FABIO FRANCESCO PAGANO**

IL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE *

SOMMARIO: 1. La vocazione eminentemente trasversale del principio di affidamento e le ragioni di una sua indagine. 2. Principio di continuità, certezza del diritto e affidamento legittimo. 3. Il controverso fondamento costituzionale del legittimo affidamento e la sua natura di principio frazionabile e immanente all'interno della Carta fondamentale. 4. L'ambito di applicazione del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento interno e comunitario. 5. Leggi di interpretazione autentica e principio di affidamento. 6. Il principio di affidamento quale possibile limite all'impiego di leggi-provvedimento incidenti su rapporti di durata. 7. Il complesso bilanciamento tra la discrezionalità del legislatore e la salvaguardia dell'affidamento e la diversa prospettiva delle Corti alla luce del principio democratico.

1. La vocazione eminentemente trasversale del principio di affidamento e le ragioni di una sua indagine.

Il principio del legittimo affidamento, com'è noto, tutela le situazioni soggettive consolidatesi per effetto di atti dei pubblici poteri idonei a determinare una posizione di vantaggio e a generare un'aspettativa nel loro destinatario. Si tratta di una definizione, come si avrà modo di sottolineare, non del tutto pacifica che necessiterà di un particolare approfondimento nell'ambito di questa disamina, in particolare avendo riguardo alla sua distinzione rispetto al principio di certezza del diritto.

I due principi in parola, infatti, per quanto inscindibilmente legati, lungi dall'essere giustapposti, sono suscettibili di essere distinti sotto molteplici profili benché non manchino gli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali che tendono a sovrapporli e a risolvere le problematiche sottese alla tutela di affidamenti legittimi nella necessità di garantire la certezza del diritto, l'affidabilità e la stabilità dell'ordinamento giuridico. Del resto, è questa la prospettiva accolta nell'ambito dell'ordinamento tedesco, ove il principio in parola è stato ricostruito quale corollario del principio di certezza del diritto e articolazione del principio dello Stato di diritto[1]. Nonostante ciò, come si avrà modo di dire, certezza del diritto e affidamento hanno mantenuto, anche in detto ordinamento, una certa distinzione e autonomia.

Ciò detto, e rinviando al prosieguo della trattazione per ulteriori considerazioni in ordine al rapporto tra certezza del diritto e affidamento, occorre sottolineare la natura eminentemente trasversale del principio di cui si discute. Trasversalità che può definirsi, per così dire, doppia atteso che questa è tanto ordinamentale quanto disciplinare. Infatti, la tutela del legittimo affidamento non solo, come già accennato, matura in Germania ma si trasferisce, poi, nell'ambito del diritto comunitario ove questa assumerebbe, a detta di una parte della dottrina di lingua tedesca, la fisionomia conferitagli dal diritto germanico.

In tal modo, chiunque volesse apprestarsi allo studio del principio in parola nel nostro ordinamento, non potrebbe prescindere dal prendere in considerazione la sua evoluzione all'interno dell'ordinamento tedesco e la sua configurazione nell'ambito del diritto dell'Unione europea. Per di più, siffatto esame risulta assai utile al fine di evidenziare il diverso grado di tutela che il principio in parola assume a livello sovranazionale rispetto al nostro

---

* Testo definitivo della relazione che si terrà al convegno del Gruppo di Pisa di giorno 18 Settembre 2014 presso l'Università di Roma Tre.

** Dottorando di ricerca in diritto pubblico presso l'Università La Sapienza- f.f.pagano85@hotmail.com

[1] CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento, il caso tedesco,* Trento, 2008, 18 ss.

ordinamento dove, per lungo tempo, la giurisprudenza, specie quella costituzionale, si è dimostrata meno sensibile in ordine alla tutela di affidamenti legittimi maturati dai privati rispetto all'operato dei pubblici poteri.

Ma, come si è già accennato, la trasversalità di detto principio è doppia poiché questi, oltre a riguardare una pluralità di ordinamenti, interessa diversi settori disciplinari. Infatti, la tutela del legittimo affidamento coinvolge l'operato di tutti i pubblici poteri, siano essi organi amministrativi, legislativi o giudiziari. Circostanza, questa, che radica lo studio dell'affidamento tanto nell'ambito del diritto amministrativo che in quello del diritto costituzionale. Del resto, ciò è ancor più evidente se si ha riguardo all'ordinamento comunitario che non conosce, se non a grandi linee, la distinzione tra normazione e amministrazione e, di conseguenza, neppure quella tra giudice costituzionale e amministrativo atteso che la Corte di giustizia esercita entrambe le funzioni e applica il principio di affidamento tanto agli atti normativi che a quelli di natura amministrativa[2].

La natura trasversale dell'affidamento, a cui si è appena accennato, non deve far credere che esso assuma la medesima configurazione e operi allo stesso modo tanto nel diritto costituzionale quanto in quello amministrativo. Viceversa, la contiguità tra le due principali branche del diritto pubblico non gli impedisce, nonostante alcuni aspetti in comune, di strutturarsi diversamente in entrambe le discipline, in ragione delle specificità di ciascuna di esse e a conferma della spiccata versatilità del principio di cui si discute[3].

Ciò detto, preme sottolineare come nel nostro ordinamento, lo studio del principio di affidamento abbia coinvolto maggiormente il diritto amministrativo, con specifico riferimento all'esercizio dei poteri di autotutela da parte della P. A[4]., mentre si è dimostrato da subito più problematico in relazione all'attività legislativa, benchè la trattazione monografica più risalente e più nota si fosse fatta carico di affrontare le problematiche legate all'affidamento da entrambe le prospettive[5].

Si tratta, probabilmente, di una conseguenza dell'atteggiamento della Corte costituzionale che, come si dirà più diffusamente, si è occupata dei profili in parola attraverso una giurisprudenza non sempre lineare nei suoi esiti ricostruttivi e negli approdi ermeneutici. Del resto, sino a poco più di dieci anni fa, la stessa copertura costituzionale del principio in parola rappresentava per la Consulta un problema ancora aperto[6] e gli stessi esiti cui risulta essere pervenuta la Corte al riguardo risultano tutt'ora, come si dirà, non pienamente condivisi in dottrina e caratterizzati da un certo grado di instabilità nell'ambito della sua stessa giurisprudenza.

Orbene, rinviando al prosieguo di questa disamina per un più puntuale esame delle problematiche fin qui adombrate, preme sottolineare, invece, l'importanza e l'attualità di uno studio che coinvolga il principio del legittimo affidamento in relazione all'attività legislativa. Al riguardo, occorre considerare come i mutamenti normativi, legati alle trasformazioni sociali ed economiche nonché all'instabilità politica, risultino sempre più frequenti e repentini, in modo da investire la disciplina materiale di singoli settori o aree di interesse e da imporre, addirittura, veri e propri cambiamenti di prospettiva[7]. Si tratta di un fenomeno che si inserisce nel più generale contesto della postmodernità[8] che, sempre di più, si caratterizza per l'incertezza e la precarietà, caratteristiche, queste, che accompagnano in modo sempre maggiore i fenomeni di produzione del diritto e che rischiano di minare la fiducia dei cittadini nella funzione regolatrice dello Stato.

In altri termini, si rischia di compromettere significativamente un rapporto tra governati e governati basato sulla fiducia reciproca e sulla necessaria razionalità dell'esercizio del pubblico potere, in modo da intaccare la stessa legittimazione dei pubblici poteri e, in definitiva, del sistema ordinamentale.

---

[2] M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e tutela del legittimo affidamento, tra diritto comunitario e diritto interno,* Milano, 2008, 26.

[3] M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. e. soc.*, 3/2009, 442.

[4] Sul punto ved. per tutti F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.,* 2005, 843 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento,* Napoli, 1999, 4 ss.

[5] Ci si riferisce al fondamentale studio di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino,* Milano, 1970, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza",* Milano, 2001, 2 ss.

[6] P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento… cerca casa*, in *Giur. cost.,* 1/2011, 21.

[7] M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e tutela del legittimo affidamento,* cit., 4 ss.

[8] Sui tratti di incertezza e instabilità che accompagnano l'era della postmodernità J. HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni,* trad. it., Roma-Bari, 1987; Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza,* trad. it., Bologna, 2000.

Ciò detto, tra le ragioni di perdurante instabilità che caratterizzano la produzione del diritto non vi sono, esclusivamente, le menzionate esigenze legate alla necessità di adeguarsi ai sempre più vorticosi cambiamenti sociali ed economici, bensì anche motivazioni legate al sistema politico-istituzionale. Infatti, non si può non rilevare come l'incertezza in ordine alla stabilità delle discipline legislative si sia viepiù accresciuta con il graduale passaggio, anche nel nostro ordinamento, da un sistema politico di tipo proporzionale ad uno tendenzialmente improntato ad un modello di tipo maggioritario volto a realizzare, quantomeno nelle intenzioni originarie, un sistema bipolare teso a rafforzare la stabilità degli esecutivi e, al contempo, inverare quei fenomeni di alternanza alla guida del Governo tipici dei sistemi improntati al modello anglosassone definito dell'oscillazione del pendolo.

In questo contesto, si fa particolarmente pressante l'esigenza di individuare strumenti giuridici che mettano al riparo il cittadino dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti dai mutamenti normativi originati dal nuovo indirizzo politico. Del resto, non potrebbe immaginarsi una paralisi dell'indirizzo politico e amministrativo di maggioranza in ragione della necessità di garantire la stabilità delle discipline normative e neppure l'auspicio che le principali riforme legislative siano il più possibile concordate tra le forze politiche è da solo idoneo a garantire la predetta stabilità.

Sul punto, autorevole dottrina[9] ha teorizzato la possibilità di conseguire una maggiore stabilità e certezza dei rapporti giuridici, quantomeno nella fase del passaggio dalla vecchia alla nuova maggioranza politica, attraverso il ricorso al canone di buona fede che impedirebbe alla maggioranza uscente di adottare discipline normative o atti amministrativi che possano contrastare con il programma politico della parte avversa e, in definitiva, con il futuro indirizzo politico di quella che potrebbe divenire la nuova maggioranza[10].

Invero, detta impostazione, per quanto suggestiva, imporrebbe di riconsiderare profondamente i rapporti che nel nostro ordinamento intercorrono tra gli organi di indirizzo politico e tra maggioranza e opposizione, e presupporrebbe un compiuto statuto dei diritti dell'opposizione che, nel nostro sistema costituzionale, risulta notoriamente incompleto[11]. Per di più, richiederebbe di ammantare di vincolatività eventuali norme di correttezza costituzionale o convenzioni che, per pura evenienza, dovessero intervenire in tal senso.

Insomma, risulta difficile sganciare dalla mera inopportunità le condotte di un Parlamento e di un Governo che, sul finire della legislatura, si apprestassero ad emanare discipline normative foriere di contrastare con il futuro indirizzo politico di una eventuale e nuova maggioranza e risultanti, in tal modo, gravide di possibili ricadute negative nei riguardi dei cittadini in termini di certezza e stabilità.

Quanto si è appena detto induce a sottolineare l'importanza di indagare principi, quale quello di affidamento, che possono rappresentare una controspinta rispetto a siffatti fenomeni e che possono soddisfare le aspettative di equilibrio e di stabilità che si contrappongono alle esigenze, più o meno fondate o condivisibili, di mutamento. Circostanza, questa, che diviene di immediata evidenza se solo si ha riguardo al rilievo delle materie in cui più spesso viene invocata l'esistenza di un affidamento legittimo; ossia rispetto a modifiche normative che investono il sistema previdenziale o tributario e, più in generale, la regolazione di rapporti economici o addirittura il sistema processuale incidendo, in tal modo, sul diritto di difesa e sulle modalità per far valere i propri diritti in sede giurisdizionale.

In particolare, è facile evidenziare come, in un momento di grave e perdurante crisi economica quale quello attuale, il principio di affidamento possa occupare una posizione di assoluto rilievo tra gli strumenti giuridici idonei a

---

[9] F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico,* cit., 283 ss., il quale sottolinea come non tutti gli atti legislativi o amministrativi emanati in contrasto con la logica dell'alternanze e in violazione del principio di buona fede siano, per ciò solo, illegittimi. L'Autore, infatti, suggerisce di valutare secondo ragionevolezza i contrapposti interessi del Parlamento o dell'amministrazione ad emanare un determinato atto rispetto agli affidamenti legittimi e alle aspettative generati in capo ai cittadini in ragione di comportamenti pregressi, o in forza della prospettazione dell'esercizio futuro di un determinato potere. Ne consegue la possibilità che l'interesse pubblico, qualora adeguatamente motivato, possa prevalere sulla tutela del principio di affidamento o di un'aspettativa legittima.

[10] Fatto salvo l'obbligo per la maggioranza, in caso di intervento necessario e non procrastinabile in prossimità dell'alternanza politica, di concordare con l'altra parte gli interventi normativi o amministrativi incidenti sull'indirizzo politico-amministrativo, come sottolineato da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico,* cit., 287 ss.

