



Rivista N°: 3/2018  
DATA PUBBLICAZIONE: 30/07/2018

AUTORE: Federico Pani\*

## PRIME NOTE PER UNO STUDIO SUL PRINCIPIO DI LEGITTIMO AFFIDAMENTO NEL DIRITTO PUBBLICO: UNA NUOVA FRONTIERA PER L'IPOTESI DI MUTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IMPREVEDIBILI?

*Sommario: 1. Il legittimo affidamento nel diritto pubblico: profili definitivi. – 2. Cenni sul rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino. – 3. Il legittimo affidamento nei confronti del legislatore. – 4. Il fenomeno della retroattività legislativa. – 5. Il principio di legittimo affidamento come limite alle leggi retroattive nella dottrina italiana. – 6. Il principio di legittimo affidamento come limite alle leggi retroattive nella giurisprudenza costituzionale. – 7. Il principio di legittimo affidamento come limite alle leggi retroattive nella giurisprudenza della Corte EDU. – 8. Il diverso peso della giurisprudenza consolidata nella perimetrazione del legittimo affidamento tra Roma e Strasburgo. – 9. Osservazioni sulla rilevanza della giurisprudenza consolidata nella costruzione del legittimo affidamento. – 10. Una nuova frontiera: la tutela dell'affidamento di fronte ai mutamenti giurisprudenziali imprevedibili nella giurisprudenza europea. – 11. La tutela dell'affidamento di fronte ai mutamenti giurisprudenziali imprevedibili nell'ordinamento interno. – 12. Osservazioni conclusive sulla tutela del principio di affidamento in caso di mutamenti giurisprudenziali imprevedibili.*

### 1. Il legittimo affidamento nel diritto pubblico: profili definitivi

Il concetto di legittimo affidamento non è certo un portato recente dell'esperienza giuridica, presentandosi come un tema centrale negli studi di diritto civile, sia con riguardo alla teoria del negozio<sup>1</sup> che alla tematica trasversale dell'*apparentia iuris*<sup>2</sup>. In ambito giuspubblicistico, tuttavia, questo si è fatto strada soltanto in tempi recenti<sup>3</sup>.

\* Dottorando in Scienze giuridiche, Università di Perugia.

<sup>1</sup>La bibliografia, sul punto, è davvero sconfinata. Per uno studio che si concentra specificamente sul rapporto tra affidamento e negozio giuridico si veda V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, CEDAM, 1990. Una disamina più succinta, ma non meno brillante, è quella di R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, Giuffrè, 1958, 661 ss. Affronta la tematica anche in una prospettiva comparatistica G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, Jovene, 1995.

<sup>2</sup> Cfr., almeno, A. FALZEA, voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958, 682 ss.; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1973; R. SACCO, voce *Apparenza*, in *Dig. disc. priv.*, Padova, CEDAM, 1987.

<sup>3</sup> Il principio di legittimo affidamento si afferma in Germania, e segnatamente nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sul finire degli anni '50, per poi essere ripreso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana soltanto nel 1985 (sentenza n. 349). Il primo studio monografico in tema di affidamento da parte della dottrina italiana risale tuttavia al 1970: alludiamo al celeberrimo studio di F. MERUSI, *L'affidamento del citta-*

Spesso il principio di legittimo affidamento viene associato a quello di certezza del diritto. In effetti, non v'è dubbio alcuno che tali principi risultano «assiologicamente connessi e tendono sovente a sovrapporsi praticamente»<sup>4</sup>, finendo per dar luogo a «una sorta di endiadi»<sup>5</sup>. La connessione è tale che l'un principio (quello di affidamento) potrebbe essere inquadrato come un semplice corollario dell'altro (la certezza del diritto), inteso in senso soggettivo<sup>6</sup>. L'inquadramento dell'affidamento in termini di certezza in senso soggettivo, seppure indubbiamente apprezzabile, rischia tuttavia di nascondere delle differenze che, invece, la dottrina ha ormai enucleato con chiarezza.

Invero, il principio di certezza del diritto costituisce un predicato essenziale di qualunque ordinamento giuridico, giacché il diritto può effettivamente fungere da guida dei comportamenti dei consociati, e quindi aspirare alla propria stessa auto-conservazione, soltanto laddove posseda una certa stabilità, e quindi risulti prevedibile per ciascun consociato la reazione della pubblica autorità a fronte di un comportamento posto in essere<sup>7</sup>. Il principio di affidamento, invece, esige unicamente che i mutamenti giuridici non pregiudichino l'aspettativa che è stata riposta dal cittadino su una determinata regolazione. È in questo senso che l'affidamento si presenta come la certezza dal punto di vista soggettivo: la stabilità giuridica, infatti, non è guardata dall'angolo visuale dell'ordinamento in sé e per sé considerato, bensì da quello dei singoli cittadini. Detto altrimenti, l'affidamento «attiene al rapporto fiduciario esi-

---

dino, Milano, Giuffré, 1970. Per un'efficace sintesi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale tedesca in materia di affidamento cfr. 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*, 2008, 6, 1904-1911.

<sup>4</sup> M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 31.

<sup>5</sup> 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 AA.VV., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, ESI, 2012, III, p. 1936.

<sup>6</sup> In questo senso M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza*, cit., 31. Sulla derivazione del principio di affidamento dal principio di certezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca si veda C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2008, 18 ss.

<sup>7</sup> Il perimetro tematico del presente contributo non consente di trattare in maniera specifica il principio di certezza del diritto. Può però affermarsi che il dato comune a quasi tutte le ricostruzioni teoriche è quello di intendere la certezza del diritto come prevedibilità delle decisioni poste in essere in applicazione del diritto. Si pensi, in prima battuta, all'approfondita analisi di M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, Giuffré, 1979, 29 ss., che intende la certezza «come sicurezza, come univocità dell'ordinamento e come prevedibilità». Cfr. anche la sintesi proposta da L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, II, , Padova, UTET, 1988, 275, la quale ha individuato tre diverse anime della certezza del diritto: «a) prevedibilità dell'intervento, e quindi anche del non intervento, di organi con competenza giuridica decisionale o meramente esecutiva in relazione ad una (a ciascuna) singola fattispecie concreta; b) prevedibilità dell'esito di un (di ciascun) eventuale intervento di un organo con competenza giuridica decisionale, cioè la prevedibilità della decisione giuridica; c) sicurezza dei rapporti giuridici, in virtù di una presumibile stabilità della regolamentazione, o *coherence* tra normative susseguentisi nel tempo». Cfr. anche R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le Regioni*, 1986, 1094 s., che distingue due accezioni linguistiche della certezza: «prevedibilità delle decisioni che saranno adottate dagli organi dell'applicazione» e «stabilità dei rapporti esauriti». Ridimensiona invece il concetto di certezza come prevedibilità C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffré, 1999, 271 ss., il quale giudica tale tesi, pur diffusa tra i normativisti, «un *indebito cedimento alle istanze del realismo giuridico*» (corsivo dell'A.). Per un approccio classico al tema della certezza del diritto, doveroso il rinvio a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffré, 1968 (ed. orig. 1942). Si vedano altresì, più di recente, A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto*, in *Encicl. giur.*, VI, Milano, Treccani, 1990 e G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005.

stente tra governanti e governati e alla pretesa di stabilità della disciplina legislativa pregressa in base alla quale i governati abbiano maturato posizioni di vantaggio»<sup>8</sup>.

Date tali definizioni, il principio di certezza del diritto sembra sposarsi alla perfezione con un ordinamento di tipo «*nomostatico*»; il principio di affidamento, invece, si mostra «più incline ad accogliere il guanto di sfida della *reformatio* del sistema normativo»<sup>9</sup>. La tutela dell'affidamento, cioè, non passa attraverso la stasi regolamentare, dovendo piuttosto l'autorità pubblica rispondere a «un'istanza di "governo della trasformazione", orientata a ridurre gli effetti "sgradevoli" del mutamento in grado di incidere negativamente sulla situazione pregressa»<sup>10</sup>, preferibilmente apprestando una disciplina di carattere transitorio<sup>11</sup>.

Peraltro, se il principio di certezza del diritto può vacillare di fronte a una qualsiasi tipologia di mutamento regolamentativo – che, ovviamente, risulti quantitativamente apprezzabile –, il principio di affidamento può risultare vulnerato soltanto di fronte a interventi idonei a produrre effetti *lato sensu* retroattivi<sup>12</sup>, e cioè in grado di investire negativamente situazioni giuridiche già acquisite (come nel caso della c.d. retroattività propria) o considerate di certa acquisizione (come nel caso della c.d. retroattività impropria)<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> F.F. PAGANO, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 18 settembre 2014, 5.

<sup>9</sup> P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio*, cit., 1942.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Tratta questo specifico aspetto P. DAMIANI, *Le disposizioni transitorie. Studio sulla ragionevolezza dell'efficacia della legge nel tempo*, Padova, CEDAM, 2008. Peraltro, come osserva lo stesso Damiani, dall'esame della giurisprudenza costituzionale «sembra [dunque] emergere che la tutela del legittimo affidamento è comunque assicurata tutte le volte che, in presenza di riforme peggiorative della disciplina dei rapporti di durata, il legislatore accompagna la nuova legge con una disciplina transitoria volta a consentire il trapasso non traumatico dal vecchio al nuovo regime» (62), sempre che le disposizioni transitorie, nella cui definizione il legislatore gode di ampia discrezionalità, non trasmodino a loro volta in una regolamentazione degli interessi irragionevole (64 ss.).

<sup>12</sup> Sulle diverse concezioni di retroattività prospettate in dottrina cfr. R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 1344 ss.

<sup>13</sup> La distinzione tra retroattività propria e impropria nasce in seno alla giurisprudenza tedesca (precisamente con una decisione dell'11 maggio 1960) ed è ormai ampiamente diffusa. La retroattività propria è, per così dire, quella tradizionale, vale a dire quella prodotta da una determinazione che dispone per il passato, riconnettendo effetti giuridici a fattispecie esauritesi nel passato (i c.d. diritti quesiti). La retroattività impropria, invece, ha luogo in presenza di una determinazione che dispone soltanto per il futuro, ma che cionondimeno finisce per investire tutte quelle fattispecie ancora non conclusesi (i c.d. rapporti di durata). Classica ipotesi di retroattività impropria si ha con le leggi di incentivazione economica: esse ad esempio spingono determinati imprenditori a effettuare un investimento a medio-lungo termine a certe condizioni (es. l'ottenimento di sgravi fiscali o di sovvenzioni pubbliche) o taluni a scegliere una certa inquadratura lavorativa in previsione di una maggiorazione retributiva, sicché un'eventuale modifica peggiorativa delle stesse "in corsa" inevitabilmente finisce per investire la frazione restante del rapporto giuridico nato in forza dell'antistante regime giuridico, con nocimento dell'operatore economico o del lavoratore pubblico che magari si era deciso a compiere la scelta proprio confidando sulla stabilità dei vantaggi patrimoniali connessi all'operazione. Sulla suddetta dicotomia si veda, per tutti, M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (prima parte)*, in *Giur. It.*, 2007, 7, 1826 ss., il quale in realtà propone di superarla, incentrandosi sul concetto di "retrovalutazione giuridica". Di recente si è soffermata sulla tematica delle leggi di incentivazione economica, e quindi sulla retroattività impropria, anche G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 1/2012, 20 marzo 2012, la quale, in particolare, propone di allargare lo spettro della tutela dell'affidamento legittimo non solo all'ipotesi di lesione di diritti acquisiti di percezione dell'incentivo, ma anche di lesione di una mera aspettativa legittima di futura acquisizione.

Di più: le situazioni giuridiche travolte devono essersi consolidate con il trascorrere del tempo, poiché solo in tal caso può dirsi tradita la fiducia riposta su una determinata posizione di vantaggio attribuita dalla precedente regolamentazione. Com'è stato detto, «la stabilità dei rapporti giuridici è, per l'affidamento, *esigenza da salvaguardare* e, al contempo, *presupposto per la tutela*: la pretesa alla stabilità suppone una stabilità già raggiunta o, in altri termini, cela, in certo senso, una *pretesa alla perduranza della stabilità*»<sup>14</sup>.

Un'ultima differenza tra i due principi, infine, risiede nel fatto che un'effettiva lesione dell'affidamento sussiste solo in caso di assoluta imprevedibilità del mutamento di disciplina<sup>15</sup>. Tale elemento è quello che più di ogni altro pone in evidenza l'angolatura soggettiva

---

<sup>14</sup> P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio*, cit., 1945. In realtà, lo stesso A. (1949 ss.) osserva che il fattore stabilizzatore del tempo opererebbe in maniera inversa con riferimento alle leggi di incentivazione economica, e cioè, come visto, nella più classica ipotesi in cui può intervenire la retroattività impropria. Invero, in tali casi si instaura tra Stato e operatore economico un legame per certi versi molto simile a un rapporto sinallagmatico di stampo privatistico, potendo la legge essere equiparata a una sorta di offerta o promessa al pubblico, sicché nel momento stesso in cui il privato effettua la propria scelta "incentivata" sorge per lo Stato l'obbligo di tener fermo l'incentivo promesso per l'intera durata del rapporto. L'affidamento, quindi, si genererebbe all'istante, senza che sia necessario che trascorra un certo lasso di tempo. Anzi: «il consolidarsi nel tempo della disciplina, piuttosto che giocare in favore, rischia semmai di affievolire la pretesa al rispetto del trattamento promesso, giacché il mutamento della "situazione storica ed economica del Paese", che al decorso degli anni potrebbe accompagnarsi, finirebbe per fornire giustificazione all'intervento di revoca del trattamento» (1952). Tale prospettiva è filtrata di recente anche nella giurisprudenza costituzionale. Infatti la Corte costituzionale, con sentenza 108/2016, avente a oggetto la questione di legittimità costituzionale di una legge modificativa in senso peggiorativo delle condizioni retributive di una certa categoria di lavoratori pubblici la quale, confidando su una maggiorazione retributiva, aveva scelto di ricoprire mansioni superiori, ha avuto modo di affermare quanto segue: «nel caso in esame, l'elemento temporale gioca in senso opposto a quello del richiamato precedente giurisprudenziale ma in modo altrettanto significativo sul piano dell'affidamento: assume rilievo, cioè, la brevità del lasso temporale, appena quattro mesi, tra il momento in cui il funzionario ha stipulato il contratto – sulla base di una normativa prevista nel contratto collettivo di lavoro e, per di più, stabile nel tempo – e quello di entrata in vigore della nuova disposizione, radicalmente differente proprio con riguardo alle modalità retributive. Queste ultime sono state presumibilmente decisive nell'esercizio della precedente opzione di chiedere l'assegnazione alle mansioni superiori. È evidente in questo caso la lesione dell'affidamento del dipendente che, dopo la stipula, ha ormai fatto aggio sulla remunerazione della funzione temporaneamente affidatagli». A commento di tale pronuncia, e sostanzialmente in adesione alla tesi già esposta da Carnevale, si veda F.F. PAGANO, *Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore (osservazioni a margine di Corte costituzionale n. 108 del 2016)*, in *Rivista AIC*, 2/2017, 5 aprile 2017. Avanza perplessità, invece, F. FERRARI, *Variazioni sul parametro del legittimo affidamento (in tempi di crisi economica): spunti ricostruttivi a partire da Corte cost. 108/2016*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 21 settembre 2016.

Per uno sguardo più generale sui rapporti tra il fattore tempo e la lesione del principio di affidamento a seconda della specifica situazione giuridica intertemporale presa in considerazione si rinvia a P. DAMIANI, *Le disposizioni transitorie*, cit., 32 ss.

In tema di irretroattività impropria si segnala anche l'interessante contributo di A. PACE, *Il fondamento del legittimo affidamento non sta nella ragionevolezza intrinseca della lex posteriori sibbene negli autovincoli della lex anterior* (commento a Corte cost., sentenza 27 giugno 2012, n. 166), in *Giur. cost.*, 2012, 3734 ss. Egli, dopo aver criticato in generale l'idea che, affinché possa sorgere un legittimo affidamento su una certa disciplina legislativa sarebbe necessario che trascorresse un certo lasso di tempo, rievoca una risalente tesi di Carlo Esposito per sostenere che le leggi che aspirano ad avere stabilità nel tempo contengono un autovincolo per il legislatore futuro, il quale, in sede di successive modifiche, dovrebbe necessariamente tenere conto dall'affidamento ingenerato nei consociati. Afferma Pace che «in teoria, non è infatti escluso che un'esenzione fiscale o una sospensione del prelievo delle imposte possa essere revocata, beninteso *ex nunc*, in presenza di ragioni non gravi, ma gravissime. Ma la gravità di tali ragioni dovrà comunque essere parametrata con le ragioni per le quali l'esenzione fiscale o la sospensione del prelievo è stata precedentemente disposta, perché è sulla fiducia nelle istituzioni che si fonda l'oblazione politica del cittadino» (3738).

<sup>15</sup> P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio*, cit., 1953 ss.

propria del principio in esame: invero, il principio di affidamento presuppone – oltre alla stabilità della posizione giuridica acquisita e incisa sfavorevolmente dalla *mutatio* – che il cittadino abbia nutrito una ragionevole convinzione in ordine alla stabilità del trattamento giuridico riconnesso al proprio comportamento.

## 2. Cenni sul rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino

Sin qui si è inquadrato l'affidamento legittimo in termini generali, descrivendolo come un principio che si erge a scudo protettivo del cittadino rispetto ad atti adottati da un potere pubblico che, in virtù della propria efficacia retroattiva (propria o impropria), incidono su situazioni giuridiche radicatesi. Occorre quindi testare l'effettiva consistenza di tale principio negli ambiti in cui esso viene in gioco, che sono – appunto – quelli in cui troviamo decisioni di un organo pubblico dal carattere retroattivo.

Un ambito nel quale il legittimo affidamento ha trovato una (ormai) ben definita collocazione è quello dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadino<sup>16</sup>. In questo campo, particolarmente visibile appare il contributo causale del diritto europeo, poiché l'evoluzione che ha investito gli istituti di autotutela decisoria<sup>17</sup> è andata di pari passo con il percorso di “emancipazione” dell'interesse legittimo e con la metamorfosi del procedimento amministrativo<sup>18</sup> – mutamenti entrambi indotti in una certa misura dalla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>19</sup> – e, più in generale, con la ricalibrazione del rapporto autorità-libertà avutosi nella seconda metà dello scorso secolo<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Sulla tematica si vedano, almeno, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, ESI, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843 ss.; F. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; D. CORLETTI (a cura di), *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, CEDAM, 2007; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2008; A. ARDITO, *Revoca e nuovi modelli amministrativi di rivedibilità*, Bari, Cacucci, 2008; G. GRASSO, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, in *www.altalex.it*, 23 dicembre 2011; F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 5, 1195 ss.; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, Giuffrè, 2013. In una prospettiva comparata, cfr. altresì C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela*, cit.

<sup>17</sup> Per il vero gli istituti di autotutela decisoria non sono gli unici in cui assume rilievo il principio di legittimo affidamento. Ad esempio, un altro relevantissimo punto di emersione della tutela dell'affidamento può rinvenirsi nell'art. 10 della legge 212/2000 (rubricato “tutela dell'affidamento della buona fede”). Ivi può leggersi che l'amministrazione non può avanzare pretese pecuniarie nei confronti del contribuente ove egli si sia «conformato a indicazioni contenute in atto dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima». Per una disamina accurata della tutela del legittimo affidamento nel diritto tributario si veda E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>18</sup> Com'è stato correttamente osservato, «la tutela dell'affidamento può, in sostanza, realizzarsi laddove i cittadini siano parti dell'azione amministrativa», prospettiva attuata proprio dalla L. 241/1990, «che si muove lungo la direttrice del progressivo inserimento dei cittadini nel procedimento amministrativo»: così L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1998, 238.

<sup>19</sup> Sull'impatto dei principi di diritto comunitario nel diritto nazionale cfr. C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in F. Bignami – S. Cassese (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, 281 ss. e A. MASSERA, *I principi generali*, in M.P. Chiti – G. Greco (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano, Giuffrè, 2007, 310 ss. Con specifico riferimento, invece,

Anche a seguito dell'intervento del legislatore, risulta oggi pacifico che l'autotutela decisoria può manifestarsi in due diverse vesti: quella dell'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies* della Legge 241/1990) e quella della revoca (art. 21-*quinquies* della Legge 241/1990). Tale distinzione risulta assai significativa, giacché il principio di affidamento entra in gioco con modalità differenti e, anche per questo, riceve una tutela diversa da parte dell'ordinamento.

L'annullamento d'ufficio coinvolge in maniera più evidente il principio di affidamento, poiché produce effetti retroattivi in senso proprio, e cioè determina la caducazione di tutti gli effetti prodotti dal provvedimento oggetto di invalidazione. L'opzione per un provvedimento a tal punto incidente nella sfera giuridica del privato è da sempre contornata da diversi presupposti applicativi. Il principale è che il provvedimento di primo grado sia affetto da un vizio di illegittimità: solo l'esigenza di ristabilire la legalità violata (dalla stessa amministrazione) può infatti giustificare l'eliminazione integrale degli effetti *medio tempore* prodottisi. Tale esigenza, tuttavia, non è di per sé sufficiente: occorre, infatti, anche che sussista un interesse concreto e attuale alla modificazione della situazione esistente.

Fino agli anni '60 la giurisprudenza non teneva in considerazione l'interesse del privato alla stabilità del provvedimento, venendo l'affidamento in gioco soltanto di riflesso<sup>21</sup>, sulla scorta della dottrina amministrativa tradizionale, ad avviso della quale il principio di affidamento del privato risultava interamente assorbito dal perseguimento dell'interesse pubblico<sup>22</sup>. Successivamente, anche grazie al maggiore interesse manifestato in merito dalla dottrina<sup>23</sup> e agli influssi comunitari<sup>24</sup>, la giurisprudenza ha mutato orientamento, talché «l'amministrazione non può limitarsi alla semplice constatazione del vizio che inficia l'atto da annullare, ma deve in concreto attivare un procedimento ed effettuare un raffronto tra i van-

---

all'incidenza della giurisprudenza europea in tema di legittimo affidamento si veda M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione*, cit., 24 ss.

<sup>20</sup> Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 4, 909 ss.

<sup>21</sup> Si veda, sul punto, F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 846-851, dove può leggersi che «in questa giurisprudenza, l'interesse del privato non è preso in considerazione in virtù dell'affidamento, e la tutela della quale beneficia si inquadra nell'ordinaria protezione propria dell'interesse legittimo: esso non prevale (eventualmente) in quanto tale, ma si avvale, piuttosto, di un'idea di interesse pubblico attuale che lo include». Un esempio emblematico nella giurisprudenza dell'epoca è fornito da Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 1959, n. 597, in *Foro amm.*, 1959, 991 s. Per una breve ricostruzione del dibattito nella dottrina dell'epoca cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 72-78.

<sup>22</sup> Sul punto basti il rinvio a F. MANGANARO, *Principio di buona fede*, cit., 39 ss., il quale riporta in particolare le posizioni di Guicciardi e Giannini, ad avviso dei quali – pur con diverse sfumature – la valutazione secondo buona fede sarebbe già insita nell'obbligo dell'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico, perché la realizzazione di quest'ultimo presupporrebbe che si debba tenere conto anche della buona fede del soggetto agente.

<sup>23</sup> Si richiama, nuovamente, il fondamentale studio pubblicato nel 1970 da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 95 ss.

<sup>24</sup> Si veda, in proposito, l'approfondita analisi di M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione*, cit., p.103 ss., che ripercorre la giurisprudenza della Corte di Giustizia in ordine alla tutela dell'affidamento dell'interessato di fronte all'eliminazione di un atto illegittimo. L'A. evidenzia che tutti gli schemi di giudizio elaborati dalla Corte a partire dalla sentenza *Alpha Steel* del 1982 hanno oscillato tra due modelli di annullamento d'ufficio: quello francese (il quale dà molta rilevanza all'oggettivo dato temporale) e quello tedesco (il quale, invece, pone al centro il bilanciamento tra l'interesse pubblico che giustifica la caducazione dell'atto e la buona fede del beneficiario degli effetti dell'atto, e cioè la conoscibilità o meno da parte di quest'ultimo di vizi).

taggi e gli inconvenienti che possono derivare alla medesima p.a. e agli altri interessati, per il venir meno della stabilità delle situazioni giuridiche»<sup>25</sup>.

L'attenzione verso l'affidamento riposto dal destinatario del provvedimento nella stabilità dello stesso è anche confluita nell'art. 21-*nonies* della Legge 241 del 1990 ove può leggersi che l'amministrazione debba tenere conto «degli interessi dei destinatari e dei controinteressati»<sup>26</sup>. Nella versione originaria di questa disposizione, introdotta nel 2005, si aggiungeva che il potere di autotutela non potesse essere esercitato *sine die*, ma «entro un termine ragionevole». La recente novella del 2014-2015<sup>27</sup> ha accentuato ancor più la tutela del legittimo affidamento, specificando che il termine ragionevole, di regola, non può essere comunque «superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici»<sup>28</sup>. In nessun caso, tuttavia, la lesione del legittimo affidamento può, in questo caso, sfociare in una tutela di carattere risarcitorio<sup>29</sup>.

La seconda veste dell'autotutela decisoria è rappresentata dalla revoca, oggi disciplinata dall'art. 21-*quinquies* della Legge 241 del 1990. In questo caso ci troviamo di fronte a un provvedimento di secondo grado privo di effetti retroattivi in senso stretto, poiché preclude

---

<sup>25</sup> F. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento*, cit., 107.

<sup>26</sup> Nell'interpretare la suddetta norma, la giurisprudenza amministrativa ha particolarmente enfatizzato la sua correlazione con il principio di affidamento. Si veda, per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609, dove può leggersi che «pur nella consapevolezza che l'annullamento in autotutela sia un atto connotato da ampia discrezionalità, va osservato che per costante giurisprudenza, l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo presuppone una congrua motivazione sull'interesse pubblico, attuale e concreto, a sostegno dell'esercizio discrezionale dei poteri di autotutela, con una adeguata ponderazione comparativa, che tenga anche conto dell'interesse dei destinatari dell'atto al mantenimento delle posizioni che su di esso si sono consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento seguito dall'Amministrazione».

<sup>27</sup> Si allude al D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014, n. 164, e alla L. 7 agosto 2015, n. 124. Per una sintesi della riforma si veda M. MACCHIA, *La riforma della pubblica amministrazione - Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, 621 ss.

<sup>28</sup> Che il bilanciamento giochi in favore dell'affidamento è comprovato dall'unica eccezione a questa regola: il comma 2bis, infatti, esclude l'applicazione del tetto dei diciotto mesi solo ed esclusivamente qualora il provvedimento di primo grado sia stato conseguito «sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato», e quindi quando sia da escludere in radice la buona fede di colui che ha beneficiato dell'atto illegittimo. Il valore per certi versi rivoluzionario dell'introduzione di un limite temporale determinato all'esercizio del potere di autotutela – in luogo del termine genericamente «ragionevole» – alla luce della tutela del legittimo affidamento può apprezzarsi soprattutto tenuto conto, secondo la giurisprudenza amministrativa, recentemente ribadita anche da Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8, il decorso di un lasso di tempo considerevole – finanche quasi decennale – dall'adozione di un certo provvedimento, in base alla precedente disciplina, non escludeva in radice il potere di annullare in autotutela il titolo, ma si traduceva soltanto in un più accentuato onere motivazionale.

