

DALLA NUOVA TECNICA DI SINDACATO DEL GIUDICE COSTITUZIONALE E DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO ALLA (AUSPICATA) NUOVA TECNICA DI REDAZIONE DEGLI ATTI LEGISLATIVI ED AMMINISTRATIVI IN PRESENZA DEI PRINCIPI DI TUTELA DELL’AFFIDAMENTO E DELLA IRRETROATTIVITÀ DEGLI ATTI LEGISLATIVI ED AMMINISTRATIVI*

61

di Giovanni Leone**

Sommario: 1. L’attualità del tema dell’affidamento in presenza di atti legislativi e amministrativi con valenza retroattiva. 2. La posizione della dottrina. 3. Le decisioni della Corte costituzionale in alcune materie: espropriazione, inquinamento, tributi, compensi, prestazioni e stipendi, pensioni. 4. La posizione delle Corti internazionali. 5. La necessità di rinvenire altri parametri.

1. L’attualità del tema dell’affidamento in presenza di atti legislativi e amministrativi con valenza retroattiva.

Afferma Benjamin Costant: «*La retroattività è il più grande attentato che la legge possa commettere: essa è la lacerazione del patto sociale, è l’annullamento delle condizioni in virtù delle quali la società ha il diritto di esigere l’obbedienza dell’individuo, poiché gli rapisce le garanzie che ad esso assicurò in cambio di quest’obbedienza, che è un sacrificio. La retroattività toglie alla legge il suo carattere; la legge che retroagisce non è più una legge*».1

L’eterno conflitto tra Stato e cittadino, amministrazione e amministrati, libertà e autorità, interesse pubblico ed interesse privato, non riesce a trovare un’utile e pacifica composizione non solo in presenza di atti amministrativi, allorquando la motivazione – requisito indispensabile in quanto richiesto dall’art. 3 della legge n. 241 del 1990 –, espressione del potere discrezionale, può essere sindacata dal Giudice amministrativo, ma anche se si è in

* *Su invito della redazione.*

** Professore ordinario di Diritto amministrativo – Università di Napoli “Federico II”.

1 Discorso sulla legge sulla stampa, *Moniteur*, 1 giugno 1828, p. 755.

presenza di una norma che incide sulle posizioni giuridiche soggettive, che talora, per praticità, vengono definite ‘*diritti quesiti*’, ossia consolidati², in forza di un *affidamento* nel comportamento che ha serbato il destinatario della norma nei confronti del legislatore³.

Questo conflitto non ha, all’evidenza, interessato esclusivamente i giuristi, ma ha pure coinvolto i filosofi, quali, ad es., Hegel ed i suoi epigoni, ma ancor prima Rousseau, che privilegiavano l’interesse pubblico, naturale espressione della cd. religione civile, oppure Locke ed i suoi seguaci, che, a loro volta, ponevano il cittadino, la persona, in una sfera di intangibilità che può esser compressa o limitata solo in casi del tutto eccezionali⁴.

In disparte l’oramai acquisita consapevolezza del principio di irretroattività della norma penale sancita nelle moderne costituzioni (art. 25, comma 2, Cost.), estensibile alle sanzioni di carattere amministrativo⁵, le ragioni del conflitto si manifestano in tutta la loro crudezza nelle cd. “*vicende in corso*” che attivano o sono attivate da procedimenti amministrativi, in diretta emanazione - il più delle volte - di norme di legge, quando la dinamica dei rapporti giuridici non è definita, oppure non è conclusa. Talvolta il legislatore è portato a dichiarare che l’atto normativo (ed anche quello amministrativo) nuovo o sopravvenuto non può incidere, né applicarsi alle preesistenti vicende giuridiche⁶. La problematica si fa più acuta, invece, qualora l’atto, normativo o amministrativo, tenda a far valere i propri effetti negativi su una vicenda tuttora in corso di svolgimento o, addirittura, su una situazione o un rapporto giuridico da tempo definito⁷.

2 Dal latino *consolidare*, ossia rendere solido o duraturo.

3 La problematica affrontata nel presente lavoro riguarda il *jus superveniens* che incide sui rapporti tra Stato-amministrazione e i cittadini, e non anche i rapporti tra i cittadini tra loro.

4 Sull’evoluzione filosofica del concetto di legge v. Fassò, *Legge (teoria generale)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, XXIII, 783 ss.

5 V. da ultimo, Cass., 20 maggio 2014, n. 11025, in *Ced Cass.*, 2014 (in tema di sanzioni nei confronti di avvocati); TAR Piemonte, 25 giugno 2014, n. 1121, in *Pluris data*, in tema di sanzioni cd. depenalizzate. Si rinvia, per la verità, qualche orientamento dissonante: TAR Emilia Romagna, Bologna, I sez., 14 gennaio 2015, n. 2, *ivi*, in tema di sanzioni edilizie.

6 V., ad es., l’art. 3 della legge n. 385 del 29 luglio 1980, che dichiarava la non applicabilità delle nuove disposizioni relative ai criteri di determinazione dell’indennità di esproprio se la liquidazione dell’indennità fosse divenuta definitiva, o non impugnabile, oppure definita con sentenza passata in giudicato.

7 Di qui la distinzione tra retroattività propria ed impropria, la prima caratterizzata dal fatto che la nuova legge riconnette effetti giuridici a fattispecie esauritesi in passato; la seconda ricorre quando non dispone solo per il futuro, ma anche quando incide su rapporti in corso o fattispecie *in itinere*, non concluse, comprimendo un diritto atteso o ledendo l’affidamento generato dalla normativa precedente. V. anche *infra*, § 2. Sul punto cfr. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001, 21 s., per il quale la tutela dell’affidamento è equivalente al concetto di certezza giuridica.

Si possono cambiare, in altre parole, le regole del gioco quando i giocatori sono in campo o il campionato è ancora in corso?

Il quesito si sostanzia, in realtà, sulla legittimità dell'intervento del legislatore e dell'Amministrazione pubblica sui rapporti in corso intercorrenti tra la medesima Amministrazione e gli amministrati mediante una disposizione con contenuto ed effetti retroattivi, o comunque incidente sui rapporti giuridici *in itinere* formati sulla scorta di previgenti disposizioni normative. E se ciò possa o meno comportare la violazione del principio del legittimo affidamento - oltre che del principio di certezza del diritto - che nutre il cittadino nei confronti dello Stato⁸.

Il problema della retroattività del cd. *jus superveniens* è stato a lungo oggetto dell'indagine dottrina e giurisprudenziale, come ora si vedrà.

Tuttavia, anche il legislatore ha posto mano alla problematica in questione: « *La legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo* ». Così l'art. 11 delle preleggi, il quale esprime un principio di grandissima civiltà (ereditato dal pensiero filosofico prima richiamato) ed al tempo stesso un'ovvietà.

Un principio di grandissima civiltà, in quanto i destinatari del potere legislativo devono conoscere in anticipo (la conoscenza della legge non ammette deroghe), ossia dalla data di entrata in vigore del precetto normativo, quali sono le conseguenze cui si può andare incontro (sanzione) in caso di inosservanza del comando; sicché costoro devono attrezzarsi con un certo margine di tempo, breve o lungo che sia, e adottare comportamenti consoni al precetto.

⁸ Sulla equivalenza tra affidamento e certezza v. Alpa, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006, 37, secondo cui la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Marckx del 1979 ha riconosciuto come principio fondante della Carta europea dei diritti dell'uomo la certezza del diritto, intesa come legittimo affidamento a non essere esposti a pericoli; di qui il valore dell'affidamento a non essere esposti ad alcun arbitrio ed a poter contare sull'applicazione di regole di diritto. Sempre secondo questo A., *ivi*, 15, ulteriori articolazioni della certezza del diritto sono la certezza nell'esercizio del potere che deve svolgersi entro i canoni della legalità, sia che esso appartenga al legislatore, al giudice o all'amministrazione pubblica. Non tutta la dottrina condivide l'omogeneità della certezza con l'affidamento: sul punto v. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale ed internazionale*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa tenuto presso l'Università di Roma 3, in data 18 settembre 2014, p. 5 dell'elaborato, anche in *Dir. Pubbl.*, 2014. In generale, sulla certezza del diritto si vedano, oltre alle varie opinioni riportate da Gianformaggio, *Certezza del diritto*, voce in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1988, II, 275 ss.; Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. it. fil. dir.*, 1951, 150, nonché *Principi generali del diritto*, voce in *Nss. Dig. it.* Torino, 1968, XIII, 894, il quale considera la tutela dell'affidamento quale principio generale applicabile anche ai rapporti di diritto pubblico; Corsale, *Certezza del diritto*, voce in *Enc. giur.*, 1988, VI; Ruggeri - Salazar, *Certezza del diritto*, voce in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di Cassese, 2006, 847 ss. Di particolare interesse è il lavoro di Romano Tassone, *Amministrazione pubblica e produzione di « certezza »: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867.

Ma che esprime al contempo un'ovvietà, per la semplice ragione che - salvo il caso di legge cd. interpretativa, di cui di qui a poco - la conoscenza presunta della norma impone ai destinatari un comportamento di osservanza che solo dalla data della sua pubblicazione è lecito attendersi.

È pacifico, per non dire lapalissiano, che soltanto con la conoscenza della legge pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale (o Bollettino regionale per le leggi regionali) i destinatari della norma sono posti in condizione di adeguare i propri comportamenti giuridici alle disposizioni che il legislatore ha introdotto.

Diverso e peculiare, ancorché non particolarmente diffuso, è il fenomeno della legge interpretativa⁹, espressione del potere di interpretazione autentica del legislatore, la quale comunque impone un comportamento agli amministrati non dalla data della sua entrata in vigore, bensì, con una *fictio*, da quella della legge anteriore interpretata, provocando effetti *ex tunc*, in quanto il legislatore ha inteso chiarire, mediante il nuovo intervento, il proprio pensiero oscuro, rimuovere un'imperfezione tecnica insita nella "vecchia legge"¹⁰, oppure se quest'ultima aveva dato origine a due o più interpretazioni di attuazione del precetto¹¹,

9 L'atteggiamento della dottrina non è stato particolarmente benevolo nei confronti dell'uso, da parte del legislatore, spesso disinvolto se non abnorme delle leggi interpretative: cfr. Rescigno, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 770 ss.; Castellano, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1971, 593; Lener, *L'eccesso di potere del legislatore e i giudici*, in *Foro it.*, 1981, V, 105; Tarchi, *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o di bisticcio?) fra Parlamento e giudici*, in *Foro it.*, 1988, I, 1350; Gelmetti, *Osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione autentica e retroattività della legge*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 71 s. Per un'ampia rassegna ragionata della giurisprudenza v. Pugiotta, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium Juris*, 1997, 64 e *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2001. Secondo Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 194 ss., la legge interpretativa e la legge interpretata costituiscono una sola ed unica volontà del legislatore.

La legge interpretativa è, all'evidenza, una legge retroattiva. I rapporti di durata possono tanto essere incisi da una legge interpretativa-retroattiva, quanto da una legge che, pur valendo per il futuro, voglia modificare situazioni che nel passato hanno trovato un determinato assetto.

10 La Corte di Strasburgo ha ritenuto non contrari all'art. 6 CEDU l'emanazione di norme volte a porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata, cercando di ripristinare l'originaria volontà del legislatore: cfr. sentenze *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, 23 ottobre 1997 e *OGIS-Institut Stanislas e altri c. Francia* del 27 maggio 2004. In quest'ultima decisione è stato inoltre precisato che, diversamente dal caso *Zielinski e altri c. Francia*, del 28 ottobre 1999, l'intervento del legislatore, avente effetti retroattivi, non aveva lo scopo di sostenere la posizione assunta dall'Amministrazione dinanzi al giudice, ma porre rimedio ad un errore tecnico di diritto, al fine di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore, nel rispetto di un principio di perequazione. La Corte ha poi asserito che gli interessati non avrebbero potuto validamente invocare un "diritto" tecnicamente errato o carente, e dolersi dell'intervento del legislatore teso a chiarire il contenuto ed i limiti che la legge interpretata contemplava.

11 La Corte costituzionale ha evidenziato che un intervento legislativo di tale tipo non può reputarsi costituzionalmente illegittimo « *qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già*

ancorché esso incida su atti ed attività posti in essere in attuazione della legge interpretata, confermare atti ed attività generati in ossequio al “nuovo”, rinnovato volere, oppure ancora imporre, viceversa, a coloro che avevano creduto in un altro tipo di precetto, l’adeguamento di atti, attività e comportamenti al nuovo (ma in realtà precedente) comando. Precetto o comando, quindi, che vale *pro futuro* dettato dalla regola obbligatoria di condotta scritta nella legge¹², ma che dovrebbe valere anche per il passato, saldandosi la nuova disposizione con la precedente.

La ragione della “ovvietà” del principio scritto nell’art. 11 disp. prel. c.c.¹³ è rintracciabile nella considerazione che, poiché la legge comanda, vieta, permette, un tale precetto non può all’evidenza comandare, vietare o permettere, o comunque incidere su un atto che è stato compiuto in precedenza, nel passato. Non può, quindi, avere effetti retroattivi. Probabilmente, non era neppure necessario che l’art. 11 cit. recasse questa disposizione, tralaticciamente riportata dall’art. 2 delle preleggi del cod. civ. del 1865, che ha il suo diretto antenato, a sua volta, nell’art. 2 del Codice napoleonico (di identica dizione), e il più antico avo nel *Codex*

in essa contenuto, riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario»: ex plurimis sentenze n. 156 del 4 giugno 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 2005; n. 271 del 21 ottobre 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 296, con nota di D’Onghia; n. 257 del 30 settembre 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 3428; n. 209 dell’11 giugno 2010, *ivi*, 2417, con nota di Esposito e n. 24 del 30 gennaio 2009, *ivi*, 2009, 165, con nota di Spuntarelli, *La buona fede quale parametro di giudizio per la tutela del legittimo affidamento*. Difatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire « situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo », a causa di « un dibattito giurisprudenziale irrisolto » (sentenza n. 311 del 26 novembre 2009, in *Riv. dir. int.*, 2010, 163), o di « ristabilire un’interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore » (sentenza n. 311 del 2009 cit.), a tutela della certezza del diritto e dell’eguaglianza dei cittadini, cioè di « principi di preminente interesse costituzionale »; oppure ancora per porre rimedio a vicende applicative complesse ed impreviste al momento dell’emanazione della legge interpretata (sentenze n. 227 del 26 settembre 2014, in sito uff. della Corte; n. 1 del 5 gennaio 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 14, con nota di Carnevale, *La tutela del legittimo affidamento...cerca casa*; n. 74 del 28 marzo 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2411: quest’ultima comunque dichiara sussistere il canone di ragionevolezza e quindi rigetta la questione di legittimità). La tematica della certezza del diritto è stata a lungo arata dalla dottrina; per tutti v. gli atti del convegno di Firenze del 2-3 ottobre 1992, riuniti nel volume *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993.

12 Un problema di rilievo si pone allorché il legislatore, con il pretesto della legge formalmente interpretativa (ossia dichiarata tale), in concreto emana una norma che non poteva essere interpretata neppure lontanamente secondo quanto statuisce il dettato del *ius novum*. In questo caso si pone il problema della correttezza dell’operato del legislatore ed appurare se egli non abbia inteso, con la novella, raggiungere una fine diversa da quello previsto dall’ordinamento (se non abbia commesso, in altre parole, un cd. sviamento di potere legislativo). Sull’uso disinvolto del legislatore di questo strumento v. Del Prato, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, in *Giur. it.*, 2014, 25, che annota Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92, 29 maggio 2013, n. 103 e 27 giugno 2013, n. 160. Su tale argomento v. per tutti Scaccia, *Gli « strumenti » della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

13 Sulla superfluità dell’analogia norma dettata dall’art. 2 del codice civile del 1865 si esprime Saredo, *Trattato delle leggi*, Firenze, 1896, 277 ss.

de legibus (« *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari* »¹⁴).

Qual è la logica sottesa a tale evidentissimo principio? Probabilmente quella di rappresentare una sorta di monito per i governi ed i parlamenti di non ricadere nelle tentazioni in cui spesso erano incappati e che, per contingenti ragioni, avevano prodotto gravi nocimenti o proditorie vessazioni.

Ebbene, questo principio di così evidente ed agevole comprensione ha comportato e comporta tuttora notevoli difficoltà di carattere applicativo, nel senso che la (nuova) legge, abrogando la precedente, potrebbe dar luogo a risultati che incidono su situazioni nate in base alla precedente norma, e da questa disciplinate.

Sopra si è riferito che la retroattività della legge sarebbe di per sé illogica perché la legge non può essere obbligatoria prima della sua pubblicazione ed il suo contrario principio (*id est*, la irretroattività) non dovrebbe ammettere eccezioni, in quanto il legislatore non può comandare, vietare, permettere ciò che invece è stato già compiuto. Tuttavia, in concreto sappiamo bene che il legislatore può tutto, può essere illogico, ingiusto, arbitrario, in quanto ... *legibus solutus*. Senonché, all'inverso sono ipotizzabili casi in cui il legislatore interviene con logica, ragionevolezza, senso di giustizia, equanimità, per rimuovere situazioni nefaste che il precedente assetto normativo aveva tollerato o addirittura consentito. Non volendo risalire a tempi di oscurità del diritto, sicché sembrò senz'altro doverosa l'abolizione dell'istituto della schiavitù o quello della carcerazione a causa dei debiti contratti, dovrebbe ritenersi che sia il consenso sociale, di cui è espressione il potere legislativo, a ritenere che logica, giusta ed equa la modificazione di una determinata situazione giuridica con effetto retroattivo. Ciononostante non vorrei addentrarmi in un campo assai delicato e controverso sui rapporti tra sovranità popolare e sovranità del legislatore, nonché sui loro rapporti con il Giudice delle leggi (se non con i Giudici europei: CEDU e Corte di Giustizia UE)¹⁵.

La casistica è immensa e non pare il caso di riportare esempi¹⁶.

14 Nello stesso senso sono l'art. 11 del Codice Sardo, l'art. 5 del Cod. Estense e l'art. 7 del Codice Parmense degli Stati preunitari.

15 La configurazione di uno « speciale » rapporto fiduciario tra popolo e legislatore è messa in crisi dalla constatazione che non esiste analogo rapporto tra popolo e legislatore europeo, a causa dell'attribuzione del potere normativo alla Commissione o al Consiglio dei Capi di Governo e Capi di Stato, ma non al Parlamento europeo, che è organo di formazione elettiva.

16 Si pensi, nel passato, a quanto accadde in Francia con la legge 8 maggio 1816, abolitiva del divorzio introdotto con la rivoluzione del 1789, oppure con la legge 6 gennaio 1794 (*id est*, 17 nevosio anno II), che

È evidente che l'analisi del diritto positivo debba prescindere dalle norme o meglio dai precetti che la religione, la filosofia, la morale impongono; precetti, questi, definiti dal diritto naturale, che, secondo i più, se contenuto ed attuato in una norma di diritto positivo, ben potrebbe avere effetto retroattivo. Tuttavia, scopo del presente studio non è una (vana, quanto impropria per incapacità dell'autore) discettazione filosofica¹⁷, in quanto il suo proposito è costituito essenzialmente da applicazioni, si spera, utili e pratiche. Ragion per cui non conviene attribuire al diritto naturale quei caratteri assoluti che lo rappresentano come un diritto preesistente, immutabile, universale: in tal caso si correrebbe il rischio di interpretare il diritto positivo secondo canoni integralisti, oppure di far decidere le controversie - invece che dai giudici - dai filosofi, teologi, moralisti. Il miglior diritto, per il giurista, non è sempre il diritto naturale, ma solo quello praticabile o concretamente realizzabile¹⁸.

In buona sostanza, non è agevole aderire ad una piuttosto che ad un'altra applicazione ermeneutica della norma, se un fatto ha origine sotto la legge antica e le sue conseguenze si avverano e si manifestano sotto la nuova. Se si afferma che la nuova legge regola sempre tutti gli effetti del fatto anteriore, si cade nel vizio della retroattività; se, invece, si aderisce all'opinione che la legge antica regola anche per il futuro tutti gli effetti, anche indiretti e lontani, di un fatto antico, si cancella la forza e la cogenza della nuova legge, paralizzando in tal guisa il volere del legislatore.

Esiste una regola oggettiva ed infallibile?¹⁹

dichiarò nulle tutte le donazioni tra vivi disposte dopo il luglio 1789: esempi, questi, riportati in Marcadé, *Code Napoléon*, trad. da Golia, Napoli, Parigi, 1872, vol. I, 191.

¹⁷ Buona parte della discussione sconfinerebbe nelle più ampie problematiche della logica e della filosofia; perciò non è possibile individuare un'unica tendenza che orienti la trattazione.

¹⁸ Esprime tale opinione anche Démolombe, *Corso del Codice civile*, 1848, vol. I, 5. Sui rapporti tra diritto naturale e legge, Rousseau, *Il contratto sociale*, v. nella edizione RCS-Corriere della sera, con prefazione di Belardinelli, 2010, 37, così si esprime: « *Che cos'è dunque una legge? Fintanto che ci si accontenterà di legare a questo termine solo idee metafisiche, si continuerà a ragionare senza comprendersi e quando si sarà detto cos'è una legge di natura non si saprà meglio cos'è una legge dello Stato* »; e poi (ivi, 38) « *Quando tutto il popolo statuisce su tutto il popolo non considera che se stesso e, se allora si determina un rapporto, questo è tra l'oggetto intero sotto un punto di vista e l'oggetto intero sotto un altro punto di vista, senza alcuna decisione del tutto. In tal caso la materia su cui si statuisce è generale, così come la volontà che statuisce. È questo atto che io chiamo una legge* ».

¹⁹ Démolombe, *op. cit.*, 22, riferisce che « *la teorica della non retroattività delle leggi non è...capace di esser sottoposta con precisione a regole invariabili e certe; e di qui forse procede il laconismo del nostro articolo* » (art. 2 del Code Napoléon) « *veramente assai breve per un subbietto sì esteso e difficile. È specialmente una questione di giusta estimazione, cioè un continuo paragone in ciascuna ipotesi dei vantaggi e degli inconvenienti, dell'interesse pubblico e dell'interesse privato che trovansi in contrasto* ».

Ogni nuova legge crea delle speranze, delle aspettative (*attentes*): cosa accadrebbe se il legislatore distruggesse quelle aspettative e quelle speranze cui egli stesso aveva dato vita, se violasse le promesse fatte, se spezzasse il « *contratto sociale* »?20 D'altro canto, se si

20 È noto che la teoria « contrattualistica » dello Stato si fa risalire a Manegoldo di Lautenbach, il quale elaborò la prima, sia pure rudimentale, ma assai avanzata per quei tempi (XI secolo), versione democratica del contrattualismo, sostenendo che poiché il potere del popolo, provenendo da Dio, viene consegnato al sovrano, scelto dal popolo, qualora il re eserciti male il suo potere, violando il patto sancito con il popolo, quest'ultimo ha il diritto di ribellarsi, sino al tirannicidio. Sulla stessa linea si pone Rousseau, *op. cit., passim*, che adottò la fattispecie contrattuale e, quindi, il sinallagma, che non consente al sovrano di esercitare il suo ruolo *ad libitum*, potendo il popolo riappropriarsi della *potestas* a suo tempo delegata. Per Locke, *Secondo trattato sul governo*, in *Grande antologia filosofica*, Marzorati, Milano, 1968, vol. XIII, 619 ss. « *il fine grande e principale per cui gli uomini si riuniscono in comunità politiche e si sottopongono a un governo è la conservazione della loro proprietà. A questo fine infatti nello stato di natura mancano molte cose. In primo luogo manca una legge stabilita, fissa e conosciuta. In secondo luogo, nello stato di natura manca un giudice noto e imparziale, con l'autorità di decidere tutte le controversie in base ad una legge stabilita. In terzo luogo, nello stato di natura manca spesso un potere che sostenga e sorregga la sentenza, quando essa è giusta, e ne dia la dovuta esecuzione. Ma, sebbene gli uomini, quando entrano a far parte della società, rinuncino all'eguaglianza, libertà e potere esecutivo che avevano nello stato di natura, per riporre queste cose nelle mani della società, affinché il potere legislativo ne disponga nella misura richiesta dal bene della società, tuttavia, poiché ciascuno fa ciò soltanto con l'intenzione di meglio conservare per se stesso la libertà e la proprietà (dal momento che non si può supporre che nessuna creatura razionale cambi la propria condizione con l'intenzione di peggiorarla), non si può mai supporre che il potere della società, ossia il potere legislativo costituito dai membri della società, si estenda al di là del bene comune; anzi esso è obbligato ad assicurare a ciascuno la sua proprietà, prendendo provvedimenti contro quei tre difetti sopra menzionati, che fanno lo stato di natura così insicuro e disagiata. Perciò chiunque abbia il potere legislativo, ossia il potere supremo, di una comunità politica, è tenuto a governare con leggi stabilite e fisse, promulgate e rese note al popolo, e non con decreti estemporanei; deve servirsi di giudici imparziali e giusti, che devono decidere le controversie in base a quelle leggi; deve impiegare la forza della comunità all'interno soltanto per eseguire quelle leggi, o all'esterno per prevenire o riparare torti provocati da stranieri, e assicurare la comunità da incursioni e invasioni. E tutto ciò deve essere diretto a nessun altro fine, se non alla pace, alla sicurezza e al bene pubblico del popolo ».* Tale teoria è ripresa nel XX secolo da Rawls, il quale ha portato « *la teoria del contratto sociale su un più alto livello di astrazione. Lo stato di natura - che egli definisce 'la posizione originaria' - è contraddistinto da un 'velo di ignoranza', che rende gli individui inconsapevoli su 4 elementi. Il primo è la posizione (status) occupata da ciascuno attualmente e nella società che si formerà dopo il contratto sociale. Il secondo è la distribuzione tra gli individui di capacità e attitudini psico-fisiche. Il terzo è costituito dalle preferenze e dall'atteggiamento verso il rischio di ognuno. Il quarto elemento, infine, è fornito dalle altre variabili fondamentali quali, per es., età, censo, o situazione politica. Con queste ipotesi, Rawls immagina che gli individui, liberi e uguali, decidano le regole di una società giusta. Unanimemente gli individui si accorderanno su un sistema in cui "ogni persona ha un uguale diritto al più ampio sistema totale di eguali libertà fondamentali, compatibilmente con un simile sistema di libertà per tutti" e in cui "le ineguaglianze economiche e sociali devono essere: a) per il più grande beneficio dei meno avvantaggiati [...] e b) collegate a cariche e posizioni aperte in condizioni di equa eguaglianza di opportunità" (J. Rawls, *A theory of justice*, 1971). Tra i diversi Stati del mondo, ovvero tra tutte le soluzioni possibili, risulterà socialmente preferibile quella che massimizza il benessere dell'individuo che si trova al più basso livello di utilità » (così Vannini, *Contratto sociale, teoria del*, voce in *Dizionario di economia e finanza*, Treccani, 2012). È noto che a tale argomento ha dedicato il suo più conosciuto ed importante studio il filosofo ginevrino Jean Jacques Rousseau, *op. cit.*, 30, che afferma: « *La volontà generale è sempre retta e tende all'utilità pubblica; ma non ne deriva che le deliberazioni del popolo abbiano sempre la stessa rettitudine. Si vuole sempre il proprio bene, ma non sempre lo si scorge. Mai si corrompe il popolo, ma spesso lo si inganna ed è soltanto allora che sembra volere ciò che è male. C'è spesso molta differenza tra la volontà di tutti e la volontà generale; questa mira seriamente all'interesse comune, l'altra all'interesse privato e non è che una somma di volontà particolari; ma se si toglie da queste stesse volontà il più o il meno che si eliminano reciprocamente, resta, come somma delle differenze, la volontà generale ».* Il "contratto sociale" al quale fanno riferimento Rousseau e Locke, sia*

volessero rispettare tutte le speranze e le aspettative, una nuova legge non potrebbe giammai modificare la precedente e disciplinare i fatti generati dalla “vecchia” legge. Il principio che impone il rispetto delle speranze e delle aspettative concepite è attivato dall’utilità sociale; questa stessa utilità esige talvolta che non se ne tenga conto. Di qui la necessità che il legislatore scelga il male minore, che dipende dalla valutazione della maggiore o minore gravità degli inconvenienti che incidono sulle speranze e sulle aspettative.

Quanto ora riportato sollecita alcune riflessioni.

La speranza di acquistare un diritto o l’aspettativa sono tanto più tenui quanto più lontano o incerto è l’avvenimento da cui discende la realizzazione del diritto stesso; sicché la distruzione di tale speranza sarà tanto più lieve quanto difficili ed incerti saranno gli avvenimenti necessari affinché la speranza si trasformi in diritto. Invece, la speranza di conservare un diritto che si era cominciato ad esercitare è, di certo, più importante della mera speranza o aspettativa di conseguire quel diritto, e merita maggiore considerazione in relazione alla natura, o meglio al consolidamento di tal diritto (soprattutto se questo diritto è stato consacrato da un atto giuridico come un contratto, oppure sia trasmissibile)²¹.

Il diritto così inteso dovrebbe esser compreso nella categoria dei cd. diritti acquisiti (o quesiti), di cui il titolare si sia appropriato e che un terzo non potrebbe sottrarre.

Ma quali sono questi diritti quesiti?²² Sono semplicemente quelli entrati nella disponibilità del soggetto? Oppure sono quelli previsti dalla Costituzione, e come tali, ben più rilevanti e

pure con differenti declinazioni, è diametralmente opposto a quello immaginato da Hobbes nel suo *Leviatano*, del 1651 (tradotto e a cura di Micheli, Firenze, 1976, 94, 120 e 167, richiamato anche da Bin e Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2006, 16); contratto stipulato « tra ogni uomo e ciascun altro, con cui ognuno cede il proprio diritto ad un beneficiario, che non è personalmente parte del contratto », al quale sono attribuite le funzioni di governo.

²¹ Dà importanza al fluire del tempo la Corte costituzionale con le sentenze 4 giugno 2010, n. 197, in *Giust. civ.*, 2011, 1156 e 18 giugno 2014, n. 208, in *Giur. cost.*, 2008, 2391. Esprime l’opinione che il dato tempo non è costantemente apprezzabile in un senso o nell’altro Carnevale, *Legge di interpretazione autentica, tutela dell’affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del « tributo » pagato dal legislatore-interprete « in materia tributaria » al principio di salvaguardia dell’interpretazione « plausibile »*, in *Giur. it.*, 2001, 2418, il quale propone di separare canone di ragionevolezza (definito « attraente, ma vorace, onnivoro e un po’ personalizzante ») e tutela costituzionale dell’affidamento (ivi, 2419). Dello stesso autore v., unitamente a Pistorio, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinnanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in www.costituzionalismo.it, 2014.

²² La letteratura sul tema è sterminata. La disputa sulla teorica dei diritti quesiti (che sono tali in quanto entrano nel patrimonio del soggetto) è stata avanzata dalla cd. dottrina esegetica (Savigny, Merlin), contrastata da quella cd. pandettistica sul fatto compiuto (Windscheid), le quali convergono sulle conseguenze, per cui i fatti pendenti ricadono sotto l’impero della legge “antica”. Gianturco, *Sistema del diritto civile italiano*, Napoli, 1909, 129, riferisce che « la maggior parte della scuola tedesca e quasi tutta l’italiana, capitanata dal Gabba, propongono una sola regola, quella, cioè, che la legge nuova non può togliere o scemare efficacia al jus quaesitum, già

quindi intangibili? Il diritto di proprietà è un diritto garantito dalla Costituzione? Il solo fatto che la Costituzione contempli l'esistenza del diritto di proprietà, che il legislatore ne possa regolamentare l'uso (comma 2 dell'art. 42) e la sua tutela di per sé non ne comporta l'intangibilità. Anzi, esso è ben tangibile, purché sussista una causa di pubblica utilità (il successivo comma 3 parla di « *interesse generale* ») ed il pagamento di un'indennità (« *salvo indennizzo* »²³). La proprietà è violabile a certe condizioni (« *nei casi preveduti dalla legge* »: sempre il comma 3); così, alla stessa stregua, esiste il diritto di disporre dei propri beni *mortis causa*, anche se la legge può disciplinare « *le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità* » (comma 4), sebbene il diritto sia stato legittimamente acquisito.

Ebbene, una legge che dichiarasse nulli certi atti dispositivi della proprietà posti in essere legittimamente prima della sua entrata in vigore, quindi esplicasse un effetto retroattivo, sarebbe illegittima, per la semplice ragione che la Costituzione non contempla tale possibilità: l'irretroattività, in questo caso, sarebbe espressione di un principio costituzionale.

Al contempo, il legislatore può disciplinare l'uso e l'esercizio del diritto di proprietà con piena libertà d'azione *pro futuro* (senza, però, sminuirne ogni benché minima utilità); per il passato egli ha limitazioni dettate innanzi tutto da un forte interesse sociale che esige ed impone un uso diverso rispetto a quanto previsto da una precedente disposizione normativa, affinché l'interesse particolare possa piegarsi e recedere rispetto all'interesse generale²⁴. Alla stessa stregua dovrebbe ritenersi in merito all'iniziativa economica di impresa, la quale è libera (art. 41 Cost., comma 1), ancorché la legge possa assoggettarla a programmi e controlli (art. 41 Cost., comma 3). E se questi controlli o programmi dovessero intervenire con una legge che ne imponga la retroattività, comprimendo la libertà dell'imprenditore – non

irrevocabilmente congiuntosi colla persona o col patrimonio ». Egli critica la teorica del Savigny, secondo cui « *le leggi non retroagiscono sull'acquisto (Erwerb) dei diritti e retroagiscono sull'essere (Dasein) o sul modo d'essere dei diritti, in quanto nessuna regola egli ed i suoi seguaci hanno saputo formulare per distinguere l'acquisto dall'essere o modo d'essere dei diritti* » (ivi, 128). Il lavoro del Gabba, al quale si riferisce Gianturco, è *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1891.