[11] Sul punto si rinvia all'approfondita trattazione monografica di A. SAITTA, *L'oscillazione del pendolo. Maggioranza e opposizioni nella democrazia costituzionale italiana,* Milano, 2004, 2 ss.

garantire agli operatori economici la pianificazione dei loro investimenti attenuando, in tal modo, i rischi per l'attività d'impresa che possono discendere da modifiche repentine della disciplina normativa di riferimento[12].

Orbene, evidenziata la natura trasversale del principio di affidamento e la sua vocazione a fungere da contraltare rispetto a fenomeni di incertezza e di instabilità della disciplina giuridica, al fine dichiarato di garantire le posizioni di vantaggio maturate dai cittadini, è opportuno soffermarsi più diffusamente su alcune questioni definitorie utili a circoscrivere viepiù il principio in parola e a distinguerlo da categorie suscettibili di sovrapporsi a quest'ultimo. Nello specifico, ci si riferisce al principio di continuità e, soprattutto, a quello di certezza del diritto.

2. Principio di continuità, certezza del diritto e affidamento legittimo.

La necessità di operare una più compiuta distinzione tra i principi in parola nasce dalla tendenza di una certa giurisprudenza e di parte della dottrina, che come si accennava, tendono ad accomunare e sovrapporre continuità, certezza del diritto e affidamento legittimo. Invero, l'assimilazione tra principio di affidamento e certezza del diritto può trovare una qualche giustificazione nel substrato comune che intercorre tra i principi in questione e nella circostanza che nell'ordinamento tedesco, sede di prima emersione di una tutela del legittimo affidamento, quest'ultimo sia strettamente connesso alla garanzia della certezza del diritto. Viceversa, risulta meno giustificabile la giustapposizione rispetto al principio di continuità, atteso che questo viene in rilievo tutte quelle volte in cui si realizzi un mutamento normativo che si pone, quindi, in linea di discontinuità rispetto al passato[13]. Discontinuità normativa che, al pari del principio di certezza del diritto, non presuppone alcuna lesione di posizioni giuridiche soggettive danneggiate da siffatto repentino cambiamento.

Si tratta di una fattispecie ben distinguibile dalla tutela di un legittimo affidamento, atteso che questi si radica in tutti quei casi in cui l'intervento legislativo, di segno retroattivo, incide in modo negativo su posizioni giuridiche soggettive ormai maturate dal cittadino. Oppure, in tutte quelle fattispecie di retroattività impropria in cui la norma incide su rapporti di durata modificandoli per il futuro e frustrando le aspettative maturate dalle parti. Benché, in siffatta ipotesi, le situazioni giuridiche soggettive siano solo in parte consolidate, atteso che il loro consolidamento definitivo è necessariamente proiettato nel futuro.

Orbene, tanto in caso di retroattività propria quanto in quello di retroattività impropria, la condotta del cittadino si è conformata ad un'aspettativa giuridicamente rilevante, circostanza che rende netta la distinzione rispetto al più generale principio di continuità che, come già accennato, si sostanzia, invece, in una più generica esigenza di non discontinuità della normazione.

Risultano, invece, più problematici i rapporti tra affidamento e certezza del diritto, in specie in ordinamenti come il nostro ove i due principi, come accennato, sono stati per lungo tempo sovrapposti nelle ricostruzioni della dottrina[14]. In tal modo, l'affidamento ha faticato a mantenere un qualche grado di autonomia rispetto al principio della certezza del diritto come pure è avvenuto, invece, nell'ordinamento tedesco[15]. Anzi si è addivenuti ad una trattazione promiscua dei due principi in parola, al punto da presentarli, il più delle volte, come un'endiadi[16].

---

[12] S. PELLERITI, *Situazioni puramente interne e certezza del diritto,* in *Dir. del comm. I nt.*, 1/2014, 137 ss., che, al fine di garantire gli operatori economici rispetto a modifiche normative pregiudizievoli per l'attività d'impresa posta in essere, aderisce alla tesi che suggerisce di operare, attraverso una disposizione ordinaria, un "rinvio mobile permanente" al diritto dell'Unione europea in modo da estenderne l'ambito di operatività rispetto a fattispecie puramente interne al nostro ordinamento e per far fronte all' inadeguatezza di quest'ultimo rispetto ai principi di certezza del diritto e di affidamento. Invero, detta proposta, per quanto suggestiva, non prende in considerazione gli approdi della nostra giurisprudenza costituzionale circa la tutela dell'affidamento rispetto all'attività legislativa e non tiene conto delle specificità che la tutela del principio in parola assume in un ordinamento quale il nostro che conosce una distinzione tra atto normativo e atto amministrativo che, invece, non si rinviene nel diritto europeo.

[13] D. U. GALLETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore,* in *Foro amm.. TAR,* 6/2008, 1901.

[14] Si pensi all'ugualmente ottimo saggio di F. ROSSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici,* in *Studi in memoria di G. Gorla,* Milano, 1994, 319 ss.

[15] D. U. GALLETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano,* cit., 758.

[16] Sul punto M. LUCIANI, *Il dissolvimento della nozione di retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica,* in *Giur. it.,* 2007, 1836 ss.

Invero, nonostante la matrice assiologia comune ad entrambi i principi, agevolmente individuabile nella sicurezza dei rapporti giuridici, certezza del diritto e affidamento risultano distinguibili sotto molteplici aspetti e, in senso più ampio, in relazione alla stessa funzione che sono chiamati ad assolvere all'interno dell'ordinamento.

Nello specifico, la certezza del diritto si pone in una dimensione più ampia rispetto a quella, necessariamente più circoscritta, del principio di affidamento. Essa rappresenta una presupposto del diritto e un'esigenza correlata alla stessa capacità ordinativa di quest'ultimo[17]. Infatti, garantire la stabilità dei rapporti giuridici, assieme alla conoscibilità e prevedibilità delle norme, "significa per ciascun ordinamento porre le condizioni per il suo affermarsi". In tal senso, la certezza del diritto rappresenta una premessa necessaria affinché un ordinamento sia riconoscibile come tale[18].

Ben diversa, e come già accennato più circoscritta, la dimensione in cui si colloca il principio del legittimo affidamento che attiene al rapporto fiduciario esistente tra governanti e governati e alla pretesa di stabilità della disciplina legislativa pregressa in base alla quale i governati abbiano maturato posizioni di vantaggio.

In tal modo, questi divengono titolari di un interesse alla salvaguardia di dette posizioni nei riguardi dell'azione dei pubblici poteri, in specie del potere legislativo, rispetto alla discontinuità del legiferare. Circostanza, questa, che presuppone una stabilità già raggiunta; ossia un consolidamento e una stratificazione di posizioni soggettive che giustifichino una pretesa al perdurare di una stabilità ormai conseguita.

Si badi bene, questo non significa che il principio di affidamento si appalesi come statico e quindi necessariamente votato alla conservazione e al mero mantenimento dello *status quo*. Piuttosto, questi si pone come espressione di un'istanza volta a realizzare una sorta di governo della trasformazione, ossia un'istanza finalizzata a governare il cambiamento e a circoscrivere gli effetti pregiudizievoli del mutamento, sia esso normativo o amministrativo, nei confronti della situazione pregressa ormai stratificatasi.

Proprio in questa prospettiva di governo della trasformazione, si collocano quelle norme transitorie che accompagnano le leggi di *reformatio in peius* e che consentono un graduale passaggio dal vecchio al nuovo sistema con il fine, non sempre pienamente riuscito, di salvaguardare le posizioni di vantaggio maturate[19] .

In tal senso, il principio di affidamento, in quanto volto a regolare le problematiche sottese al passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, si presenta come dinamico e contrapposto ad una certezza del diritto che, come si avrà subito modo di dire, si caratterizza, invece, come rispondente ad un'esigenza di staticità e di resistenza al cambiamento[20].

Infatti, la certezza del diritto richiama la stabilità, la sicurezza e la definitività dei rapporti giuridici, in uno con la chiarezza e la comprensibilità del dato normativo. In relazione a quest'ultimi non vi è chi non veda uno stretto collegamento con le politiche di semplificazione normativa e amministrativa, nonché con quelle volte a garantire la qualità della normazione[21].

Invece, con riferimento alle già citate esigenze di stabilità, sicurezza e definitività, occorre fare riferimento ai diversi istituti che nel nostro ordinamento assicurano l'irretrattabilità dei rapporti giuridici; ossia la prescrizione, la decadenza e il passaggio in giudicato della sentenza, nonché gli strumenti tesi ad assicurare detta certezza anche forzando la realtà[22]. Al riguardo, si può fare l'esempio delle finzioni e delle presunzioni attraverso le quali l'ordinamento impone come vero un asserto, indipendentemente dal fatto che sia tale, e non ne consente la confutazione se non nei casi in cui sia consentita la prova contraria, ossia i casi di presunzioni relative o *iuris tantum*.

Nello specifico, proprio l'autorità di cosa giudicata rappresenta uno dei terreni di elezione attraverso cui si manifesta la certezza del diritto, di modo che discorrere di eventuali affidamenti ingenerati da sentenze passate in

---

[17] N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. it. fil. dir.,* 1951, 150.

[18] P. 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,* III, 2012, 1939.

[19] P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano,* cit., 1942; G. AMATUCCI, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, Padova, 2009, 2 ss.

[20] M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e tutela del legittimo affidamento,* cit., 7.

[21] A. CELOTTO- C. MEOLI, voce *Semplificazione normativa (dir. pubbl.),* in *Dig. Disc. pubbl.*, *Agg.,* 2008, 7; F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi,* in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa,* II, Torino, 2000, 109.

[22] A. RUGGERI- C. SALAZAR, voce *Certezza del diritto,* in *Diz. dir. pubbl.,* a cura di S. Cassese, 2006, 847 ss.

giudicato rischia di alimentare la confusione tra i due principi in parola e di determinare un ricorso al principio di affidamento in modo impreciso o atecnico[23].

Più problematica e gravida di questioni ancora da esplorare è, invece, la possibilità di configurare l'esistenza di affidamenti legittimi, piuttosto che più generali esigenze di certezza del diritto, in relazione a *revirement* interpretativi degli organi giurisdizionali, specie se si tratta di giudici chiamati ad esercitare funzioni nomofilattiche[24].

Per il vero, se si assume, anche in questo caso, quale presupposto affinché si radichi un affidamento legittimo, il sorgere in capo al cittadino di una posizione soggettiva qualificata che, per effetto del suo consolidamento, meriti di essere preservata rispetto ad eventuali modifiche di segno negativo, allora risulta non del tutto agevole discutere di affidamenti legittimi invocabili a fronte di *overruling* giurisprudenziali. Del resto, le posizioni di vantaggio rispetto alle quali si radicano i predetti affidamenti non possono che discendere dalle previsioni di un atto normativo o amministrativo che attribuiscano un determinato diritto, un beneficio o generino un'aspettativa qualificata e stabilizzata al punto da risultare meritevole di non essere disattesa da una previsione successiva. Si tratta, quindi, di circostanze che difficilmente si radicano in forza di un orientamento giurisprudenziale poi repentinamente modificato. Anche in siffatte ipotesi, pertanto, sembrano venire in gioco, piuttosto che legittimi affidamenti, esigenze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici, anche al precipuo fine di orientare i futuri comportamenti dei consociati.

Orbene, per quel che concerne in modo più specifico il diritto costituzionale e gli strumenti previsti da quest'ultimo al fine di garantire la certezza del diritto, è possibile fare riferimento alle finzioni previste dalla stessa Carta costituzionale. Ad esempio, all'art. 77, comma 3, ove si prevede che il decreto legge non convertito perda efficacia retroattivamente come se non fosse mai stato emanato, ma, al contempo, si consente al legislatore, in una prospettiva maggiormente realista o sostanzialista, di regolare con legge gli effetti eventualmente prodotti dall'atto di decretazione d'urgenza che il Parlamento non abbia trasformato in legge. Circostanza, questa, che dimostra, tra l'altro, una certa apertura e lungimiranza del Costituente nei riguardi del citato fenomeno del governo della trasformazione, anche in ipotesi in cui la prevedibilità del mutamento normativo, discendente dall'intrinseca instabilità che caratterizza il decreto-legge, non permette di configurare un affidamento legittimo rispetto a situazioni giuridiche soggettive sorte in ragione di una disciplina normativa contenuta in un decreto poi non convertito.