<sup>29</sup> È quanto anche recentemente ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2016, n. 3975, dove può leggersi quanto segue: «è pacifico, d'altronde, che la disciplina giuridica dell'annullamento d'ufficio, a differenza di quanto previsto per la revoca dell'atto amministrativo, esclude che possa residuare spazio per la riparazione patrimoniale del destinatario dell'atto di annullamento quando siano per altro verso ricorrenti tutte le condizioni (come appunto nel caso in esame) per l'esercizio dell'autotutela. E ciò in ragione del fatto che la ricorrenza di un interesse pubblico attuale alla rimozione di un atto *ab origine* illegittimo, prevalente rispetto all'interesse privato antagonista, esaurisce la fattispecie normativa, senza che residui alcuno spazio per la riparazione patrimoniale del privato inciso negativamente dall'esercizio dell'autotutela (con formula sintetica potrebbe dirsi che non vi può mai essere affidamento legittimo, meritevole di tutela risarcitoria, fondato su provvedimento illegittimo. Potrebbe essere non più opportuno far luogo all'annullamento in autotutela, in considerazione del tempo trascorso e degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; ma quando tali condizioni sono, come nella specie, rispettate, non vi è spazio per la tutela patrimoniale)».

soltanto la produzione di «ulteriori effetti» nel futuro. Sennonché, la revoca si rivela non meno problematica rispetto al principio di affidamento: incidendo su rapporti di durata, infatti, viene a prefigurarsi un'ipotesi di retroattività impropria, poiché il privato vede svanire gli effetti futuri che il rapporto instaurato con la p.a. dal provvedimento revocato avrebbe altrimenti prodotto.

I presupposti che legittimano l'adozione da parte di una pubblica amministrazione del provvedimento di revoca sono assai diversi da quelli alla base dell'annullamento d'ufficio. In particolare, non è richiesta l'illegittimità del provvedimento di primo grado, ma deve sussistere o una rivalutazione dell'interesse pubblico che originariamente aveva portato all'adozione dell'atto (c.d. *iuspoenitendi*) o la necessità di bilanciare l'interesse originario con un interesse pubblico sopravvenuto o, infine, una sopravvenienza di carattere fattuale<sup>30</sup>.

Nel caso della revoca, rimane completamente sullo sfondo il fattore tempo, nel senso che il provvedimento di secondo grado può intervenire in qualsiasi momento del rapporto. Cionondimeno, l'ordinamento non rimane indifferente alla tutela dell'affidamento<sup>31</sup>, essendo previsto *expressis verbis* che «se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo»<sup>32</sup> (comma 1)<sup>33</sup>. Ove poi al provvedimento si sia associata l'instaurazione di un rapporto contrattuale – come nel caso del rapporto tra provvedimento di aggiudicazione e contratti d'appalto –, alla tutela indennitaria predisposta dal legislatore può aggiungersi anche quella, ammessa ormai da oltre un decennio dalla giurisprudenza<sup>34</sup>, di tipo risarcitorio qualora ricorrano gli estremi della *culpa in contrahendo*<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Il legislatore del 2005 ha accolto un concetto ampio di revoca, facendo propri entrambi gli indirizzi precedentemente affacciatisi in tema di interesse pubblico alla revoca: cfr. R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta-Roma, Neldiritto, 1240 s.

<sup>31</sup> Pare opportuno sottolineare che, seppure al consolidamento dell'istituto della revoca abbia contribuito in maniera significativa il recepimento del principio di affidamento di matrice comunitaria, la tutela delle posizioni economiche di vantaggio “travolte” dallo *iussuperveniens* poteva farsi discendere già dall'art. 2 della Carta costituzionale, il quale richiede che tutti i soggetti dell'ordinamento, ivi compresi i soggetti pubblici, adempiano ai doveri inderogabili di solidarietà economica. Non è certo un caso, come meglio si vedrà (*infra*, § 5) che la dottrina italiana ha fatto leva proprio sull'art. 2 Cost. per dare fondamento costituzionale al principio di legittimo affidamento.

<sup>32</sup> Opera in maniera pressoché speculare alla revoca di cui all'art. 21-*quinquies* il recesso dagli accordi amministrativi contemplato nell'art. 11, comma 4 della legge 241 del 1990. Tale norma sancisce infatti che «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». In effetti è assai diffusa in dottrina e giurisprudenza l'idea secondo la quale quello che il legislatore chiama “recesso” sia, in realtà, a tutti gli effetti una revoca, anche in conseguenza del fatto che gli accordi amministrativi avrebbero natura pubblicistica. Sulla tematica cfr., per tutti, G. GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, 75 ss.

<sup>33</sup> Analogo obbligo di indennizzo è previsto dal comma 1bis, che prende in considerazione la specifica ipotesi in cui dal provvedimento amministrativo scaturisca un rapporto negoziale. Così recita: «ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico».

<sup>34</sup> Come noto, il punto di svolta *in subiecta materia* è stato rappresentato da Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, dove può leggersi «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal



### 3. La tutela del legittimo affidamento nei rapporti tra legislatore e cittadino: premessa

Se dunque nell'ordinamento giuridico italiano il principio di affidamento, dapprima grazie al lavoro giurisprudenziale e in seguito anche attraverso più interventi legislativi, ha trovato uno spazio assai definito nel rapporto con l'attività della pubblica amministrazione, lo stesso non può dirsi con riferimento alla retroattività che deriva da un atto legislativo. La spiegazione può farsi sostanzialmente discendere dalla diversa natura giuridica della legge rispetto al provvedimento amministrativo.

Quest'ultimo, sottoposto com'è al principio di legalità (art. 97 Cost.), trova il proprio *ubiconsistam*, ma anche i suoi limiti, direttamente nella legge, sicché non desta particolari questioni il fatto che la fonte legislativa si preoccupi di salvaguardare il cittadino, ponendo dei paletti all'idoneità dei provvedimenti di determinare effetti retroattivi o, comunque, assicurando un ristoro patrimoniale ove l'inevitabile retroattività determini lesioni dell'affidamento. Di contro, per ovvie ragioni connesse alla gerarchia delle fonti, una legge non può venire condizionata nel suo operare da altra fonte legislativa<sup>36</sup>, ma unicamente dalle fonti a essa sovraordinate, in testa la Costituzione.

---

diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito). Pertanto, «sussiste la responsabilità della p.a. a titolo di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. nel caso in cui l'amministrazione, dopo avere indetto una gara di appalto e pronunciato l'aggiudicazione, dispone la revoca dell'aggiudicazione stessa e degli atti della relativa procedura per carenza delle risorse finanziarie occorrenti. In tale ipotesi, infatti, la mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che l'amministrazione aveva assunto quando la procedura di evidenza pubblica era stata avviata, ha finito per ingiustamente sacrificare gli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi».

<sup>35</sup>La letteratura sul punto è sconfinata: cfr., per tutti, F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, 1-16.

<sup>36</sup>L'affermazione vale principalmente con riferimento all'art. 11, comma 1, delle preleggi, ai sensi del quale «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo». Tale disposizione è gemella dell'art. 2 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano del 1865, a sua volta trasposizione fedele dell'art. 2 del *Code civil* francese, che così recita: «*la loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif*». Non v'è dubbio alcuno che, nel momento della relativa formulazione (quantomeno dell'art. 2 del *Code civil*), il legislatore volesse «consacrare per iscritto una verità normativa o addirittura supernormativa (logica) assoluta e tale da imporsi anche al legislatore», facendolo confluire nelle disposizioni generali sulle leggi che, al tempo, «coinvolgevano tutti i rami del diritto e prescindevano dalla gerarchia delle norme» (così si esprime R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1974, 158). Il quadro, però, è radicalmente mutato con l'avvento dello Stato costituzionale, giacché il divieto di retroattività ha trovato consacrazione soltanto limitatamente alla materia penale (art. 25, comma 2, Cost.). È per questo opinione assai diffusa che l'art. 11 delle preleggi detti soltanto una linea di tendenza, un principio di equità che, tuttavia, può sempre essere derogato dal legislatore futuro: in questo senso cfr., nella dottrina tradizionale, G. AZZARITI, *Il principio della irretroattività e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1955, 622; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM, 1967, I, 346. Fuori dal coro, invece, A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, ES, 2018, 18 ss., ad avviso del quale il principio d'irretroattività sancito dall'art. 11 nasce come *materialmente* costituzionale, perché strettamente saldato alle fondamenta dello Stato di diritto, e la sua svalutazione è avvenuta con l'avvento della Costituzione senza che ciò, tuttavia, costituisse un esito obbligato, essendo presenti nella Carta costituzionale diverse disposizioni dalle quali poter ricavare, implicitamente, il divieto di retroattività legislativa («*sul piano dell'interpretazione costituzionale*» conclude l'A., «*la regressione a semplice direttiva ermeneutica di un principio cardine dello Stato di diritto non è un esito giuridicamente obbligato, bensì voluto rispetto a un problema costituzionalmente impregiudicato: un caso paradigmatico di interpretazione orientata alle conseguenze*»: p. 23). Si veda, peraltro, la singola posizione di P. DAMIANI, *Le di-*

Ebbene, è noto che la Carta fondamentale vieta che una legge possa regolare anche fatti verificatisi prima della sua entrata in vigore solo in materia penale (art. 25, comma 2 Cost., principio che risuona nell'art. 2, comma 1 c.p.). In via di prima approssimazione, quindi, sembrerebbe che la linea di confine tra il diritto penale e la parte restante dell'universo giuridico sia di vitale importanza sotto l'angolo visuale del principio di affidamento, giacché si passerebbe dalla piena salvaguardia di quest'ultimo (nel primo caso) alla totale indifferenza rispetto ad esso.

Il quadro, in realtà, si presenta significativamente più complesso alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Prima di entrare *in medias res*, tuttavia, appare opportuno inquadrare il fenomeno della retroattività legislativa.

#### 4. Il fenomeno della retroattività legislativa

Ci si è già soffermati, sia pure brevemente, sulla distinzione concettuale che corre tra retroattività propria e impropria<sup>37</sup>. Per avere un quadro completo del fenomeno della retroattività legislativa, però, è necessario porre l'attenzione anche su una peculiare categoria: quella delle leggi di interpretazione autentica. A ben vedere, è lo stesso disposto di cui all'art. 25 comma 2 Cost. a "costringerci" a compiere questo passaggio, poiché ci si deve necessariamente domandare se l'unico limite costituzionale espresso debba essere applicato soltanto

---

*sposizioni transitorie*, cit., 96 ss., ad avviso del quale l'art. 11 sarebbe derogabile finanche dal giudice e dagli organi titolari di funzioni normative di grado secondario.

Né il quadro muta in qualche modo alla luce di più recenti interventi normativi. Il riferimento è alla Legge 212 del 2000 (c.d. Statuto del contribuente), che all'art. 3, comma 1 sancisce perentoriamente «[...] le disposizioni tributarie non hanno effetto retroattivo». *Prima facie* questa norma si presenta come un'inutile ripetizione, poiché riproduce il divieto già enunciato per ogni tipologia di legge dall'art. 11 preleggi con limitato riferimento ad una sola tipologia di legge, vale a dire quella tributaria. Sennonché questa valutazione potrebbe apparire affrettata se si prende in considerazione anche l'art. 1 della stessa Legge, a norma del quale «le disposizioni della presente legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali». Questa legge, cioè, a differenza delle disposizioni preliminari al codice civile, si auto-qualifica come "super-primaria", perché espressiva di alcuni principi costituzionali. In realtà, tale auto-qualificazione non sposta per nulla i termini della questione. Senza scomodare in questa sede il dibattito dottrinale intorno all'efficacia dei vincoli all'esercizio del potere legislativo posti da una legge ordinaria (per un assaggio del quale si rinvia a G. SERGES, *Norme sulla normazione e limiti all'interpretazione autentica. (Brevi riflessioni a margine del recente «Statuto dei diritti del contribuente»*), in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, Milano, Giuffrè, 2000, 298 ss.), basti dire che per la posizione assolutamente prevalente è dell'avviso che l'esercizio del potere legislativo può essere condizionato soltanto da metanorme costituzionali. Anche per questo la dottrina tributarista, in maniera quasi unanime (cfr., tra gli altri, G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2016, 80 ss.; P. BORIA, *Diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2016, 79 s.; L. ANTONINI, *Retroattività e diritto tributario*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, cit., 152 s.; più articolata la posizione di G. TINELLI, *Istituzioni di diritto tributario*, I, Padova, CEDAM, 2016, 74 ss.) e con il conforto della giurisprudenza costituzionale (v. Corte cost., ord. 19 dicembre 2006, n. 428) e di legittimità (v. Cassazione civile, sez. trib., 31/01/2011, n. 2221), è dell'avviso che le norme dello Statuto del contribuente non hanno rango superiore alla legge ordinaria e, conseguentemente, non possono fungere da norme parametro di costituzionalità, né consentire la disapplicazione della norma tributaria in asserito contrasto con le stesse. Per uno sguardo d'insieme su quest'ultimo aspetto si rinvia a E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza*, cit., 63 ss.

<sup>37</sup>Cfr. nota 13.

alle leggi propriamente retroattive o, piuttosto, vada esteso anche alle leggi di interpretazione autentica.

Ebbene, mette conto preliminarmente evidenziare che l'attenzione della dottrina intorno all'interpretazione autentica si è fatta negli ultimi anni sempre più viva<sup>38</sup>, non solo (e non tanto) per l'indubbio fascino che desta la natura per certi versi androgina di queste leggi, ma anche per l'impennata del relativo utilizzo<sup>39</sup>. In effetti, è affermazione piuttosto pacifica, perché corroborata da dati oggettivi, che il legislatore sempre più spesso faccia ricorso alle leggi d'interpretazione autentica in sostituzione di leggi dichiaratamente retroattive, come a voler nascondere un certo imbarazzo rispetto a una prassi – quella della retroazione legislativa – che, in disparte i profili squisitamente giuridico-costituzionali, non è certo vista con favore dal comune cittadino<sup>40</sup>.

Ciò detto, il dubbio di cui sopra può essere sciolto solo avendo chiara in mente la natura giuridica delle leggi di che trattasi.

In dottrina c'è concordia sul fatto che debba ormai ritenersi abbandonata la teoria dichiarativa<sup>41</sup>, figlia del formalismo interpretativo<sup>42</sup>. In estrema sintesi<sup>43</sup>, postulandosi che l'attività interpretativa avrebbe carattere cognitivo, finalizzata com'è ad estrarre l'unico significato racchiuso fin dall'inizio nel testo di legge, il legislatore, attraverso leggi di carattere interpretativo, non farebbe altro che dar voce all'autentico significato che la disposizione di legge ha sempre avuto. Detto altrimenti, esattamente come il giudice, anche il legislatore, ove rivesta i panni dell'interprete, non farebbe altro che conoscere l'univoca volontà del legislatore del passato, confluita nel testo di legge, con l'unica differenza – rispetto a quella giudiziale – che tale interpretazione, saldandosi con il momento precettivo tipico di ogni legge, si

---

<sup>38</sup> Limitandoci qui soltanto ai contributi di carattere generale si vedano G. MARZANO, *L'interpretazione della legge con particolare riguardo ai rapporti tra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1955; G. GROTTANELLIDÉ SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1970; A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997; G. VERDE, *L'interpretazione autentica della legge*, Torino, Giappichelli, 1997; A. ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra Corte costituzionale e legislatore*, Torino, Giappichelli, 2001; 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 di salvaguardia dell'interpretazione «plausibile»*, in *Giur. it.*, 2001, 2415 ss.; A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, Giuffrè, 2003; M. SEMERARO, *Interpretazione autentica, retroattività e ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1200 ss.; P. CARNEVALE - G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *www.costituzionalismo.it*, 2014, 1, 7 maggio 2014; L. DE GRAZIA, *La retroattività possibile*, Rimini, Maggioli, 2016.

<sup>39</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 68-72, il quale osserva che l'interpretazione autentica «si rivela ormai come una tecnica di routine pacificamente ammessa e che si autoalimenta».

<sup>40</sup> Come acutamente osservò già A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Tomo 1 (*Premesse e disposizioni preliminari*), Torino, UTET, 1982, 479, «per sfuggire alla impopolarità di leggi espressamente retroattive, il legislatore abdica alla sua antica funzione rifugiandosi nell'ambiguità del linguaggio e facendo ricorso alla formula delle leggi interpretative».

<sup>41</sup> Tra i suoi sostenitori nella dottrina italiana può annoverarsi F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909, 92 ss.

<sup>42</sup> Sulla correlazione tra tesi della natura dichiarativa e scuola dell'esegesi si veda A. GENTILI, *Interpretazione legale, modifiche normative e principio di ragionevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 909.

<sup>43</sup> Ma per una sintesi più approfondita si rinvia a A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 109 ss.

imporrebbe ai giudici, che alla stessa sono sottoposti. In quest'ordine di idee, a ben vedere, non sarebbe nemmeno corretto associare alle leggi di interpretazione autentica il fenomeno della retroattività, giacché il legislatore darebbe voce a un significato – *melius*: all'unico significato – che la disposizione di legge ha sempre avuto, motivo per cui sarebbe preferibile parlare di «retroattività apparente»<sup>44</sup>.

Proprio per questo l'adesione a una tesi simile non sarebbe neutra, nel senso che avrebbe risvolti ben precisi nella tematica di cui ci stiamo occupando in questa sede. Infatti, se è vero che in presenza di leggi interpretative la retroattività è soltanto apparente, allora il limite di cui all'art. 25 comma 2 Cost., che si riferisce appunto alle leggi retroattive, risulterebbe bypassato<sup>45</sup>, quantomeno ove l'interpretazione legislativa risulti genuina<sup>46</sup>.

Come si è accennato, la tesi dichiarativa non è più da alcuno sostenuta, essendo crollata congiuntamente al formalismo interpretativo e quindi all'idea che una disposizione legislativa contenga un solo significato “vero” o “autentico” e all'idea che il legislatore attuale dichiari la volontà del (presunto) legislatore originario<sup>47</sup>. Si è così consolidata in dottrina la tesi della natura decisoria dell'interpretazione autentica legislativa.

Punto di partenza è riconoscere che quella posta in essere dal legislatore non è un'attività interpretativa vera e propria<sup>48</sup>. L'interpretazione, infatti, è un'operazione logica, guidata da criteri legali; viceversa, adottare una legge equivale a manifestare una volontà novativa dell'ordinamento, modificativa del diritto obiettivo<sup>49</sup>. Il profilo “interpretativo” di questo tipo di leggi non si ricollegerebbe all'effettiva caratura teleologica delle stesse, bensì al

---

<sup>44</sup> Si veda ancora F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., 93.

<sup>45</sup> Cfr. A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete. Problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, cit., p. 70 ss. Di più: portare alle coerenti conseguenze la teoria dichiarativa significa anche ammettere che la legge interpretativa travolga i diritti quesiti, ivi compresi i giudicati formati sulla base della legge cui sia stata data dalla giurisprudenza una diversa – ed errata – interpretazione. Su quest'ultimo aspetto, diffusamente, A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, cit., p. 117 ss.

<sup>46</sup> In effetti un altro corollario della tesi dichiarativa è che, affinché una legge di interpretazione autentica possa considerarsi legittima, essa deve attribuire alla disposizione un significato effettivamente estraibile dal testo, perché altrimenti verrebbe meno l'elemento dichiarativo dell'attività interpretativa. Onde, seguendo quest'ordine di idee, alla Corte costituzionale spetterebbe verificare se la legge di interpretazione autentica sia effettivamente interpretativa, fermo restando che, ove l'operazione ermeneutica sia effettivamente tale, nessuna norma costituzionale, men che meno l'art. 25, comma 2, Cost., potrebbe ostacolare la sua validità. È questa la posizione espressa da C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954, p. 92 s., il quale specifica che, nel caso in cui la Consulta si trovi ad accertare che l'interpretazione legislativa non è corretta, e ci si trovi nella materia penale, la declaratoria di illegittimità costituzionale dovrebbe riguardare soltanto il profilo retroattivo della legge, ferma restando la sua applicabilità per i fatti di reato posti in essere dopo la sua entrata in vigore.

<sup>47</sup> Per una prima critica alla tesi dichiarativa si veda F. CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, IV, 305 ss.

<sup>48</sup> Sull'interpretazione autentica come atto di potere si veda A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 189 ss.

<sup>49</sup> Cfr., per tutti, G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 772 s.: «una legge di tal fatta perciò è interpretativa non perché interpreta, ma perché impone un'interpretazione: sia questa esatta o meno, poco importa, giacché al legislatore non interessava proporre la esatta interpretazione scientifica, ma imporre una e solo una interpretazione, quella presumibilmente che ad esso appariva la più opportuna».

dato esperienziale per il quale, di regola, l'interpretazione autentica si pone come strumento «di dialogo o di bisticcio»<sup>50</sup> con le opzioni ermeneutiche affacciate in giurisprudenza.

L'innovatività è del resto una naturale conseguenza dell'acquisizione dottrinale in base alla quale le disposizioni di legge constano usualmente di una pluralità di significati, sicché l'intervento legislativo "interpretativo" è finalizzato a selezionare uno soltanto di detti significati, mettendo in ombra tutti gli altri<sup>51</sup>. La tesi decisoria, tuttavia, va oltre, giungendo a sostenere che «la coincidenza tra significato imposto e significato ricavabile dalla disposizione fatta oggetto di interpretazione autentica è solo tendenziale, ma non si configura affatto come presupposto necessario, proprio perché l'esercizio di funzione legislativa non è condizionato da alcuna regola ermeneutica»<sup>52</sup>. Se quindi per la tesi dichiarativa la legittimità delle leggi di interpretazione autentica passa attraverso la genuinità dell'operazione ermeneutica, dovendo pur sempre ricavarsi un significato tra quelli effettivamente estraibili dalla cornice semantica dell'originario disposto normativo, per la tesi costitutiva tale aspetto passa in secondo piano, risultando legittime anche attribuzioni di significato che, ove poste in essere dal comune interprete in base all'art. 12 preleggi, sarebbero inesatte<sup>53</sup>.

Nel momento in cui si riconosce portata innovativa alle leggi di interpretazione autentica, allora la loro retroattività non può più considerarsi meramente apparente, ma effettiva. Si perviene, cioè, a una integrale equiparazione tra leggi interpretative e leggi retroattive in senso stretto, con l'unica differenza che le prime sarebbero implicitamente retroattive, giacché, sul piano strutturale, queste integrerebbero i disposti normativi "interpretati"<sup>54</sup>. Tale as-

---

<sup>50</sup> L'espressione è mutuata da R. TARCHI, *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o bisticcio?) tra Parlamento e giudici*, in *Foro it.*, 1988, I, 1344 ss.

<sup>51</sup> Cfr. nuovamente G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica*, cit., 775.

<sup>52</sup> A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 136.

<sup>53</sup> In questo senso vedi anche A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 75 s.

<sup>54</sup> Quest'ordine di idee è esposto con massima chiarezza da G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, cit., 776 ss. È opportuno evidenziare che l'impostazione tradizionale è stata duramente criticata da A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., *passim*. In particolare, è stato sostenuto che essa poggia su un vizio logico, vale a dire quello di postulare come coesistenti due leggi – quella interpretata e quella interpretativa –, la seconda delle quali non avrebbe una propria autonomia, risultando accessoria rispetto alla prima, alla quale si integrerebbe strutturalmente. Una simile coesistenza non sarebbe tuttavia ammissibile, poiché rimarrebbero formalmente in vigore due disposizioni diverse aventi il medesimo oggetto, e non si spiegherebbe perché il significato normativo della disposizione interpretante andrebbe privilegiato rispetto al contenuto normativo del testo interpretato. Pertanto, più corretto sarebbe ritenere che le c.d. leggi di interpretazione autentica non abbiano nulla di diverso da una qualsiasi altra legge ordinaria, anche sul piano dell'efficacia temporale, sicché il rapporto tra legge "interpretata" e legge "interpretativa" andrebbe risolto in termini di integrale abrogazione della prima. Ed esattamente come qualsiasi legge ordinaria, essa non disporrebbe che per l'avvenire, a meno che non sia espressamente stabilita la sua retroattività. Più precisamente, la "naturale" e "implicita" retroattività che viene comunemente attribuita alle leggi di interpretazione autentica poggerrebbe su una mera consuetudine, confliggente con la regola posta all'art. 11 delle preleggi e, quindi, *contra legem*. I rilievi espressi da questo Autore, a nostro avviso, appaiono condivisibili. Né riteniamo che possano essere superati postulando il carattere "costituzionale" della consuetudine (come sembra sostenere G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2012, 1077). Prima di Pugiotto, hanno sollevato dubbi sulla naturale retroattività delle leggi di interpretazione autentica A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria*, cit., 79; L. OLIVIERI, *Interpretazione e leggi di interpretazione autentica*, in A. Anzon (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica*, cit., 153; A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete*, cit., 65. Aderisce al punto di vista di Pugiotto E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza*, cit., 55

similazione – ed è ciò che più interessa in questa sede – non può che riflettersi sulla portata dell'art. 25, comma 2, Cost., giacché, seguendo questo ordine di idee, sarebbe illogico ritenere che le leggi di interpretazione autentica si smarchino dal limite ivi contemplato<sup>55</sup>.

La giurisprudenza costituzionale ha ormai fatto propria la tesi da ultimo esposta. Sono infatti ricorrenti affermazioni di questo genere: «è indifferente che il legislatore disponga l'operatività di una legge anche per il passato, anziché mediante un'apposita norma, mediante un diverso strumento, quale è, come nella specie, l'autodefinizione di interpretazione autentica. [...] La legge di interpretazione autentica infatti non si distingue dalla legge innovativa con efficacia retroattiva, essendo anch'essa innovativa»<sup>56</sup>; «ha scarsa importanza stabilire se i commi 3 e 4 costituiscano una norma innovativa con clausola di retroattività oppure una norma interpretativa, per sua natura retroattiva. Nell'uno e nell'altro caso la legge è soggetta al controllo di conformità al principio di ragionevolezza secondo criteri analoghi»<sup>57</sup>. La Consulta, cioè, pur non senza qualche sbandamento<sup>58</sup>, non attribuisce alle leggi interpretative

---

ss. Un vero e proprio invito ad abbandonare la categoria delle leggi di interpretazione autentica, definite come "cripto-retroattive" può trovarsi in R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., 153 (nota 37).

