, in un'attività di natura meramente ricognitiva e non regolativa<sup>22</sup>.

Tuttavia, il formalismo interpretativo - tessera cruciale del mosaico protopositivista e protoliberalista - è un modello largamente superato nella coscienza dei giuristi e degli operatori del diritto, sicché non mette conto ulteriormente intrattenersi sul punto. Come dice anche la giurisprudenza costituzionale richiamata al § 2, il legislatore interprete riscrive la disposizione interpretata sempre in continuità, tuttavia, con la sua formulazione originaria: e, anzi, questa viene considerata una delle condizioni richieste perché la legge, sottoposta all'esame della Consulta proprio in ragione della sua naturale retroattività, possa superare il vaglio di legittimità. Il giudice delle leggi, in altre parole, sembra fare propria la concezione kelseniana della disposizione come cornice semantica dalla quale ricavare uno dei possibili significati (norme) compatibili con il suo tenore letterale. Questo modo di vedere le cose è, in una certa misura, lo stesso che ispira la ormai prevalente rappresentazione dell'ermeneutica giudiziale della quale sempre più si parla come di un'attività creativa: dove la creatività, che non è, o non dovrebbe essere, sinonimo di arbitrio, sta ad indicare, per la verità, non tanto la compresenza di una pluralità di significati di cui l'enunciato legale sarebbe ospite (che è il vizio ontologista intrinseco alla prospettiva di Kelsen), quanto, piuttosto, la concorrenza di una pluralità dei possibili punti di avvio del processo argomentativo originato dall'incontro tra la *littera legis* e il caso concreto.

L'analogia, però, si arresta qui. Il legislatore interprete sceglie di promuovere una, tra le possibili letture, della disposizione interpretata (verosimilmente, ma non necessariamente, quella trascurata dalle Corti); il giudice, viceversa, sviluppa un percorso argomentativo, avvalendosi di una congerie di materiali diversi tra i quali figura, innanzitutto, la disposizione da applicarsi al caso concreto, di cui, all'esito di quel percorso, ipotizzerà una interpretazione congruente con il dato di realtà sottoposto al suo esame. Orbene, non si vede come queste due modalità di specificazione (nel caso del legislatore) e di concretizzazione (nel caso del giudice) di un testo possano essere appaiate,

<sup>21</sup> A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Comm.cod.civ. diretto da A. Scialoja e F. Branca (Bologna, Roma), 2011, 255.

<sup>22</sup> È evidente, infatti, che qualunque cosa sia la retroattività, essa può costituire un problema solo là dove alla norma retroattiva si riconosca un'efficacia innovativa dello stato di cose giuridico. Se, viceversa, l'interpretazione autentica viene descritta come mera illuminazione di un verbo già rivelato, la retroattività scompare e con essa tutte le cautele che dovrebbero correderla. Sul punto v. le penetranti osservazioni di A. PUGIOTTO, *L'irresistibile ultrattività della legge interpretata autenticamente*, Ann.Univ.Ferrara, XII, 1998, 1 s. e, *amplius*, A. PUGIOTTO, *La legge di interpretazione autentica e i suoi giudici*, cit., 109 s.

se non addirittura assimilate. E ciò sotto un duplice riguardo. Intanto, il legislatore opera attraverso l'immissione nel sistema di una nuova disposizione, che, *prima facie*, si porrà (si deve porre) in una relazione di continuità semantica con quella interpretata ma che, in ogni caso, necessita, al pari di quella originaria, di essere ridotta a norma in sede di interpretazione giudiziale<sup>23</sup>: anzi, nella maggior parte dei casi, la nuova disposizione nasce proprio dall'esigenza di contrastare la norma che le corti hanno ricavato dalla vecchia, imbrigliando la «creatività» di queste ultime attraverso la restrizione del dettato originario. Spetta al giudice, viceversa, trasformare la disposizione in norma perché soltanto attraverso il confronto con il caso si può arrivare a tanto: e, del resto, le regole formulate dall'art.12 Prel. possono essere intese solo se riferite all'interpretazione giudiziale, mentre risulterebbero del tutto incomprensibili se le si volesse riportare anche all'esegesi legislativa<sup>24</sup>.

Vi è poi una ulteriore, fondamentale differenza. È vero che la disposizione nuova, quella interpretativa, è frutto di un'attività di tipo conoscitivo (logico, diceva Betti) svolta dal *conditor iuris* sulla disposizione interpretata: ma è pur vero che essa si impone in virtù della forza di legge che le discende dal suo involucro istituzionale<sup>25</sup>. Nel caso della sentenza si verifica l'esatto contrario, giacché l'autorità di giudicato che ad essa compete è subordinato alla circostanza che il *iussum iudicis* sia sostenuto da un'adequata motivazione<sup>26</sup>. Alle corti: la disposizione nuova è una "interpretazione" (arrivati a questo punto, le virgolette sono d'obbligo) sostenuta da una prescrizione, il giudizio è una prescrizione sorretta da una interpretazione<sup>27</sup>.