²³ Ancorché la Corte costituzionale sulla congruità dell'indennità abbia detto tutto ed il contrario di tutto. Essa è stata costretta a ritenere (con la sentenza n. 348 del 24 ottobre 2007, in *Giur. it.*, 2008, 831) che l'indennità di esproprio vada commisurata al valore del bene solo dopo le numerose sentenze della Corte EDU, che avevano affermato la non congruità del criterio normativo italiano

²⁴ Dalloz, *Récueil périodique*, 1865, I, 113, riporta una sentenza della Cassazione (francese), che aveva affermato la legittimità di una norma che imponeva ai proprietari delle case già costruite e di quelle da costruire di realizzare pozzi neri al fine di non compromettere l'igiene e la sanità pubblica.

condizionata nel momento in cui aveva dato avvio ad attività non regolamentate da controlli e programmi, in quanto all'epoca non esistenti - tale diritto verrebbe illegittimamente compresso. Ben vengano programmi e controlli dettati da una nuova disposizione normativa; questi, però, non possono che valere per l'avvenire, per le future attività dell'imprenditore. Esiste, quindi, un primo limite, che è di natura costituzionale. Ossia, la norma può avere valore ed effetto retroattivo solo se non viola un diritto fondamentale della persona o non lede altri beni di primario rilievo sanciti o consacrati dalla Costituzione,²⁵ salvo che quest'ultima ne limiti l'esercizio.

Nell'esempio sopra riportato, il diritto di proprietà conseguito in base ad una norma preesistente può essere sottratto al suo titolare solo se sussistono una giusta dichiarazione di pubblica utilità ed il pagamento di un indennizzo; in mancanza di tali presupposti costituzionali, non potrà il legislatore estinguere il diritto di proprietà di quei beni. Ben potrebbe intervenire, allo stesso modo, una norma di modifica, *in melius*, del criterio di determinazione dell'indennità, se questa non sia stata ancora corrisposta o comunque il procedimento espropriativo non si sia ancora esaurito²⁶.

Ciò posto, il limite al legislatore di non introdurre leggi retroattive si rinviene solo nei diritti costituzionali garantiti? Oppure si potranno rintracciare analoghi principi in relazione ad altre posizioni giuridiche disciplinate da leggi ordinarie?

Come si è testé evidenziato, la legge non può essere retroattiva, nel senso che non può togliere ai titolari del diritto un bene che è nella loro disponibilità, o limitarne l'esercizio se ciò non è consentito dalla Costituzione. Ed in assenza di limiti, il legislatore, quale soggetto preposto ad individuare gli interessi generali della società ed a tradurli in atti aventi forza e natura di legge, può regolare il futuro come il passato. Il problema consiste, quindi, nell'accertare in concreto questi limiti.

Accanto ai diritti costituzionalmente garantiti esistono i diritti che leggi ordinarie hanno creato e disciplinato; ebbene, non sembra che per questi ultimi il regime dalla irretroattività

²⁵ La Costituzione rappresenta un vero e proprio spartiacque, perché ha introdotto in via generale il principio della non retroattività per le norme penali meno favorevoli (art. 25, comma 2), che si estende per analogia alle norme relative alle sanzioni amministrative (Corte Cost., 3 luglio 1967, n. 78, in *Giur. cost.*, 984).

²⁶ Il problema si è posto per le norme sopravvenute nel corso delle procedure espropriative di determinazione di criteri indennitari peggiorativi rispetto alle previgenti disposizioni. Il più delle volte il *jus superveniens* ha introdotto norme transitorie che hanno consentito l'applicazione della legge peggiorativa nei casi in cui il procedimento non fosse già definito o l'indennità non fosse definitivamente determinata secondo i criteri dettati dalla previgente norma (v. art. 35 della legge n. 865 del 1971).

debba mutare rispetto ai diritti di più forte radice (ossia quelli di derivazione costituzionale), per i quali la Costituzione pone limiti più o meno incisivi al legislatore per il loro libero esercizio. Tuttavia, poiché la retroattività travolge gli uni e gli altri, il rigore richiesto alla nuova norma (come dopo si vedrà) è dovuto in ogni caso.

La teorica dell'intangibilità dei diritti acquisiti è stata da lungo tempo contestata, posto che non v'è diritto acquisito che possa reggere il confronto contro il più grande e forte dei diritti, che è la « *felicità dello Stato e dei cittadini* »²⁷: trattasi di un'evidenza incontestabile, nel senso che « *gli uomini, per il fatto stesso che entrano in una società, debbono fare il sacrificio dei loro interessi privati in pro dell'interesse generale; altrimenti non sarebbe possibile alcuna società: la società non è altra cosa che il predominio degli'interessi generali sugli interessi individuali* ». ²⁸

Questa affermazione, così letta, sembra riscoprire un principio assoluto e incontrovertibile: ma non sempre è così; o meglio non sempre deve essere così. Appare opportuno, ben vero, distinguere gli “*interessi*”, le “*attese*”, le “*semplici aspettative*” dai “*diritti*” veri e propri; e poi, nell'ambito dei diritti, distinguere a loro volta i meri diritti dai diritti costituzionali. Dei primi (interessi, attese, semplici aspettative) di certo il legislatore potrà non tener conto, in quanto sacrificabili in vista di un interesse generale; i secondi, quelli “*costituzionali*”, potranno essere sacrificati solo e nella misura in cui la Costituzione contempla forme e modalità del sacrificio (modifica, limitazione o estinzione), e solo successivamente all'entrata in vigore della nuova norma, e non anche per quelle situazioni che si sono esaurite in forza della previgente normativa; dei meri diritti, infine, il legislatore potrà disporre se dovesse accertare che esistono altri diritti da prendere in maggiore e prevalente considerazione.

27 V. Dalloz, *Repertoire*, alla voce *Lois*, n. 192. È noto che alcune costituzioni (ad es., quella statunitense) contemplano il diritto alla felicità dei cittadini. Secondo Costant, *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes*, discorso tenuto all'Ateneo di Parigi nel 1819, ristampato in *Cours de politique constitutionnelle ou collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif*, Paris, 1861, II, 537 s., il carattere della libertà moderna è riposto in una totalità e universalità del sentire e del fare libero (a differenza dell'antica, che si restringeva al governo diretto della cosa pubblica da parte dei cittadini), e per aver inteso che la libertà moderna mira a ben altro che alla così detta felicità degli individui, ma s'indirizza al perfezionamento umano e, insomma, non è edonistica, ma etica (questo passo del pensiero di Costant è riportato da Croce, *Etica e politica*, Laterza, rist. 1967, 244).

28 Laurent, *Principii di diritto civile*, Milano, 1900, I, 170. Trattasi, in buona sostanza, della traduzione *ante litteram* del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione.

A titolo esemplificativo, il riconoscimento della perfetta equiparazione disposta da una legge tra figli legittimi e figli naturali²⁹ dovrebbe arrecare in favore di questi ultimi benefici *ex tunc*, quindi effetti retroattivi almeno nel periodo in cui il nuovo diritto (ossia, il diritto introdotto dal *jus superveniens*) potrà essere fatto valere (*id est*, nel periodo di prescrizione decennale): ciò in presenza sia di un testamento che reca la manifestazione di volontà del genitore, sia della precedente norma che privilegiava i figli legittimi.

Senonché, il “*patto o contratto sociale*” che si instaura tra il legislatore e gli individui non viene lacerato (per dirla alla Constant) allorquando mutano le preesistenti ragioni che hanno dato luogo alla previgente norma. E queste preesistenti ragioni consistono o in un assetto istituzionale (o costituzionale) diverso, radicalmente modificato (ad es., attraverso una rivoluzione, oppure una profonda modifica della Carta costituzionale); oppure ancora quando v'è una “*eccessiva onerosità sopravvenuta*” rispetto al precedente rapporto sinallagmatico in cui operava la previgente disciplina normativa, come si cercherà di dimostrare in prosieguo (§ 4).

Non si creda che attraverso il richiamo a tale istituto si voglia invocare un principio meramente civilistico (art. 1467 c.c.), che consente ad una parte del contratto di chiederne la risoluzione. Trattasi, a ben vedere, di un principio generale del diritto di certo mutuabile nel contesto della produzione normativa avente carattere retroattivo.

Ma su questo argomento ci intratterremo di qui a poco.

2. La posizione della dottrina.

La dottrina ha distinto la vigenza della legge come fonte-atto, ossia dalla data della sua pubblicazione (quindici giorni dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, ex art. 73, comma 3, Cost., oppure un termine diverso nei casi di urgenza dichiarata, ex art. 73, comma 2, a seconda di quanto non disponga il legislatore stesso), che corrisponde al momento della sua introduzione nell'ordinamento giuridico con l'esplicazione della propria efficacia

²⁹ L'art. 1 della legge 10 dicembre 2012, n. 219, al comma 11, dispone: « *Nel codice civile, le parole: “figli legittimi” e “figli naturali”, ovunque ricorrono, sono sostituite dalla seguente: “figli”* ».

innovativa; rispetto all'efficacia delle sue singole disposizioni³⁰, le quali possono riferirsi al passato (disposizioni retroattive), oppure ad un futuro più o meno lontano (disposizioni con efficacia differita)³¹. In altre parole, si suole distinguere tra disposizioni propriamente retroattive, nel senso che il legislatore interviene con una norma che incide in senso negativo su posizioni giuridiche già acquisite in capo al cittadino; e norme per le quali la retroattività è solo *impropria*, in quanto incide « *su rapporti di durata modificandone l'assetto per il futuro e così frustrando aspettative, per lo più economiche, delle parti* »³². Tale retroattività *impropria* riguarda posizioni giuridiche solo in parte consolidate, « *poiché il loro consolidamento è necessariamente proiettato per il futuro* ».³³ Senonché, la differenza, sotto il profilo sostanziale, non si pone, per la semplice ragione che occorre verificare, in concreto e volta per volta, se la norma sia suscettibile di arrecare danni nei confronti di coloro che hanno fatto affidamento sulla disciplina vigente al momento in cui hanno posto in essere le

30 Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, II, 1, 183, secondo cui non è la legge ad essere retroattiva ma alcune sue disposizioni, ove queste abbiano ad oggetto accadimenti anteriormente verificatisi. Sul punto v. altresì Grottanelli de' Santi, *La formazione delle leggi* (sub artt. 73-74), in *Commentario della Costituzione* a cura di Branca, Bologna, 1985, 234.

31 Cicconetti, *Promulgazione e pubblicazione delle leggi*, voce in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 100 ss.

32 Così Roselli, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Foro it.*, 1994, IV, 266 e in *Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, I, 327, il quale ritiene che la monografia di Fabio Merusi sull'affidamento del cittadino, all'epoca risalente a quasi un quarto di secolo, mantiene la sua attualità. Sulla distinzione tra retroattività propria ed impropria cfr. Parodi, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger, Milano, 2012, 104 ss. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna, 1974, 124 s., esclude che possa parlarsi di iperretroattività o di maggiore forza retroattiva nel caso di leggi che intendano disciplinare situazioni della vita che erano state oggetto, in base alla legge anteriore, di un regolamento definitivo; ma tutt'al più di un eccesso, di un sopruso legislativo, di un maggior attentato alla libertà, alla dignità, alla sicurezza individuale.

33 Così Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm.*, TAR, 2008, 1903; la quale ricorda (1904) che la problematica del legittimo affidamento nei confronti del legislatore è stata oggetto di studio da parte della giurisprudenza tedesca del *Bundesverfassungsgericht* (e della dottrina germanica, che l'A. richiama nella nota 26), la quale conferisce un notevole rilievo al peso dell'interesse pubblico e della sua eventuale derogabilità rispetto al sacrificio imposto in concreto alle posizioni giuridiche del cittadino che si contrappongono alla modifica normativa (1907). Il metodo adottato dalla Corte costituzionale tedesca « *consiste nell'applicazione del principio di proporzionalità, con i suoi tre parametri di sindacato dell'idoneità, secondo cui uno strumento appare idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato "allorché con il suo aiuto si possa sensibilmente favorire il (raggiungimento del) risultato desiderato"; della necessità, secondo cui uno strumento appare necessario per il raggiungimento dell'obiettivo soltanto qualora non ne sia disponibile nessun altro, egualmente efficace, ma che incida meno negativamente nella sfera del singolo (secondo l'idea dell'imposizione del mezzo più mite); della proporzionalità in senso stretto, secondo cui una misura adottata dai pubblici poteri non deve essere tale da gravare in maniera eccessiva sull'interessato e non deve risultare intollerabile (unzumutbar) per quest'ultimo* » (1908 s.).

proprie attività, e se esistano o meno limiti al potere latamente discrezionale (politico) del legislatore.

Si è sopra riferito che la legge è generalmente applicabile a fatti successivi al momento della sua entrata in vigore, con i limiti che sono stati volta per volta precisati e con la possibilità di introdurre una specifica norma con disposizioni aventi efficacia retroattiva³⁴ operando una *reformatio in pejus* delle posizioni giuridiche vantate dai destinatari della disciplina normativa previgente; ciò vale per tutte le materie, salvo che per le norme penali per le quali v'è una espressa, contraria disposizione costituzionale (art. 25)³⁵. Si è poi aggiunto, atteso che in passato il legislatore ordinario si era posto il problema della retroattività, introducendo il principio generale secondo cui « *La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo* » (art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale, approvate preliminarmente al codice civile con R.D. 16 marzo 1942, n. 262), che questo principio fosse derogabile o modificabile da un atto normativo di pari forza giuridica³⁶. Principio generale dell'ordinamento, che può essere disatteso dal legislatore, ma non dalle fonti di rango inferiore (come, ad es., i regolamenti).

Sempre la dottrina, pur prendendo atto che il principio di irretroattività della legge non è stato costituzionalizzato, ha avuto modo di puntualizzare che esso concerne esigenze fondamentali della vita collettiva, quali la certezza del diritto, la dignità del singolo, la buona fede e la sua fiducia nello Stato, che viene lesa ogni qual volta l'ordinamento giuridico venga modificato unilateralmente a cose fatte.³⁷ Pertanto, si riconosce che la scelta del legislatore di introdurre

34 Cfr. Pizzorusso, *Le fonti primarie*, in Pizzorusso e Ferreri, *Le fonti del diritto italiano*, I, *Le fonti scritte*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Sacco, Torino, 1988, 104.

35 V. tra le molte sentenze della Corte costituzionale: n. 393 del 23 novembre 2006, in *Corr. giur.*, 2007, 105; n. 236 del 22 luglio 2011, *ivi*, 2011, 1243; n. 15 del 26 gennaio 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 659; n. 78 del 5 aprile 2012, *ivi*, 2585; n. 103 del 29 maggio 2013, in *Giur. cost.*, 2013, 1780.

36 Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 96 s.; v. altresì, in questo senso, Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118, in *Giur. cost.*, 1957, 1067; 26 febbraio 1986, n. 42, in *Giur. it.*, 1987, I, 428. In proposito negli stessi sensi Cass., 8 ottobre 1990, n. 9899, *ivi*, 1991, I, 1444.

37 Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, 1990, 44.

Secondo autorevole dottrina (Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 67) « *In un sistema (legislativo) come il nostro, caratterizzato dall'esistenza di maggioranze parlamentari e da coalizioni di Governo politicamente non omogenee, si palesa in modo particolare l'esigenza della tutela degli interessi consolidati di fronte alla "discontinuità" ed alla "contraddittorietà" delle decisioni politiche e, sotto il profilo giuridico, tale tutela può essere, in parte, realizzata attraverso il principio di buona fede che vincola il legislatore* ». Su tale principio v. *infra* nel testo.

Ritengono di rinvenire la natura del principio in questione nel dovere di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost. e nel *neminem laedere*: Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 119, che afferma: « *il dovere di buona fede, conseguente all'obbligo di solidarietà tra soggetti, consiste nell'agire corretto, inteso come "giusto" (scilicet: conforme alle attuali esigenze sociali espresse negli standard*

una disposizione con effetti retroattivi, pur essendo latamente discrezionale, sia vincolata ad alcuni limiti³⁸.

La dottrina, anche rielaborando concetti e principi di derivazione giurisprudenziale, non ha esitato ad individuare innanzi tutto quello della necessaria tutela del legittimo affidamento, la cui compressione, se combinata con la produzione di effetti sfavorevoli irrimediabili o di particolare pregiudizio in capo ai beneficiari del trattamento iniziale, è sfociata in più occasioni nella declaratoria di incostituzionalità per la *reformatio in pejus*.³⁹ Difatti, « *il bene cui assicurare salvaguardia – l'affidamento del cittadino – esibisce uno standard di definitezza sicuramente più elevato che in altre situazioni, nel senso che si realizza una sensibile attenuazione di taluni aspetti, la cui incerta precisazione getta sulla tutela relativa una luce di più intensa problematicità: primo fra tutti quello relativo all'individuazione delle aspettative avanzate dai singoli nei riguardi della stabilità di un certo trattamento, dinanzi a successive manifestazioni deteriori della volontà legislativa* »⁴⁰. In taluni casi si può parlare di « *radicamento di un diritto alla tutela dell'affidamento del beneficiario del trattamento già all'atto dell'acquisizione della posizione di vantaggio, in quanto tale immediatamente*

di valutazione legislativa o giurisprudenziale) esercizio dei diritti nei confronti degli interessi alieni ». Egli poi esclude di rinvenire il fondamento della buona fede nell'art. 97 Cost., in quanto « *il rispetto dell'imparzialità non sempre consente la tutela della buona fede* », ma nell'obbligo di solidarietà ex art. 2 Cost. e nel dovere di agire senza recare danno ad altri (120 s.). Viceversa Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, *passim* ed in particolare 131 ss., sostiene che buona fede nel nostro ordinamento è un corollario del principio di imparzialità. V. altresì Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, in *Studi di diritto civile* diretti da Nicolò e Santoro Passarelli, Milano 1969, 151 ss., secondo cui il contenuto essenziale del dovere di buona fede consiste in un « *vero e proprio dovere inderogabile di non recare danno ad altri* »; a sua volta Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano 1962, II, 126, efficacemente precisa che « *sulla base di questa disciplina precostituita che i privati fanno i loro calcoli di convenienza: se un progetto, tenuto conto delle condizioni imposte dalla legge, si preannuncia economico, viene inoltrata domanda di concessione; diversamente il progetto viene abbandonato* ». Da ultimo, cfr. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. ec.*, 2001, 317 ss.

³⁸ Bonetti, *Il Parlamento, Commento all'art. 73 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto e Olivetti, Torino, 2006, 1426. Sulla discrezionalità della funzione legislativa v. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 995 ss., nonché *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 314 ss. e *Ragionevolezza (principio di)*, voce in *Enc. dir. (aggiornamento I)*, Milano, 1997, 898 ss., che non ammette una generalizzata discrezionalità del legislatore; Scaccia, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 1999, 411. V., altresì, Medugno, *Legge (vizi della)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XXIII, 1036, che richiama l'ampio dibattito sul punto.

³⁹ Così Carnevale, *Legge di interpretazione cit.*, 2418.

⁴⁰ Carnevale, *op. loc. cit.*

opponibile a fronte di modificazioni legislative peggiorative non adeguatamente giustificate, persino se adottate a ridosso dell'entrata in vigore della legge modificata ».⁴¹

Per Merusi, che meglio e più profondamente ha studiato la tematica della tutela dell'affidamento nel diritto pubblico⁴², la giurisprudenza costituzionale italiana e quella tedesca hanno sottolineato che « *la buona fede e la tutela dell'affidamento non derivano da una o più norme costituzionali, ma, al contrario, la buona fede è norma autonoma che può trovare qualche implicazione in qualche norma costituzionale* » rinvenuta vuoi nell'art. 3, vuoi nell'art. 2, vuoi ancora nell'art. 38 (per le controversie previdenziali), vuoi, infine, negli artt. 41 e 42 sull'iniziativa economica ed il diritto di proprietà.

Sulla stessa lunghezza d'onda si pone altra dottrina⁴³, secondo cui « *è stata sollevata più di una perplessità in ordine all'effettiva giustificatezza del preteso nesso tra ragionevolezza e tutela del legittimo affidamento. Infatti, il principio di ragionevolezza non riguarda il fondamento della tutela dell'affidamento, bensì l'applicazione del principio di buona fede per tutelare il legittimo affidamento del cittadino. In tal modo, il fondamento logico della tutela delle aspettative del cittadino può essere colto in un principio non scritto di buona fede oggettiva operante nei confronti del legislatore. Il principio di buona fede è, infatti, norma di integrazione di ogni ordine di produzione codificata del diritto, e principio costituzionale. Pertanto, alla luce del principio di buona fede oggettiva, la Corte dovrebbe valutare se nel giudizio di ponderazione degli interessi il legislatore abbia rispettato il canone di correttezza. La buona fede è in quest o senso "un parametro di giudizio" che si presta ad una verifica giudiziale per "sintomi". In tal modo, il giudizio verte sia sulla ragionevolezza delle esigenze che hanno determinato la retroattività della disposizione, sia sulla ragionevolezza dell'affidamento. Se il parametro di giudizio della Corte è la buona fede, e non la*

⁴¹ Carnevale, *op. loc. cit.* La dottrina francese distingue tra *situations juridiques non contractuelles*, in cui prevale il principio dell'applicazione immediata della legge nuova, dalle *situations contractuelles*, che sono regolate dal principio opposto della legge antica: le eccezioni sono giustificate in presenza di un ordine pubblico particolarmente imperativo: v. sul punto Giuliani, *La retroattività della legge*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, II ed., Torino, 1999, 479.

⁴² Merusi, *Buona fede e affidamento*, cit., 6 s., per il quale (7 s.) « *la buona fede non è un principio costituzionale, è anche un principio costituzionale* », in quanto « *è una norma verticale, non un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti...norma di integrazione di ogni ponderazione codificata del diritto costituzionale, legislativo, regolamentare e ora anche comunitario* ».

⁴³ Spuntarelli, *La buona fede*, cit., che richiama (e condivide) il pensiero di Merusi. Sull'ampia operatività del principio di correttezza da cui sono desumibili regole di azione rispetto sia all'esercizio di un potere che all'adempimento di un dovere v. Cass. Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 440, con annotazione di Di Majo, *Le forme di tutela contro i cosiddetti « poteri privati »*.

ragionevolezza, la relazione da sottoporre a scrutinio non intercorre tra norma retroattiva e legittimo affidamento alla luce del principio di ragionevolezza, ma tra ragionevolezza della norma retroattiva e ragionevolezza dell'affidamento alla luce del principio di buona fede oggettiva: infatti, "è la norma di integrazione [principio di buona fede] che va applicata secondo il principio di ragionevolezza, non la ragionevolezza che implica e impone la tutela dell'affidamento" ».

E non par dubbio che la clausola generale della buona fede, quale obbligo di non contraddizione e dovere di correttezza, può trovare applicazione anche nel comportamento assunto in precedenza dal legislatore, che ha generato delle aspettative.⁴⁴ In sintesi, secondo questa teorica, la buona fede ha un fondamento costituzionale (anzi si può ritenere principio costituzionale non scritto), si traduce nell'obbligo di prendere in considerazione la situazione di affidamento precedentemente generata dallo stesso legislatore, e può essere violata solo in presenza di motivi giustificati comparativamente prevalenti sulle posizioni di vantaggio in precedenza assunte⁴⁵.

In sintesi, dalla giurisprudenza italiana e tedesca il Merusi⁴⁶ trae una serie di assunti, che appaiono del tutto condivisibili: la buona fede, che è principio costituzionale non scritto e regola anche l'attività legislativa, impone al legislatore di valutare gli interessi in conflitto ed in particolare delle aspettative e dell'affidamento formati su suoi precedenti comportamenti, in modo tale da consentirgli di violare l'affidamento stesso in presenza di interessi comparativamente prevalenti. Detto principio di buona fede non assicura quindi la tutela automatica dell'affidamento, che situazione giuridica preliminare ed autonoma nel giudizio costituzionale, rispetto al principio di buona fede.

Il fenomeno che ha sovente caratterizzato la retroattività si rinviene nelle leggi che hanno natura sostanziale di provvedimento amministrativo e di contratto.

Uno dei primi studi postcostituzionali di rilievo sul fenomeno delle leggi-contratto si deve al Guarino, che rintraccia in tale categoria anche le leggi cd. incentivo, che spingono i privati a svolgere attività imprenditoriali con vantaggi di carattere economico, quali esenzioni fiscali,

44 Merusi, *op. cit.*, 44.

45 Merusi, *op. cit.*, 46 s., secondo cui spetta all'interprete la ricostruzione della ponderazione degli interessi in gioco, con tratti assai simili a quelli adottati dalla giurisprudenza amministrativa sull'eccesso di potere. Sul punto v. *infra*.

46 Merusi, *op. cit.*, 48.

agevolazioni varie, ecc., e le leggi cd. di conferimento, che danno luogo ad atti amministrativi, quali, contributi, premi, conferimenti, partecipazioni, ecc. Le prime sono caratterizzate da attività di privati di contenuto quasi sempre economico,⁴⁷ attribuendo a costoro un vantaggio che assume natura di controprestazione. Se non vi fosse la legge, l'attività sollecitata dallo Stato non sarebbe compiuta o sarebbe compiuta con forme diverse.⁴⁸ Il Guarino si pone il problema, diverso da quello sino ad allora approfondito dalla dottrina, di quale sia « *il rapporto che si viene a creare tra la legge e la volontà autonoma del privato* », sicché « *la insufficienza di una visione meramente amministrativistica è dimostrata del resto dalla circostanza che in diritto privato...si hanno fattispecie assai prossime a quella della legge incentivo, quali la "promessa" e la "offerta al pubblico", ed anche questi atti possono essere seguiti da meccanismi di attuazione corrispondenti a quelli sopra esposti per la legge* »⁴⁹.

Lo studio in questione, ancorché datato, è tuttora ricco di suggestioni, in quanto, al di là dell'oggetto (incentrato sulle leggi di incentivazione e di indirizzo), miscela abilmente profili amministrativi, ossia l'atto quale manifestazione della volontà del potere amministrativo, con quelli privatistici, ovvero la domanda del privato, che generano entrambi l'incontro delle due volontà (« *accettazione dell'offerta contenuta nella legge* »): offerta e promessa al pubblico dell'Amministrazione pubblica (consentite, o meglio sollecitate dalla norma statutale), il cui substrato è costituito dalla « *impegnatività* ». Dopo aver precisato che l'esigenza dell'impegnatività non può essere modificata per decisione unilaterale di una sola delle parti, e che il privato fa affidamento sul fatto che questa legge resterà ferma anche dopo che l'iniziativa sarà portata a termine (se no, « *il rapporto si risolverebbe in un inganno a danno del soggetto privato, tanto più ingiusto in quanto lo Stato avrebbe fatto ricorso al suo atto più impegnativo, la legge, per creare per il privato, un vero e proprio trabocchetto* »), il Guarino evidenzia che « *i principi dell'affidamento e della buona fede hanno una portata generale e valgono non solo per i contratti formalmente privati, ma per ogni rapporto*

47 Guarino, *op. cit.*, 131 ss.: « *I rapporti tra le leggi-incentivo e le leggi-contratto sono in parte intuitivi, in quanto analoghi a quelli tra le offerte al pubblico e i contratti singoli. La legge contratto si riferisce a rapporti singoli, per i quali le condizioni sono state già concordate tra le parti. La legge-incentivo ha invece un contenuto sempre generale ed è frutto dell'iniziativa unilaterale dello Stato* » (ivi, 142).

48 Guarino, *op. cit.*, 135, si domanda se sia « *lecito che la legge prometta di esentare dalle imposte le rendite dei buoni del Tesoro e, dopo che il prestito pubblico sia stato interamente coperto, revochi tale vantaggio...se a distanza di anni dalla costruzione delle navi* » (che ha conseguito benefici economici) « *la legge possa imporre la restituzione dei contributi accordati* ».

49 Ivi, 137.

paritario »⁵⁰; pur tuttavia esistono casi in cui lo Stato non può rinunciare ad esercitare i suoi poteri legislativi nei confronti della controparte privata. Ciò può accadere con precisi limiti: a) il divieto di abrogazione non può valere in via generale, ma solo nei confronti di coloro che hanno posto in essere le attività sollecitate dalla legge (quindi, se la legge non è stata da taluni attuata, nei confronti di costoro ha di certo valore precettivo); b) detto divieto non esclude che possano intervenire nuove disposizioni che importino un onere di tipo e forma diversi (ad es., una tassazione), che vale per tutti coloro che si trovino nella stessa posizione⁵¹.

L'affinità tra lo strumento sostanziale normativo ed amministrativo conduce, a sua volta, Merusi⁵² a ritenere esistente altrettanta affinità tra il giudizio costituzionale e quello amministrativo (ancorché l'art. 28 della legge n. 87 del 1953 escluda che la Consulta possa esercitare il controllo sull'uso del potere discrezionale del legislatore). L'accostamento, con particolare riferimento alla figura dello sviamento, non significa, secondo l'A., pura e semplice trasposizione della problematica sull'eccesso di potere amministrativo. Ciò in quanto, oltre a dubitarsi che possano emergere le figure sintomatiche dell'ingiustizia manifesta, della contraddittorietà tra provvedimenti, e della violazione dei principi generali non scritti, al Consiglio di Stato mancherebbe quell'ampiezza di poteri istruttori che invece possiede la Consulta.⁵³

Queste argomentazioni, sia pure esposte con la solita maestria, non appaiono del tutto condivisibili.

Infatti, non par dubbio che l'ingiustizia manifesta di atti amministrativi non è assai lontana dall'irragionevolezza e dalla disparità di trattamento (art. 3 Cost.); la contraddittorietà tra provvedimenti, censurabile nel processo amministrativo, è rintracciabile anche in quello costituzionale;⁵⁴ la circostanza che i principi generali non scritti, peraltro richiamati dall'art. 215 del Trattato di Roma in tema di principi generali comuni sulla responsabilità

⁵⁰ *ivi*, 144.

⁵¹ *ivi*, 147 s.

⁵² *op. cit.*, 246 s.

⁵³ *ivi*, 248.

⁵⁴ Da ultimo v. Corte cost. ord. 30 gennaio 2014, n. 14, in *sito uff. della Corte*, che ha respinto una questione di illegittimità in ordine al sollevato vizio di contraddittorietà della norma che aveva imposto determinati interventi finalizzati alla tutela ambientale, non in quanto inammissibile, ma perché non aveva negato le risorse per gli stessi, rendendoli praticabili.

extracontrattuale,⁵⁵ ha consentito alla Corte della Comunità, poi dell'Unione, di applicare i principi generali del diritto comunitario fondati sulla propria giurisprudenza. Quanto al potere istruttorio del Consiglio di Stato, che sarebbe limitato⁵⁶, si osserva che il nuovo codice del processo amministrativo (art. 63, comma 5) ha in pratica reso possibile che il giudice amministrativo sia dotato di tutti gli ampi poteri istruttori previsti dal codice di procedura civile per il giudice ordinario.

La preoccupazione espressa da Merusi sembra sia quella di voler evitare il rischio di ipostatizzare la figura giuridica dell'eccesso di potere e renderla idonea, oltre che utile, per tutte le stagioni, ossia in tutti i campi del diritto⁵⁷; mentre sarebbe più consono al ruolo della Consulta la possibilità « di rendere giustiziabili anche principi costituzionali non scritti », seguendo l'insegnamento della Corte costituzionale tedesca⁵⁸.

Sia ben chiaro: l'obiettivo del Merusi è certamente condivisibile, ma non appare convincente il percorso, là dove intende escludere del tutto che il rinvenimento della figura dell'eccesso di potere possa essere un utile strumento per accordare tutela all'affidamento. Difatti, le riflessioni dell'illustre Maestro, che all'epoca (1970) apparivano teorie in attesa di assestamento e di conferma (come egli confessava), si può di certo affermare che abbiano trovato "sul campo" svariate conferme (anche se le risposte sono state incostanti). Negli ultimi quaranta anni la giurisprudenza costituzionale non ha rifiutato di esercitare il sindacato sotto il profilo dell'eccesso (o forse meglio dire dello sviamento) di potere legislativo, e non solo con lo strumento della ragionevolezza⁵⁹, ma anche mediante altre svariate figure

⁵⁵ Sul punto v. Lipstein, *The law of the European Economic Community*, 1973, 14.

⁵⁶ Tra l'altro il Merusi, *op. cit.*, 238, nt. 93, riconosce che la Consulta ha fatto un uso assai parco della sua potestà istruttorio.