A tal proposito, giova osservare che il suggerimento di disapplicare per il passato le leggi di interpretazione autentica è stato in effetti raccolto da una parte della giurisprudenza. Invero, a fronte di un atteggiamento piuttosto permissivo assunto dalla Corte costituzionale rispetto all'impiego di questo tipo di legge, i giudici comuni hanno inaugurato un «rimedio giurisdizionale autarchico», che passa attraverso una strumentale riscoperta della tesi dichiarativa al solo scopo di applicare soltanto per il futuro le leggi fittiziamente interpretative. Una disapplicazione "fatta in casa", a mo di sindacato diffuso, senza che venga scomodato il Giudice delle leggi. Un chiaro esempio può trovarsi in Cassazione civile, sez. II, 28/08/2002, n. 12605, di cui si riportano alcuni passaggi: «una norma ha carattere interpretativo (con conseguente efficacia retroattiva) quando, pur rimanendo immutata la formulazione letterale della disposizione interpretata, se ne chiarisca e precisi il significato, giacché è necessario e sufficiente che la scelta ermeneutica imposta dalla legge interpretativa rientri tra le varianti di senso compatibili col tenore letterale del testo interpretato, stabilendo un significato che ragionevolmente poteva essere ascritto alla legge anteriore. Nella specie la natura interpretativa della norma, pur se espressamente enunciata, non è desumibile dalla disposizione avente carattere autonomo. Nell'ipotesi in esame è sufficiente far riferimento al contenuto della norma per rilevarne il carattere innovativo e la sua incompatibilità con i connotati propri della legge interpretativa. I commi 2 e 4 dell'articolo 9 della legge regionale 30-8-1994 n.12 - oggetto della legge interpretativa - prevedevano solo la soppressione delle Unità Sanitarie Locali e la costituzione delle Aziende per i servizi sanitari senza far alcun accenno né ai direttori generali di tali Aziende ed ai loro direttori generali quali commissari delle gestioni liquidatorie delle sopresse unità sanitarie locali, né alla rappresentanza di dette gestioni in materia di liti attive e passive. L'articolo 4 della legge regionale 4-9-2001 ha trattato quindi un aspetto di cui non è rinvenibile alcuna traccia nella norma precedente. Dalla natura non interpretativa della norma in questione deriva la sua irretroattività e, quindi, l'inapplicabilità di essa alla controversia in esame».

<sup>55</sup> Tra i giuspubblicisti si veda nuovamente G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica*, cit., p. 784. Nella dottrina penalistica si veda già G. DUNI, *Interpretazione autentica della legge penale*, in *Riv. pen.*, 1962, 157 ss. È interessante osservare che per questo A., in presenza di leggi interpretative sfavorevoli in campo penale, il giudice ordinario non dovrebbe scomodare la Corte costituzionale sollevando un incidente di costituzionalità, ma egli stesso disapplicare il profilo retroattivo della legge, applicandola soltanto *ex nunc*.

<sup>56</sup> Corte costituzionale, sentenza 123/1988.

<sup>57</sup> Corte costituzionale, sentenza 402/1993. Più recentemente si veda anche la sentenza 257/2011.

<sup>58</sup> Alludiamo a quelle pronunce che, nel proprio *iter* argomentativo, sembrano in realtà fare propri postulati tipici della tesi dichiarativa. Si pensi, ad esempio, alla sentenza 397/1994 (peraltro particolarmente significativa perché si propone l'obiettivo di fare il punto della situazione). Ivi può leggersi che «è costante insegnamento di questa Corte che il ricorso da parte del legislatore a leggi di interpretazione autentica non può essere utilizzato per mascherare norme effettivamente innovative dotate di efficacia retroattiva, in quanto così facendo la legge interpretativa tradirebbe la funzione che le è propria: quella di chiarire il senso di norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili col tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative». E' quindi compito del giudice accertare l'effettivo carattere interpretativo della legge interpretativa, fermo restando che l'esito positivo di questo accertamento «non è sufficiente ad escluderne il contrasto

una qualche specificità, concentrandosi soltanto sul suo profilo “naturalmente” retroattivo, e quindi sottoponendo tali leggi allo stesso scrutinio di costituzionalità delle leggi retroattive vere e proprie.

Vero è che nella giurisprudenza costituzionale non sembrano rintracciarsi aperture anche nel senso che le leggi di interpretazione autentica potrebbero assegnare un significato estraneo alla cornice semantica del disposto interpretato, dovendo l'interpretazione prospettata dal legislatore essere quantomeno “plausibile”<sup>59</sup>. Cionondimeno, sono assai rare le pronunce che pervengono a una declaratoria di incostituzionalità delle leggi di interpretazione autentica per il sol fatto che l'interpretazione non sia “plausibile”, e cioè che ci si trovi di fronte a leggi solo fittiziamente interpretative<sup>60</sup>; ed anzi la sensazione è che al riferimento all'interpretazione “plausibile” sovente non segua affatto un'effettiva indagine da parte della Corte sul contenuto del disposto interpretato<sup>61</sup>. In coerenza con tali acquisizioni, la Corte costituzionale è ferma nel sostenere che il limite posto dall'art. 25, comma 2, Cost. si estenda anche alle leggi interpretative<sup>62</sup>.

---

con i principi costituzionali», di talché – implicitamente – la Consulta ha sancito che il carattere non effettivamente interpretativo di una legge di interpretazione autentica può, di per sé, giustificare una declaratoria di illegittimità costituzionale, quantomeno nella parte in cui tale legge impone il significato “estroso” anche per il passato.

<sup>59</sup> Si veda, tra le altre, la sentenza 274/2006, ove può leggersi: «non è decisivo verificare se la norma censurata abbia carattere effettivamente interpretativo (e sia perciò retroattiva) ovvero sia innovativa con efficacia retroattiva. Infatti, il divieto di retroattività della legge – pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore ordinario deve in principio attenersi – non è stato elevato a dignità costituzionale, salva per la materia penale la previsione dell'art. 25 della Costituzione. Quindi il legislatore, nel rispetto di tale previsione, può emanare sia disposizioni di “interpretazione autentica”, che determinano – chiarendola – la portata precettiva della norma interpretata fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso dalla stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti».

<sup>60</sup> Si veda, ad esempio, la sentenza 155/1990, di cui si riportano i seguenti passaggi: «fondata è invece la questione sotto il secondo dei profili dedotti, essendo chiaro che il legislatore, oltrepassando i limiti di ragionevolezza, ha definito interpretativa una disciplina che, invece, ha natura innovativa. In conformità ad una costante giurisprudenza (cfr. da ultimo la sent. n. 233 del 1988), va riconosciuto carattere interpretativo soltanto ad una legge che, fermo il tenore testuale della norma interpretata, ne chiarisce il significato normativo ovvero privilegia una tra le tante interpretazioni possibili, di guisa che il contenuto precettivo è espresso dalla coesistenza delle due norme (quella precedente e l'altra successiva che ne esplicita il significato), le quali rimangono entrambe in vigore e sono quindi anche idonee ad essere modificate separatamente. [...] In tale quadro è evidente che si è chiaramente fuori dall'ambito di un'interpretazione autentica: precisamente, con la l. n. 67 del 1987 il legislatore ha notevolmente modificato la disciplina precedente (l. n. 416 del 1981), illegittimamente disponendo peraltro che quello era il significato della suindicata normativa preesistente. Cade così con la qualifica arbitrariamente attribuita la conseguente efficacia retroattiva, e pertanto la nuova disciplina ex l. n. 67 del 1987 è applicabile secondo la disciplina generale della legge nel tempo».

<sup>61</sup> Fornisce un quadro dettagliato (che può considerarsi tutto sommato ancora attuale) delle posizioni della Corte costituzionali sul punto A. GARDINO CARLI, *Il legislatore interprete*, cit., 147 ss.

<sup>62</sup> Si veda, tra le altre, la sentenza 432 del 1997: «in proposito va premesso che non è necessario verificare se la disposizione censurata abbia carattere interpretativo, oppure, come ritiene il giudice rimettente, sia una norma puramente innovativa con efficacia retroattiva. Tanto nel caso della norma propriamente interpretativa, quanto in quello della norma semplicemente retroattiva, infatti, questa Corte ha già precisato che la legge rimane pur sempre soggetta al controllo di conformità rispetto al canone generale di ragionevolezza. [...] Ciò premesso, si deve ricordare che il divieto di retroattività della legge non è stato elevato a dignità costituzionale, se si eccettua la previsione dell'art. 25 della Costituzione, limitatamente alla legge penale (ex plurimis: sentenze n. 153 del 1994, n. 283 del 1993). Pertanto, secondo la giurisprudenza costituzionale, il legislatore ordinario può, nel rispetto di tale limite, emanare norme retroattive, purché trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti (sentenze n. 6 del 1994 e n. 822 del

## 5. Il principio di legittimo affidamento come limite alle leggi retroattive nella dottrina italiana

Come sovente avviene, gli approdi cui è giunta la Corte costituzionale sul tema hanno ripreso in gran parte riflessioni già presenti negli studi della dottrina. Le risposte date da quest'ultima all'interrogativo relativo all'esistenza di limiti costituzionali alle leggi retroattive ulteriori rispetto a quello sancito dall'art. 25 comma 2 Cost. hanno oscillato ora verso il lato dell'autorità (*id est*, della possibilità per il legislatore di comandare anche per il passato), ora verso il lato della libertà (*id est*, della tutela delle scelte responsabilmente assunte dai cittadini sulla base della disciplina vigente al momento del compimento della propria condotta)<sup>63</sup>.

Assai difficile è trovare voci dottrinali pronte a sostenere l'assoluta libertà in capo al legislatore di adottare disposizioni di carattere retroattivo (con l'eccezione, si ripete, dell'ambito penale). Forse quella che si avvicina di più a questo estremo si trova nell'opera di Grottanellidè Santi, il quale sottopose a serrata critica tutte le tesi affacciate in dottrina affermanti un principio generale di irretroattività immanente al quadro costituzionale<sup>64</sup>. A ben vedere, tuttavia, egli non esclude affatto che in Costituzione siano previsti limiti ulteriori alla retroattività legislativa, specificando però che essi debbano essere ricavati dalle disposizioni relative ai singoli diritti costituzionali, e in particolar modo da quelli attinenti le libertà individuali<sup>65</sup>. Aggiunse, inoltre, che le leggi retroattive non si sottraggono al divieto di arbitrio che discende dal principio di eguaglianza, e che anzi rispetto a esse il sindacato della Corte si fa più penetrante<sup>66</sup>.

Più facile, invece, è scovare autori che, di contro, hanno assolutizzato il divieto di retroattività, di fatto "costituzionalizzando" quanto disposto dall'art. 11 comma 1 delle preleggi e in ossequio alla tradizione liberale. È quanto fa, autorevolmente, Rolando Quadri. Nel famoso volume dedicato all'applicazione della legge in generale, infatti, egli sostenne la radicale incostituzionalità di qualunque legge retroattiva, risultando essa incompatibile con l'essenza stessa dello Stato di diritto. A suo avviso, infatti, «la retroattività degrada l'uomo da *soggetto* ad *oggetto* [...], equivale al disconoscimento di quella *libertà* che lo Stato di diritto vuole garantita come espressione della personalità»<sup>67</sup>. Sarebbe vano cercare in una o in altra dispo-

---

1988). Se queste condizioni sono osservate, la retroattività, di per sé sola, non può ritenersi elemento idoneo ad integrare un vizio della legge, neppure in riferimento all'ipotesi particolare di incidenza su diritti di natura economica (sentenza n. 385 del 1994)».

<sup>63</sup> Come ha osservato G. GROTTANELLIDÈ SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, cit., p. 77, «la storia del principio di irretroattività della legge rappresenta un aspetto o un settore particolare della storia dei limiti che sono stati posti alla libertà e alla sovranità del legislatore».

<sup>64</sup> *Ivi*, 9-66. Per un'opinione simile si vedano L. PALADIN, *Appunti sul principio di irretroattività delle leggi*, in *Foro amm.*, 1959, 946 ss.; G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica*, cit., 786 ss. e A. AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria*, cit., 80 s.

<sup>65</sup> G. GROTTANELLIDÈ SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, cit., 77-161.

<sup>66</sup> *Ivi*, 98 ss. Sull'importanza del principio di eguaglianza quale limite alle leggi retroattive si veda anche A. CERRI, *Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. cost.*, 1975, 517 ss.

<sup>67</sup> R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., 170, che così prosegue: «a che *pro* attribuire diritti, doveri, capacità, se tutte le manifestazioni della personalità giuridica potessero poi risolversi in un inganno e non costituire il fondamento della libera esplicazione della personalità? In realtà una crisi del divieto di retroatti-



sizione costituzionale l'affermazione del generale principio di irretroattività, giacché tale principio non scritto «corre nelle viscere di tutto l'ordinamento»<sup>68</sup>.

La maggior parte delle posizioni dottrinali si sono, però, collocate a metà tra questi due estremi; ed è proprio in questa terra di mezzo che ha trovato il suo *humus* il c.d. principio di affidamento.

Le prime suggestioni circa l'esistenza di un principio di legittimo affidamento del cittadino verso l'operato dell'organo legislativo sono rintracciabili negli anni '60 del secolo scorso nella letteratura tedesca, dalla quale ha tratto poi spunto il *Bundesverfassungsgericht*<sup>69</sup>. In Italia tali riflessioni risuonano nell'opera monografica di Fabio Merusi<sup>70</sup>, il quale ha dato avvio a un dibattito ancora vivo a distanza di quasi cinquant'anni. In estrema sintesi, questo Autore sostenne l'esistenza di un principio costituzionale non scritto di buona fede, avente la stessa efficacia giuridica degli altri precetti generali contenuti nella Costituzione. Un principio che si tradurrebbe «nell'obbligo di prendere in considerazione la situazione di affidamento precedentemente determinata dallo stesso legislatore e di non violarla se non per motivi comparativamente prevalenti su quelli che giustificano la tutela della situazione giuridica di vantaggio del cittadino»<sup>71</sup>. Ancorché non esplicitato in Costituzione, questo principio potrebbe trarsi da una serie di «indici di evidenziamento», che Merusi individua soprattutto nell'alveo delle norme che compongono la Costituzione economica<sup>72</sup>.

La tesi prospettata da Merusi non ha convinto tutta la dottrina italiana successiva<sup>73</sup>, ma è bene osservare che pressoché tutte le ricostruzioni dottrinali successive hanno soltanto spostato il baricentro fondativo del principio, senza negarne in alcun modo consistenza. Manganaro<sup>74</sup>, ad esempio, ha parlato anch'egli di principio di buona fede ma, diversamente da Merusi, ne ha negato il carattere integrativo della norma primaria<sup>75</sup>, gli ha attribuito una nozione più ampia<sup>76</sup> e lo ha ancorato esclusivamente al dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.<sup>77</sup>. C'è chi più genericamente ha fatto riferimento alla forma di stato democratica, giac-

---

vità della legge si risolve in una crisi dello Stato di diritto, perché mette in crisi la personalità dell'essere umano che si risolve nella sua libertà, perché mette in crisi la "legalità" e scuote le fondamenta dell'ordine sociale».

<sup>68</sup> *Ivi*, 173.

<sup>69</sup> Per qualche riferimento bibliografico, oltreché per la ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale tedesca sul punto, cfr. D.U. GALLETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie*, cit., 1905 ss. Cfr. altresì C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento*, cit., 9 ss.

<sup>70</sup> Ci riferiamo nuovamente a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.

<sup>71</sup> *Ivi*, 33.

<sup>72</sup> *Ivi*, 46 ss.

<sup>73</sup> Si colloca sullo suo stesso orizzonte teorico almeno S. SPUNTARELLI, *La buona fede quale parametro di giudizio per la tutela del legittimo affidamento (nota a C. Cost. 30 gennaio 2009, n. 24)*, in *Giur. cost.*, 2009, 1, 175-181.

<sup>74</sup> F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, cit.

<sup>75</sup> *Ivi*, 63 ss.

<sup>76</sup> *Ivi*, p. 65 ss. e 202 ss. In particolare, per Manganaro la buona fede non coincide con il principio di affidamento, costituendo quest'ultimo soltanto uno dei suoi possibili elementi identificativi. La buona fede, per questo A., è sinonimo di correttezza, che si esprime in una molteplicità di aree applicative, e in primo luogo in quella della partecipazione al procedimento (v. 136 ss.).

<sup>77</sup> *Ivi*, p. 116: «il principio di buona fede o di correttezza discende, perciò, dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione e consiste nell'esercitare i diritti in maniera tale da non comportare un eccessivo sacrificio della sfera giuridica altrui». Il riferimento all'art. 2 Cost. era già presente in G. GUARINO, *Sul regime costitu-*

ché l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituirebbe un «elemento fondamentale dello Stato di diritto»<sup>78</sup>. Altra dottrina ha fatto leva sulle norme costituzionali sulle libertà e sulla dignità della persona umana, poiché la tutela dell'affidamento è strettamente funzionale alla capacità di autorealizzazione dell'individuo<sup>79</sup>. Altri ancora hanno tratteggiato l'affidamento come un principio a vocazione sistemica, ritenendo poco sensato ipotizzare l'esistenza di un unico e onnicomprensivo diritto di affidamento, essendo piuttosto rinvenibile tale principio in congiunzione ai vari diritti fondamentali previsti dalla Costituzione, in funzione dei quali la tutela dell'affidamento varierebbe in misura e modo<sup>80</sup>.

## 6. Il principio di legittimo affidamento come limite alle leggi retroattive nella giurisprudenza costituzionale

Il Giudice delle leggi ha avuto modo di confrontarsi con il problema della retroattività legislativa fin dai primi anni della propria attività, assumendo però in una prima fase un atteggiamento piuttosto prudente. Paradigmatica la sentenza 118 del 1957, nella quale la Corte riconobbe che il principio di irretroattività delle leggi rappresenta «un'antica conquista della nostra civiltà giuridica», osservando però che, in disparte la materia penale, esso «non è mai assunto nel nostro ordinamento alla dignità di norma costituzionale». Pertanto spetta alla «prudente valutazione del legislatore» assicurare che non si abusi della retroattività legislativa, fermo restando che – e in questo *obiterdictum* si trova l'affermazione più audace – «con ciò non si vuole escludere che in singole materie, anche fuori di quella penale, l'emanazione di una legge retroattiva possa rivelarsi in contrasto con qualche specifico precetto costituzionale»<sup>81</sup>. Del principio di affidamento, dunque, non v'è ancora alcuna traccia, ma si lascia trapelare che la retroattività legislativa possa trovare limiti costituzionali anche al di fuori della materia penale<sup>82</sup>.

---

zionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, II, 144, peraltro criticato sul punto da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 24 s.

<sup>78</sup> Cfr. P. CARNEVALE, *Legge di interpretazione autentica*, cit.

<sup>79</sup> Cfr. E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza*, cit., 91 ss., sviluppando uno spunto già presente in F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, CEDAM, 1973, 325.

<sup>80</sup> Il riferimento è a M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1838 s. Aderiscono a questa tesi D.U. GALLETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie*, cit., 1916 e F.F. PAGANO, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, cit., 10.

<sup>81</sup> Nella presa di posizione della Corte costituzionale riecheggia il pensiero dell'estensore della motivazione, vale a dire Aldo Sandulli, che già in un proprio scritto precedente, confrontandosi con il tema, ebbe modo di affermare che il principio di irretroattività costituzione per il legislatore un impegno morale più che un impegno giuridico: cfr. A.M. SANDULLI, *Il principio di irretroattività delle leggi e la costituzione*, in *Foro amm.*, 1947, II, 1, 73 ss.

<sup>82</sup> È quanto accade, a mero titolo di esempio, nella sentenza 44 del 1966, la quale dichiarò l'illegittimità costituzionale di una norma tributaria retroattiva per violazione dell'art. 53 Cost. Segnatamente, la Corte ravvisò la violazione del principio di capacità contributiva con riferimento alla disposizione che consentiva ai Comuni di applicare un'imposta anche a carico di coloro che avessero alienato delle aree posteriormente alla data di riferimento, ma prima dell'entrata in vigore della legge, osservando che «in questo caso si ha l'applicazione dell'imposta a rapporti esauriti, senza che questa efficacia retroattiva della norma sia sorretta da alcuna razionale presunzione che gli effetti economici dell'alienazione, e del valore realizzato con essa, permangono nella sfera patrimoniale

L'affidamento fa capolino per la prima volta nella sentenza 349 del 1985, che – dopo quella del 1957 – costituisce indubbiamente la seconda tappa fondamentale della giurisprudenza costituzionale in ordine alla problematica della retroattività legislativa. Ivi si trova la seguente affermazione, in seguito oggetto di ripetute (e tratte) citazioni da parte della stessa Consulta: «dette disposizioni [quelle retroattive: *n.d.r.*] però, al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»<sup>83</sup>.

Sennonché, la giurisprudenza successiva dimostra che il principio di affidamento, nonostante l'apparente valorizzazione conseguita (essendo qualificato come «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»), non ha ancora conquistato un'autonoma dignità, rimanendo ingabbiato entro la tecnica del combinato disposto. Detto altrimenti, la Corte, durante gli anni '90, nelle (rare) volte in cui ha dichiarato l'incostituzionalità di leggi retroattive, pur ravvisando la lesione del principio di affidamento, ha «sempre richiesto la contemporanea lesione di precetti costituzionali specifici, associandone l'affermazione alla protezione di altre esigenze costituzionalmente tutelate, come ad esempio, l'adeguatezza del trattamento previdenziale (art. 38 Cost.), la garanzia del diritto di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), la tutela della funzione giurisdizionale (artt. 101 e 103 Cost.)»<sup>84</sup>.

La tecnica del combinato disposto viene abbandonata con la sentenza 416 del 1999. In questa pronuncia, infatti, la Corte perviene a una declaratoria di incostituzionalità ravvisando una violazione dell'art. 3 Cost.; violazione che viene rinvenuta «non sotto il profilo dell'asserita disparità di trattamento», bensì «sotto quello del contrasto con la esigenza di tutelare l'affidamento del cittadino»<sup>85</sup>. Il principio di affidamento, pertanto, assume qui autonomia dignità nell'ambito del giudizio di ragionevolezza operato dalla Corte.

Come la dottrina ha puntualmente segnalato, la giurisprudenza costituzionale successiva non ha mancato di tornare sui propri passi, «marginalizzando» il principio di affidamento attraverso il ricorso al combinato disposto con altre disposizioni costituzionali<sup>86</sup>. Cio-

---

del soggetto, data anche la possibilità che l'alienazione sia avvenuta in un tempo notevolmente remoto, in cui non era neanche prevedibile l'istituzione dell'imposta».

<sup>83</sup> Aggiunge questa pronuncia che «in particolare non potrebbe dirsi consentita una modificazione legislativa che, intervenendo in una fase avanzata del rapporto di lavoro, ovvero quando addirittura è subentrato lo stato di quiescenza, peggiorasse senza un'inderogabile esigenza, in misura notevole e in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza spettante, con la conseguente, irrimediabile vanificazione delle aspettative legittimamente nutrite dal lavoratore per il tempo successivo alla cessazione della propria attività».

<sup>84</sup> Così F. SORRENTINO, *Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 3, 897, ma l'osservazione è assolutamente diffusa in dottrina: si vedano, tra gli altri, A. CELOTTO, *Un importante riconoscimento del principio di «affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica»*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 130 ss. e P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa*, cit., 25.

<sup>85</sup> Sull'assoluta importanza della pronuncia in termini di superamento della tecnica del combinato disposto è concorde, pur con diversi accenti, tutta la dottrina: cfr. D.U. GALLETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie*, cit., 1912 s.; F.F. PAGANO, *Il principio di affidamento*, cit., 9; P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa*, cit., 25.

<sup>86</sup> Cfr., da ultimo, P. CARNEVALE - G. PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, cit., 4, ove può leggersi che «da allora, la strada seguita dal giudice delle leggi non sempre è rimasta univoca e fedele a

nondimeno, resta il fatto che a tale arresto è stata data continuità<sup>87</sup>, e pertanto può affermarsi che, allo stato attuale, la Corte costituzionale ha riconosciuto l'esistenza di un principio non scritto di affidamento del cittadino nei confronti dell'attività del legislatore.

Di più: il principio di affidamento ha trovato da qualche anno una "secondamadre" nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, attraverso la mediazione dell'art. 117 Cost. Siamo giunti così alla quarta e ultima tappa del percorso della giurisprudenza costituzionale sul punto, che può farsi coincidere con la sentenza 78 del 2012<sup>88</sup>. Anzitutto, alla ripetizione del segmento motivazionale della sentenza del 1985, sopra riportato, in motivazione se ne aggiunge uno del tutto nuovo: «il legislatore – nel rispetto di tale previsione – può emanare norme retroattive, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti "motivi imperativi di interesse generale", ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)». In seguito la Corte, dopo aver ravvisato la violazione dell'art. 3 Cost., *sub specie* del suo corollario del principio di affidamento, ha soggiunto che l'incostituzionalità della disposizione oggetto del giudizio deriva anche dalla violazione dell'art. 117 Cost., quale parametro integrato dalla CEDU, giacché «nel caso in esame, come si evince dalle considerazioni dianzi svolte, non è dato ravvisare quali sarebbero i motivi imperativi d'interesse generale, idonei a giustificare l'effetto retroattivo»<sup>89</sup>.

---

quella significativa opzione, non mancando decisioni in cui si registra un ritorno alla logica del necessario combinato disposto».

<sup>87</sup> Da ultimo, si veda la sentenza 108 del 2016, che ha appunto dichiarato l'incostituzionalità di una legge (impropriamente) retroattiva per contrasto con l'art. 3, presentando il principio dell'affidamento come «una delle molteplici declinazioni dell'art. 3 Cost.».

<sup>88</sup> Per completezza, va osservato che la Corte costituzionale si è confrontata con la giurisprudenza della Corte EDU in tema di leggi con efficacia retroattiva (nella specie, una legge di interpretazione autentica) già nella sentenza 311 del 2009. In quel caso, tuttavia, il giudice *a quo* non individuò come parametro il principio di affidamento, ma un diverso profilo di (potenziale) illegittimità delle leggi retroattive, e segnatamente la violazione del principio del giusto processo.

<sup>89</sup> Più precisamente, in motivazione può leggersi che quanto segue: «la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio di preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 della Convenzione ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (*ex plurimis*: Corte europea, sentenza sezione seconda, 7 giugno 2011, Agrati ed altri contro Italia; sezione seconda, 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; sezione quinta, 11 febbraio 2010, Javaugue contro Francia; sezione seconda, 10 giugno 2008, Bortesi e altri contro Italia). Pertanto, sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all'art. 25 Cost.), se giustificato da "motivi imperativi d'interesse generale", che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e a questa Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza della Cedu ai singoli ordinamenti statali (sentenza n. 15 del 2012)». Mette conto rilevare che le affermazioni contenute nella sentenza n. 78 del 2012 sono state ribadite successivamente da diverse pronunce: si vedano, ad esempio, le decisioni 264/2012, 170/2013, 156/2014, 150/2015 e 174/2015.

## 7. Il principio di legittimo affidamento come limite alle leggi retroattive nella giurisprudenza della Corte EDU

La sentenza da ultimo richiamata sembrerebbe lasciare intendere che tra la giurisprudenza del nostro Giudice delle leggi e quella della Corte di Strasburgo vi sia una sostanziale armonia. Tale raffigurazione, in realtà, sarebbe oltremodo ingannevole. Per capirne la ragione, tuttavia, giova soffermarsi proprio sulla giurisprudenza della Corte EDU, la quale fungerà anche da spunto per aprire un capitolo particolarmente attuale e meritevole di approfondimento: quello della tutela dell'affidamento riposto su un orientamento giurisprudenziale consolidato.

Si parta con l'osservare che la CEDU, conformemente a tutte le Carte dei diritti fondamentali dell'epoca contemporanea, cristallizza il principio del *nullum crimen sine lege* nell'art. 7, che quindi si pone – almeno sul piano formale – come disposizione gemella del nostro art. 25 comma 2 Cost. Esattamente come nella nostra Carta costituzionale, invece, non si rinviene alcun altro limite esplicito alla retroattività legislativa; ciò non ha tuttavia impedito ai giudici di Strasburgo di fronteggiare tale fenomeno attraverso due diverse strade, che transitano la prima all'interno del principio del giusto processo, contemplato dall'art. 6 della Convenzione, e la seconda nel cuore del diritto di proprietà, sancito dall'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1<sup>90</sup>.