La legge di interpretazione autentica, dunque, è soltanto una legge<sup>28</sup>. Essa esplica l'efficacia propria della tipologia di atti-fonte cui appartiene e introduce un *quid novi* nell'ordinamento in una

<sup>23</sup> A.PUGIOTTO, *La legge di interpretazione autentica e i suoi giudici*, cit., 92.

<sup>24</sup> Accolgo la distinzione tra «disposizione» e «norma», divenuta ormai di uso corrente sulla quale v. R.GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Tratt. dir. civ. comm., già diretto da A.Cicu, F.Messineo e L.Mengoni, continuato da P. Schlesinger (Milano, 2004), 99 s.

<sup>25</sup> E.BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Milano, 1971), 191-192.

<sup>26</sup> Come è noto, ai sensi dell'art.132, co.2, n.4 c.p.c., la sentenza deve contenere «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione» (al riguardo si veda anche l'art.118 delle Disp.att. del codice di rito). Anche a seguito della riforma del 2006, la quale ha notevolmente ristretto l'ambito di apprezzabilità in sede di gravame del vizio di motivazione, la sentenza che di quest'ultima sia priva è nulla e censurabile ai sensi dell'art.360, co.1, n.4 c.p.c. (Sez. Un., 22 - 9 - 2014, n.19881, <http://giustiziacivile.com>, con nota di N. L'Erario, *L'ermeneutica del novellato articolo 360 c.p.c. al vaglio della Suprema Corte*). È vero, quindi, come osserva C.CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in questa *Rivista.*, 2016, 987 che «la pronuncia del giudice non consiste soltanto nella lettura e nella spiegazione del significato della norma. Ciò che la caratterizza rispetto all'interpretazione *tout court* è il suo essere decisione, atto di imposizione di una volontà che è manifestazione di un potere. Quello che nessuna interpretazione per quanto autorevole come tale è in grado di avere». E, tuttavia, quello di cui è investito il giudice è un potere efficace alla sola condizione che si spieghi, perché il giudice deve giustificare la congruenza del caso con il testo eteronomo. E ciò solo vale ad escludere la pensabilità stessa, in sistemi di diritto scritto, della inclusione della giurisprudenza tra le fonti normative.

<sup>27</sup> Del resto, tutto questo è abbastanza ovvio. Anche nello stato democratico-costituzionale, la legge è manifestazione della sovranità e caratteristica della sovranità, a sua volta, è una prescrittività non argomentante. Certo, muta il fondamento del potere, mutano radicalmente le modalità del suo esercizio e si può dire, attingendo a Weber e al suo celebre binomio, che il sovrano assolutista e il sovrano democratico incarnano modelli di legittimità e di legalità antipodici. Tuttavia, per quanto distanti, questi due modelli mantengono un tratto comune, rappresentato dall'autosufficienza del comando sovrano - la forza di legge - che è incompatibile con la contestuale illustrazione dei fondamenti razionali della decisione tipica della sentenza (ad es., la S.C. è ferma nel censurare le pronunzie di appello che motivino solo *per relationem*, cioè rinviando alla motivazione del giudice di prime cure: così, da ultimo, Cass., 3 - 3 - 2016, n.4146, [www.ilfogliodelconsiglio.it](http://www.ilfogliodelconsiglio.it)).

<sup>28</sup> A questa medesima conclusione perviene A.PUGIOTTO, *La legge di interpretazione autentica e i suoi giudici*, cit., 212 s. il quale, però, a mio avviso, si spinge oltre là dove nega alla legge di interpretazione autentica una naturale inclinazione alla retroattività nel presupposto che il profilo logico-conoscitivo, nel quale si vorrebbe individuare una sua particolarità, è, in realtà, proprio dell'esercizio della funzione legislativa in generale. Ora, è vero che sempre il legislatore è sostenuto, nella sua azione, dalla conoscenza dell'ordinamento giuridico, rappresentando questa conoscenza il presupposto indefettibile di un minimo di razionalità dell'impresa legislativa. Tuttavia, è innegabile che, nel caso della legge di interpretazione autentica, lo sforzo conoscitivo del legislatore si concentra su uno specifico segmento del sistema (la disposizione interpretanda): donde, appunto, la naturale retroattività dell'atto di esegesi legislativa che impartisce ad un testo già in vigore una nuova formulazione, selezionata tra quelle in astratto compatibili con la formulazione originaria.