Invero, proprio la prevedibilità e conoscibilità del mutamento normativo rappresentano un ulteriore elemento di discrimine tra certezza del diritto e principio di affidamento. Infatti, atteso che la prevedibilità e la conoscibilità della norma sono tradizionalmente tesi a garantire la menzionata certezza del diritto, questi assumono una dimensione diversa in relazione al principio di affidamento. Quest'ultimo, infatti, non potrà invocarsi in ipotesi di *reformatio in peius* del trattamento giuridico nei casi in cui detto mutamento normativo di segno sfavorevole risultasse prevedibile o conoscibile potendosi configurare il sorgere di una situazione di vantaggio, idonea a ingenerare affidamento, esclusivamente nel caso in cui il mutamento sfavorevole per il cittadino non fosse prevedibile[25]. In ragione di ciò, risulta di immediata evidenza come non si possano invocare affidamenti di fronte a forme di esercizio dell' attività legislativa che si caratterizzino *naturaliter* per un'intrinseca instabilità. Si tratta, per fare alcuni esempi, del caso della decretazione d'urgenza poc'anzi citato o dell'esercizio della delega legislativa accompagnata dalla possibilità per il Governo di emanare ulteriori decreti modificativi o correttivi entro un termine stabilito.

Ciò detto, prima di concludere questa disamina in ordine ai principali aspetti di differenziazione del principio di affidamento rispetto a quello di certezza del diritto, non si possono non condividere le considerazioni di una parte della dottrina[26] in ordine al diverso modo in cui questi due principi si atteggiano rispetto allo stesso principio di legittimità costituzionale.

---

[23] P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento… cerca casa*, cit., 20.

[24] Risulta favorevole a siffatta impostazione F. ROSSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici,*cit., 339 ss.; Da ultimo, sul rapporto tra la successione di orientamenti giurisprudenziali e la compromissione del principio di affidamento, seppur con specifico riferimento agli *overruling* giurisprudenziali in materia processuale, G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale,* Milano, 2013, 278 ss.

[25] P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano,* cit., 1955.

[26] P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano,* cit., 1939 ss.

Da un lato, infatti, il principio di affidamento non potrà considerarsi leso qualora l'intervento legislativo retroattivo sacrifichi posizioni di vantaggio già acquisite al fine di porre rimedio a leggi che si siano rivelate non rispondenti a principi costituzionali che necessitano, quindi, di essere restaurati attraverso il sacrificio delle predette posizioni[27].

Di converso, la certezza del diritto si atteggia quale principio antagonista rispetto a quello di legittimità costituzionale, atteso che proprio la necessità di garantire la stabilità dei rapporti giuridici rappresenta un limite alla possibilità che la declaratoria di incostituzionalità retroagisca sino a travolgere tutti quei rapporti in cui la legge incostituzionale sia stata definitivamente applicata. Salvo quei casi, eccezionali, in cui non sia stato lo stesso legislatore a ritenere recessivo il principio della certezza del diritto in settori in cui si manifestano esigenze di tutela prevalenti rispetto a quest'ultimo. È il caso del giudicato penale che, notoriamente, in forza dell'art. 30, comma 2, della legge n. 87 del 1953, risulta cedevole rispetto alla declaratoria di illegittimità costituzionale.

L'esempio appena citato rappresenta, inoltre, un'ulteriore riprova del rapporto, per cosi dire privilegiato, esistente tra giudicato e certezza del diritto, atteso che proprio la cosa giudicata si attaglia quale esempio dell'esistenza di un diritto quesito rispetto al quale l'esigenza di ripristinare la legalità costituzionale violata non può che arrestarsi, in ragione della necessità di garantire la stabilità dei rapporti giuridici.

Orbene, chiariti, seppur sommariamente, gli elementi che consentono di ritenere distinguibili e non sovrapponibili affidamento e certezza del diritto, preme sottolineare come detta chiarificazione rilevi al fine di un più corretto esame delle diverse forme di attività legislativa che, nel nostro ordinamento, sono suscettibili di entrare in attrito con il principio del legittimo affidamento. Ma, prima di passare all'esame delle specifiche tipologie atti legislativi suscettibili di entrare in collisione con detto principio e che necessitano di essere scrutinati alla luce della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, occorre interrogarsi sul fondamento costituzionale del principio in parola

3. Il controverso fondamento costituzionale del legittimo affidamento e la sua natura di principio frazionabile e immanente all'interno della Carta fondamentale.

Quella del fondamento costituzionale del legittimo affidamento è una questione che ha attraversato sia il dibattito dottrinario che giurisprudenziale e, invero, si tratta di una problematica discendente dalla natura di principio non scritto che caratterizza l'affidamento. Peculiarità, questa, che si riscontra tanto nel nostro ordinamento quanto in quello tedesco e comunitario. Si è già accennato al fatto che in Germania, sede di prima emersione del principio in parola, la giurisprudenza costituzionale, suffragata da una parte della dottrina, abbia ricostruito l'affidamento attraverso il riferimento allo Stato di diritto. In particolare, mediante il ricorso agli artt. 20, comma 3, e 28, comma 1, della *Grundgesetz* i quali, rispettivamente, sanciscono che "il legislatore è vincolato all'ordinamento costituzionale, l'esecutivo e il potere giudiziario alla legge e al diritto" e qualificano espressamente la federazione quale *Rechtsstaat*. Tra gli elementi essenziali dello Stato di diritto viene annoverato, poi, il *Rechtssicherheit*, che va inteso quale sicurezza delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini e, secondo l'interpretazione del giudice federale tedesco, come tutela dell'affidamento legittimo ingenerato nei singoli dall'ordinamento[28]. In tale contesto ermeneutico, il principio di affidamento risulta collegato a quello della certezza del diritto, pur assumendo una sua autonoma collocazione.

Invero, non sono mancate pronunzie del giudice federale tese a ricostruire l'affidamento come fiducia nel sistema normativo vigente, ossia come costanza nel tempo di un determinato sistema di interessi, nonché sentenze tese a delineare il principio di cui si discute secondo la seguente concatenazione: "Stato di diritto-certezza del diritto-affidabilità dell'ordinamento giuridico-prevedibilità degli interventi statali-tutela della fiducia nella continuità del diritto[29]. Parimenti si sono registrate ricostruzioni dottrinarie alternative, volte a ricondurre l'affidamento a canoni generalissimi, quali i principi di giustizia ed equità, negando una sua precisa collocazione nell'ambito di una specifica

[27] *Ex multis* , Corte cost., sent. n. 194 del 1994 ; Corte cost., n. 385 del 1994.
[28] F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico,* cit., 35 ss.
[29] CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento,* cit.18 ss.

norma della *Grundgesetz* e assegnandogli, invece, il rango di principio supremo dell'ordinamento incarnato nello spirito stesso della Costituzione. Tuttavia, con specifico riferimento al diritto amministrativo, sono state elaborate anche delle ricostruzioni tese a ricondurre il fondamento dell'affidamento a specifiche libertà fondamentali costituzionalmente protette[30].

Anche nell'ordinamento comunitario, il principio risulta tutt'ora sprovvisto di un qualche fondamento positivo ma è stato progressivamente elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che lo ha tratto da alcune esperienze nazionali, soprattutto quella tedesca, anche in ragione del fatto 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. Ciò non toglie che il giudice comunitario, tutt'ora, appaia particolarmente rigoroso in ordine al giudizio sulla lesione del principio in parola, forse perché consapevole della sua innovatività e della necessità che questo si assesti progressivamente nelle singole esperienze nazionali[31].

Questa prudenza del giudice europeo nell'utilizzare il principio di affidamento, spesso invocato dalla Corte ma non sempre applicato, ha fatto registrare numerose tensioni tra la giurisprudenza tedesca e quella comunitaria[32], atteso che il principio di cui trattasi, non sempre ha ricevuto in sede europea la medesima tutela di cui gode in Germania. Del resto, è agevole sostenere come l'ordinamento tedesco sia tutt'ora quello ove il principio in parola è circondato di maggiori garanzie.

Ciò detto, in questa la sede non preme analizzare i rapporti tra ordinamento tedesco e comunitario circa la tutela dell'affidamento e neppure ricostruire il dibattito dottrinario esistente in Germania circa il fondamento costituzionale dell'affidamento. Interessa, invece, dare conto della difficoltà, esistente anche nel nostro ordinamento, di individuare il referente costituzionale di un principio che, pur essendo immediatamente percepito come essenziale rispetto alle garanzie che in uno stato costituzionale devono essere assicurate in ordine all'intangibilità, da parte dei pubblici poteri, delle posizioni giuridiche ormai consolidatesi, non riesce a trovare un preciso aggancio costituzionale. Il che significa, trasferendosi sul piano della giustizia costituzionale, difficoltà ad individuare un parametro volto a circoscrivere il *thema decidendum* sottoposto alla Corte e alla stregua del quale sindacare gli atti normativi sospettati di porsi in contrasto con il principio di cui si discute.

Queste problematiche di inquadramento costituzionale si fanno abbastanza evidenti se solo si procede ad un sommario esame della giurisprudenza costituzionale che ha faticato non poco per ricostruire il predetto parametro e alla fine è giunta a delle soluzioni ritenute non del tutto soddisfacente dalla dottrina. Quest'ultima, come si dirà, ha fornito, del resto, diverse letture delle basi costituzionali dell'affidamento.

Orbene, se si guarda alla giurisprudenza costituzionale degli anni settanta non si può non concordare con quella dottrina[33] che aveva evidenziato come questa, pur essendo chiamata a scrutinare norme retroattive in senso proprio o improprio, non si fosse occupata direttamente del problema in parola. È solo dalla metà degli anni ottanta che la giurisprudenza della Consulta individua nel principio in parola, e in quello della certezza del diritto, valori fatti propri dalla Carta costituzionale e configura l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica quale "elemento fondamentale dello Stato di diritto"[34], facendo propria, in tal modo, la prospettiva della Corte federale tedesca. Tuttavia, si tratta di un trattamento settorializzato del principio di cui si discute, soprattutto con riferimento a leggi retroattive concernenti la

---

[30] CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento,* cit. 16 ss.; Più in generale, per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte federale tedesca in relazione all'affidamento nei confronti dell'attività legislativa D. U. GALLETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria,* cit., 1902 ss.

[31] M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e tutela del legittimo affidamento,* cit., 26.

[32] Per le quali si rinvia alla trattazione di CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento,* 139 ss., ove si esamina, nello specifico, la contrapposizione ermeneutica tra la giurisprudenza tedesca e comunitaria in materia di ripetizione di aiuti di stato illegittimamente erogati dalla Germania alle imprese nazionali.

[33] F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico,* cit., 4 .

[34] Corte cost., sent. n. 349 del 1985; Corte cost., sent. n. 822 del 1988; Corte cost., sent. n. 155 del 1990, Corte cost., sent. n. 39 del 1993.

materia previdenziale o tributaria, il pubblico impiego e l'iniziativa economica privata, tra l'altro con esiti tra loro non sempre convergenti.

In questa fase, la Corte ricostruisce la tutela dell'affidamento attraverso l'individuazione di un parametro composito, ricostruito attraverso il ricorso all'art. 3, comma 1, Cost. e alle altre norme costituzionali che venivano in gioco di volta in volta in ragione degli altri diritti costituzionalmente tutelati pregiudicati dall'intervento retroattivo del legislatore. Sopratutto, gli artt. 38 e 41 della Carta fondamentale. In altri termini, attraverso questa tecnica di tutela, la frustrazione dell'affidamento legittimo del cittadino rileva in quanto costituisca *condicio* per far fronte ad una lesione arrecata ad altri principi costituzionali[35].

Si tratta di un orientamento ermeneutico che tradisce, da un lato la difficoltà della stessa Corte costituzionale nel riuscire ad individuare un più circoscritto riferimento costituzionale del principio in parola e, dall'altro, è indice di come l'intera materia dell'affidamento legittimo e la sua importanza fossero sottostimate dalla Consulta, al punto da predicarne una tutela eventuale ed agganciata alla lesione di altri principi.

La progressiva emersione del principio in parola, anche in ragione della prospettiva comunitaria, e il superamento della dimensione settoriale che lo aveva caratterizzato, permettono all'affidamento di assurgere a principio di applicazione generalizzata. Ciò si realizza attraverso una giurisprudenza costituzionale[36] che individua quale parametro unitario l'art. 3 Cost. e il principio di ragionevolezza[37], rispetto al quale l'affidamento rappresenterebbe una delle possibili figure sintomatiche. Per il vero, si tratta di una conquista momentanea atteso che più volte la giurisprudenza successiva, anche molto recente[38], è tornata ad utilizzare la tecnica del combinato disposto. Ma, a prescindere da questa circostanza, lo stesso ricorso al solo principio di ragionevolezza appare gravido di incertezze e foriero di critiche. Infatti, si rende necessario un bilanciamento tra le esigenze connesse all'affidamento e quelle legate all'utilità dell'interesse sopraindividuale perseguito dal legislatore attraverso la norma retroattiva. Detta valutazione non potrà che spettare, in prima battuta, al legislatore che sarà chiamato a compiere una comparazione, tra l'interesse pubblico che intende perseguire attraverso detta norma e il sacrificio delle posizioni individuali incise dallo *jus superveniens*. Una volta che detta valutazione sia stata compiuta e la scelta legislativa risulti ormai operata, potrà discorrersi della sua ragionevolezza.