Per quanto concerne l'art. 6 CEDU, la Corte ha ravvisato l'illegittimità di interventi legislativi retroattivi che si risolvono in un'ingerenza del potere legislativo sul potere giudiziario. In una prima fase (sentenza *Raffinerie greche Stran e StratisAndreatis c. Grecia* del 1994<sup>91</sup>), la Corte ha affermato la sussistenza di una violazione dell'art. 6 laddove sostanzialmente la legge fosse intervenuta durante la pendenza di uno o più procedimenti giurisdizionali di cui lo Stato fosse stata parte allo scopo di invertirne le sorti, verosimilmente infauste. In un secondo momento (e segnatamente a partire dalla sentenza *Cabourdin c. Francia* del 2006<sup>92</sup>), invece, la Corte ha enucleato dall'art. 6 il più generale principio della "parità delle armi", sicché una violazione sarebbe riscontrabile anche quando l'intervento legislativo finisca per influenzare delle controversie platealmente a vantaggio di una delle due parti, anche quando coinvolto non sia un soggetto pubblico. Il principio di diritto più volte ribadito dalla Corte di Strasburgo è il seguente: «se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative di interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'ammini-

---

<sup>90</sup> Ripercorre le varie fasi della giurisprudenza della Corte EDU sul punto A. VALENTINO, *Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 9 ss. Per una raccolta estremamente dettagliata della giurisprudenza della Corte EDU sul tema cfr. R. NEVOLA (a cura di), *La retroattività della legge nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ottobre 2013.

<sup>91</sup> Corte EDU, *Raffinerie greche Stran e StratisAndreatis c. Grecia*, 9 dicembre 1994.

<sup>92</sup> Corte EDU, *Cabourdin c. Francia*, 11 aprile 2006, a stretto giro confermata da Corte EDU, *Vezon c. Francia*, 18 aprile 2006, e da Corte EDU, *Lecarpentier c. Francia*, 14 maggio 2006.

strazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia»<sup>93</sup>. Tali “ragioni imperative di interesse generale” sono state individuate dalla Corte nella necessità di rimediare a imperfezioni tecniche di una norma precedente<sup>94</sup> o dalla ricorrenza di eventi del tutto eccezionali come la riunificazione delle due Germanie<sup>95</sup>.

Decisamente più eclettico, invece, si rivela l'impiego dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione per osteggiare il fenomeno della retroazione legislativa. Questa operazione si è resa possibile grazie al progressivo ampliamento del concetto di proprietà fatto proprio dalla Corte, che è andato ben oltre la latitudine tipica degli ordinamenti di stampo romanistico. Invero, quantomeno a partire dalla sentenza *Pine Valley*<sup>96</sup>, «la tutela tipica del diritto di proprietà è stata accordata a qualsiasi interesse di natura patrimoniale, indipendentemente dalla qualificazione (proprietaria o non proprietaria) ad esso riservata dall'ordinamento nazionale»<sup>97</sup>. Oggetto di proprietà viene considerato non soltanto un bene attuale, ma anche un più generico valore patrimoniale, purché sussista un legittimo affidamento al suo conseguimento<sup>98</sup>. Detto altrimenti, oggetto del diritto di proprietà può anche essere un diritto di credito, purché sussista una solida aspettativa al conseguimento della prestazione dovuta.

Questo modo di intendere il legittimo affidamento è sbocciato proprio in presenza di leggi aventi portata retroattiva, le quali potrebbero tradire una consolidata aspettativa al conseguimento di un valore patrimoniale che, ancorché non attuale, avrebbe potuto considerarsi di sicura apprensione<sup>99</sup>. La circostanza più significativa è che la Corte EDU, nel saggiare la presenza di un simile affidamento, attribuisce un peso vieppiù rilevante alla presenza di una giurisprudenza consolidata<sup>100</sup>, per una ragione molto semplice ma gravida di implicazioni si-

---

<sup>93</sup> Corte EDU, *Agrati c. Italia*, 7 giugno 2011, § 58.

<sup>94</sup> È quanto avvenuto nel caso *National Building* (Corte EDU, *National and Provincial Building Society e a. c. Regno Unito*, 23 ottobre 1997) in cui la Corte ha escluso la violazione dell'art. 6 essendo il legislatore intervenuto per ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore.

<sup>95</sup> Corte EDU, *Forrer-Niederthal c. Germania*, 20 febbraio 2003.

<sup>96</sup> Corte EDU, *Pine Valley Developments Ltd. e altri c. Irlanda*, 29 novembre 1991

<sup>97</sup> Così U. MATTEI, *La proprietà*, Padova, CEDAM, 2015, 134. Sul concetto di “bene” fatto proprio dalla Corte di Strasburgo, comprensivo anche della nozione della legittima aspettativa, si vedano A. GIARDINA, *Il diritto di proprietà nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*, Milano, Giuffrè, 2013, 34 s.; G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà. Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, Giappichelli, 2013, 102 ss.

<sup>98</sup> «Trattandosi della portata autonoma della nozione di “bene”, la Corte fa riferimento alla sua consolidata giurisprudenza (Iatridis c. Grecia [GC], n° 31107/96, § 54, CEDH 1999-II, e Beyeler c. Italia [GC], n° 33202/96, § 100, CEDH-2000 I). In particolare, ricorda che la nozione in questione può ricoprire sia “beni attuali” che valori patrimoniali, ivi compresi i crediti, in virtù dei quali un ricorrente può sostenere di avere almeno una “speranza legittima” di ottenere il godimento effettivo di un diritto di proprietà»: così Corte EDU, *Plalam spa c. Italia*, 18 maggio 2010, § 36.

<sup>99</sup> Si veda, ad esempio, Corte EDU, *Belmonte c. Italia*, 16 marzo 2010, in cui è stata ravvisata una lesione del diritto all'indennità di esproprio, essendosi verificata una decurtazione dell'importo complessivamente liquidato dalla Corte d'appello a causa del ritardo nella liquidazione accumulato dalla pubblica amministrazione, ritardo che aveva consentito l'entrata in vigore della legge prevedente l'applicazione di un'imposta sull'indennità suddetta.

<sup>100</sup> Si veda, ad esempio, Corte EDU, *Centro Europa 7 Srl e Di Stefano c. Italia*, 7 giugno 2012, § 73: «in alcune circostanze, anche l'«aspettativa legittima» di ottenere un valore patrimoniale può beneficiare della tutela dell'articolo 1 del Protocollo n. 1. Così, quando l'interesse patrimoniale è dell'ordine del credito, si può considera-

stematiche: il concetto di diritto acquisito dai giudici di Strasburgo non è limitato al solo diritto positivo, ma abbraccia anche il c.d. diritto vivente, e quindi l'interpretazione che del dato positivo dà la giurisprudenza, specie se consolidata<sup>101</sup>.

## 8. Il diverso peso della giurisprudenza consolidata nella perimetrazione del legittimo affidamento tra Roma e Strasburgo

Proprio il grande rilievo che la Corte di Strasburgo assegna alla giurisprudenza consolidata – *id est* all'interpretazione unanime o comunque largamente prevalente di una certa disposizione di legge – segna la grande differenza dei concetti di legittimo affidamento enucleati dalla nostra Corte costituzionale e dalla Corte EDU.

Invero, si è già visto che, sul piano teorico, il Giudice delle leggi ha individuato un limite alla retroattività legislativa ulteriore rispetto a quello esplicitato in Costituzione: questo limite è rappresentato dal principio di legittimo affidamento. Come unanimemente rilevato dalla dottrina, tuttavia, sul piano pratico, nella stragrande maggioranza dei casi tale principio, che sia autonomamente considerato oppure letto congiuntamente ad altri principi costituzionali, rimane succube di altre esigenze inderogabili nel bilanciamento operato dalla Corte costituzionale<sup>102</sup>. Ciò è tanto più vero quando l'effetto retroattivo discende da una legge interpretativa, emergendo dall'analisi della giurisprudenza costituzionale «una condotta della Consulta largamente assolutoria nei confronti del legislatore interprete, grazie ad una serie di strategie argomentative ed artifici dialettici che la pongono nelle condizioni invidiabili di porre comunque in scacco l'eccezione di incostituzionalità proposta dall'autorità remittente»<sup>103</sup>. Questo atteggiamento assolutorio è riscontrabile anche nel caso in cui la legge retroattiva finisce per sovvertire un orientamento granitico a livello giurisprudenziale<sup>104</sup>. Circostanza che – si badi

---

re che l'interessato disponga di una aspettativa legittima se un tale interesse presenta una base sufficiente nel diritto interno, ad esempio quando è confermato da una giurisprudenza ben consolidata dei tribunali».

<sup>101</sup>Sul punto avremo modo di tornare diffusamente *infra*.

<sup>102</sup> Cfr. G. LEONE, *Dalla nuova tecnica di sindacato del Giudice costituzionale e del Giudice amministrativo alla (auspicata) nuova tecnica di redazione degli atti legislativi ed amministrativi in presenza dei principi di tutela dell'affidamento e della irretroattività degli atti legislativi ed amministrativi*, in *Dir. pubb. eur. rassegna online*, novembre 2016, 41: «dall'esame complessivo della giurisprudenza costituzionale nazionale in questa breve rassegna emerge, con assoluta prevalenza, l'opinione della (quasi sempre) invincibile forza del legislatore di modificare retroattivamente posizioni che avevano fatto affidamento su precedenti comportamenti assunti dal legislatore stesso». Nello stesso senso A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, cit., 26 s., in cui può leggersi che «il riferimento costante della Consulta alla discrezionalità legislativa segnala una "rinuncia a ragionare per principi", a favore di una giurisprudenza costituzionale casistica. Negandosi all'irretroattività l'attitudine a operare quale *autonomo* parametro di giudizio, il sindacato di legittimità offre, al più, una garanzia intermittente: qui ma non là, talvolta ma non sempre, per alcuni settori dell'ordinamento ma non per tutti». Considerazioni analoghe possono rinvenirsi in C. DI MARTINO, *Il legittimo affidamento nel bilanciamento della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di retroattività legislativa*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, cit., 202, secondo cui «per la Corte costituzionale sembra vigere una presunzione favorevole rispetto alle valutazioni del legislatore».

<sup>103</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 309.

<sup>104</sup> Rispetto a questo schema complessivo, si è posta in netta controtendenza, però, la sentenza 525 del 2000 della Corte costituzionale che, ancorché un po' datata, merita un approfondimento poiché, da un lato, è sintomatica delle contraddizioni in cui sovente cade il Giudice delle leggi nella materia in esame e, dall'altro lato, si

bene – è oltremodo ricorrente, giacché sovente le c.d. leggi di interpretazione autentica intervengono proprio al fine di porre nei nulli orientamenti ermeneutici sgraditi.

La giurisprudenza della Corte EDU, invece, ha assunto nel tempo un atteggiamento indubbiamente più rigoroso, censurando gli interventi legislativi retroattivi marcatamente abusivi, perché teleologicamente orientati a influire sui processi in corso favorendo una parte rispetto all'altra, e attribuendo rilievo all'esistenza di un'interpretazione giurisprudenziale consolidata sulla quale il singolo consociato ha riposto il proprio affidamento.

Questa diversità di vedute<sup>105</sup> è letteralmente esplosa qualche anno fa, quando è andato in scena – più che un dialogo – una sorta di battibecco tra le due Alte Corti<sup>106</sup>.

Il primo episodio di questo battibecco ha ruotato attorno a una legge di interpretazione autentica relativa al trattamento stipendiale del personale ATA<sup>107</sup>. In estrema sintesi, molti dipendenti pubblici avevano adito gli organi giurisdizionali per rivendicare un incremento stipendiale negato dal Ministero dell'istruzione, conseguendo molteplici vittorie, suggellate da un orientamento consolidato presso la Corte di cassazione. Nel 2005, con la finanziaria per l'anno 2006, il legislatore è intervenuto avallando l'interpretazione fatta propria del Ministero, disattendendo così l'interpretazione giurisprudenziale. La legge di interpretazione autentica è stata fatta oggetto di ben due incidenti di costituzionalità, entrambi con esito infausto per gli interessati. Il più significativo è sicuramente quello sfociato nella sentenza 311 del 2009<sup>108</sup>,

---

pone maggiormente in sintonia con gli stimoli provenienti dalla giurisprudenza europea. Nel caso di specie, oggetto dell'incidente di costituzionalità era una legge di interpretazione autentica riguardante una disposizione processual-tributaria. Senza scendere troppo nei dettagli, il legislatore aveva imposto un'interpretazione del tutto contraria a quella ormai radicata nella giurisprudenza di legittimità, determinando così la frustrazione del principio di affidamento riposto nella norma che, ovviamente, avrebbe rischiato di tradursi anche in un pregiudizio concreto per il contribuente. Ebbene, il Giudice delle leggi, dopo aver ribadito, come di consueto, che «il legislatore può adottare norme che precisino il significato di altre disposizioni legislative non solo quando sussista una situazione di incertezza nell'applicazione del diritto o vi siano contrasti giurisprudenziali, ma anche in presenza di un indirizzo omogeneo della Corte di cassazione, quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario», è pervenuta a una declaratoria di incostituzionalità valorizzando proprio l'affidamento ingenerato dalla giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione. Invero, ad avviso della Corte «la norma impugnata dà una interpretazione del citato art. 38, comma 2, che non era fra quelle accolte in sede giudiziale ed era nettamente minoritaria anche nella dottrina: come rileva il giudice *a quo*, anche il contribuente più scrupoloso difficilmente avrebbe potuto pensare che la notifica delle sentenze tributarie di secondo grado, ricorribili per cassazione, dovesse essere effettuata presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato, ma tutt'al più presso quella generale». E' stato quindi aggiunto che «la volontà di chiarire il senso dell'anzidetto art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 546 del 1992 e le eventuali, pur legittime, considerazioni di convenienza del legislatore non avrebbero, quindi, dovuto portare a dichiarare applicabile anche per il passato la nuova disciplina delle notifiche delle sentenze tributarie, poiché in questo modo è stato frustrato l'affidamento dei soggetti nella possibilità di operare sulla base delle condizioni normative presenti nell'ordinamento in un dato periodo storico, senza che vi fosse una ragionevole necessità di sacrificare tale affidamento nel bilanciamento con altri interessi costituzionali».

<sup>105</sup>Parla, con un'espressione assai efficace, di «asimmetria percettiva»: M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, cit., 54.

<sup>106</sup>Cfr. S. FOÀ, *Un conflitto d'interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e motivi imperativi di interesse generale*, in *Federalismi*, 20 luglio 2011.

<sup>107</sup>Più precisamente, si trattava dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, interpretativo del comma 2 dell'articolo 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, che ha regolato il trattamento economico del personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) statale.

<sup>108</sup>La precedente pronuncia è la n. 234 del 2007, in cui la Corte costituzionale, dopo aver ribadito che è irrilevante la distinzione tra legge di interpretazione autentica e legge retroattiva in senso stretto, ha salvato la legge affermando che essa avesse dato una interpretazione plausibile alla disposizione precedente, essendo tale interpretazione affacciata nella prassi amministrativa.



poiché la Corte costituzionale ha avuto modo di confrontarsi *apertis verbis* con la giurisprudenza della Corte EDU sopra richiamata, specie con riferimento a quella sull'art. 6 CEDU. Ebbene, a seguito di una lunga motivazione, la Corte ha concluso nel senso che tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza europea vi sarebbe sostanziale concordia, e che «dal confronto fra i principi espressi dalla Corte europea e le condizioni e finalità dell'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, emerge come il legislatore nazionale non abbia travalicato i limiti fissati dalla Convenzione europea» (punto 9)<sup>109</sup>.

Senonché, questa conclusione è stata smentita proprio dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Agrati* del 2011<sup>110</sup>. La Corte EDU ha dapprima ravvisato una violazione dell'art. 6 CEDU, valorizzando sia il fattore tempo (essendo la legge interpretativa intervenuta dopo un periodo di cinque anni) sia la presenza di una giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione, sostanzialmente disvelando che l'intervento legislativo, lungi dal voler correggere un difetto tecnico, avrebbe mirato soltanto a preservare l'interesse economico dello Stato<sup>111</sup>. In seguito, ha anche accertato la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1. In particolare, la Corte ha sostenuto che «i ricorrenti fossero titolari, prima dell'intervento della Legge Finanziaria 2006, di un interesse economico che costituiva, se non un diritto di credito nei confronti della controparte, quanto meno un "legittimo affidamento" di ottenere il pagamento degli importi contestati»<sup>112</sup>, e ciò proprio in virtù del fatto che tale legittimo affidamento possa fondarsi anche su «una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali»<sup>113</sup>; un affidamento che sarebbe stato leso poiché il legislatore ha imposto un onere eccessivo e sproporzionato<sup>114</sup>.

Nonostante questa sonora smentita, in seguito la giurisprudenza costituzionale, salvo una rara eccezione<sup>115</sup>, ha proseguito per la propria strada, mostrando nella sostanza di non

---

<sup>109</sup> Interessante soprattutto questo passaggio della motivazione: «pertanto, assume rilievo la sussistenza di una "imperfezione" tecnica, nel contesto normativo originario, consistente nel ritenere comunque delegabile all'autonomia delle parti e ad una disciplina regolamentare la fissazione di un criterio rispettoso del principio dell'invarianza di spesa, in aderenza all'art. 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), delega poi ritenuta insussistente dalla giurisprudenza di legittimità. Non solo, ma, a conforto della ritenuta sussistenza di un dibattito giurisprudenziale irrisolto, il "diritto vivente" nel 2005 non poteva ritenersi formato sul punto, giacché la questione vedeva fronteggiarsi alcune pronunce di legittimità, assunte a sezioni semplici, che avevano ricostruito il fenomeno nel senso della necessità di atti di inquadramento rispettosi dei principi dettati dall'art. 2112 del codice civile, con altre pronunce che risolvevano la questione sul piano dell'efficacia normativa o meno dell'accordo del 20 luglio 2000, recepito nel successivo, già citato, decreto ministeriale del 5 aprile 2001».

<sup>110</sup> Corte EDU, *Agrati c. Italia*, cit. Diversi i commenti a questa pronuncia: si segnalano, in particolare, M. MASSA, *Il caso Agrati: Corte europea c. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, in *Quad. cost.*, 2011, 3, 706 ss.; A. RUGGERI, *Il caso Agrati: ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani?*, in *Quad. cost.*, 2011, 3, 709 ss. Si segnala che, dopo la sentenza *Agrati*, la Corte EDU è tornata sulla questione dei dipendenti ATA anche in altre occasioni, ribadendo quanto già precedentemente affermato: si vedano Corte EDU, *Anna de Rosa e altri c. Italia*, 11 dicembre 2012 e Corte EDU, *Biasucci e altri c. Italia*, 25 marzo 2014.

<sup>111</sup> Cfr. §§ 60-66.

<sup>112</sup> Cfr. § 74.

<sup>113</sup> Cfr. § 73.

<sup>114</sup> Cfr. §§ 81-85.

<sup>115</sup> Si allude alla sentenza 78 del 2012. Merita una sottolineatura, tuttavia, una recentissima pronuncia (n. 12 del 2018) con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità di una disposizione di legge di interpretazione autentica il cui chiaro intento era quello di favorire l'INPS di fronte ad un'univoca interpretazione giurisprudenziale

aderire all'impostazione più rigorosa portata avanti dalla Corte EDU. Ciò, si badi, senza azionare formalmente i controlimiti, e quindi rifugiandosi dietro una soltanto apparente armonia pur di non porsi in aperto conflitto.

Estremamente emblematico quanto verificatosi in un'altra vicenda di poco successiva, riguardante una legge di interpretazione autentica sulle c.d. pensioni svizzere del 2007<sup>116</sup>. Oggetto di tempestivo incidente di costituzionalità, la disposizione ha superato il sindacato del Giudice delle leggi sulla base dei consueti argomenti, e in particolare del fatto che il significato attribuitole era uno di quelli plausibili, ovverosia quello sostenuto dall'INPS (sentenza 172 del 2008). Poco tempo dopo della vicenda sono stato interessati anche i giudici di Strasburgo, che invece sono addivenuti a una conclusione ben diversa. In particolare, nella sentenza Maggio<sup>117</sup>, di appena qualche giorno precedente alla sentenza sul caso Agrati, la Corte EDU ha ravvisato la violazione dell'art. 6 CEDU, avendo lo Stato italiano violato il principio della parità delle armi processuali senza che ricorresse un motivo giustificativo di interesse generale<sup>118</sup>. Non ha invece accolto la doglianza dei ricorrenti relativa alla violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, non negando l'esistenza di un legittimo affidamento, bensì af-

---

avversa. A commento della sentenza si veda A. PUGIOTTO, *Retroattività legislativa e materia civile: Corte costituzionale e Corte EDU parlano la stessa lingua?*, in *Oss. cost.*, 2/2018, 14 maggio 2018, ad avviso del quale «la sentenza in esame segna un evidente avvicinamento della Corte costituzionale al punto di vista della Corte europea, proiettando la garanzia del divieto di retroattività non più nell'orbita della certezza del diritto oggettivo ma dei diritti individuali (cui l'autonomia della funzione giudiziaria è servente)», pur aggiungendo di avere il sospetto che possa trattarsi soltanto di un arresto occasionale e non strategico, come potrebbe desumersi dallo scarso impatto della decisione sui conti pubblici e dall'esplicito passaggio sul punto - cioè sulla non necessità di operare un bilanciamento con l'art. 81 Cost. - da parte della sentenza stessa, tutti elementi che non fanno escludere «che le preoccupazioni circa l'impatto economico e finanziario delle proprie decisioni possano, domani, mandare assolto anche un intervento legislativo gemello siamese di quello oggi censurato».

<sup>116</sup> La legge in questione è la n. 296 del 2006 (art. 1 comma 777). In sintesi, fino a prima di tale disposizione, chi avesse svolto un'attività lavorativa in Svizzera avrebbe potuto beneficiare del sistema retributivo di calcolo della pensione pur avendo versato, in base alla legge elvetica, un ammontare di contributi decisamente inferiore a quello dovuto dai lavoratori italiani. Questo diritto si era consolidato in base a un granitico orientamento giurisprudenziale, secondo il quale il lavoratore italiano, nel momento in cui chiedeva il riconoscimento del lavoro svolto in Svizzera - chiedendo all'I.N.P.S. il trasferimento dei contributi ivi versati in suo favore - aveva diritto a ottenere che la pensione venisse determinata con il metodo retributivo sulla base della retribuzione effettivamente percepita in Svizzera. La legge di interpretazione autentica, muovendosi in senso completamente contrario a quello consolidatosi a livello giurisprudenziale, ha fatto propria, invece, la lettura da sempre sostenuta dall'istituto di previdenza, prevedendo che la retribuzione percepita all'estero, da porre a base del calcolo della pensione, debba essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro Paese nel medesimo periodo. Ripercorrono la vicenda delle pensioni svizzere sul versante del diritto costituzionale M. MASSA, *La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanze tra le corti sul tema della retroattività*, in *Quad. cost.*, 2013, 1, 137 ss. e A. VALENTINO, *Ancora sulle leggi d'interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. "pensioni svizzere"*, in *Rivista AIC*, settembre 2013. Per uno sguardo più d'insieme della giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra retroattività legislativa e diritto alla pensione cfr. C. NAPOLI, *Leggi retroattive e diritto alla pensione*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, cit., 161 ss.

<sup>117</sup> Corte EDU, *Maggio e altri c. Italia*, 31 maggio 2011.

<sup>118</sup> In particolare, la Corte ha affermato che «dopo il 1982, l'INPS ha applicato un'interpretazione della legge in vigore all'epoca che era più favorevole a esso quale autorità erogatrice. Questo sistema era sostenuto dalla maggioranza della giurisprudenza. La Corte non riesce a immaginare in quale modo il fine di rafforzare un'interpretazione soggettiva e parziale, favorevole a un ente dello Stato, quale parte nel procedimento, possa equivalere a una giustificazione dell'interferenza legislativa mentre il procedimento era pendente, in particolare quando tale interpretazione era stata ritenuta fallace nella maggioranza delle occasioni dai tribunali nazionali, compresa la Corte di Cassazione» (§ 48).

fermando che l'incisione del diritto di proprietà, nel caso specifico, non potesse reputarsi sproporzionata<sup>119</sup>. A seguito di tale esito favorevole, è stato inevitabilmente sollevato un ulteriore incidente di costituzionalità, dal quale nuovamente la disposizione è uscita indenne (sentenza 264 del 2012<sup>120</sup>, cui ha fatto eco l'ordinanza 10 del 2014).

Quest'ultima pronuncia è persino più interessante di quella del 2009, poiché la Consulta, in questa specifica circostanza, si è confrontata non già con la giurisprudenza della Corte EDU generalmente intesa, bensì con uno specifico arresto riguardante la medesima disposizione e che, peraltro, ha smentito il proprio *dictum* di qualche anno prima. Ebbene, il Giudice delle leggi, pur premettendo che in linea di principio sussiste una sostanziale consonanza tra la propria giurisprudenza e quella europea, è pervenuto a un bilanciamento d'interessi diverso, rinvenendo, a differenza della Corte EDU nel caso Maggio, più di un motivo imperativo di interesse generale tale da giustificare l'intervento retroattivo da parte del legislatore<sup>121</sup>.

Anche le argomentazioni contenute nella sentenza 264 del 2012, tuttavia, sono andate incontro alla platealmente smentita dai giudici di Strasburgo i quali, chiamati ad esprimersi su una fattispecie analoga a quella coinvolgente il sig. Maggio, hanno ribadito la contrarietà della legge di interpretazione autentica all'art. 6 CEDU<sup>122</sup>. In quest'ultimo caso, peraltro, la Corte EDU ha ravvisato finanche la sussistenza di una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, valorizzando viepiù le peculiarità riscontrabili nelle posizioni dei singoli ricorrenti, e in particolare il fatto che il sig. Stefanetti e gli altri ricorrenti – diversamente dal sig. Maggio – avessero perduto il 67% delle loro pensioni a causa del sopravvenuto intervento legislativo, dovendo così sopportare un onere eccessivo, non giustificabile sulla base delle – pur astrattamente apprezzabili – ragioni solidaristiche alla base della legge medesima<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> Cfr. §§ 62-63. Si richiama, in particolare, il seguente passaggio: «la Corte osserva che il primo ricorrente ha perso molto meno della metà della sua pensione. Pertanto la Corte reputa che egli sia stato obbligato a sopportare una riduzione ragionevole e commisurata, piuttosto che essere totalmente privato dei suoi diritti (si veda, a contrario, Kjartan Ásmundsson, sopra citata § 45). Di conseguenza, il diritto del ricorrente di beneficiare del regime di previdenza sociale in questione non ha subito ingerenze tali da pregiudicare i suoi diritti pensionistici nella loro essenza».

<sup>120</sup> A commento di questa sentenza, oltre ai più generali contributi sulla questione delle c.d. pensioni svizzere già citati, si veda A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 14 dicembre 2012.