forma - quella della riduzione della originaria polivalenza semantica di altra precedente disposizione - che ne fa, come si è già detto, una legge retroattiva. Da questo punto di vista, essa non rappresenta una minaccia per la giurisdizione, nel senso che i due ambiti restano nettamente distinti: ciò non toglie, tuttavia, che la retroattività della legge di interpretazione autentica sia più insidiosa della retroattività ordinaria, nella misura in cui essa, proprio per il modo on cui opera, saldandosi alla legge vecchia, garantisce a quest'ultima, trasformata dal ritocco semantico apportatole dalla *lex posterior*, la medesima ultrattività di cui, in presenza di una retroattività ordinaria, godrebbe la *lex anterior* in virtù dell'applicazione del canone *tempus regit actum*. Si assiste qui, dunque, ad un'autentica eterogenesi dei fini (l'ultrattività messa al servizio di una retroattività in penombra), grazie alla quale alla regola vecchia/nuova viene consentito di valicare le Colonne d'Ercole del giudizio con una ben maggiore facilità di quanto non accada là dove il legislatore si limiti ad abrogare con efficacia *ex tunc*. Si spiega così, probabilmente, l'uso gladiatorio dell'art.6 della Carta promosso dalla CEDU, visto come argine ad una retroattività particolarmente insidiosa perché in grado di pregiudicare un valore primario come quello della parità della posizione delle parti nel processo; mentre, da questo punto di vista, sarebbe auspicabile che la nostra Corte meglio precisasse il ruolo del reale e persistente contrasto di giurisprudenza quale presupposto del ricorso alla tecnica dell'interpretazione autentica; là dove, ancora oggi, di esso la Consulta parla come di una delle possibili ragioni giustificative dell'esegesi legislativa, essendo sufficiente, per il resto, che la disposizione nuova assuma come vero un progetto di significato già rintracciabile, sia pure allo stato di latenza, nel vigore della disposizione originaria<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> L'idea che la legge di interpretazione autentica sia un atto interpretativo è bislacca almeno quanto quella secondo cui la giurisprudenza sarebbe fonte del diritto. Il primato che i sistemi di diritto scritto riconoscono alla legge non investe il solo piano della giurisdizione, ma anche quello dell'attività amministrativa e, perfino, quello della stessa legislazione. Tuttavia, quando abbia come destinatario il giudice, la supremazia della legge si traduce in una regola in base alla quale egli è tenuto a decidere la lite applicando una norma di legge (v.art.101, co.2 Cost.). In questo caso, però, il primato della fonte legale si risolve in una metaregola interpretativa che prescrive al giudice di selezionare, tra tutte le disposizioni *prima facie* congruenti con il caso di specie, soltanto quella (o quelle) che possiedano la forza di legge. Le direttive dettate dall'art.12 Prel., invece, attengono alla fase della vera e propria interpretazione del testo originariamente selezionato, presupponendo, appunto, una norma di primo livello che dica al giudice in che direzione orientare la ricerca non del significato, ma della disposizione. In altre parole, i giudici non soltanto non sono liberi di decidere in ragione, ad es., del proprio sentimento di giustizia (dando al caso una regola estemporanea), ma non sono neppure liberi di scegliere il testo a partire dal quale elaborare la propria ipotesi di soluzione della controversia, perché il canovaccio semantico su cui essi devono lavorare va rintracciato all'interno di una legge. Questo dato di sistema, insuperabile, non ha nulla a che vedere con il carattere ineliminabilmente discrezionale dell'interpretazione giudiziale. Anzi, si può affermare, con ogni verosimiglianza, che, sul piano storico, il primato della legge (ovvero, almeno agli albori della modernità giuridica, di quella particolarissima tipologia di legge che fu il codice civile) abbia rappresentato una efficace strategia di contenimento della creatività e dell'arbitrio dei tribunali, considerati, non a torto, un pericoloso retaggio dell'antico regime e un ostacolo, se non una minaccia, allo sviluppo dell'economia capitalistica. La discrezionalità del giudice non è mai stata in discussione: e, semmai, il problema, squisitamente politico - istituzionale, era quello di trovare un modo per amministrarla e, appunto, limitarla. In principio, il dispositivo di controllo adottato fu quello che, appunto, faceva perno sulla supremazia della legge e sul reticolo di concetti, categorie e connessioni logiche custodito dalla dottrina e trasfuso nei codici (sicché, come in un gioco di specchi, il "sistema" era, al contempo, norma e teoria): inevitabile presidio ideologico di quel programma di contenimento, il formalismo interpretativo, ossia il racconto dell'interpretazione nei termini di un'attività meramente ricognitiva. Nel corso del tempo, questo modello di disciplinamento della creatività del giudice è andato incontro a trasformazioni molto profonde, causate da processi interni ed esterni al sistema giuridico. L'equilibrio originario si è rotto e ne sono un chiaro segno proprio lo spazio sempre maggiore che la giurisprudenza si è ritagliata nell'opera di determinazione del significato da ascrivere all'enunciato legislativo, e il parallelo declino (l'eclissi, come dice Castronovo) del ruolo della dottrina. È un errore, però, dedurre dal primato che i giudici si sono guadagnati nell'attività di significazione dei testi legislativi (in danno della scienza giuridica) l'ingresso della giurisprudenza tra le fonti del diritto: le corti, infatti, hanno tolto ai dottori il monopolio della trasformazione dei testi in norme, ma non hanno per nulla scalfito il monopolio del legislatore in punto di istituzione dei testi (Su tutta la questione v., da ultimo, C.CASTRONOVO, *L'aporia*, cit., 981 s.). Per concludere: l'esegesi legislativa è inassimilabile all'interpretazione giudiziale perché, sia pure nelle forme che abbiamo visto, la legge di interpretazione autentica non va oltre l'istituzione di un testo; mentre l'interpretazione giudiziale non può ambire al rango di fonte del diritto perché essa si limita ad assegnare ad un testo (eteroistituito) un significato.