In tal modo, il parametro rappresentato dall'art. 3 sembra riguardare non tanto l'affidamento, ma piuttosto le conseguenze prodotte dalla sua violazione[39]. Insomma, la ragionevolezza sembrerebbe rilevare in seconda battuta, quando ormai l'affidamento legittimo sia stato frustrato, ma non è idonea a fondare il suo parametro costituzionale di riferimento.

Per il vero, detto parametro è stato ricostruito nelle maniere più varie da quella dottrina che ha ritenuto di non condividere l'opzione ermeneutica rappresentata dall'art. 3 Cost. Qui è sufficiente richiamare la nota e suggestiva tesi che ricollega l'affidamento alla buona fede di origine romanistica che si applicherebbe ai rapporti di natura pubblicistica in quanto principio costituzionale non scritto e implicito nel sistema. Com'è noto, la teoria in parola, pur avendo trovato un certo seguito nella dottrina e nella giurisprudenza amministrativa, non ha persuaso il versante costituzionalistico[40], a tacer d'altro per la difficoltà di impiegare un principio implicito quale parametro alla stregua del quale sindacare il rispetto del principio di affidamento ad opera del legislatore.

---

[35] P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento… cerca casa*, cit., 21; ID, <[…] *Al fuggir di giovinezza* […] *nel doman s'ha più certezza>(Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale)*, in *Giur. cost.,* 1999, 3643, ove l' Autore sottolinea in senso critico, quale conseguenza della tecnica del combinato disposto, il carattere "necessariamente servente" del principio di affidamento rispetto alla protezione di altre esigenze costituzionalmente tutelate; A. CELOTTO, *Un importante riconoscimento del principio di "affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica",* in *Mass. giur. lav.*, 2000, 130 ss.

[36] Corte cost., sent. n. 416 del 1999.

[37] Su cui si rinvia a L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.,* 1997, agg. I, 899 ss., L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 4 ss., F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 3 ss.

[38] Corte cost., sent. n. 281 del 2013.

[39] S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive* in pejus *della normativa pensionistica: il limite dell'affidamento,*in *Dir. pubbl.,* 3/1998, 811.

[40] Sembra condividerla invece F. MODUGNO, *Effetti della declaratoria di incostituzionalità e rapporti tributari pregressi*, in *Dir. pubbl.,* 2/1998, 356 ss.

Invero, senza voler qui indugiare eccessivamente sulle diverse ricostruzioni prospettate in dottrina, che spaziano dal principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2 Cost.[41], sino al principio personalistico e del rispetto della dignità della persona[42], tutte queste tesi non sembrano cogliere pienamente nel segno poiché ciascuna di esse abbraccia esclusivamente una dimensione parziale o circoscritta dell'affidamento, insomma una delle tante sfaccettature costituzionali del principio in parola. Conseguenza di ciò è la maggiore carica persuasiva che sembrano possedere quelle tesi che attribuiscono una dimensione sistemica alla dignità costituzionale del legittimo affidamento[43]. Del resto, il nostro ordinamento conosce già principi che, per quanto non espressamente consacrati in una singola disposizione costituzionale, risultano immanenti nel sistema in quanto rapportabili a diverse previsioni della Carta fondamentale, o alla trama costituzionale complessivamente intesa. Si pensi alla *privacy* o, in modo ancor più evidente, allo stesso principio di separazione dei poteri.

Orbene, se si ha riguardo alla base fiduciaria che connota il principio di affidamento in relazione ai rapporti tra governanti e governati, risulterà di immediata evidenza come detto principio incida sulla relazione esistente tra autorità e libertà e, in definitiva, sulla stessa forma di Stato, atteso che quest'ultima non può risultare indifferente rispetto all'esistenza o meno di forme di tutela rispetto alla fiducia maturata dai consociati in ordine alla stabilità di posizioni ormai consolidatesi nei riguardi della loro sfera giuridica. L'assenza di una tutela siffatta e qui qualificata in termini di legittimo affidamento, lascerebbe i cittadini in balia del *factum principis* tradendo, quella visione dello Stato che, in un'ottica contrattualistica, guarda a quest'ultimo come il frutto di un patto fondativo tra cittadini finalizzato alla garanzia della reciproca sicurezza. Una siffatta dimensione del principio di affidamento non può che evocare, quindi, quale base costituzionale dello stesso, i principi dello Stato di diritto e della sovranità popolare compendiati nell'art. 1 Cost.

Parimenti, l'obbligo per i poteri pubblici, *in primis* il legislatore, di non depauperare, attraverso delle sopravvenienze normative di segno negativo, situazioni giuridiche soggettive stratificatesi nella sfera giuridica dei singoli, richiama il principio del *neminem laedere* e il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Al contempo, lo stesso art. 2 può rappresentare la sede della tutela dell'affidamento inteso quale riflesso del principio supremo di dignità che impone di non sacrificare immotivatamente gli affidamenti maturati dai consociati, 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. Inoltre, pur rifuggendo, come già detto, un'impostazione che guarda esclusivamente all'art. 3, comma 1, Cost. quale fondamento del principio di affidamento, non si può certo ignorare come lo stesso principio di uguaglianza e di non discriminazione imponga al legislatore di tutelare gli affidamenti ingenerati dalla normativa pregressa. Quindi, il principio di affidamento, avendo diverse sfaccettature e ponendosi a presidio di molteplici principi costituzionali, potrebbe appalesarsi come frazionato in ciascuno di questi valori e naturalmente votato ad essere visto sistemicamente non essendovi una norma che, singolarmente intesa, esaurisca le istanze di tutela di cui questi è portatore. Si badi bene, questo non significa che la tutela approntata dipenda dalla dignità costituzionale della situazione giuridica soggettiva presa in considerazione. Non si vuol suggerire, insomma, una tutela *per relationem* sula falsariga del più risalente orientamento della Consulta, ma un parametro composito da evocare tutte le volte in cui si prospetti una lesione dell'affidamento ad opera del legislatore, anche nei casi in cui la situazione giuridica violata non presenti un aggancio di rango super-primario[44].

---

[41] F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 117.

[42] S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive* in pejus *della normativa pensionistica*, cit., 812 ss.

[43] Su cui già M. LUCIANI, *Il dissolvimento della nozione di retroattività,* cit., 1838; Sembra condividere la tesi di un fondamento costituzionale del principio di affidamento agganciato a molteplici norme della Carta fondamentale L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento ha un fondamento costituzionale?*, in *Nuov. Aut.,* 4-6/2006, 917 ss., che commentando favorevolmente Cass, sez. V, n. 21513 del 6 Ottobre 2006, concernente il principio di affidamento in materia tributaria auspica che l'art. 10, comma 1, dello Statuto del contribuente che, nel positivizzare a livello ordinario l'affidamento, si appalesa come di immediata attuazione della Costituzione, possa assumere nella giurisprudenza della Consulta la natura di parametro interposto.

[44] Si dimostra contrario ad una dimensione sistemica del fondamento costituzionale del principio di affidamento P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento… cerca casa*, cit., 21 che, per l'appunto, adombra la possibilità di un ritorno a forme di tutela dell'affidamento *per relationem* rispetto ad altri diritti costituzionalmente protetti, con il rischio di un vuoto di tutela nei casi in cui l'attività legislativa lesiva dell'affidamento riguardi diritti non coperti dalla Carta fondamentale.

Da ultimo, è appena il caso di sottolineare come i più recenti approdi ermeneutici abbiano suggerito di individuare un diretto riconoscimento del principio di affidamento all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo indicando, quindi, l'art.117, comma 1, Cost. quale ulteriore parametro alla stregua del quale scrutinare le leggi sospettate di ledere il principio di cui si discute[45]. Rinviando al prosieguo della trattazione per una più approfondita disamina dei rapporti tra affidamento e CEDU, qui preme rilevare come detta ricostruzione non persuada del tutto in ragione dell'impostazione della Corte di Strasburgo, di cui si darà conto, che ricollega il principio in parola alla tutela dell'equo processo di cui all'art. 6 della Convenzione.

4. L'ambito di applicazione del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento interno e comunitario.

Sin qui, si è riflettuto sulla nozione di affidamento legittimo e sul suo fondamento costituzionale nel nostro ordinamento dando per presupposto quello che è l'ambito di applicazione del principio in parola. Sul versante interno, detto ambito non può essere individuato se non alla luce della giurisprudenza costituzionale che, nella sua progressiva opera di valorizzazione dell'affidamento, lo ha ricostruito essenzialmente quale limite alla retroattività di leggi che pregiudichino posizioni di vantaggio. Per il vero, si tratta di una giurisprudenza caratterizzata da una certa prudenza e non sempre univoca che non ha mancato di relativizzare la portata dell'affidamento in modo da costruirlo quale limite generale, ma non assoluto, alla retroattività delle leggi e, quindi, potenzialmente cedevole rispetto ad altre esigenze giudicate inderogabili[46].

Questa ricostruzione del principio di affidamento quale limite alla retroattività degli atti normativi si inserisce nel più ampio e risalente dibattito circa il divieto di irretroattività della legge che, pur essendo considerato un portato della moderna civiltà giuridica e benchè consacrato nell'art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile del 1865 e poi nell'art.11 delle preleggi, non ha mancato di subire eccezioni e deroghe di sorta. Del resto, neppure l'entrata in vigore della Carta costituzionale ha consacrato siffatto principio, anzi la previsione dell'art. 25 Cost., con il riferimento al divieto di retroattività circoscritto alla sola materia penale, probabilmente ha fornito un ulteriore argomento ai fautori della possibile retroattività delle leggi non penali. In tal modo, si è forse originata una diversa prospettiva rispetto all'impostazione fatta propria da una parte della dottrina ai primi del novecento. Infatti, se agli inizi del XX secolo si era soliti ammettere leggi retroattive esclusivamente in "circostanze eccezionali e per motivi di interesse pubblico e con le limitazioni richieste dall'equità" e per la tutela di "diritti sacri dell'uomo" scaturenti dalla " legge esterna e imprescindibile di natura"[47], dopo la costituzionalizzazione del divieto di retroattività con riferimento alla sola materia penale, chiarito come l'art. 25 non potesse rappresentare un limite alla discrezionalità del legislatore in ordine al ricorso a norme retroattive in materia non penale, le riflessioni di una parte degli studiosi, lungi dal continuare a ritenere eccezionale il ricorso a siffatte disposizioni, si sono concentrate, più semplicemente, sul tentativo di individuare i paletti di detta discrezionalità onde circoscriverla[48]. In particolare, si è fatto riferimento al principio di ragionevolezza, che in alcune riflessioni è addirittura additato quale "unico limite alle leggi retroattive"[49]. In questo contesto si inserisce il principio del legittimo affidamento inteso quale ulteriore limite alla possibilità per il legislatore di far ricorso a discipline che producano effetti per il passato.

Nello specifico, come si è già accennato, è stata proprio la giurisprudenza costituzionale[50], soprattutto quella più recente[51], a ricostruire il principio di affidamento principalmente con riferimento al problema della normativa retroattiva. In particolare, si è registra una certa tendenza della Consulta a non far più menzione dei rapporti di durata nelle pronunzie degli ultimi anni, benché la sua giurisprudenza più risalente fosse costante nel ritenere che lo scrutinio

[45] Al riguardo si veda da ultimo l'ampio saggio di P. CARNEVALE-G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinnanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale,* in www.costituzionalismo.it., 1/2014.
[46] Corte cost., sent. n. 349 del 1985; Corte cost., sent. n. 374 del 2000.
[47] P. FIORE, *Delle disposizioni generali sulla pubblicazione, applicazione e interpretazione della legge,* I, Napoli-Torino, 1908, 143.
[48] Sul punto si rinvia per maggiori approfondimenti a F. ROSSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici,* cit., 325 ss.
[49] A. CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1975, 517.
[50] *Ex multis* Corte cost., sent. n. 143 del 1982; Corte cost., sent. n. 397 del 1994; Corte cost., sent. n. 416 del 1999
[51] Corte cost., sentt. n. 11, 267, 314, 364 del 2007; Corte cost, sentt. n. 425 e 525 del 2000.

circa il rispetto dell'affidamento riguardasse "disposizioni le quali vengono a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata", circostanza non interdetta al legislatore, purché ciò non determinasse l'adozione di "un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento del cittadino sulla sicurezza giuridica"[52]. Per il vero, risolvere la portata del principio di affidamento alla sola attività legislativa di segno retroattivo potrebbe significare lasciare il cittadino privo di tutela in tutti quei casi di modifiche *in pejus* valevoli solo per il futuro, ma che si pongano in attrito rispetto ad una posizione di vantaggio ormai maturata in forza di un determinato trattamento giuridico concernente rapporti durevoli[53]. Come si dirà, ricostruire in questi termini la portata del principio di affidamento consente di valutarne la possibile lesione ad opera di alcune specifiche tipologie di leggi-provvedimento.