<sup>121</sup> La Corte richiama, in particolare, la razionalità complessiva del sistema previdenziale, i vincoli di bilancio, i principi di eguaglianza, solidarietà e proporzionalità (punto 5.3 considerato in diritto).

<sup>122</sup> Cfr. Corte EDU, *Stefanetti e altri c. Italia*, 15 aprile 2014, dove può leggersi quanto segue: «la Corte ha già accettato che il fine di ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico, benché di interesse generale, non era sufficientemente impellente da prevalere sui pericoli inerenti all'utilizzo di una normativa retroattiva che incideva su una controversia pendente. Invero, anche ammettendo che lo Stato stesse tentando di perequare una situazione che originariamente non aveva inteso creare, avrebbe potuto farlo tranquillamente senza ricorrere all'applicazione retroattiva della legge. Inoltre, anche il fatto che lo Stato abbia aspettato ventiquattro anni prima di effettuare una simile perequazione, nonostante il fatto che numerosi pensionati che avevano lavorato in Svizzera stessero ripetutamente vincendo in giudizio dinanzi ai tribunali nazionali, crea dei dubbi riguardo al fatto che quella fosse realmente l'intenzione del legislatore nel 1982» (punto 43).

<sup>123</sup> Per il vero il ragionamento della Corte EDU è ben più ampio e articolato, derivando l'affermazione della violazione dell'art. 1 non già, *sic et simpliciter*, dal fatto che i ricorrenti avessero visto ridurre in maniera così

Il capitolo finale – almeno per ora – di questa saga è la sentenza 166 del 2017 della Corte costituzionale, chiamata a prendere posizione proprio sul profilo relativo all'art. 1 del Protocollo aggiuntivo n. 1, assunto a parametro interposto a seguito della sentenza sul caso Stefanetti. Interessante osservare come la Corte abbia escluso la declaratoria di incostituzionalità sulla considerazione che la Corte EDU avesse ravvisato un *vulnus* del principio convenzionale in relazione alle specificità delle posizioni dei singoli ricorrenti, il che avrebbe ostato ad una declaratoria di incostituzionalità *tout court* della legge retroattiva. Né il Giudice delle leggi ha imboccato la strada di una pronuncia additiva, evidenziando l'assenza, nel caso di specie, di rime obbligate<sup>124</sup>.

## 9. Osservazioni sulla rilevanza della giurisprudenza consolidata nella costruzione del legittimo affidamento

La diversità di impostazioni è indubbiamente figlia della diversa posizione “istituzionale” delle due Corti: l'una (la Corte costituzionale) incardinata in un ordinamento statale e a vocazione sistemica; l'altra (la Corte EDU) prodotto di un Trattato internazionale e con una visione più limitata al caso singolo e spesso cieca o indifferente ai riflessi delle proprie pronunce sui singoli ordinamenti giuridici<sup>125</sup>. V'è, tuttavia, anche una differenza di fondo relativa

---

notevole l'importo del trattamento pensionistico, ma anche dalla valutazione di tutta un'altra serie di fattori, esaminati nei §§ 56-67.

<sup>124</sup>«L'indicazione di una soglia (fissa o proporzionale) e di un non superabile limite di riducibilità delle “pensioni svizzere” – ai fini di una *reductio ad legitimitatem* della disposizione impugnata, che ne impedisca l'incidenza su dette pensioni in misura che risulti lesiva degli evocati precetti convenzionali e nazionali –, come pure l'individuazione del rimedio, congruo e sostenibile, atto a salvaguardare il nucleo essenziale del diritto leso, sono comunque necessarie, ma presuppongono, evidentemente, la scelta tra una pluralità di soluzioni rimessa, come tale, alla discrezionalità del legislatore» (periodo conclusivo del § 7).

<sup>125</sup> Di ciò se ne rende ben conto la Corte costituzionale proprio nella sentenza 264 del 2012. Quasi a voler giustificare la propria presa di posizione riottosa, infatti, la Consulta osserva, *en passant*, che la Corte EDU è «tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», mentre la Corte costituzionale «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» (punto 5.4 considerato in diritto).

Tale aspetto è particolarmente approfondito da M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi*, cit., 51 ss., che evidenzia come il ragionamento che compie la Corte costituzionale sia quello tipico del *balancing test*, che vede contrapposte da un lato le ragioni del legislatore e dall'altro lato le ragioni della giurisdizione, in un confronto tra poteri in cui l'affidamento individuale del singolo resta sostanzialmente sullo sfondo, mentre invece la Corte di Strasburgo non opera bilanciamenti di sorta, censurando di regola gli interventi legislativi retroattivi non perché invasivi del potere giudiziario, ma perché lesivi dell'interesse del singolo cittadino a una decisione giusta, la quale di regola viene negata ove lo Stato cambi le carte in tavola a processo in corso, ferme restando ipotesi eccezionali che tuttavia non si atteggiavano alla stregua di contro-interessi da porre a bilanciamento, bensì come elementi che smussano il carattere abusivo del comportamento («la legge retroattiva» scrive Bignami, «è assolta, non perché sorretta da ragioni giustificatrici che prevalgono sui diritti opposti delle parti, ma perché queste ultime non hanno in radice diritti consolidatisi in posizioni processuali garantite, da opporre al legislatore»). Sembra offrire una lettura parzialmente diversa C. DI MARTINO, *Il legittimo affidamento*, cit., 185 ss., ritenendo che invece la logica del bilanciamento sia assai presente nei ragionamenti della Corte EDU.

Si veda, peraltro, anche A. PUGIOTTO, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, cit., 24, che intravede – a ragione – nella posizione della Corte italiana la necessità di integrare la tradizionale liberale con l'affermazione dei diritti sociali, i quali esigono sovente l'assunzione di posizioni legislative derogatorie rispetto al principio d'irretroattività per ragioni essenzialmente economiche; necessità che, invece, non ha la Corte EDU, ispirata com'è ai principi tipici dello Stato liberale.

al modo di concepire il diritto, assumendo il nostro Giudice delle leggi una posizione maggiormente formalista quando invece la Corte di Strasburgo aderisce a una concezione di tipo sostanzialistico.

Invero, sul piano formale non v'è ragione di mettere in discussione la validità di una legge per il sol fatto che essa si ponga in contrasto con un orientamento consolidato. La legge, infatti, costituisce una fonte di diritto positivo, mentre invece la giurisprudenza si muove in un piano estraneo al terreno delle fonti, non sussistendo alcuna forma di vincolo giuridico al precedente<sup>126</sup>. Il discorso cambia sensibilmente, invece, se si assume una prospettiva sostanzialistica, che prescinde dall'assetto del sistema delle fonti e guarda al modo in cui il diritto *in concreto* opera.

È un dato ormai acquisito nella dottrina giuridica che a ciascuna disposizione di legge assai raramente possa attribuirsi un unico, "esatto" significato, ma che, al contrario, l'interprete sia chiamato a scegliere tra una molteplicità di significati<sup>127</sup> o, nel lessico tipico della giurisprudenza costituzionale, di norme<sup>128</sup>. Sono stati soprattutto gli studiosi di teoria generale a soffermarsi sui tanti profili di «porosità» di qualunque testo giuridico<sup>129</sup>, a causa dell'ambiguità che può presentare un certo termine, della frangia di vaghezza dei significati attribuibili<sup>130</sup> e dell'inserzione nel segmento normativo di clausole generali<sup>131</sup>.

Nella stragrande maggioranza dei casi, la dottrina che parla di "creatività giurisprudenziale"<sup>132</sup> non intende affatto aderire a una prospettiva giusliberista e difendere quegli

---

<sup>126</sup> Come ha osservato A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 224 s., «un orientamento giurisprudenziale consolidato – in un sistema di diritto continentale – vale solo come precedente dotato di un peso orientativo *di fatto* (di natura essenzialmente persuasiva ed argomentativa) e non riesce a travalicare l'efficacia *inter partes* delle singole decisioni che lo compongono: dunque, se non vincola gli altri giudici né i singoli cittadini, a maggior ragione non potrà tradursi in un obbligo negativo per il legislatore».

<sup>127</sup> La tematica in questione è ormai stata largamente sviscerata dalla dottrina italiana e straniera: basti qui il rinvio alle mirabili parole di R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. Alpa – A. Guarnieri – P. G. Monateri – G. Pasuzzi – R. Sacco (a cura di), *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Padova, CEDAM, 1999, 181 ss.

<sup>128</sup> Inevitabile il rinvio al classico V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 195 ss.

<sup>129</sup> Per uno sguardo generale si vedano R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, 39 ss.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 360 ss.; V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano, Giuffrè, 1996, 105 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 107 ss.

<sup>130</sup> Sul tema della vaghezza si veda, in particolare, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990.

<sup>131</sup> Le c.d. clausole generali sono da sempre oggetto di studio ed esula dall'economia del presente scritto un approfondimento della tematica. Si consenta pertanto il rinvio a una recentissima opera che affronta in maniera egregia tutti i vari profili d'interesse, ivi compresa la connessione tra le clausole generali e il ruolo creativo della giurisprudenza: G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2017.

<sup>132</sup> Trattasi di dottrina probabilmente oggi maggioritaria, ma non è mancato chi autorevolmente ha rimarcato come sia assai arduo, alla luce del diritto positivo e delle acquisizioni di teoria generale, attribuire all'attività giurisdizionale carattere "creativo". Tra gli altri si veda A. PINO, *La ricerca giuridica. Finalità, oggetto, metodo*, Padova, CEDAM, 1996, 389 ss. e, recentemente, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IX, Milano, Giuffrè, 2016, 399 ss., il quale si sofferma particolarmente sul fatto che qualunque sentenza ha il suo momento precettivo nel dispositivo, il quale non contiene alcuna interpretazione; quest'ultima si colloca nella motivazione, la quale si compone di enunciati descrittivi dei quali non può discutersi la validità – categoria giuridica valevole soltanto per gli enunciati prescrittivi – ma solo la verità (o, ponendoci in linea con le più recenti teorie sull'argomentazione, la verosimiglianza) a seguito di un processo di verifica/falsificazione. Ciò preclu-

orientamenti giurisprudenziali che, svalutando il diritto positivo, assegnano a una certa disposizione un significato che fuoriesce della sua cornice semantica<sup>133</sup>. Piuttosto questa dottrina vuole sottolineare che quella interpretativa, pur rimanendo entro margini fisiologici, è un'attività che presenta profili discrezionali<sup>134</sup> e che il precedente giudiziario, sia pur struttura-

---

derebbe in radice, sul piano logico-giuridico, che una sentenza possa ergersi a fonte del diritto; conclusione peraltro esclusa dallo stesso diritto positivo, e in particolare dall'art. 2909 c.c. che delimita il campo di efficacia del giudicato alle sole parti del processo e ai loro aventi causa.

Chi scrive non è affatto insensibile alla tesi testé richiamata e succintamente sintetizzata. Muovendo da una prospettiva tradizionale (o quantomeno dalla prospettiva giuspositivista post-kelseniana, atteso che secondo la *Stufenbau* coniata dall'autorevole giurista praghese la sentenza era annoverabile tra le fonti del diritto in quanto "norma individuale"), infatti, non v'è dubbio alcuno che la singola sentenza non possa essere considerata fonte del diritto, atteso che in tanto può parlarsi di norma giuridica in quanto un certo atto/fatto giuridico sia dotato dei caratteri della generalità e dell'astrattezza. Né il discorso muta ove si passi ad osservare il c.d. "orientamento giurisprudenziale" poiché – come meglio si vedrà *infra* nel criticare i più recenti arresti della Corte di cassazione in tema di *prospective overruling* – in assenza di un vincolo giuridico (e quindi di matrice legislativa) a un certo principio di diritto, qualunque orientamento ermeneutico, ancorché consolidato da decenni nell'applicazione pretoria, si colloca sul piano meramente fattuale.

In effetti, almeno nella prospettiva assunta nel presente scritto, quando si parla di "creatività giurisprudenziale" non si allude al fatto che la giurisprudenza abbia una funzione nomopoietica e che le sentenze (prese singolarmente o come parti di un "orientamento") siano fonti del diritto. Detto altrimenti, col dire che la giurisprudenza "crea" diritto non si intende sostenere che essa faccia qualcosa di più di quella che è la sua funzione originaria, vale a dire ascrivere un significato a un certo enunciato. Piuttosto – e assumendo un punto di vista descrittivo – si intende evidenziare un dato fattuale irrefutabile: gli enunciati di diritto positivo, nel momento in cui entrano in contatto con l'applicazione concreta, di regola in misura maggiore tanto più ci si allontana dal momento della loro entrata in vigore, possono assumere significati che, anche laddove rispettosi della cornice semantica dell'enunciato stesso, non erano nemmeno prevedibili per lo stesso costruttore della disposizione di legge e che finiscono sovente per autoalimentarsi e "vivere di vita propria". Gli esempi potrebbero essere molti, alcuni dei quali fin troppo paradigmatici: si pensi a tutta l'evoluzione del danno ingiusto e del danno non patrimoniale nel campo della responsabilità civile o alla nascita del dolo eventuale nella giurisprudenza penale. E' ben vero che i principi di diritto giurisprudenziali sono nient'altro che enunciati a loro volta soggetti ad interpretazione; altrettanto vero, però, è che gli enunciati giurisprudenziali hanno un carattere normalmente più circoscritto rispetto alle disposizioni di legge dai quali derivano e che in alcuni casi – come quelli appena rammentati del danno ingiusto e del dolo eventuale –, pur assumendo connotati piuttosto generali e astratti, trovano applicazione da parte dei giudici *in luogo* del diritto positivo che *non conosce affatto* certi concetti, frutto della sola elaborazione giurisprudenziale. Il considerevole spazio che ha ormai assunto la creatività giurisprudenziale – nei termini appena esplicitati – fa ritenere a chi scrive che non possa affatto sottostimarsi la prospettiva sostanzialistica. Prospettiva con la quale, in ogni caso, è necessario confrontarsi alla luce della giurisprudenza europea (sulla quale ci soffermeremo *funditus* di qui a poco), a prescindere dal fatto che essa sia o meno condivisibile sul piano teorico.

<sup>133</sup> Particolarmente chiare, sul punto, le riflessioni di F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, 51 ss. Si richiama un solo passaggio tra i tanti: «...l'interpretazione [...] è sì concorso alla creazione della norma, ma appunto concorso vincolato all'esistenza della disposizione o degli enunciati linguistici di riferimento» (58). Da ultimo si veda anche l'efficace sintesi fornita da G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in *Rivista AIC*, 1/2012, 5 ss.

<sup>134</sup> Cfr. A. BARAK, *Judicial Discretion*, Yale, 1989, trad. it., *La discrezionalità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995. Critica l'idea che l'attività interpretativa sia discrezionale A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, Torino, 2011. Particolarmente emblematico il seguente passaggio: «è ben vero, infatti, come qualsiasi soggetto interpretante possa contingentemente trovarsi costretto [...] ad effettuare operazioni non strettamente deduttive (nel senso di logicamente stringenti a partire da premesse date), dal vario coefficiente di discrezionalità, e dunque dagli esiti variamente opinabili. Un esempio è costituito da quegli specifici (e peraltro rari) casi in cui la formulazione linguistica prescrittiva risulti obiettivamente ambigua [...], qualora l'interprete non voglia (o non possa, magari perché deve qualificare un comportamento potenzialmente disciplinato dalla relativa disposizione) limitarsi a censire le diverse (ed equivalenti) alternative semantiche. Più spesso può trattarsi di quelle situazioni [...] in cui il comportamento da qualificare giuridicamente corrisponde ad una frangia di vaghezza della norma (potenzialmente) idonea a disciplinarlo, di modo che la scelta di sussumere (o meno) la fattispecie concreta in quella astratta

to nella forma dell'orientamento giurisprudenziale<sup>135</sup>, possiede un valore "persuasivo", tanto da poter affermare che in Italia, come in altri Paesi di *civil law*, sussiste un vincolo *difatto* allo stesso<sup>136</sup>.

Assumere una prospettiva sostanzialistica ha le sue implicazioni nella perimetrazione del concetto di legittimo affidamento. Nel circoscriverne la definizione, infatti, abbiamo visto che l'affidamento consiste in un'aspettativa rispetto alla stabilità delle decisioni dei pubblici poteri, affinché non vengano travolte, attraverso interventi legislativi a carattere retroattivo, posizioni di vantaggio formatesi sulla base della regola in vigore al momento del compimento di determinate scelte. Il concetto di aspettativa rimanda inevitabilmente a un elemento di carattere soggettivo, nel senso che ci si può aspettare (*melius*: attendere) ciò che si è in qualche modo previsto. Senza previsione, insomma, non può esserci aspettativa.

Essendo l'oggetto di tale previsione una disciplina giuridica di carattere generale e astratto, e potendo avere una certa disposizione una pluralità di significati, l'affidamento, in questo particolare campo, si traduce in un'*aspettativa di significato*. Detto altrimenti, l'affidamento sulla stabilità di una certa regolamentazione legislativa consiste nell'aspettativa che rimanga fermo il significato di una disposizione che la generalità dei consociati può ragionevolmente prevedere.

Se tutto ciò, sul piano sostanziale, è corretto, allora non v'è chi non veda che, nel ricostruire l'essenza del principio di affidamento, finisce per assumere rilievo centrale

---

[...] sembrerebbe essere intrinsecamente discrezionale, anche se non necessariamente arbitraria (qualora razionalmente e persuasivamente argomentata). Ancora, non pare potersi sottacere un certo *quid d'intrinseca discrezionalità* (anche se, pur qui non d'arbitrarietà) nelle operazioni – riconducibili al concetto di bilanciamento – effettuate dall'interprete per qualificare giuridicamente un comportamento rientrante nel comune dominio applicativo di (due o più di) quelle norme che sono solite chiamarsi principi, sempre che non siano previsti criteri oggettivi (interpretativi o decisorî) ulteriori per la soluzione di questo problema. Infine, un contributo "creativo" (sia pure in un senso debole del termine) dell'interprete si avrà necessariamente là dove si tratti non tanto d'interpretare o d'applicare il diritto, bensì d'integrarlo tramite procedimenti di matrice analogica [...]. Dal riconoscere tali profili, tuttavia, se si riconosca come alcune parti dell'attività dell'interprete del diritto [...] non posso talora risolversi in operazioni (intellettuali) di natura automatica – automaticità intesa qui non nelle (peraltro diffusissime) accezioni deteriori del termine, bensì semplicemente come sicurezza degli esiti della procedura in cui si sostanzia il ragionamento giuridico –, non s'arriva affatto alla conclusione che ogni ragionamento interpretativo si debba risolvere sempre, intrinsecamente, a colpi di discrezionalità» (484 s.).

<sup>135</sup> Sulle peculiarità del "precedente" di *civil law* si veda l'ottima sintesi di M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Civilista*, 2/2014.

<sup>136</sup> Cfr., almeno, G. GORLA, *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, in *Foro it.*, 1976, 5, V, 127 ss.; F. GALGANO, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contr. e impr.*, 1985, 29 ss.; B. INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1988, 526 ss.; M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova, CEDAM, 1995; F. ROSELLI, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 23 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 2011, 705 ss. Più recentemente, alla luce delle riforme che hanno interessato soprattutto il processo civile e quello amministrativo, non è mancata qualche voce dottrinale che ha finanche ritenuto che esista oggi, nel nostro ordinamento, un vincolo giuridico al precedente: cfr. E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1244 ss.; G. PESCE, *L'adunanza plenaria del consiglio di stato ed il vincolo del precedente*, Napoli, ESI, 2012, 103 ss.; S. CIVITANESE MATTEUCCI, *Are Our European Legal Systems Evolving towards a Precedent Mode of Adjudication?*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014, 11 ss. Per uno sguardo complessivo alla tematica del precedente in Italia si rinvia a V. MARIANELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, cit. e A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 2014.

l'interpretazione data dalla giurisprudenza a una certa disposizione legislativa<sup>137</sup>. Il significato su cui è ragionevole radicare un affidamento, infatti, è proprio quello che può trarsi dall'applicazione giurisprudenziale. Più precisamente, di affidamento potrebbe fondatamente parlarsi allorquando sia presente un orientamento univoco e consolidato, poiché solo in questo caso il singolo consociato non nutre alcun dubbio circa il fatto che *quella* determinata disposizione vive nell'ordinamento secondo *quel* significato e che ad esso deve necessariamente conformarsi se vuole scongiurare di violare il disposto normativo.

È proprio questo insieme di valutazioni che sta alla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sopra vista. Il concetto di prevedibilità, per quella Corte, è *interno* allo stesso principio di legalità e ciò spiega perché il diritto, nella prospettiva convenzionale, non coincide con quello posto dal legislatore, ma si estende all'interpretazione datane dalla giurisprudenza, *anche* in quegli ordinamenti in cui il precedente non ha carattere vincolante e, quindi, la giurisprudenza non è fonte del diritto<sup>138</sup>. Il legittimo affidamento, inoltre, ben può

---

<sup>137</sup> Si veda, però, E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza*, cit., 113 ss. il quale, sull'assunto – peraltro non pienamente convincente – che in materia tributaria l'interpretazione giurisprudenziale non abbia particolare incidenza in considerazione dell'accentuata mutevolezza del dettato normativo, sviluppa riflessioni analoghe alle nostre soffermandosi sull'interpretazione delle disposizioni tributarie fornita nelle circolari dall'amministrazione finanziaria, finendo per ipotizzare la non retroattività *in pejus* delle circolari interpretative e, quindi, l'annullabilità degli avvisi di accertamento che ne abbiano fatto attuazione.

<sup>138</sup> Il *leading case* di questa impostazione può essere considerato Corte EDU, *Kokkinakis c. Grecia*, 23 maggio 1993. È assai ricorrente ormai nella giurisprudenza convenzionale un passaggio come quello che segue: «la nozione di "diritto" ("law") utilizzata nell'articolo 7 corrisponde a quella di "legge" che compare in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità (Kokkinakis, già cit., §§ 40-41, Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, Recueil 1996 V, Coëme e altri, già cit., § 145, e E.K. c. Turchia, n. 28496/95, § 51, 7 febbraio 2002). Anche a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste ultime non può presentare una precisione assoluta. Una delle tecniche-tipo di regolamentazione consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Molte leggi si servono anche, per forza di cose, di formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica (Cantoni, già cit., § 31, e Kokkinakis, già cit., § 40). Pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione. La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme (Kafkaris, già cit., § 141). Del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale (Kruslin c. Francia, 24 aprile 1990, § 29, serie A n. 176 A). Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II). La portata della nozione di prevedibilità dipende in larga misura dal contenuto del testo in questione, dall'ambito che esso ricopre e dalla qualità dei suoi destinatari. La prevedibilità di una legge non si oppone a che la persona interessata sia portata a ricorrere a consigli illuminati per valutare, a un livello ragionevole nelle circostanze della causa, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato (Achour, già cit., § 54)» (cfr. Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, §§ 99-102; Corte EDU, *Camilleri c. Malta*, 22 gennaio 2013, §§ 34-38).

La bibliografia sul principio di legalità accolto dalla Corte di Strasburgo è a dir poco sterminata e in costante crescita considerata l'attualità della tematica. Senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia a F. VIGANÒ, *Innullumcrimenconteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2017; ID., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016; V. VALENTINI, *La ricombinazione generica della legalità penale: bio-technologicalstrengthening o manipolazione autodi-*



radicarsi sulla presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato poiché, *nella sostanza*, esso sembrerebbe operare alla stessa stregua di un precedente vincolante, ben sapendo i consociati che solo ove conformeranno la propria condotta al significato attribuito a una disposizione dalla giurisprudenza, e non anche a uno degli altri significati che le sono astrattamente attribuibili, saranno effettivamente rispettosi del dettato legislativo, *vivendo* quest'ultimo nell'interpretazione datane dai giudici<sup>139</sup>.

## 10. Una nuova frontiera: la tutela dell'affidamento di fronte ai mutamenti giurisprudenziali imprevedibili nella giurisprudenza europea

Le riflessioni da ultimo svolte, che pur si innestano all'interno di un (ormai) classico terreno di studio del principio di affidamento, vale a dire quello della retroattività legislativa, ci spingono in maniera pressoché naturale a domandarci se, e in quale misura, tale principio possa recitare un ruolo in caso di imprevedibili mutamenti giurisprudenziali.

Assumendo una prospettiva tradizionale e formalista, in realtà, la questione non dovrebbe nemmeno porsi. Ciascuna sentenza, e quindi anche l'interpretazione da questa proposta, ha un'efficacia giuridica soltanto *inter partes*. I c.d. orientamenti giurisprudenziali – consolidati o meno che essi siano – assumono una valenza meramente *extragiuridica*, per cui non può porsi alcun problema di affidamento. D'altra parte, mancando una qualsiasi forma di vincolo al precedente, è ontologicamente impossibile parlare di retroattività. Un certo atto, infatti, può assumere efficacia retroattiva soltanto se già sono in essere degli effetti giuridici che vengono posti nel nulla “ora per allora”. Nel caso della giurisprudenza, un “orientamento giurisprudenziale”, sul piano giuridico, non è produttivo di alcun effetto giuridicamente apprezzabile, rilevando sul piano meramente fattuale, e l'intervento di una sentenza che si discosti da tale orientamento e dia vita, con il tempo, a un nuovo orientamento, non ha carattere retroattivo, ma è semplicemente il fisiologico frutto dell'attività giurisdizionale<sup>140</sup>.

L'interrogativo non appare affatto fuori luogo se, invece, ci si muove da una prospettiva sostanzialista. In quest'ottica, infatti, la portata creativa della giurisprudenza, seppure si muova al di fuori del diritto positivo, è tale da generare un affidamento degno di tutela qualora una certa lettura ermeneutica risulti consolidata. E un repentino mutamento giurisprudenziale, quantomeno laddove posseda il carattere dell'imprevedibilità e promani da un organo particolarmente autorevole e la cui interpretazione *di fatto* viene seguita da tutti i giudici, non sarebbe *in concreto* distinguibile dall'entrata in vigore di una legge con effetti retroattivi. Si porrebbe, pertanto, un problema di legittimo affidamento tutelabile.

---

*struttiva?*, in *Dir. pen. cont.*, 20 giugno 2016; V. MANES, *Commento all'art. 7 Cedu*, in S. Bartole – P. De Sena – V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, CEDAM, 2012, 278 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2007, 57 ss.; A. BERNARDI, *Art. 7 – Nessuna pena senza legge*, in S. Bartole – B. Conforti – G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2001, 259 ss.

<sup>139</sup> Si rinvia a tutto quanto visto nel § 7.

<sup>140</sup> Cfr. G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento lesa*, cit., 4.

Questa ulteriore angolatura del principio di affidamento non casualmente ha da tempo trovato spazio nella giurisprudenza europea. La Corte EDU, a partire dalla sentenza *Pessino* del 2006<sup>141</sup>, ha infatti precisato che cozza con l'art. 7 CEDU – il quale, si rammenta, contiene il principio del *nullum crimen sine lege* e, quindi, la massima espressione del principio di affidamento – l'attribuzione o l'aggravamento di una responsabilità penale, o comunque l'applicazione o l'aumento di una pena, fondata su una regola di formazione esclusivamente giurisprudenziale, che ha raggiunto chiarezza soltanto in momento successivo al compimento del fatto, qualora il soggetto punito non avrebbe potuto prevedere il mutamento giurisprudenziale neppure avvalendosi dell'ausilio di una consulenza legale.