⁵⁷ Da ultimo v. Cass., 3 novembre 2015, n. 22418 sull'eccesso di potere nella materia del diritto del lavoro, e nella materia condominiale 21 febbraio 2014, n. 4216. L'abuso della regola della maggioranza nel campo societario è frutto di elaborazione giurisprudenziale: la Suprema Corte ha ricondotto tale ipotesi alla figura dell'eccesso di potere (29 maggio 1986, n. 3628, in *Società*, 1986, 1087; 4 maggio 1994, n. 4323, in *Foro it.*, 1995, I, 2219; 5 maggio 1995, n. 4923, in *Società*, 1995, 1548); anche se da Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, 329, è prevalso l'orientamento secondo cui l'esercizio abusivo del diritto di voto è piuttosto configurabile quale violazione dei generali doveri di buona fede e correttezza ex artt. 1175 e 1375 c.c., con la tendenza ad accomunare questi doveri, di matrice obbligatoria, con il divieto di abuso del diritto, più legato alla disciplina dei diritti assoluti e del diritto di proprietà in particolare: da ultimo Cass., 7 maggio 2013, n. 10568, in *Lavoro nella Giur.*, 2014, 3, 269 nota di Sangiovanni.

⁵⁸ *Ivi*, 251.

⁵⁹ Numerosi sono gli studi sulla ragionevolezza; oltre alla manualistica si segnalano per tutti, oltre agli autori segnalati *supra* nelle note 11 e 37, Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1972, 1573 ss. e in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984; Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Società*, 1975, 563 ss.; *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi in Roma,

sintomatiche che coinvolgono l'esercizio del potere discrezionale del legislatore (a tacer, poi, del profilo dello straripamento di potere, che costituiva l'originario significato dell'eccesso di potere), e quindi del vizio di incompetenza per invasione delle riserve – costituzionali – dei poteri giurisdizionale e amministrativo.

« È indiscutibile che il sindacato di ragionevolezza, dichiaratamente esercitato dalla Corte, è parente prossimo del sindacato di eccesso di potere del giudice amministrativo », ciò anche se « occorre appunto affermare un generale principio secondo cui le decisioni del legislatore godono di una presunzione favorevole, invero assai forte, sia nell'attuazione dei valori costituzionali, sia nel bilanciamento fra essi, sia nella scelta scientifica in caso di dubbio ».60
 Però questa « accennata presunzione favorevole può trovar limite...non solo in generali criteri di bilanciamento, ma anche nella posizione privilegiata di alcune libertà. E, in presenza di posizioni privilegiate, il sindacato di costituzionalità del "bilanciamento" legislativo diviene più stringente, fino a lambire davvero il merito e la posizione favorevole che assiste le valutazioni legislative in tema di premesse in fatto o altro si attenua »61.

In tal guisa appare più agevole la lettura del principio di tutela dell'affidamento nel diritto costituzionale in quanto i principi di buona fede e di certezza del diritto rappresentano una vera clausola generale, che consente la modifica della disciplina solo per un fatto sopravvenuto che abbia modificato l'equilibrio originario del rapporto.

3. Le decisioni della Corte costituzionale in alcune materie: espropriazione, inquinamento, tributi, compensi, prestazioni e stipendi, pensioni.

La giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, sin dal lontano 1957, ha sostenuto l'eccezionalità della deroga della retroattività⁶², che dovrebbe essere dettata innanzi tutto da

Palazzo della Consulta nei giorni 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994, tra cui, in particolare, Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, 180; Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; Cerri (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Roma, 2006; Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; Zagrebelsky - Marcenò, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 195 ss.

60 Cerri, *Sindacato di costituzionalità*, voce in *Enc. giur.*, 1992, vol. XXVIII, 23.

61 Cerri, *op. loc. cit.*

62 8 luglio 1957, n. 118, cit. (estensore Sandulli): « Il principio generale della irretroattività delle leggi - attualmente enunciato nell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale - rappresenta un'antica conquista

“*estrema necessità*”, oppure da ragioni fondate su “*ordine pubblico*”, sia pure declinate in varie modalità, come ora si vedrà. Per la verità, da tale giurisprudenza è dato cogliere, ancorché con formule non particolarmente enfaticizzate, l’invocabilità del principio di buona fede correlato al legittimo affidamento, sia pure per negarne, talora, l’applicabilità.

La Corte ha sostenuto « *che l’intervento legislativo diretto a regolare situazioni pregresse è legittimo a condizione che vengano rispettati i canoni costituzionali di ragionevolezza e i principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche [...]*. La norma successiva non può, però, tradire l’affidamento del privato sull’avvenuto consolidamento di situazioni sostanziali ([sentenza n. 24 del 1999](#)). »⁶³.

Al contempo essa rinviene vari antidoti per immunizzare l’ordinamento dal *libitum* del legislatore: *in primis*, la retroattività deve essere adeguatamente motivata sul piano della

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 (vanno è appellarsi in contrario - come fa taluna delle ordinanze di rimessione - a precetti, quali gli artt. 136 e 75 Cost., che hanno tutt’altro oggetto, e perciò non appaiono in alcun modo incompatibili con l’emanazione di leggi retroattive). 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 preteriti (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 absolutezza, 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. (come si assume in talune delle ordinanze di rimessione) 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 - come nel caso in esame - la legge non appaia mossa dall’intento di influire sui giudizi in corso ». Con la successiva decisione 31 ottobre 1991, n. 389, in *Foro it.*, 1992, I, 1366, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità di una legge regionale che aveva reso più severi i requisiti per la concessione di borse di studio pluriennali privandone alcuni soggetti già beneficiari.

63 1 aprile 2010, n. 124, in *Foro it.*, 2010, I, 2617. Peraltro appare, ad avviso di chi scrive, del tutto inappropriato il riferimento alla precedente decisione n. 24 del 1999 (5 febbraio). In altri casi, ancorché sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di buona fede, la Corte non ha specificamente affrontato la problematica: cfr., 29 luglio 2005, n. 345, in *Dir. pen e processo*, 2005, 969 e 21 aprile 2005, n. 165, in *Boll. trib.*, 2005, 1333. Una ricerca attraverso la banca dati giurisprudenziale *Juris data* delle sentenze della Consulta non ha dato esito positivo (salva la sentenza n. 124 cit.). Pertanto, l’affermazione di Merusi, *op. cit.*, 76, sul fatto che « *la Corte costituzionale italiana si è invece dimostrata finora restia, non solo ad elaborare un tipo di giurisprudenza fondato su ‘valori’, ma anche ad affrontare il problema dell’esistenza di principi costituzionali non espressamente recepiti nell’ambito della Carta Costituzionale* », non solo era una constatazione per l’epoca in cui registrava tale indirizzo (1970), ma si concretizza, oggi, in una vera e propria altrettanto amara profezia.

ragionevolezza⁶⁴, di tal che norme che incidono sfavorevolmente su rapporti di durata, ancorché abbiano ad oggetto diritti soggettivi perfetti, non devono essere irragionevoli ed arbitrarie.⁶⁵ In secondo luogo, la retroattività non deve contrastare il principio di tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico, la quale, elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere lesa da norme aventi effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti.⁶⁶ Ed il sopra citato art. 11 delle disposizioni sulla legge costituisce « *una regola essenziale del sistema alla quale, salva un'effettiva causa giustificatrice, il legislatore deve ragionevolmente attenersi in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini* ». ⁶⁷

64 I primi ragionamenti della Consulta sull'intrinseca ragionevolezza che deve possedere la legge sono espressi nella sentenza 29 marzo 1960, n. 16, citata da Guarino, *op. cit.*, 169, con la quale, nel declinare l'art. 3 Cost., la Consulta si consente di sindacare la discrezionalità del legislatore, qualora egli dovesse superare i suoi naturali limiti esterni (ossia, l'eccesso di potere legislativo). Corte cost., con la sentenza n. 234 del 26 giugno 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 3004, ha enunciato il principio per cui « *nel rispetto del limite segnato dall'art. 25 Cost., il legislatore può emanare sia disposizioni di interpretazione autentica, che determinano - chiarendola - la portata precettiva della norma interpretata, fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso della stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori e interessi costituzionalmente protetti* ».

65 Corte cost., 17 dicembre 1985, n. 349, in *Riv. giur. lav.*, 1986, III, 128; 18 febbraio 1988, n. 190, in *Giur. cost.*, 1988, 730; 14 luglio 1988, n. 822, *ivi*, 1988, 3872, con nota di Gindre, *Diritti a trattamenti pensionistici e leggi retroattive in pejus*.

66 Corte cost., 15 luglio 1994, n. 311, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1995, 148. V. altresì 2 luglio 1997, n. 211, in *Giur. cost.*, 1997, 2121, con osservazioni di Cerri; 4 novembre 1999, n. 416, in *Foro it.*, 1999, I, 2462, con nota di Passaglia, *La Corte costituzionale decide... su cosa decidere: qualche osservazione su una sentenza in parte «didattica» e in parte «evasiva»*, ed in *Giur. cost.*, 1999, 3625, con nota di Carnevale, *...Al fuggir di giovinezza...nel doman s'ha più certezza (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale)*. Quest'ultimo afferma: « *La detta esigenza di garanzia non può, peraltro, non arrestarsi nel momento a partire dal quale le disposizioni contestate sono entrate in vigore...e cioè, in definitiva, nel momento in cui la regola contemplata...risulta incidere ormai sull'attualità di rapporti di durata, rispetto ai quali il legislatore è abilitato, sia pure nei limiti della ragionevolezza, ...a dettare disposizioni che modificano sfavorevolmente la disciplina in atto (v. sent. n. 211 del 1997 e sent. n. 409 del 1995)* ». Per la sentenza 22 novembre 2000, n. 525, in *Giust. civ.*, 2001, I, 17, con nota di Auletta, *La (ribadita) costituzionalizzazione del principio tempus regit actum (in tema di notifica delle sentenze tributarie, come introdotte dal legislatore da eseguire presso l'Avvocatura dello Stato)* « *l'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica è soggetta, tra gli altri, al limite del rispetto del principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico, principio che trova applicazione anche in materia processuale e che nel caso di specie deve ritenersi violato in conseguenza della non prevedibilità della soluzione interpretativa adottata dal legislatore, rispetto a quelle affermatesi nella prassi* ». Nella specie, la norma sopravvenuta è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui ha inteso far retroagire i suoi effetti anche alle sentenze emesse prima dell'entrata in vigore del *ius novum*.

67 Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155, in *Giur. cost.*, 1990, 952, con nota di Manetti, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*, la quale ha aggiunto che va escluso il carattere interpretativo nel caso di una norma « *che anziché chiarire il significato di una disciplina precedente ovvero privilegiarne una fra le più possibili interpretazioni, venga ad innovarne il contenuto* ». Sulla stessa lunghezza d'onda si pongono Corte cost., 31 luglio 1990, n. 380, in *Regioni*, 1991, 1392, con nota di Castorina, *Innovatività della legge pseudointerpretativa o irragionevolezza degli effetti retroattivi di essa?*; 2 maggio 1991, n. 193, in

Poste queste affermazioni di carattere generale che, si può dire, precedono la concreta motivazione delle numerose sentenze sul tema, l'esito non sempre sembra coerente con le premesse. Qui di seguito si riportano, in sintetica rassegna, talune significative decisioni della Corte costituzionale che, anche di recente, hanno affrontato il problema della legittimità costituzionale di leggi retroattive in varie materie.

Richiamando l'affidamento di coloro che avevano fondato le proprie ragioni sul quadro normativo preesistente, in tema di **espropriazione per pubblica utilità** ed in particolare nei confronti di una norma riguardante gli interventi post terremoto del 1980 (art. 3, comma 3, del d.l. n. 300 del 2006, convertito dalla legge n. 17 del 2007) intervenuto a sancire l'efficacia degli accordi indennitari, a prescindere dall'emanazione del decreto di espropriazione la Corte⁶⁸, premettendo che « *l'intervento legislativo diretto a regolare situazioni pregresse è legittimo a condizione che vengano rispettati i canoni costituzionali di ragionevolezza e i principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche (sentenze n. 74 del 2008 e n. 376 del 1995), anche al fine di assegnare a determinate disposizioni un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (sentenze n. 234 del 2007 e n. 224 del 2006) »*, ha rilevato che la norma, intervenuta dopo venti anni da quella vicenda, è irragionevole « *ove si pensi che, nella specie, i proprietari degli immobili assoggettati al procedimento espropriativo furono indotti a concordare l'indennità, peraltro cumulativamente determinata, da una valutazione di convenienza riferita a quel momento specifico della procedura. Nella valutazione dei motivi per la*

Giur. cost., 1991, 1803, con nota di Soana, *Legge d'interpretazione autentica e principio dell'affidamento*; 10 febbraio 1993, n. 39, in *Giur. it.*, 1994, I, 501, con nota di Nogler, *Le disposizioni legislative d'interpretazione autentica come tecnica di previsione della retroattività*.

68 30 gennaio 2009, n. 24, annotata da Spuntarelli, *La buona fede*, cit., la quale però evidenzia la contraddizione nella quale incorre la Consulta, là dove essa « *nella motivazione della sentenza in esame affermi enfaticamente che la norma non può tradire la tutela del legittimo affidamento pur se dettata dalla necessità di contenimento della spesa pubblica o per far fronte ad evenienze eccezionali citando propri precedenti che statuiscono invece esattamente in senso contrario: vale a dire nel senso che il contenimento della spesa pubblica o alcune circostanze eccezionali possono determinare il sacrificio del legittimo affidamento »* (in proposito richiama Corte cost., 13 ottobre 2000, n. 419, in *Giur. cost.* 2000, 3117 ss., che si era interessata della vicenda di privatizzazione dell'amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni, ove la Corte aveva ritenuto il sacrificio imposto ai lavoratori non irragionevole in considerazione della « *esigenza di porre rimedio ad una situazione del tutto eccezionale e tale da compromettere irreparabilmente l'equilibrio finanziario e lo stesso processo di privatizzazione dell'ente »*; e 23 luglio 2002 n. 374, cit., nella quale, in relazione all'inapplicabilità retroattiva del beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali al contratto di formazione e lavoro, la Corte ha affermato quanto segue: « *Il carattere retroattivo di tale intervento mira ad evitare il prolungamento dell'incertezza, per le rilevanti dimensioni del contenzioso in corso e la gravità dei suoi riflessi sulla spesa previdenziale »*. Sull'affidamento del cittadino sul quadro normativo preesistente si fonda anche Corte cost., 2 luglio 1997, n. 211, cit.

stipulazione dell'accordo non poteva non essere presente la consapevolezza della disciplina vigente in tema di accordi, ivi compresa l'eventualità di una loro inefficacia ove la procedura non fosse pervenuta a compimento ».

La Consulta ha poi esaminato una norma che aveva imposto, con effetti anche per il passato, l'applicazione di certe precauzioni in **materia di inquinamento** acustico⁶⁹. La nuova disciplina aveva un preciso intento interpretativo di una precedente disposizione, che non contemplava taluni oneri introdotti con la nuova normativa nei confronti di coloro che avevano acquistato beni immobili nel periodo nel quale vigeva ancora la norma sostituita. La Corte – dopo aver ribadito che il divieto di retroattività della legge, previsto dall'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui [all'art. 25 Cost.](#) e che il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare norme retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti '*motivi imperativi di interesse generale*' ai sensi della Convenzione EDU - ha ribadito di aver « *individuato una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, attinenti alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri 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, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connotato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico ... il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario* ». Sicché, l'art. 3 della Costituzione è violato, sotto il profilo dell'irragionevolezza (nonché della disparità di trattamento), in quanto la retroattività della disposizione impugnata non trovava giustificazione nella tutela di principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti '*motivi imperativi di interesse generale*', ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

In **materia tributaria** (anch'essa fonte di numerosi interventi e, quindi, liti giudiziarie) l'orientamento della Consulta non è stato sempre coerente. Difatti, nel 1966⁷⁰ essa dichiarò

⁶⁹ 29 maggio 2013, n. 103, cit.

⁷⁰ 23 maggio 1966, n. 44, in *Foro it.*, 1966, I, 936.

l'illegittimità costituzionale dell'art. 25, comma 2, della legge n. 246 del 1963, con riferimento all'art. 53 Cost., che aveva sancito l'obbligo per i Comuni di applicare l'imposta sull'incremento di valore per coloro che avessero alienato le aree prima della data di entrata in vigore della legge: era stata prevista un'imposta su rapporti esauriti, con un effetto retroattivo "proprio". Qualche anno dopo, la Corte ha avuto modo di dichiarare non illegittimo, in relazione agli art. 3 e 53 Cost., l'art. 11, comma 6, della legge 30 novembre 1991, n. 413, nella parte in cui esso – per gli atti relativi agli ultimi tre anni precedenti l'entrata in vigore della norma – aveva assoggettato ad imposizione sulle plusvalenze le indennità di occupazione ed espropriazione percepite;⁷¹ ciò in quanto la legge tributaria retroattiva, ad avviso della Consulta, comporta violazione del principio della capacità contributiva soltanto qualora, nell'assumere a presupposto un fatto o una situazione contributiva, spezzi il rapporto che deve sussistere tra imposizione e capacità contributiva. Nella specie, la norma in questione, poiché aveva fatto retroagire l'imposizione tributaria sulle plusvalenze relative alle somme percepite a seguito di cessioni, anche volontarie, stipulate nel corso di procedimenti espropriativi, ed agli atti e provvedimenti emessi successivamente al 31 dicembre 1988 e fino alla data di entrata in vigore della legge stessa, aveva assunto (*recte*, presunto *iuris et de iure*) la sussistenza del presupposto economico della plusvalenza al quale l'obbligazione si collega, in base all'elemento della prevedibilità dell'imposizione, essendo indifferente la sorte che potessero aver seguito *medio tempore* i ricavi conseguiti. In altre parole, è stato ritenuto irrilevante che il proprietario espropriato avesse fatto i propri calcoli di opportunità e convenienza dell'accettazione dell'indennità in luogo della contestazione giudiziaria, in presenza di una disciplina fiscale che escludesse la tassazione sulle somme da corrispondere⁷².

⁷¹ 20 luglio 1995, n. 410, in *Foro it.* 1995, I, 3074 e *Riv. giur. edilizia* 1995, I, 1005. Condivide questo orientamento Cass., sez. trib., 7 luglio 2000, n. 9154, in *Giur. it.*, 2001, 2412, annotata da Brenzoni, *Note in tema di indennità di esproprio*.

⁷² Si tenga presente che l'art. 10 della legge n. 212 del 2000 (cd. Statuto dei diritti del contribuente) statuisce che i rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria siano improntati al principio di collaborazione e buona fede: ovviamente, tale norma ben può essere modificata o derogata da altra disposizione normativa.

Ben diverso rispetto alle sentenze richiamate della Corte costituzionale appare, nella materia tributaria, l'orientamento della Corte di Cassazione in ordine al riconoscimento ed alla sussunzione della buona fede nel diritto positivo quale principio di rango costituzionale. Secondo la sentenza 6 ottobre 2006, n. 21513, in *Giur. it.*, 2007, I, 2084, con nota di Peverini, *La tutela del legittimo affidamento del contribuente ed il divieto di recuperare il maggiore tributo accertato: riflessioni critiche*, nel rigettare il ricorso di un Comune avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale che aveva ritenuto fonte di legittimo affidamento del contribuente un "accordo" intervento tra il medesimo ed il Comune in tema di TARSU, ha ritenuto quanto segue:

Questo orientamento non convince. La tutela dell'affidamento appare violata in presenza di una norma che rechi una *reformatio in pejus* del regime tributario sul reddito che si è formato durante il previgente regime⁷³. I cittadini che hanno investito i propri risparmi, gli imprenditori che hanno impegnato risorse, convinti di ricevere contributi o agevolazioni statali "netti", oppure hanno ritenuto che la tassazione sarebbe stata quella del periodo nel quale gli importi sono stati spesi, non possono subire una diversa, maggiore tassazione su detti importi, oppure un'estinzione delle agevolazioni pluriennali assicurate dalle leggi anteriori; alla stessa stregua non possono essere tassati redditi ricomprendendoli in uno scaglione diverso da quello nel quale erano stati acquisiti.

Un'inversione di tendenza è dato cogliere nella recente sentenza 4 luglio 2013, n. 17074, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una disposizione che aveva ampliato retroattivamente nell'ambito della procedura fallimentare il novero dei crediti erariali assistiti dal privilegio anche a quelli sorti anteriormente alla data di entrata in vigore della norma stessa, fino ad influire sullo stato passivo esecutivo divenuto definitivo. Difatti la Consulta, nel richiamare precedenti propri e della Corte EDU, ha attribuito un adeguato rilievo alle seguenti circostanze: « *il consolidamento, conseguito con il cosiddetto giudicato "endo-*

« *Il principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino, reso esplicito in materia tributaria dall'art. 10, comma 1, dello "Statuto dei diritti del contribuente", trovando origine nei principi affermati dagli artt. 3, 23, 53 e 97 Cost., è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico ed è applicabile sia ai rapporti tributari sorti in epoca anteriore alla sua entrata in vigore, sia ai rapporti fra contribuente ed ente impositore diverso dall'amministrazione finanziaria dello Stato, sia anche ad elementi dell'imposizione diversi da sanzioni e interessi, giacché i casi di tutela espressamente enunciati dal comma 2 del detto art. 10 riguardano situazioni meramente esemplificative, legate a ipotesi maggiormente frequenti, ma non limitano la portata generale della regola, idonea a disciplinare una serie indeterminata di casi concreti* ». Questa sentenza è stata commentata favorevolmente anche dalla dottrina: cfr. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento ha un fondamento costituzionale?* in *Nuov. Aut.*, 2006, 217. Sulla stessa lunghezza d'onda si pone di recente Comm. trib. prov. Reggio Emilia, sez. XIII, 13 novembre 2013 n. 202, *Redazione Giuffrè*, 2013.

Sulla giurisprudenza costituzionale tedesca v. Merusi, *op. cit.*, 46, secondo cui la retroattività delle imposte non può essere giustificata in base al generico richiamo al *Gemeinwohl* (bene comune), che non coincide con l'interesse soggettivo dello Stato persona, ma con l'interesse comunitario, che va in concreto identificato; tuttavia, in teoria, secondo la Corte tedesca, l'interesse comunitario fa recedere l'interesse fondato sull'affidamento anche nelle fattispecie concluse.

⁷³ Sul punto si rinvia a Modugno, *Effetti della declaratoria di incostituzionalità in tema di rapporti tributari pregressi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 343.

⁷⁴ In *Foro it.*, 2014, I, 1722, con nota di Carmellino. Quest'ultimo ritiene che « *il tema è di centrale attualità, non fosse altro perché si è ormai raggiunta una diversa e più matura consapevolezza dell'importanza del principio dell'affidamento, che "esploderebbe" proprio in contrapposizione alla prerogativa del legislatore in ambito civilistico di poter liberamente disporre degli effetti temporali, modificando situazioni sostanziali o processuali già maturate con nuove disposizioni che dovrebbero immediatamente applicarsi anche nei processi in corso* ». La norma censurata era l'art. 23, commi 37 e 40, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111.

fallimentare”, delle aspettative dei creditori incise dalla disposizione retroattiva; l'imprevedibilità dell'innovazione legislativa; l'alterazione a favore dello Stato - parte della procedura concorsuale - del rapporto tra creditori concorrenti, determinata dalle norme in discussione; l'assenza di adeguati motivi che giustifichino la retroattività della legge... L'unico interesse è rappresentato da quello economico dello Stato, parte del procedimento concorsuale. Tuttavia, un simile interesse è inidoneo di per sé, nel caso di specie, a legittimare un intervento normativo come quello in esame, che determina una disparità di trattamento, a scapito dei creditori concorrenti con lo Stato, i quali vedono ingiustamente frustrate le aspettative di riparto del credito che essi avevano legittimamente maturato »⁷⁵.

La novità che si rinviene nella riportata motivazione è data dalla constatazione della riprovevole alterazione a favore dello Stato della *par condicio* dei creditori di una procedura concorsuale. Difatti, la norma può anche avere effetti retroattivi, ed accanto ai “paletti” che la giurisprudenza ha posto in passato, la decisione rintraccia anche il divieto di introdurre delle regole a favore di un solo giocatore quando la partita sia in corso, o addirittura quando questa si sia conclusa. E ciò vale anche se sussiste un interesse notevole, qual è quello di carattere economico, che, di per sé solo, è insufficiente a giustificare la norma retroattiva.

Simile, per certi aspetti, alla vicenda sopra riportata, è la fattispecie esaminata dalla Corte relativa a compensi e prestazioni, private e pubbliche.

La Consulta, ribadita la ricorrente motivazione sulla facoltà del legislatore di introdurre una norma avente effetti retroattivi, modificando in modo sfavorevole, in vista del raggiungimento di finalità perequative, la disciplina di determinati trattamenti economici con esiti privilegiati senza per questo violare l'affidamento nella sicurezza giuridica⁷⁶, e sempre che il suddetto intervento possa dirsi non irragionevole, ha risolto una particolare fattispecie riguardante le agenzie titolari di concessioni⁷⁷ per la raccolta di scommesse ippiche che

⁷⁵ Condivide la sentenza anche Spadaro, *Illegittimità costituzionale dell'efficacia retroattiva dei nuovi privilegi erariali ed effetti sulle nuove procedure concorsuali pendenti*, in *Fallimento*, 2014, 155.

⁷⁶ V., per tutte, Corte cost., sentenze n. 227 del 2014, cit.; n. 282 del 2005, cit.; n. 6 del 26 gennaio 1994, in *Quaderni reg.*, 1994, 519.

⁷⁷ 20 novembre 2013, n. 275, in *Giur. cost.*, 2013, 4431. Il tema della retroattività delle leggi tributarie ha costantemente sollecitato l'attenzione della dottrina. Per una brevissima rassegna dottrina cfr. Allorio, *Breve trittico sulla irretroattività delle norme tributarie*, in *Giur. it.*, 1957, IV, 81; Barile, *Norme e pareri sulla irretroattività delle norme di diritto tributario*, in *Dir. econ.*, 1964, II, 48; Forte, *Sul problema della costituzionalità delle imposte retroattive*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 962; Bertora, *Legittimità delle norme di prelievo cosiddette retroattive*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1969, 132; Grottanelli de Santi, *Principio di retributività. Eguaglianza, irretroattività*, in *Giur. cost.*, 1971, 1468; Caraccioli, *Legalità e irretroattività in tema di legge*

avevano agito in giudizio dinanzi al TAR del Lazio per ottenere l'annullamento dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato, ai sensi del D.P.R. 8 aprile 1998, n. 169, con i quali era stato richiesto il versamento dell'integrazione dei cd. minimi garantiti per gli anni dal 2006 al 2010. Costoro avevano evidenziato, *in primis*, come la materia del contendere concernesse i termini di esigibilità di una peculiare componente economica del sinallagma concessorio: i c.d. minimi garantiti, ossia l'obbligazione di versare all'erario un importo certo, predeterminato e comunque garantito nel minimo, salvi maggiori esiti di redditività proporzionati alla massa di gioco raccolto dagli scommettitori. In secondo luogo, avevano osservato come il minimo garantito, in origine, fosse stato predeterminato in maniera sostanzialmente indifferente rispetto al generale andamento della raccolta di gioco, costituendo una soglia di garanzia nei casi di patologica flessione della raccolta imputabili a inadeguata capacità operativa del singolo concessionario. In tal guisa, secondo agenzie, il legislatore (art. 10, comma 5, del D.L. 2 marzo 2012, n. 16, convertito dalla legge 26 aprile 2012, n. 44)⁷⁸ aveva sacrificato il diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva (artt. 24, 111 e 113 Cost.), incidendo al contempo sulle prerogative di pieno e libero esercizio del potere giurisdizionale da parte del giudice amministrativo (artt. 101 e 103 Cost.); di poi, in violazione dell'art. 3 Cost., si sarebbero azzerati i margini di utile, che avrebbe comportato l'espulsione delle agenzie dal settore, determinando anche minori guadagni per l'amministrazione, con conseguente, ulteriore violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Il minimo garantito, non accompagnato da ragionevoli misure di salvaguardia, si sarebbe configurato, infine, come « *un generalizzato e diffuso obbligo dell'operatore a versare ingenti somme all'erario ... anche oltre la soglia di redditività della raccolta, e quindi come forma di prelievo forzoso del tutto sganciato dal benché minimo parametro di capacità contributiva ...* ». È agevole rilevare che la questione sollevata dai concessionari delle agenzie per le scommesse ippiche⁷⁹, oggetto dello scrutinio della Corte costituzionale, è illuminante in merito ai limiti della potestà

tributaria, in *Dir. prat. trib.*, 1973, I, 205; Morsilio, *Incostituzionalità dei principi dell'ultrattività delle leggi penali finanziarie*, in *Riv. giur. idroc.*, 1973, 100.

⁷⁸ Si tenga presente che nella specie le società avevano precedentemente ottenuto delle sentenze favorevoli dal giudice amministrativo, che aveva annullato le pretese dell'Amministrazione: sicché si era denunciata anche la violazione del fondamentale limite esterno all'utilizzo delle leggi-provvedimento, rappresentato dall'incisione su situazioni soggettive coperte da giudicato.

⁷⁹ La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal TAR Lazio con diciassette sentenze ed un'ordinanza emesse tra il 30 gennaio ed il 5 febbraio 2013.

legislativa del Parlamento di introdurre le cd. leggi-provvedimento, cioè atti di contenuto sostanzialmente amministrativo, ma con veste e forma legislativa, incidenti sul rapporto contrattuale in essere⁸⁰. La Consulta, in proposito, premesso che « *la legittimità costituzionale delle leggi-provvedimento va valutata in relazione al loro specifico contenuto e che devono emergere i criteri che ispirano le scelte con esse realizzate, nonché le relative modalità di attuazione (sentenze n. 85 del 2013, n. 137 del 2009, n. 267 del 2007 e n. 492 del 1995), criteri e modalità...comunque desumibili dalla norma stessa in base agli ordinari strumenti ermeneutici (sentenze n. 85 del 2013 e n. 270 del 2010)* », ha dichiarato incostituzionale la legge-provvedimento contestata, evidenziando che dalla norma impugnata (nonché dagli atti parlamentari) non emergevano « *le ragioni che inducono a ritenere il tetto congruente con l'obiettivo prefissato dallo stesso legislatore, e cioè - si ripete - la riconduzione ad equità dei rapporti concessori nel rispetto dei principi di efficienza ed economicità* ».

Analoga per certi versi a questa vicenda, si è presentata la fattispecie delle controprestazioni di pertinenza di alcuni imprenditori, titolari di autorizzazioni di deposito di veicoli soggetti a demolizioni, che avevano stipulato contratti con l'Amministrazione. Con una assai bene argomentata decisione la Corte costituzionale⁸¹ ha statuito in merito ad una successiva disposizione che aveva modificato i parametri dei compensi precedentemente determinati. L'interesse che suscita questa decisione deriva dalla circostanza che la fattispecie normativa contestata incideva su situazioni giuridiche ed economiche iscritte in un rapporto convenzionale regolato *iure privatorum* tra la pubblica amministrazione ed alcuni imprenditori, secondo una specifica disciplina in ossequio alla quale entrambe le parti avevano raggiunto un accordo ed assunto rispettive obbligazioni. « *L'affidamento appare qui*

⁸⁰ Sulla dottrina che ha affrontato le cd. leggi-provvedimento ci siamo intrattenuti nel precedente § 2; v. comunque *infra* la nota n. 88.

⁸¹ Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92 (est. Grossi), in *Foro it.*, 2014, I, 714, con nota di Palmieri. Secondo il giudice *a quo*, che aveva rimesso alla Consulta l'esame della norma contestata (art. 38, commi 2, 4, 6 e 10, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, recante *Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326), la disciplina impugnata, nella parte in cui determinava effetti retroattivi *in pejus* circa il regime dei compensi spettanti ai custodi, si poneva in contrasto con gli artt. 3, 41 e 42 Cost., in quanto l'emanazione di norme retroattive per il contenimento della spesa pubblica non può incidere sui diritti acquisiti, specie quando, come nella specie, il sacrificio economico non era imposto a tutti i consociati, ma ad una sola categoria (i custodi giudiziari), per la quale, fra l'altro, la decurtazione del compenso di custodia incideva solo su una ristretta cerchia, individuata secondo parametri casuali, quali la titolarità del rapporto di custodia da almeno due anni prima della entrata in vigore della norma e relativo a veicoli immatricolati da più di cinque anni.

», secondo la Consulta, « *rivolto non tanto alle astratte norme regolative del rapporto, o alla relativa loro 'sicurezza', quanto, piuttosto, al concreto contenuto dell'accordo e dei reciproci e specifici impegni assunti dalle parti al momento della stipula della convenzione di deposito: impegni sulla cui falsariga, come accade in ogni ordinaria dinamica contrattuale, si sono venuti a calibrare i rispettivi oneri di ordine anche economico, oltre che le corrispondenti aspettative.*⁸²...Più che sul piano di una 'astratta' ragionevolezza della volontà normativa, deve, dunque, ragionarsi, ai fini dell'odierno sindacato, sul terreno della ragionevolezza 'complessiva' della 'trasformazione' alla quale sono stati assoggettati i rapporti negoziali di cui alla disposizione intertemporale denunciata. Ed appare ovvio che tale ragionevolezza 'complessiva' dovrà, a sua volta, essere apprezzata nel quadro di un altrettanto ragionevole contemperamento degli interessi - tutti di rango costituzionale, comunque ancorabili al parametro di cui [all'art. 3 Cost.](#) - che risultano nella specie coinvolti ». Il Giudice delle leggi, andando in diverso avviso da quanto aveva in precedenza opinato in merito alle esigenze della finanza pubblica, che talvolta possono imporre restrizioni con carattere anche retroattivo⁸³, ha statuito il principio secondo cui occorre evitare che una generalizzata esigenza di contenimento della finanza pubblica possa risultare, sempre e comunque, e quasi pregiudizialmente, legittimata a determinare la compromissione di diritti maturati o la lesione di consolidate sfere di interessi, sia individuali, sia anche collettivi, generando una sorta di novazione, sotto più di un profilo, del rapporto intercorrente tra le parti⁸⁴. « *La disposizione retroattiva, specie quando determini effetti pregiudizievoli rispetto a diritti soggettivi*

⁸² La motivazione non riportata nel testo così prosegue: « *È del tutto evidente, infatti, che altro sono la natura e le dimensioni, anche finanziarie, delle attività che il custode deve espletare per prelevare e custodire i veicoli assoggettati a misure di fermo, sequestro o confisca (e rispetto alle quali ha informato dimensioni, investimenti e in genere l'organizzazione della propria impresa); altro è l'attività connessa all'automatico acquisto (per di più, a prezzo unilateralmente 'imposto') dei veicoli ed alla relativa rivendita o rottamazione* ».

⁸³ Il richiamo a tali esigenze è diffuso in moltissime decisioni, come s'è avuto modo di sottolineare diffusamente.

⁸⁴ Difatti, « *da un lato, il custode, o depositario, del veicolo è divenuto un acquirente ex lege del medesimo, con nuovi e diversi obblighi; dall'altro, l'originaria liquidazione delle somme dovute al custode...è stata sostituita con il riconoscimento di "un importo complessivo forfettario", determinato, espressamente "in deroga", secondo i criteri indicati. Il rapporto tra depositario e amministrazione è risultato, così, in itinere, stravolto in alcuni dei suoi elementi essenziali, al di fuori, peraltro, della previsione di qualsiasi meccanismo di concertazione o di accordo e, anzi, con l'imposizione di oneri non previsti né prevedibili, né all'origine né in costanza del rapporto medesimo; al punto da potersi escludere che, al di là delle reali intenzioni del legislatore, sia stato operato un effettivo e adeguato bilanciamento tra le esigenze contrapposte. Né può trascurarsi di sottolineare la portata discriminatoria della norma denunciata anche nel quadro dei rapporti non definiti, posto che restano assoggettate al previgente sistema (anche tariffario) situazioni di custodia di veicoli immatricolati in tempi più recenti o custoditi da meno tempo, mentre vengono, invece, sottoposti al nuovo regime rapporti di custodia già esauriti ma non ancora liquidati.* »

‘perfetti’ che trovino la loro base in rapporti di durata di natura contrattuale o convenzionale - pubbliche o private che siano le parti contraenti - deve dunque essere assistita da una ‘causa’ normativa adeguata: intendendosi per tale una funzione della norma che renda ‘accettabilmente’ penalizzata la posizione del titolare del diritto compromesso, attraverso ‘contropartite’ intrinseche allo stesso disegno normativo e che valgano a bilanciare le posizioni delle parti⁸⁵ ».

Non pare che questa decisione – la cui motivazione, nella parte essenziale, è stata riportata (nelle note) in larga misura proprio per apprezzarne l’innovatività - sia stata colta e segnalata dalla dottrina in tutti i suoi profili e significati positivi⁸⁶. Difatti, accanto allo stereotipato richiamo all’estensione del potere legislativo che consente di emanare disposizioni modificative, in senso sfavorevole, di rapporti di durata costituiti da diritti soggettivi “perfetti”, che sarebbero frustrati in quanto fondati sull’affidamento dei loro titolari nella sicurezza giuridica, che costituisce un « *elemento fondamentale dello Stato di diritto* », la Consulta ha esaminato dappresso l’effetto della novella normativa, che, incidendo su accordi ed impegni assunti dall’Amministrazione e dai privati, aveva aggravato le obbligazioni di questi ultimi. Orbene, posto che in astratto sarebbe da ammettersi ed accettarsi una nuova norma che, da un canto, penalizzi la posizione del privato, purché, dall’altro, gli conceda un beneficio quale contropartita, in concreto l’assenza di tale bilanciamento conduce inevitabilmente a reputare illegittima la norma stessa sia per violazione del principio di ragionevolezza, sia e soprattutto, per la mancanza di una “causa” normativa adeguata⁸⁷,

⁸⁵ Così conclude la motivazione: « *Il che non pare affatto essersi realizzato nel caso di specie, dal momento che gli interessi dei custodi - assoggettati, ratione temporis, al nuovo e, per i profili denunciati, pregiudizievole, regime di rapporti e di determinazione dei relativi compensi - risultano esser stati compromessi in favore della controparte pubblica, senza alcun meccanismo di riequilibrio ed in ragione, esclusivamente, di un risparmio per l'erario, che non può certo assumere connotati irragionevolmente, lato sensu, ‘espropriativi’* ».

⁸⁶ Essa è stata annotata da Del Prato, *op. cit.*, ma con particolare riferimento ai risvolti di carattere civilistico.

⁸⁷ Il dibattito che s’è agitato nella dottrina sull’assimilabilità dei vizi dell’atto amministrativo a quelli dell’atto legislativo è ben rappresentato da Modugno, *Legge (vizi della)*, cit., 1031 ss., il quale così si esprime: « *ogni questione relativa all’esatta identificazione, qualificazione e denominazione del superamento di quest’ultimo limite* », ossia dell’oggetto o materia predeterminati « *non può condurre, in nessun caso, al disconoscimento o alla negazione di esso, quale vizio propriamente teleologico della funzione e, quindi, dell’atto che ne è funzione, (tuttavia)... non potrà disconoscersi che, quando la deviazione della legge dal fine ad essa attribuito vada ricostruita ed accertata sulla base di semplici indizi o sintomi o, che è lo stesso, con il ricorso a criteri o principi extragiuridici, si versa in un’ipotesi di ‘vizio funzionale’ irriducibile agli altri vizi di legge, quale la violazione della Costituzione o l’incompetenza intesa lato sensu. Se il fine è intrinseco alla funzione che, ut sic, è ad esso rivolta, la prima sua manifestazione è interna alla stessa funzione ed indipendente da eventuali altri fini che ad essa si opponessero ab extra, presentandosi quindi come necessità del rapporto di congruità, o meglio di pertinenza, dei mezzi impiegati col fine da raggiungere, rapporto che si iscrive nel fenomeno più generale*

intesa quale funzione della norma che non potrebbe essere salvata dalla declaratoria di illegittimità in ragione, esclusivamente, di un risparmio per l'erario.

Si ravvedono elementi di novità in questa decisione, come detto, che appaiono davvero dirompenti. Innanzi tutto - muovendoci dalla parte terminale della motivazione – la Consulta enfatizza l'*aspetto causale* della norma: ciò, all'evidenza, conduce ad un sindacato che, al tempo stesso, pare volto ad accertare la sussistenza dello sviamento di potere, avendo il legislatore manifestato l'esigenza di introdurre una norma con effetti retroattivi su situazioni in corso senza nessuna seria e ragionevole giustificazione ed indicazione dello scopo che essa avrebbe dovuto porsi e cercare di raggiungere.

Non potrà sfuggire che l'intento manifestato dai giudici costituzionali non si è limitato ad un sindacato estrinseco e formale sulla norma, ma si è concretizzato nella volontà di approfondire i presupposti – e verificarne la sussistenza – che possono in via eccezionale consentire l'emanazione di leggi (chiamate per semplicità) retroattive idonee ad incidere su posizioni giuridiche in essere o su rapporti di durata. Non sembra sufficiente per accertare la conformità alla Costituzione, in altre parole, evidenziare i limiti o i paletti che, volta per volta, sono stati codificati dalla stessa Consulta, quali, ad es., la non influenzabilità della novella sui giudicati o sui giudizi in corso, la non arbitrarietà, la ragionevolezza, il mancato contrasto con altri interessi costituzionalmente rilevanti, l'esistenza di una estrema necessità, e così via, tali da consentire l'introduzione nell'ordinamento di disposizioni che arrechino effetti pregiudizievoli; ma è possibile (in assenza di altri elementi sintomatici), inoltre, attivare l'esercizio di un sindacato giurisdizionale non meramente formale ed estrinseco, bensì un penetrante controllo, sostanziale ed intrinseco⁸⁸, sulla correttezza dell'esercizio del potere

della 'logicità' o della 'ragionevolezza' e che va ricondotto...al più generale 'fine politico', coesistente allo 'Stato di diritto' estensibile a tutti i settori delle attività pubblicistiche ».

Sull'opportunità da poter rinvenire il vizio di eccesso di potere anche nel processo costituzionale si esprime Merusi, *op. cit.*, 76.

88 Sul sindacato cd. intrinseco del giudice amministrativo sull'atto amministrativo espressione del potere discrezionale dell'amministrazione la giurisprudenza non ha assunto un indirizzo uniforme; ancorché la Corte di Cassazione l'abbia talvolta incoraggiata: Sez. un., 21 giugno 2010, n. 14893, in *Giur. it.*, 2010, 2668. In materia di discrezionalità tecnica, dopo l'insuperata monografia di Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, si vedano i lavori più recenti di Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1984, 463; Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Padova, 1992; Cintioli, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del giudicato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in Caringella - Protto, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 724; Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010, 67 ss.; Galli, *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica e bilanciamento del controllo*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2014, 1372; Giliberti, *Sulla*

legislativo, che consente di accertare in modo diretto l'attendibilità del giudizio *tecnico* adottato dal legislatore, il quale non può limitarsi ad invocare in suo favore la mera formula assolutoria della "prevalenza degli interessi pubblici" ed in particolare di quelli connessi alla salvaguardia degli equilibri di bilancio⁸⁹.

Il secondo profilo di interesse, che rappresenta il precipitato naturale del *dictum* costituzionale in discorso, è costituito dalla natura della norma contestata.

Difatti, come si è avuto modo di evidenziare, la novella ha inciso su un rapporto di durata di natura contrattuale o convenzionale tra taluni privati e la pubblica Amministrazione. Trattasi, di una norma « speciale », che incide su una precedente normativa « speciale » con destinatari determinati o comunque ben individuabili. C'è da chiedersi se tale principio elaborato dalla Consulta possa essere invocato ed esteso anche ad altre vicende o fattispecie ove i destinatari non sono individuati, né (ancora o comunque ben) individuabili.

Senza voler, in questo frangente, richiamare gli studi sulla legge quale atto avente natura e contenuto generale ed astratto, ed in particolare quelli sulla cd. legge-provvedimento, avente natura sostanziale di provvedimento amministrativo ma veste di legge formale, nonché quelli sulla cd. legge-contratto (di incentivazione o di indirizzo che sia),⁹⁰ è appena il caso di rilevare che qualora una legge sia rivolta retroattivamente a tutta la collettività, indistintamente, sembra difficile che possa ipotizzarsi l'irragionevolezza sotto il profilo della disparità di trattamento, in quanto non è dato riscontrare specifici rapporti di natura

*pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013, ivi, 1057. Il Consiglio di Stato attraversa momenti di grande coraggio e di notevole prudenza. Non sempre da solenni (e sembrerebbe talvolta rivoluzionarie) affermazioni di principio discendono pronunce conseguenziali: v., in particolare, Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179, con nota di de Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale* e in *Foro amm.*, 2000, 424, con nota di Perfetti, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, nonché in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182, con nota di Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, e di Lazzara, «*Discrezionalità tecnica*» e *situazioni giuridiche soggettive*; nonché Cons. Stato, Sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2292, in *Giur. it.*, 2000, 2402, con nota di Mirate, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, in *Urb. e appalti*, 2000, 1334, con nota di Caranta, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*.*

⁸⁹ L'orientamento espresso dalla Consulta nella richiamata decisione non è particolarmente diffuso. Il vizio di eccesso di potere per sviamento è stato alcune volte sollevato e solo di rado riscontrato dal Giudice delle leggi. V., in particolare, per le fattispecie affermative: 10 dicembre 1981, n. 187, in *Giur. cost.*, 1981, 26 marzo 2010, n. 121, in *Foro amm.*, 2010, 1381; per le fattispecie negative 15 aprile 1992, n. 177, in *Giur. imposte*, 1993, 595; 17 marzo 1995, n. 88, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, 59; 12 luglio 1995, n. 313, in *Giur. it.*, 1996, I, 40; 7 maggio 1996, n. 146, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1996, 1300; 22 aprile 1999, n. 141, *ivi*, 1999, 1118; ord. 25 febbraio 2008, n. 38, *ivi*, 2008, 386.

⁹⁰ Si veda il precedente §. 2 ed in particolare lo studio del Guarino, *Sul regime costituzionale*, cit.

contrattuale o convenzionale; a meno che non si voglia configurare l'esistenza di un *patto* o un *contratto sociale*, come sopra visto⁹¹. Viceversa, se rapporti di durata o comunque non ancora esauriti sono rinvenibili tra lo Stato o un'Amministrazione pubblica ed una pluralità individuata o comunque individuabile di soggetti, se tali rapporti sono incisi da una legge sopravvenuta che valga e produca effetti per il passato e/o per il futuro secondo un regime diverso da quello dettato dalla norma anteriore più favorevole, non par dubbio che si possa rinvenire nella nuova norma, sia pure in senso generico, la natura di legge-provvedimento, quali che siano le ragioni poste a fondamento della novella. Vero è che aderire a tale opinione comporta l'attribuzione della natura giuridica di leggi-provvedimento⁹² a vastissime schiere di norme, ché tali sono non solo quelle che disciplinano specifici rapporti contrattuali con taluni privati (quali, ad es., i custodi giudiziari delle autovetture, oppure i concessionari delle agenzie ippiche nelle fattispecie sopra esaminate), ma anche quelle agevolative o concessive di contributi o incentivi in favore di una molteplicità di imprenditori, fino a comprendere quelle che regolano i rapporti tributari con estese categorie di destinatari ed i titolari di posizioni pensionistiche, come di qui a poco si vedrà. Alla stessa stregua possono essere trattate le cd. leggi-contratto, le quali, malgrado o forse proprio in ragione della loro natura sostanziale, sono norme di carattere "interno", dirette al solo potere esecutivo.

Ebbene, in tutte queste vicende, qualunque sia la "causa" della novella che il legislatore ha in animo di introdurre e lo spinge a modificare il regime della norma anteriore, anche se motivata e correlata a dichiarate ragioni di salvaguardia del bilancio o esigenze di contenimento della finanza pubblica, l'interesse pubblico esternato in modo siffatto deve

91 Da ultimo, v. Pagano, *op. cit.*, 10, che parla di « base fiduciaria che connota il principio di affidamento in relazione ai rapporti tra governati e governanti » e di « ottica contrattualistica... frutto di un patto fondativo che incide sul rapporto 'autorità-libertà' ». Tuttavia, l'ottica contrattualistica poco "lega" con il rapporto autorità-libertà. Egli, poi, richiama, a fondamento dei principi in esame, l'art. 2 Cost. sul dovere di solidarietà e quale riflesso del principio supremo di dignità « in modo da non trasformare la persona e la sua sfera giuridica in un bene liberamente disponibile in capo ai detentori del potere normativo o amministrativo ».

92 Appare insuperato sull'argomento lo studio del Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, ed in particolare le pagine dedicate al sindacato della Corte costituzionale (*ivi*, 225 ss.). La legittimità di tale tipologia di norme è ammessa dalla giurisprudenza costituzionale, la quale tuttavia evidenzia la necessità di sottoporle ad uno « scrutinio stretto » di costituzionalità, « in relazione al loro specifico contenuto », per accertare se il legislatore ha applicato « con particolare rigore il canone della ragionevolezza » (cfr., Corte cost., 8 maggio 2009, n. 137, in *Corr. giur.*, 2009, 833). In dottrina si registrano opinioni contrarie alla legittimità di tali figure: cfr., in particolare, Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da Santaniello, Cedam, Padova, 2004, 85 ss.; v. altresì Rescigno, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 319; Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano 2007.

recedere in presenza delle posizioni dei titolari di consolidate sfere di interessi, sia individuali che collettivi, che avevano fatto affidamento sull'impegno precedentemente assunto dal legislatore, di garantire tali interessi per tutta la durata temporale prevista dal precedente quadro normativo, in attuazione del quale gli interessi sono stati generati e si sono « consolidati ».

L'insufficienza di questo elemento causale *finanziario* pur espressamente evocato quale *refrain* motivazionale (che si rinvenga o meno nei lavori preparatori) dovrebbe condurre all'inesorabile declaratoria di incostituzionalità.

In conclusione, non esisterebbe motivazione (o *causa*) che tenga se il *jus novum* incide negativamente su rapporti di durata prodotti e generati da una normativa previgente. Ciò con salvezza del principio di cui all'art. 1467 c.c., come dopo si vedrà, che può costituire, a mio avviso, la (unica) ragionevole causa di modifica degli equilibri anteriormente formati ed essere un indispensabile test per la valutazione di legittimità costituzionale della norma.

La Consulta è intervenuta in materia di retribuzioni dei pubblici dipendenti, che si erano visti decurtare lo stipendio, con decisioni diversificate, fondate su motivazioni diversificate. Di recente, con sentenza n. 310 del 10 dicembre 2013 essa ha dichiarato legittimi i tagli operati sugli stipendi dei professori e ricercatori universitari⁹³, che appartengono al cd. ruolo del personale pubblico non contrattualizzato, per i quali era stato introdotto il blocco dei meccanismi dell'adeguamento delle classi e degli scatti retributivi, già previsti ed accordati per il triennio 2011-2013⁹⁴, escludendo peraltro successivi recuperi. La Corte, posto che la norma non ha natura tributaria⁹⁵ e che anche per il personale contrattualizzato l'ordinamento (art. 9, comma 17, d.l. n. 78/2010) aveva previsto il blocco delle procedure di recupero, ha sostenuto che non sono stati violati i principi di parità di trattamento, ragionevolezza ed affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, stante il « *carattere eccezionale, transeunte, non arbitrario, consentaneo allo scopo prefissato, nonché temporalmente limitato, dei sacrifici richiesti, e nella sussistenza di esigenze di contenimento della spesa*

93 Tagli introdotti con l'art. 16, comma 1, lett. b) del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. In una delle ordinanze di rimessione (TRGA Trento, ord. n. 3 e 16/2013) si era evidenziato che in precedenza il legislatore era intervenuto stabilendo la corresponsione del 70% ed il differimento di 12 mesi della maturazione dell'aumento biennale e della classe di stipendio nel limite del 2,5%.

94 Prorogati sino al 31 dicembre 2014 con d.p.r. 4 settembre 2013, n. 122. Dopo sette anni, non sembra che siano state operate proroghe e che quindi gli stipendi dovranno essere adeguati.

95 Circostanza, questa, che aveva consentito alla Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale della decurtazione operata sulle retribuzioni dei magistrati con sentenza n. 223 del 2012, di cui appresso.

pubblica », in presenza, peraltro, del novellato art. 81 della Cost. (sulla necessità che si raggiunga il pareggio di bilancio in aderenza al contesto economico europeo) in una “dimensione solidaristica”. La Consulta, dopo aver escluso ogni disparità di trattamento con altro personale non contrattualizzato, quale quello appartenente al ruolo degli avvocati dello Stato e del personale di Polizia (stante la mancata considerazione da parte delle ordinanze di rimessione delle specificità di ciascuna categoria professionale in regime di diritto pubblico), non ha ravvisato la violazione della tutela dell'affidamento, atteso che il legislatore può sempre apportare una modifica sfavorevole dei rapporti di durata ai diritti soggettivi perfetti purché in modo non irragionevole.

Questa sentenza fa il paio – ma il contenuto motivazionale è diametralmente opposto – con la n. 223 dell'11 ottobre 2012⁹⁶, la quale ha dichiarato illegittime le norme introdotte con d.l. n. 78 del 2010, che avevano previsto, sempre con lo scopo di contenere la spesa pubblica, la riduzione dei trattamenti economici superiori a 90mila e 150mila euro, rispettivamente nella misura del 5% e del 10%, per i magistrati e i dirigenti pubblici, nonché la riduzione dell'indennità giudiziaria. Il fulcro centrale della sentenza è costituito dalla constatazione della specificità del ruolo della magistratura: « *l'indipendenza degli organi giurisdizionali si realizza anche mediante l'apprestamento di garanzie circa lo status dei componenti nelle sue varie articolazioni, concernenti, fra l'altro, oltre alla progressione in carriera, anche il trattamento economico*⁹⁷ ».

96 in *Giur. cost.*, 2012, 3293.

97 Non per mera rivendicazione corporativa, ma per semplice riferimento storico - ancorché precedente il nuovo regime democratico - sono costretto a riferire che l'autonomia e l'indipendenza dei docenti universitari era stata consacrata dal Consiglio di Stato sin dal 1941, con sentenza 24 settembre, n. 802, la quale statui il riconoscimento della corresponsione dell'assegno ex art. unico della legge n. 587 del 23 maggio 1940 in favore degli impiegati considerati inamovibili in aggiunta al trattamento pensionistico. Val la pena di riportare qui di seguito la parte di motivazione più peculiare: « *Il pubblico insegnamento rientra infatti in quella sfera di attività che si classifica nella funzione amministrativa dello Stato; onde le disposizioni che tendono a rendere meno stretto il vincolo della subordinazione dei professori universitari dall'Amministrazione dalla quale essi dipendono non sono ispirati alla necessità costituzionale di salvaguardare la relativa reciproca autonomia dei diversi pubblici poteri, ma bensì dal riconoscimento della esigenza che nel seno stesso dell'Amministrazione alla quale essi appartengono sia lasciata loro una relativa indipendenza. Esigenza che, nel nostro ordinamento, trova solenne conferma nella dichiarazione contenuta nell'art.85 del T.U. sulla istruzione superiore, secondo il quale “ai professori è garantita la libertà di insegnamento”. E tale dichiarazione trova a sua volta la necessaria sua ragione d'essere nel carattere stesso della funzione del pubblico insegnamento, in specie di ordine superiore, la quale, pur dovendo essere giuridicamente imputata allo Stato, che riconosce nell'insegnamento uno dei propri compiti, non può rispondere alle sue finalità se non in quanto è una libera manifestazione della personalità del docente. Sotto questo aspetto non è fuori luogo ravvisare una certa analogia fra la funzione del giudice e quella dell'insegnante; perché, come la sentenza, pure essendo emanata in nome della suprema autorità dello Stato, trae il suo valore morale, al quale si riconnette la sua efficacia*

È assai singolare che la sentenza in questione - di cui hanno beneficiato anche i dirigenti con stipendi ragguardevoli che erano stati “chiamati” ad una maggiore contribuzione, proprio per le retribuzioni così elevate, per far fronte alle necessità finanziarie dello Stato - richiama, per corroborare o comunque rafforzare la motivazione, vari precedenti della stessa Corte, che, tutte, però, avevano respinto analoghe questioni di legittimità sollevate.⁹⁸ La Corte supera l'eccezione sollevata dall'Avvocatura dello Stato richiamando i precedenti (n. 299/99 e n. 245/97) con i quali era stata ritenuta la legittimità dell'intervento legislativo introdotto nel periodo (anni '90) in cui si chiedevano a tutti i cittadini sacrifici, anche onerosi, in quanto limitati nel tempo e non irrazionalmente ripartiti tra diverse categorie: poiché i sacrifici richiesti dalla gravità della situazione economica nazionale erano imposti solo nei confronti

giuridica, dalla coscienza individuale del giudice, così l'insegnamento impartito da una pubblica cattedra tradirebbe la sua stessa essenza e le finalità alle quali è destinata ove non fosse libera manifestazione dell'intelletto e della scienza individuale del docente. E ciò a differenza di quanto accade per altre funzioni pubbliche, nell'esercizio delle quali la persona che ne è investita deve per quanto è possibile immedesimarsi nell'ente per il quale agisce, in modo che l'attività da essa compiuta sia manifestazione, più che della sua personale volontà, della volontà superindividuale dell'ente al quale l'attività stessa è giuridicamente imputata. Cosicché, per queste funzioni, sorge la necessità, opposta a quella che si è segnalata in relazione alla funzione giurisdizionale o didattica, di garantire attraverso i vincoli di subordinazione fra superiore ed inferiore, i controlli, la facoltà di sostituzione del superiore all'inferiore, ed altri simili mezzi tecnici, la piena rispondenza dell'attività individuale alla volontà impersonale dell'ente per il quale il singolo agisce. Per queste considerazioni, basate sul nostro attuale diritto positivo e sulle esigenze alle quali esso si ispira, il Collegio ritiene che nel nostro vigente ordinamento, non possa essere disconosciuta ai professori universitari la garanzia dell'inamovibilità, e che pertanto illegittimamente sia stato negato ai ricorrenti quel trattamento economico che la legge loro concedeva, nella loro qualità di funzionari inamovibili ». Benvero, a fronte di quanto genericamente previsto dall'art. 93 del T.U. delle leggi sull'istruzione superiore 31 agosto 1933, n. 1592 (« *I professori di ruolo possono col loro consenso essere trasferiti ad un posto dalla stessa materia* »: comma 1; e « *all'infuori di casi contemplati nel comma precedente, possono essere trasferiti a un posto di materia diversa* »: comma 2), l'art. 5 della legge 18 marzo 1958, n. 311, recante norme sullo stato giuridico ed economico dei professori universitari, ha riconosciuto il sopra riportato principio e, recependo l'insegnamento del Consiglio di Stato, così statuisce espressamente: « *I professori di ruolo sono inamovibili dall'ufficio e dalla sede, e non sono tenuti a prestare giuramento* ». Il che vuol dire che la categoria dei professori universitari possiede carattere di specificità. Per ulteriori, eventuali ragguagli, mi permetto di rinviare al mio scritto *Dal male talvolta nasce il bene: ovvero, il Consiglio di Stato, le leggi razziali e l'inamovibilità dei professori universitari*, in *Scritti in onore di Labruna*, Napoli, 2007, IV, 2801 ss.

È infine noto agli addetti ai lavori che lo stipendio iniziale di un magistrato ordinario ed amministrativo (quest'ultimo è lievemente superiore a quello del suo collega) è quasi pari se non superiore allo stipendio di un professore ordinario alla fine della sua carriera. Quindi, il sacrificio richiesto a magistrati e dirigenti con stipendi lordi superiori a 90 e 150mila euro era di gran lunga più sopportabile, in termini assoluti, a quello richiesto ai docenti universitari (lo stipendio di “ingresso” di un ricercatore è circa la terza parte di quello di un uditore giudiziario).

98 n. 1 del 16 gennaio 1978, in *Giust. civ.* 1978, III, 59, cd. sentenza Pezzana, con la quale invano i magistrati amministrativi avevano chiesto l'estensione di taluni benefici spettanti ai magistrati ordinari; n. 238 dell'8 maggio 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 8, che dichiara non fondata la questione concernente le indennità giudiziarie maturate; n. 42 del 10 febbraio 1993, in *Giur. cost.* 1993, 310, che dichiara inammissibile la richiesta di riliquidazione delle pensioni in ragione degli adeguamenti stipendiali; n. 137 e n. 346 rispettivamente del 14 maggio e 23 ottobre 2008, *ivi*, 2008, 1710 e 3830, entrambe in tema di magistrati in stato di maternità.

di magistrati e di dirigenti pubblici, la Corte ha ravvisato una disparità di trattamento nei confronti sia di tutti gli altri dipendenti pubblici (anche se con retribuzioni di gran lunga inferiori), sia dei contribuenti. La sentenza ha stigmatizzato anche l'impedimento di qualsiasi recupero della progressione economica "congelata"; in altre parole, « *l'intervento normativo censurato, oltre a superare i limiti costituzionali indicati dalla giurisprudenza di questa Corte, che collocava in ambito estremo una misura incidente su un solo anno, travalica l'effetto finanziario voluto, trasformando un meccanismo di garanzia in motivo di irragionevole determinazione... in danno su una sola categoria di pubblici dipendenti* ». La Corte ha altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale sempre della stessa norma (art. 9, comma 22, del d.l. n. 78 del 2010), là dove aveva introdotto una decurtazione dell'indennità, prevista quale servizio istituzionale svolto dai magistrati in forza dell'art. 3 della legge 19 febbraio 1981, n. 27. La declaratoria di illegittimità è stata ancorata all'accertata natura tributaria della decurtazione, che non viene definita tale, ossia stipendiale, bensì quale prelievo triennale straordinario per aliquote crescenti, che rappresenta un ulteriore *vulnus* della Costituzione, stanti i destinatari della norma medesima, avendo introdotto « *un elemento di discriminazione soltanto ai danni della particolare categoria dei dipendenti statali non contrattualizzati che beneficia dell'indennità giudiziaria* »; provocando in tal guisa una disparità di trattamento nei confronti di altri dipendenti pubblici non assoggettati negli stessi periodi di imposta ad alcun prelievo tributario aggiuntivo⁹⁹. Infine, trattandosi di un'imposta, la Consulta ha reputato irragionevole la sua applicazione solo nei confronti dei dipendenti pubblici e non anche di quelli privati.

Sembra di capire che un intervento legislativo di carattere tributario sarebbe stato mandato assolto dalla Consulta se i destinatari della norma fossero stati tutti i dipendenti privati e pubblici (con esclusione, comunque, dei magistrati, nei cui confronti una norma di tal genere comporterebbe un *vulnus* per l'indipendenza della magistratura).

Un interessante principio si rinviene nella sentenza con la quale la Consulta ha dichiarato illegittima la norma¹⁰⁰ che aveva disposto il pensionamento nei confronti di quei professori universitari per i quali era stato effettuato il collocamento fuori ruolo (che, nella previgente,

⁹⁹ Forse perché non tutti gli altri dipendenti statali conseguono il beneficio dell'indennità in questione, qualificata come voce collegata al servizio istituzionale svolto dai magistrati.

¹⁰⁰ art. 2, comma 434, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

ma ora superata disciplina sullo *status* dei docenti, non significava ancora effettivo pensionamento, in quanto veniva consentito lo svolgimento di attività didattiche e di ricerca) con formale provvedimento amministrativo, ed avevano iniziato il corso universitario nel relativo periodo. Tale norma, invero, aveva inciso sul rapporto di lavoro dei professori e sul loro *status*, con l'eliminazione del cd. fuori ruolo e, conseguentemente, dell'insegnamento, recidendo anzi tempo detto rapporto. La Corte¹⁰¹ - dopo il consueto richiamo ai precedenti, secondo cui, con riferimento ai rapporti di durata, il legislatore, in materia di successione di leggi, dispone di ampia discrezionalità potendo anche modificare in senso sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti (con esclusione del "solito" limite imposto in materia penale [dall'art. 25, secondo comma, Cost.](#)), ed a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti, e ribadito l'esistenza nel nostro ordinamento del principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto che non può essere leso da disposizioni retroattive che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori - ha ribadito che lo *status* dei professori universitari « non si esaurisce in una mera aspettativa, ma si concreta in una posizione giuridica consolidata, in quanto radicata non soltanto su un provvedimento amministrativo che l'ha disposta (peraltro sulla base di una specifica opzione, non più revocabile dopo il collocamento fuori ruolo, ai sensi della [legge 7 agosto 1990, n. 239](#)), ma anche sull'esercizio effettivo delle attribuzioni connesse a quella posizione ...». Sicché « non sono ravvisabili esigenze, tanto meno inderogabili, idonee a giustificare la compressione del legittimo affidamento nutrito dagli interessati sulla regolare scadenza del relativo periodo. Proprio sotto questo profilo, anzi, si coglie in modo chiaro il vulnus inferto dalla norma censurata alla ragionevolezza dell'intervento legislativo di cui si tratta. Qui non è in discussione tale obiettivo » (n.d.r.: cioè la possibilità del legislatore di ridurre il periodo del cd. fuori ruolo dei professori universitari e, quindi, di anticipare l'età pensionabile), « bensì il necessario bilanciamento che si deve compiere tra il suo perseguimento e la tutela da riconoscere al legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, nutrito da quanti, sulla base della normativa

¹⁰¹ 24 luglio 2009, n. 236, in www.giurcost.org, con commento di Celotto, *Fuori ruolo dei professori universitari: quando il legislatore cambia idea*.

previgente, hanno conseguito una situazione sostanziale consolidata ».102 In altre parole, la “causa” legislativa sopra richiamata qui si ammanta o si trasforma nelle necessaria motivazione che giustifichi le esigenze inderogabili, idonee a giustificare la compressione del legittimo affidamento.

La materia che più spesso ha interessato il Giudice delle leggi è quella **pensionistica** e previdenziale, contigua a quella delle retribuzioni di carattere stipendiale ora esaminata. Anche in questo frangente la Consulta ha seguito un andamento ondivago ed altalenante: nel passato, salvo limitate pronunce, si era costantemente espressa a favore della retroattività della legge, ossia della capacità e forza giuridica della norma di operare ed incidere su situazioni che avevano ricevuto un assetto in virtù di norme precedentemente approvate¹⁰³. Il canovaccio recitato è sempre uguale ed ha convinto anche la Corte di cassazione¹⁰⁴, che di recente ha precisato che, fermo restando che « *qualsiasi intervento legislativo destinato a regolare situazioni pregresse - a prescindere dalla sua qualificazione o autoqualificazione in termini di norma interpretativa, innovativa, di sanatoria etc. - deve essere conforme ai principi costituzionali della ragionevolezza e della tutela del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche (sentenze n. 24 del 2009; n. 74 del 2008 e n. 376 del 1995)...nonché al rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (sentenza n. 209 del 2010), anche se finalizzato alla necessità di riduzione del contenzioso o*

102La motivazione così prosegue: « *In questa prospettiva va notato che la contrazione del periodo di fuori ruolo, già in corso di svolgimento, operata dalla norma censurata, riguarda una posizione giuridica concentrata nell'arco di un triennio, interessa una categoria di docenti numericamente ristretta, non produce significative ricadute sulla finanza pubblica, non risponde allo scopo di salvaguardare equilibri di bilancio o altri aspetti di pubblico interesse e neppure può definirsi funzionale all'esigenza di ricambio generazionale dei docenti universitari, ove si consideri che essi, con l'inizio del fuori ruolo, perdono la titolarità della cattedra che rimane vacante* ».

103 La fattispecie trattata dalla sentenza 4 novembre 1999, n. 416 è particolarmente emblematica (aveva ad oggetto il cumulo tra pensione e lavoro autonomo), in quanto, pur escludendo che il principio di irretroattività della legge abbia valore costituzionale (con salvezza della norma penale, stante la garanzia introdotta dall'art. 25 Cost.), viene valorizzato il principio dell'affidamento tutelabile del cittadino nella *certezza giuridica*, riconosciuto quale « *valore ed interesse costituzionalmente protetto* ». Tale principio viene subito dopo negato, sempre in tale materia pensionistica, dalla sentenza 28 luglio 2000, n. 393, in *Giur. cost.*, 2000, 2757. Ed è assai singolare che nella motivazione la Corte riferisca che la norma contestata va letta nell'ambito della « *complessa opera riformatrice del sistema previdenziale a cui il legislatore ha posto mano sin dalla legge delega 23 ottobre 1992, n. 421* ». « *Complessa opera riformatrice* » che non s'è più arrestata... Dal 2000 in poi l'orientamento, talvolta oscillante del Giudice delle leggi (talvolta, nel senso che intende favorire e riconoscere il principio della certezza giuridica), diventa granitico, sicché l'affidamento non regge in presenza di un'asserita ponderazione degli interessi esercitata secondo il criterio della ragionevolezza. Ciò fino alla assai discussa sentenza n. 70 del 2015, di cui *infra*.

104 19 marzo 2015, n. 5553.

di contenimento della spesa pubblica (sentenza n. 374 del 2002) o a far fronte ad evenienze eccezionali (sentenza n. 419 del 2000) », ha dichiarato di condividere l'opinione della Corte costituzionale, « *purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale", ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)* ».

Senonché, andando ad esaminare più dappresso le motivazioni espresse e la specifica casistica affrontata, non sfugge la preoccupazione *politica* di voler assicurare l'inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, ancorché il *jus superveniens* riduca in maniera definitiva (anzi, direi significativa) il trattamento pensionistico in precedenza spettante¹⁰⁵.

L'unica eccezione all'eccezione - ossia, l'unico limite che non pare invalicabile, il quale tollera la retroattività - è dato dall'intangibilità delle posizioni oramai governate da un giudicato favorevole, il quale abbia ingenerato il legittimo, completo affidamento di tale trattamento da parte dei destinatari delle pronunce giudiziarie¹⁰⁶. È stata infatti esclusa un'eventuale irragionevolezza, laddove l'assetto recato dalla norma retroattiva abbia « *salvaguardato i trattamenti di miglior favore già definiti in sede di contenzioso, con ciò*

¹⁰⁵ Sentenze n. 361 del 24 ottobre 1996, in *Riv. giur. lav.*, 1997, II, 117, con nota di Fassina; n. 240 del 10 giugno 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 81; n. 374 del 23 luglio 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 2769. La Corte di cassazione ha precisato (Sez. Un. n. 11907 del 28 maggio 2014, in *Foro. it.*, 2014, I, 2836, rettificando le precedenti del 20 ottobre 2009, n. 22154, n. 22155, n. 22156 e n. 22157) la legittimità dell'intervento del legislatore, che ha disciplinato soltanto « *la determinazione di una modalità di erogazione della pensione determinata per legge nell'an e nel quantum a carico del Fondo volo; modalità questa che è alternativa a quella ordinaria (ossia pagamento di una somma capitale una tantum unitamente ad un minor rateo periodico di pensione in alternativa al pagamento dell'ordinario integrale rateo periodico di pensione) e che è su base volontaria (nel senso che è il pensionato che valuta la convenienza, o meno, di chiedere che una parte della pensione spettante gli sia versata in quota capitale)* ». Infatti, « *con l'art. 2, comma 503, della legge finanziaria del 2008 il legislatore è intervenuto in un contesto nel quale, in un primo momento (L. 31 ottobre 1988, n. 480), il beneficio di cui all'art. 34 cit. era stato "bloccato" escludendo i nuovi iscritti al Fondo dalla fruibilità dello stesso, e, successivamente, a partire dal 1 gennaio 2005, il beneficio era venuto meno (il D.L. 5 ottobre 2004, n. 249, art. 1-quater, comma 3, disposizione aggiunta in sede della conversione in L. 3 dicembre 2004, n. 291, aveva infatti sancito l'abrogazione, a decorrere dal 1 gennaio 2005, della L. 13 luglio 1965, n. 859, art. 34)* ».

¹⁰⁶ Sentenze n. 6 del 13 gennaio 2004, in *Riv. Corte conti*, 2004, 283; così pure n. 525/2000, cit.; 374/2002, cit.; 12 novembre 2002, n. 446, in *Riv. Corte conti*, 2002, 328; 15 luglio 2005, n. 282, in *Giur. cost.*, 2005; 7 luglio 2006, n. 274, in *Giust. civ.*, 2006, 2283; n. 234/2007, cit. Anche Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 11 ss., registra l'orientamento ondivago della Consulta. Della stessa A. v., altresì, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. e soc.*, 2009, 442.

garantendo non solo la sfera del giudicato, ma anche il legittimo affidamento che su tali trattamenti poteva dirsi ingenerato».107

A questo punto ci sarebbe da chiedersi se cotale affidamento, fondato su un giudicato, debba prevalere sul principio di parità di trattamento (art. 3 Cost.) nei confronti di coloro che, pur non intraprendendo un giudizio, oppure non avendo ancora conseguito una sentenza definitiva, abbiano confidato che l'Amministrazione (o l'ente previdenziale) tratti tutti i titolari delle posizioni pensionistiche allo stesso modo, proprio in forza delle sentenze intervenute (ancorché non con effetti *erga omnes*). Sembra prevalere invece in modo esplicito o anche in via subliminale la motivazione o meglio la preoccupazione sul mantenimento del "complessivo riequilibrio delle risorse".

Invece, sembra più persuasivo l'orientamento della Consulta allorché ha voluto prescindere dalla necessità di tutelare coloro che avevano proposto un giudizio, oppure, ancor di più, avevano conseguito un giudicato, rispetto a coloro che avevano fatto affidamento sulla normativa antecedente che contemplava termini più ampi di decadenza e di prescrizione, affermando l'illegittima violazione di detto diritto quesito¹⁰⁸.

Vero è che sovente si apprende di trattamenti pensionistici eufemisticamente scandalosi perché erogati in base a marchineggi contorti e *ad personas*; vero è che l'animo umano si

107 Sentenza n. 74 del 2008, cit. Richiama tale principio Caponi, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali, nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2012, 4332, che annota Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264. V., altresì, Torricelli, *Le modifiche retroattive in pejus della normativa pensionistica: il limite dell'affidamento*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 777. Merusi, *op. cit.*, 45, richiama la giurisprudenza costituzionale tedesca che, ancorché individui la lesione dell'affidamento di alcuni destinatari, la considera assorbita dall'interesse soddisfatto dalla nuova regolamentazione della materia. Di tal che, la ponderazione degli interessi, tra cui in particolare quello relativo al "bene comune", appare difficilmente spiegabile in termini giuridici.

108 Corte cost., 2 aprile 2014, n. 69, in *Giur. cost.*, 2014, 1436: « È costituzionalmente illegittimo l'art. 38, comma 4 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con modif., in l. 15 luglio 2011, n. 111, nella parte in cui prevede che i termini di decadenza e prescrizione, fissati dal precedente comma 1, lett. d), relativamente al diritto ad accessori o a ratei arretrati di prestazioni pensionistiche già riconosciute, si applicano anche ai giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore del suddetto decreto. La disposizione censurata - stabilendo che, in assenza di una decisione di primo grado, il diritto a prestazioni previdenziali accessorie o a ratei arretrati si estingua ove la domanda non risulti, rispettivamente, proposta nel più ridotto termine triennale di decadenza (decorrente dal riconoscimento parziale della prestazione ovvero dal pagamento della sorte) od in quello quinquennale di prescrizione - vulnera il principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico, in quanto, anteriormente a tale intervento legislativo, il titolare del diritto ad accessori o ratei arretrati di prestazioni pensionistiche già riconosciute confidava, sulla base di un consolidato orientamento giurisprudenziale, sul fatto che il diritto stesso fosse soggetto unicamente all'ordinaria prescrizione decennale (sentt. n. 111 del 1998, 525 del 2000, 191 del 2005, 234 del 2007, 74 del 2008, 206, 236 del 2009, 71, 257, 271 del 2011, 103, 170 del 2013) ».

ribella a fronte di privilegi intollerabili o inescusabili: ma c'è da chiedersi se detti trattamenti non siano fondati su legittimi affidamenti.

A tale quesito si risponde con l'assunto: il legislatore può sicuramente intervenire utilizzando il canone della ragionevolezza (anche qui è l'art. 3 Cost. che viene invocato) coniugato con quello della solidarietà (art. 2), che può esser sottoposto al vaglio della Consulta. Tuttavia, è ben noto che ragionevolezza e solidarietà sono principi "volatili", nel senso che sono legati a valutazioni soggettive e mutevoli nel tempo. Si sa che l'interpretazione giurisprudenziale può assumere il carattere dell'interpretazione storico evolutiva¹⁰⁹, che forgia e plasma le norme secondo le opzioni ideologiche dell'esegeta.¹¹⁰

Dall'esame delle svariate sentenze costituzionali, ancorché richiamino costantemente il canone o principio generale dell'affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche che va preservato, assume assoluta se non esclusiva prevalenza il principio della ragionevolezza, che declinato unitamente alle - o meglio giustificato dalle - esigenze di "cassa", ha costituito sovente un formidabile ed invalicabile muro che respinge ogni tentativo di assalto delle censure appuntate sulla violazione del principio di non retroattività delle norme. L'occasione migliore si manifesta con le leggi finanziarie (che, nelle più recenti versioni, assumono la denominazione di "leggi di stabilità"). Se lo Stato ha bisogno di danaro, posto che alcuni capitoli di bilancio sono intangibili (ma lo sono davvero?), è più semplice per il Parlamento (o meglio per il Governo che, con varie tecniche, vuoi con decreto delegato, vuoi con il voto di fiducia, impone la sua volontà al Parlamento) introdurre disposizioni aventi valore

109 La letteratura tedesca ha dedicato al tema molti saggi: tra questi, il più significativo appare Sauer, *Die grundsätzliche Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, Berlino, 1929, che ha largamente influenzato la nostra dottrina, secondo cui il significato delle norme muta costantemente per effetto delle loro applicazioni; il sistema giuridico è "aperto", dinamico e capace di assimilare nuovi elementi, in breve « *l'applicazione del diritto crea il diritto* ».

Per la nozione di interpretazione storico-evolutiva cfr., in generale, Paresce, *Interpretazione (filosofia)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1972, XXII, 226 s. In merito al rapporto tra interpretazione estensiva ed analogia, v. Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968,1, 695 ss. Inoltre, si possono consultare in tema Monateri, *Interpretazione del diritto*, voce in *Dig. it., sez. civ.*, Torino, 1993, vol. X, 31 ss.; Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1994; Modugno, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998. Per Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 149 ss., contrariamente ad affermazioni spesso ricorrenti e date quasi per scontate, non esistono in linea di principio norme da interpretarsi restrittivamente o estensivamente, in quanto « *Delle norme va sempre e soltanto ricercato il senso pertinente al fatto cui si debbono applicare; il resto riguarda la constatazione a posteriori del risultato interpretativo conseguito* ». Ciò in quanto spesso la norma si distacca dalla volontà del legislatore per assumere un significato anche sensibilmente diverso a causa del mutato contesto storico e socio-economico.

110 Per Santi Romano, *Interpretazione evolutiva*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 119 s., non è la legge l'oggetto dell'evoluzione interpretativa, ma l'ordinamento, oggetto dell'interpretazione, che deve evolversi (*ivi*, 122).

retroattivo,¹¹¹ che incidono su posizioni giuridiche fondate sul legittimo affidamento di conseguire vantaggi (all'evidenza economici) promessi da precedenti (e, fino a quel momento, vigenti) disposizioni normative.

Certo, se lo Stato deve far fronte ad esigenze di bilancio, da qualche parte deve reperire le risorse. Sicché, la prima domanda che occorre porsi è la seguente: sono esigenze "storiche", patologiche, o comunque preesistenti che, se non soddisfatte, potrebbero dar luogo a seri problemi, oltre che di credibilità internazionale, di stabilità sociale interna? Oppure sono esigenze derivate da eventi imprevedibili e sopravvenuti? Ed anche qui, peraltro, occorrerebbe distinguere tra eventi impreveduti ed eventi imprevedibili (su cui v. *infra* il § 5). Come si è sopra accennato, la possibilità di risolvere l'impegno assunto (*id est*, il principio contenuto nell'art. 1467 c.c.), declinata con il canone della clausola generale di buona fede, giustifica l'intervento sulle posizioni fondate e generate dal legittimo affidamento con l'imporre a tutti gli amministrati un sacrificio economico ispirato proprio sui valori della solidarietà sociale, che, anche a voler prescindere da opzioni ideologiche o credi religiosi, rappresenta un principio cardine della nostra Costituzione repubblicana. Per tale ragione, lo Stato legislatore (o, comunque, tutti gli organi del potere legislativo) deve giustificare l'intervento con valenza retroattiva.

All'opposto, se non si verificano eventi imprevedibili, se, in altre parole, si ritiene di dover dar corso ad una politica non di "lacrime e sangue" dettata da ragioni assolutamente contingenti, ma di sana e buona amministrazione del bilancio, vanno rimosse le inefficienze

¹¹¹ Corte cost., 28 marzo 2008, n. 74, cit.: « non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva, trattandosi in entrambi i casi di accertare se la retroattività della legge trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza, e che quindi una norma non può considerarsi lesiva dei canoni costituzionali di ragionevolezza, e dei principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche, quando si limita ad assegnare alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario, la norma censurata, la quale è chiaramente volta a affermare il principio dell'indipendenza del trattamento pensionistico di reversibilità rispetto alla data di liquidazione della pensione del dante causa, e ad affermare la decorrenza della estensione della disciplina della pensione di reversibilità prevista dall'assicurazione generale obbligatoria a tutte le forme esclusive o sostitutive di detto regime dalla data di entrata in vigore della l. n. 335 del 1995, a fronte di una non univoca giurisprudenza contabile, ha scelto uno dei possibili significati della norma impugnata. Con la norma censurata, inoltre, il legislatore ha posto in essere un assetto che riguarda anche il complessivo riequilibrio delle risorse, salvaguardando tuttavia, con il comma 775 dell'art. 1 della stessa l. n. 296 del 2006, i trattamenti di miglior favore già definiti in sede di contenzioso, con ciò garantendo non solo la sfera del giudicato, ma anche il legittimo affidamento che su tali trattamenti soltanto poteva dirsi ingenerato (sentt. nn. 6 del 2004, 525 del 2000, 29, 374 e 446 del 2002, 282 del 2005, 274 del 2006, 234 del 2007 ».

cd. strutturali e non sono ammissibili leggi con valenza retroattiva, che incidano su posizioni precostituite o aspettative legittime.

Altri sono gli strumenti che il Parlamento ed il Governo hanno rinvenuto, ancorché non si siano ad oggi ravvisati effetti benefici (quali, ad es., quelli sperati nella cd. *spending review*, o meglio revisione della spesa pubblica). Sovente il Parlamento, spinto emotivamente da varie campagne di *media*, e quindi, in assenza del carattere di razionalità ed oggettività che deve assistere il legislatore in queste circostanze, emana leggi che incidono negativamente sulle posizioni consolidate, oppure che tali appaiono. E non di rado il legislatore riscuote un consenso, che è effimero e caduco, allorquando, invocando esigenze di “cassa”, introduce qualche *reformatio in pejus* di posizioni che sono fondate su norme che avevano attribuito benefici in favore di (pochi o molti non interessa) amministrati¹¹².

In questo quadro, è venuta all’esame della Consulta la questione concernente la legittimità delle norme che hanno peggiorato il trattamento già assicurato ai pensionati delle gestioni sostitutive. Nella specie, la Corte, dopo aver premesso che « *non potrebbe dirsi consentita una modificazione legislativa che, intervenendo in una fase avanzata del rapporto di lavoro, ovvero quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un’inderogabile esigenza, in misura notevole e in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente, irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività* », ha affermato che siffatta irrazionale incidenza vada esclusa nel caso in cui la norma, pur determinando un sacrificio per i pensionati delle gestioni speciali, l’ha collegato « *secondo una valutazione legislativa che non può ritenersi irrazionale, alla necessità*

¹¹² Molto meno clamore rispetto alle varie norme retroattive in materia pensionistica e previdenziale hanno suscitato le molteplici disposizioni, più che altro regionali, che impongono (anche) con effetto retroattivo la non rimborsabilità delle prestazioni sanitarie eseguite oltre una certa data: ciò viene giustificato dalla constatazione che le finanze pubbliche consentono al servizio sanitario regionale di rimborsare alle strutture convenzionate le prestazioni rese solo per una parte dell’anno, in relazione alla previsione del bilancio. In altri termini, al cittadino che abbisogna di una visita specialistica o di un’analisi diagnostica in tempi rapidi, in quanto quella pubblica fissa la data della prestazione o dell’accertamento, se non della visita dopo svariati mesi dalla richiesta - la tempestività è sovente decisiva - è negato il diritto di utilizzare la struttura privata convenzionata, la quale non è in grado di ottenere a sua volta il rimborso della prestazione, se questa viene resa nella seconda o nell’ultima parte dell’anno, per l’esaurimento della previsione dello stanziamento nel capitolo del bilancio regionale. Ebbene, in questo caso, l’esigenza del bilancio, costituzionalmente da tutelare, è stata ritenuta prevalente rispetto al diritto alla salute, anch’esso costituzionalmente garantito. La giurisprudenza amministrativa non consente deroghe, anzi ammette la retroattività dell’intervento pubblico posto a tutela della salvaguardia del bilancio pubblico: da ultimo, cfr. TAR Campania, Napoli, I sez., 4 febbraio 2015, n. 827.

economico-sociale di evitare in un momento di grave crisi economica notevoli disparità fra le diverse categorie di pensionati, con le conseguenti tensioni sociali » ed esso « risulta sensibilmente contenuto nelle sue dimensioni quantitative e temporali, in quanto il legislatore ha avuto cura di sostituire senza eccessivi indugi il sistema denunciato con altro, più rispondente alle esigenze dei pensionati, ed ha poi altresì provveduto a compensare, sia pure in parte, il mancato incremento patrimoniale verificatosi nel periodo di vigenza della norma »¹¹³.

La medesima premessa motivazionale “di fondo” si rinviene in una successiva decisione¹¹⁴, sempre in materia pensionistica, con esito diametralmente opposto, assumendo che « *non può dirsi consentita una modificazione legislativa che, intervenendo o in una fase avanzata del rapporto di lavoro oppure quando già sia subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse, senza una inderogabile esigenza, in misura notevole ed in maniera definitiva, un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività lavorativa* »¹¹⁵. La Corte ha poi ribadito che l’aspettativa del cittadino, solo se pervenuto ad un livello di consolidamento elevato, può essere riconosciuto idoneo a creare quell’affidamento, che in passato essa aveva ritenuto di valore costituzionalmente protetto¹¹⁶, che altrimenti si tradurrebbe per il legislatore in un inammissibile generale limite all’irretrocedibilità delle posizioni individuali ormai acquisite.¹¹⁷

¹¹³ n. 349 del 1985, cit.

¹¹⁴ n. 822 del 1988, cit.

¹¹⁵ Nella specie il trattamento pensionistico che, in base alla precedente legge, sarebbe spettato, si era ridotto di quasi due terzi, sicché « *l’inderogabile esigenza giustificatrice della riduzione del trattamento pensionistico ormai prossimo a maturazione, secondo la legge precedente alla modificazione, non può concretarsi nelle ragioni che hanno determinato la riforma legislativa* ».

¹¹⁶ Corte cost., 26 luglio 1995, n. 390, in *Giust. civ.*, 1995, I, 326, ha ritenuto legittima la previsione normativa contestata, la quale prevedeva il diritto al pensionamento di vecchiaia con il compimento del 65° anno di età per i dottori commercialisti diversamente da quanto previsto per il passato (l’attore aveva compiuto tale età dopo l’entrata in vigore della nuova norma). La norma suddetta, secondo il Giudice delle leggi, è apparsa « *adeguata al prefisso scopo di consentire che il nuovo regime istituito si coordinasse al precedente in modo da evitare la vanificazione di aspettative già legittimamente create ed, insieme, irragionevoli disparità di trattamento fra gli assicurati prossimi alla maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia. Se poi alcuni soggetti, come il ricorrente nel giudizio a quo, sono rimasti fuori da tale previsione, ciò è avvenuto perché le loro aspettative - secondo il non irrazionale criterio di valutazione seguito dal legislatore, nell’ottica di una opzione discrezionale - non erano pervenute ad un livello di consolidamento così elevato da creare quell’affidamento da questa Corte ritenuto di valore costituzionalmente protetto nella conservazione dell’attuale trattamento pensionistico* ».

¹¹⁷ 23 febbraio 1989, n. 56, in *Foro it.*, 1989, I, 2402.

Evidenzia nuovamente la necessità della tutela dell'affidamento un'altra decisione¹¹⁸, la quale, dopo aver dichiarato necessaria la legittima ponderazione fra le ragioni dell'equilibrio di bilancio e quelle dei destinatari delle prestazioni previdenziali, ha dichiarato l'illegittimità della norma che « *ha esorbitato, tuttavia, dai limiti della discrezionalità legislativa nell'imporre i nuovi requisiti, in via retroattiva, anche a coloro che, essendo in possesso di quelli statuiti anteriormente alla modifica legislativa, avevano già iniziato a fruire del trattamento di quiescenza. E se resta fermo che - anche quando sia iniziata l'erogazione previdenziale - il legislatore, nell'esercizio del suo potere discrezionale, può, a salvaguardia dell'equilibrio di bilancio, modificare la disciplina pensionistica fino al punto di ridurre il 'quantum' del trattamento previsto (sent. n. 417 del 1996), deve invece escludersi, com'è avvenuto nel caso di specie, che possa addirittura eliminare retroattivamente una prestazione già conseguita*». Questa sentenza ha altresì evidenziato l'illegittimità dell'intervento retroattivo in quanto non era stata disciplinata la situazione attraverso l'introduzione di una norma transitoria¹¹⁹, frustrando il legittimo affidamento di coloro che, in ragione del quadro normativo preesistente, avevano optato per una soluzione anzi che per un'altra.

Permea la giurisprudenza costituzionale testé riportata, anche se non sempre il principio è espresso a chiare lettere, la considerazione che il legislatore è dotato di ampio potere discrezionale (politico) di introdurre disposizioni di carattere retroattivo soprattutto a salvaguardia dell'equilibrio del bilancio¹²⁰. Difatti, l'operato del legislatore deve essere finalizzato, nel pensiero della Consulta, al complessivo riequilibrio delle risorse, che non può non comportare la dovuta attenzione alle esigenze di bilancio, tanto più a fronte di trattamenti che sovente vengono definiti 'privilegiati'.¹²¹ D'altro canto, secondo altre decisioni, l'art.

¹¹⁸ 9 luglio 1997, n. 211, cit.

¹¹⁹ Dà molto peso alla contestuale previsione di norme transitorie che abbiano lo scopo di attenuare o elidere l'effetto negativo delle nuove disposizioni Galetta, *Legittimo affidamento*, cit., 1910 ss.; sul punto v. anche Gigante, *Mutamenti*, cit., 5 e G. Amatucci, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Padova, 2009.

¹²⁰ Corte cost., 10 febbraio 1993, n. 39, cit., condivide il concetto secondo cui l'espressa finalità della contrazione della spesa pubblica sottesa al *ius superveniens* di per sé non può essere ragione sufficiente a giustificare la violazione dei precetti costituzionali; ossia l'affidamento nella sicurezza giuridica che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto. Bene ricorda Galetta, *op. cit.*, 1900, che « *le odierne leggi finanziarie, onnivore ed ipertrofiche, attraverso massicci interventi di modifica in pejus di norme esistenti finiscono per divorare quantità crescenti di legittimi affidamenti del cittadino portando come sola giustificazione reale - al di là, cioè, di quella formale, che consiste, come noto, nell'esigenza di rendere flessibile il bilancio - la necessità di tutelare gli interessi finanziari dello Stato* ».

¹²¹ V., per tutte, Corte cost., 23 maggio 2008, n. 172, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 206, con nota di Nicolini, *Esigenze di bilancio e garanzia dei diritti pensionistici dei lavoratori migranti: il caso delle anzianità previdenziali maturate in Svizzera*.

38 Cost. non esclude la possibilità di un intervento legislativo che, per un'inderogabile esigenza di contenimento della spesa pubblica, riduca in maniera significativa un trattamento pensionistico in precedenza accordato¹²².

La sensibilità alla problematica della scarsità delle risorse è rintracciabile pure in altre decisioni. Del resto, gli effetti di disposizioni del tipo considerato hanno ricadute nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, comma 4, Cost., ed assicurano la razionalità complessiva del sistema stesso¹²³, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali.¹²⁴

La Corte ha poi escluso che, ancorché sia ravvisabile un'analogia funzionale delle prestazioni previdenziali con i crediti di lavoro,¹²⁵ tra le due suddette categorie di crediti vi sia una affinità strutturale, con la conseguente non applicabilità diretta dell'art. 36 Cost. ai crediti di pensione, essendo ad essi tale norma riferibile solo indirettamente, *'per il tramite e nella misura dell'art. 38'*, nel senso che, avendo la pensione una funzione sostitutiva di un reddito di lavoro cessato, il detto requisito richiama l'art. 36 come referente per la determinazione delle esigenze di vita ivi menzionate. Ed inoltre, la commisurazione del trattamento pensionistico incontra un limite nel necessario temperamento della tutela del pensionato con le disponibilità del bilancio pubblico, a carico del quale è finanziato in buona parte il sistema previdenziale¹²⁶.

La più recente espressione della non uniformità e della disomogeneità del pensiero della Consulta, al di là del *refrain* motivazionale che si rinviene nelle pronunce sopra riportate, ancorché gli esiti giudiziari siano diversi, si rinviene, da ultimo, nella sentenza n. 70 del 30

122 Sentenze n. 361 del 1996, cit.; n. 240 del 1994, cit. e 822 del 1988, cit.

123 Sent. n. 172 del 2008 cit.

124 V. Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Giur. cost.*, 2012, 4216, con osservazioni di Bilancia, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti* e Caponi, *Retroattività delle leggi*, cit. e, nello stesso senso, sentenza n. 376 del 20 novembre 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 4476.

125 V. sentenza n. 156 del 12 aprile 1991, in *Foro amm.*, 1991, 2827.

126 Vedi, per tutte, Corte cost., sentenze n. 220 del 25 febbraio 1988, nel sito della Corte; n. 119 del 12 aprile 1991, in *Foro amm.*, 1991, 2827; n. 196 del 1993 e n. 361 del 1996, cit.

aprile 2015, la quale ha dichiarato illegittimo il provvedimento normativo¹²⁷ che aveva “congelato” la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici per gli anni 2012 e 2013. È stata, questa, una decisione che ha suscitato un dibattito non solo nella dottrina, ma anche da parte dei cd. *opinion makers*, ed in vasti strati della popolazione, con interventi televisivi in *talk show*, “speciali” editoriali sui media, e quant’altro¹²⁸.

L’esito della pronuncia è fin troppo noto anche ai non addetti ai lavori: la norma censurata è stata dichiarata illegittima perché il diritto costituzionalmente garantito del conseguimento della pensione (che è una retribuzione differita) è stato « *irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate in dettaglio* ».

La sentenza n. 70, oltre a fornire spunti di grande rilevanza, sui quali ci intratterremo di qui a poco (§ 5), ha esaminato la norma, dichiarandone l’illegittimità, che aveva congelato, per i trattamenti pensionistici superiori di tre volte il trattamento minimo,¹²⁹ il meccanismo perequativo introdotto per far fronte alle dinamiche inflazionistiche o al ridotto potere di acquisto¹³⁰.

Questa sentenza, presa *ex se*, sembrerebbe abbia voluto operare, anche seguendo i primi commenti resi “a caldo”, una netta inversione di tendenza rispetto ai precedenti che avevano giudicato legittime norme analoghe. Ma così non è. Difatti, in passato il legislatore, sempre negli oramai ricorrenti periodi di crisi della finanza pubblica, aveva azzerato la perequazione per l’anno 1998 per le pensioni superiori a cinque volte il minimo¹³¹ e per l’anno 2008 per le pensioni superiori ad otto volte il minimo¹³². In entrambi i casi la Corte aveva dichiarato ammissibile l’intervento¹³³, stante lo scopo solidaristico manifestato nelle norme e le concrete disponibilità finanziarie. Senonché in quest’ultima decisione, pur confermando il

¹²⁷ art. 24, comma 25, del d.l. n. 201 del 2011.

¹²⁸ Sono state registrate varie opinioni che hanno provocato anche un certo imbarazzo per la notizia, fatta trapelare con ogni probabilità da coloro che avevano votato in modo difforme dalla maggioranza, della prevalenza della soluzione adottata per un solo voto (quello del Presidente) che avrebbe fatto pendere la bilancia verso la declaratoria di incostituzionalità.

¹²⁹ I trattamenti inferiori a tre volte il minimo erano stati esclusi dalla normativa in esame.

¹³⁰ Secondo la Corte « *trattasi di uno strumento di natura tecnica, volto a garantire nel tempo il rispetto del criterio di adeguatezza di cui all’art. 38, secondo comma, Cost., (che) si presta contestualmente ad innervare il principio di sufficienza della retribuzione di cui all’art. 36 Cost.* ».

¹³¹ art. 59, comma 13, della legge 27 dicembre 1997, n. 449.

¹³² art. 1, comma 19, della legge 24 dicembre 2007, n. 247.

¹³³ Ordinanza 17 luglio 2001, n. 256, in *Giur. cost.*, 2001, 2187 e sentenza 11 novembre 2010, n. 316, in *Giur. it.*, 2011, I, 4, con nota di Pessi, *Perequazione automatica delle pensioni medio-alte e discrezionalità del legislatore: il difficile tema del bilanciamento tra istanze di solidarietà ed esigenze di contenimento della spesa pubblica nella giurisprudenza costituzionale*.

potere discrezionale di cui gode il Parlamento nella determinazione dei trattamenti di quiescenza e delle variazioni del loro ammontare, la Corte aveva lanciato un “avvertimento”, evidenziando come « *la sospensione a tempo indeterminato del meccanismo perequativo, ovvero la frequente reiterazione di misure intese a paralizzarlo, esporrebbero il sistema ad evidenti tensioni con gli invalicabili principi di ragionevolezza e proporzionalità perché le pensioni, sia pure di maggiore consistenza, potrebbero non essere sufficientemente difese in relazione ai mutamenti del potere d'acquisto della moneta* »¹³⁴. Di questo monito non ha tenuto conto il Parlamento, che per tutti i trattamenti pensionistici superiori a tre volte il minimo (e non solo per quelli superiori ad otto volte, come nella precedente disposizione), ha cancellato la revisione per due anni (e non per un solo anno, come in passato).

Dall'esame complessivo della giurisprudenza costituzionale nazionale in questa breve rassegna emerge, con assoluta prevalenza, l'opinione della (quasi sempre) invincibile forza del legislatore di modificare retroattivamente posizioni che avevano fatto affidamento su precedenti comportamenti assunti dal legislatore stesso.

La giurisprudenza dell'omologa Corte tedesca (*BVerfGE*) non perviene ad approdi diversi e lontani dalla nostra Consulta, confermando l'esistenza di un limite generale alla tutelabilità nell'affidamento, consistente nel *Gemeinwohl* (benessere pubblico o bene comune), che, nel sistema dei valori costituzionali, assume una posizione sovraordinata rispetto alla *Rechtssicherheit* (certezza del diritto). La Corte tedesca ha enucleato quattro ipotesi di ammissibilità della retroattività: 1) il cittadino deve attendersi la nuova regolamentazione; 2) la (vecchia) norma non è chiara o è confusa (quindi, occorre una nuova norma interpretativa); 3) il cittadino non può fare affidamento su una norma invalida; 4) il bene comune, sovraordinato alla certezza del diritto, esige un ordinamento, o meglio una nuova disciplina retroattiva¹³⁵. Mentre per le prime tre fattispecie non vi sono particolari obiezioni, la quarta è quella che si presterebbe in modo maggiore ad un intervento del legislatore non sindacabile.