Infatti, nel prosieguo di questa disamina si intende concentrare l'attenzione sul rapporto tra il principio di affidamento e alcune di leggi appartenenti, più o meno pacificamente, alla variegata galassia delle leggi-provvedimento. Categoria all'interno della quale una parte della dottrina ricomprende anche le leggi di interpretazione autentica[54], poiché anche quando queste si presentano come generali e astratte sono scindibili "in una sommatoria di provvedimenti concreti, tanti quanti sono i comportamenti già tenuti e i soggetti già individuati, oppure gli eventi accaduti". Orbene, come si vedrà, proprio queste ultime rappresentano, un peculiare terreno di scontro tra giurisprudenza nazionale e sovranazionale.

Prima di concentrarsi sui rapporti tra i predetti atti normativi di interpretazione e il principio di affidamento preme evidenziare, però, come quest'ultimo abbia un raggio di applicazione più ampio nel diritto europeo e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Infatti, se l'attenzione giurisprudenziale e dottrinaria interna si è concentrata sull'affidamento esclusivamente quale limite alla portata retroattiva delle leggi, in ambito europeo il principio è stato applicato al di fuori dell'ambito della retroattività, ossia in relazione ad atti comunitari normativi e amministrativi che, pur non essendo retroattivi, siano suscettibili di ledere affidamenti legittimi[55]. Si tratta di una tutela approntata, o quantomeno astrattamente predicata, dal giudice europeo nei casi in cui gli organi comunitari, fornendo precise assicurazioni, abbiano suscitato fondate aspettative[56].

In tal modo, viene in rilevo l'affidamento nella *coherence* del comportamento comunitario. Presupposto perché ciò si possa realizzare è l'imprevedibilità della modifica del suddetto comportamento, ossia è necessario che il singolo nutra aspettative di stabilità, al pari di quanto avviene nei casi di affidamento leso da norme retroattive. Inoltre, si richiede che vi sia una precisa base affidante. Questa, nel caso di norme retroattive, è rappresentata dalla norma precedente; in questo contesto, invece, l'affidamento sarebbe originato dal fatto che gli organi comunitari con i loro comportamenti abbiano generato una situazione tale da creare affidamento. Il che si realizza per la Corte attraverso "precise assicurazioni"[57], che siano "categoriche e concordanti" fornite da "fonti autorizzate e affidanti" [58].

Queste garanzie sono identificate con atti normativi o amministrativi nonché con mere prassi che, predeterminando l'azione degli organi comunitari, si configurano come un vero e proprio autovincolo idoneo a generare affidamento rispetto ai comportamenti futuri degli organi dell'Unione[59]. Detta giurisprudenza della Corte di giustizia richiama alla mente, sul versante interno, il dibattito dottrinario relativo all'ammissibilità degli autovincoli legislativi al fine di non frustrare affidamenti ingenerati da normative pregresse, contenenti incentivi volti a spingere i privati a intraprendere attività che altrimenti non avrebbero intrapreso[60] e successivamente modificate dal legislatore

[52] Corte cost., sent n. 349 del 1985; Corte cost., sent. n. 822 del 1988; Corte cost., sent. n. 390 del 1995.
[53] P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano,* cit., 1946.
[54] G. U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime,* in *Dir. pubbl.*, 2/2007, 319.
[55] Al riguardo, con un'ampia rassegna di giurisprudenza M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e tutela del legittimo affidamento,* cit., 62 ss.
[56] Sent. del 23 Ottobre 2003 in C- 265/85 Van den Bergh c. Commissione; Sent. del 8 Luglio 1999 in T- 266/97 Vlaamse Televisione c. Commissione; Sent. del 24 Settembre 1996 in T- 485/93 Dreyfus c. Commissione.
[57] Sent. del 23 Ottobre 2003 in C- 265/85 Van den Bergh c. Commissione; ; Sent. del 24 Settembre 1996 in T- 485/93 Dreyfus c. Commissione.
[58] T- 66/96 e 221/97 Mellet; T- 273/01 Innova Privat.
[59] La sentenza pilota è del 5 Giugno 1973 in C- 81/72 Commissione c. Consiglio.
[60] G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo,* in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia,* I, Milano, 1962, 787; S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive in pejus della normativa pensionistica,* cit., 781.

futuro. Al riguardo, per una parte dei commentatori, si sarebbe dovuto parlare di leggi a stabilità necessaria, la cui modifica doveva escludersi quando avesse determinato una diminuzione dei benefici concessi[61], mentre altra dottrina sembra considerare il legislatore futuro solo temporaneamente vincolato al rispetto delle statuizioni del legislatore passato[62]. Com'è noto, si tratta di tesi che non hanno trovato l'avallo della nostra giurisprudenza costituzionale, anche perché idonee a riconsiderare profondamente i principi che regolano il nostro sistema delle fonti.

Per il vero, l'affidamento generato da un autovincolo non è l'unico modo attraverso il quale nel diritto comunitario emergono affidamenti scaturenti da atti normativi o amministrativi aventi efficacia per il futuro. Infatti, la giurisprudenza europea sembra ammettere che affidamenti possano scaturire dallo stesso atto normativo pregresso successivamente modificato[63].

Quanto sin qui brevemente riportato in ordine alla giurisprudenza comunitaria e costituzionale sembra evidenziare come le due Corti si muovano su binari diversi circa l'estensione e la portata del principio di affidamento. In particolare, gli orientamenti del giudice comunitario che ritengono che questi possa operare quale limite rispetto all'adozione di atti che non spiegano neppure effetti retroattivi impropri sembrano rompere il binomio tra affidamento e situazione giuridica soggettiva consolidata in capo al singolo. Ciò è una riprova della diversa prospettiva da cui la Corte di giustizia guarda all'affidamento e che risente dell'originaria impostazione tedesca di cui si è già riferito. In altre parole, il giudice comunitario sembra sovrapporre le nozioni di affidamento e quella di certezza del diritto, apprestando forme di tutela (che possono essere anche solo risarcitorie) "a chiunque si trovi in una situazione in cui l'amministrazione abbia suscitato fondate speranze"[64] a garanzia più della stabilità e, per l'appunto, della certezza del diritto, piuttosto che della certezza dei diritti rispetto ai quali sia maturato un affidamento legittimo. Emblematica al riguardo quella giurisprudenza che ricostruisce la lesione dell'affidamento in ragione dell'inadeguatezza e dell'incompletezza delle informazioni fornite dalle istituzioni[65].

Si tratta, del resto, di un'impostazione coerente con la ricostruzione comunitaria del principio di affidamento che guarda a quest'ultimo quale uno dei corollari del principio di certezza del diritto di cui sono espressione anche il principio di irretroattività degli atti comunitari[66] e il loro necessario fondamento normativo

Questa diversa prospettiva di cui si è detto sembrerebbe tradire una diversa attenzione del giudice costituzionale interno e comunitario rispetto alla salvaguardia della discrezionalità del legislatore e alla necessità di operare un bilanciamento tra quest'ultima e le ragioni dell'affidamento. Necessità che sul piano interno è pure sottolineata da una parte della dottrina[67], mentre ad un primo e sommario esame le medesime esigenze non sembrano avvertite dal giudice comunitario. In questo, forse, riecheggia la tendenziale commistione tra attività normativa e amministrativa che si registra a livello europeo e la circostanza, di non poco momento, che il giudice di Lussemburgo eserciti tanto le funzioni giurisdizionali amministrative che quelle costituzionali. Caratteristiche, queste, che fanno si che il giudice comunitario guardi all'atto normativo da un'ottica sensibilmente diversa rispetto a quella della Consulta.

Insomma, se la Corte costituzionale nella sua più recente giurisprudenza sembra circoscrivere eccessivamente la portata dell'affidamento, poiché lo rapporta alle sole norme retroattive omettendo il riferimento ai rapporti di durata, di converso il giudice comunitario amplia l'operatività del principio sino a sovrapporlo a quello di certezza del diritto.

5. Leggi di interpretazione autentica e principio di affidamento.

---

[61] P. CARNEVALE, *Il caso delle leggi contenenti clausole di sola abrogazione espressa nella più recente prassi legislativa. Per un tentativo di rimeditazione organica anche alla luce della problematica degli auto vincoli legislativi,* in *Trasformazioni della funzione legislativa,* a cura di F. Modugno, Milano, 1999, I, 48.

[62] A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale e autovincoli legislativi,* Padova, 1997, 153.

[63] Sent del 22 Gennaio 1997 in T- Opel Austria GmbH c. Consiglio.

[64] Sent. del 19 Maggio del 1983 in C- 289/81 Vassilis Mavridis c. Parlamento europeo.

[65] Sent. del 26 Giugno del 1990 in C- 152/88; Sofrimport Sarl c. Commissione; [65] Sent. del 19 Maggio del 1983 in C- 289/81 Vassilis Mavridis c. Parlamento europeo.

[66] Principio che per la Corte di giustizia è derogabile solo qualora dalla lettera, dallo scopo o dallo spirito delle norme che hanno effetto retroattivo risulti che deve essere loro attribuita tale efficacia, ossia quando lo scopo da conseguire giustifichi una deroga al divieto di retroattività. Sul punto, Meiko-Konservenfabrik c/Repubblica federale di Germania, C-224/82; Bavaria NV c/ Bayerischer Brauerbund, C-128/08.

[67] S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive in pejus della normativa pensionistica,* cit., 810 ss.

La questione dell'affidamento quale limite all'operatività di norme retroattive si lega inevitabilmente alle leggi di interpretazione autentica, in quanto ritenute naturalmente retroattive nell'opinione della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie. Prestare un specifica attenzione a queste peculiari tipologie di leggi sotto il profilo dell'affidamento non significa volerne predicare, però, una loro distinzione rispetto alla generalità delle leggi retroattive. Entrambe, infatti, risultano accomunate dalla giustiziabilità sulla base del principio ragionevolezza e degli altri principi costituzionalmente protetti[68], anzi le riflessioni problematiche concernenti il rapporto tra affidamento e leggi retroattive si trasferiscono per intero alle leggi interpretative. Ciò non toglie, però, che si debba prestare loro una specifica attenzione in ragione della singolare attività esegetica che le caratterizza e in considerazione della giurisprudenza sovranazionale, soprattutto della Corte di Strasburgo, che guarda con grande sfavore alle interpretazioni *ope legis*.

Com'è noto, siffatte leggi pongono ulteriori e molteplici problemi sotto differenti e distinti profili, solo per fare alcuni esempi rispetto al principio di separazione dei poteri o in relazione alla vincolatività per il giudice dell'interpretazione fatta propria dal legislatore. Per il vero, si tratta di aspetti maggiormente trattati dalla dottrina rispetto a quello dell'affidamento[69]. Circostanza, questa, facilmente spiegabile se si ha riguardo all'incerta configurazione del principio in parola, quantomeno sino ad una decina di anni fa, e alla sua prudente e non sempre univoca applicazione da parte del giudice delle leggi.

Orbene, si è appena accennato come dette leggi interpretative rappresentino argomento di contrasto ermeneutico tra la nostra Corte costituzionale e il giudice di Strasburgo. In via generale, questi ha più volte ribadito lo sfavore del sistema convenzionale per le leggi retroattive, comunque strutturate[70], sottolineando come l'art. 6 CEDU, nel tutelare i principi dello Stato di diritto, del giusto processo e della parità di armi tra le parti, vieti interferenze legislative con i giudizi in corso. In particolare, la Corte si dimostra particolarmente rigorosa nel rifiutare interventi di interpretazione autentica finalizzati a dirimere contrasti giurisprudenziali ove esistano organi giurisdizionali dotati di funzioni nomofilattiche. L'intervento legislativo diviene ammissibile, quindi, solo quando sia giustificato da "motivi imperativi di interesse generale"[71], ossia quando lo richiedano "ragioni storiche epocali come nel caso della riunificazione tedesca", o quando l'intervento sia prevedibile poiché orientato a ristabilire una volontà normativa univoca nei contenuti sin da principio, ma inizialmente espressa in modo difettoso[72]. La giurisprudenza costituzionale[73] ha più volte fatto riferimento ai "motivi imperativi di interesse generale" quale limite all'ammissibilità della normativa retroattiva di interpretazione autentica dimostrando, almeno in apparenza, di aver recepito l'orientamento della Corte europea[74], ma non sempre ha provveduto ad attribuire alla citata nozione il contenuto e la portata fatti propri dalla giurisprudenza di Strasburgo[75]. In tal modo, la Consulta si è dimostrata certamente più permissiva in ordine all' individuazione dei citati "motivi imperativi di interesse generale" e, più in generale, in ordine all'ammissibilità dell'interpretazione legislativa. Basti pensare a quanto sancito nella sua più recente giurisprudenza, ove il giudice delle leggi conferma come il ricorso all'ermeneusi legislativa possa essere giustificato dallo scopo di "chiarire situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo" in forza di "un dibattito giurisprudenziale irrisolto" o al fine "di ristabilire

---

[68] Come già sostenuto da G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 770 ss.