Il divieto di irretroattività del mutamento giurisprudenziale imprevedibile ha in seguito ricevuto diverse conferme<sup>142</sup>, e si è anzi affinato, avendo avuto modo la Corte di specificare

---

<sup>141</sup> Corte EDU, *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006.

<sup>142</sup> Cfr., almeno, Corte EDU, *Dragotoni e Militaru-Pidhorni c. Romania*, 24 maggio 2007; Corte EDU, *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009; Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013; Corte EDU, *Contrada c. Italia*, 14 aprile 2015; Corte EDU, *Navalnyye c. Russia*, 17 ottobre 2017.

Non può tacersi però che, anteriormente, la Corte EDU si è mossa in una direzione assai diversa. Ci si riferisce alle "sentenze gemelle" Corte EDU, *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995 e a Corte EDU, *CR c. Regno Unito*, 22 novembre 1995. In quelle occasioni, i rei avevano lamentato la violazione dell'art. 7 CEDU giacché le corti inglesi li avevano condannati per violenza sessuale (*attempt of rape*) nei confronti delle rispettive mogli a seguito di un drastico *overruling* consistito nel non ritenere più applicabile la *maritalimmunity*. I giudici di Strasburgo disattesero gli auspici di tutela dei ricorrenti, adottando un giudizio sulla prevedibilità dell'incriminazione non fondato esclusivamente sul nudo dato del secco *overruling* – il quale, da solo, senza ombra di dubbio avrebbe comportato l'affermazione della violazione dell'art. 7 – ma includente anche elementi di carattere extragiuridico. In particolare, i giudici europei fecero riferimento alla "evoluzione della coscienza sociale", che i ricorrenti avrebbero dovuto intercettare al momento del compimento del fatto e così decidersi a non commettere l'atto sessuale con la moglie dissenziente, ancorché tale atto fosse all'epoca considerato giuridicamente lecito in virtù della causa di non punibilità ammessa dal diritto inglese da tempo immemore.

Acuta dottrina (V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, Giuffrè, 2012, 136 ss.), proprio facendo leva su queste pronunce, dubita che la Corte EDU abbia convintamente affermato il principio secondo il quale non sarebbero consentiti, perché contrari all'art. 7 CEDU, imprevedibili *overruling*. L'A. inserisce queste pronunce in una cornice più ampia, volta a dimostrare che la Corte EDU, anziché adottare una prospettiva garantista, sposi una prospettiva "vittimocentrica" la quale spesso finisce per risolversi in conclusioni tutt'altro che favorevoli per l'indagato/imputato. Sarebbe questa la ragione per la quale nei casi inglesi, là dove del tutto pacifica era l'imprevedibilità dell'*overruling*, i giudici di Strasburgo hanno finito per escludere una violazione dell'art. 7 della Convenzione, "inquinando" lo scrutinio sulla prevedibilità con considerazioni di politica-criminale al solo fine - appunto - di salvaguardare la vittima del reato. Ora, nel complesso l'affresco dipinto da Valentini restituisce un'immagine veritiera delle modalità attraverso le quali la Corte EDU tutela i diritti fondamentali, come dimostrano soprattutto le pronunce rese nel campo del diritto processuale e dell'esecuzione penale (si veda, da ultimo, Corte EDU, *Ruban c. Ucraina*, 12 luglio 2016, con cui non è stata considerata lesiva dell'art. 7 l'applicazione di una *lex posterior* introduttiva dell'ergastolo in luogo della previgente pena detentiva, e ciò perché in realtà al momento del compimento del fatto ad essere in vigore era la pena di morte, in seguito dichiarata incostituzionale con conseguente reviviscenza della pena detentiva, sicché non ci sarebbe stata, ad avviso della Corte, alcuna lesione del principio di legalità inteso in termini di prevedibilità delle decisioni). Con specifico riguardo al problema degli *overruling* imprevedibili, tuttavia, a seguito delle pronunce *Del Rio Prada*, *Contrada* e *Navalnyye* - cronologicamente successive alla monografia dell'A. -, ci pare in realtà di poter affermare che si stia consolidando nella giurisprudenza della Corte EDU un indirizzo volto a condannare mutamenti giurisprudenziali imprevedibili *in pejus*, che prescindono da fattori inquinanti extragiuridici, costituendo quindi i casi inglesi non già *leading cases*, ma precedenti superati. D'altra parte non può non sottostimarsi il fatto che, come rileva lo stesso A., dietro l'affermata prevedibilità della condanna, si cela l'applicazione della clausola di coerenza di cui all'art. 17 della Convenzione («nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione»).

che, ove il principio di irretroattività della legge penale<sup>143</sup> non fosse applicato tenendo conto del momento giurisprudenziale del diritto, l'oggetto e il fine dell'art. 7 CEDU ne uscirebbero vanificati<sup>144</sup>.

Passando all'ambito extrapenale, si è già visto approfonditamente che l'affidamento riposto su un determinato orientamento giurisprudenziale trova un riconoscimento negli artt. 6 CEDU e 1 del Protocollo addizionale n. 1, e ha una portata tale da poter arginare l'efficacia

---

In tema cfr. anche S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2017. L'A. osserva che nel corso del tempo la Corte di Strasburgo ha inquadrato il principio di prevedibilità del diritto interno talora sulla base di criteri puramente oggettivi (come nel caso dell'interpretazione giurisprudenziale), talaltra affidandosi a un criterio evolutivo (come nel menzionato caso britannico) e altre volte ancora chiamando in causa criteri puramente soggettivi (come nel caso *Groppera Radio c. Svizzera* del 1990, in cui la Corte ha enfatizzato le qualità soggettive del soggetto agente), restituendo così l'impressione che la propria giurisprudenza sul principio di prevedibilità, corollario del principio di legalità, si riveli paradossalmente essa stessa imprevedibile. Sennonché, è la stessa A. a mettere in luce come le più recenti sentenze si muovano nel senso di una particolare valorizzazione del diritto vivente, e cioè del modo in cui una certa disposizione viene interpretata dalla giurisprudenza. Da questo punto di vista, assai emblematico è il caso *Contrada giacché*, ove la Corte EDU avesse fondato la propria argomentazione non già sul criterio oggettivo (vale a dire la presenza di certezza circa la penale rilevanza del concorso esterno in associazione mafiosa a partire dalla sentenza delle S.U. del 1994), bensì sul criterio soggettivo o su quello evolutivo, sarebbe pervenuta a ben altra statuizione.

<sup>143</sup>È certamente opportuno ricordare, peraltro, che l'angolatura applicativa di tali principi è piuttosto ampia tenuto conto che la giurisprudenza ormai consolidata a Strasburgo (almeno a partire da Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976) assume un concetto di "materia penale" assai più lato di quello tradizionalmente fatto proprio dall'ordinamento italiano. In particolare - ed in estrema sintesi - la Corte EDU qualifica alla stregua di pena e non di semplice sanzione di carattere amministrativo quella che, al di là del *nomen iuris* attribuite, abbia una connotazione funzionalmente repressiva. Tale impostazione ha avuto non pochi riflessi soprattutto nel sistema delle confische previste dal nostro ordinamento, avendo in più occasioni la Corte di Strasburgo qualificato come autentica pena la confisca urbanistica (si vedano le pronunce *Sud Fondi srl c. Italia*, 30 agosto 2007, *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009 e *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013); giurisprudenza del resto fatta propria anche dal nostro Giudice delle leggi, che nelle sentenze nn. 97 e 301 del 2009 ha qualificato come vera e propria sanzione la confisca per equivalente prevista dall'art. 322 ter c.p., così sottraendola al regime delle misure di sicurezza patrimoniali. Da ultimo, sul punto, si veda la sentenza Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, sulla natura penale dell'illecito previsto dall'art. 187 ter T.U.F. Sul questo ramo della giurisprudenza di Strasburgo e sull'ondivaga applicazione dei criteri *Engel*, si veda da ultimo il contributo di R. Russo, *Il diritto punitivo della Cedu e il "tranello" di "civil law" al banco di prova della confisca*, in *Cass. pen.*, 2016, f. 4, 1805 ss.

<sup>144</sup>Corte EDU, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., § 93. Quest'ultima sentenza è particolarmente emblematica circa l'atteggiamento sostanzialistico e in concreto sposato dalla Corte di Strasburgo, specie ove si guardi a come i giudici hanno replicato all'eccezione del Governo spagnolo in base alla quale l'interpretazione sopravvenuta posta in essere dalla Corte Suprema iberica era prevedibile in quanto maggiormente in linea con la lettera della disposizione. Ebbene, la Corte EDU, lungi dall'avventurarsi in un ragionamento volto a saggiare la maggior pertinenza rispetto al dato letterale del nuovo orientamento rispetto al precedente, si è limitata a ribadire che «il suo compito non è determinare come dovrebbero essere interpretate nel diritto interno le disposizioni di quel codice, ma piuttosto esaminare se la nuova interpretazione fosse ragionevolmente prevedibile per la ricorrente in base al "diritto" applicabile al momento pertinente. Tale "diritto" - nel senso sostanziale in cui il termine è utilizzato nella Convenzione, che comprende il diritto non scritto o la giurisprudenza - era stato applicato coerentemente dalle autorità penitenziarie e giudiziarie per molti anni, fino a quando la "dottrina Parot" aveva fissato un nuovo corso» (§ 115).

Insomma, ciò che davvero conta è come la disposizione vive, perché è a tale realtà che il cittadino fa riferimento per orientare la propria condotta, senza che abbia la benché minima importanza se tale diritto vivente sia o meno fedele al diritto positivo. Il che, a ben vedere, può finanche determinare effetti perversi sul principio di legalità per come tradizionalmente inteso nelle esperienze di diritto continentale: lo scrutinio di prevedibilità imperniato sull'interpretazione giurisprudenziale sembrerebbe in grado di fagocitare quantomeno il divieto di interpretazione estensiva. Per una simile curvatura critica, si veda già V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 136 ss., il quale icasticamente osserva che «nel sistema convenzionale sono pienamente legittime prevedibili interpretazioni estensive e analogiche *contra reum*, mentre non lo sono quelle 'ragionevolmente imprevedibili'».

retroattiva di leggi che facciano propria una regola contraria a quella impostasi nel diritto vivente. Per l'ipotesi in cui, invece, abbia luogo un *revirement* imprevedibile, la Corte EDU si è mostrata in un primo tempo cauta<sup>145</sup>, per poi più di recente aprire alla ravvisabilità di una violazione convenzionale, specie in campo fiscale<sup>146</sup>.

La nuova frontiera del legittimo affidamento ha trovato uno spiraglio anche nella giurisprudenza euro-unitaria. A tal proposito, giova premettere che, pur in mancanza di un fondamento positivo, il principio di legittimo affidamento si è fatto largo nella giurisprudenza della Corte di giustizia anzitutto nel tradizionale campo delle disposizioni retroattive<sup>147</sup>, ed ha peraltro trovato applicazione indifferentemente rispetto agli atti-fonte e rispetto agli atti di carattere amministrativo, non conoscendo l'ordinamento comunitario tale distinzione<sup>148</sup>. Ed anche in questo caso la parola chiave da associare al concetto di legittimo affidamento è quella

---

<sup>145</sup> Cfr. Corte EDU, *Unedic c. Francia*, 18 dicembre 2008, ove può leggersi una frase piuttosto emblematica: «la Corte ritiene tuttavia che le esigenze di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento di coloro che sono sottoposti a giudizio non sanciscono un diritto acquisito ad una giurisprudenza costante» (§ 74). V'è da dire, per il vero, che tale pronuncia non pare dare agli argomenti della parte ricorrente il giusto risalto. Questa, infatti, non aveva invocato un preteso diritto alla fissità giurisprudenziale, bensì, proprio appuntandosi sull'affidamento legittimo, aveva chiesto se non fosse più in linea con la Convenzione che, in presenza di certe condizioni (identificate nel gran numero delle persone coinvolte, nelle conseguenze finanziarie rilevanti, nell'imprevedibilità della modifica giurisprudenziale e nel sostegno apportato alla prassi anteriore e alla certezza del diritto), un mutamento giurisprudenziale producesse i propri effetti soltanto per il futuro, secondo la tecnica del *prospectiveoverruling*.

<sup>146</sup> Si veda Corte EDU, *Serkov c. Ucraina*, 7 luglio 2011. Cfr., comunque, F. SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospectiveoverruling, con particolare riguardo al precedente in materia processuale*, in *Judicium*, 23 dicembre 2011, p. 15, che sottolinea come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non abbia ancora ritenuto di dotarsi dell'istituto del *prospective*, nonostante qualche voce dissenziente all'interno della Corte medesima (si veda, in particolare, la *separate opinion* formulata dall'allora componente italiano Vladimiro Zagrebelsky nella decisione *Demir e Baykara c. Turchia* 12 novembre 2008).

<sup>147</sup> La ragione per cui si accenna a questa giurisprudenza della Corte di giustizia soltanto a questo punto della nostra disamina risiede nel fatto che le pronunce del massimo organo giurisdizionale euro-unitario, a differenza delle sentenze della Corte EDU, non assurgono a parametro interposto di legittimità costituzionale, sicché la Corte costituzionale non ha avuto modo di confrontarsi frontalmente con la giurisprudenza di Lussemburgo che pure ha riguardato il fenomeno della retroattività legislativa. Si rammenta che i Trattati consentono alla Corte di giustizia di invalidare le fonti europee che risultino contrarie al principio di affidamento, mentre invece, ancorché tale principio «debba essere rispettato dal legislatore nazionale quando adotta una normativa appartenente al diritto comunitario» (Corte di giustizia, 26 aprile 2005, in C-376/02, *Stichting «GoedWonen» c. Staatssecretaris van Financiën*, § 34), rimane in capo al giudice del rinvio esaminare se una normativa nazionale sia conforme a tale principio, la Corte potendo unicamente limitarsi «a fornire a tale giudice tutti gli elementi interpretativi rientranti nell'ambito del diritto dell'Unione che possano consentirgli di valutare tale conformità le disposizioni degli Stati membri» (Corte di giustizia, 11 giugno 2015, in C-98/14, *BerlingtonHungary e al. c. MagyarÁllam*, § 80).

Riguardo alla collocazione del diritto dell'UE – e quindi anche delle pronunce della Corte di giustizia – alla stregua di parametro interposto di costituzionalità deve però segnalarsi che gli scenari potrebbero variare in maniera significativa a seguito della sentenza n. 269 del 2017, con la quale la Corte costituzionale, ammantando la radicale svolta teorica dietro una semplice «precisazione», ha affermato che, stante il carattere «tipicamente costituzionale» della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, laddove il giudice comune si trovi ad applicare una normativa interna che configge con una norma *self executing* dell'UE ma anche con la predetta Carta, questi dovrà non semplicemente disapplicare la disposizione di diritto interno, bensì sollevare una questione di legittimità costituzionale imponendosi la necessità di una pronuncia con efficacia *erga omnes*, e il Giudice delle leggi «giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato» (cfr. par. 5.2 del Considerato in diritto). È ben chiaro dunque che la Carta di Nizza, in uno con l'interpretazione delle relative disposizione che ne sia data dalla Corte di giustizia, potrebbe negli anni a venire assurgere a parametro interposto di costituzionalità.

<sup>148</sup> Cfr. M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione*, cit., 26.

di prevedibilità. Invero, a partire dalla sentenza *Racke*<sup>149</sup> lo scrutinio della Corte è inteso dapprima a saggiare la necessarietà della retroattività della modifica ai fini della realizzazione dello scopo che le istituzioni si sono prefisse e, successivamente, a verificare se sia stata o meno adeguatamente tutelata l'aspettativa di stabilità delle situazioni giuridiche generate dalla norma precedente<sup>150</sup>. In estrema sintesi, «la tutela del legittimo affidamento viene a configurarsi essenzialmente come uno strumento di tutela delle situazioni giuridiche atto ad impedire che i soggetti interessati possano essere colti di sorpresa, a posteriori, da provvedimenti i cui effetti negativi peggiorino il loro *status* precedente, acquisito in conformità alla disciplina allora vigente»<sup>151</sup>.

L'estensione del legittimo affidamento anche all'ipotesi dei mutamenti giurisprudenziali imprevedibili è stata il frutto dell'osmosi con la giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 7 CEDU, mutuata nel campo delle sanzioni applicate dalla Commissione europea in caso di violazione delle regole sulla concorrenza. Più precisamente, a partire dalla sentenza *Dansk* del 2005<sup>152</sup> la giurisprudenza dell'Unione ha fatto proprio anche il concetto di "diritto" acquisito dai giudici di Strasburgo, che come visto ricomprende non soltanto il diritto per come posto dalle fonti-atto, ma anche il diritto per come esso vive grazie all'interpretazione giurisprudenziale<sup>153</sup>. Ciò ha prodotto i medesimi risvolti appunto nello scrutinio sulla prevedibilità, giacché

---

<sup>149</sup> Corte di giustizia, 25 gennaio 1979, in C-98/78, *Racke c. Hautzollamt Mainz*.

<sup>150</sup> Con particolare riferimento alle leggi retroattive, la Corte del Lussemburgo ha avuto modo di affermare che «il legislatore nazionale violerebbe i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento qualora adottati, in modo improvviso e imprevedibile, una nuova legge che sopprime un diritto di cui godevano fino a tale momento i soggetti passivi, senza lasciare a questi ultimi il tempo necessario per adattarsi alla nuova situazione, e ciò senza che lo scopo da conseguire lo imponga» (da ultimo, Corte di giustizia, 9 giugno 2016, in C-332/14, *Wolfgang und Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft GbR c. Finanzamt Krefeld*, § 58). Il fenomeno della retroattività legislativa, pertanto, non sarebbe illegittimo in sé e per sé, ma soltanto qualora possedga carattere improvviso e imprevedibile: da qui la particolare saldatura tra principio di legittimo affidamento e principio di prevedibilità. Meccanismi per ovviare all'imprevedibilità sono stati individuati dalla Corte nella previsione di disposizioni transitorie (cfr., ad esempio, Corte di giustizia, 29 aprile 2004, in C-487/01 e C-7/02, *Geemete Lausded e al. c. Staatssecretaris van Financiën*, §§ 70-76; Corte di giustizia, *Wolfgang*, cit., §§ 55-59; Corte di giustizia, 20 dicembre 2017, in causa C-322/16, *Global Starnet Ltd c. Ministero dell'Economia e al.*, § 46-49) o dall'esistenza di una sorta di avvertenza da parte del legislatore della futura adozione della legge modificativa con effetto retroattivo, affinché gli operatori economici siano messi in grado di potersi adeguare per tempo (cfr. Corte di giustizia, *Stichting «Goed Wonen»*, cit., § 49).

<sup>151</sup> Così M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione*, cit., 26. Alla stessa A. può rinviarsi per una disamina più complessa della giurisprudenza comunitaria sul punto. Si segnala soltanto che a partire dal 2000 si sarebbe affacciato anche un altro atteggiamento più severo da parte della CGUE, il quale sostanzialmente annullerebbe disposizioni normative per il sol fatto di essere retroattive e di privare un soggetto di diritti acquisiti (*ivi*, 47 ss.).

<sup>152</sup> Corte di giustizia, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*.

<sup>153</sup> Emblematica la sintesi operata da Tribunale di primo grado, Sez. III, 08 luglio 2008, T-99/04, *AC-Treuhand AG c. Commissione*, punto 141: «secondo la giurisprudenza della Corte eur. D. U., per quanto chiara una disposizione legale possa essere redatta, ivi incluso il diritto penale, esiste inevitabilmente uno spazio d'interpretazione giudiziale e sarà sempre necessario chiarire i punti oscuri e adattare il testo normativo in funzione dell'evoluzione delle circostanze. Inoltre, secondo la Corte eur. D. U., è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parti della CEDU che la giurisprudenza, in quanto fonte del diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale (Corte eur. D. U., sentenza S.W. c. Regno Unito, punto 104 supra, § 36). A tale riguardo, la Corte eur. D. U. ha riconosciuto che numerose leggi non hanno una precisione assoluta e che molte di esse, a causa della necessità di evitare un'eccessiva rigidità e di adattarsi ai mutamenti di situazione, si servono necessariamente di formule più o meno indeterminate e che l'interpretazione e l'applicazione di queste ultime dipendono dalla pratica (Corte eur. D. U., sentenza Kokkinakis c. Grecia punto 140 supra, §§ 40 e 52, e sentenza E. K. C. Turchia, punto 140 supra, § 52; sentenza Jungbunzlauer/Commissione, punto 139 supra,

anche un mutamento imprevedibile di orientamenti giurisprudenziali, a fonte formale immutata, può determinare una lesione del legittimo affidamento. Invero, «se il principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) permette, in linea di principio, la chiarificazione graduale delle norme concernenti la responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziale, esso può opporsi all'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che prevede un'infrazione. Ciò avviene, in particolare, se il risultato di tale interpretazione non era ragionevolmente prevedibile al momento della commissione dell'infrazione, alla luce, in particolare, dell'interpretazione vigente a quell'epoca nella giurisprudenza relativa alla disposizione legale in questione»<sup>154</sup>.

In definitiva, quindi, anche nella giurisprudenza euro-unitaria l'esistenza di un'interpretazione giurisprudenziale consolidata non si pone soltanto come parametro della prevedibilità di un successivo intervento normativo avente carattere retroattivo, ma altresì come limite per i successivi *overruling* giurisprudenziali, i quali hanno portata "naturalmente" retroattiva.

## 11. La tutela dell'affidamento di fronte ai mutamenti giurisprudenziali imprevedibili nell'ordinamento interno

La «ricombinazione genetica»<sup>155</sup> del principio di legalità posta in essere dalla giurisprudenza europea, comprendente il nuovo spazio assicurato al legittimo affidamento, può suscitare diversi ordini di considerazioni, anche di carattere critico<sup>156</sup>. Certo è, tuttavia, che, in ragione delle interrelazioni sistemiche tra ordinamento italiano, ordinamento euro-unitario e sovrastruttura convenzionale dei diritti fondamentali, tanto il legislatore quanto la giurisprudenza non possono non tenere in considerazione questo diverso angolo visuale e, per certi versi, scendere a qualche compromesso. È quanto sempre di più sta avvenendo nella giurisprudenza di legittimità e di merito negli ultimi anni<sup>157</sup>, ove per il vero alla necessità di porsi in sintonia con le note europee si associano anche esigenze di giustizia sostanziale.

Prima di esaminare questa nuova frontiera del legittimo affidamento nel nostro ordinamento, tuttavia, è bene evidenziare che i repentini mutamenti giurisprudenziali quali fattori

---

punto 80). Quindi, nella valutazione del carattere determinato o meno delle nozioni utilizzate, oltre al testo stesso della legge, la Corte eur. D. U. tiene anche conto della giurisprudenza costante e pubblicata (Corte eur. D. U., sentenza 27 settembre 1995, G. c. Francia, serie A n. 325-B, § 25)».

<sup>154</sup> *Ivi*, punto 142. Nel particolare ambito del diritto della concorrenza, più che agli orientamenti giurisprudenziali si guarda agli orientamenti interpretativi pubblicati dalla Commissione, che quest'ultima si impegna a osservare qualora intenda infliggere ammende. Infatti, che anche gli orientamenti della Commissione rientrino nella nozione di diritto ex art. 7 CEDU si era espressa già la sentenza *Dansk* (punto 223). Per questa ragione le modifiche apportate dalla Commissione a interpretazioni del genere sono compatibili con il principio di affidamento a condizione di poter essere considerate ragionevolmente prevedibili. Si tratta di affermazioni assai ricorrenti nella giurisprudenza euro-unitaria: si vedano, ad esempio, Corte di giustizia, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*, punti 87 ss. e, da ultimo, Tribunale di primo grado, sez. VI, 15 luglio 2015, n. T-389/10 e T-419/10, *Siderurgica Latina Martin SpA e a. c. Commissione*, punti 85 ss.

<sup>155</sup> Il termine è ripreso da V. VALENTINI, *La ricombinazione generica*, cit.

<sup>156</sup> Per qualche spunto si rinvia alla nota 132.

<sup>157</sup> Assai meno, invece, nella giurisprudenza costituzionale, come dappresso si vedrà.

lesivi dell'affidamento hanno trovato già da trent'anni una propria dimensione in un settore privilegiato come quello della responsabilità penale. Si allude, segnatamente, alla parziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. posta in essere dalla sentenza 364/1988, la quale ha ridefinito la sfera applicativa del principio *ignorantia legis non excusat*.

Non è evidentemente questa la sede per approfondire una tematica così ricca di implicazioni, e non a caso sviscerata a più riprese dalla dottrina specialistica<sup>158</sup>. Sia sufficiente osservare che qualsiasi ordinamento giuridico, per dare seguito alla propria pretesa di effettività, non può che presupporre la conoscenza, da parte di ciascun consociato, dell'intero diritto positivo. Si tratta, all'evidenza, di una *fictio iuris*, che però si pone come preconditione dell'esistenza di un ordinamento giuridico, dal momento che, ove valesse la regola inversa, si finirebbe per premiare la non conoscenza dei precetti normativi e, quindi, si incentiverebbe l'affrancamento dal vincolo posto dall'autorità pubblica. Sennonché, soprattutto nella seconda metà del secolo scorso, la dottrina si è interrogata sugli irragionevoli effetti di un'applicazione pura e semplice dell'irrelevanza dell'errore sulla legge penale, prospettando l'opportunità di mediare il dogma astratto dell'inescusabilità con il dato reale dell'effettiva conoscibilità del contenuto precettivo della legge.

La pronuncia del 1988 ha per l'appunto raccolto queste indicazioni, affermando che non può muoversi un rimprovero di tipo penale nei confronti di colui il quale si trovi in uno stato di ignoranza inevitabile. La Corte si è premurata di costruire un recinto attorno all'inevitabilità dell'errore, offrendo in *obiter dictum* una serie di parametri cui il giudice deve fare riferimento. Trattandosi di un giudizio di carattere primariamente soggettivo, i primi criteri forniti dalla Consulta sono quelli soggettivi puri, nel senso che la pretesa di conoscibilità non può che variare a seconda dello specifico soggetto agente<sup>159</sup>. Assumono inoltre rilievo altri

---

<sup>158</sup> Numerosi i commenti della dottrina penalistica alla sentenza 364/1988. Oltre ai diversi contributi contenuti in A.M. STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, Napoli, Jovene, 1989, si segnalano: G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88* in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.; D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 2, 686-730; L. STORTONI, *L' introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 4, 1313-1350; M. GUARDATA, *L' ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1988, 7, 1152-1155; G. MANCUSO, *Sulla parziale incostituzionalità della norma relativa all'ignoranza della legge penale*, in *Riv. pen.*, 1988, 12, 1156-1158; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'articolo del codice penale*, in *Legisl. Pen.*, 1988, 449 ss.; G. VASSALLI, *L' inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione di colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, 1, pt. 2, 3-15; F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 379 ss.; E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, 1990, 2, I, 415 ss. Per quanto concerne gli sviluppi successivi alla sentenza della Corte, si vedano: F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 223 ss.; E.R. BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 1997; D. TASSINARI, *Note a margine del principio di scusabilità/inevitabilità dell'ignoranza della legge penale a venti anni dalla sua introduzione ad opera della Corte costituzionale*, in G. DE FRANCESCO – C. PIEMONTESE – E. VENAFFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, Giappichelli, 2010, 119 ss.; V. PUSATERI, *Sub art. 5*, in E. DOLCINI – G.L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, IPSOA, 2015, 205 ss. Per un inquadramento generale della problematica dell'errore di diritto si rinvia alla fondamentale opera di D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, Giuffrè, 1976.