¹³⁴ Si tenga presente che « *per come è strutturata la disciplina della perequazione automatica, ogni eventuale perdita del potere di acquisto delle pensioni, anche se limitata a brevi periodi, incide definitivamente sul loro ammontare. Ciò perché le successive rivalutazioni non sono calcolate sul valore reale originario, ma sull'ultimo importo nominale della pensione. Importo nominale che non soltanto ha subito le riduzioni sostanziali conseguenti alla svalutazione monetaria, ma ha anche subito la riduzione determinata dalle precedenti riduzioni della perequazione* »: così Pessi, *op. cit.* La sentenza in esame riassume questo concetto in un passo della motivazione.

¹³⁵ Sul punto Merusi, *op. cit.*, 25 s., richiama la giurisprudenza tedesca, la quale ha adottato il metodo della ricostruzione della « *ratio delle due leggi, quella sulla base della quale il cittadino aveva compiuto determinati atti giuridici, e quella che introduceva nuove disposizioni più onerose o che abrogava disposizioni sfavorevoli* ».

Tuttavia, è agevole rilevare, tranne la fattispecie relativa all'oscurità della norma, correlata a fattori di una certa qual facile accertabilità, come le (rimanenti tre) ipotesi siano suscettibili di valutazioni di carattere soggettivo ed opinabile.

Quando e perché il cittadino deve attendersi una nuova regolamentazione? *Forse* perché è cambiato il quadro politico ed il Parlamento ha una maggioranza diversa da quella che ha dato origine alla disciplina previgente più favorevole?

Quando e perché il cittadino non può fare affidamento su una norma invalida? È *forse* capace, egli, di apprezzare la costituzionalità di una norma?

Quando e da chi viene valutato il cd. bene comune? L'opzione politica o l'adesione ideologica possono *forse* condurre ad un approdo diverso in merito all'accertamento del bene comune? Come si realizza il bene comune?

Ed infine, potrà il Giudice delle leggi esprimere il suo sindacato pieno su queste ipotesi? Non si rischia *forse* un'invasione di campo su spazi riservati ad altro potere in mancanza di altri e più solidi "paletti"?

Come si vede, i "forse" riportati offrono poche certezze.

In sintesi, l'avviso della Consulta italiana è generalmente propenso ad affermare che il principio di irretroattività della legge assume un carattere costituzionale applicabile in modo assoluto ed irretroattabile soltanto per le norme penali, in quanto sancito dall'art. 25 Cost., mentre per le norme non penali la retroattività delle leggi è consentita, pur tuttavia nel rispetto di taluni limiti connaturati ai principi di:

- ragionevolezza;
- non arbitrarietà;
- certezza del diritto e dei rapporti pendenti, ossia tutela del cd. affidamento e non violazione della buona fede;

e di negare l'esistenza di un affidamento giuridicamente rilevante ogniquale volta le norme modificate o abrogate avessero uno scopo palesemente contingente o disciplinassero un oggetto suscettibile di variazioni normative ». Ad esempio, provvidenze fiscali determinate da cause particolari o ponderazioni congiunturali che non si possono conservare inalterate o ritenere illimitatamente valide per il futuro. La giurisprudenza tedesca ovviamente era condizionata dai vistosi fenomeni inflazionistici che intervennero nel 1930 e diedero luogo poi all'ascesa del nazismo.

Spunti interessanti che si traggono dalla giurisprudenza britannica si rinvengono in Valaguzza, *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legitimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1257 ss.

ed in presenza di una giustificazione fondata su:

- motivi imperativi;
- motivi di interesse generale¹³⁶ non riconducibili ad una mera richiesta di assestamento della finanza pubblica;
- motivi di estrema necessità;
- una effettiva causa giustificatrice;

nonché in assenza di violazione di:

- altri valori costituzionalmente protetti.

In questo quadro, per la nostra Corte costituzionale sono legittimamente retroattive sul piano costituzionale, oltre alle norme interpretative allorché richiamano una delle possibili varianti di senso già desumibili dalla lettera della disposizione interpretata, anche le norme innovative, purché la retroattività trovi, come detto, adeguata giustificazione *causale* sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, tra i quali, oltre ai principi sopra richiamati, assume preminenza la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei destinatari, in quanto principio connaturato allo Stato di diritto. E tra le disposizioni introdotte, che hanno incidenza su fattispecie regolate da norme diverse preesistenti, vi sono anche quelle che concernono rapporti in corso o di durata, che possono essere coinvolti purché il *jus superveniens* sia ragionevole, non arbitrario e non violi il cd. principio di tutela dell'affidamento del cittadino rispetto al previgente assetto normativo¹³⁷.

Un'ultima riflessione.

La superiore constatazione che la Corte costituzionale abbia affrontato la problematica della possibile retroattività della legge nell'ottica della sindacabilità dell'atto normativo sotto il profilo dello sviamento di potere induce a ritenere che essa voglia riservarsi un ampio margine di sindacato, esprimendo giudizi di valore apprezzabili, caso per caso¹³⁸, secondo autonome quanto ovviamente opinabili valutazioni. In altri termini, è all'evidenza ampiamente discrezionale l'indagine giudiziaria, praticata mediante gli strumenti che la giurisprudenza

¹³⁶ Parla di impellenza di interesse preminente e verificabile Merusi, *op. cit.*, 30 s.

¹³⁷ Sul punto v. altresì Bonetti, *op. e loc. cit.*

¹³⁸ Così Carnevale, *Leggi di interpretazione*, cit., 2418, secondo cui tale comportamento in assenza « di una griglia idonea a fondare un vero test di scrutinio rischia fortemente l'eccesso di discrezionalità (e, quindi, tendenzialmente, l'arbitrio) ».

amministrativa ha creato, sullo “scopo” che la legge intendeva raggiungere, oppure sull’esistenza di altri e più idonei strumenti apprestati dall’ordinamento costituzionale per raggiungere quello “scopo”. Così, alla stessa stregua, l’assunto che sia stato comunque compiuto il test del bilanciamento degli interessi¹³⁹, che, di norma, è « *meramente prefigurato, piuttosto che effettivamente esperito* »¹⁴⁰. All’opposto, qualora si volessero reputare i principi della buona fede e della tutela dell’affidamento di rango costituzionale, l’accertamento del Giudice delle leggi sarebbe più agevole, meno discrezionale, ossia con un carattere più esterno e formale, per la semplice ragione che la decisione avrebbe indagato la violazione di norme costituzionali; e tale da statuire anche dei precedenti alla stregua del metodo del *case law*.

4. La posizione delle Corti internazionali.

Anche le Corti internazionali hanno, sia pure con diverse declinazioni e sfumature, condiviso i concetti basilari della Consulta ora richiamati, come si vedrà di qui a poco, riconfermando la mancanza di un indirizzo coerente ed uniforme. E non va sottaciuto che sulla retroattività delle leggi interpretative sovente il dibattito/dialogo con la nostra Corte costituzionale è stato abbastanza vivace¹⁴¹.

4.1. La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (Corte EDU) ha più volte affrontato la tematica in questione, con la precisazione di non aver intenzione di imporre ai legislatori nazionali un divieto assoluto di retroattività: essa, infatti, ha in diverse occasioni¹⁴² ritenuto non in contrasto con l’articolo 6 della Convenzione (CEDU)¹⁴³ l’intervento normativo retroattivo.

¹³⁹ Operazione indispensabile, come ricorda Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

¹⁴⁰ Carnevale, *Legge di interpretazione*, cit., 2417.

¹⁴¹ Non sempre Corte EDU e Corte costituzionale italiana hanno agito sulla stessa linea d’onda: cfr. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2001.

¹⁴² Vedi i casi *National & Provincial Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*, 23 ottobre 1997; *Niedenthal-Forrer c. Germania*, n. 47316/99, 20 febbraio 2003; *OGIS-Institut Stanislas, OGEC Saint Pie X et Blanche de Castille e altri c. Francia*, sentenza 27 maggio 2004 (ricorsi 42219/98 e 54563/00).

¹⁴³ Sul diritto ad un equo processo. La Corte inquadra la nozione di « *espérance légitime* » all’interno dell’art. 1, Prot. 1, della Convenzione.

La legittimità di siffatta produzione normativa è stata riconosciuta, in particolare, alla luce di alcune peculiari circostanze storiche, come nel caso della riunificazione tedesca. Essa, ciononostante, ha statuito che « *se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6* » della CEDU « *ostano, salvo che per ragioni imperative di interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia* »¹⁴⁴.

Va, preliminarmente, ricordato che, per la Corte di Strasburgo, nella nozione di “beni” richiamata nella prima parte dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione può farsi rientrare anche la “*aspettativa legittima*” di poter continuare a godere di un bene, solo a condizione che poggi su una “*base sufficiente nel diritto interno*”, ad esempio quando è confermata da una consolidata giurisprudenza, oppure quando è fondata su una disposizione legislativa o su un atto legale riguardante l'interesse patrimoniale in questione;¹⁴⁵ mentre « *la speranza di vedersi riconoscere un diritto di proprietà che si è nell'impossibilità di esercitare effettivamente non può essere considerata un 'bene' ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione* ».¹⁴⁶

¹⁴⁴ II Sezione, *caso Agrati ed altri c/ Italia*, sentenza 7 giugno 2011, ricorsi nn. 43549/08, 6107/09 e 5087/09, che richiama le sentenze *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia*, 9 dicembre 1994, serie A n. 301-B; e *Zielinski e Pradal & Gonzales e altri c. Francia [GC]*, n. 24846/94 e 34165/96 a 34173/96, § 59, CEDU 1999-VII. Nella specie la Corte ha ritenuto che il vero obiettivo del Governo (trattavasi di una norma interpretativa con effetto retroattivo inserita nella legge finanziaria) non consisteva nella necessità di riempire un vuoto giuridico ed eliminare una disparità di trattamento, bensì mirava in realtà a preservare solo l'interesse economico dello Stato, riducendo il numero delle cause pendenti dinanzi ai giudici italiani. Sul ruolo della giurisprudenza europea v. Castorina, *Certezza del diritto e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio comune*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, 1193; Lorello, *La tutela del legittimo affidamento del cittadino tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998. Sul caso Agrati v. altresì, tra gli altri, Ruggeri, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive di interpretazione autentica, e domani?*, in www.forumcostituzionale.it, 2011.

¹⁴⁵ Vedi, per tutte, sentenze *Depalle c. Francia*, Grande Camera, 29 marzo 2010; *Saghinadze e altri c. Georgia*, 27 maggio 2010; *Maurice c. Francia*, Grande Camera, 6 ottobre 2005.

¹⁴⁶ Vedi, per tutte, *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, Grande Camera, 19 aprile 2007, relativa ad una indennità di trasferta, già contrattualmente riconosciuta a funzionari pubblici svolgenti servizio di polizia, poi soppressa dalla contrattazione collettiva sopravvenuta. A proposito di indennità di trasferta, peraltro, la nostra Corte costituzionale, con sentenza 25 luglio 1995, n. 376, in *Regioni*, 1996, n.165, ha affermato quanto segue: « *E' infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo unico l. reg. Toscana n. 22/1989 di interpretazione autentica dell'art. 3 l. reg. n. 80/1978, regolante il rimborso spese ai membri del Coreco che risiedono in un Comune diverso da quello sede del Comitato o delle sezioni di questo, sollevata, con riferimento agli art. 3, 97, 123 e 127 cost., per il fatto che essa, sotto lo schema di un'interpretazione autentica, introdurrebbe una sostanziale modificazione della disciplina previgente, prevedendo una disciplina legislativa irragionevole ed in violazione dei principi di certezza del diritto, di parità di trattamento, di corretto andamento*

Inoltre, la Corte EDU può pronunciare sentenze laddove (tra gli altri) sia violato il diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 del Protocollo n. 1: per diritto di proprietà non deve intendersi solo quello relativo ai beni reali, mobili o immobili, ma anche quello comprendente i crediti e le obbligazioni.¹⁴⁷

Ciò posto, una volta dimostrata l'esistenza del diritto di credito o quanto meno, prima dell'intervento della legge sopravvenuta, di *“un interesse economico”* che costituisce, *« se non un diritto di credito nei confronti della controparte, quanto meno un 'legittimo affidamento' di ottenere il pagamento degli importi contestati »*, si può attribuire a tale affidamento *« il carattere di 'bene' ai sensi della prima frase dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 »*¹⁴⁸.

Il punto centrale che caratterizza l'indirizzo giurisprudenziale della Corte consiste nell'individuare l'esistenza di una *causa*¹⁴⁹ di pubblica utilità che possa consentire al legislatore l'intervento normativo di carattere retroattivo.

La motivazione della sentenza del caso Agrati, più volte sopra richiamata, è assai perspicua sul punto. Difatti, dopo aver precisato che *« grazie ad una conoscenza diretta della società e dei suoi bisogni, le autorità nazionali sono in via di principio in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per determinare ciò che rientra nel concetto di 'pubblica utilità',... (sicché) devono quindi decidere per prime se esiste un interesse generale che*

della p.a., di lealtà e trasparenza dell'azione di questa. La legge impugnata, infatti, si configura come legge di interpretazione autentica e non come legge innovativa con effetti retroattivi, né può ritenersi legge irragionevole o in violazione dei principi surrichiamati, essendo tra l'altro conforme ad analoghe normative di altre Regioni, in armonia con la 'ratio' ispiratrice della norma di cui all'art. 3, comma 3, l. n. 836/1973, nonché atta ad evitare uno stravolgimento delle finalità della norma regionale interpretata. La l. reg. Toscana, inoltre, non viola nemmeno gli art. 24 commi 1 e 2, 113, 117, comma 1, Cost., perché essa, con riferimento al caso di specie, non viola il diritto di difesa di nessun soggetto, né risulta lesiva del principio di irretroattività delle leggi sia perché non si verte in tema di legge retroattiva, bensì di legge interpretativa, sia perché il principio di irretroattività ha garanzia costituzionale specifica solo con riguardo alla materia penale e, se è pur vero che esso mantiene per le altre materie valore di principio generale, non impedisce al legislatore di adottare norme dotate di efficacia retroattiva, ove queste vengano a trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri principi o valori costituzionalmente protetti ».

¹⁴⁷ *« La nozione di 'proprietà' può concernere sia i 'beni esistenti' che i valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti. Affinché un credito possa considerarsi un 'valore patrimoniale', ricadente nell'ambito di applicazione dell'articolo 1 del Protocollo 1, è necessario che il titolare del credito lo dimostri in relazione al diritto interno, per esempio, sulla base di una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali »* (II Sezione, caso Agrati ed altri c/ Italia, sentenza 7 giugno 2011, cit.)

¹⁴⁸ Sempre la sentenza Agrati. Sul punto v. altresì, in particolare, *Lecarpentier e altri c. Francia*, n. 67847/01, § 38, 14 febbraio 2006, e *S.A. Dangeville c. Francia*, n. 36.677/97, § 8, CEDU 2002-III.

¹⁴⁹ Come sopra evidenziato (nota 80), la *“causa”* è stata individuata quale requisito o elemento decisivo da una sentenza della nostra Corte costituzionale .

giustifica la privazione della proprietà », la Corte ha evidenziato che tali autorità (nel nostro caso, il Parlamento) « *dispongono di un certo margine di apprezzamento*»; per cui «*la decisione di adottare una legislazione restrittiva della proprietà di solito comporta valutazioni di ordine politico, economico e sociale* ». V'è pertanto una limitazione dei poteri di sindacato del Giudice (nazionale o europeo che sia) sulla discrezionalità del legislatore, il quale dispone di un'ampia libertà di condurre una politica economica e sociale, che va rispettata. Ciò « *a meno che la sua decisione sia manifestamente priva di ragionevole fondamento* ».150 La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione di conoscere se si fosse verificato il superamento dell'obiettivo perseguito dalla legge sopravvenuta, consistente nel mero interesse economico dello Stato, ha rammentato che « *in linea generale, il solo interesse economico non giustifica l'intervento di una legge retroattiva* ».151 Poi, dopo aver affermato di nutrire « *dei dubbi in merito al fatto che l'interferenza nel pacifico godimento dei propri beni persegua interessi di 'pubblica utilità'* », ha sottolineato che « *detta ingerenza deve trovare un giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e le esigenze individuali di tutela dei diritti fondamentali*152...e che deve esistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito dalle misure restrittive della proprietà ».153 Avendo accertato che nel caso di specie l'intervento legislativo impugnato aveva sicuramente impedito ai ricorrenti di vedersi riconosciuto il diritto maturato, almeno fino all'adozione della norma sopravvenuta, la Corte ha dichiarato che detta legge « *ha imposto un 'onere eccessivo e anormale' ai ricorrenti e il pregiudizio alla loro proprietà ha rivestito carattere sproporzionato, rompendo il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali* »154.

È agevole osservare come la Corte premetta sempre, in ogni occasione, di voler adottare una linea assai prudente, lasciando arbitre le autorità legislative nazionali di disciplinare fattispecie o rapporti di durata mediante norme aventi valore ed efficacia retroattiva. Senonché essa esige, alla stessa stregua di quanto abbia (talvolta) operato la nostra Consulta, un'attenta giustificazione delle ragioni di pubblica utilità che autorizzino l'intervento

150 *Presse Compania Naviera SA e altri c. Belgio*, 20 novembre 1995, § 37, Serie A, n. 332, e *Broniowski c. Polonia* [GC], n. 31443/96, § 149, CEDU 2004-V.

151 V., *mutatis mutandis*, *Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri cit.*, § 59, CEDU 1999-VII.

152 Vedi, tra le altre, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, § 69, serie A n. 2.

153 Così *Pressos Compania Naviera SA e a.*, citata, § 38.

154 v., *mutatis mutandis*, *Lecarpentier e altri*, sopra cit., § 48-53.

retroattivo. Ed allo stesso tempo richiama anche il principio di proporzionalità - di radice, come noto, strettamente comunitaria - sempre riferendolo alle norme, accanto a quello di ragionevolezza, che costituisce, come sopra registrato, il canone più volte invocato dalla nostra Consulta. Ebbene, il sindacato di proporzionalità tra i mezzi impiegati (il *jus superveniens*) ed il raggiungimento degli obiettivi indicati (le esigenze di interesse pubblico sempre attraverso la salvaguardia della tutela dei diritti fondamentali individuali) non viene risparmiato dalla Corte, che, una volta riscontrato lo scollamento tra mezzi e scopi, non ha esitato a definire l'onere imposto ai cittadini eccessivo ed anormale ed il pregiudizio subito risarcibile.

4.2. Lo stesso avviso della Corte EDU è generalmente condiviso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Il principio del legittimo affidamento intangibile - sia pure con talune limitazioni - ha trovato, difatti, protezione rispetto alle aspettative di stabilità di un certo trattamento giuridico che il singolo vanta di fronte a decisioni del potere pubblico, tali da pregiudicarne la sua situazione soggettiva in sede di giustizia europea in fattispecie in cui le nuove norme non davano coerente séguito ed incidevano sui rapporti *in itinere*.

La tutela dell'affidamento, che trova radici nell'ordinamento comunitario, il quale lo ricollega all'idea dello Stato di diritto ed al principio di certezza dei rapporti giuridici, è stato

consacrato da alcune sentenze della Corte di Giustizia, che definisce il principio di certezza corollario dello Stato di diritto;¹⁵⁵ in altre lo considera interscambiabile.¹⁵⁶

Il principio in esame è venuto in evidenza in riferimento a norme che incidono su rapporti di durata *in itinere*¹⁵⁷; nonché nei casi in cui le modifiche normative sopravvenute non davano coerente séguito all'induzione (*moral suasion*) che gli organi dell'Unione europea avevano esercitato nei confronti degli operatori perché adottassero un certo comportamento.¹⁵⁸

In particolare, una vicenda di particolare interesse sottoposta all'esame della Corte di Giustizia UE fu generata da un regolamento adottato in data 26 gennaio 1972, n. 189, con il quale la Commissione aveva abolito, a decorrere dal 1° febbraio 1972, gli importi compensativi vigenti nel settore dei grassi, sulla considerazione « *che la situazione attuale del mercato è tale che l'applicazione degli importi compensativi non è più indispensabile per*

155 C. UE, 15 febbraio 1996, C-63/93, *Fintan Duff c. Minister of agriculture and food*. Ma già la sentenza 13 dicembre 1967, in C-17/67, *Neumann c. Hauptzollamt Hof/Saale*, aveva espresso il concetto che « *il principio della certezza del diritto osta, come norma generale, a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione* ». Negli stessi sensi 4 luglio 1973, in C-1/73, *Westzucker c. Einfuhr und Vorratsstelle fuer Zucker*.

Merusi, *op. cit.*, 8 s., riconosce che la Corte di Giustizia « *ha fatto largo uso del principio di tutela dell'affidamento, inteso come principio della 'civiltà europea', integrativo sia dell'attività legislativa, sia dell'attività amministrativa, in verticale, a livello federale europeo, e a livello dei singoli Stati parzialmente federati... Non è una prerogativa della Costituzione di qualche Stato europeo, bensì un principio di integrazione dell'intera normativa della comunità europea in tutte le sue possibili integrazioni.... La tutela dell'affidamento... c'era prima delle attuali costituzioni democratiche e, probabilmente, ci sarà anche in futuro, qualunque sia l'assetto costituzionale che si daranno gli Stati che affondano le loro radici culturali nel diritto romano* ». Più avanti (ivi, 10) l'illustre A. così si esprime: « *La certezza del diritto desunta dallo Stato di diritto è, in definitiva, la fonte che impone di tutelare le aspettative generate anche dal comportamento del legislatore e della Pubblica Amministrazione. La tutela dell'affidamento è perciò un principio riconducibile soltanto al diritto positivo degli Stati moderni, in quanto Stati disciplinati dal diritto positivo che si esprime anche in principi generali che ne esplicitano le logiche di fondo* ». Inoltre (p. 12), « *La tutela delle aspettative dei cittadini generata dal legislatore o dalla Pubblica Amministrazione è assicurata dalla certezza nelle aspettative giuridiche garantite, per definizione, dagli Stati democratici di diritto* ».

Carnevale, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, III, 1927 ss., distingue i due concetti che sovente sono trattati unitariamente ed erroneamente. Pagano, *op. cit.*, 8, afferma che « *l'affidamento non può annoverarsi tra le tradizioni costituzionali comuni ai singoli Stati.... In effetti la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, dopo aver tratto ispirazione dalla tradizione germanica di cui si è detto, ha rielaborato il principio in parola facendogli acquisire caratteristiche proprie ed una pluralità di sfaccettature tali che esistono, ormai, varie fattispecie e diversi schemi di giudizio su di esso* ». 156 Tr. I grado UE, 3 aprile 2003, T-44/01 119/01 e 126/01, *E. Vieira c. Commissione*; C. UE, 28 gennaio 2003, C-334/99, *Rep. Fed. Di Germania c. Commissione*); viceversa, Tr. I grado UE, 1 luglio 2004, T-308/2000, *Salzgitter c. Commissione*, sottolinea la diversità dei principi, il primo, di carattere oggettivo, posto a presidio di valori ordinamentali, il secondo, di carattere soggettivo, nel quale prevale l'interesse dei cittadini alla stabilità delle proprie aspettative.

157 C. UE, 14 maggio 1975, C-74/74, *CNTA c. Commissione*.

158 C. UE, 28 aprile 1988, C-120-86, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij*; 18 aprile 1988, C-170, *von Deetzen c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*.

evitare perturbazioni negli scambi degli anzidetti prodotti ». Tale regolamento aveva influito negativamente sui contratti di vendita già stipulati da alcuni operatori economici del settore, che avevano fatto affidamento sui cd. impianti compensativi monetari, arrecando loro sensibili danni. L'operatore economico ricorrente si doleva del fatto che aveva potuto legittimamente contare sulla circostanza che non sarebbero intervenute modifiche imprevedibili per i contratti alla cui esecuzione egli si era irrevocabilmente impegnato, per aver ottenuto le licenze d'esportazione, tali da esporlo a rischi valutari e da causargli inevitabili perdite. La sentenza in questione ha dichiarato la responsabilità dell'Unione europea (all'epoca, Comunità), in quanto non era ravvisabile « *un inderogabile interesse pubblico contrapposto a quello dei singoli operatori economici* », avendo la Commissione abolito, « *con effetto immediato e senza preavviso, gli importi compensativi in un determinato settore, senza adottare provvedimenti transitori che, almeno* » avessero consentito « *a detti operatori di evitare la perdita connessa all'esecuzione di contratti di esportazione* ». La mancanza di un inderogabile interesse pubblico e di « *norme transitorie intese a garantire il rispetto del legittimo affidamento che l'operatore poteva fare sulla disciplina comunitaria* » ha comportato la violazione di « *una norma giuridica superiore, facendo perciò sorgere la responsabilità della Comunità* ».159

Il sindacato sulla retroattività che incide sul legittimo affidamento è stato particolarmente penetrante anche nella vertenza *Meiko-Konservenfabrik c. Repubblica federale di Germania*, ove la Corte¹⁶⁰ ha annullato l'atto a causa dell'imprevedibilità della modifica normativa, ancorché fosse indubitabilmente presente l'interesse pubblico tale da giustificare il ricorso alla retroattività.

Altra decisione di sicuro interesse è rappresentata dal caso *Mulder*, allevatore di bovini, il quale contestava l'applicazione di una norma regolamentare europea da parte del Ministro dell'agricoltura olandese sul cd. prelievo supplementare sul latte. Il Mulder sostenne che detta normativa era invalida, in quanto in contrasto con i principi generali del diritto comunitario sulla certezza del diritto e sul legittimo affidamento, poiché gli operatori economici che si

159 Si tenga presente che in varie decisioni la Corte UE ha esercitato il proprio sindacato sulla *intensità della necessità* o sulla *stringente necessità* della nuova normativa che dispone effetti anche sulle vicende in corso a causa delle ragioni della stabilità occorrente a realizzare lo scopo pubblico. Sul punto v. Gigante, *ult. op. cit.*, 34 ss.

160 Sentenza 14 luglio 1983, in C-224/82, *Meiko-Konservenfabrik c. Repubblica federale di Germania*.

erano avvalsi del previgente regime regolamentare avevano la legittima aspettativa di poter riprendere la produzione alla scadenza dell'obbligo di non commercializzazione da essi assunto. La Corte¹⁶¹ ha affermato che « *una simile esclusione permanente e totale per tutto il periodo di vigenza della normativa sul prelievo supplementare e avente l'effetto di impedire ai produttori interessati la ripresa dello smercio di latte al termine del quinquennio non era da questi ultimi prevedibile all'atto dell'assunzione dell'impegno temporaneo di non effettuare cessioni di latte* », non risultando, né dalle disposizioni, né dalla motivazione¹⁶² del previgente regolamento, che l'obbligo di non commercializzazione assunto avrebbe potuto comportare, alla sua scadenza, l'impossibilità di riprendere l'attività in causa. « *Una simile conseguenza lede dunque il legittimo affidamento che tali produttori potevano aver riposto nel carattere limitato degli effetti del regime cui essi si assoggettavano* ».

Da questa sia pur breve panoramica giurisprudenziale della Corte di giustizia, che subisce l'influenza, volta per volta, soprattutto della giurisprudenza francese e di quella tedesca (anche se le relative radici culturali sono profondamente diverse), si può di certo convenire con l'opinione,¹⁶³ la quale evidenzia come da essa emergano due orientamenti che si fronteggiano, il primo di derivazione francese, secondo cui la codificazione ed il diritto legislativo hanno escluso l'applicabilità dei principi del diritto romano "comune"; il secondo di derivazione germanica, che sostiene la sopravvivenza dei principi del diritto romano "comune" integrativi del diritto codificato. Per il primo, il giudice può rendere coerente l'ordinamento giuridico vigente attraverso l'identificazione dei principi generali estrapolati dal diritto legislativo; per il secondo, il giudice integra l'ordinamento legislativo vigente e lo rende coerente attraverso l'applicazione di principi propri del diritto romano "comune": il che

¹⁶¹ Sentenza 28 aprile 1988, C-120/86, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij*. Negli stessi sensi la coeva sentenza C-170/86, *Georg von Deetzen c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*. In alcuni casi la Corte ha riconosciuto che la lesione del principio di tutela del legittimo affidamento può comportare la condanna al risarcimento del danno: C. UE, 19 maggio 1992, in cause riunite C-104/89 e C-37/90, *Mulder II c. Commissione e Consiglio* (sempre in materia di quote latte), nonché C. UE, 26 giugno 1990, C-152/88 *Sofrimport Sarl c. Commissione*; e TPG UE, 17 dicembre 1998, T-203/96, *Embassy Limousines c. Parlamento europeo*.

Guarino, *op. cit.*, 157, ammette la possibilità di imporre « *il risarcimento dei danni in tutte le ipotesi di revoca o modifica in pejus della legge di indirizzo* ».

¹⁶² Gigante, *ult. op. cit.*, 36, riporta talune decisioni della Corte che esigono un'adeguata motivazione della norma, la quale illustri in modo puntuale e specifico le ragioni della retroattività. Si tenga però presente che la motivazione è caratteristica tipica della normativa comunitaria (Regolamenti e Direttive, che riportano ampi "considerando"); viceversa, le norme nazionali sono assai poche di motivazione, che può rinvenirsi, al più, nei lavori parlamentari.

¹⁶³ Merusi, *op. cit.*, 13.

porterebbe alla tutela automatica del cittadino una volta accertata l'esistenza di un legittimo affidamento senza la previa ponderazione degli interessi. Tratterebbesi, in buona sostanza, in quest'ottica, di un rinvio integrativo e ricettizio alla buona fede « romana ». Per scongiurare il rischio di una « produzione normativa » da parte dei giudici incompatibile con la divisione dei poteri, la letteratura tedesca « *ha respinto la connessione buona fede-tutela dell'affidamento e ha dato spiegazioni delle ipotesi emergenti dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa sulla base del principio della tutelabilità delle aspettative generate da un precedente comportamento del legislatore o della Pubblica Amministrazione, cercando così di delimitare il più possibile le ipotesi di tutela dell'affidamento e di negare l'esistenza di un principio generale di integrazione di correttezza costituzionale e amministrativa* ».164

In conclusione, dalla giurisprudenza della Corte si traggono alcuni elementi che escludono la contrarietà ai principi del Trattato delle norme retroattive, i quali danno, in altri termini, “il via libera” al legislatore, nei seguenti, limitati casi:

- se il tempo intercorrente tra le due norme (la prima che attribuisce il diritto o il cd. affidamento e la seconda che lo limita o lo elimina) è ridotto;165
- se la situazione venutasi a creare successivamente per effetto della nuova norma sia più favorevole per i destinatari della norma stessa;

164 Così Merusi, *op. cit.*, 14. Si tenga presente che tra la fine degli anni '20 ed i primi anni '30 del secolo scorso la buona fede cominciò ad abbracciare l'intero ordinamento giuridico tedesco (Dawson, *Gli oracoli del diritto*, 1967, edizione italiana a cura dell'Istituto Italiano degli Studi filosofici, Napoli, 2014, con prefazione ed a cura di Giurato, 565). Persino l'imposizione fiscale e la pubblica amministrazione vennero assoggettate dalle corti al criterio della buona fede, quale principio universale che permeava e qualificava tutte le norme giuridiche. Tuttavia, Hedemann, *La fuga nelle clausole generali; un pericolo per il diritto e per lo Stato*, Tubinga, 1933, contestò questo indirizzo giurisprudenziale, che aveva iniziato a rimuovere i limiti imposti al potere giudiziale dalle norme giuridiche, lasciando incontrollata la discrezionalità dei giudici. Secondo questo A., Roma aveva seguito un percorso simile nel periodo che la portò alla dittatura bizantina. Va altresì ricordato che negli stessi tempi della pubblicazione di tale tesi, Hitler aveva preso il potere; sicché la clausola generale divenne la volontà del Führer. L'avvento del nazismo promosse e non arrestò la fuga verso le clausole generali e, peraltro, il suo contestatore, Hedemann, aderì ben presto al nuovo regime (sul punto v. Dawson, *op. cit.*, 565 ss.).

165 Attribuisce valore al fluire del tempo la Corte costituzionale italiana, secondo cui l'elemento temporale sarebbe idoneo a giustificare diversità di discipline anche pensionistiche: n. 197 del 2010, cit. e 16 luglio 2014, n. 208, in *Giur. cost.*, 2014, 3315, con nota di Pagano, **La mancata previsione dell'errore di diritto tra i casi di modifica o di revoca del provvedimento definitivo di liquidazione del trattamento pensionistico e la tutela del legittimo affidamento nell'ambito dei rapporti di durata.**

- se il mutamento retroattivo era prevedibile al momento dell'adozione della precedente disposizione¹⁶⁶. E proprio la non prevedibilità rappresenta uno degli aspetti limitativi del potere di politica legislativa nei confronti dei destinatari della norma: la certezza del diritto è un "superprincipio" (*oberbegriff*), dal quale discendono i "sottoprincipi" della prevedibilità, non retroattività, esigenza di chiarezza¹⁶⁷.

Pertanto, si può di certo affermare che la mancata motivazione sulla sussistenza dei presupposti, consistenti nel bilanciamento dei contrapposti interessi incisi dalla normativa sopravvenuta che interviene su un rapporto in corso, da un lato, e la carenza della comparazione sulla ragionevolezza e proporzionalità della nuova normativa che incide sulle posizioni giuridiche che hanno fatto affidamento sulla previgente disciplina, dall'altro, appaiono tali da determinare, secondo la Corte di Giustizia UE, la violazione del principio del legittimo affidamento.

Se le condizioni rispetto a quelle vigenti al momento della legge "antica" mutano, il legislatore ben potrà introdurre una norma che va ad incidere sul rapporto in corso, solo là dove egli abbia riscontrato una rottura dell'equilibrio sinallagmatico che era stato in origine previsto, tale da giustificare la "*lacerazione del patto sociale*" (Costant). Ciò dovrebbe valere nei confronti di tutti i diritti che i privati vantano tanto nei confronti di altri privati, quanto nei confronti dello Stato o di altre pubbliche amministrazioni.

5. La necessità di rinvenire altri parametri.

Come si è avuto modo di esporre con modalità riassuntive e forse troppo sbrigative, la tutela dell'affidamento è stata prevalentemente - come giusto che fosse - letta ed affrontata *ex parte actoris*, nell'ottica del soggetto "*debole*", ripercorrendo le linee di un pensiero che si è soffermato più sui principi di libertà e di tutela dei diritti dei cittadini, che sulle esigenze che lo Stato è tenuto ad affrontare e, per quanto possibile, risolvere.

¹⁶⁶ Sul punto v. Gigante, *ult. op. cit.*, 39 ss. e Pagano, *Il principio di affidamento*, cit., 6. Tuttavia, tale profilo appare estremamente soggettivo: la prevedibilità è legata a valutazioni personali; e poi poiché dal legislatore ci sarebbe da aspettarsi di tutto, ogni variazione normativa sarebbe prevedibile.

¹⁶⁷ Zagrebelsky, citato da Gigante, *ult. op. cit.*, 45, n. 24

Si vuol dire, in altre parole, che la nuova formulazione dell'art. 81 della Costituzione¹⁶⁸ impone, forse, una rieditazione da parte della dottrina (molto meno da parte della giurisprudenza, che si è assestata, sovente e comunque, sulla sufficienza di una motivazione fondata su intransigenti posizioni di salvaguardia delle esigenze del bilancio pubblico, anche se, come riferito, talune significative aperture sono state prospettate) in merito alla tutela dell'affidamento del cittadino anche *ex parte legislatoris*. Senza accantonare, anzi privilegiando - ma questa è un'opzione personale - la centralità della persona nell'ordinamento¹⁶⁹.

Ebbene, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato taluni parametri, sopra riportati, i quali pongono limiti all'intervento *retroattivo* sui rapporti in corso da parte del legislatore intrisi del rispetto dei principi generali della buona fede e della tutela dell'affidamento a cui devono ispirarsi tutti gli atti giuridici dei soggetti (pubblici e privati)¹⁷⁰; e si è constatato che tale rispetto non ha una linea univoca e costante, ma è influenzato dalle valutazioni che esprime, di volta in volta, la Corte costituzionale sulla ragionevolezza della legge.

Particolare importanza, anche e soprattutto alla luce della nuova formulazione dell'art. 81 Cost., assume la clausola generale *rebus sic stantibus*¹⁷¹ - che ben può derogare, se non contemperare l'altro principio del *pacta sunt servanda* - che consente ad una delle parti di risolvere il contratto se ricorre una causa prevista dall'ordinamento¹⁷². La novella

¹⁶⁸ Come modificato dall'art. 1 della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1. Da ultimo, v. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di D'Atena*, Milano, 2015, vol. III, 2097 ss.

¹⁶⁹ Si rinvia, nella consapevolezza della vastità del dibattito, alle pagine di Stein e Shand, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, nella collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1981, 17 s. (in particolare al riportato pensiero di Cicerone e Tommaso d'Aquino sulla giustizia e il diritto naturale), 237 ss. (sul valore della vita) e 165 ss. (sul rapporto tra individualismo e responsabilità).

¹⁷⁰ Manganaro, *op. cit.*, 48: « la tutela della buona fede è più necessaria nel diritto amministrativo che in quello privato, divenendo una misura di valutazione del comportamento della parte pubblica e degli altri soggetti interessati ».

¹⁷¹ Anche a prescindere dalla formulazione dell'art. 81 della Costituzione (nella vecchia versione) è interessante notare come Merusi, *op. cit.*, 71 s., evidenzi il possibile contrasto fra sopravvenienza e tutela dell'affidamento, superabile, a suo avviso, nell'ambito del principio di buona fede oggettiva e della valutazione degli interessi che giustificano l'elisione dell'affidamento generato dal legislatore. Valutazione che non può essere rimessa al mero cambiamento della maggioranza parlamentare, e quindi ad una mutata valutazione delle priorità politiche, bensì ad un diverso approccio sul cd. interesse omogeneo rispetto alla situazione di affidamento che si è consolidata.

¹⁷² L'art. 1372 c.c. consente che il contratto, che ha forza di legge tra le parti, possa essere sciolto, oltre che per mutuo consenso, dal giudice per le cause ammesse dalla legge. L'antica clausola *rebus sic stantibus* ha una lunga storia nel continente europeo, come formula valida per i mutamenti impreveduti delle circostanze. Questa clausola venne proposta soprattutto dalla dottrina tedesca e ripresa dalla giurisprudenza per giustificare la risoluzione dei contratti che avevano subito pesantissime interferenze dall'inflazione degli anni venti del secolo

costituzionale, nel modificare la preesistente formulazione dell'obbligo (sovente disatteso) della necessaria indicazione dei mezzi per far fronte a nuove o maggiori spese, sancisce la necessità, per lo Stato, di assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese del bilancio « *tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico* ». Quindi, nuove entrate, ossia ulteriori prestazioni possono essere richieste ai cittadini, per far fronte alla fase avversa del ciclo economico. Di qui, una prima riflessione: se viene registrata una fase favorevole del ciclo economico non sembra sia consentito richiedere maggiori sacrifici e imporre nuove imposte o tasse, a maggior ragione con effetto retroattivo, ledendo l'affidamento che riposava su una situazione giuridica frutto di una specifica disposizione normativa. Anzi, questa circostanza richiede, o meglio pretende che siano revocate le norme adottate per circostanze congiunturali, che abbiano imposto sacrifici e leso o comunque limitato diritti "quesiti", e siano reintrodotti le preesistenti disposizioni più favorevoli.

In secondo luogo, la novella costituzionale sembra consentire, per non dire imporre al legislatore di intervenire là dove l'equilibrio del bilancio dello Stato sia messo in seria discussione da fatti sopravvenuti caratterizzati da una fase avversa del ciclo economico. Ciò può autorizzare nuovi sacrifici o modifiche di situazioni giuridiche fondate su assetti normativi che hanno generato diritti 'quesiti' o 'consolidati'? In questo caso, si ripresenta il problema della retroattività, se, cioè, sia possibile, ed in quale misura, incidere sui rapporti in corso; in altre parole, se il *factum superveniens* possa consentire il *ius superveniens*.

La dottrina - si è visto nelle pagine precedenti - non ha avuto difficoltà ad adattare principi di natura strettamente privatistica con quelli di valenza pubblicistica¹⁷³.

In tale ottica, si pone il quesito se sia ammissibile invocare l'immediata e diretta applicabilità delle clausole generali (contenute o ricavabili dal codice civile¹⁷⁴), o quanto meno auspicare

scorso. Sul punto si rinvia a Galletto, *Clausola rebus sic stantibus*, voce in *Dig. it., disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1991, II, 383 ss.

¹⁷³ Guarino, *op. cit., passim*. Tuttavia, in questo frangente non si intende minimamente affrontare la diversa tematica dell'applicabilità dell'art. 1 bis della legge n. 241 del 1990, come introdotto dall'art. 1 della legge n. 15 del 2005, secondo cui « *La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente* ».

¹⁷⁴ Sono ben consapevoli delle osservazioni e dei rilievi di coloro che pongono ferrei quanto impermeabili paletti all'utilizzo dell'osmosi tra diritto pubblico e diritto privato. Del resto, è sempre vivo l'ammonimento autorevole di Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 849, che ha influenzato gli studi dal secondo dopoguerra in poi: « *anche per questo problema, secondo un adusato malvezzo, dottrina e giurisprudenza hanno pedissequamente trasferito formule proprie del diritto privato nel campo di quello pubblico* ». Il problema, a mio avviso, è quello della innervatura dei principi

che la Consulta proceda in tal senso, assecondando ciò che una volta era definita “*la fuga nelle clausole generali*”.¹⁷⁵ Ossia quel fenomeno riscontrato dalla letteratura tedesca tra gli anni '20 e '30 del secolo scorso, provocata da una serie di circostanze del tutto particolari se non eccezionali, *in primis*, la fortissima svalutazione del marco. V'è da dire, però, che « *il continuo ricorso alle clausole generali era in gran parte una rielaborazione delle idee nate prima del 1933* » e non una prerogativa di un regime dittatoriale; tant'è che quando il regime nazista crollò e gli eccessi del precedente periodo furono eliminati, la giurisprudenza non cancellò l'esperienza lunga e produttiva di idee, i cui effetti sul diritto sostanziale tedesco, sugli approcci e sui metodi giuridici, si erano rivelati profondi e permanenti¹⁷⁶.

Questo discorso, per altro verso, non presuppone necessariamente l'accettazione della teorica del rapporto *contrattualistico* o comunque negoziale Stato–cittadini, sopra richiamato, che vede il primo dispensatore di regole ed erogatore di servizi ed i secondi, in quanto fruitori di detti servizi, tributari allo Stato di corrispettivi sotto varie forme. Non si nasconde l'opinione diffusa nella dottrina, che dubita che « *fra cittadini e Stato legislatore si stabiliscano dei rapporti di tipo contrattuale* », sicché « *il richiamo agli istituti contrattualistici non sembra produttivo di risultati per quanto attiene alla ricerca di elementi atti a giustificare la tutela dell'affidamento nell'ambito dei diritti fondamentali codificati nella Costituzione italiana* ». ¹⁷⁷ A mio avviso, però, non sembra che si possano respingere, anzi siano da condividere sia la constatazione sopra evidenziata, secondo cui « *i principi dell'affidamento e della buona fede hanno una portata generale e valgono non solo per i contratti, ma per ogni rapporto paritario, così come l'impegnatività dei rapporti fondati sull'autonoma determinazione volitiva delle parti costituisce un principio ineliminabile in questo tipo di rapporti e quindi, nel senso più stretto, un diritto inviolabile dell'uomo nelle formazioni sociali (art. 2)* »;¹⁷⁸

generali, che, tratti da singole norme di diritto positivo, pubblico o privato che siano, sono applicabili in qualsiasi campo del diritto.

¹⁷⁵ Questo è il titolo del terzo paragrafo del VI capitolo del libro di Dawson, *op. cit.*, 548 ss., il quale ricorda che l'inflazione degli anni '20 del XX secolo, anche se produsse effetti drammatici, accelerò lo spostamento epocale dell'asse del diritto tedesco che era già in atto, comportando la fuga verso le clausole generali (*ivi*, 596).

¹⁷⁶ Ancora Dawson, *op. cit.*, 568 s., richiama figure recepite anche nell'ordinamento nordamericano, quali, ad es., la decadenza nella proposizione di un'azione legale (*Verwirkung*, in tedesco, *forfeiture* in inglese), l'assunzione di un comportamento contraddittorio, ossia il *venire contra factum proprium*, versione allargata dell'*estoppel*, e lo stesso principio sancito nell'art. 242 c.c. tedesco sulla buona fede, utilizzato su larga scala per la rescissione dei negozi giuridici: « *I concetti di moralità e di onestà sanciti dalle clausole generali pervadono l'intero diritto tedesco, tanto pubblico quanto privato* » (*ivi*, 569).

¹⁷⁷ Merusi, *ult. op. cit.*, 40.

¹⁷⁸ Guarino, *op. cit.*, 144

sia l'affermazione che esprime il concetto in forza del quale « *lo Stato (va) inteso come il risultato di un patto fondativo tra i cittadini che lo hanno creato quale strumento di garanzia della reciproca sicurezza* ».179

Si può negare, ad esempio, che un cittadino, che abbia partecipato ad un concorso pubblico sulla base di una norma che prevede la corresponsione di particolari provvidenze (stipendio, indennità integrativa, progressioni di carriera), non instauri un rapporto negoziale con l'Amministrazione, nella consapevolezza/certezza di poter conseguire - secondo la norma vigente alla data di partecipazione e superamento del concorso, nonché dell'immissione in ruolo, quale corrispettivo della sua attività lavorativa - la retribuzione mensile, il trattamento di fine rapporto e, non ultima, la pensione secondo certi parametri? Si può altresì negare che un imprenditore, il quale concorra alla selezione pubblica, oppure presenti una domanda allo scopo di conseguire un incentivo o un'agevolazione tributaria o finanziaria che gli consenta di realizzare l'iniziativa prevista dalla legge, a quell'epoca vigente, abbia fatto affidamento sulla certezza e durevolezza della norma che gli attribuisce le provvidenze, "in cambio" del suo investimento?

Ebbene, in queste fattispecie è innegabile l'instaurazione di un rapporto negoziale, che implica obblighi, oneri e diritti. Che vanno rispettati, oppure, all'opposto, che possono essere risolti esclusivamente per ragioni obiettive.

La *causa* che per eccellenza autorizza il legislatore a sciogliersi (unilateralmente) dal *contratto* o *patto* stipulato con i cittadini intervenendo su una precedente legge non può essere fondata sul *libitum*, sul *cum voluero* del legislatore medesimo, ma può o meglio deve trovare radice e giustificazione solo in circostanze tali che configurino l'eccessiva onerosità sopravvenuta « *per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili* » (art. 1467 c.c.).

179 Così, Luciani, *Il dissolvimento della nozione di retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (prima parte)*, in *Giur. it.*, 2007, 1838, il quale peraltro (*ivi*, 1833 s.) contesta la distinzione tra retroattività 'propria' ed 'impropria', convertendo la discussione sui termini 'retroazione', 'retrospettività', 'retrostrutturazione', 'retrocancellazione', 'retrocontemplazione' e 'retroefficacia'; sicché il controllo sulla norma "nuova" si risolverebbe nel bilanciamento tra i valori ordinamentali della certezza del diritto e dell'affidamento, da un canto, e quelli di rilievo almeno equivalente, di volta in volta antagonisti, dall'altro. Già Quadri, *op. cit.*, 88, riteneva l'espressione "retroattività delle leggi" assolutamente impropria, e tale da dover essere sostituita dalla "retrospettività" delle leggi.

Il principio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta non sembra confinabile in un recinto ristretto al diritto privato, ma può ben attanagliarsi ad altri campi del diritto pubblico (dall'internazionale al finanziario, dall'amministrativo al tributario).

Ed al contempo non pare possa negarsi, stante comunque la posizione di supremazia, che lo Stato dètti delle regole che esige siano rispettate dai cittadini, ai quali richiede non solo osservanza e fedeltà, ma anche prestazioni personali e reali. Del resto, a parte la dottrina che ha costruito la teorica della tutela dell'affidamento e, per estensione, del principio di buona fede non quale mera prerogativa evincibile dalla Costituzione italiana (o di qualche altro Stato europeo), ritenendolo « *bensì un principio di integrazione dell'intera normativa della comunità europea in tutte le sue possibili articolazioni* »¹⁸⁰ che « *si applica sempre e comunque* »,¹⁸¹ non si vede per quale ragione non sia ipotizzabile l'applicazione del principio dell'eccessiva onerosità sopraggiunta quale ragione giustificatrice della norma retroattiva, che, dopo aver preso atto dell'oggettiva onerosità sopravvenuta della prestazione che lo Stato si era impegnato a rendere, elide l'affidamento sul quale il destinatario della norma aveva riposto la propria fiducia.

L'unica variazione rispetto al paradigma civilistico, il quale assurge in tal guisa a principio generale dell'ordinamento utilizzabile anche nel diritto pubblico, consiste nell'unilateralità dello scioglimento, che opera *ex se*, immediatamente con l'entrata in vigore del *jus superveniens*, diversamente da quanto prevede il codice civile; quest'ultimo, infatti, come noto, esige la richiesta di colui che avrebbe dovuto eseguire l'originaria prestazione divenuta eccessivamente onerosa, di proporre di evitarla « *offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto* » (comma 3 dell'art. 1467 c.c.) e, in caso di diniego, rivolgersi al giudice; opzione che, viceversa, nel campo pubblicistico è di pertinenza del legislatore.

È vero che il codice civile del 1865, come quello napoleonico, non contemplava questa figura che attribuisce, in via generale, rilevanza al mutamento dello stato di fatto in relazione all'esecuzione dei contratti; ma è altrettanto vero che in tali codici v'erano specifiche disposizioni che, in presenza di determinate sopravvenienze, consentivano la messa in discussione delle obbligazioni di molte figure contrattuali.¹⁸² Fatto sta che gli artt. 1467 e

¹⁸⁰ Merusi, *ult. op. cit.*, 8.

¹⁸¹ Merusi, *ult. op. cit.*, 15.

¹⁸² Sul punto v. De Nova, *Recesso e risoluzione dei contratti* (a cura di), Milano, 1994, 11. Va rammentato, comunque, che esistono precedenti storici facilmente individuabili nel diritto comune: sul punto Tartaglia,

1468 del vigente codice civile, nell'introdurre la clausola *rebus sic stantibus* quale norma generale, consentono di ristabilire tra le parti l'originario equilibrio contrattuale spezzato dal sopravvenire di eventi straordinari ed imprevedibili, postulando l'esistenza di un sinallagma con prestazioni che si fronteggiano, così che ciascuna di esse rappresenti per i contraenti il compenso per il sacrificio che l'altro impone.

Qual è la ragione che consente di applicare, o meglio invocare il principio contenuto nell'art. 1467 c.c. anche al potere legislativo?

Si è innanzi richiamata la giurisprudenza costituzionale italiana, che ha evidenziato quali limiti una legge retroattiva non debba valicare per poter incidere su rapporti negoziali o convenzionali preesistenti tra cittadini e pubblica Amministrazione; limiti che ben possono essere indagati e scrutinati attraverso l'accertamento dell'esistenza e della bontà di una *causa* giustificatrice della retroattività della norma. L'assenza di una valida *causa*, valida nel senso che non è sufficiente la sua mera invocazione (espressa o desunta dai lavori preparatori), può condurre alla declaratoria di illegittimità costituzionale¹⁸³. Pertanto, da quanto esposto, è coerente e logico - senza che ciò implichi la necessità di dover abbracciare la giurisprudenza costituzionale tedesca sull'eterointegrazione dei principi del diritto romano nel diritto positivo - mutuare nel nostro ordinamento nazionale (nonché in quello europeo) un principio di valenza generale, che riposa su consolidate esperienze di oggettiva ed incontestabile applicazione in tutti i rami del diritto.

La dottrina civilistica accosta sovente all'art. 1467 c.c. la cd. teoria della presupposizione (per affermarla o negarla), formulata per indicare « *quelle false rappresentazioni della realtà o quelle aspettative che hanno riconoscibilmente influito sulla motivazione della volontà di un soggetto, per modo che egli non avrebbe emessa la dichiarazione se avesse avuto esatta conoscenza delle cose* ». ¹⁸⁴ E la giurisprudenza della Corte di cassazione, già appena dopo

Onerosità eccessiva, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XX, 155, richiama la relazione al re del ministro guardasigilli al codice civile del 16 marzo 1942. Appare insuperato Boselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, autore di uno dei primi studi sistematici sull'argomento.

¹⁸³ Sovente si legge nella motivazione delle sentenze della Consulta, quale *leit motiv*, il riferimento alla grave crisi economica in cui versa il Paese, oppure alla necessità di dar corso e completare il percorso di riforma di particolari materie (quale quella pensionistica), tali da giustificare interventi retroattivi.

¹⁸⁴ Si deve agli studi di Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Stuttgart, 1879, 332 ss., l'approfondimento teorico della fattispecie in questione. Per Windscheid la cd. presupposizione tacita è insita in ogni umana dichiarazione di volontà e ne limita le conseguenze giuridiche legandola al suo scopo. La presupposizione può riguardare un fatto, un evento o una norma giuridica passati, presenti e futuri, e la sua assenza indica che la vera volontà del dichiarante non è stata espressa correttamente. Tale dottrina, molto

l'entrata in vigore del codice del '42, parla di situazioni di fatto o di diritto tenute presenti dalle parti, che costituiscono il presupposto comune ed obiettivo del contratto¹⁸⁵, senza che

criticata all'epoca della sua formulazione, venne ripresa da Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Lipsia, 1921, che la descrive quale « base del negozio » (*Geschäftsgrundlage*), indicando le molteplici applicazioni che consentono la modifica o l'estinzione del negozio giuridico. Oertmann ha poi influenzato il diritto tedesco odierno, applicando, quale norma di interpretazione del contratto, la "buona fede". Secondo Oertmann, il problema dei mutamenti imprevedibili delle circostanze era diventato « il problema centrale del diritto privato » del suo tempo. Sul punto v. il più volte richiamato nel libro di Dawson, 557, nt. 117.

La teoria di Oertmann venne subito adottata dal *Reichsgericht*, che introdusse nelle sue sentenze il principio della revisione dei prezzi per il riequilibrio degli interessi in gioco; interessi vitali della società che potevano essere tutelati solo dalla magistratura, stante l'inefficienza del governo di Weimar. Il punto fermo di partenza di tale orientamento era costituito dall'art. 242 del codice civile sulla « esecuzione secondo buona fede ». In presenza della fortissima svalutazione del marco, la giurisprudenza del *Reichsgericht* fu tutta imperniata sulla verifica del contrasto tra l'art. 242 e la legge sulla valuta legale, la quale avrebbe dovuto recedere nei confronti del primo; tale indirizzo, accolto da larghissimi strati della dottrina, sostenne che la clausola generale del codice civile del 1900 ben poteva invalidare una legge successiva: 107, *RGZ* 78, 28 novembre 1923. Questa sentenza venne "commentata" dagli stessi giudici che, avendo appreso la notizia di una proposta normativa del governo per sterilizzare gli effetti di tale decisione, rilasciarono un durissimo comunicato di questo tenore: « Il concetto di buona fede esula da ogni legge particolare o disposizione particolare di diritto positivo. Nessun ordinamento giuridico degno di questo rispettabile nome può esistere senza questa nozione fondamentale. Perciò il legislatore non può, mediante il suo mandato basato sul potere (*Machtwort*), deludere un'aspettativa che la buona fede richiede tassativamente...Sarebbe un grave colpo, non solo per il prestigio del governo, ma anche per il senso di giustizia della popolazione (*Volk*) e per la fiducia nella legge, se dovesse accadere che un privato che ricorresse alla giustizia appellandosi alle nuove disposizioni di legge vedesse rigettarsi la sua domanda perché questa viola la buona fede ». La corte aggiunse poi che, qualora si fosse violato il criterio della buona fede, le corti avrebbero potuto ritenere incostituzionale la legge proposta al pari di una confisca di beni o di una tassa discriminatoria (le notizie riportate sono tratte dal Dawson, *op. cit.*, 560). Si riteneva, all'epoca, che alcune garanzie fondamentali della costituzione di Weimar operassero direttamente come una fonte di diritti privati e di rimedi. Stein e Shand, *op. cit.*, 142, riferiscono che la giurisprudenza tedesca, con l'aiuto della dottrina, si è avvalsa dell'art. 242 per estendere il campo delle obbligazioni, con l'imposizione di doveri ad entrambe le parti, in aggiunta a quelli già esplicitamente imposti dalla legge e dal contratto; riconducendo, così, le obbligazioni esistenti alla clausola *rebus sic stantibus* nel caso in cui una modifica delle circostanze avesse reso più onerosa per una delle parti l'esecuzione della prestazione originariamente prevista.

Per gli indispensabili riferimenti della dottrina nazionale v. Girino, *Presupposizione*, voce in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1966, XIII, 781; Belfiore, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, e *La presupposizione*, Torino, 1998, *passim*, che nega rilevanza alla figura, asserendo che in mancanza di una norma di legge si potrebbe procedere attraverso l'autointegrazione del regolamento pattizio in via di equità e buona fede; Bessone, *Rilevanza della presupposizione*, in *Foro it.*, 1978, V, 281 ss.; Bessone - D'Angelo, *Presupposizione*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1986, vol. XXV, 341; Gentili, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1737; Camardi, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 461 ss., che distingue tra presupposizione in senso stretto, che riguarda i valori d'uso sociali, o valori di scambio, automaticamente garantiti dall'ordinamento anche indipendentemente da una loro contrattualizzazione, e presupposizione pattizia sviluppata, che riguarda i valori d'uso individuali, che assumono rilevanza solo se sono pattiziamente previsti; D'Auria, *Note sull'interpretazione del contratto su caso di condizione inespressa*, in *Giur. it.*, 2015, V, 2084.

185 Le prime pronunce del dopo guerra di un certo interesse sono Cass., 1 luglio 1947, n. 1619, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163 e 24 gennaio 1952, n. 1142, in *Foro it.*, 1953, I, 619. Per la giurisprudenza più recente v. Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 2210. Da ultimo, v. Cass., 18 settembre 2009, n. 20245, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 1336. Perché si possa configurare, la presupposizione non dovrebbe però presentare carattere di incertezza e dovrebbe essere comune ad entrambi i contraenti: Cass., 6 giugno 1985, n. 3366, in *Mass. giur. it.*, 1985; 4 agosto 1988, n. 4825, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 67.

Si noti che Guarino, *op. cit.*, 156, pur senza far riferimento espresso alla teoria della presupposizione, osserva che sarebbe possibile costruire, adoperando gli stessi schemi dell'errore, della violenza e del dolo, altri vizi a

la previsione sia esclusiva di un contraente e sia nota all'altro, perché in tal caso si cadrebbe nella irrilevanza del motivo individuale, ancorché riconoscibile.¹⁸⁶

La ragione per cui sarebbe invocabile l'art. 1467 c.c. quale deroga al principio di non retroattività delle leggi consiste innanzi tutto nella presenza di un elemento negoziale, che contiene le reciproche obbligazioni tra potere legislativo e popolo (ossia, Parlamento nazionale o Consigli regionali e cittadini), concretizzato e prodotto da una norma che disciplina un particolare rapporto¹⁸⁷. Da ciò emergono prestazioni corrispettive, legate funzionalmente tra loro in modo interdipendente. V'è, quindi, un vero e proprio sinallagma, ancorché rispetto alla teorica civilistica dovremmo ritenere che non sempre tra cittadini e Parlamento possa parlarsi di costanti rapporti negoziali con attribuzioni patrimoniali corrispettive¹⁸⁸, potendo l'ordinamento contemplare pure prestazioni non patrimoniali.

Ma anche a voler escludere il *contratto sociale*, non può negarsi la circostanza che la legge sovente genera rapporti giuridici aventi caratteristiche e profili con obbligazioni ad « *esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita* ». Difatti, nell'ordinamento si rinvencono diffusamente norme disciplinanti attività e procedimenti che possiedono un carattere di continuità temporale che impegnano i “contraenti” al loro rispetto.

Non par dubbio che, alla stessa stregua del rapporto giuridico di tipo privatistico, nel rapporto obbligatorio instaurato tra privati e Stato, affinché sia giustificabile una modifica che intervenga sul predetto rapporto con caratteri di continuità o periodicità, occorre « *il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili* », che impongono « *la risoluzione del*

questi corrispondenti che si adeguino alle peculiari caratteristiche del rapporto che si crea tra Stato e privati sulla base della cd. legge di indirizzo; e quale tipico vizio di questo rapporto può ipotizzarsi quello del “*presupposto*” (così denominato dall'A.): « *il soggetto privato si induce a volere, ed assume quindi l'iniziativa economica sollecitata dallo Stato, solo perché la legge gli ha assicurato determinate condizioni di vantaggio; ma quando l'iniziativa sia stata realizzata, ed il privato non ha più la possibilità di tirarsi indietro, lo Stato, profittando della forza formale della legge, fa scomparire o modifica il presupposto senza il quale il privato non si sarebbe impegnato* ».

¹⁸⁶ Cass., 10 novembre 1961, n. 2632, in *Foro it.*, 1962, I, 238. Si tenga presente che è ipotizzabile la presupposizione anche nei contratti conclusi con una Pubblica amministrazione: 17 maggio 1976, n. 1738, in *Foro it.*, 1976, I, 2399; più di recente TAR Campania, Salerno, Sez. II, 18 febbraio 2003, n.149, in *Rass. dir. farm.*, 2004, 170

¹⁸⁷La legge è espressione della sovranità popolare mediata dalle deliberazioni delle assemblee rappresentative: Cuocolo, *Legge*, voce in *Enc. giur.*, 1990, XVIII; v. anche Sorrentino - Caporali, *Legge*, voce in *Dig. It., Disc. pubbl.*, 1994, IX, 102; Fassò, *Legge*, cit.; Modugno, *Legge in generale*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1973, XXIII, 872 ss.; Crisafulli, *Atto normativo*, *ivi*, 1959, IV, 239; Sandulli, *Legge (dir. cost.)*, voce in *Nss. Dig.*, Torino, 1963, IX, 631.

¹⁸⁸ V. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 214 ss.; Osti, *Contratto*, voce in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1959, vol. IV, 490 s.; nonché Nicolò, *Attribuzione patrimoniale*, voce in *Enc. dir.*, Milano, 1959, vol. III, 283 ss.

contratto », ossia del rapporto stesso. E perché sia invocabile la sopravvenienza estintiva (o comunque modificativa), è necessario che il fatto nuovo (che dà luogo al *jus superveniens*) rappresenti una condizione obiettiva indipendente dalla volontà delle parti,¹⁸⁹ che impone la rivisitazione del rapporto giuridico. Occorre, in altre parole, che il contraente, sulla base di tale condizione, esprima la sua volontà ed agisca in modo che l'altro contraente percepisca l'importanza del movente e comprenda che senza di esso la dichiarazione non si sarebbe avuta. La presupposizione incide sull'atto tanto nella sua formazione genetica, o meglio iniziale, quanto nel suo divenire, quale situazione dinamica successiva alla formazione dell'atto stesso, che non si realizza o viene meno a causa dell'evento straordinario o imprevedibile. Nel primo caso, il negozio dovrebbe considerarsi *ex tunc* inefficace o comunque non produttivo di effetti; nel secondo caso, v'è un'inefficacia sopravvenuta, quindi *ex nunc*, nel senso che l'atto ha comunque prodotto taluni effetti.¹⁹⁰

189 La presupposizione è configurabile quando, da un lato, un'obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) è stata tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio e, dall'altro, il venir meno o il verificarsi della situazione stessa sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro: Cass., 4 maggio 2015, n. 8867, in *Contratti*, 2015, 597. La presupposizione è, in altre parole, una condizione non dichiarata, ma esteriormente riconoscibile, che si distingue sia dalla causa, che attiene al contenuto della volontà, sia dal mero motivo, che è un semplice impulso intimo, non apprezzabile esternamente, né considerabile giuridicamente. In tal modo, la presupposizione, quale condizione non sviluppata o inespressa, diventa comune ad entrambe le parti e si inserisce nello schema negoziale quale elemento di efficacia e di validità. Gli esempi portati da dottrina e giurisprudenza per giustificare la presupposizione sono i più vari: si va dallo scioglimento del contratto di locazione del balcone concluso per assistere al passaggio del corteo per l'incoronazione del sovrano, venuto meno in quanto l'itinerario è mutato, alla partita di calcio o al palio non disputati. Sul punto v. Pietrobon, *Presupposizione (dir. civ.)*, voce in *Enc. giur.*, vol. XXIV, 1, secondo cui la presupposizione non rientrerebbe nella causa del contratto, ma costituirebbe la materia su cui il contratto opera, cioè il suo oggetto: se il suddetto presupposto non esisteva al momento del contratto, questo è annullabile; se esso sia venuto a mancare successivamente, le parti potrebbero chiederne la risoluzione. Accanto a questi esempi di scuola, ricorre sovente in concreto nelle vertenze giurisprudenziali la fattispecie della modificazione della destinazione urbanistica del terreno promesso in vendita come edificabile, divenuto agricolo o comunque inedificabile, ad opera del vincolo archeologico di assoluta inedificabilità imposto sull'immobile, e così via. V'è comunque da riferire che non tutta la dottrina appare favorevole ad applicare la figura della presupposizione alla risolvibilità del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta: per tutti, v. Tartaglia, *op. cit.*, 158 s.

190 Sulla inefficacia, invalidità e nullità del contratto v. Pietrobon, *op. cit.*, 5, e la dottrina ivi richiamata. Già Cass., 11 agosto 1990, n. 8200, in *Mass. Giur. it.*, 1990, distingueva la fattispecie di nullità, allorché la presupposizione, per una ragione indipendente dalla volontà delle parti, difetti sin dal momento della conclusione del contratto (*sub specie* di carenza della causa), da quella di inefficacia o risolvibilità nell'ipotesi di venir meno della situazione presupposta nella fase esecutiva del contratto concluso. Sulla successiva accertata inedificabilità del suolo oggetto del contratto preliminare di compravendita nel quale era stata tenuta presente, viceversa, l'edificabilità v. *ex multis* Cass., 17 dicembre 1991, n. 13578, *ivi*, 1991; 13 giugno 1997, n. 5337, *ivi*, 1997, 985.

La figura dell'onerosità eccessiva è assolutamente calzante per consentire la deroga alla retroattività della norma, soprattutto se confrontata con le ragioni sottese all'art. 1467 c.c., che ne consentono l'applicazione: l'equità 191, la solidarietà 192, la conservazione dell'equilibrio negoziale¹⁹³. Ragioni, queste, che sovente si rintracciano nella giurisprudenza della Consulta per giustificare o meno la retroattività delle leggi.

Riconoscere all'eccessiva onerosità sopravvenuta la deroga al principio della irretroattività della legge non vuol significare un'implicita, permanente autorizzazione al legislatore a ricorrere ad un istituto e trattarlo quale espediente momentaneo per "tamponare una falla" nel bilancio pubblico; la qual cosa comporterebbe il rischio di un abuso dello strumento da scongiurare, tale da giustificare la posizione di coloro che sono contrari (vuoi ideologicamente, vuoi politicamente, vuoi ancora utilitaristicamente) all'innovazione introdotta dalla normativa retroattiva. La deroghe, proprio perché tali, sono eccezionali e limitate nel tempo e, soprattutto, per sfuggire al sindacato di costituzionalità, vanno adeguatamente e con rigore motivate.

Il richiamo a tale principio derogatorio costituisce il rimedio specifico, subordinato però all'avverarsi di determinate condizioni, che sono state codificate dalla Consulta e dalle Corti europee.

In altre parole, il rimedio risolutorio, introdotto dal *jus superveniens*, costituisce un elemento di rottura, il quale rende non eseguibile la prestazione del soggetto pubblico e spezza il preesistente nesso di correlazione fiduciaria voluto dal legislatore ed accettato dai cittadini, che era nato e si era consolidato in forza di eventi prodotti dalla preesistente norma. Il principio in questione è di certo invocabile allorquando si intende pretendere la retroattività di una norma proprio in quanto essa presuppone un rapporto bilaterale; l'obbligazione, se fosse di una sola parte (ossia della parte pubblica), sarebbe inapplicabile¹⁹⁴.

191 Braccianti, *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1947; Del Pozzo, *Termine stabilito nell'interesse dell'obbligato e risoluzione per eccessiva sopravvenuta onerosità della prestazione*, in *Dir. e Giur.*, 1954, 275.

192 Osilia, *Sul fondamento della risolubilità del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 15.

193 Giorgianni, *L'art. 1467 c.c. e le leggi speciali per l'adeguamento dei canoni di affitto dei fondi rustici*, in *Ann. Univ. Catania*, 1948, 194; Coppi, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 3.

194 Si noti che l'art. 1468 c.c. contempla anche l'ipotesi dell'eccessiva onerosità dei contratti che prevedono che una sola parte si assuma le obbligazioni; ipotesi che non consente la risolubilità, ma solo la riduzione della

Alla stessa stregua, poiché l'art. 1467 c.c. è inapplicabile alle fattispecie dei contratti che si sono già esauriti o consumati, non è possibile far retroagire una nuova legge nei confronti delle fattispecie disciplinate da norme previgenti che si sono ormai concluse (la cd. retroattività "propria").

Sarà pertanto compito di estrema delicatezza l'accertamento, *in primis* del legislatore e, in un successivo, eventuale momento, del Giudice costituzionale accertare con la massima precisione possibile a quali fattispecie il *jus superveniens* possa applicarsi ed escludere quelle già completamente esaurite. Sarà, cioè, essenziale che la nuova norma, poiché va ad incidere su prestazioni che si eseguono nell'arco di un certo periodo o si protraggono nel tempo, distante dal momento dell'emanazione della precedente disciplina, giustifichi, con motivazione adeguata, l'onerosità eccessiva sopravvenuta che ha sovvertito l'equilibrio delle prestazioni, richiamando anche il catalogo declinato dalla giurisprudenza.

Orbene, l'art. 1467 c.c. - potremmo, *tout court*, dire il principio dell'eccessiva onerosità - esige che i fatti causativi della sopravvenuta onerosità devono essere « *straordinari ed imprevedibili* ».195

Accantonando il dibattito sul carattere soggettivo e/o oggettivo della straordinarietà e dell'imprevedibilità, certo è che trattasi di un'endiadi, nel senso che devono ricorrere entrambi, ancorché la prima possa presentarsi anche indipendentemente dalla sussistenza della seconda; e viceversa. È straordinario il collasso del territorio dovuto all'esonazione di un fiume o alle carenti protezioni idrogeologiche; di certo, secondo i cultori della scienza

prestazione ovvero una modifica nelle modalità di esecuzione, sufficiente a ricondurre ad equità la prestazione divenuta eccessivamente onerosa.

195 Tra i primi che meglio hanno studiato l'art. 1467 c.c., Franceschelli, *La svalutazione monetaria come causa di risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità*, in *Temi*, 1949, 138, precisa che i predetti requisiti sono «certo collegati, e presentano concettualmente vari punti di contatto, ma nello stesso tempo, diversi». Per Cass., 23 febbraio 2001, n. 2661, in *Giur. it.*, 2001, 1824 « Per poter determinare, ai sensi dell'art. 1467 c.c., la risoluzione dei contratti con prestazioni corrispettive ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione deve essere causata dal verificarsi di avvenimenti che siano al contempo straordinari ed imprevedibili. Tra questi due caratteri sussiste un'indubbia differenza, anche se essi presentano concettualmente punti di contatto e margini di sovrapposizione. Il carattere della straordinarietà è sicuramente di natura obbiettiva, in quanto qualifica un evento in base all'apprezzamento di elementi (frequenza, dimensioni, intensità, ecc.) suscettibili di misurazione e quindi tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di ordine statistico. Il secondo carattere, la imprevedibilità, ha certamente una radice soggettiva, in quanto fa riferimento alla fenomenologia della conoscenza. I due aspetti, così come delineati, possono in concreto coesistere, nel senso che un determinato avvenimento risulti essere allo stesso tempo imprevedibile, cioè fuori di una normale evoluzione degli eventi. Ma può anche verificarsi che un avvenimento straordinario possa essere prevedibile secondo un criterio di normale prudenza. In ogni caso, la mancanza di uno dei due requisiti è sufficiente per negare la risoluzione».

geologica, non è imprevedibile. È straordinaria l'interruzione della fornitura degli approvvigionamenti energetici dovuta ad eventi bellici o a conflitti politici internazionali; tuttavia, taluni avvenimenti possono prevedersi anche al momento della stipulazione del contratto e, nel nostro caso, al momento dell'approvazione di una legge. In questi casi c'è da chiedersi se sia possibile invocare la retroattività della norma ed il principio della onerosità sopravvenuta.

L'incremento esponenziale del costo delle pensioni calcolate con il metodo cd. retributivo - per tornare ad un tema come sopra visto assai dibattuto - assume un carattere di straordinarietà e imprevedibilità? Sarebbe stato probabilmente sufficiente commissionare uno studio di statistica attuariale per elaborare un modello dal costo prevedibile della prestazione? L'aumento dell'età media degli italiani ha comportato uno squilibrio impreveduto tra i contributi versati e le prestazioni pensionistiche da corrispondere?

La sopra richiamata sentenza n. 70 del 2015, al di là delle opzioni ideologiche e dei dibattiti sulla "voragine" che, secondo taluni, si sarebbe aperta nel bilancio dello Stato per far fronte al *dictum* della Consulta, nonché sull'obbligo di eseguire totalmente o parzialmente la decisione stessa, impone un metodo del tutto nuovo e finora ignoto nella tecnica legislativa italiana. Difatti, ogni qual volta il legislatore intenda introdurre disposizioni aventi carattere retroattivo non è sufficiente che emerga « *dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi* », ma deve convenirsi sull'assunto che sia stato introdotto « *un principio rivoluzionario per il sistema giuridico italiano...secondo cui ogni legge che incida negativamente nella sfera giuridica dei destinatari necessiti di una congrua motivazione in ordine alle specifiche ragioni della scelta normativa compiuta* ».196

Si tratta di una rivoluzione in una duplice direzione: a) in quanto sinora si è sempre ritenuto che la legge fosse un atto libero nei fini, per la cui emanazione non occorresse alcuna motivazione, considerata un elemento essenziale esclusivamente degli atti degli altri poteri statuali: giurisdizionale (art. 111, comma 6, Cost.) ed amministrativo (art. 3 legge n. 241/1990); b) perché introduce necessariamente una nuova tecnica di scrutinio sugli atti legislativi da parte del Giudice delle leggi. Vero è che nello strumentario di cui dispone,

196 Pepe, *Necessità di un'adeguata motivazione della legge restrittivamente incidente nella sfera giuridica dei cittadini?*, in www.contabilità-pubblica.it.

quest'ultimo sovente ha utilizzato, quale leva per scardinare la norma retroattiva, il giudizio sulla ragionevolezza, che ridonda, però, più a regola sulla disparità di trattamento, dal quale trae l'origine costituzionale, che a vizio motivazionale; difatti, il sindacato che fa perno sul difetto di motivazione, nei vari elementi della contraddittorietà, dell'incongruenza, dell'insufficienza è piuttosto prerogativa del Giudice amministrativo sugli atti amministrativi. Ora, la circostanza che la Consulta imponga al legislatore di esporre le ragioni o le esigenze di carattere finanziario non meramente enunciate, ma espressamente giustificate e motivate¹⁹⁷, le quali vanno opportunamente comparate con i sacrifici imposti, significa un mutamento della tecnica legislativa (ovviamente in presenza di queste circostanze: atto retroattivo e diritti *quesiti*).

Sarà sindacato “debole” o “forte”, “estrinseco” o “intrinseco”, giusto per richiamare tematiche care agli amministrativisti sul sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica? In altre parole, sarà sufficiente evocare il dato di fatto dell'emergenza finanziaria (troppo spesso enfatizzato negli atti normativi, se non nelle relative rubriche con formule di stabilizzazione finanziaria, del tipo “decreto anticrisi 198”, “Salva Italia 199”, “Cresci Italia200”, “Destinazione Italia201”, “Sblocca Italia202”, ecc.) ed assumerne la prevalenza anche a costo del sacrificio di posizioni da lungo tempo consolidate, oppure sarà necessario dimostrare che altrove o altrimenti non è possibile attingere? Sembrerebbe che la Consulta non si sia espressa sul punto, anche se nella motivazione della sentenza n. 70 si legge che «*non è dato riscontrare alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate*», oppure che il diritto è stato irragionevolmente sacrificato «*nel nome di esigenze finanziarie*

197 In dottrina, sulla motivazione delle leggi v., tra i tanti, Crisafulli, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, I, 415 ss.; Scaccia, *Motivi della legge e valori preparatori nel giudizio costituzionale*, in *It. legisl.*, 1998, 15 ss.; Carli, *Motivare le leggi: perché no?*, in *Poteri, garanzie, diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti in onore di Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007, 255 ss.; Boccalatte, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, 2008; Picchi, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011.

198 Trattasi tutti di decreto legge convertiti in legge (anche quelli riportati nelle successive quattro note): 28 gennaio 2009, n. 2; 9 aprile 2009, n. 33; 3 agosto 2009, n. 102; 30 luglio 2010, n. 122.

199 22 dicembre 2011, n. 214.

200 24 marzo 2012, n. 27.

201 21 febbraio 2014, n. 9.

202 11 novembre 2014, n. 164.

non illustrate in dettaglio»: sicché, il legislatore dovrebbe non solo allegare documenti, ma altresì giustificare il suo comprensibile intervento²⁰³.

Insomma, dalla nuova tecnica processuale sindacatoria adottata dal Giudice delle leggi discende la nuova tecnica sostanziale che deve utilizzare l'autore delle leggi.

Un nuovo modello di sindacato costituzionale inevitabilmente pretende e presuppone un nuovo modello di tecnica legislativa: l'oggetto (la norma) che viene condizionato dal soggetto (il Giudice). Modello di tecnica legislativa, questo, che non è un'assoluta novità nel panorama normativo, in quanto da tempo presente nel nostro sistema delle fonti: trattasi delle direttive europee, con i suoi "*considerando*" che danno conto e ragione dei precedenti e degli elementi in fatto ed in diritto che impongono una determinata soluzione.

Il modello di sindacato che la Corte costituzionale in questo frangente ha adottato - che dovrebbe costantemente adottare in futuro, per casi analoghi, ossia allorquando affronta lo scrutinio su leggi retroattive che incidono sull'affidamento ingenerato da precedenti norme - non è lontano da quello praticato e da lungo tempo sperimentato dal Giudice amministrativo.

Il legislatore, in sintesi, qualora intenda modificare in senso sfavorevole situazioni giuridiche già disciplinate da una norma che aveva in precedenza introdotto, non può mutarla o abrogarla *sic et simpliciter*, ma è tenuto ad allegare e motivare la necessità dell'intervento provocato dalla sopravvenienza di avvenimenti straordinari ed imprevedibili che hanno sconvolto l'equilibrio negoziale originariamente generato dalla previgente disciplina normativa. Il punto di riferimento da tener presente è proprio questo equilibrio stabilito in precedenza,²⁰⁴ unitamente alla valutazione della sua alterazione. Se viene provata l'eccessiva onerosità sopravvenuta, la prestazione si estingue *ex nunc*, e dovrebbero restare salvi gli effetti dei fatti già compiuti che vanno tenuti estranei dall'applicazione della nuova legge.

Accanto a questa giustificazione, che implica la ragionevole ponderazione degli interessi, il sacrificio della tutela dell'affidamento potrebbe comportare l'indennizzabilità (parziale o

²⁰³ Richiede una particolareggiata motivazione Pepe, *op. cit.*, il quale esclude qualsiasi utilità o valenza dei lavori preparatori. Tuttavia, l'A. censura la decisione della Consulta perché avrebbe «*trascurato di valutare nel bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti il principio del pareggio del bilancio*». Tale opinione non mi trova consenziente, per la semplice ragione che il bilanciamento dovrebbe essere operazione di esclusiva pertinenza del Parlamento, e non del Giudice delle leggi, il quale, ancorché non debba limitarsi ad accertare l'avvenuto bilanciamento, è tenuto a constatare la ragionevolezza dell'avvenuta comparazione: in poche parole, preso atto dell'esternazione del bilanciamento, l'interpretazione del dato normativo va a cadere sulla sua proporzionalità.

²⁰⁴ Tartaglia, *op. cit.*, 164

totale) del sacrificio qualora quest'ultimo abbia «un contenuto economicamente valutabile»²⁰⁵.

Il Giudice delle leggi, qualora dovesse sentirsi confermato nel potere di valutare le ragioni esplicitate dal legislatore che hanno reso le prestazioni pubbliche eccessivamente onerose, opererebbe conseguentemente una riduzione dell'esercizio del potere politico–discrezionale del legislatore stesso, accentuando in tal guisa il proprio ruolo politico di *cogestore* normativo²⁰⁶, probabilmente non voluto dal nostro Costituente.

Non va trascurata, infine, un'altra possibilità, sempre derivante dall'istituto civilistico in esame, secondo cui, qualora insorgano circostanze straordinarie ed imprevedibili che modifichino il sinallagma contrattuale, la parte esonerata dal rischio della sopravvenienza avrebbe il diritto di chiedere, anziché la risoluzione, la rinegoziazione dell'accordo o la revisione anche nei casi in cui l'esperibilità di tali rimedi non sia prevista né dalla legge, né dal rapporto esistente²⁰⁷; e non ultima la riduzione ad equità (analogamente a quanto disposto dal comma 3 dell'art. 1467 c.c.), per ristabilire l'equilibrio economico negoziale affinché le prestazioni siano ricondotte ad una piena equivalenza obiettiva. È evidente che il legislatore non può ritenersi parte negoziale e che sarebbe impensabile aprire una trattativa per rinegoziare l'accordo. È altrettanto evidente che, se il principio (di derivazione codicistica) è mutuabile, il legislatore potrebbe introdurre una modifica equa del rapporto.

6. Possibili ricadute del principio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta sulla tutela dell'affidamento che riposa sugli atti amministrativi.

²⁰⁵ Così Merusi, *ult. op. cit.*, 15 s.

²⁰⁶ Diceva, sia pure per altre tematiche, Correale, *Il controllo sulla spesa pubblica*, in *Giur. it.*, 1988, « *il controllore, se interferisce, anche in ordine ai criteri, con la gestione, diventa cogestore* ».

²⁰⁷ Per tutti v. Gallo, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, voce in *Dig. it., disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 243 s.; Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti. Artt. 1467-1469*, in *Cod. civ. comm.* diretto da Schlesinger, Milano, 1995, 238 s.; Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Id., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, V, 2, Milano, 2006, 493 s.; Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 1041 s.; Traisci, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, Napoli, 2003, 96 e 358 s.; Sacco, *Le sopravvenienze atipiche. Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, II, t. 2, Torino, 2004, 722 ss.; Galgano, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, II, t. 1, Padova, 2004, 646 s. Per un quadro in chiave critica, Sicchiero, *Rinegoziazione*, voce in *Dig. it., disc. priv., sez. civ., Agg.*, vol. II, Torino, 2003, 1200 s.; nonché Rescigno, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. Inadempimento, adempimento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, a cura di Draetta e Vaccà, Milano, 1992, 299 s.

La dottrina²⁰⁸ è stata, in un certo qual senso, più fortunata allorché ha affrontato la tematica della tutela dell'affidamento fondata su atti amministrativi, in quanto sia la giurisprudenza, sia, soprattutto, la normativa hanno introdotto limiti assai severi all'Amministrazione per consentirle di incidere su posizioni consolidate.

L'art. 21^{quinquies} e l'art. 21^{nonies} della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel testo modificato dapprima dall'art. 14 della legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 e poi dall'art. 25 della legge n. 164 dell'11 novembre 2014, dedicati rispettivamente alla revoca ed all'annullamento dell'atto amministrativo, si può dire che abbiano dato "corpo" a principi da tempo conclamati da dottrina e giurisprudenza, prevedendo che il destinatario del nuovo atto possa subire l'esercizio del potere di autotutela esclusivamente in presenza di determinate condizioni²⁰⁹. Riveste particolare interesse ai nostri fini non l'istituto dell'annullamento di ufficio, quanto, piuttosto, quello della revoca dell'atto amministrativo per sopravvenute ragioni di opportunità o di "pubblico interesse", in quanto comparabile, se non assimilabile, l'operato dell'amministratore con quello del legislatore che, in presenza di un *factum superveniens*, ritiene di dover esercitare un intervento sul rapporto giuridico in corso a causa di una sopravvenuta valutazione di pubblico interesse, oppure perché la preesistente situazione di fatto è mutata. Alla stessa stregua del Parlamento, il quale si rende conto che, a causa del sopraggiungere di circostanze diverse da quella a suo tempo prese in considerazione, è necessario o quanto meno opportuno modificare la disciplina previgente, intervenendo sulle

208 Oltre ai lavori di Merusi, Manganaro e Gigante, più volte richiamati nel testo, sono di sicuro interesse le monografie di Mantero, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979; Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006; Giani, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2006.

209 L'affidamento del cittadino nei confronti degli atti amministrativi illegittimi che l'amministrazione vuole annullare è circondato da uguali garanzie. Sul punto v. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843, nonché Gigante, *ult. op. cit.*, *passim* ed in particolare 103 ss. Difatti, l'art. 21^{nonies} prevede che « il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21^{octies} può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge ». Anche in questo caso l'amministrazione è tenuta, dopo aver indicato il vizio di illegittimità che affligge l'atto che intende rimuovere, a motivare le ragioni di interesse pubblico comparandole con quelle del destinatario, il quale aveva fatto affidamento sull'atto illegittimo, e degli eventuali controinteressati. Per di più l'annullamento deve intervenire entro un termine ragionevole. Questa è la vera novità rispetto ai principi giurisprudenziali recepiti dalla norma del 2005, secondo Trimarchi Banfi, *op. cit.*, 845.

posizioni giuridiche soggettive che si erano formate, interviene l'amministratore pubblico valutando le nuove esigenze pubbliche.

Il nuovo art. 21^{quinquies} (comma 1), nella sua versione attuale, ha positivizzato l'istituto della revoca, statuendo che « *Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo*».

E' agevole rilevare come l'Amministrazione, in forza del principio generale contenuto nell'art. 3 della legge n. 241 cit., sia tenuta ad esprimere una specifica ed articolata motivazione in ordine ai sopravvenuti motivi di interesse pubblico, diversi da quelli originariamente presi in considerazione, oppure tali da ritenere quelli originari non più attuali, oppure ancora, una volta constatato il *factum superveniens*, sia costretta ad una rimediazione dell'atto amministrativo, a suo tempo emanato, il quale aveva dato luogo ad rapporto durevole nel tempo e, quindi, un affidamento da parte del destinatario dell'atto²¹⁰. La *causa* della revoca deve, in altre parole, consistere in una diversa, rinnovata valutazione degli interessi pubblici discendente dalle mutate condizioni sociali o economiche.

La nuova versione dell'istituto della revoca, introdotta dalla legge n. 164 cit., pone un ulteriore limite all'esercizio del *jus poenitendi* dell'Amministrazione, in quanto lo esclude nei confronti di «*provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*». In altre parole, i provvedimenti ampliativi delle posizioni giuridiche soggettive possono subire l'esercizio del potere di autotutela solo qualora dovesse ravvisarsi un vizio di legittimità tale

²¹⁰ Sull'affidamento, da ultimo, v. Cons. Stato, Sez., III, 23 febbraio 2015, n. 910. Sulla distinzione tra revoca del provvedimento e recesso dal contratto v. Ad. Plen. 20 giugno 2014, n. 14, in *Urb. e appalti*, 2014, 981. La motivazione non può che trovare radici nella buona fede dell'amministrazione che consiste nell'obbligo «*di ponderazione tra l'interesse primario e l'interesse dovuto all'affidamento suscitato nel cittadino da un precedente atto o comportamento della pubblica amministrazione*» (Manganaro, *op. cit.*, 58). Aveva espresso concetti analoghi Merusi, *op. cit.*, *passim*, secondo cui la buona fede, posto che è un principio costituzionale non scritto, comporta l'obbligo di motivazione e ponderazione tra interesse pubblico e interesse privato dovuto all'affidamento.

da condurlo all'annullamento d'ufficio in presenza, ovviamente, dei requisiti dettati dall'art. 21nonies, ma giammai tollerare la revoca.

La novella del 2014 ha indotto la dottrina a ritenere che il legislatore abbia voluto introdurre (o meglio, confermare) il principio della tutela del legittimo e ragionevole affidamento per «rendere più stabili i provvedimenti amministrativi favorevoli per i privati, specialmente quelli di natura economica, in modo da incentivarne gli investimenti»²¹¹.

Il nuovo provvedimento amministrativo soggiace comunque al sindacato del Giudice amministrativo, atteso che la norma esige una motivazione stringente in merito alle sopravvenienze, le quali hanno una portata di incisività nei confronti di posizioni giuridiche consolidate o in corso di consolidamento; in questo caso, peraltro, la norma statuisce la necessità della previsione di un indennizzo²¹² per ristorare il destinatario dell'atto dalle ricadute economiche negative della revoca²¹³.

A differenza della fattispecie dell'annullamento, la revoca dell'atto amministrativo²¹⁴ risponde alla logica della clausola implicita *rebus sic stantibus*; ossia, l'atto emanato, che ha inciso favorevolmente nei confronti di un terzo ed ha efficacia durevole, viene rimosso solo qualora non siano confermate, anzi siano infondate le ragioni di interesse pubblico o le condizioni di fatto che ad esso avevano dato origine. Difatti, nel momento in cui dette condizioni dovessero mutare, l'Amministrazione, avendo constatato che la propria «prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari

211 Portaluri, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità)?*, ne *Gli effetti del decreto legge Sbocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'edilizia*, Suppl. alla Riv. giur. ed., n. 6 del 2014, Milano, 2015, 25.

212 Merusi, *op. cit.*, 70, n. 77, si pone il quesito dell'indennizzabilità del cittadino che abbia subito conseguenze patrimoniali nel caso di modificazioni del piano derivante dalla programmazione economica, rispondendo in senso affermativo (se la norma sia legittima). La norma sarebbe incostituzionale se non prevedesse l'indennizzo.

213 Non è questa la sede per rispondere al quesito sulla congruità (e, quindi, legittimità) del parametro normativo che limita l'importo dell'indennizzo al solo danno emergente, con esclusione, quindi, del lucro cessante nei casi di rapporti negoziali interrotti dalla revoca. La considerazione di maggiore interesse, in questo frangente, consiste nella constatazione dell'apprestamento, da parte del legislatore, di una norma che tuteli, sia pure in parte, l'affidamento che il cittadino aveva riposto in un atto dell'amministrazione produttivo di effetti a lui favorevoli. Analoga alla revoca è la figura del riscatto (di pubblici servizi), il quale però prevede la corresponsione di un'equa indennità al concessionario, che tenga conto del valore dei beni impiegati, delle spese sostenute e del mancato profitto.

214 Sui rapporti tra revoca ed affidamento v., ancorché precedente alla legge n. 15, il volume di Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, ed in particolare 157, che riconnette molta importanza alla partecipazione del destinatario dell'atto. V. altresì sulla retroattività, Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 128 ss.; Domenichelli, *La revoca del provvedimento*, sub *Commento all'art. 21quinquies della legge n. 214/1990*, in *Codice dell'azione amministrativa* a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 878 s.

ed imprevedibili», è autorizzata a revocare il provvedimento che ha dato origine al rapporto con il cittadino. Costui, ben vero, è consapevole, sin dal primo momento in cui consegue l'atto ed il beneficio con esso connesso, di poter perdere il beneficio stesso in presenza di un *factum superveniens*, tale da rendere eccessivamente onerosa la prestazione dell'Amministrazione.

In questo nuovo assetto, la clausola generale dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, di derivazione privatistica, potrebbe giocare un ruolo decisivo, in quanto principio applicabile in ogni ramo del diritto, ed in particolare di quello pubblico.

Ci sarebbe da chiedersi se tale principio possa essere comunque invocato, anche nell'ipotesi di prospettata revoca di un provvedimento amministrativo "favorevole per il privato", specialmente "se di natura economica"; oppure se, in tal caso, la posizione del privato debba recedere a fronte dell'interesse pubblico giustificato dalla clausola generale. A titolo esemplificativo, un'amministrazione comunale potrebbe ipotizzare di revocare atti ampliativi, di natura economica, emessi in favore dei privati per evitare una declaratoria di dissesto economico²¹⁵?

Dalle superiori considerazioni si potrebbe ricavare uno spunto per eventuali, nuove riflessioni.

Si è constatato come l'atto legislativo che incide su posizioni giuridiche soggettive di vantaggio create da una preesistente disciplina normativa debba recare, per evitare di incorrere nella censura di legittimità costituzionale per irragionevole violazione dei principi di tutela dell'affidamento e di certezza giuridica, una congrua ed articolata motivazione, che costituisce la vera *causa* dell'atto retroattivo. Si è constatato, in altri termini, che il legislatore in tale evenienza non è libero di modificare a suo piacimento l'ordinamento, anche qualora ricorrano contingenti ragioni di carattere finanziario, in quanto la Consulta ha ampliato il proprio potere di indagine e di scrutinio sulla legittimità costituzionale della legge, esigendo, in questi casi, non una semplice motivazione sulla necessità di mutare l'assetto normativo, ma di estrinsecare la vera ragione concreta dell'innovazione, la sua "funzione economico sociale". C'è da attendersi, quindi, dal legislatore un'articolata giustificazione, condita

²¹⁵ È noto che il dissesto economico degli enti locali provoca seri danni all'amministrazione che è costretta a pronunciarlo, in quanto, tra gli altri impedimenti, non può contrarre mutui o eseguire investimenti (cfr. art. 244 del TUEL).

eventualmente da “considerando” secondo lo stile comunitario, che, dopo aver comparato i vari interessi pubblici con gli interessi privati, esponga anche le ragioni che richiedono il sacrificio di questi ultimi²¹⁶ ed il mancato sacrificio di altri interessi pubblici e privati.

Stante la irrevocabilità dei provvedimenti che hanno arrecato vantaggi di carattere economico, per l'insuperabile prescrizione normativa sopra riportata, non si può al contempo ritenere che pure al legislatore sia impedito l'esercizio del potere di revocare o, comunque, incidere su una disposizione normativa che abbia creato affidamenti (anche) di contenuto economico in forza di un (assunto) principio generale di non revocabilità dell'atto attributivo di vantaggio economico²¹⁷. Se volessimo prendere, per un solo momento, quale elemento o modello di riferimento, la sopra richiamata sentenza n. 70 del 2015 della Corte costituzionale, dovremmo concludere che il legislatore, nell'ipotesi in cui volesse nuovamente intervenire sulla materia, è tenuto espressamente ed adeguatamente a motivare le ragioni dell'intervento violativo della tutela dell'affidamento di coloro che avevano riposto nell'originario “patto” (o comunque atto di attribuzione di benefici economici) consacrato nelle varie leggi, con le quali si era promesso il beneficio (nel caso della sentenza n. 70 l'adeguamento delle pensioni al diminuito potere di acquisto).

Si è sopra concluso che siffatta impresa non si presenta agevole o di scarso rilievo, non potendo il legislatore rifugiarsi dietro il fragile schermo delle sopravvenute esigenze di cassa o la sopravvenienza di impegni di carattere comunitario, in quanto tale tipologia normativa esige la comparazione delle molteplici posizioni soggettive che vengono incise dalla carenza finanziaria. Egli deve rispondere, nei “considerando” o comunque nelle premesse, a varie domande: dove operare il “taglio”, nei confronti di quali categorie di persone o di imprese richiedere un incremento della tassazione, oppure quali beni assoggettare alla nuova imposizione; se sia maggiormente significativo il sacrificio di molti, sia pur relativamente

216 Ad es., affermando di ritenere insufficiente il taglio di alcuni “rami” della spesa pubblica, come esposto da varie ricerche commissionate sul tema della revisione della spesa.

217 Secondo Portaluri, *op. cit.*, 28, che richiama Corte giust. 17 aprile 1997, causa C-90/05, De Compre c/ Parlamento e 15 febbraio 1996, in causa C-63/93, Duff, I, «la novella del 2014 sembra aver colto le tendenze del legislatore comunitario o, più correttamente, la portata dei principii via via sviluppati dalla Corte di Giustizia in tema di legittimo affidamento, di stabilità dei provvedimenti favorevoli e di diritti quesiti».

modesto e temporalmente limitato²¹⁸, rispetto alla diminuzione di spesa/investimento da parte di poche migliaia di imprese, alle quali revocare benefici o esenzioni fiscali²¹⁹.

In altre parole, questa nuova modalità di redigere leggi con valenza retroattiva sembra debba ispirarsi ai principi di trasparenza ed imparzialità che, finora, erano le stelle polari dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.); ancorché il legislatore abbia margini maggiori di manovra rispetto all'amministratore per modificare o introdurre variazioni *in pejus* di un proprio atto²²⁰.

Non sembra, a mio avviso, che il legislatore abbia fatto buon uso delle direttive implicitamente o espressamente indicate dalla Consulta.

Infatti, dovendo dar corso ed eseguire la sentenza n. 70, il Governo, con il decreto legge n. 65 del 21 maggio 2015, convertito nella legge 17 luglio 2015, n. 109, dopo aver « *ritenuto la straordinaria necessità e urgenza di garantire il valore dei trattamenti pensionistici e di razionalizzare e uniformare le procedure e i tempi di pagamento delle prestazioni previdenziali e assistenziali al fine di sostenere i redditi dei cittadini e delle famiglie* » e « *al fine di dare attuazione ai principi enunciati nella sentenza della Corte costituzionale n. 70 del 2015, nel rispetto del principio dell'equilibrio del bilancio e degli obiettivi di finanza pubblica, assicurando la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, anche in funzione della salvaguardia della solidarietà intergenerazionale* », ha apportato modifiche all'art. 24 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 (cioè alla norma dichiarata incostituzionale), prevedendo meccanismi di rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici in varie misure: del 100% per le pensioni di importo inferiore a tre volte il trattamento minimo INPS, che già in precedenza non era stato toccato dal d.l. n. 201

²¹⁸ Si noti che un migliaio di euro in meno all'anno, mediamente, per ciascun pensionato si traduce in minori possibilità di benefici, nel caso sopra indicato, per circa 13-15 milioni di cittadini, che confidano sui proventi della pensione.

²¹⁹ È altrettanto notorio che l'aggravio fiscale nei confronti delle imprese riduce sensibilmente la loro capacità di investimento e di assunzione di nuovo personale.

²²⁰ Si pensi alla possibilità che ha il legislatore di revocare la precedente disciplina anche con effetto *ex nunc*. Tale possibilità è stata ritenuta ammissibile dalla Corte di Giustizia europea nella causa Barber del 17 maggio 1990, C 262/88, secondo cui *la diretta efficacia dell'art. 119 del Trattato è stata fatta valere per esigere la parità di trattamento in materia di pensioni erogate da regimi convenzionali privati, soltanto con riferimento alle prestazioni dovute per i periodi lavorativi successivi alla data della pronuncia della suddetta sentenza, fatta salva l'eccezione prevista per i lavoratori che abbiano, prima di tale data, esperito un'azione in giudizio.*

dichiarato incostituzionale; e poi del 40% e fino al 10% a seconda dell'ammontare dei vari trattamenti pensionistici.²²¹

Ebbene, sembra che il legislatore abbia in via analogica adottato il principio costituzionale della progressività della tassazione (art. 53), ancorché nella specie non sia ravvisabile alcuna tassazione, sicché v'è da constatare che, oltre alla stereotipata motivazione del « *principio dell'equilibrio del bilancio* », non sia ravvisabile alcun - non dico *considerando* - riferimento ad una comparazione degli altri interessi pubblici e privati che possano aver imposto o quanto meno suggerito la necessità di sacrificare solo i trattamenti pensionistici.

²²¹ Per i trattamenti pensionistici superiori a sei volte il minimo INPS, ossia circa 3.000 euro lordi mensili, non viene riconosciuto alcun adeguamento.