[69] Sul punto si rinvia alla copiosa dottrina citata in A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2001, 26 ss.

[70] *Ex multis* Maggio e altri c.Italia, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08.

[71] Su cui si rinvia, per un più approfondito esame, a S. FOÀ, *Un conflitto di interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it., 15/2011.

[72] Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c/ Francia nn. 24864/94 e da 34165/96 a 34173/96.

[73] Corte cost. sent. n. 311 del 2009; Corte cost. sent. n. 103 del 2013.

[74] *Ex multis* Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri c/ Francia nn. 24864/94 e da 34165/96 a 34173/96;

[75] Al riguardo è emblematico il caso Agrati e alti c/ Italia, nn. 43549/08, 6107/09, 5087/09; su cui A. RUGGERI, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive di interpretazione autentica, e domani?*, in www.forumcostituzionale.it., 2011, ove l'illustre autore sottolinea come la Corte di Strasburgo abbia nettamente smentito l'indirizzo della Corte costituzionale in materia di leggi interpretative. Infatti, benché la Consulta sostenesse la legittimità della legge rispetto alla Convenzione poiché il legislatore aveva scelto una delle interpretazioni possibili (ossia quella fatta propria dalle parti e dalla P.A.), la Corte EDU ha riscontrato un "evidente" diversità tra l'ermeneusi legislativa e la disposizione interpretata. Detta impostazione chiarisce l'orientamento del giudice di Strasburgo che, diversamente dalla nostra Corte costituzionale, ritiene che in caso di mancata corrispondenza tra disposizione di interpretazione autentica e disposizione interpretata non si possa escludere la natura innovativa della legge e, quindi, il cattivo esercizio della funzione legislativa.

un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore[76]" in modo da tutelare la certezza del diritto e il principio di eguaglianza. Al contempo, la Consulta sottolinea come il ricorso a siffatti interventi normativi non possa essere indiscriminato ma trovi un precipuo limite nel rispetto principio di ragionevolezza, nella coerenza e certezza dell'ordinamento giuridico, nel rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario[77] e nella tutela degli affidamenti legittimi ingenerati in capo ai privati[78].

Invero, è proprio con specifico riferimento al rapporto tra principio di affidamento e leggi interpretative che la distanza tra le posizioni della Corte EDU e della Consulta risulta abbastanza netta. Quest'ultima, come poc'anzi accennato, ha affermato più volte che quando una disposizione è suscettibile di più letture, una di esse può essere adottata dal legislatore come interpretazione autentica senza che possa parlarsi di una lesione del legittimo affidamento. Per il vero, secondo un certo orientamento della Corte, proprio il carattere di oggettiva incertezza circa il significato da attribuire ad uno specifico enunciato normativo giustificherebbe, rendendolo costituzionalmente ammissibile, l'intervento ermeneutico del legislatore attraverso una disposizione retroattiva ispirata a ragionevolezza[79]. In tal caso, la possibile lesione di un affidamento legittimo in capo ai cittadini risulta "attenuata dall'equivocità della legge originaria"[80], se non propriamente esclusa dall'esistenza in sede giurisdizionale di discordi interpretazioni circa il significato da attribuire alla disposizione fatta oggetto dell'intervento di interpretazione autentica[81].

Ragionando in questi termini l'intervento di interpretazione autentica pregiudicherà eventuali affidamenti quando riguardi pregresse disposizioni rispetto alle quali vi sia una pacifica e consolidata interpretazione in sede giurisdizionale; solo rispetto a siffatte interpretazioni potrà parlarsi, infatti, di un'aspettativa in capo ai consociati circa il mantenimento di un determinato trattamento giuridico.

Per di più, volendo seguire il filone giurisprudenziale fin qui citato, in questi casi mancherebbe lo stesso presupposto giustificativo dell'ermeneusi legislativa[82]. Si tratterebbe, piuttosto, di un'ordinaria legge retroattiva mascherata da atto di interpretazione autentica per ragioni di politica legislativa o per un pavido atteggiamento del legislatore restio ad assumersi la responsabilità di un intervento volto semplicemente a correggere la disposizione pregressa, magari perché non correttamente formulata o più condivisa nei suoi contenuti.

Orbene, se si assume quale punto di riferimento la prospettiva sin qui fatta propria, ossia che il legittimo affidamento presupponga una situazione di stabilità idonea a fondare situazioni giuridiche soggettive in capo ai consociati, si potrà notare come la Consulta colga nel segno. Infatti, una situazione normativa gravata da insicurezza non potrà certo costituire il presupposto per invocare un legittimo affidamento. Una legge di interpretazione autentica che intervenga a dirimere un effettivo contrasto ermeneutico non lederà alcun affidamento, posto che quest'ultimo non può maturare sulla base di una normativa di incerta interpretazione da parte degli organi giurisdizionali. Normativa che, in quanto controversa, non attribuisce alcuna posizione di vantaggio nei confronti del legislatore interprete.

Piuttosto, l'atto di interpretazione autentica, in quanto volto a dirimere il contrasto esegetico, sarà teso a ripristinare la certezza del diritto[83], a sua volta condizione affinché in futuro possano consolidarsi posizioni giuridiche rispetto alle quali invocare il sorgere di affidamenti legittimi. Per il vero, la dottrina più attenta a queste problematiche sottolinea come l'interpretazione fornita dal legislatore debba assumere i tratti della plausibilità[84], pena il rischio di adottare un'interpretazione non ragionevolmente prevedibile dal cittadino e come tale lesiva dell'affidamento. Al

[76] Corte cost., sent. 311 del 2009; Corte cost., sent. n. 103 del 2013.
[77] Corte cost. Sent. n. 209 del 2010; Corte cost., sent. n. 103 del 2013.
[78] *Ex multis* Corte cost., sent. n. 103 del 2013.
[79] A. ANZON, *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Atti del seminario di Roma del 5 Ottobre 2000 a cura di A. Anzon, Torino, 5 ss.
[80] *Ex multis* Corte cost., sentt. n. 170 del 2008, n. 15 del 2012.
[81] Corte cost., sent. n. 299 del 1999.
[82] Invero, non mancano sentenze della Corte costituzionale che giustificano il ricorso alla legge di interpretazione pur in assenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alla disposizione pregressa oggetto di ermeneusi da parte del legislatore; Cfr. Corte cost., sentt. n. 74 e 170 del 2008; Corte cost., sent. n. 71 del 2010.
[83] P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano,* cit 1947.
[84] P. 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 della salvaguardia dell'interpretazione <<plausibile>>,* in *Giur. it.,* 2001, 2420 ss.

riguardo, è di immediata evidenza, però, come non risulti del tutto agevole verificare che l'interpretazione assunta dal legislatore possieda i tratti della predetta plausibilità[85].

La Corte europea dei diritti dell'uomo, invece, guarda al rapporto tra affidamento e leggi di interpretazione da una prospettiva significativamente diversa; ossia nella prospettiva dell'interferenza nei riguardi dell'esercizio della funzione giurisdizionale[86] con la conseguente lesione dei principi dello stato di diritto, dell'equo processo e della parità delle parti e, quindi, delle ricadute che detta lesione acquista, tra l'altro, in termini di violazione di affidamenti legittimi. In altre parole, le leggi interpretative, al pari di diverse tipologie di leggi-provvedimento, ingerendosi nell'esercizio della funzione giurisdizionale e pregiudicando i principi dello Stato di diritto violerebbero, tra l'alto, l'affidamento del cittadino. È appena il caso di notare che si tratta di una prospettiva che guarda alle ricadute processuali della pretesa lesione e al giudicato come fondamento di una determinata interpretazione idonea a generare affidamenti in capo ai cittadini. Ma, invero, anche in questo caso si può parlare, forse, di una sovrapposizione di concetti da parte del giudice sovranazionale, ossia di una commistione tra certezza del diritto e affidamento. Infatti, ritenere che il giudicato, consacrando una determinata interpretazione, possa far sorgere in capo ai destinatari della stessa un affidamento in ordine alla sua irretrattabilità da parte del legislatore, significa confondere il principio di affidamento con quello della certezza del diritto[87]. Si tratta di una prospettiva non estranea neppure alla nostra Corte costituzionale che in alcune pronunzie ha accostato il principio di affidamento e il giudicato ritenendo lesiva del primo una successiva ermeneusi legislativa che "sconfessasse" quest'ultimo[88]. Inoltre, l'idea che la legge di interpretazione autentica possa incidere sul diritto di difesa e sulle attribuzioni costituzionali della giurisdizione, come sovente sostenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sposta il centro dell'attenzione dai profili propriamente interpretativi a quelli concernenti il piano processuale e il rispetto della separazione dei poteri. Tematica, questa, non di poco momento rispetto all'ermeneusi legislativa ma che non rileva in termini di rispetto del principio di cui si discute.

Per di più, è appena il caso di sottolineare come affidamenti legittimi possano sorgere anche a fronte di un'interpretazione adottata dalla P.A. e come leggi di interpretazione autentica possano essere emanate al fine di contrastare interpretazioni fatte proprie dall'amministrazione[89], circostanze che il citato orientamento della Corte EDU nel fare riferimento ai principi dell'equo processo di cui all'art. 6 della CEDU sembra non tenere in debito conto.

Ciò detto, probabilmente cogliere nel segno quella dottrina che sottolinea come la prospettiva del giudice convenzionale sia influenzata dalla più ampia nozione del concetto di legge da questi accolto che ricomprende tanto gli atti normativi quanto il diritto di matrice giurisprudenziale[90]. In definitiva, anche in questo caso, la diversa prospettiva accolta a livello sovranazionale rispetto a quella interna è dovuta ad un fattore per così dire originario, ossia il diverso modo di intendere la legge e i suoi rapporti con il potere giurisdizionale, il che può rendere particolarmente difficoltoso ricomporre la distanza tra le Corti.

6. Il principio di affidamento quale possibile limite all'impiego di leggi-provvedimento incidenti su rapporti di durata.

Sino a questo momento si è affrontata la tematica dell'affidamento con esclusivo riferimento all'attività legislativa di segno retroattivo, coerentemente con il prevalente indirizzo della giurisprudenza costituzionale e della

[85] A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici.* cit., 281.
[86] F. BILANCIA, *Leggi retroattive e 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*, in *Giur. cost.*, 6/2012, 4235.
[87] P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento… cerca casa*, cit. 20; M. GIGANTE, *Legge di interpretazione autentica, principio di intangibilità del giudicato e tutela del legittimo affidamento nella sentenza della Corte costituzionale n. 209 del 2010*, in *Riv. giur. ed.*, 4/2010, II, 217, che sottolinea come l'art. 2909 c.c., più che essere ispirato al principio della separazione dei poteri, sia espressione del principio di certezza del diritto cui inevitabilmente si ricollega l'irretrattabilità del giudicato.
[88] Cfr. Corte cost., sent. n. 209 del 2010,; Corte cost., sentt. n. 267 e 364 del 2007.
[89] P. CARNEVALE-G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinnanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in www.costituzionalismo.it., 1/2014.
[90] M. MASSA, *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze interpretative tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*, in *Giur. cost.*, 1/2012, 169.

dottrina che hanno avuto modo di occuparsi del principio in parola prevalentemente in questa prospettiva. Per il vero, si è già menzionata la preoccupante tendenza della Corte che, nella sua giurisprudenza più recente, ha smesso di fare riferimento all'affidamento quale limite a modifiche peggiorative di rapporti di durata con effetto *pro futuro*. Se si trattasse di un orientamento volto a consolidarsi avrebbe quale conseguenza quella di limitare eccessivamente la portata del principio in parola escludendone l'applicazione a casi in cui l'aspettativa in ordine al mantenimento di una determinata disciplina legislativa si radica sull'esistenza di situazioni giuridiche soggettive ormai consolidatesi e quindi meritevoli di tutela in termini di legittimo affidamento.

Tra i molteplici casi che vengono in rilievo e che non è possibile esaminare in questa sede, vi è quello di alcune tipologie di leggi-provvedimento[91]. Si tratta di una categoria tutt'altro che unitaria al cui interno si annoverano molteplici atti normativi variamente denominati (leggi concrete, singolari, esecutive, di approvazione, di autorizzazione etc.), nonché, come già accennato, le stesse leggi di interpretazione autentica, quantomeno quando non abbiano un contenuto generale e astratto. Com'è noto, il tratto comune di queste diverse tipologie di leggi è dato dall'avere un contenuto tipicamente provvedi mentale, ossia puntuale e concreto pur rivestendo la forma tipica della legge.