<sup>159</sup> La valorizzazione di tale profilo può evincersi anche dalla lettura della giurisprudenza di legittimità successiva: si veda soprattutto Cass., sez. un., 10 giugno 1994, n. 8154, in *Foro it.*, 1995, II, 3, 154 ss., con nota

fattori, quali le assicurazioni erronee ricevute da persone qualificate, che tuttavia vanno pur sempre bilanciati con le eventuali particolari capacità o conoscenze del soggetto autore del reato (c.d. criteri oggettivi misti). Infine, vi è un terzo insieme di parametri, di carattere squisitamente oggettivo, i quali di norma si sottraggono ad operazioni di bilanciamento con le peculiarità soggettiva dell'agente, che la Corte identifica nell'assoluta oscurità del testo legislativo e nel *revirement* improvviso che rende illecita una condotta precedentemente reputata lecita dalla giurisprudenza<sup>160</sup>.

Ai fini del presente lavoro, assume interesse soprattutto quest'ultimo riferimento all'interpretazione giurisprudenziale. Infatti, se compiutamente valorizzato, comporterebbe l'esclusione della responsabilità penale con la formula «il fatto non è previsto dalla legge come reato» tutte le volte in cui il soggetto agente abbia fatto affidamento su un orientamento consolidato che, in un momento successivo, finisca per essere travolto da un *revirement*. Ciò anche in conformità con quanto sostenuto da autorevole dottrina penalistica, la quale ha avuto modo di rimarcare il fatto che la presenza di un orientamento consolidato circa la liceità di una certa condotta non possa che incidere favorevolmente sull'agente, consentendo di qualificare il suo errore come assolutamente inevitabile<sup>161</sup>.

La prospettata valorizzazione, in realtà, non ha trovato un adeguato riscontro nell'applicazione giurisprudenziale. Invero, è assai ricorrente la seguente massima: «per l'affermazione della scusabilità dell'ignoranza della legge occorre che da un comportamento positivo degli organi amministrativi o da un complessivo pacifico orientamento giurisprudenziale l'agente abbia tratto il convincimento della correttezza dell'interpretazione normativa e, conseguentemente, della liceità del comportamento tenuto»<sup>162</sup>. Sennonché, a tali roboanti affermazioni non sembra essere seguita una concreta applicazione della scusante: sono infatti assai rari i proscioglimenti occasionati dalla sussistenza di un *caos* interpretativo<sup>163</sup>, sicché il *revirement* imprevedibile di orientamento giurisprudenziale quale fattore scusante, pur lanciato dalla storica sentenza della Corte costituzionale, non ha mai preso realmente quota.

Come anticipato, più di recente la tematica dell'affidamento riposto nell'interpretazione consolidata di una certa disposizione, in seguito repentinamente mutata *in pejus*, ha trovato un nuovo punto di emersione, al di fuori, però, del terreno penalistico. Il riferimento è al campo processual-civilistico, in cui è fiorita un'ingente quantità di *revirement*

---

di E. BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell'"ignorantia legis"*; più recentemente Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2014, n. 43560, in *Guida al diritto*, 2015, 5, 83.

<sup>160</sup> Per meglio dire, la sentenza fa riferimento al «gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari» (§ 27), che potrebbe consistere più semplicemente nella presenza di contrasti giurisprudenziali sincronici. In dottrina non è in realtà pacifico che la Corte abbia voluto alludere a tale fenomeno, giacché il *caos* giurisprudenziale, più che ingenerare uno stato di ignoranza inevitabile, determina uno stato di dubbio circa l'illiceità di una certa condotta, in presenza del quale il soggetto dovrebbe optare per l'astensione, accettando altrimenti il rischio di una incriminazione. Si vedano, in proposito, le condivisibili riflessioni di F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 244 ss.

<sup>161</sup> Cfr. G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza*, cit., 1393.

<sup>162</sup> Cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., sez. III, 17 settembre 2014, n. 43560, cit.; Cass. pen., sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32069, in *Guida al diritto*, 2010, 40, 86.

<sup>163</sup> In questo senso, tra gli altri, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 19 dicembre 2016, 8 s.



radicali, occasionati prevalentemente da un uso – spesso tracimato in abuso – dell’interpretazione conforme al canone del giusto processo, così come cristallizzato dalla novella dell’art. 111 Cost. del 1999<sup>164</sup>. Mutamenti interpretativi salutati con un certo allarmismo non soltanto dalla dottrina, ma anche dai pratici del diritto, in ragione delle dirette ricadute degli stessi sugli interessi delle parti processuali, trovatesi improvvisamente e imprevedibilmente a dover fare i conti con decadenze o vizi formali inimmaginabili al momento della redazione, della notifica e del deposito degli atti. Proprio in ciò si innesta, per l’appunto, la pressante questione relativa alla tutela del legittimo affidamento riposto da una parte che abbia conformato la propria condotta processuale a un orientamento giurisprudenziale che venga successivamente, e improvvisamente, capovolto, la quale a causa del cambio delle regole del gioco in corsa si trova a dover fronteggiare effetti non solo pregiudizievoli, ma finanche irreversibili<sup>165</sup>.

Gli esempi di *overruling* che hanno “costretto” la Corte di cassazione a interrogarsi sul se e sul come tutelare l’affidamento di una parte processuale sono molti<sup>166</sup>. Quello che ha ricevuto indubbiamente maggiore eco, e si presta perfettamente a raffigurare la problematica del legittimo affidamento in caso di *overruling* nel diritto processuale, è racchiuso nella sentenza delle Sezioni Unite n. 19246 del 2010<sup>167</sup>.

La rilettura ermeneutica ha investito l’art. 645, comma 2, c.p.c. nella formulazione all’epoca vigente<sup>168</sup>, disciplinante l’opposizione a decreto ingiuntivo. In estrema sintesi, in ba-

---

<sup>164</sup> Sull’incidenza della riscrittura dell’art. 111 Cost. nell’esplosione dei mutamenti giurisprudenziali in ambito processual-civilistico si veda E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza (overruling) come (possibile?) paradigma di un istituto giuridico di carattere generale*, in *Cass. pen.*, 2011, 12, 4129. Nel senso che la giurisprudenza abbia abusato del canone del giusto processo – e segnatamente del principio della ragionevole durata – per superare orientamenti interpretativi decennali, anche varcando il confine semantico delle disposizioni di legge, cfr. C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti di interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 6, par. 5; G. VERDE, *Il processo sotto l’incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell’interpretazione delle norme processuali e «giusto processo»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 6, 1390 ss.

<sup>165</sup> Si vedano, sul punto, anche le recenti riflessioni di M. GABOARDI, *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell’affidamento della parte*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, f. 2, p. 435 ss., il quale si sofferma soprattutto sull’importanza della tutela dell’affidamento nell’ottica della gestione dei costi di transizione da un regime giuridico all’altro.

<sup>166</sup> Fornisce un dato statistico R. ROLLI, *Overruling del diritto vivente vs. iussuperueniens*, in *Contr. e impr.*, 2013, 3, 579, la quale ha contato almeno dodici casi di *overruling* da parte delle Sezioni Unite. Un’esauriente elencazione può trovarsi anche in E. VINCENTI, *L’overruling giurisprudenziale in materia di processo civile. Relazione tematica n. 31 dell’ufficio del massimario e del ruolo della Corte Suprema di Cassazione*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 29 marzo 2011, 3 s. Per un caso recente si veda Cass. civ., Sez. I, 28 ottobre 2015, n. 22008, in *Giur. it.*, 2016, 3, 663 ss., con nota di E. DALMOTTO, *Mezzi di impugnazione della declinatoria di competenza e clausola per arbitrato societario*.

<sup>167</sup> Cass., Sezioni Unite, 9 settembre 2010, n. 19246, in *Foro it.*, 2010, I, 314 ss., con osservazione di C.M. BARONE - R. CAPONI - G. COSTANTINO - D. DALFINO - A. PROTO PISANI - G. SCARSELLI, *Le sezioni unite e i termini di costituzione dell’opponente nei giudizi in opposizione a decreto ingiuntivo*. Si soffermano analiticamente su tale pronuncia anche: E. DALMOTTO, *Dimidiazione dei termini di costituzione dell’attore opponente a decreto ingiuntivo e principio dell’affidamento nella giurisprudenza conoscibile*, in *Giur. it.*, 2011, 7, 1604 ss.; P. PIRRUCIO, *Overruling: dalle Sezioni Unite n. 19246 del 2010 alle L. n. 218 del 2011, quale lezione per il futuro?*, in *Giur. mer.*, 2012, 2, 304 ss.

<sup>168</sup> Che era la seguente: «in seguito all’opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito, ma i termini di comparizione sono ridotti a metà».

se a un orientamento giurisprudenziale più che cinquantennale<sup>169</sup>, si riteneva che il dimezzamento dei termini di comparizione per l'opposto costituisse una facoltà dell'opponente, e che soltanto ove quest'ultimo se ne fosse avvalso si sarebbero corrispondentemente dimezzati anche i termini di costituzione delle parti. Sennonché le Sezioni Unite del 2010, con un *obiter dictum* a dir poco rumoroso, hanno affermato che il dimezzamento dei termini consegue al sol fatto che l'opposizione sia stata proposta, anche qualora l'opponente non avesse ridotto (fino a dimezzare) i termini di comparizione, assegnando un termine pari o superiore a quello legale ordinario. L'effetto pratico di un simile arresto è facilmente intuibile: tutti gli opposenti i quali, facendo affidamento sul granitico orientamento precedente, non avessero ridotto i termini di comparizione per l'opposto e si fossero costituiti tra il sesto e il decimo giorno dalla notificazione dell'atto di opposizione, e cioè oltre la metà dei termini previsti per legge, avrebbero corso il rischio di veder dichiarata improcedibile l'opposizione, con conseguente passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo.

Le peculiarità di questa vicenda processuale fanno ben comprendere, dunque, il motivo dell'alta risonanza della pronuncia. Le opposizioni a decreto ingiuntivo, infatti, costituiscono pane quotidiano di qualunque tribunale civile, e la fedele applicazione dell'*overruling* da parte dei giudici di merito avrebbe equivalso a un autentico *tsunami*. Questo spiega perché sia corso ai ripari direttamente il legislatore, il quale, seppure a distanza di oltre un anno, con la Legge 218/2011 ha, da un lato, riformato l'art. 645, comma 2 c.p.c. e, dall'altro lato, introdotto una disposizione transitoria di interpretazione autentica, la quale ha fatto propria l'interpretazione seguita fino al 2010<sup>170</sup>.

Tuttavia, fino a quando non è sopraggiunto l'intervento legislativo a togliere i giudici di merito dall'imbarazzo, quest'ultimi si sono trovati tra l'incudine – il *revirement* delle Sezioni Unite – e il martello – il legittimo affidamento tradito di una parte processuale. Tra i due estremi, vale a dire quello di applicare il nuovo orientamento in totale spregio a qualsiasi affidamento e quello, viceversa, di rifiutare l'adeguamento all'*obiterdictum* delle Sezioni Unite, e quindi di continuare ad applicare il precedente orientamento, si sono fatte largo due posizioni mediane, che peraltro hanno trovato nello stesso periodo o in una fase immediatamente successiva anche il suggello della giurisprudenza di legittimità.

La prima soluzione ricorda molto da vicino quella poc'anzi esaminata con riferimento al diritto penale: si è fatto leva, infatti, sull'errore inevitabile in cui sarebbe caduta la parte processuale nel confidare sulla stabilità dell'orientamento ermeneutico pregresso. Con maggior precisione, tale errore è stato ricondotto alla «causa non imputabile» che, ai sensi dell'art. 153 c.p.c., giustifica la rimessione in termini. In favore di questa opzione si è espressa anche la Corte di cassazione con sentenza 14627 del 2010<sup>171</sup>, intervenuta per «sbrogliare

---

<sup>169</sup> Essendo stato inaugurato da Cass., 12 ottobre 1055, n. 3053, in *Foro it.*, 1955, I, 1454 ss.

<sup>170</sup> La legge in questione ha peraltro superato anche il controllo di costituzionalità: cfr. Corte costituzionale, ord. 92 del 2014.

<sup>171</sup> Cass. civ., sez. II, 17 giugno 2010, n. 14627, in *Foro it.*, 2010, I, 3050 ss. Per un commento alla pronuncia si veda E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corr. giur.*, 2010, 1476 ss.

la matassa” creatasi a seguito di un diverso e meno nocivo *overruling*<sup>172</sup>. Ivi può leggersi che «in una situazione siffatta, nella quale l'affidamento creato dalla giurisprudenza costituisce chiara ed evidente spiegazione e giustificazione della condotta processuale della parte, la causa non imputabile è determinata e, al contempo, conosciuta dallo stesso arbitro; sicché l'art. 184-bis cod. proc. civ. [applicabile in luogo dell'art. 153 c.p.c. prima della riforma del 2009, *n.d.r.*] viene in considerazione, non già come regola di dettaglio pensata per le inattività derivanti dagli impedimenti, tipici, di natura materiale ed oggettiva, ma nella sua portata di precipitato normativo espressione di un principio generale di superiore giustizia - coesistente alla garanzia costituzionale dell'effettività della tutela processuale - che vede nel rimedio restitutorio il mezzo rivolto a non far sopportare alla parte, quando ad essa non possa farsi risalire alcuna colpa, le gravi conseguenze di un errore nella proposizione dell'impugnazione indotto dalla stessa giurisprudenza di cassazione». La Corte ha peraltro aggiunto che il giudice può disporre la rimessione in termini anche d'ufficio, essendo l'impedimento *in re ipsa*. Circa la fissazione dello spartiacque tra scusabilità e inescusabilità dell'errore, assume rilievo non già la data del deposito della sentenza contenente l'*overruling*, ma la sua esterna conoscibilità, che la Suprema Corte, a partire dalla sentenza 3030 del 2011<sup>173</sup>, ha fatto coincidere con la pubblicazione della sentenza nel Servizio novità del sito web della Corte medesima<sup>174</sup>.

Si è però affacciata anche una seconda soluzione, per certi versi più radicale poiché rievocatrice di un istituto tipico della *common law*: il *prospectiveoverruling*<sup>175</sup>. Soluzione so-

---

<sup>172</sup> In questo caso in ballo vi erano le regole del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti di liquidazione di consulenti tecnici. In estrema sintesi, per lungo tempo era invalso l'orientamento secondo cui il procedimento di opposizione al provvedimento di liquidazione avesse natura accessoria rispetto a quello principale nel quale suddetto provvedimento veniva emesso. Conseguentemente, se la liquidazione era effettuata dal pubblico ministero o dal giudice penale, l'opposizione doveva essere trattata in sede penale ed il ricorso per cassazione proposto in base alle regole del rito penale; viceversa, se la liquidazione era fatta dal giudice civile, opposizione ed eventuale ricorso per cassazione avrebbe dovuto seguire le regole del rito civile. Le Sezioni Unite, con sentenza 3 settembre 2009, n. 19161, in un *obiterdictum*, hanno però mandato in archivio questo doppio binario, affermando che è sempre il giudice civile a doversi pronunciare sulle opposizioni e che, pertanto, l'eventuale ricorso per cassazione vada proposto secondo le regole del c.p.c., dinanzi alle sezioni civili della Suprema Corte. Si era posto così il problema dell'ammissibilità di tutti quei ricorsi fatti alle sezioni penali secondo le regole del c.p.p., non più in linea con l'indirizzo ermeneutico inaugurato dall'*overruling* del 2009.

<sup>173</sup>Cass. civ., sez. II, 7 febbraio 2011, n. 3030, in *Foro it.*, 2011, I, 1075 ss., con nota di G. COSTANTINO, "Contrasto", "mutamento" di giurisprudenza e "affidamento incolpevole".

<sup>174</sup> La dottrina più tradizionale, pur criticandone alcuni aspetti, ha condiviso l'impiego dell'istituto della rimessione in termini per tutelare l'affidamento della parte processuale, anche respingendo duramente l'alternativa soluzione del *prospectiveoverruling*, sul quale tra poco ci soffermeremo. Cfr. E. D'ALESSANDRO, *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile*, cit.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1, 6 ss.

<sup>175</sup>In estrema sintesi, il *prospectiveoverruling* è una tecnica congegnata per la prima volta nel 1932 nella pronuncia sul caso *Great Northern Railway Co. v Sunburst Oil & Refining Co.* della Corte Suprema americana, il cui estensore fu uno tra i più autorevoli esponenti della corrente realista, ossia Benjamin Cardozo. Quantomeno nella sua forma originaria – essendosi sviluppate nel corso degli anni diverse varianti – questa tecnica si configura come la possibilità in capo ad un giudice di modificare un precedente per tutti i casi che si presenteranno da lì in avanti, continuando tuttavia ad applicare al caso di specie deciso la precedente regola *overruled*. Si tratta, in sostanza, di un *escamotage* per aggirare i rigori della teoria dichiarativa del precedente, la quale vorrebbe che qualunque *overruling*, anche in ambito penale, operasse in via retroattiva. Per un approfondimento della tematica, tra i contributi della dottrina britannica e americana si vedano almeno B. H. LEVY, *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in *Univ. of Pennsylvania L. Rev.*, 109, 1960, 1 ss.; R. J. TRAYNOR, *Quo Vadis, Prospective Overruling: a Question of Judicial Responsibility*, in *Hasting L. J.*, 28, 1976-1977, 547 s.; A. G. L. NICOL, *Prospective*

stanzialmente accolta da quello che tuttora è considerato il *leading case* circa le tecniche di tutela del legittimo affidamento in campo processual-civilistico, vale a dire la sentenza n. 15144 del 2011 delle Sezioni Unite<sup>176</sup>. Tale pronuncia, anch'essa intervenuta per risolvere le ricadute di un *overruling*<sup>177</sup>, merita di essere esaminata con attenzione.

La sentenza si apre con alcune considerazioni di teoria generale, nelle quali (certo non casualmente) vengono ribaditi alcuni postulati tipici dell'impostazione formalista. La norma giuridica - si legge - è il frutto esclusivo degli organi del potere legislativo, il giudice non possedendo alcuna capacità creativa in ragione della propria funzione meramente tecnica; qualsiasi norma giuridica contiene diversi significati, e i mutamenti ermeneutici possono essere occasionati tanto da rivisitazioni di carattere assiologico e da influssi sistemico-normativi (è quella che la Corte definisce interpretazione evolutiva), quanto da una pura e semplice rimediazione volta a correggere un errore nell'applicazione dei canoni ermeneutici (c.d. interpretazione correttiva)<sup>178</sup>; sia come sia, l'operazione interpretativa ha carattere dichiarativo/accertativo, sicché deve escludersi che il passaggio da un orientamento ermeneutico all'altro possa equipararsi alla successione di leggi nel tempo; sul piano formale, pertanto, «nel caso, in particolare, che la *overruling* correttiva interessi una norma processuale, è

---

*Overruling: a New Device for English Courts?*, in *Mod. L. Rev.*, 39, 1976, p. 542 ss.; A. J. WISTRICH, *The Evolving Temporality of Lawmaking*, in *Connecticut L. Rev.*, 44, 2012, 737 ss.; R. S. KAY, *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in *Amer. J. of Comp. Law*, 62, 2014, 43 ss. Nella dottrina italiana cfr. M. LUPOI, *Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense*, in *Quad. del Foro it.*, 1969, 724; R. MANDELLI, *Recenti sviluppi del principio dello stare decisis in Inghilterra e in America*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 671 ss.; E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, 1990, 2, 415 ss.; U. MATTEI, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Torino, Giappichelli, 2014, 311; F. VIGLIONE, *L'overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in *Pol. dir.*, 2014, 4, 669 ss.

<sup>176</sup>Cass. civ., Sezioni Unite, 11 luglio 2011, n. 15144, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1072 ss., con nota di M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*. Numerosi i commenti a tale pronuncia: si vedano almeno E. VINCENTI, *Note minime sul mutamento di giurisprudenza*, cit.; F. MELONCELLI, *Overruling e inammissibilità sopravvenuta del ricorso per cassazione*, in *Rass. avv. Stato*, 2012, 2, 103 ss.; F. AULETTA, *Irretroattività dell'overruling: come «il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione»*, in *Il giur. proc. civ.*, 2011, 4, 117; F. CAVALLA - C. CONSOLO - M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. giur.*, 2011, 1397 ss.; R. CAPOINI, *Irretroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.*, 2011, I, 3344 ss.; G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso*, cit.

<sup>177</sup>In questo caso l'*overruling* è assolutamente più di nicchia rispetto a quelli finora incontrati, riguardando i termini per la proposizione del ricorso per Cassazione avverso le pronunce del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche. In pratica, secondo l'orientamento tradizionale, interpretativo dell'art. 183 del R.d. 1775/33, il termine per la proposizione di ricorso cominciava a decorrere dalla notifica alle parti delle copie del dispositivo della sentenza, successiva all'avvenuta registrazione a opera dell'apposito ufficio. Con la sentenza n. 7607 del 2010 delle Sezioni Unite, tuttavia, tale orientamento è stato modificato, con decisa anticipazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso. Invero, la Corte ha ritenuto che, considerata l'evoluzione normativa in materia di imposta di registro in ragione della quale il cancelliere è ora obbligato a rilasciare copia della sentenza anche prima della registrazione, debba escludersi che, ancora oggi, la preventiva registrazione possa valere da condizione essenziale per la decorrenza del termine breve di impugnazione. Da qui il problema dell'ammissibilità dei ricorsi presentati nel rispetto dei termini calcolati in base all'orientamento tradizionale ma non in linea con la nuova svolta ermeneutica.

<sup>178</sup>In senso critico rispetto alla distinzione formulata dalle Sezioni Unite si veda G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso*, cit., 8 ss.

difficile sfuggire allora alla conseguenza che l'atto compiuto dalla parte, od il comportamento da esso tenuto, in conformità all'orientamento *overruled*, risulti - ora per allora - non rituale».

Senonché, il ragionamento sembra prendere una piega significativamente diversa, e quasi antitetica rispetto alle premesse svolte, nel momento in cui la Suprema Corte si sofferma sulle peculiarità del mutamento giurisprudenziale nel caso venuto alla sua attenzione, caratterizzato dalla sua imprevedibilità e da un effetto preclusivo del diritto di difesa di una parte. Di fronte a un'ipotesi tanto estrema, sale in cattedra il principio del giusto processo, che si pone quale «insuperabile ostacolo» all'effetto retroattivo del mutamento interpretativo. Tale effetto sarebbe anche disarmonico rispetto al principio di ragionevolezza. In tal senso, la Corte, riprendendo le riflessioni compiute da una voce dottrinale<sup>179</sup>, formula un parallelo tra legge retroattiva e mutamento giurisprudenziale, e quindi estende le riflessioni compiute dalla Corte costituzionale sul fenomeno della retroazione legislativa anche a quello della "retroazione giurisprudenziale". Invero, chiarisce la Corte, così come una legge retroattiva non può frustrare l'affidamento ingenerato nel cittadino, a maggior ragione non potrebbe consentirsi a un *overruling* di ledere l'affidamento determinato da una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo, la quale, seppure non possa essere considerata *lextemporis*, avrebbe comunque creato «l'apparenza di una regola».

Chiarite le ragioni per le quali un *overruling* con questi connotati non possa retroagire, la Corte si interroga su quale sia il mezzo più idoneo a scongiurare la lesione dell'affidamento. In tal senso, viene costruito un doppio binario, poiché gli strumenti di tutela variano a seconda del tipo di pregiudizio che la parte processuale ha subito. E così, l'istituto della rimesione in termine mantiene sì una sua utilità, ma soltanto se si tratta di salvare un ricorso che presenta un vizio formale (come nel caso del ricorso avverso il provvedimento di liquidazione dei compensi del consulente tecnico). Viceversa, nel caso in cui venga in rilievo un problema di tempestività dell'atto - come nel caso all'attenzione della Corte o come anche nel caso dell'*overruling* sull'opposizione a decreto ingiuntivo - «il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione attraverso l'esclusa operatività, come detto, della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa». Detto altrimenti, per la Corte la diretta applicazione del valore (*rectius*: principio) del giusto processo precluderebbe al giudice di interpretare la disposizione sulla base del nuovo orientamento nei confronti di chi abbia riposto affidamento sul precedente orientamento *overruled*.

Risulta quindi fin troppo evidente che, seppure le Sezioni Unite abbiano cercato in premessa di escludere qualsiasi assimilazione tra *mutatio legis* e *overruling*, attraverso un'applicazione "forte" di un principio costituzionale sono giunte, di fatto, proprio ad assimilare i due fenomeni. Per questo non è improprio evocare l'istituto del *prospective overruling*: il nuovo orientamento, ove sia caratterizzato da imprevedibilità e determini un nocumento per il

---

<sup>179</sup> Il riferimento è a G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 5, 1073 ss.

diritto processuale di una parte, può operare soltanto per il futuro, e non anche per il passato.

In effetti, la giurisprudenza successiva, unanimemente allineatasi all'impianto proposto dalle Sezioni Unite, ha parlato *expressis verbis* di *prospective overruling*. In particolare, è ricorrente la seguente affermazione, che appunto compendia il ragionamento operato dalle Sezioni Unite: «affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, in altre parole affinché si possa parlare di "*prospective overruling*", devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del precedente indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; che il suddetto "*overruling*" comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte»<sup>180</sup>. Data l'eccezionalità del fenomeno, questi tre presupposti sono stati applicati dalla giurisprudenza di legittimità con estremo rigore: è stato quindi escluso qualsiasi ingresso dell'istituto del *prospective overruling* nel caso di mutamenti interpretativi riguardanti regole di diritto sostanziale<sup>181</sup>.

## 12. Osservazioni conclusive sulla tutela del principio di affidamento in caso di mutamenti giurisprudenziali imprevedibili

L'impiego da parte della Corte di cassazione della tecnica americana del *prospective overruling* al fine di assicurare tutela al legittimo affidamento riposto su un orientamento giurisprudenziale consolidato improvvisamente sovvertito si presta a una serie di osservazioni.

Anzitutto, preme rimarcare che la risposta italiana al problema della tutela dell'affidamento in caso di improvviso mutamento interpretativo *in pejus* si inserisce all'interno di un *trend* che accomuna anche altri Paesi della famiglia romanistica<sup>182</sup>. Accomunamento che, fatta eccezione per l'esperienza brasiliana<sup>183</sup>, attiene non soltanto allo strumento individuato (consistente nel far decorrere gli effetti dell'*overruling* dal momento della pronuncia in avanti), ma anche alle modalità di creazione (autorevoli interventi giurispruden-

---

<sup>180</sup> Così, in prima battuta, Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2012, n. 6801. Più di recente, si veda Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 929.

<sup>181</sup> Si veda, tra le altre, Cass. civ., sez. VI, 26 agosto, 2014, n. 18217, in materia di *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento del danno.

<sup>182</sup> Nel nostro ordinamento ha per certi versi anticipato questa tendenza F. ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Giur. it.*, 1994, 12, 266 ss.

<sup>183</sup> L'ordinamento brasiliano, infatti, conosce una forma peculiare di precedente giuridicamente vincolante (la c.d. *súmulavinculante*) ed è proprio la legge ad attribuire al giudice il potere di modulare gli effetti temporali del cambiamento di precedente. Più precisamente, l'art. 927, para. 3, del nuovo *código de processo civil* così recita: «nell'ipotesi di modifica della giurisprudenza dominante del Tribunale Federale Supremo o dei tribunali superiori o quella derivante da decisioni su casi ripetuti, si possono modulare gli effetti temporali della modifica per garantire l'interesse sociale e la sicurezza giuridica». Per approfondimenti cfr. M. DE SANTA CRUZ OLIVEIRA - N. GAROUPA, *Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: a Comparative Law and Economics Approach*, in *Emory Int. L. Rev.*, 26, 2012, 555 ss.

ziali e non norme di legge appositamente dedicate)<sup>184</sup>. La somiglianza tracima finanche in identità se si confronta la giurisprudenza italiana con quella francese: infatti, anche nel Paese transalpino, con soli alcuni anni di anticipo, è stato attribuito in via pretoria il *pouvoir du juge de se prononcer pour l'avenir*, ma soltanto in materia processuale<sup>185</sup>.

Il dato comparatistico non può certo passare inosservato. Questa comune tendenza, infatti, testimonia un incalzante protagonismo giurisprudenziale, “aizzato” anche dall’atteggiamento sostanzialistico assunto da entrambe le Alti Corti europee. Tale protagonismo, tuttavia, è anche il frutto della sempre maggiore consapevolezza del ruolo creativo dell’interpretazione, che si accentua in un contesto che vede il potere legislativo in crisi. La giurisprudenza come fattore di diritto<sup>186</sup> parallelo alle fonti legislative e regolamentare vere e proprie ha assunto – e continuerà ad assumere – proporzioni tali da rendere molti postulati della tradizionale teoria delle fonti, imperniata sulla centralità, se non addirittura sull’esclusività, del dato legislativo, assolutamente inadeguati a rispondere a istanze concrete di giustizia. È quanto accade, appunto, rispetto alla successione delle regole giuridiche nel tempo: lo iato sussistente tra la regola dell’applicazione *pro futuro* dei mutamenti del diritto positivo e la (opposta) regola dell’applicazione solo *pro praeterito* dei mutamenti interpretativi, in un contesto in cui il diritto giurisprudenziale spesso conta quanto – se non di più de – il diritto positivo, finisce per essere percepito come ingiusto e non più ulteriormente giustificabile. Da qui, per l’appunto, il diffondersi dell’idea secondo la quale, quantomeno a certe specifiche condizioni, la regola frutto dell’*overruling* interpretativo non possa applicarsi anche per il passato, *di fatto* come se si trattasse di una *mutatio legis*. Non è certo un caso se nella dottrina italiana, e in maniera del tutto trasversale, sempre di più si invoca il ricorso “salvifico” alla tecnica del *prospective overruling*<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> Per quanto concerne l’ordinamento tedesco qualche spunto in F. SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali*, cit., 18 s. Il *prospective overruling* ha interessato anche l’ordinamento spagnolo: cfr. F. DE P. BLASCO GASCÓ, *Eficacia retroactiva y prospectiva del cambio de criterio jurisprudencial*, in M. Yzquierdo Tolsada (a cura di), *Comentarios a Las Sentencias de Unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, Madrid, Dykinson, 2009, 821 ss.

<sup>185</sup> Si veda *Cour de cassation*, 2 Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 01-10.426, *Bull.* 2004, II, n° 387, in seguito confermato dall’*assemblée plénière* il 21 dicembre 2006. Per un commento cfr. P. DEUMIER, *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps: fondement et mode d’emploi d’un nouveau pouvoir de juges*, in *Riv. trim. de droit civ.*, 2007, 1, 72 ss. Su un

<sup>186</sup> Sulla differenza tra i concetti di “fonte del diritto” e “fattore del diritto” si veda V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, cit., 235 ss.

<sup>187</sup> Precursore di una simile apertura è stato M. LUPOI, *Valore dichiarativo della sentenza*, cit., 724. Nella dottrina successiva, si vedano F. ROSELLI, *Dovere di conoscere la giurisprudenza*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino, Giappichelli, 1999, 282 s.; S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1, 13; F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. Amm.*, 2005, 3, 654. Sempre più numerosi i fautori della tecnica in questione in campo penalistico: cfr. almeno E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale*, cit., 422 s.; S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, fra legalità e ragionevolezza*, in AA.VV., *Diritto e clinica per l’analisi della decisione del caso*, Padova, CEDAM, 2000, 239 ss.; A. BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale “imprevedibile”: una “nuova frontiera” del processo di “europeizzazione” del diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2007, 5, 2202 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 319 ss.; ID., voce “Giurisprudenza e diritto penale”, in *Dig. disc. pen.* Torino, UTET, Agg. 2016, 407 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 158; ID., *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 315 ss.; V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen sine lege in*

Senonché la soluzione coniata dalle Sezioni Unite italiane, a nostro avviso, presenta evidenti criticità. Il più vistoso vizio di fondo consiste nella contraddittorietà dell'apparato argomentativo della sentenza n. 15144 del 2011. Invero, la Suprema Corte, in premessa, si premura di ribadire i diversi compiti ricoperti dall'organo legislativo e dal potere giurisdizionale nell'attuale assetto istituzionale, al fine di escludere qualsiasi funzione nomopoietica in capo ai giudici. Conseguenza (implicita) di tale assunto è che il precedente, nel nostro ordinamento, non abbia alcun carattere vincolante. In seguito, però, si assiste a un repentino cambio di rotta, poiché, al cospetto del fenomeno dei mutamenti giurisprudenziali imprevedibili e idonei a incidere sui diritti processuali delle parti, la Corte dà invece per presupposto che un qualche vincolo al rispetto del precedente ci sia. A ben vedere, infatti, in tanto ha senso interrogarsi sugli effetti temporali di un *overruling* in quanto quest'ultimo possenga carattere vincolante.

Sul punto è bene essere chiari. Il problema degli effetti temporali si è posto – e continua a porsi – nei Paesi di *common law*, là dove un *overruling* si impone (almeno) in senso verticale, e si presenta quindi il drammatico bivio se lasciare che i diritti agganciati al precedente-precedente possano essere spazzati via per soddisfare le esigenze di evoluzione del diritto o, piuttosto, abbandonare la teoria dichiarativa e trovare una tecnica che possa preservare tali diritti (qual è, nel diritto nord-americano, il *prospective overruling*). In quegli ordinamenti che, di contro, non conoscono alcun vincolo, né orizzontale né verticale, *nessun overruling*, sul piano formale, dovrebbe porre problemi di sorta, atteso che, sempre in linea teorica, *nessun pregiudizio* viene arrecato a chi abbia fatto affidamento su un determinato indirizzo ermeneutico: ciascun giudice di merito, infatti, resta assolutamente *libero* di non applicare la regola frutto del mutamento interpretativo. Una questione di affidamento da tutelare si pone, pertanto, soltanto assumendo un punto di vista sostanzialistico, e cioè prendendo atto che, ancorché non esista alcun vincolo giuridico al precedente, *di regola* pressoché tutti i giudici di merito sono soliti conformarsi all'eventuale sentenza delle Sezioni Unite che abbia ribaltato un orientamento giurisprudenziale fino a quel momento granitico. In definitiva, dunque, la contraddizione in cui sono cadute le Sezioni Unite risiede nel fatto di aver escluso che la giurisprudenza abbia un qualche potere formalmente creativo, per poi escludere l'efficacia *pro praeterito* del mutamento giurisprudenziale *in pejus*, quando però «ammettere

---

Cass. pen., 2017, 3, 955 ss.; ID., *Retroattività, diritto e processo penale*, in C. Padula (a cura di), *Le leggi retroattive*, cit., 142 s.; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, ESI, 2016, 269 ss., spec. 285 ss.; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 9 ss. In campo tributario, si veda A. ORLANDO, *Overruling e legittimo affidamento. Relazione al seminario di Perugia 18 e 19 gennaio 2013*, in [www.giustiziatributaria.it](http://www.giustiziatributaria.it). Per quanto riguarda, infine, la dottrina processual-civilistica, si sono espressi con favore rispetto all'introduzione del *prospective overruling* R. CAPONI, *Retroattività del mutamento*, cit.; A. PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, I, 2011, c. 117 ss.; A.R. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo; ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in *Judicium*, 19 ottobre 2010; ID., «Creatività» della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 4, 1387. Meno netta, ma comunque possibilista, sembra la posizione di R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 284 s.



l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale altro non vuol dire che riconoscere piena dignità di fonte del diritto al precedente giurisprudenziale»<sup>188</sup>.

Le Sezioni Unite hanno pertanto cercato di nascondere l'adesione a una prospettiva di tipo sostanzialistico dietro una premessa di carattere formalistico. Ciò si pone probabilmente in maggiore sintonia con la giurisprudenza delle Alti Corti europee, ma stride con l'impostazione tradizionale del nostro sistema delle fonti. Il vero è, infatti, che il potere di modulare gli effetti temporali delle sentenze dovrebbe essere attribuito per via legislativa e non filtrare attraverso un uso quantomeno disinvolto del principio del giusto processo<sup>189</sup>. A sua volta l'inserimento nel nostro sistema di qualcosa di simile al *prospective overruling* dovrebbe presupporre anche l'introduzione di una qualche forma di precedente vincolante anche nel nostro ordinamento<sup>190</sup>, analogamente a quanto già fatto in Brasile. Invero, l'assenza di un vincolo al precedente, oltre a porre problemi di carattere teorico, determina anche inconvenienti di carattere pratico. Infatti, quand'è che può davvero dirsi che un *overruling* vi sia stato? Chi può assicurare che l'affermazione contenuta in una pronuncia delle Sezioni Unite non venga in un secondo momento, pezzo dopo pezzo, smontata dalle sezioni semplici della Corte di cassazione<sup>191</sup>? Dove collocare il *dies a quo* del mutamento interpretativo, che funga da chiaro spartiacque per la tutela dell'affidamento<sup>192</sup>? E quali caratteristiche deve possedere un mutamento giurisprudenziale per potersi considerare davvero imprevedibile<sup>193</sup>? Si tratta di

---

<sup>188</sup> Così P. COMOGLIO, *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 539. Ravvisano l'esistenza di tale contraddizione anche F. VIGLIONE, *L'overruling nel processo civile italiano*, cit., p. 687 s.; M. NISTICÒ, *La tutela della parte di fronte al revirement sulla norma processuale tra protezione dell'affidamento, ruolo del diritto giurisprudenziale e esigenze connesse alla legittimazione del giudice*, in *Rivista AIC*, 4/2012, 17 e C. PUNZI, *Il ruolo della giurisprudenza*, cit., par. 6.

<sup>189</sup> È infatti vero che i principi costituzionali, stante il loro carattere precettivo, possano trovare applicazione diretta; cionondimeno, costituisce un'operazione a dir poco acrobatica desumere dall'art. 111 Cost. il principio di effettività degli strumenti di difesa processuale, sostenere che esso verrebbe vulnerato in presenza di repentini mutamenti giurisprudenziali e, quindi, farne applicazione diretta, senza tenere conto del fatto che nel nostro ordinamento il precedente non ha alcuna autorità vincolante. Detto altrimenti, un principio congenere calerebbe su un contesto normativo di matrice legislativa assolutamente incompatibile con il *prospective overruling*, di talché quella configurata dalle Sezioni Unite costituisce una soluzione dai tratti largamente patologici, un chiaro esempio di abuso del dettato costituzionale finalizzato a far dire alla legge ciò che essa non dice. Il vero è che il principio del giusto processo *non impone* la soluzione del *prospective overruling* ma, semmai, *non osta* all'introduzione di tale tecnica, purché, però, vi sia una mediazione da parte del Parlamento, quale organo rappresentativo della volontà popolare. Sulla necessità di un intervento legislativo affinché possa introdursi la tecnica del *prospective overruling* si veda A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 729.

<sup>190</sup> Per una completa proposta in questo senso cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 303 ss.

<sup>191</sup> Cfr. in merito, puntualmente, S. MILONE, *Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 2, 13.

<sup>192</sup> Seppure ai fini dell'applicazione del diverso strumento della rimessione in termine, la Suprema Corte ha individuato suddetto spartiacque nella pubblicazione della sentenza presso il Servizio novità collocato nel sito web della Corte medesima. In tal modo, com'è stato giustamente osservato, «i giudici hanno finito per adottare una soluzione che, inavvertitamente, li avvicina al legislatore»: così G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza*, cit., par. 8.

<sup>193</sup> E infatti, per escludere l'imprevedibilità del mutamento interpretativo è sufficiente anche solo una sentenza di merito, pubblicata chissà dove, che abbia anticipato la svolta interpretativa, o è necessario un consistente (e quanto consistente?) numero di pronunce da parte della giurisprudenza di legittimità che abbiano ricevuto eco nella letteratura scientifica? La giurisprudenza, sul punto, non sembra affatto chiara. Cass. civ., Sez. Un., 28 gennaio 2011, n. 2067, in tema di difetto di giurisdizione, ad esempio, ha escluso la repentinità del mutamento

domande che, allo stato attuale, trovano una risposta confusa nella giurisprudenza di legittimità, la quale tenta di costruire da zero, per la sola porzione del diritto processuale, una sorta di teoria del precedente, senza che tuttavia vi sia alcuna base nel diritto positivo. Viceversa, una forma di vincolo al precedente introdotto per via legislativa fungerebbe da elemento stabilizzatore e darebbe a queste domande una e una sola risposta<sup>194</sup>.

Peraltro, anche a voler fingere che la soluzione delle Sezioni Unite tenga sul piano pratico, l'introduzione del *prospective overruling* nell'esclusivo campo del processo civile apre problemi teorico-sistemici di non poco momento. Invero, appare quantomeno paradossale che non sia consentito un mutamento interpretativo *in pejus* in un settore – quello processual-civile – rispetto al quale non esiste alcun esplicito limite costituzionale per le leggi retroattive e, viceversa, ritenere consentito un *overruling* dagli effetti retroattivi negativi in altro settore – quello penale – rispetto al quale, invece, esiste un esplicito limite costituzionale per le leggi retroattive.

Ciò ci spinge a sostenere che, laddove il legislatore volesse introdurre una forma di *prospective overruling*, dovrebbe estenderne l'applicazione a ogni branca del diritto. Il problema dei mutamenti imprevedibili, infatti, si pone indifferentemente in ambito sostanziale e in ambito processuale, ed anzi forse è proprio per le regole sostanziali che si presenta una maggiore esigenza di tutelare l'affidamento riposto dai consociati<sup>195</sup>.

---

interpretativo adducendo di aver soltanto «portato a completamento un processo di rilettura dell'art. 37 cod. proc. civ. già da anni in itinere e fortemente auspicato dal pensiero giuridico». In cosa consista questo «processo di rilettura» non è dato saperlo, e viene anche da chiedersi – considerato il riferimento al «pensiero giuridico» – se abbia un ruolo anche la dottrina. Significativa, a tal proposito, Cass. civ., Sez. Un., 12 ottobre 2012, n. 17402, ove la Suprema Corte, nel giudizio sulla prevedibilità, ha collocato tra i «preventivi segnali anticipatori» anche un «pur larvato» dibattito dottrinale.

<sup>194</sup>Come può osservarsi, chi scrive, pur evidenziando l'importanza che il momento giurisprudenziale del diritto ha assunto ormai nella pratica del diritto, non è dell'avviso che la giurisprudenza sia una fonte del diritto formalmente equiparabile al diritto legislativo e che quindi sia possibile, *de iure condito*, che un mutamento giurisprudenziale – per il sol fatto di essere *sostanzialmente* indistinguibile da una *mutatio legis* – possa produrre effetti soltanto per il futuro. Si ritiene cioè che debbano respingersi “fughe in avanti” sostanzialistiche e che, nell'attuale assetto ordinamentale, non possa trattarsi nessun orientamento giurisprudenziale – consolidato o meno che sia – alla stregua di una fonte. Allo stesso tempo, tuttavia, si è dell'avviso che sarebbe ipocrita continuare a negare che grosse fette del diritto applicato negli ordinamenti moderni sia, di fatto, di matrice giurisprudenziale, e che pertanto sia necessaria una ricomposizione tra “forma” e “sostanza”. In questo senso si pone l'idea avanzata nel testo di introdurre per via legislativa nel nostro ordinamento un meccanismo di precedente vincolante e, successivamente, una regola analoga al *prospective overruling*. Compiere questi passi, a nostro avviso, non significherebbe “arrendersi” all'idea che il potere giurisdizionale possa fare ciò che vuole, ivi compreso fornire interpretazioni antiletterali che, con l'introduzione del precedente, acquisirebbero il carattere di fonte accessoria rispetto a quella legislativa. Al contrario, si è persuasi che in questo modo si otterrebbero una serie di vantaggi: a) l'attività giurisdizionale sarebbe più controllabile da parte del Parlamento, il quale più agevolmente potrebbe intervenire, anche con legge ad effetti retroattivi, per sovvertire un orientamento interpretativo non conforme a un testo di legge; b) il diritto sarebbe più certo e – tale aspetto rappresenta il tema specifico del presente scritto – verrebbe tutelato l'affidamento dei consociati in caso di improvvisi mutamenti interpretativi; c) si scongiurerebbe che i giudici, in accoglimento degli *input* europei e facendosi paladini di sostanziali esigenze di giustizia, pervengano a teorie analoghe a quelle in questa sede criticate, che postulano un'indebita – ancorché mascherata – equiparazione tra diritto positivo e giurisprudenza.

<sup>195</sup> Cfr. F. VIGLIONE, *L'overruling nel processo civile italiano*, cit., 690: «inoltre, è possibile evidenziare come il limite legato alla natura solamente processuale dell'orientamento rinnovato sia del tutto estraneo al contesto in cui l'istituto del *prospective overruling* è sorto. Peraltro, tale limite non sembra retto da una particolare giustificazione, che sia idonea a discriminare l'affidamento riposto su indirizzi processuali rispetto a quello riposto su orientamenti di natura sostanziale. Se, infatti, un motivo del *discrimen* potrebbe risultare dalla necessità che le

Giunti a questo punto ci si potrebbe domandare se sarebbe davvero necessario un simile sconvolgimento del sistema delle fonti al solo scopo di tutelare il legittimo affidamento. A ben vedere, infatti, la giurisprudenza italiana, sia in campo penale che in campo processuale, ha già offerto una strada alternativa al *prospective overruling*, che non coinvolge in alcun modo le fonti del diritto e si muove entro le maglie dell'errore scusabile. Com'è stato osservato, l'errore su precetto costituisce «uno strumento relativamente "a buon mercato", per così dire, sia perché ormai conosciuto in tutti gli ordinamenti sia perché supplirebbe alle deficienze della legalità effettuale senza però creare cortocircuiti con la legalità della legge»<sup>196</sup>. Una parte della dottrina processual-civilistica, in effetti, condividendo l'esigenza di tutelare l'affidamento della parte processuale, nel criticare la soluzione del *prospective overruling*, ha fatto leva proprio sull'errore scusabile che fa scattare il rimedio della rimessione in termini<sup>197</sup>. Viceversa, la dottrina penalistica, anche quella fermamente contraria al *prospective overruling*, ha mostrato non poche esitazioni a puntare tutto sulla scusante dell'ignoranza inevitabile sul precetto penale<sup>198</sup>, affidandosi però al "vecchio", quanto illusorio, rimedio della determinatezza delle fattispecie incriminatrici<sup>199</sup>.

A nostro avviso, intraprendere il *commodus discessus* dell'errore scusabile sarebbe – si perdoni la ripetizione – un errore. Com'è stato giustamente osservato, l'errore rappresenta una sorta di «valvola di sicurezza», un'*extrema ratio* cui dovrebbe farsi ricorso eccezionalmente e, a ben vedere, a causa di fattori estranei al contesto giuridico<sup>200</sup>. L'*overruling* giurisprudenziale, invece, rappresenta un evento, sia pure – almeno auspicabilmente – infrequente, del tutto fisiologico e interno al mondo giuridico, poiché il diritto positivo e la relativa interpretazione non possono che evolvere con il passare del tempo.

Su un piano più sostanziale, inoltre, non può non condividersi l'opinione di chi ha additato l'errore scusabile quale rimedio «frutto di una finzione perfetta»<sup>201</sup>, essendo davvero arduo, e per certi versi controfattuale, sostenere che chi ha fatto affidamento sulla giurispru-

---

letture della giurisprudenza non impediscano comunque un esame del merito in ipotesi di interpretazioni più rigorose di norme processuali, non si comprende invero la ragione per cui, se si intende valorizzare il principio dell'affidamento nei confronti dell'attività della giurisprudenza, ciò non debba valere per quelle parti del processo che abbiano riposto affidamento su di una interpretazione legata al diritto sostanziale. Ed anzi, proprio in questo caso il procedimento giudiziale, che certo non verrebbe impedito, sarebbe destinato a concludersi con un esito pregiudizievole per la parte, venendosi così a determinare una reale ingiustizia dovuta al mutamento giurisprudenziale improvviso». In termini analoghi F. SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento*, cit., 19; M. NISTICÒ, *La tutela della parte*, cit., 2; A. RICCIO, *La giurisprudenza fonte del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 891 ss., il quale addirittura ritiene che la prassi instaurata dalle Sezioni Unite del 2011 sia incostituzionale.

<sup>196</sup> Così F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 9.

<sup>197</sup> Si vedano, nuovamente, G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza*, cit., 1404; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza*, cit.

<sup>198</sup> Mostra ancora una certa fiducia in tale rimedio, invece, F. VIGANÒ, *In nullum crimen conteso*, cit., 26, al quale fa eco S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo*, cit., 40 ss.

<sup>199</sup> Emblematica la posizione di S. MILONE, *Legalità e ruolo creativo*, cit. 14 ss.

<sup>200</sup> In questo senso, cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 270. Sostanzialmente nello stesso senso anche A.R. BRIGUGLIO, *L'overruling delle Sezioni Unite*, cit., 12, che nel prospettare una soluzione simile al *prospective overruling* si domanda: «è meglio l'ipocrisia dei nomina ed il pasticcio che la fedeltà assoluta al carattere dichiarativo dell'interpretazione giudiziale può ingenerare ovvero il prendere atto della sostanza delle cose e modulare le risposte operative a seconda delle esigenze concrete senza pretese di coerenza assoluta?».

<sup>201</sup> Così R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, cit., 3345.

denza granitica corrente al momento del compimento di una certa condotta, dimostrando di conoscerla perfettamente, sia caduto in errore perché, solo in un momento successivo, l'orientamento interpretativo è radicalmente mutato. Fuoriuscendo per un attimo dall'impostazione formalista, non ci si può non avvedere del fatto che l'*overruling*, più che attenersi a un problema di errore, investe la sfera oggettiva del diritto *in concreto* applicato<sup>202</sup>.

Confinare la problematica dell'affidamento verso una certa interpretazione giurisprudenziale entro le maglie dell'errore scusabile non solo equivarrebbe a perpetrare un'ipocrisia, ma si presterebbe – e anzi già attualmente si presta – a iniquità di trattamento. Ciò anzitutto perché siffatto rimedio può ontologicamente operare – ed è legislativamente previsto – soltanto in ambito processuale, penal-sostanziale e tributario, rimanendo invece estraneo ad altre fondamentali branche del diritto, prima fra tutte quella civil-sostanziale<sup>203</sup>. Inoltre, operando nella sfera soggettiva, il giudice si trova a bilanciare l'intervenuto *overruling* con le qualità soggettive di chi è caduto in errore, sicché il giudizio di scusabilità si presta a esiti incerti; di contro, il *prospective overruling*, incidendo direttamente sul piano delle fonti, assicurerebbe una tutela uniforme, che prescinderebbe del tutto dalle *qualitas* dei soggetti coinvolti<sup>204</sup>.

Molto meglio sarebbe, in definitiva, giocare finalmente a carte scoperte, introducendo il *prospective overruling* alle condizioni e con le modalità sopra indicate, portando «alle sue naturali conseguenze un dato su cui tutti, ma proprio tutti convergono: il fatto che legislatore e giudice giochino, nel processo di "costruzione" del diritto, ruoli diversi ma *co-essenziali*»<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> Se ne avvede anche l'autorevole dottrina penalistica che si è confrontata con i criteri oggettivi da impiegare nel giudizio di scusabilità dell'errore ex art. 5 c.p. «A ben vedere, circostanze obiettive di questo tipo possono assumere rilevanza, più correttamente, su di un piano che precede quello della colpevolezza inteso in senso stretto. [...] nei casi di assoluta oscurità del testo legislativo, ancor prima della colpevolezza viene meno proprio l'esistenza del precetto penale giuridicamente vincolante: il legislatore, dal canto suo, ha violato il principio di legalità e sufficiente determinatezza della fattispecie proprio perché non è riuscito a definire con chiarezza i contorni del fatto di reato; e il cittadino non può essere chiamato a rispondere penalmente perché non esiste – a monte – l'obbligo di osservare un precetto sostanzialmente inesistente o, comunque, privo di contenuto riconoscibile. Un discorso in parte analogo vale rispetto all'altra circostanza oggettiva costituita dall'improvviso mutamento di indirizzo giurisprudenziale. Si può sostenere che il nuovo orientamento interpretativo, per effetto del quale diventa illecito un fatto antecedentemente considerato lecito, crea esso stesso il fatto di reato, in analogia a quel che accade quando è il legislatore a introdurre nell'ordinamento una nuova fattispecie incriminatrice: ciò che risulta nella sostanza violato, per il cittadino ignaro del repentino mutamento, è il principio di "non retroattività" delle incriminazioni. Ed è appunto questa la ragione, ancor prima della mancanza di colpevolezza, che giustifica in casi del genere l'impunità di chi agisce nella convinzione che un determinato comportamento non costituisca reato, facendo leva sull'orientamento giurisprudenziale preesistente»: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2015, 417.

<sup>203</sup> È quanto osserva anche F. SANTANGELI, *La tutela del legittimo affidamento*, cit., 20.

<sup>204</sup> Sul punto si veda, *amplius*, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 150 ss., il quale si chiede, retoricamente, se sia «davvero così vitale per il principio di separazione dei poteri, insomma, "saltare a piè pari la questione dell'affidamento che *chiunque può riporre* nell'interpretazione "vigente" al momento del fatto (violazione del divieto di retroattività "occulta", impersonalmente apprezzabile), e convertirla, disintegrandola, nella questione dell'affidamento che *Luigi, Vanna o Silvia hanno effettivamente riposto* in quell'interpretazione (causa di discolpa, apprezzabile solo al momento del giudizio di colpevolezza)?».

<sup>205</sup> V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 154. Per completezza, è opportuno precisare che tale autore, pur facendosi promotore del *prospective overruling*, esclude che il nostro sistema giuridico debba aprirsi al vincolo del precedente, che invece noi riteniamo essenziale ai fini della corretta operatività di siffatta tecnica. Vero è, però, che Valentini non disconosce che allo stato – e cioè in mancanza di un vincolo al precedente – esistono «innegabili difficoltà [...] nello stabilire quando un orientamento possa dirsi sufficientemente stabilizzato da costituire "diritto vivente"»: cfr. ID., *Case-law convenzionale*, cit., 321.