È appena il caso di rammentare come il dibattito tradizionale circa l'ammissibilità costituzionale di tali atti legislativi si sia concentrato sulla sussistenza o meno di una riserva di amministrazione o di atto amministrativo all'interno del nostro ordinamento costituzionale[92] e, quindi, sulla compatibilità tra la c.d. amministrazione per legge[93] e il principio di separazione dei poteri.

Inoltre, sempre sul versante della divisione dei poteri, nell'accezione, però, dell'irrinunciabilità della protezione effettiva dei diritti davanti all'autorità giudiziaria si collocano le riflessioni volte a verificare la compatibilità delle leggi-provvedimento con gli artt. 24 e 113 Cost. Ci si riferisce all'interferenza che le leggi-provvedimento possono determinare rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale, soprattutto se intervengono a legificare, come sovente avviene, provvedimenti amministrativi *sub judice* o rispetto ai quali sia intervenuto il giudicato amministrativo. Si tratta di problematiche tutt'ora dibattute in dottrina e sovente affrontate dalla giurisprudenza costituzionale. Nello specifico, quest'ultima ritiene ammissibili le leggi in parola tanto in relazione alla tutela dei singoli, che si trasferisce dal giudice amministrativo a quello costituzionale, quanto in riferimento al rispetto della separazione dei poteri[94] ma con il limite rappresentato, per l'appunto, dall'esercizio della funzione giurisdizionale in relazione alla decisione delle cause in corso[95]. Al contempo, il giudice delle leggi sottopone questi atti normativi ad uno stretto scrutinio di costituzionalità sia sotto il profilo della non arbitrarietà che dell'irragionevolezza della scelta del legislatore[96].

Ciò detto, ai fini di questa trattazione, invece, rileva esaminare l'ammissibilità delle leggi-provvedimento rispetto al principio di affidamento, beninteso in relazione a quelle tipologie di leggi dal contenuto provvedimentale che per le loro caratteristiche concrete possano arrecare un *vulnus* al principio di cui si discute. A questo proposito occorre tener presente che, nella variegata rassegna delle leggi-provvedimento, vi sono quelle definite provvedimentali perché, lungi dal caratterizzarsi per la generalità e l'astrattezza, sono sostanzialmente assimilabili ad un provvedimento amministrativo in ragione dei soggetti determinati a cui si indirizzano e della concretezza del loro contenuto.

---

[91] La letteratura sulle leggi-provvedimento è alquanto vasta, senza alcuna pretesa di esaustività C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 4 ss; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità,* Bologna, 2001, 19 ss, ove l'autore si esprime con accenti fortemente critici nei confronti del fenomeno delle leggi-provvedimento, che sono ritenute una spia del cattivo funzionamento o della degenerazione della forma di governo parlamentare. Questa autorevole dottrina suggerisce, quindi, il ritorno ad un più rigoroso rispetto del principio di separazione dei poteri onde contrastare il fenomeno del governo per legge; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, 4 ss.; G. U. RESCIGNO, *leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime,* in *Dir. pubbl.,* 2007, 319 ss ; ID, *Variazioni sulle leggi-provvedimento(o meglio sulle leggi al posto di provvedimento)*, a commento di Corte cost., 11 Luglio 2008, n. 271, in *Giur. cost.,* 2008, 3070 ss.; ID, *Variazioni sulle leggi provvedimento (o meglio sulle leggi al posto di provvedimento) sperando che la Corte cambi opinione*, a commento di Corte cost., 2 Luglio 2008, n. 241, in *Giur. cost.,* 2008, 2850; R. DICKMAN, *La Corte costituzionale chiarisce la propria giurisprudenza in materia di leggi di approvazione di provvedimenti amministrativi,* in *Foro amm., C.d.S.,* 2008, 2920 ss.; S. GIULIANO, *Riflessione sulla problematica delle leggi-provvedimento (in margine alla sent. n. 20 del 2012).*

[92] G. U. RESCIGNO, *leggi provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi provvedimento costituzionalmente illegittime,* cit., 319 ss.

[93] L'espressione è di S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., 4 ss.

[94] Corte cost., sent. n. 195 del 1995; Corte cost., sent. n. 267 del 2007.

[95] Corte cost., sent. n. 492 del 1995; Corte cost.,sent. n. 346 del 1991.

[96] *Ex multis* Corte cost., sent. n. 241 del 2008; In ordine allo scrutinio stretto di ragionevolezza operato dalla Consulta A. PORPORATO, *Sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi-provvedimento : il controllo stretto di ragionevolezza*, in *Giust. Civ.,* 2005, I, 539 ss.

Applicando la nota classificazione di Mortati[97], queste possono essere ricondotte alle leggi-provvedimento c.d. innovative perché modificano una disciplina preesistente, ad esempio estendendo un determinato beneficio ad una categoria di soggetti sino ad allora esclusa, compiendo un'attività che sarebbe preclusa alla P. A., attraverso un atto legislativo di segno puntuale e concreto.

Vi sono poi quelle leggi-provvedimento che si caratterizzano, invece, per la sovrapposizione tra atto normativo e atto amministrativo, il che può verificarsi secondo diversi modelli di relazione in ragione del momento in cui la legge intervenga a legificare il provvedimento[98]. In particolare, si possono individuare fattispecie in cui l'atto normativo, statale o regionale, interviene ad approvare il provvedimento amministrativo adottato a seguito di un normale procedimento. In queste ipotesi, non rilevano profili di affidamento poiché, trattandosi di un atto amministrativo approvato con legge subito dopo la sua adozione da parte dalla P.A., non si potranno configurare posizioni di vantaggio in capo al singolo. Semmai, problemi di tutela si porranno in riferimento alla possibilità per i privati di far valere eventuali vizi del procedimento, facoltà che rimane esclusa, con evidenti deficit di tutela, qualora si ammetta la loro sanatoria da parte della legge di approvazione[99].

Altre volte l'atto normativo interviene a legificare un provvedimento amministrativo impugnato in sede giurisdizionale o rispetto al quale sia intervenuto il giudicato. In disparte dei profili attinenti alla violazione della separazione dei poteri cui si è già accennato, neppure in siffatta evenienza potrà parlarsi di lesione del principio di affidamento da parte del legislatore. Infatti, nel caso di provvedimento *sub judice* si tratterà, evidentemente, di un rapporto controverso privo di quei caratteri di stabilità idonei a far ritenere che l'intervento del legislatore incida in senso sfavorevole e con effetti per il futuro nei confronti di una situazione pregressa ormai consolidata. Neppure potrà parlarsi di violazione della certezza del diritto, poiché il provvedimento legificato verrà sottratto al sindacato del giudice amministrativo per essere comunque sottoposto a quello della Consulta, per il vero con tutte le incertezze tutt'ora presenti in dottrina circa l'equivalenza della tutela offerta dalla Corte rispetto al sindacato del giudice comune.

Parimenti, anche quando la legge incida su un provvedimento rispetto al quale sia intervenuto il giudicato, magari disponendone la riviviscenza, il tentativo del legislatore di far venir meno il giudicato, oltre a stridere ancor più vistosamente con la divisione dei poteri, mina la certezza del diritto. Del resto, si è già evidenziata la funzione di garantire la certezza del diritto che è propria del giudicato. Sicché di lesione dell'affidamento potrà parlarsi solo in senso generico o atecnico. Non è un caso, infatti, che l'orientamento della Corte sia abbastanza univoco nel ritenere che leggi-provvedimento di tal segno interferiscano con l'esercizio della funzione giurisdizionale che è volta, del resto, a garantire proprio la certezza del diritto.

Ben diverso il caso di quelli leggi che modifichino in senso sfavorevole il contenuto di un determinato provvedimento amministrativo o, addirittura, procedano alla sua revoca[100], magari dopo un considerevole numero di anni, pregiudicando, così, affidamenti determinati dall'avvenuta stabilizzazione di una determinata situazione di vantaggio di cui il singolo risulti titolare. In questi casi, il legislatore è solito ricorrere all'atto normativo per porre in essere un comportamento che sul versante amministrativo rischierebbe di essere censurato dal giudice, a tacer d'altro, proprio perché potenzialmente in contrasto con il principio di affidamento inteso quale limite all'esercizio dei poteri di autotutela della P.A.

Orbene, ammettere l'operatività dell'affidamento nei confronti dell'attività legislativa in relazione ai rapporti di durata consente, prima di tutto, di poter invocare detto principio in relazione a queste specifiche tipologie di leggi-provvedimento. In tal modo, il principio di cui si tratta potrebbe rappresentare un ulteriore parametro alla stregua del

---

[97] C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, cit., 47. il quale distingue le leggi-provvedimento innovative da quelle esecutive che determinano l'integrale sostituzione del legislatore alla p.a., con conseguente venir meno delle garanzie riconosciute al cittadino avverso gli atti amministrativi. Proprio in ragione della citata sostituzione, queste si ritengono auto applicative poiché non necessitando di alcuna attuazione da parte della p.a. Per il vero, si tratta della categoria di leggi provvedimento maggiormente sospettata di incostituzionalità da una parte della dottrina.

[98] Sull'ammissibilità della sostituzione della legge al provvedimento amministrativo Corte cost., sentt. nn. 94 e 137 del 2008, con commento di M. MACCHIA, *Il procedimento di formazione delle leggi-provvedimento,* in *Giorn. Dir. amm.,* 2010, 379 ss.

[99] Su queste problematiche si sofferma diffusamente l'approfondito saggio di F. CINTIOLI, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge provvedimento e "valore di legge",* in *Dir. proc. amm.,* 2001, 115 ss.

[100] Cfr. Tar Lazio, sez. I, ord. n. 830 del 23 Marzo 2007.

quale sindacarne la legittimità costituzionale, beninteso assieme alla ragionevolezza e alla razionalità dell'intervento del legislatore come già previsto dalla giurisprudenza costituzionale.

Ciò detto, occorre evidenziare come la tutela del legittimo affidamento dei cittadini avverso le suddette leggi-provvedimento si incroci inevitabilmente con la giurisprudenza comunitaria in materia che guarda a simili fenomeni con particolare sfavore. In particolare, bisogna tener conto dei più recenti orientamenti della Corte di Giustizia in materia di tecniche di tutela avverso leggi in luogo di provvedimento. Recentemente, quest'ultima si è interrogata sulla possibilità che anche le leggi-provvedimento che richiamino o convalidino atti amministrativi siano soggette alle regole previste dall'ordinamento europeo per l'adozione dei predetti atti provvedimentali, in specie sotto il profilo della partecipazione, dell'istruttoria e della motivazione. Al riguardo ha chiarito che qualora un progetto rientrante nell'ambito di applicazione di tali disposizioni sia adottato mediante un atto legislativo, la verifica del rispetto, da parte di quest'ultimo, delle garanzie previste dalla normativa europea deve poter essere sottoposta, in base alle norme nazionali, ad un organo giurisdizionale o ad un organo indipendente e imparziale istituito dalla legge. Ma, qualora contro un simile atto non sia esperibile alcun ricorso della natura e della portata sopra rammentate, spetterebbe ad ogni organo giurisdizionale nazionale adito nell'ambito della sua competenza esercitare il controllo e trarne le eventuali conseguenze, disapplicando tale atto legislativo[101].

Si tratta di un ragionamento ermeneutico che, almeno in astratto, potrebbe essere applicato anche a quelle leggi-provvedimento, che emanate in materie di competenza comunitaria, si pongano in contrasto con il principio di affidamento e quindi violino la normativa nazionale ed europea. In tal caso, qualora il giudizio esercitato dalla Consulta sull'atto normativo adottato in luogo di quello amministrativo non sia ritenuto sufficiente a garantire gli *standards* di tutela richiesti dal giudice comunitario potrebbe profilarsi un generale potere di disapplicazione in capo al giudice comune della legge-provvedimento lesiva dell'affidamento.

Che non si tratti di un'ipotesi peregrina è dimostrato dal fatto che, nel caso deciso dalla Corte di giustizia, l'intenzione del legislatore Vallone era stata proprio quella di sottrarre determinate autorizzazioni e le concessioni alla disciplina nazionale attuativa del diritto U.E. attraverso la loro approvazione ad opera dell'atto legislativo in modo da evitare il sindacato del *Conseil d'Etat* e lasciare l'atto normativo soggetto al solo controllo della Corte costituzionale, evidentemente ritenuto meno garantista dal giudice europeo[102]. A prescindere da qualsiasi valutazione comparativa riferita al nostro ordinamento in ordine alla maggiore o minore garanzia rappresentata dal sindacato della nostra Corte costituzionale rispetto a quello del giudice amministrativo, in questa sede è utile rilevare solamente come accogliere l'orientamento del giudice europeo significherebbe accentuare gli elementi di diffusione del nostro sistema di giustizia costituzionale. Infatti, la possibilità di disapplicare le leggi-provvedimento si aggiungerebbe alla disapplicazione delle norme statali in contrasto con quelle comunitarie *self-executing* e all'istituto dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

Inoltre, è appena il caso di notare come la Corte di giustizia, imponendo alla legge emanata in luogo del provvedimento di rispettare determinate procedure e garanzie partecipative, nonché di giustificare, attraverso la motivazione, il ricorso all'atto normativo, tende a realizzare una certa sovrapposizione tra il regime dell'atto esecutivo e quello della legge, avvicinando quest'ultima al primo. Circostanza che non può non destare delle perplessità. Il giudice comunitario, infatti, ancora una volta, forse, perché abituato all'incerta distinzione tra atto normativo e atto amministrativo che si registra nell'ordinamento europeo, sembra non tenere in debito conto le peculiarità dell'atto legislativo rispetto all'atto espressione di potere esecutivo richiedendo al primo il rispetto di istituti e procedure di coinvolgimento del privato che, negli ordinamenti nazionali assimilabili al nostro, sono riconosciuti esclusivamente con riguardo all'attività amministrativa. Questa impostazione fatica ad essere accettata se si valuta la legge quale prodotto di un organo democraticamente eletto, espressione del principio di democraticità e volta a perseguire interessi generali, secondo l'impostazione tipica degli ordinamenti continentali.

---

[101] Sent. del 18 Ottobre 2011, da C-128/2009 a C-131/2009 e C-134/2009 e C-135/2009, Boxus e altri; Sent. del 16 Febbraio 2012, in C-182/2010, Solvay e altri.

[102] Per la ricostruzione della vicenda si rinvia al breve commento di M. MASSA, *Legge- provvedimento come provvedimento (o quasi)*, in www.dirittiregionali.org .

Insomma, se il consolidamento del principio di affidamento e una sua più rigorosa applicazione ad opera della Consulta può essere un utile al fine di sindacare alcune tipologie di leggi-provvedimento, la tecnica di tutela adombrata dalla Corte di giustizia, così come la sovrapposizione tra legge e provvedimento da questa operata, non persuadono.

7. Il complesso bilanciamento tra la discrezionalità del legislatore e la salvaguardia dell'affidamento e la diversa prospettiva delle Corti alla luce del principio democratico.

Con questo studio si è scelto di affrontare alcune delle problematiche relative al rapporto tra attività legislativa e affidamento attraverso il filo conduttore della distinzione tra quest'ultimo e la certezza del diritto. In tal modo, si è voluto evidenziare come, se opportunamente circoscritto e tecnicamente individuato, il principio in parola, lungi dal presentarsi semplicemente come statico e conservativo, possa rappresentare uno strumento di governo della trasformazione e una garanzia effettiva in relazione alla salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive consolidate in capo al cittadino. Situazioni che il legislatore non può non prendere in considerazione. In questo modo, l'affidamento diviene un limite alla stessa discrezionalità di quest'ultimo. Si pone però il problema, di non facile soluzione, di stabilire entro che termini l'affidamento possa incidere sull'esercizio di detta discrezionalità e sulle esigenze di interesse pubblico che giustifichino la necessita di introdurre discipline che vadano ad intaccare posizioni pregresse.

Invero, si tratta di una questione che per trovare una soluzione soddisfacente richiederebbe, in via preliminare, una più compiuta ricostruzione dei contorni del principio di affidamento nel nostro ordinamento, nonché del suo ambito di operatività. Come si è cercato di evidenziare, la nostra Corte costituzionale si è fatta carico di portare avanti un processo di progressiva emersione del principio in parola sganciandolo da una sua esclusiva applicazione alla sola attività amministrativa per proiettarne la valenza garantista anche nei riguardi del legislatore. Si tratta di un processo tutt'ora *in fieri* e ben lungi dall'aver raggiunto degli approdi definitivi come dimostrano, del resto, le numerose oscillazioni della giurisprudenza costituzionale che, tutt'ora, sembra avere alcune difficoltà nell' isolare una nozione ben precisa e per così dire "tecnica di affidamento, separata dai più generali profili attinenti alla certezza del diritto e alla stabilità dei rapporti giuridici, in quanto collegata alla protezione di specifiche situazioni giuridiche soggettive maturate dai consociati.

Per di più, come si è già evidenziato, lo stesso ambito di operatività dell'affidamento è tutt'ora gravido di incertezze. Si è già detto, infatti, come la giurisprudenza abbia progressivamente costruito l'affidamento quale limite alla retroattività delle leggi ridimensionando il riferimento ai rapporti di durata quale campo di applicazione del principio di cui si discute. Di converso, proprio il più recente arresto giurisprudenziale della Consulta[103] riconosce la sussistenza di un affidamento legittimo non quale limite all'operatività di disposizioni di segno retroattivo, ma quale conseguenza del fluire del tempo che ha determinato il consolidarsi di una posizione di vantaggio in capo al singolo. Posizione che una modifica di segno negativo, per quanto solo *pro futuro*, potrebbe ledere frustrando l'affidamento ingenerato nel cittadino in ordine alla stabilità del rapporto di durata in questione. Nel caso di specie, si trattava di una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla sezione centrale d'appello della Corte dei Conti nei riguardi dell'art. 204 del DPR n. 1092 del 29 Dicembre del 1973 (Approvazione del testo unico delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato) nella parte in cui non consente la revoca o la modifica del provvedimento definitivo di liquidazione del trattamento pensionistico anche nei casi di errore di diritto. Il parametro invocato dal rimettente era rappresentato dagli artt. 3, 36, comma 1, 38, comma 2, e 97 della Costituzione. Lungi dal volersi soffermare nel dettaglio sul corredo motivazionale della Corte, in questa sede è sufficiente sottolineare come questa abbia chiarito che l'esclusione dell'errore di diritto nel calcolo della liquidazione pensionistica dalle cause giustificatrici della sua revoca o modifica non solo non risulti irrazionale ed arbitraria rispetto alla disciplina del citato art. 204, ma sia funzionale alla salvaguardia dell'affidamento del cittadino che ha ormai fatto agio sulla definitività del trattamento di quiescenza. Infatti, per la Corte il principio di cui trattasi non risulta compromesso nelle diverse ipotesi di errore di fatto o di calcolo

[103] Corte cost., sent. n. 208 del 2014.

previste dall'art. 204, in quanto si tratta di fattispecie di immediata rilevabilità e quindi inidonei a far sorgere un affidamento legittimo. Invece, risulta ben diverso il caso dell'errore di diritto la cui percezione non gode della medesima immediatezza rispetto ad un errore di fatto o di calcolo. Per cui, la sua rilevabilità tra le cause di revoca o modifica della pensione "entrerebbe[…] più facilmente in contrasto con il convincimento indotto nel pensionato dalla già intervenuta applicazione, in senso diverso e per lui più favorevole, della norma oggetto di interpretazione".

È appena il caso di notare come in questa controversia non solo la Consulta non adoperi il principio di affidamento per censurare una disposizione retroattiva, ma lo impieghi per reagire alla prospettata irragionevolezza della disciplina sospettata di illegittimità costituzionale dal giudice rimettente. Tra l'altro, senza che la salvaguardia del principio in parola fosse stata invocata dalla difesa erariale. Insomma, una circostanza che sembra dimostrare la volontà della Corte di proseguire il processo di progressiva emersione dell'affidamento ampliandone la portata, nonché il suo impiego nell'ambito della propria giurisprudenza.

Ciò detto, la tecnica argomentativa attraverso cui la Corte valuta l'esistenza di un affidamento legittimo risulta tutt'ora ad uno stato, per così dire, embrionale e necessità di essere raffinata. Nello specifico, la Corte dovrebbe valorizzare tutta una serie di elementi dalla cui analisi desumere l'effettiva esistenza di un *vulnus* al suddetto principio, specie se ad opera di una norma retroattiva. Si tratta, in particolare, del grado di maturazione dell'aspettativa generata nel singolo, del grado di meritevolezza dell'affidamento, della gravità e definitività del pregiudizio apportato alle posizioni individuali e delle eventuali cause di esclusione della legittimità dell'affidamento, nonché della proporzionalità dell'intervento legislativo[104]. Attraverso l'analisi di questi elementi la Consulta potrebbe valutare, più agevolmente di quanto faccia attualmente, la ragionevolezza del ricorso ad una norma che comprima l'affidamento e svolgere un giudizio di comparazione tra l'interesse pubblico perseguito dal legislatore e la posizione soggettiva del cittadino. Insomma, la Corte dovrà bilanciare la discrezionalità del legislatore e la posizione del singolo[105], senza che l'affidamento, soprattutto quando si tratti di retroattività impropria, possa rappresentare un limite assoluto alla modifica *in pejus* della normativa pregressa.

Del resto, nei casi in cui il bilanciamento dovesse risolversi in termini favorevoli per il legislatore potrebbe anche ipotizzarsi un indennizzo volto a compensare il sacrifico dell'principio di cui si tratta quando sia imposto da esigenze inderogabili o da interessi pubblici prevalenti, a seconda della formula che si ritenga più appropriata.

Per il vero, stante l'obiettiva difficoltà di siffatto bilanciamento e pur riconoscendo che quest'ultimo debba svolgersi in concreto, ossia avendo riguardo alle peculiarità del caso esaminato, spetterà alla dottrina e alla giurisprudenza costituzionale elaborare, per così dire, dei casi sintomatici in cui il principio di affidamento ingenerato nel privato, debba soccombere o viceversa prevalere di fronte alle ragioni della discrezionalità del legislatore, ciò onde evitare il proliferare di una giurisprudenza eccessivamente ondivaga in una materia di tale rilievo. Non è questa la sede per operare una simile sistematizzazione ma, a titolo puramente esemplificativo, può farsi riferimento a quelle leggi di incentivazione che, in vario modo, inducano il privato a porre in essere un'attività altrimenti sgradita o considerata non sufficientemente conveniente. In casi siffatti, in cui il privato si sia attivato su impulso del legislatore, eventuali interventi normativi che incidano sull'attività di incentivazione frustrando la fiducia riposta dal privato dovrebbero considerarsi recessivi rispetto alla necessità di garantire l'affidamento. Infatti, in una simile evenienza la discrezionalità del legislatore potrebbe subire delle limitazioni in ragione della circostanza che l'attività è stata intrapresa dal privato su stimolo del legislatore e per il solo fatto di aver confidato sull'incentivo o su una specifica agevolazione. Insomma, la circostanza rappresentata dall'esistenza di un nesso eziologico tra l'incentivo e l'agire del privato potrebbero rendere recessive le ragioni del legislatore rispetto alla salvaguardia dell'affidamento da questi ingenerato; si tratterebbe di un affidamento, per cosi dire, rafforzato dalla sussistenza del predetto nesso di causalità.

Ciò detto, e ribadita l'incertezza e la discontinuità che ancora caratterizza la giurisprudenza costituzionale, non si può non sottolineare la diversa prospettiva adottata dal giudice comunitario rispetto a quella che si è qui suggerita.

---

[104] D. U. GALLETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria,* cit., 1909 ss.

[105] Parla di bilanciamento quale "elemento costitutivo" dell'affidamento, in ragione della circostanza che alla tutela di quest'ultimo si possa giungere quasi sempre attraverso un "processo di bilanciamento tra interesse pubblico e posizione privata" M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione,* cit., 409.

Quest'ultimo, infatti, risulta meno sensibile alle esigenze di salvaguardia della discrezionalità del legislatore e più incline ad accogliere una nozione ampia di affidamento che si sovrappone a quella di certezza del diritto. Parimenti, come già detto, anche la Corte di Strasburgo sembra interpretare il principio in parola in modo estensivo agganciandolo alla garanzia della certezza della tutela giurisdizionale e ai principi dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU. In tal modo, si guarda alla lesione dell'affidamento alla stregua delle sue ricadute processuali e dei rapporti tra quest'ultimo e la garanzia dell'intangibilità del giudicato realizzando, anche in questo caso, una sovrapposizione tra legittimo affidamento e certezza del diritto. Ma, quel che rileva maggiormente in termini di criticità nei rapporti tra le Corti non è tanto la diversa ampiezza del principio di cui si discute, posto che anche il nostro giudice costituzionale alle volte ha dimostrato di non avere le idee molto chiare al riguardo, quanto il diverso modo di intendere la legge che viene vagliata alla stregua di un qualsiasi atto del pubblico potere, con un significativo avvicinamento tra atto normativo e provvedimento amministrativo. Emblematico l'orientamento della Corte di giustizia in tema di sindacato sulle leggi provvedimento, su cui si ci è precedentemente soffermati. In definitiva, tanto a Strasburgo quanto in Lussemburgo, la formazione della legge ad opera dell'organo rappresentativo della volontà popolare recede di fronte alla sua considerazione di atto del pubblico potere[106] con evidenti tensioni rispetto al principio democratico.

[106] C. PINELLI., *Diritto pubblico: costituzionalisti e amministrativisti a confronto,* in *www.rivistaaic.it.*

GRUPPO
DI
PISA
DIBATTITO APERTO SUL DIRITTO
E LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE