

## Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento

Francesco Scalia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela dell'affidamento a fronte di interventi del legislatore in materia di incentivi alle fonti rinnovabili. – 3. Il principio della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. – 4. Il principio della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. La legge incentivante come base affidante «rafforzata». – 6. Conclusioni.

### 1. *Premessa*

Le norme incentivanti la produzione di energia rinnovabile e progetti di efficienza energetica – come, d'altronde, tutte le leggi di incentivazione – delineano il campo nel quale con più evidenza si pone il tema della tutela dell'affidamento dei privati<sup>1</sup>. E ciò per due ordini di ragioni. Innanzitutto la natura – appunto – incen-

---

<sup>1</sup> Vastissima è la letteratura sul legittimo affidamento. Senza alcuna pretesa di esaustività, e limitandosi alle monografie, si indicano, oltre al fondamentale studio di F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, ora, con una nuova introduzione, in Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; G. La Rosa, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013; S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012; M.T. Caputi Jambrenghi, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 159 ss.; S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008; C. Fraenkel-Haerberle, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento: il caso tedesco*, Trento, 2008; D. Corletto (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007; L. Giani, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2006; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, 2003, 371 ss.; G.A. Benacchio, *La buona fede nel diritto comunitario*, in *ibidem*, 189 ss.; E. Della Valle, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001; R. Thomas, *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*, Oxford and Portland, 2000; S. Shomberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, 2000; M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle*

tivante di tali disposizioni, tali da stimolare il compimento di un'attività economica, collegando un beneficio al suo effettivo svolgimento, in assenza del quale l'attività stessa non sarebbe stata compiuta o sarebbe stata svolta con forme e in quantità diverse da quelle ritenute più confacenti all'interesse pubblico<sup>2</sup>. In secondo luogo, perché in forza di tale norme si instaurano rapporti di durata tra il privato e l'Amministrazione pubblica, esposti quindi all'instabilità sia delle decisioni amministrative sia delle scelte legislative. Di qui la necessità e l'opportunità di tutelare l'operatore privato che abbia indirizzato le proprie scelte economiche sulla base delle indicazioni impartite dal legislatore, sostenendo spesso investimenti ingenti<sup>3</sup>.

Il tema si è posto in ambito internazionale con l'attivazione da parte di investitori stranieri delle procedure arbitrali previste dal Trattato sulla Carta dell'Energia<sup>4</sup> contro la Spagna, la Repubblica Ceca e l'Italia in reazione a leggi di rimodu-

---

*amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1988.

<sup>2</sup> L'elaborazione della nozione giuridica di incentivazione risale allo scritto di G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo (A proposito della questione della legittimità costituzionale della L. 27 dicembre 1953 n. 959 e della L. 30 dicembre 1959 n. 1254 sui sovracanonali elettrici)*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia*, Milano, 1968, 174 ss.. Sul tema si vedano anche V. Bachelet, *Leggi o super-leggi di incentivazione?*, in *Giur. Cost.*, 1965, 587 ss.; A. Loiodice, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesoro*, II, Milano, 1968, 796 ss.; G. Amato, *Profili costituzionali dell'incentivazione all'industria*, in R. Costi, M. Libertini (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, 1982; F. Rigano, *Le leggi promozionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 3 ss.; A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2002, 165 ss.; F. Merusi, G.C. Spattini, *Economia (intervento pubblico nell')*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, III, 2099; M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in G. Cocco (a cura di), *L'economia e la legge (Atti del convegno di Milano del 4 dicembre 2006)*, Milano, 2007, 1 ss. (spec. 54 ss.); G. Cozzolino, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista dell'AIC*, 20 marzo 2012; 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*, 5 aprile 2017; A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), *Il difficile mercato*, cit., 35 ss..

<sup>3</sup> G. Cozzolino, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, cit., 14, sottolinea che «[l']intervento dello Stato, nel caso delle leggi incentivo, si pone sotto un duplice profilo: di causa efficiente della situazione giuridica soggettiva dell'operatore economico (che non sarebbe stato indotto al compimento di una data attività se non in ragione dell'incentivo statale) e di caducazione della stessa. In questo caso l'intervento retroattivo del legislatore appare ancora più lesivo della certezza delle situazioni giuridiche, proprio in quanto la posizione soggettiva frustrata è venuta ad esistenza solo e soltanto in ragione dell'incentivo statale. In tal caso, con le leggi incentivo lo Stato si pone pertanto, come autore e di poi "carnefice" di posizioni giuridiche soggettive». Osserva A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento all'incentivazione ad attività economiche)*, cit, 61, che «una incentivazione, anche quando sia stata introdotta da una regolazione temporanea [...], viene percepita ragionevolmente dagli operatori come un "segnale" forte e non equivoco d'invito a un investimento: la regolazione, in tali casi, è essa stessa fonte di affidamento».

<sup>4</sup> Sottoscritto a Lisbona il 17 dicembre 1994 (aperto alla firma sino al 16 giugno 1995) da cinquantadue Parti Contraenti, fra le quali la Comunità Europea e tutti i suoi Stati membri, altri Stati europei, la Federazione Russa e altri Stati nati sulle spoglie dell'Unione Sovietica, la Turchia, il Giappone e l'Australia. Entrato in vigo-

lazione in senso peggiorativo delle tariffe incentivanti nel settore fotovoltaico<sup>5</sup>. In particolare, gli operatori hanno invocato gli articoli 10, par. 1, e 13 del Trattato, che, rispettivamente, impongono a ciascuna Parte contraente di creare «condizioni stabili, eque, favorevoli e trasparenti» per gli investitori di altre Parti contraenti e proibiscono l'espropriazione degli investimenti in carenza di un interesse pubblico rilevante, imponendo, in ogni caso, l'adozione dei relativi provvedimenti con procedure conformi alla legge e dietro corresponsione di un congruo indennizzo<sup>6</sup>.

re il 16 aprile 1998, con il raggiungimento delle prime trenta ratifiche, l'*Energy Charter Treaty* ripropone in forme giuridiche vincolanti i principi generali affermati a livello politico con la Carta Europea dell'Energia (Aja, 17 dicembre 1991). L'Italia ha effettuato il recesso dal Trattato sulla Carta dell'Energia con effetto dal gennaio 2016. Ciò, però, non priverà gli investitori della protezione accordata dal Trattato per gli investimenti già effettuati e per una durata di venti anni. Il Trattato prevede tre opzioni per dirimere le controversie arbitrali: il ricorso al Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie Relative ad investimenti (ICSID) presso la Banca Mondiale, all'Arbitration Institute presso la Camera di Commercio di Stoccolma (SCC) e alla Commissione delle Nazioni Unite per il Diritto del Commercio Internazionale (UNCITRAL). L'Unione Europea, prendendo spunto dalla sentenza della Corte di Giustizia UE 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, con la Comunicazione COM (2018) 547 final, ha dichiarato che l'art. 26 dell'*ECT*, concernente l'arbitrato tra investitori e Stato, «non prevede una clausola compromissoria applicabile tra gli investitori di due diversi Stati membri dell'UE. Dato il primato del diritto dell'UE, tale clausola, se interpretata come applicabile a livello intra-UE, risulta incompatibile con il diritto primario dell'UE e pertanto inapplicabile [...]». Il fatto che l'UE abbia anche sottoscritto il trattato sulla Carta dell'Energia non influisce su tale conclusione: la partecipazione dell'UE a tale trattato ha soltanto creato diritti e obblighi tra l'UE e i paesi terzi e non ha influito sui rapporti tra gli Stati membri dell'UE». La conseguenza sarebbe il difetto di giurisdizione dei collegi arbitrali per cause di investitori intra UE contro paesi dell'Unione, con l'obbligo per gli organi giurisdizionali nazionali di «annullare qualsiasi lodo arbitrale reso su tali basi e a rifiutare l'applicazione dello stesso». È quanto avvenuto con il lodo di condanna della Spagna emesso dal Tribunale arbitrale presso la Camera di Commercio di Stoccolma nel febbraio 2018 (SCC 063/2015 *Novenergia v. Spain*), che è stato sospeso dalla Corte d'appello svedese (*Svea hovrätt* di Stoccolma). Tuttavia, sia per i procedimenti arbitrali instaurati in forza della Carta dell'Energia presso l'ICSID che per quelli attivati presso la Camera di Commercio di Stoccolma, gli arbitri hanno già avuto modo di rigettare le eccezioni di incompetenza presentate da alcune parti sulla base di quanto statuito dalla sentenza della Corte di Giustizia UE *Achmea* (si veda ICSID 16.5.2018, ARB/14/1, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, par. 678 e *Greentech Energy System A/S, Novenergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and Novenergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic – SCC Arbitration V – 2015/095* del 23.12.2018, pagg. 56-120). Ampia la bibliografia sul Trattato sulla Carta dell'Energia. Si vedano, tra i tanti: F. Amabili, *L'energia sostenibile*, in R. Giuffrida, F. Amabili (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale e europeo*, Torino, 2018, 373 ss.; A. De Luca, *Renewable Energy in the EU, the Energy Charter Treaty, and Italy's Withdrawal Therefr*, in *OBEL/TDM 3 (2015) Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2657395*, in *papers.ssrn.com* 8 settembre 2015; F. Buonomenna, *Diritto internazionale dell'energia*, Napoli, 2012, 63 ss.; E. Gaillard, *Energy Charter Treaty: International center for settlement decision*, in *New York Law Journal*, n. 66, 2005, 1 ss.; A. Giardina, *Il Trattato sulla Carta dell'energia del 1994*, in *Enciclopedia degli Idrocarburi*, Vol. IV, Roma, 551 ss.; R. Babadji, *Le Traité sur la Charte Européenne de l'Énergie*, in *Annuaire Français de Droit International*, n. 2, 1996, 872 ss.; J. Touscoz, *Le Traité de la Charte de l'Énergie. Aspects juridiques*, in *Revue de l'Énergie*, 481, 1996, 484 ss.; L. Brazell, *The draft energy charter treaty: trade, competition, investment and environment*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, n. 12, 1994, 299 ss..

<sup>5</sup> Si rinvia per una disamina di tale contenzioso a C.A. Patrizia, J.R. Profaize, D. Samuels, I.V. Timofeyev, *Investment Disputes Involving the Renewable Energy Industry under the Energy Charter Treaty*, in *Global Arbitration Review*, 8 gennaio 2019 ed a C. Verbug, J. Waverijn, *Liberalizing the Global Supply Chain of Renewable Energy Technology: The Role of International Investment Law in Facilitating Flows of Foreign Direct Investment and Trade*, in *Brill Open Law*, 2019, 1 ss., spec. 13 ss.

<sup>6</sup> Il primo caso deciso è stato sollevato da *Charanne*, società di diritto olandese, e *Construction Investments*, società di diritto lussemburghese, contro la Spagna per il primo intervento, nel 2010, di rimodulazione di incentivi al fotovoltaico. Il Tribunale ha rigettato la domanda ritenendo che nessuna delle misure contestate dagli atto-

Il presente contributo intende approfondire il tema, analizzando la giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo in materia di tutela dell'affidamento del privato a fronte di interventi del legislatore modificativi di rapporti di durata già insorti.

Verrà, in conclusione, evidenziato come in pronunce della Consulta e dei giudici amministrativo ed ordinario, pur relative a vicende diverse da quella oggetto di esame, si rinvercano principi che consentono di offrire una soluzione al tema rispettosa sia del potere-dovere dello Stato di ritornare sui propri passi per superiori ragioni di interesse pubblico sia della tutela dell'affidamento del privato.

## 2. *La tutela dell'affidamento a fronte di interventi del legislatore in materia di incentivi alle fonti rinnovabili*

Il tema della tutela dell'affidamento degli operatori economici nel settore delle energie rinnovabili si è posto con riguardo a modifiche normative di disposizioni incentivanti<sup>7</sup>. In particolare, proprio per il carattere di durata del rappor-

---

ri costituisse una drastica, discriminatoria o arbitraria modifica del regime dei sussidi tale da comportare un'alterazione completa del regime stesso (*Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC, Case No. V 062/2012, Award, 21 gennaio 2016). La decisione si basa sulla giurisprudenza arbitrale dominante, secondo cui modifiche da parte dello Stato ospite al quadro regolamentare generale esistente al momento dell'investimento possono integrare una violazione del FET (*Fair and Equitable Treatment*) quando sono «drastic» o «discriminatory» o «unreasonable» o ancora comportano una totale «alteration of the legal framework» (Cfr. *Total S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/1, *Decision on Liability*, 27 dicembre 2010, par. 122; *Toto v. Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Award, 7 giugno 2012, par. 244; *Impregilo v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 giugno 2011, par. 291; *El Paso v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 ottobre 2011, par. 374). Sul lodo *Charanne* si veda A. De Luca, *Lodo favorevole alla Spagna a conclusione del primo degli investment arbitrations sorti da impianti fotovoltaici: un precedente rilevante?*, in *Dir. Comm. Int.*, 1, 2016, 237 ss. Per la dottrina sul FET si veda F.M. Palombino, *Il trattamento «giusto ed equo» degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012. Diverso esito hanno avuto gli arbitrati intentati contro la riforma spagnola del 2013 sugli incentivi alle rinnovabili. Il primo lodo favorevole al ricorrente è del maggio 2017 (*Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Final Award, 4 maggio 2017). Il secondo lodo favorevole all'investitore è stato emesso presso la Camera di Commercio di Stoccolma nel febbraio 2018 (SCC 063/2015 *Novenergia v. Spain*), ma sospeso dalla Corte d'appello svedese (*Svea hovrätt* di Stoccolma). Il terzo e quarto lodo di condanna della Spagna sono stati emessi nel 2018 dall'ICSID in favore rispettivamente di *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.* (ICSID 16.5.2018, Case No. ARB/14/1) e del fondo *Antin* (ICSID 15.6.2018, Case No. ARB/13/31). In tutti questi casi il Tribunale arbitrale ha ritenuto che la riforma spagnola del 2013 fosse «radicale, drastica e inaspettata». Nel 2018 sono intervenute le prime condanne per la Repubblica Ceca (*Natland Investment Group N.V., Natland Group Limited, G.I.H.G. Limited, Radiance Energy Holding S.à.r.l. v. The Czech Republic* - Caso PCA n. 2013-35) e per l'Italia (*Greentech Energy System A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic* - SCC Arbitration V - 2015/095 del 23.12.2018). Quest'ultima, relativa al c.d. «spalma incentivi», è stata pronunciata dal Tribunale Arbitrale presso la Camera di Commercio di Stoccolma.

<sup>7</sup> Sulla tutela dell'affidamento a fronte di interventi legislativi si vedano: 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 nei diversi rami dell'ordinamento*, Napoli, 2018, 185 ss.; E. Bruti Liberati, *Regolazione dei mercati, tutela dell'affidamento e indipendenza dalla politica. Riflessio-*

to su cui interviene l'innovazione normativa, il tema della tutela dell'affidamento si è posto non solo nei confronti di leggi retroattive in senso proprio, quanto – soprattutto – di leggi caratterizzate da una retroattività impropria, in quanto formalmente *pro futuro*, ma incidenti su rapporti di durata sorti in forza della normativa dalle stesse modificata<sup>8</sup>.

Esigenze di tutela dell'affidamento, a fronte di modifiche legislative, si sono poste per i produttori della più antica – ed ancora oggi, nel nostro Paese, quantitativamente più rilevante – fonte rinnovabile di energia, l'idroelettrico, sin dai primi tentativi di apertura del mercato elettrico, con la legge 7 agosto 1982, n.

---

*ni a partire dai lavori di Nicola Rossi, in Rivista della regolazione dei mercati, 2, 2017; E. Mariani, Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del Legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale, in federalismi.it, 26 luglio 2017; V. Onida, Poteri pubblici e tutela dell'affidamento, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), Il difficile mercato. Tutela dell'affidamento, regolazione del retail e repressione degli abusi nella disciplina dei settori energetici, Milano, 2017, 21 ss.; D. Simeoli, Appunti sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza costituzionale, in E. Bruti Liberati, M. De Focatiis, A. Travi (a cura di), Il difficile mercato, cit., 27 ss.; A. Travi, Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche), cit., 35 ss.; F.F. Pagano, Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore, cit.; Id., Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale, in www.gruppodipisa.it; F. Ferrari, Variazioni sul parametro del legittimo affidamento (in tempi di crisi economica): spunti ricostruttivi a partire da Corte cost. 108/2016, in Forum Quaderni Costituzionali, 21 settembre 2016; V. Pampanin, Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa, in www.giustamm.it, 2015; P. Carnevale, G. Pistorio, Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale, in Costituzionalismo.it, 2014; B. Caravita di Toritto, Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico-finanziaria, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), Regole e mercato delle energie rinnovabili, Annuario di diritto dell'energia 2013, Bologna, 99 ss.; G. Cozzolino, Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi, cit.; M. Gigante, Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento, cit.; M. Luciani, Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, cit., 35 ss.; D.U. Galetta, 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, 1899 ss.; F. Sorrentino, Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento, in Foro amm. TAR, 2004, 897; L. Lorello, La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario, cit.; S. Torricelli, Le modifiche retroattive in pejus della normativa pensionistica: il limite dell'affidamento, in Dir. pubbl., 1998, 810 ss.; F. Rosselli, Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici, in Studi in onore di G. Gorla, Milano, 1994, 327; G. Guarino, Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo, cit.*

<sup>8</sup> Si parla di «retroattività propria» quando la legge attribuisce una nuova qualificazione giuridica a fatti già avvenuti, incidendo in senso modificativo su effetti giuridici già prodotti; si ha «retroattività impropria» quando la legge reca, per il futuro, innovazioni sui presupposti e sugli elementi costitutivi del trattamento giuridico di rapporti già in corso, sorti sulla base delle norme preesistenti, e destinati a durare nel tempo, per effetto di nuove valutazioni del legislatore. Così V. Onida, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, cit., 22-23. Sul tema si veda anche G.U. Rescigno, *Disposizioni transitorie*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 219 ss. e D.U. Galetta, *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*, cit., la quale osserva che la distinzione tra retroattività propria e impropria è stata introdotta dalla giurisprudenza costituzionale tedesca a partire dalla pronuncia dell'11 maggio 1960, in *BVerfGE* 11, 139 ss..

529<sup>9</sup>. La legge accordava ai concessionari di grandi derivazioni, a suo tempo esentate dalla nazionalizzazione, la possibilità di ottenere il prolungamento della concessione a condizione che si assumessero gli oneri degli investimenti necessari per conseguire un aumento di produzione e di potenza; sennonché, effettuati i lavori, il relativo procedimento non si è mai concluso con l'approvazione della convenzione da parte del Ministro dell'industria<sup>10</sup>. Di qui una lunga teoria di interventi legislativi<sup>11</sup>, cassati – tranne l'ultimo – dalla Corte costituzionale<sup>12</sup>, animati dal tentativo di trovare una soluzione di compromesso per soddisfare il legittimo affidamento di quei produttori che, pur essendosi conformati per intero alla legge n. 529 del 1982, non avevano ricevuto il provvedimento formale di conferma del prolungamento della concessione prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 79 del 1999, che ha trasferito alle Regioni le competenze amministrative in materia<sup>13</sup>. È da rilevare che, in questa travagliata vicenda, la giurisprudenza amministrativa e

<sup>9</sup> Per la verità lo stesso scritto di G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, cit. era in origine un parere professionale (pubblicato poi come saggio in *Atomo, petrolio, elettricità*, 1961) reso dall'Illustre studioso in ordine alle leggi 27 dicembre 1953, n. 959 e 30 dicembre 1959, n. 1254 (di interpretazione autentica della prima) sui sovracanoni elettrici, che erano intervenute modificando in senso peggiorativo le concessioni idroelettriche rilasciate in forza della legge 11 luglio 1913, n. 985 per i laghi sul Tirso ed i fiumi Silani. La Corte costituzionale, investita della questione, l'ha dichiarata non fondata, affermando che se la legge del 1913, preordinata alla realizzazione di determinate opere di interesse pubblico, accordò, in vista di tale interesse, ai privati che erano chiamati a realizzarle ai fini di una concessione amministrativa, taluni particolari benefici, «[c]iò non importa però che, a lunga distanza di tempo e in una situazione storica ed economica del Paese notevolmente cambiata, il legislatore possa, senza urtare contro i precetti costituzionali in materia di programmazione economica, introdurre un nuovo onere a carico dei privati che realizzarono quelle opere e sono tuttora titolari della concessione» (Corte cost., 31 maggio 1965, n. 38). Si può dire quindi che la storia della lesione dell'affidamento per produttori di energia da fonti rinnovabili ad opera di leggi ad efficacia retroattiva c.d. impropria è assai risalente nel tempo.

<sup>10</sup> La legge disciplinava un procedimento complesso che contemplava: l'impegno del concessionario ad eseguire lavori di potenziamento o di ristrutturazione degli impianti atti a conseguire un aumento della producibilità di energia e/o di potenza; l'accertamento tecnico dell'Enel dell'effettiva sussistenza di tali condizioni; la stipulazione fra l'Enel e il concessionario di una convenzione regolante i rapporti derivanti dalla rinuncia legale della prima; l'approvazione della convenzione da parte del Ministro dell'industria, di concerto con quello dei lavori pubblici, entro tre mesi dalla sua sottoscrizione; la successiva conferma, nelle stesse forme, della durata del prolungamento indicato dalla convenzione. Nel corso di tale procedimento, le imprese interessate erano autorizzate a eseguire i lavori e ad esercitare gli impianti. Ebbene, per gli operatori che hanno aderito al percorso delineato dal legislatore, assumendosi l'onere dei rilevanti investimenti richiesti, si sono perfezionate le prime fasi del procedimento, ma non è mai intervenuta l'approvazione da parte del Ministero, fino a quando le competenze amministrative in materia di rilascio delle grandi derivazioni idroelettriche sono state trasferite alle Regioni con l'art. 12, comma 9, d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79.

<sup>11</sup> Art. 1, commi da 483 a 492, l. 23 dicembre 2005, n. 266; art. 15, comma 6-ter, lett. b), d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con mod. dalla l. 30 luglio 2010, n. 122; art. 37 d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con mod. dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

<sup>12</sup> Corte cost., 18 gennaio 2008, n. 1, con commento di S. Manica, *Concessioni idroelettriche e tutela della concorrenza nella sentenza della Corte costituzionale 14 gennaio 2008, n. 1*, in *federalisimi.it*; Corte cost., 12 luglio 2011, n. 205, in *federalisimi.it*; Corte cost., 25 febbraio 2014, n. 28, in *federalisimi.it*.

<sup>13</sup> Sulla vicenda: N. Bassi, *L'incertezza eretta a sistema: una storia a episodi dell'evoluzione della disciplina italiana in tema di rilascio delle concessioni di grande derivazione a scopo idroelettrico (1933-2014)*, in M. De Focatiis, A. Maestroni (a cura di), *Dialoghi sul diritto dell'energia*, I, *Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, 31 ss..

delle Sezioni Unite della Cassazione – tranne in un caso del tutto peculiare<sup>14</sup> – ha respinto i ricorsi degli operatori coinvolti<sup>15</sup>.

Per gli operatori nel settore del fotovoltaico, esigenze di tutela dell'affidamento si sono poste con il passaggio dal terzo al quarto conto energia<sup>16</sup>, per l'improvvisa anticipata cessazione del periodo di incentivazione previsto dalla norma. Se è vero che la disciplina transitoria che ha scandito questo passaggio<sup>17</sup> non può

---

<sup>14</sup> Si tratta del caso deciso da Cass., ss.uu., 10 aprile 2012, n. 16850, in cui però oggetto del ricorso era un provvedimento di annullamento d'ufficio di precedente provvedimento di riconoscimento della nuova scadenza della concessione ai sensi dell'art. 1, comma 485, l. n. 266 del 2005, poi dichiarata incostituzionale. Le Sezioni Unite, in quella occasione, hanno affermato che «l'annullamento del provvedimento illegittimo non può essere disposto per la sola esigenza di ristabilire la legalità dell'azione amministrativa, posto che tale interesse, pur rilevante, deve essere comparato con altri interessi posti a tutela della stabilità delle relazioni giuridiche, anche se basate su provvedimenti illegittimi. Il vaglio della legittimità del provvedimento impugnato è del tutto mancato da parte del TSAP, a causa dell'erroneo presupposto, posto a base della decisione, circa il ritenuto carattere "vincolato" del provvedimento stesso».

<sup>15</sup> Ancora le sentenze Cass, ss.uu., nn. 4194, 4195 e 4196 del 3 marzo 2016, hanno rigettato i ricorsi degli operatori che avevano fatto affidamento, sostenendo onerosi investimenti, su una delle leggi che hanno scandito la vicenda, poi dichiarata incostituzionale, distinguendo, ai fini della tutela dell'affidamento, tra abrogazione delle leggi di incentivazione e la loro dichiarazione di incostituzionalità. Infatti, a giudizio della Suprema Corte, se la tutela dell'affidamento può rappresentare un limite alla possibile efficacia retroattiva dell'abrogazione delle leggi di incentivazione, essendo necessario apprestare forme di tutela dell'imprenditore che su quelle leggi abbia modulato le proprie scelte economiche, non altrettanto può dirsi per la dichiarazione di incostituzionalità di tale leggi, perché ciò comporterebbe il dare applicazione per il futuro a disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime, vanificando la portata della decisione della Corte. Le Sezioni Unite, nelle sentenze citate, lasciano però aperta la strada a «possibili azioni esperibili a fronte dell'effettuazione di investimenti sulla base di una legge poi dichiarata incostituzionale». Sulla responsabilità dello Stato per i danni sopportati dai cittadini a causa di leggi successivamente dichiarate incostituzionali si veda G. Silvestri, *Il problema degli effetti delle leggi in contrasto con la Costituzione: la responsabilità dello Stato e i diritti dei cittadini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 583 ss..

<sup>16</sup> Il sistema di incentivi mirati a favorire lo sviluppo dell'energia da conversione fotovoltaica della fonte solare è stato introdotto dal d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387 (attuativo della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili), il cui art. 7 ha rimesso a successivi decreti ministeriali attuativi la previsione di una specifica tariffa incentivante, di importo decrescente e di durata tali da garantire una equa remunerazione dei costi di investimento e di esercizio. I criteri per l'incentivazione della produzione di energia elettrica mediante conversione fotovoltaica sono stati definiti soltanto con il d.m. 28 luglio 2005, il quale ha introdotto il sistema del «Conto Energia», ovvero il sistema di finanziamento in conto esercizio della produzione elettrica attraverso tariffe incentivanti proporzionali all'energia prodotta (*feed in premium*). Da allora sono stati adottati cinque decreti ministeriali disciplinanti altrettanti conti energia: il d.m. 28 luglio 2005, modificato dal d.m. 6 febbraio 2006 – primo conto energia; il d.m. 19 febbraio 2007 – secondo conto energia; il d.m. 6 agosto 2010 – terzo conto energia; il d.m. 5 maggio 2011 – quarto conto energia; il d.m. 5 luglio 2012 – quinto conto energia. Dopo il terzo conto energia è stato emanato il d.lgs. n. 28 del 2011, il cui art. 25, comma 9, ha previsto che la tariffa incentivante prevista dal terzo conto energia si sarebbe applicata agli impianti fotovoltaici entrati in esercizio entro il 31 maggio 2011 e non più per gli impianti entrati in esercizio entro il 31 dicembre 2013, come previsto dal d.m. 6 agosto 2010. Inoltre, con l. n. 129 del 2010, (c.d. «legge salva Alcoa») sono state confermate le tariffe del secondo conto energia a tutti gli impianti in grado di certificare la conclusione dei lavori entro il 31 dicembre 2010 e di entrare in esercizio entro il 30 giugno 2011. Le disposizioni del conto energia non sono stati più applicate dal 6 luglio 2013, dopo il raggiungimento del tetto di 6,7 miliardi di euro posto dal quinto conto energia al costo cumulato annuo degli incentivi.

<sup>17</sup> È accaduto che la disciplina transitoria del d.lgs. n. 28 del 2011 ha anticipato la scadenza del periodo di applicazione del terzo conto energia dal 31 dicembre 2013 al 31 maggio 2011. Cioè gli operatori che, facendo affidamento sulla durata triennale del conto energia, avevano programmato i propri investimenti, magari avviando già la realizzazione degli impianti, si sono trovati all'improvviso con la scadenza del periodo di

ritenersi legge retroattiva neanche nella qualificazione «impropria», non incidendo su rapporti giuridici già instaurati<sup>18</sup>, è evidente però che la stessa abbia frustrato legittime aspettative fondate su una disciplina normativa incentivante successivamente modificata, ponendo l'esigenza di tutela dell'affidamento degli operatori coinvolti<sup>19</sup>. Più in generale, il d.lgs. n. 28 del 2011 ha determinato una condizione di incertezza nell'accesso alle tariffe incentivanti, fissando un limite annuale di potenza elettrica cumulativa incentivabile, raggiunto il quale il regime sarebbe stato rivisto<sup>20</sup>. Ciò ha portato alla repentina ed anticipata chiusura del quarto

---

incentivazione anticipata e con l'impossibilità di connettere alla rete l'impianto in tempo utile per fruire della tariffa incentivante, sulla base della quale avevano costruito il proprio piano economico-finanziario.

<sup>18</sup> Il Consiglio di Stato, cui era stata posta, tra gli altri motivi, la violazione del principio del legittimo affidamento, ha affermato che «non è in discussione tale principio, bensì l'esistenza stessa di un legittimo affidamento tutelabile, atteso che, non si controverte su provvedimenti e diritti già legittimamente acquisiti sulla base della normativa anteriore» (Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2016, n. 1769 e 8 agosto 2014, n. 4234).

<sup>19</sup> Per il superamento della tradizionale distinzione tra legge retroattiva propria e impropria e, più in generale, per il ripensamento della nozione di retroattività della legge, si veda M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit., spec. 9 ss. e 31 ss.. L'Autore – muovendo dalla nozione di «retrovalutazione giuridica» del passato, elaborata da G. Pace, *Il diritto transitorio. Con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, 1940, spec. 134 ss. e 315 ss. – invita a «ripensare la nozione di retroattività della legge» e ad operare piuttosto una «retrovalutazione giuridica» del passato [...] così più che chiedersi se una legge sia o meno retroattiva, ci si deve chiedere che tipo di conseguenze giuridiche essa preveda a seguito di tale rivalutazione». Quindi articola la nozione in quattro figure: la «retrotrazione» (un fatto passato, già compiuto in tutti gli elementi della fattispecie normativa è produttivo degli effetti tipici la che legge vigente all'epoca della realizzazione di questa gli riconnetteva, viene privato, con modalità variamente articolate, di tali effetti); la «retroefficacia» (un fatto passato, non ancora compiuto in tutti gli elementi della fattispecie normativa e – quindi – non produttivo di tutti gli effetti tipici che la legge vigente all'epoca del suo compimento gli riconnetteva, viene privato dalla possibilità di produrre tali effetti per fatto altrui); la «retrospettività» (quando la condizione descritta con la figura della retroefficacia si verifica, non per altrui, ma per fatto proprio); la «retrocontemplazione» (un fatto passato, incapace di realizzare fosse pure un solo elemento della fattispecie normativa, ma idoneo a contribuire, al ricorrere di altri fatti e quale elemento di una fattispecie *in fieri*, alla sua realizzazione, viene privato di tale potenziale idoneità). In tale prospettiva, come evidenziato (cfr. G. Cozzolino, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, cit., 14 ss.), anche le aspettative pongono un tema di tutela dell'affidamento nei confronti della legge che modifichi la norma su cui si fondano. Infatti, la vicenda dell'anticipata chiusura del terzo conto energia è riconducibile tanto alla figura della retrospettività della legge (quando questa cancella la possibilità, per il privato, che sarebbe stato originariamente legittimato, di richiedere l'incentivazione originariamente prevista) e della retrocontemplazione (quando la legge elimina un beneficio incentivante precedentemente previsto, senza salvaguardare la posizione di chi ha già compiuto frammenti della fattispecie normativa).

<sup>20</sup> L'art. 25, comma 10, del decreto indica, fra i principi cui i decreti ministeriali attuativi devono attenersi, «la determinazione di un limite annuale di potenza elettrica cumulativa degli impianti fotovoltaici che possono ottenere le tariffe incentivanti». Conseguentemente, il d.m. 5 maggio 2011, che ha approvato il quarto conto energia, ha fissato un obiettivo indicativo di potenza di circa 23.000 MW, «corrispondente ad un costo indicativo cumulato annuo degli incentivi stimabile tra i 6 e 7 miliardi di euro», prevedendo la possibilità di rivedere con decreto le modalità di incentivazioni al raggiungimento del minore dei valori di costo indicati. È così accaduto che, nonostante il quarto conto energia prevedesse vari semestri di incentivazione – ciascuno con differenti tariffe, limiti di costo e di potenza – riferiti al periodo dal 1 giugno 2011 al 31 dicembre 2016, il limite di costo fissato è stato raggiunto già il primo anno, tanto da indurre il Governo ad adottare il quinto conto energia con il d.m. 5 luglio 2012, che ha ridotto notevolmente le tariffe incentivanti e che è comunque restato in vigore solo sino al 6 luglio 2013, con il raggiungimento del tetto di 6,7 miliardi di euro.

conto energia, con pregiudizio delle aspettative di coloro che, fidando sulla durata originariamente prevista di quel conto, avevano programmato ed avviato i propri investimenti<sup>21</sup>. Ne è nato un contenzioso<sup>22</sup> che ha portato il Consiglio di Stato a rimettere la questione alla Corte di Giustizia<sup>23</sup>.

Ma la vicenda più rilevante per il profilo della lesione dell'affidamento dei beneficiari di incentivi già accordati e relativi alla produzione di energia da conversione fotovoltaica ha origine nella norma che ha disciplinato il c.d. «intervento spalma incentivi obbligatorio». In particolare, l'art. 26, comma 3, del d.l. 24 giugno 2014, n. 91<sup>24</sup>, ha previsto che, a decorrere dal 2015, le tariffe relative all'energia prodotta dagli impianti fotovoltaici con potenza nominale superiore a 200 kW fossero rimodulate sulla base di tre prefissate opzioni, tutte peggiorative dei regimi anteriori regolati dalle convenzioni con il GSE, tra le quali l'operatore era obbligato a scegliere, applicandosi, altrimenti, in via automatica, il terzo schema di rimodulazione<sup>25</sup>. Si è trattato di un intervento normativo che, stan-

<sup>21</sup> L'art. 1, comma 4, del d.m. 5 luglio 2012 (c.d. quinto conto energia) ha disciplinato le varie ipotesi in cui si continuavano ad applicare le tariffe incentivanti previste dal quarto conto energia, includendo in tale regime transitorio solo i piccoli impianti e gli impianti integrati con caratteristiche innovative e impianti a concentrazione che fossero entrati in esercizio prima del 27 agosto 2012, nonché i grandi impianti già iscritti in posizione utile nei registri e realizzati su edifici pubblici che fossero entrati in esercizio prima del 31 dicembre 2012.

<sup>22</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2847 e 5 maggio 2016, n. 1768; Id., sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1433.

<sup>23</sup> Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2018, nn. 1306, 1307 e 1308, che ha posto il quesito «se l'art. 3, comma 3, lett. a) della Direttiva 2009/28/CE debba essere interpretato – anche alla luce del generale principio di tutela del legittimo affidamento e del complessivo assetto della regolazione apprestata dalla Direttiva in punto di incentivazione della produzione di energia da fonti rinnovabili – nel senso di escludere la compatibilità con il diritto UE di una normativa nazionale che consenta al Governo italiano di disporre, con successivi decreti attuativi, la riduzione o, financo, l'azzeramento delle tariffe incentivanti in precedenza stabilite». Per la verità il Consiglio di Stato rimette la questione solo perché «tenuto» ai sensi dell'art. 267, paragrafo 3, TFUE, interpretato dalla Corte di Giustizia «nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione». Lo stesso giudice, però, nella motivazione, aderisce all'impostazione della sentenza della Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16, la quale – come si vedrà *infra* – in un caso ben più evidente di lesione dell'affidamento (il giudizio verteva su una norma avente efficacia retroattiva impropria), aveva rigettato la questione di costituzionalità argomentando anche sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

<sup>24</sup> Come convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 116.

<sup>25</sup> Art. 26, comma 3, d.l. n. 91 del 2014, cit.: «A decorrere dal 1° gennaio 2015, la tariffa incentivante per l'energia prodotta dagli impianti di potenza nominale superiore a 200 kW è rimodulata, a scelta dell'operatore, sulla base di una delle seguenti opzioni da comunicare al GSE entro il 30 novembre 2014: a) la tariffa è erogata per un periodo di 24 anni, decorrente dall'entrata in esercizio degli impianti, ed è conseguentemente ricalcolata secondo la percentuale di riduzione indicata nella tabella di cui all'allegato 2 al presente decreto; b) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è rimodulata prevedendo un primo periodo di fruizione di un incentivo ridotto rispetto all'attuale e un secondo periodo di fruizione di un incentivo incrementato in egual misura. Le percentuali di rimodulazione sono stabilite con decreto del Ministro dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, da emanare entro il 1° ottobre 2014 in modo da consentire, nel caso di adesione di tutti gli aventi titolo all'opzione, un risparmio di almeno 600 milio-

do alla ricordata tradizionale classificazione, ha prodotto un'efficacia retroattiva «impropria», in quanto ha inciso, sia pure con effetti *ex nunc*, su rapporti giuridici di durata sorti in ragione della precedente disciplina. La questione della costituzionalità della norma citata è stata posta dal TAR del Lazio, sezione III-ter, con ben sessantatré ordinanze, relative ad altrettanti giudizi, con le quali si è prospettata la lesione del principio di legittimo affidamento dei fruitori degli incentivi, incidendo la norma denunciata sulle posizioni di vantaggio consolidate e riconosciute contrattualmente agli stessi, cioè in violazione degli artt. 3 e 41 Cost. e degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1, Protocollo addizionale n. 1 alla Cedu e all'art. 6, paragrafo 3, del TUE<sup>26</sup>. La Corte, con sentenza n.

---

ni di euro all'anno 2015-2019, rispetto all'erogazione prevista con le tariffe vigenti; c) fermo restando il periodo di erogazione ventennale, la tariffa è ridotta di una quota percentuale dell'incentivo riconosciuto alla data di entrata in vigore del presente decreto, per la durata residua del periodo di incentivazione, secondo le seguenti quantità: 1) 6 per cento per gli impianti aventi potenza nominate superiore a 200 kW e fino alla potenza nominale di 500 kW; 2) 7 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 50 kW e fino alla potenza nominale di 900 kW; 3) 8 per cento per gli impianti aventi potenza nominale superiore a 900 kW. In assenza di comunicazione da parte dell'operatore il Gse applica l'opzione di cui alla lettera c).

<sup>26</sup> I giudici rimettenti prospettavano anche la violazione dell'art. 3 Cost. per i profili della irragionevolezza e sproporzione dell'intervento rispetto alle finalità perseguite e della disparità di trattamento tra i titolari di impianti di produzione di energia fotovoltaica di diversa potenza e tra questi e i produttori di energia da fonti rinnovabili diverse. Oltre alla violazione dell'art. 77 Cost. per l'uso improprio della decretazione d'urgenza. In una prima fase la giurisprudenza costituzionale ha ricostruito il sindacato sul legittimo affidamento attraverso l'individuazione di un parametro composito, ricorrendo congiuntamente all'art. 3, comma 1, Cost. ed alle norme costituzionali di garanzia dei diritti di volta in volta pregiudicati dall'intervento retroattivo del legislatore. Osserva F. Sorrentino, *Sui limiti della tutela costituzionale dell'affidamento*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 897, che prima della sentenza n. 416 del 1999 «la Corte 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 (art. 41 Cost.), la tutela della funzione giurisdizionale (art. 101 e 103 Cost.)». Tanto che altro Autore ha evidenziato il carattere «necessariamente servente» della tutela dell'affidamento rispetto alla protezione delle altre esigenze tutelate (cfr. P. Carnevale, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa*, in *Giur. Cost.*, 2011). Per un commento alla sentenza n. 416 del 1999 si veda P. Passaglia, *La Corte costituzionale decide... su cosa decidere: qualche osservazione su una sentenza in parte «didattica» e in parte «evasiva»*, in *Foro it.*, 1999, I, 2462 ss. e P. Carnevale, «... Al fuggir di giovinezza... nel domani s'ha più certezza» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. cost.*, 1999, 3643 ss. Dalla fine degli anni novanta, la Consulta ha riconosciuto al principio dell'affidamento un valore autonomo, rivenendone il fondamento costituzionale nell'art. 3. Cfr. recentemente Corte cost., 20 maggio 2016, n. 108, secondo cui il principio dell'affidamento è «custodito da una delle molteplici declinazioni dell'art. 3 Cost. Il principio dell'affidamento, benché non espressamente menzionato in Costituzione, trova tutela all'interno di tale precetto tutte le volte in cui la legge ordinaria muti le regole che disciplinano il rapporto tra le parti come consensualmente stipulato». Rileva però F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001, 6-8, che «[i]l motivo per cui, fino alla recente sentenza 4 novembre 1999, n. 416, la tutela dell'affidamento è sempre stata accompagnata a qualche norma costituzionale [...] va ricercato nell'intento di rispettare un formalismo processuale: l'obbligatoria indicazione della norma violata richiesta dalla legge sulla procedura di accesso alla Corte. Ma riferendosi all'art. 3 si confonde il *pria* col *poi*. Il principio di ragionevolezza che si vuole ricavare dall'art. 3 non riguarda il fondamento della tutela dell'affidamento, bensì l'applicazione del principio di buona fede per tutelare il legittimo affidamento del cittadino determinato dal legislatore. È la norma di integrazione che va applicata secondo il principio di ragionevolezza, non la ragionevolezza che implica e impone la tutela dell'affidamento [...]. In realtà la buona fede non è un principio costituzionale, è anche un princi-

16 del 24 gennaio 2017<sup>27</sup>, ha rigettato la questione di costituzionalità ribadendo il proprio consolidato orientamento secondo cui, se in linea di principio l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto»<sup>28</sup>, la sua tutela non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, e ciò «anche se il loro oggetto sia costituito dai diritti soggettivi perfetti, salvo, quando si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.)». Tuttavia, dette disposizioni, «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

---

pio costituzionale. La buona fede, come risulta chiaro dalle sue applicazioni giurisprudenziali, è una norma verticale, un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti. La buona fede è norma di integrazione di ogni ordine di produzione codificata del diritto, costituzionale, legislativa, regolamentare e ora anche comunicativa». M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, 44-45, dando – a parere di scrive – implicitamente ragione a Merusi, afferma che il fondamento costituzionale del diritto di affidamento è rinvenibile in diverse norme della Costituzione (nella sovranità popolare riconosciuta nell'art. 1, intesa come potere di autodeterminazione di ciascuno; nell'inviolabilità dei diritti sancita dall'art. 1; nel principio di libertà incorporato nell'art. 3, comma 2; nella tutela della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome offerta dall'art. 22; nella esigenza della precostituzione del giudice ai sensi dell'art. 25, comma 1; nel principio di legalità e prevedibilità delle pene di cui all'art. 25, comma 2; nella tutela previdenziale offerta dall'art. 39, comma 2; nei principi di libertà e di programmazione sanciti dall'art. 41; nella garanzia della proprietà privata prevista dagli artt. 42 e 43, nella tutela del risparmio accordata dall'art. 47; nel principio di capacità contributiva fissato dall'art. 53; nel dovere di osservanza delle leggi previsto dall'art. 54). A giudizio dell'Autore citato: «[l]a tutela dell'affidamento deve essere ancorata alle singole previsioni costituzionali, che tipizzano quella tutela per ogni singolo diritto fondamentale in rapporto ai suoi limiti specifici. [...] In altri termini: mentre il fondamento giuridico-positivo del diritto generale all'affidamento è dubbio, vi sono robusti dati costituzionali che indicano come tra le garanzie dei singoli diritti fondamentali sia inclusa (in forme e gradi di volta in volta diversi) anche quella dell'affidamento nella stabilità della situazione normativa in essere, se funzionale al godimento di quei diritti». Per una rassegna delle principali tesi sul fondamento costituzionale del principio di tutela dell'affidamento si veda P. Carnevale, G. Pistorio, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2014. Gli Autori sottolineano l'opportunità di individuare un fondamento costituzionale autonomo del principio in questione per evitare il rischio che «una tutela parcellizzata e frantumata attraverso le svariate disposizioni che compongono la “Costituzione dei diritti”, possa causare una riduzione della stessa i soli ambiti “costituzionalizzati”, cioè a dire limitatamente alle posizioni soggettive che possono vantare un presidio costituzionale. [...] Ne conseguirebbe, peraltro, una tutela la cui statuto costituzionale sembrerebbe emergere solo “per relationem”, in secondario, perché tutto dipendente dalla dignità costituzionale, non già del principio di tutela del legittimo affidamento, bensì della situazione giuridica soggettiva volta a volta implicata». Sul punto si veda anche P. Carnevale, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo del legittimo affidamento*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3671.

<sup>27</sup> In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Per un commento della sentenza si veda E. Mariani, *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del Legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 26 luglio 2017.

<sup>28</sup> Corte cost., 14 luglio 1988, n. 822 e 17 dicembre 1985, n. 349, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

pubblica (*recte*: giuridica)»<sup>29</sup>. Ebbene, a giudizio della Corte, l'esame della *ratio* e del contenuto della norma impugnata induce ad escludere che questa abbia inciso sui rapporti, riconducibili alle convenzioni stipulate dai fruitori degli incentivi, in modo irragionevole, arbitrario e imprevedibile, rispondendo invece «ad un intervento pubblico, in termini di equo bilanciamento degli opposti interessi in gioco, volto a coniugare la politica di supporto alla produzione di energia da fonte rinnovabile con la maggiore sostenibilità dei costi correlativi a carico degli utenti finali dell'energia elettrica»<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Corte cost. n. 822 del 1988, cit.. Tali principi sono stati ribaditi dalla sentenza della Corte n. 89 del 26 aprile 2018, aggiungendo che «[l']affidamento da tutelare postula, tuttavia, il consolidamento, nel tempo, della situazione normativa che ha generato la posizione giuridica incisa dal nuovo assetto regolatorio, sia perché protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento». In senso analogo, *ex plurimis*, Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203; 20 maggio 2016, n. 108; 1 aprile 2014, n. 64; 5 gennaio 2011, n. 1; 22 ottobre 2010, n. 302; 24 luglio 2009, n. 236; 9 luglio 2009, n. 206; 30 gennaio 2009, n. 24; 3 novembre 2005, n. 409; 7 luglio 2005, n. 264; 12 novembre 2002, n. 446 e 4 novembre 1999, n. 416, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Si veda anche Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56, in *Giur. Cost.* 2015, 448 ss., con nota di R. Chieppa. Osserva M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit., 53 che «nella prospettiva della Corte costituzionale, la legge “retroattiva” non è affatto *ex se* incostituzionale. La stessa Corte, tuttavia, ha mostrato di accogliere l'opinione che le leggi comunemente definite “retroattive” siano, in via di principio, costituzionalmente “sospette”, sicché su di esse si dovrebbe condurre uno scrutinio “stretto”. Come si legge nella sent. n. 432 del 1997, davanti alle leggi retroattive il “canone generale di ragionevolezza [...] assume [...] un valore particolarmente stringente, in quanto riferito alla certezza dei rapporti preteriti, nonché al legittimo affidamento dei soggetti interessati”». Sulla natura del principio di irretroattività in materia extra penale si veda, inoltre, R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993, 283 ss., secondo cui il principio generale di irretroattività rappresenta un criterio meramente direttivo e non vincolante per il legislatore, alla cui prudente valutazione, salvo il rispetto dei principi costituzionali, è rimessa la disciplina del tempo delle leggi. A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 487 ss., invece, risolve il tema alla luce della teoria degli interessi, sottolineando come questa si configuri quale «garanzia giuridica del pieno soddisfacimento dell'interesse, del quale sia stata rinviata la realizzazione», in quanto, attraverso la legge retroattiva, si «rimuovono gli ostacoli giuridici che potrebbero essersi formati tra il momento in cui l'interesse parziale è sorto e il momento in cui ne è stata autorizzata o imposta l'attuazione». Pertanto, secondo l'Autore, la retroattività è legittima «nella misura in cui assicura il soddisfacimento dell'interesse con riferimento alla data della sua costituzione». Infine, A. Sandulli, *Il principio di irretroattività delle leggi e la costituzione*, in *Foro amm.*, 1947, II, 73 ss., qualifica il principio di irretroattività in materia extra penale come più un «impegno morale, che come un impegno giuridico».

<sup>30</sup> «Il Legislatore del 2014 è intervenuto, infatti, in un contesto congiunturale nel quale – a fronte della remuneratività delle tariffe incentivanti per l'energia solare prodotta da fonte fotovoltaica, rivelatasi progressivamente più accentuata, sia rispetto ai costi di produzione (in ragione del repentino sviluppo tecnologico del settore), sia rispetto al quadro complessivo europeo – era venuto specularmente in rilievo il crescente peso economico di tali incentivi sui consumatori finali di energia elettrica (in particolare sulle piccole e medie imprese costituenti il tessuto produttivo nazionale). Ed ha operato, con logica perequativa, al dichiarato fine di “favorire una migliore sostenibilità nella politica di supporto alle energie rinnovabili” (articolo 26, comma 1, Dl n. 91 del 2014) e di “pervenire ad una più equa distribuzione degli oneri tariffari fra le diverse categorie di consumatori elettrici”, prevedendo a tal proposito che i minori oneri per l'utenza derivanti dalla rimodulazione degli incentivi per gli impianti fotovoltaici siano, appunto “destinati alla riduzione delle tariffe elettriche dei clienti di energia elettrica in media tensione e di quelli in bassa tensione [...]” (articolo 23 Dl citato)» (Corte cost. n. 16 del 2017, par. 8.2.).

La Corte, inoltre, ha rilevato la sostanziale coincidenza degli indici sintomatici della lesione del principio dell'affidamento elaborati nella propria giurisprudenza ed in quella delle Corti europee. Infatti, secondo la Corte di Strasburgo, il principio di «protezione della proprietà» esteso ai diritti di credito, di cui all'art. 1 del Protocollo Cedu, non è di ostacolo ad interferenze da parte della pubblica autorità in presenza di un interesse generale<sup>31</sup> e, al fine della verifica di sussistenza di tale interesse e della congruità delle sue modalità attuative, è riconosciuto, a ciascuno Stato membro, un ampio margine di apprezzamento<sup>32</sup>. A sua volta la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto che l'abolizione anticipata di un regime di favore rientra nel potere discrezionale delle Autorità nazionali, incontrando ostacolo solo nell'affidamento che nel mantenimento dello stesso potrebbe porre l'«operatore economico prudente e accorto»<sup>33</sup>.

### 3. *Il principio della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea*

Invero, l'imprevedibilità, agli occhi dell'operatore «prudente e accorto», della modifica legislativa che vada ad incidere su rapporti giuridici sorti nella vigen-

<sup>31</sup> Corte EDU, 15 febbraio 2012, *Arras e altri v. Italia*.

<sup>32</sup> Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2010, *Depalle v. Francia*; Id., 26 giugno 2012, *Hermann v. Germania*.

<sup>33</sup> La Corte costituzionale, ripercorrendo la normativa sugli incentivi alle fonti energetiche rinnovabili, a partire dal d.lgs. n. 387 del 2003, esclude che «la rimodulazione degli incentivi attivata dalla disposizione impugnata presenti gli asseriti caratteri di "imprevedibilità", risultando la stessa anzi, in qualche modo, preannunciata e finalizzata proprio ad assicurare la "stabilità" presa in considerazione dalle leggi istitutive degli incentivi al fotovoltaico, come caratteristica dell'intero sistema e non del singolo incentivo; oltre a costituire (nel quadro di un mercato "regolato" di settore, come quello di cui si discute) un elemento fisiologicamente riconducibile al rischio normativo di impresa». Cfr. Corte cost. n. 16 del 2017, par. 8.3. Dopo tale sentenza, il TAR Lazio, «ritenuti irrisolti alcuni profili non oggetto della sentenza del Giudice costituzionale», ha chiamato la Corte di Giustizia UE a pronunciarsi sulla medesima norma scrutinata dalla Consulta, sollevando dubbi sulla compatibilità della norma censurata con i principi generali del legittimo affidamento e della certezza del diritto anche alla stregua della ricordata giurisprudenza della Corte di Giustizia e precisando che, nel caso di specie, la modifica legislativa non è intervenuta solo sulla disciplina generale applicabile all'impresa – come invece nel caso *Plantanol* (sentenza Corte Giustizia UE, 10 settembre 2009, causa C-201/08), riguardante la variazione di uno specifico regime fiscale –, ma ha inciso, variandole in senso sfavorevole prima del termine di scadenza, sulle relative convenzioni individualmente stipulate con il GSE per la determinazione degli incentivi. Quindi, anche sulla base del criterio dell'operatore economico «prudente e accorto», il Tribunale chiede se la prevedibilità della modifica peggiorativa possa conseguire ad una diversa valutazione degli interessi in gioco da parte del legislatore, in assenza di circostanze eccezionali che la giustifichino, a fronte di convenzioni stipulate tra la parte pubblica e l'operatore che hanno prestabilito la misura dell'incentivo per un periodo ventennale (TAR Lazio, Sez. III *ter*, ordinanze 27 marzo 2019, n. 4054, 20 novembre 2018, n. 11206 e 16 novembre 2018, n. 11124). In particolare, il TAR Lazio ha rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione della compatibilità del c.d. «spalmaincentivi» con i principi generali del diritto dell'Unione di legittimo affidamento e di certezza del diritto, di leale collaborazione ed effetto utile; oltre che con gli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; con la direttiva n. 2009/28/CE e con la disciplina dei regimi di sostegno ivi prevista; con l'art. 216, par. 2 TFUE, in particolare in rapporto al Trattato sulla Carta europea dell'energia.

za della precedente disciplina è uno dei due presupposti in presenza dei quali la Corte di Giustizia UE riconosce la tutela dell'affidamento. In tali casi, oggetto di tutela è l'aspettativa ingenerata dalla precedente normativa, che ha orientato gli operatori economici nelle proprie condotte professionali. La Corte però esclude la tutela quando la modifica legislativa sia prevedibile dall'operatore economico secondo criteri di prudenza ed accortezza, da apprezzare avendo riguardo agli ambienti professionali interessati<sup>34</sup>. Il secondo presupposto, di carattere oggettivo, è rappresentato dalla base affidante: un precedente atto, su cui interviene la modifica o l'annullamento, o atti di vario genere che assumano il carattere di «assicurazioni precise», «categoriche e concordanti», nonché provenienti di «fonti autorizzate e affidabili», con i quali la Comunità si autovincola<sup>35</sup>. Peraltro, la Corte esclude che gli operatori economici possano fare legittimamente affidamento

<sup>34</sup> Cfr. Corte Giustizia CE, 10 settembre 2009, C-201/08, *Plantanol GmbH & Co KG v. Hauptzollamt Darmstadt*: «risulta dalla giurisprudenza costante della Corte che la possibilità di far valere il principio della tutela del legittimo affidamento è prevista per ogni operatore economico nel quale un'autorità nazionale abbia fatto sorgere fondate aspettative. Tuttavia, qualora un operatore economico prudente e accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, non può invocare il detto principio nel caso in cui il provvedimento venga adottato». Cfr. anche Corte Giustizia UE, sez. V, 19 dicembre 2013, C-563/12, *BDV Hungary Trading Kft v. Nemzeti Adó*; Id., 17 marzo 2011, C-221/09, *AJD Tuna Ltd v. Direttur tal-Agricoltura u s-Sajd*; Id., 21 febbraio 2008, *Netto Supermarkt*, C-271/06; Id., 15 luglio 2004, C-459/02, *W. Gerekens v. Granducato del Lussemburgo*; Id., sez. V, 29 aprile 2004, cause riunite C-487/01 e C-702 *Geemente Leusden e Holin Gorep Bv cs v. Staatssecretaris van Financiën*; Id., 11 marzo 1987, C-265/85, *Van den Bergh en Jurgius*; Trib. CE, 14 ottobre 1997, causa T-243/94, *British Steel*. Cfr. anche Corte Giustizia CE, sez. VI, 15 aprile 1997, C-22/94, *The Irish Farmes Association e a. v. Minister for Agriculture, Food and Forestry, Ireland*, in materia di quote latte: (par. 19) «[s]econdo una costante giurisprudenza della Corte, nel settore delle organizzazioni comuni di mercato, il cui scopo implica un costante adattamento in funzione dei mutamenti della situazione economica, gli operatori economici non possono legittimamente attendersi di non essere soggetti a restrizioni dovute ad eventuali regole della politica di mercato o della politica strutturale».

<sup>35</sup> Così, M. Gigante, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, I. ed., 2011, 139, e giurisprudenza ivi citata. Sulla necessità di «informazioni precise, incondizionate e concordanti» come base affidante si veda Corte Giustizia CE, 16 dicembre 2008, C-47/07, *Masdar (UK) v. Commissione*, punti 34 e 81. La rilevanza attribuita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, come base affidante, alle «assicurazioni» degli organi comunitari, fa dire a F.F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, cit., 12, che il principio di affidamento ha un raggio di applicazione più ampio nel diritto europeo rispetto al diritto interno. Secondo l'Autore, infatti «se l'attenzione giurisprudenziale e dottrinarie interna si è concentrata sull'affidamento esclusivamente quale limite alla portata retroattiva delle leggi, in ambito europeo il principio è stato applicato al di fuori dell'ambito della retroattività, ossia in relazione ad atti comunitari normativi e amministrativi che, pur non essendo retroattivi, siano suscettibili di ledere affidamenti legittimi. Si tratta di una tutela approntata, o quantomeno astrattamente predicata, dal giudice europeo nei casi in cui gli organi comunitari, fornendo precise assicurazioni, abbiano suscitato fondate aspettative». Cfr., sempre in materia di quote latte, Corte di Giustizia CE, 28 aprile 1988, C-120/86, *J. Mulder v. Minister van Landbouw en Visserij*, par. 24, e C-170/86, *Georg von Deetzen e Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, par. 13, che hanno affermato che un operatore economico «che, come nella fattispecie, sia stato indotto da un atto della Comunità a sospendere lo smercio per un periodo limitato, nell'interesse generale e dietro pagamento di un premio, può legittimamente attendersi che alla scadenza della sua obbligazione non sarà soggetto a restrizioni che incidano su di lui in modo specifico proprio in ragione dell'essersi egli avvalso delle possibilità offerte dalla regolamentazione comunitaria».

sulla conservazione di una situazione esistente che può essere modificata nell'ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali<sup>36</sup>.

Il principio della tutela del legittimo affidamento si è affermato proprio nell'elaborazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>37</sup>, che ne ha fatto, peraltro, applicazione assai rigorosa, come è facile evincere dalla casistica giurisprudenziale, nella quale alla frequente enunciazione raramente segue la concreta attuazione<sup>38</sup>.

Come ha evidenziato lo studioso che tra i primi ha affrontato il tema dell'affidamento – e più in generale della buona fede – nel diritto pubblico<sup>39</sup>, il principio è stato posto innanzitutto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca<sup>40</sup> e portato a livello europeo dalla Corte di Giustizia, rielaborato e restituito agli Stati membri, secondo un processo che l'illustre Autore definisce «circolarità germanica», in quanto ha riguardato la formazione di quasi tutti i principi dell'ordinamento comunitario<sup>41</sup>. Invero, la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea è solita trarre i principi dai diritti nazionali, con il metodo induttivo, per rielaborarli e restituirli agli ordinamenti degli Stati membri, dando luogo ad un processo di omogeneizzazione dei loro sistemi giuridici<sup>42</sup>. Quindi, nel suo per-

<sup>36</sup> In questo senso: Corte Giustizia CE, 10 settembre 2009, C-201/08, *Plantanol*, cit.; Id., 7 settembre 2006, C-310/04 *Spagna v. Consiglio*; Id., 15 luglio 2004, cause riunite C-37/02 e C-38/02, *Di Lenardo e Dlexport*. La Corte ha altresì statuito che il principio della tutela del legittimo affidamento non può essere esteso al punto da impedire, in via generale, che una nuova norma si applichi agli effetti futuri di situazioni sorte in vigenza della norma antecedente (cfr. Corte Giustizia UE, Grande Sezione, 6 ottobre 2015, C-303/13 P, *Commissione v. Jørgen Andersen*; si veda anche Tribunale UE, 11 luglio 2018, T-185/15, *Buonotourist Srl v. Commissione*).

<sup>37</sup> Peraltro, nella sua qualità di giudice sia delle leggi che degli atti amministrativi, la Corte ha applicato il principio della tutela dell'affidamento sia a fronte di modifiche normative che amministrative.

<sup>38</sup> Fin dalla sentenza Corte Giustizia CE, 25 gennaio 1979, C-98/78, *Rache v. Hauptzollamt Mainz*, che, dopo aver enunciato il principio secondo cui, «[b]enché in linea di massima, il principio della certezza delle situazioni giuridiche osti a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione, una deroga è possibile, in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato», ha statuito che l'applicazione retroattiva dei regolamenti denunciati non «era quindi tale da ledere un affidamento meritevole di tutela». Si veda sul punto E. Zampetti, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II. ed., 2017, 187. Osserva M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, cit., 61, che «il giudice comunitario appare prudente e rispettoso della discrezionalità politica, e svolge un controllo del tutto esterno, limitandosi a constatare l'esistenza o, per meglio dire, che sia indicato lo scopo pubblico la cui realizzazione richiede il sacrificio dell'affidamento».

<sup>39</sup> F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, cit..

<sup>40</sup> Cfr. anche D.U. Galetta, *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*, cit., che mette in risalto, oltre alla paziente opera di ricostruzione da parte della giurisprudenza costituzionale, il contributo decisivo della dottrina tedesca, citata in nota 26 ed alla quale si rinvia.

<sup>41</sup> F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 14.

<sup>42</sup> B.G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi su «Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia», Varenna 20-22 settembre 2007. Cfr. 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 giu-*

corso di riconoscimento e maturazione, la tutela dell'affidamento è stabilmente assurta a principio generale dell'ordinamento europeo<sup>43</sup>. Muovendo dalla configurazione accolta nell'ordinamento tedesco, la giurisprudenza comunitaria ricollega la tutela dell'affidamento all'idea dello stato di diritto e al principio di certezza giuridica<sup>44</sup>, inteso dalla Corte di giustizia, essenzialmente come «prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici»<sup>45</sup>. Il principio di tutela del legittimo affidamento sarebbe quindi un corollario del principio di certezza<sup>46</sup>.

*risprudenza convenzionale* («a prima lettura» di Corte cost. n. 264 del 2012), in *Consulta on line*, sub nota 27: «[t]ra «tradizioni europee» e «tradizioni nazionali» si dà un rapporto complesso, di mutuo soccorso, vale a dire di circolare alimentazione semantica: quelle attingendo da queste al fine della loro conformazione e del loro incessante rinnovo e queste, a loro volta, da quelle ricevendo suggestioni ed indicazioni per il cui tramite esse pure si rigenerano, caricandosi di inusuali valenze espressive». Si veda anche F. Patroni Griffi, *Tecniche di decisione e prevedibilità della sentenza amministrativa*, in A. Carleo (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 182-183: la giurisprudenza europea «guarda negli ordinamenti nazionali, seleziona principi più o meno comuni agli stessi, li riversa negli ordinamenti nazionali tutti, come principi dell'ordinamento europeo, favorendone così l'ulteriore diffusione e applicazione ad opera delle Corti nazionali».

<sup>43</sup> Per la qualificazione del principio del legittimo affidamento come uno dei principi fondamentali dell'Unione si veda Corte Giustizia UE, 14 marzo 2013, C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle*.

<sup>44</sup> M. Gigante, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, I. ed., 2011, 135. Rileva F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 14 ss., che la certezza del diritto (*Rechtssicherheit*) è divenuta norma di chiusura dell'ordinamento europeo su impulso – anche in questo caso – della giurisprudenza amministrativa e costituzionale della Repubblica Federale Tedesca.

<sup>45</sup> D.U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 112. Cfr. Corte Giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet Ltd v. Ministero dell'Economia e delle Finanze e AMS (Italia)*, par. 46: «il principio di certezza del diritto [...] impone, segnatamente, che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano avere conseguenze sfavorevoli sugli individui e sulle imprese». Nello stesso senso Corte Giustizia UE, 11 giugno 2015, C-98/14, *Berlington Hungary e a.*; Id., 12 dicembre 2013, C-362/12, par. 44 *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue e Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs* e Id., 7 giugno 2005, C-17/03, *VEMW e a.*, par. 80. Cfr. anche Corte Giustizia CE, 27 settembre 2007, C-409/04, *Teleos v. Commissioners of Customs & Excise*: «il principio di certezza del diritto [...] s'impone con rigore particolare quando si tratta di una normativa idonea a comportare oneri finanziari, al fine di consentire agli interessati di conoscere con esattezza l'estensione degli obblighi che essa impone loro (v., sentenze 15 dicembre 1987, causa 326/85, Paesi Bassi/Commissione, Racc. pag. 5091, punto 24, e la citata sentenza Halifax e a., punto 72)».

<sup>46</sup> Cfr. Corte Giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet Ltd*, cit., par. 46: «il principio di certezza [...] ha come corollario quella della tutela del legittimo affidamento». Cfr. anche Corte Giustizia UE, 14 luglio 2011, cause riunite C-4 e 27/10, *Bureau national interprofessionnel du Cognac v. Gust. Ranin Oy*: «[s]econdo giurisprudenza consolidata, in linea generale, il principio di certezza del diritto osta a che il momento iniziale dell'applicazione nel tempo di un atto dell'Unione decorra da una data anteriore a quella della sua pubblicazione, salvo qualora, in via eccezionale, lo esiga lo scopo da raggiungere e sia debitamente rispettato il legittimo affidamento degli interessati (v. in particolare, sentenze 24 settembre 2002, cause riunite C-74/00 P e C-75/00 P, *Falck e Acciaierie di Bolzano/Commissione*, Raccolta pag. 7869, punto 119, nonché 22 dicembre 2010, causa C-120/08, *Bavaria/Commissione*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 40)». Cfr. anche Corte Giustizia CE, 29 aprile 2004, C-17/01, *Sudholz*; Id., 11 luglio 2002, C-62/00, *Mark and Spencer*; Id., 8 giugno 2000, C-396/98, *Grund-stueckgemeinschaft Schloss-strasse v. Finanzamt Paderborn*; Id. 15 febbraio 1996, C-63/93, *Fintan Duff v. Minister of agriculture and food*. Rileva D.U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, cit., 112, che la tutela del legittimo affidamento nella giurisprudenza della Corte è fondata, come per l'ordinamento tedesco, su di un'indagine circa la buona fede soggettiva di colui che il quale invochi l'affidamento, e la sua tutelabilità in concreto varia a seconda del peso degli interessi pubblici concretamente in gio-

Ma per verificare l'effettiva coincidenza degli indici sintomatici della lesione del principio dell'affidamento elaborati nella giurisprudenza della Consulta ed in quella della Corte di Giustizia dell'Unione è forse utile mettere a confronto due sentenze con le quali i due giudici hanno deciso della medesima questione: la sentenza della Corte costituzione n. 56 del 31 marzo 2015 e quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 20 dicembre 2017, nella causa C-322/16, *Global Starnet Ltd v. Ministero dell'economia e delle finanze e Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (Italia)*. Origina il contenzioso una norma della legge finanziaria per il 2011<sup>47</sup>, che ha introdotto nuovi obblighi e condizioni più gravose anche per i concessionari esistenti per la gestione telematica del gioco lecito<sup>48</sup>, imponendo loro anche di partecipare alle nuove procedure competitive. Il Consiglio di Stato, ritenendo che le concessioni esistenti dovessero proseguire senza alcuna soluzione di continuità sino alla loro scadenza, ha annullato il bando di gara per l'affidamento del servizio, rimettendo con separata ordinanza alla Consulta la questione di legittimità della norma impositiva di nuovi oneri per le convenzioni in essere, per violazione degli artt. 3, 41 e 42 Cost.. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 56 del 2015 citata, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale. Il Consiglio di Stato ha, quindi, proposto domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE circa la compatibilità della norma denunciata con gli artt. 26, 49, 56, 63 e 267 TFUE, con l'art. 16 della CEDU, nonché con il principio generale della tutela del legittimo affidamento. La Corte si è pronunciata con la sentenza del 20 dicembre 2017 sopra citata. Ora, al di là dell'esito<sup>49</sup>, spicca con evidenza la diversità di approccio tra la Consulta e la Corte di Lussemburgo. Mentre la prima, richiamati i «plurimi interessi pubblici»<sup>50</sup> garantiti dalla norma impugnata, ribadisce – in maniera «tralatizia» – il proprio

---

co. M. Gigante, *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 135, osserva invece che il rapporto intercorrente tra i due principi non è compiutamente definito nella giurisprudenza della Corte: a volte il principio della tutela dell'affidamento è definito un corollario del principio di certezza; talvolta la giurisprudenza sembra piuttosto sottolineare la diversità dei due principi e dei presupposti per la loro applicazione, in ragione della valenza soprattutto oggettiva del principio di certezza, posto a presidio di valori ordinamentali, quali l'efficienza e l'efficacia, e invece soggettiva dell'altro, nel quale campeggia piuttosto l'interesse dei soggetti alla stabilità delle proprie aspettative. Cfr., in quest'ultimo senso, Trib. CE, 1 luglio 2004, T-308/2000, *Salzgitter v. Comm.*. Per una critica alla giurisprudenza comunitaria, per non essere riuscita a definire con chiarezza i rapporti tra «certezza del diritto» e «affidamento», si veda J. Schwarze, *European administrative law*, Londra, 1992, 946 ss..

<sup>47</sup> L'art. 1, comma 77, l. 13 dicembre 2010, n. 220.

<sup>48</sup> Tali in forza dell'art. 21, comma 7, d.l. n. 78 del 2009, che aveva consentito l'affidamento diretto a loro del servizio.

<sup>49</sup> La Corte di Giustizia, per quasi tutti i profili, rimette al giudice del rinvio la verifica, alla luce dei principi fissati e procedendo ad una valutazione globale delle circostanze pertinenti, se la normativa nazionale in discussione sia conforme al principio della tutela del legittimo affidamento.

<sup>50</sup> La trasparenza, la pubblica fede, l'ordine pubblico e la sicurezza, la salute dei giocatori, la protezione dei minori e delle fasce di giocatori adulti più deboli, la protezione degli interessi erariali relativamente ai proventi pubblici derivanti dalla raccolta del gioco.

insegnamento<sup>51</sup>, la seconda fa seguire all'affermazione dei principi uno scrutinio rigoroso di proporzionalità – con i suoi tre parametri di sindacato dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto – direttamente o, più spesso, delineandone l'ambito, rimettendolo al giudice del rinvio. Probabilmente contribuisce alla diversità di approccio anche la differente natura delle due Corti: l'una giudice solo delle leggi, l'altra giudice anche dei provvedimenti amministrativi<sup>52</sup>. È indice, però, della profonda diversità di scrutinio l'uso che la Consulta fa del criterio della ragionevolezza<sup>53</sup> ai fini del bilanciamento tra interessi pubblici perseguiti dalla norma denunciata ed affidamento del privato, con un sindacato estrinseco assai lasco, tale da indicare il sintomo della lesione dell'affidamento nella «irrazionalità» della norma<sup>54</sup>. Laddove, invece, la Corte di Giustizia sottopone la norma ad uno scrutinio stretto di proporzionalità<sup>55</sup>, con riferimento puntuale a tutti i profili di possibile lesione dell'affidamento del privato<sup>56</sup>. La Corte

<sup>51</sup> «Secondo la giurisprudenza di questa Corte [...] il valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica trova sì copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ma non già in termini assoluti ed inderogabili. Per un verso, infatti, la posizione giuridica che dà luogo a un ragionevole affidamento nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio deve risultare adeguatamente consolidata, sia per essersi protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento. Per altro verso, interessi pubblici sopravvenuti possono esigere interventi normativi diretti ad incidere peggiorativamente anche su posizioni consolidate, con l'unico limite della proporzionalità dell'incisione rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti. Con la conseguenza che “non è affatto interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare il senso sfavorevole per i beneficiari della disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti”, unica condizione essendo “che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto (sentenze n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009)”».

<sup>52</sup> Nella sentenza n. 56 del 2015 la Corte sembra così giustificare l'impossibilità di una verifica dell'effettivo impatto delle norme denunciate sulle posizioni del concessionario, valutato comparativamente con le effettive esigenze di tutela degli interessi pubblici alla cui cura esse sono preordinate. Ed invero, afferma la Corte: «anche volendo entrare nel merito della valutazione dei singoli obblighi imposti al concessionario, si può osservare che in vari casi la loro effettiva consistenza non è definita direttamente dalla legge, ma affidata da essa alla determinazione dell'amministrazione e in particolare a un decreto interdirigenziale del Ministero dell'economia e delle finanze o a un decreto direttoriale della AAMS».

<sup>53</sup> Sul sindacato di ragionevolezza delle norme si veda l'ampio studio di G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000 e L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano 1997, 899 ss., il quale osserva che «il cosiddetto principio di ragionevolezza si risolve in una denominazione riassuntiva di tecniche o criteri valutativi assai diversi».

<sup>54</sup> «[...] unica condizione essendo “che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica [...]”».

<sup>55</sup> «Quanto alla proporzionalità delle misure previste [...], occorre verificare se tali misure siano idonee a garantire la realizzazione degli obiettivi perseguiti e non eccedano quanto è necessario per raggiungerli, segnatamente assicurandosi che la normativa nazionale in discussione nel procedimento principale risponda effettivamente all'intento di raggiungerli in modo coerente e sistematico» (Corte Giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-322/16, cit., par. 51). Cfr. anche Corte Giustizia UE, 8 settembre 2016, C-225/15 *Politanò*, par. 44.

<sup>56</sup> Sul principio di proporzionalità la letteratura è vastissima. Ci si limita a rinviare alla relativa voce curata da D.U. Galetta in M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 149 ss., con

di Giustizia, inoltre, presta particolare attenzione alla circostanza che il legislatore nazionale preveda un periodo transitorio di durata sufficiente per permettere agli operatori economici di adeguarsi ovvero un sistema di compensazioni adeguate<sup>57</sup>.

#### 4. *Il principio della tutela dell'affidamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Parimenti problematica è l'asserita<sup>58</sup> «sostanziale coincidenza» degli indici sintomatici della lesione del principio dell'affidamento elaborati nella giurisprudenza della Corte costituzionale ed in quella della Corte EDU<sup>59</sup>. La serie di “rimpalli” tra condanne dell'Italia ad opera della Corte di Strasburgo e giudizi della Consulta – invece – di costituzionalità delle norme di interpretazione autentica all'origine delle condanne stesse<sup>60</sup> offrono palmare evidenza di una diversità di

---

ampi richiami di giurisprudenza e dottrina. L'Autrice, in altro scritto (*Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998), evidenzia la funzione del principio di proporzionalità quale strumento di equilibrio tra diritti fondamentali del singolo ed interessi della collettività (*op. ult. cit.*, 24). Si veda lo stesso scritto anche per la distinzione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità, quest'ultimo collegato a «parametri di giudizio più saldi e più facilmente verificabili in sede giurisdizionale, rappresentati dall'idoneità, dalla necessità e dalla proporzionalità in senso stretto» (*op. ult. cit.*, 254). V. Cerulli Irelli, *Sul principio del legittimo affidamento*, cit., 252, rileva che il principio di proporzionalità «antico nella nostra tradizione scientifica fin dall'opera di Romagnosi, [...] si configura come particolare declinazione del principio di ragionevolezza». Osserva, inoltre, l'illustre Autore che «[n]ell'ambito della giurisprudenza europea, le due articolazioni del principio, nella *suitability* e nella *necessity*, costituiscono una forte sottolineatura dell'esigenza di tutela della posizione (della libertà) dei privati rispetto all'intervento pubblico, laddove si tratta dell'esercizio di poteri ablatori o restrittivi o soppressivi dei diritti, o comunque delle situazioni di vantaggio, dei privati, consolidate (anche) in virtù di precedenti atti delle autorità amministrative».

<sup>57</sup> Si veda Corte Giustizia UE, 11 giugno 2015, C-98/14, *Berlington Hungry e a.* e la giurisprudenza ivi citata. Si veda inoltre, Corte Giustizia UE, 12 dicembre 2013, C-362/12, *Test Claimants*, cit., par. 37 e Id., 11 luglio 2002, C-62/00, par. 38, *Marks & Spencer*. La Corte sottolinea che «un operatore economico non può riporre affidamento nel fatto che non interverrà assolutamente alcuna modifica legislativa, bensì può unicamente mettere in discussione le modalità di applicazione di una modifica siffatta» (Corte Giustizia UE, 20 dicembre 2017, C-322/16, cit.).

<sup>58</sup> Da Corte cost. n. 16 del 2017, par. 9.

<sup>59</sup> 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](http://www.costituzionalismo.it), rilevano che, sin da quando s'è affacciata l'eventualità di uno scrutinio di costituzionalità della frustrazione del legittimo affidamento alla stregua del parametro convenzionale, la Corte costituzionale ha operato «un utilizzo “manipolativo” della giurisprudenza EDU, al fine di esibire armonie fra orientamenti giurisprudenziali diversamente improntati: l'uno – quello europeo – ad un rigore abbastanza diffidente verso leggi retroattive; l'altro – quello della nostra Corte costituzionale – ad una certa clemenza».

<sup>60</sup> Con le sentenze 7 giugno 2011, *Agrati v. Italia*, e 31 maggio 2011, *Maggio v. Italia*, la Corte EDU ha condannato l'Italia per aver interferito legislativamente, con norme di interpretazione autentica, sull'esito delle controversie. Posta la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni di interpretazione autentica, la Consulta le respinge con sentenze 16 novembre 2009, n. 311 e 28 novembre 2012, n. 264, motivando sulla prevalenza di imperativi motivi di interesse generale. Investita successivamente di vicende analoga, la Corte EDU ha di nuovo condannato l'Italia con sentenze 25 marzo 2014, *Biasucci v. Italia* e 15 aprile 2014, *Stefanetti v. Italia*, in quest'ultimo caso, oltre che per violazione dell'art. 6 (giusto processo), anche per violazione dell'art.

vedute tra le due Corti<sup>61</sup>: «a Strasburgo, preme stabilire se v'è stata, o no, la violazione del singolo diritto in gioco; a Roma, non ci si può fermare a questo soltanto e devesi piuttosto verificare che ne è dell'intero sistema dei diritti e, più largamente, dei beni o interessi costituzionalmente protetti»<sup>62</sup>. Come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale, questa – a differenza della Corte EDU – «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata» ed è quindi tenuta al loro bilanciamento<sup>63</sup>.

In effetti, però, i severi giudizi della Corte di Strasburgo nei confronti di leggi retroattive (qualificate di interpretazione autentica) si sono fondati soprattutto sulla violazione dell'art. 6 della Convenzione, quindi sulla lesione del diritto al giusto processo<sup>64</sup>. In buona sostanza, la Corte ha sanzionato lo Stato che con

---

1 del protocollo addizionale (la norma di interpretazione autentica denunciata avallava una riparametrazione delle pensioni di lavoratori tornati dalla Svizzera con una decurtazione nell'ultimo caso di circa due terzi della pensione che sarebbe spettata). La Corte costituzionale, investita nuovamente della medesima questione, questa volta per violazione, come norma interposta, dell'art. 1 del protocollo addizionale, l'ha dichiarata inammissibile, sollecitando però l'intervento del legislatore, alla cui discrezionalità è rimessa la soluzione da adottare, ed affermando che «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema segnalato dalla Corte di Strasburgo» (Corte cost., 12 luglio 2017, n. 166).

<sup>61</sup> Parlano di «asimmetria prospettica tra i sindacati operati dalle due Corti», P. Carnevale, G. Pistorio, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*, cit..

<sup>62</sup> Così A. Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU*, cit., 3-4.

<sup>63</sup> Corte cost. n. 264 del 2012, cit.. La Corte, inoltre, rileva che la stessa norma CEDU, «nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele». Per commenti alla sentenza si vedano, oltre al già citato A. Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU*, E. Scoditti, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2013, I, 788 ss. e R. Dickmann, *Corte costituzionale e controlimiti al diritto internazionale. Ancora sulle relazioni tra ordinamento costituzionale e Cedu (dalle sent. nn. 348-349 del 2007 alla sent. n. 264 del 2012)*, in *federalismi.it*, 16 settembre 2013; R. Caponi, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. Cost.*, 2012, 4232 ss.. M. Bignami, *La Corte Edu e le leggi retroattive*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), rileva un graduale processo di avvicinamento tra la Corte EDU ed il nostro giudice costituzionale, osservando, però, che «fino a quando l'approccio metodologico alle questioni non si sarà sufficientemente ibridato così da rendere la Corte Edu più simile ai tribunali costituzionali nel dominio astratto di un sistema integrato di principi, e questi ultimi più vicini alla dimensione concreta della lite subito colta a Strasburgo, fino ad allora appunto le differenze continueranno a marcare il passo, e i conflitti ad alimentare le dispute giuridiche».

<sup>64</sup> Evidenzia questo aspetto R. Caponi, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. Cost.*, 2012, 4232 ss., il quale però annota che «se la retroattività è un fenomeno di diritto sostanziale, i suoi limiti sono da individuare fondamentalmente sul piano sostanziale. In questo contesto, l'esigenza che il legislatore rispetti le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria nella composizione delle controversie entra in gioco solo al fine di salvaguardare l'intangibilità del giudicato da parte dello *ius superveniens* retroattivo». L'Autore sottolinea anche che i canoni costituzionali della ragionevolezza e della tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche si collocano sul piano del diritto sostanziale e si applicano allo stesso modo, indipendentemente dalla circostanza fortuita che la fattispecie sia dedotta in giudizio o meno. Ciò spiega – insieme alla considerazione che fra i principi enunciati dalla Costituzione, con riguar-

legge retroattiva ha mutato a proprio vantaggio le sorti di un giudizio in corso<sup>65</sup>. Assai raramente<sup>66</sup> la condanna si è fondata sulla compressione ad opera di leggi retroattive del diritto di proprietà, garantito dall'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, nella lata accezione accolta dalla Corte di Strasburgo, comprensiva della legittima aspettativa<sup>67</sup>, cioè sulla norma convenzionale invocabile ai fini della tutela del legittimo affidamento. Infatti, nella ricordata vicenda iniziata con la sentenza Maggio<sup>68</sup> relativa ad una norma di interpretazione autentica<sup>69</sup> sulla base della quale erano state riparametrate e ridotte le pensioni maturate dai ricorrenti sulla base delle retribuzioni percepite all'estero (in Svizzera) – norma che peraltro aveva consentito di superare un orientamento giurisprudenziale prevalentemente favorevole a questi – la Corte EDU ha sempre censurato l'abuso del proces-

---

do al divieto di retroattività della legge, non vi è il giusto processo – come mai la Corte costituzionale solo formalmente presta ossequio alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

<sup>65</sup> Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, in linea di principio non è vietato al potere legislativo di stabilire una regolamentazione innovativa a portata retroattiva dei diritti derivanti da leggi in vigore, ma il principio della preminenza del diritto e la nozione di «processo equo» sanciti dall'art. 6 della CEDU, ostano, salvo che per motivi imperativi di interesse generale, da intendersi in senso rigorosamente restrittivo, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (Corte EDU, 11 dicembre 2012, *De Rosa v. Italia*; 14 febbraio 2012, *Arras c. Italia*; 8 novembre 2012, *Agrati ed altri v. Italia*; 31 maggio 2011 *Maggio v. Italia*; 10 giugno 2008, *Bortesi v. Italia*; Corte EDU, Grande Camera, 29 marzo 2006, *Scordino v. Italia*). Si vedano anche Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis v. Grecia* e 22 ottobre 1997, *Papageorgiou v. Grecia*.

<sup>66</sup> E generalmente in connessione con la violazione dell'art. 6 CEDU. Si vedano: Corte EDU, 8 novembre 2012, *Agrati*, cit. e 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche*, cit..

<sup>67</sup> Cfr. Corte EDU, 15 aprile 2014, *Stefanetti* cit., par. 48: «“beni” ai sensi di tale disposizione [...] possono essere “beni esistenti” o valori patrimoniali, ivi compresi, in determinati casi ben definiti, i crediti. Affinché un credito possa essere considerato un “valore patrimoniale” ricadente nel campo di applicazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, è necessario che il titolare del credito dimostri che esso ha un sufficiente fondamento nel diritto interno, per esempio, che esso sia confermato da una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali. Una volta che ciò sia dimostrato, può entrare in gioco il concetto di “aspettativa legittima”». E Corte EDU 28 aprile 2004, *Kopechy v. Slovacchia*: «[a] legitimate expectation must be of a nature more concrete than a mere hope and be based on a legal provision or a legal act such as a judicial decision. The hope that a long-extinguished property right may be revived cannot be regarded as a “possession”; nor can a conditional claim which has lapsed as a result of a failure to fulfil the condition. Further, no “legitimate expectation” can be said to arise where there is a dispute as to the correct interpretation and application of domestic law and the applicant's submission are subsequently rejected by the national courts». Si vedano anche Corte EDU, 8 novembre 2012, *Agrati*, cit.; 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 s.r.l. e Di Stefano v. Italia*; 6 ottobre 2006, *Maurice v. Francia*; 24 giugno 2003, *Stretch v. Regno Unito*; 24 settembre 2002, *Posti and Rahko v. Finland*; 10 luglio 2002, *Gratzinger et Gratzingerova v. Repubblica Ceca*; 12 luglio 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein v. Germania*; 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche*, cit.; 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd e altri v. Irlanda*; Corte EDU, Grande Camera, 16 ottobre 2005, *Maurice v. Francia*. Si veda, infine, A. Grgić, Z. Mataga, M. Longar, A. Vilfan, *The right to property under the European Convention on Human Rights*, giugno 2007, in *rm.coe.int*.

<sup>68</sup> Corte EDU, 31 maggio 2011, *Maggio ed altri v. Italia*, cit.

<sup>69</sup> L'art. 1, comma 777, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007). La norma sostanzialmente prevede 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, introducendo nell'ordinamento una interpretazione della disciplina in senso non favorevole rispetto alle posizioni degli assicurati. La questione di costituzionalità della norma era stata rigettata la prima volta con la sentenza 23 maggio 2008, n. 172.

so da parte dello Stato italiano, non anche la violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1<sup>70</sup> sulla base della considerazione che l'intervento del legislatore ha perseguito l'interesse pubblico di garantire un sistema previdenziale sostenibile e bilanciato, evitando che i ricorrenti potessero beneficiare di vantaggi ingiustificati, e che il sacrificio subito da costoro non sarebbe stato tale da pregiudicarne i diritti pensionistici nella loro essenza. L'unica sentenza della Corte di Strasburgo, relativa a questa vicenda, che ha rilevato anche la violazione dell'art. 1 del Protocollo, è intervenuta in un caso in cui, all'esito della riparametrazione effettuata sulla base della norma denunciata, la pensione dei ricorrenti risultava ridotta di circa i due terzi<sup>71</sup>. In quella occasione la Corte EDU ha ritenuto che la norma impugnata avesse consentito di operare una riduzione delle pensioni dei ricorrenti eccessiva, con lesione, in questi termini non ragionevole, dell'affidamento dagli stessi riposto nella legge interpretata; tanto da riconoscere ai ricorrenti, con successiva sentenza in data 1 giugno 2017, un indennizzo quantificato in misura non superiore al 55 per cento della differenza tra la pensione percepita e quella cui altrimenti avrebbero avuto diritto, in base alla normativa oggetto della successiva censurata sua interpretazione.

Più in generale, la tutela dell'affidamento, proprio perché presuppone il bilanciamento di contrapposti interessi, investe normalmente il «margine di apprezzamento» che la Corte di Strasburgo riconosce agli Stati aderenti, quale spazio di ponderazione lasciato a questi nell'applicazione della Convenzione per bilanciare l'adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altri valori di rilievo costituzionale<sup>72</sup>. Il margine di apprezzamento è – come la «sussidiarietà»

<sup>70</sup> Cfr. Corte EDU, 31 maggio 2011, *Maggio ed altri v. Italia*, cit., par. 60: «[l]a Corte ha in precedenza riconosciuto che le leggi aventi effetto retroattivo e giudicate un'ingerenza legislativa, sono comunque compatibili con il requisito della legalità previsto dall'Articolo 1 del Protocollo n. 1 (cfr. *Maurice c. France* (GC), n. 11810/03, par. 81, CEDU 2005-IX; *Draon c. France* (GC), n. 1513/04, par. 73, 6 ottobre 2005, e *Kuznetsova c. Russia*, n. 67579/01, par. 50, 7 giugno 2007). Non si vede motivo per discostarsi da questo orientamento nel caso di specie».

<sup>71</sup> Corte EDU, 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri v. Italia*, cit.

<sup>72</sup> La dottrina del margine di apprezzamento si basa sull'assunto per cui ogni società ha diritto ad una certa latitudine nel risolvere i conflitti tra diritti individuali e gli interessi nazionali. Così S. Mancini, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in *Giur. Cost.*, 2009, 4055 ss. Sul margine di apprezzamento nella giurisprudenza della CEDU si vedano inoltre: I. Anrò, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in <https://air.unimi.it>, 2010; O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10 c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione e svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto costituzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte Costituzionale?*, in *Forum di quad. cost.*, 16 dicembre 2009; P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 149 ss.; J. Cot, *Margin of appreciation*, in [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com); Y. Arai-Takahashi, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, 27 ss. Per un'applicazione ulteriore del tecnica giudiziale del margine di apprezzamento si veda M.R. Morelli, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, relazione all'incontro studio presso la Presidenza del Consiglio su *Principio di sussidiarietà delle giurisdizioni sovranazionali e margine di apprezzamento degli Stati nella giurisprudenza della Corte europea*

– corollario del principio di prossimità, il quale trova la sua *ratio* nella considerazione che spetta agli Stati, rispetto alle Corti europee, intervenire in prima battuta, in quanto da un lato, responsabili per la vita della nazione e, dall'altro, in continuo e diretto contatto con i bisogni della collettività e in una posizione, quindi, migliore per apprezzarli<sup>73</sup>.

La Corte EDU vigila sulla misura adottata dallo Stato nell'ambito del proprio margine di apprezzamento<sup>74</sup>, il quale è più o meno ampio in dipendenza di una serie di fattori, tra i quali la natura del diritto in questione<sup>75</sup> ed il particolare contesto nel quale la misura è stata adottata<sup>76</sup>.

*dei diritti dell'uomo* del 20 settembre 2013. L'Autore riferisce il «margine di apprezzamento» all'operazione di «bilanciamento» che compete alla Corte costituzionale tra il diritto affermato dalla Corte EDU (e per il tramite di essa penetrato nel nostro ordinamento con il rango costituzionale) e altri (eventuali) valori antagonisti, parimenti apicali. Quindi, non solo spazio di ponderazione discrezionale riconosciuto dalla Corte EDU agli Stati aderenti rispetto a diritti affermati dalla convenzione che possono, in circostanze particolari, che gli Stati stessi sono chiamati in prima battuta a valutare, cedere rispetto a superiori interessi, ma anche come tecnica giudiziale cui la Corte costituzionale ricorre per comparare la tutela «frazionata», accordata dalla Corte di Strasburgo nel concreto rapporto tra il titolare del diritto e lo Stato che lo abbia in tesi violato, con la tutela necessariamente «sistematica» di quel diritto in relazione al complesso degli altri diritti fondamentali con cui interagisce. Per cui, come si è visto, a sentenze di condanna dell'Italia sono seguite sentenze della Corte costituzionale che, pur riconoscendo il valore costituzionale del diritto affermato dalla Corte di Strasburgo, hanno poi, all'esito del bilanciamento di tale diritto con altri interessi costituzionalmente tutelati, affermato la costituzionalità della norma impugnata (si veda ad esempio Corte cost. n. 264 del 2012, cit.).

<sup>73</sup> Cfr. Corte EDU, 15 aprile 2014, *Stefanetti*, cit. par. 52: «[c]ondizione essenziale perché l'ingerenza sia ritenuta compatibile con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 è che essa sia legittima. Inoltre l'ingerenza da parte di un'autorità pubblica sul pacifico godimento di beni può essere giustificata solo se necessaria ad un interesse pubblico (o generale) legittimo. In ragione della diretta conoscenza della loro società e delle sue esigenze, le autorità nazionali si trovano in linea di massima in una posizione migliore del giudice internazionale per valutare ciò che corrisponde "all'interesse pubblico". In base al sistema di tutela istituito dalla Convenzione, spetta pertanto alle autorità nazionali effettuare la valutazione iniziale dell'esistenza di un problema di interesse pubblico che giustifichi delle misure di ingerenza nel pacifico godimento di beni (si veda *Terazzi S.r.l. c. Italia*, n. 27265/95, par. 85, 17 ottobre 2002, e *Wieczorek c. Polonia*, n. 18176/05, par. 59, 8 dicembre 2009)». Cfr. sul punto M.R. Morelli, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, cit., 2.

<sup>74</sup> Operazione definita «alchimia delicatissima» da S. Mancini, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, cit.

<sup>75</sup> Cfr. S. Mancini, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, cit., che cita sul punto L. Garlicki, *Cultural Values in Supranational Adjudication: Is there a «cultural margin of appreciation» in Strasbourg?*, Relazione presentata alla Tavola Rotonda della IAACL-AIDC su «*Constitution and Culture(s)*», Ravenna, 23-24 marzo 2007: «[s]ia il testo della CEDU che la giurisprudenza della Corte stabiliscono una gerarchia dei diritti, la quale determina la legittimità [...] dei limiti che ad essi possono apportare. La natura del diritto determina dunque anche l'ambito dell'azione permessa agli Stati. Vi sono diritti di natura assoluta o quasi assoluta, come la proibizione della tortura, in cui l'universalità degli *standards* è tale da non consentire alcun margine di apprezzamento. Altri diritti invece consentono un certo margine di apprezzamento in quanto meno uniformemente strutturati a livello europeo, come per esempio il diritto di proprietà».

<sup>76</sup> Cfr. Corte EDU, 7 luglio 2015, *Odescalchi e Lante della Rovere v. Italia*, par. 57: «[l]a Corte giudica naturale che, in un campo così complesso e difficile quale la pianificazione del territorio, gli Stati contraenti godano di un ampio margine di apprezzamento per condurre la loro politica urbanistica». Si veda anche Corte EDU, 31 maggio 2011, *Maggio ed altri v. Italia*, par. 61: «[n]el valutare se l'ingerenza abbia imposto un onere individuale eccessivo a carico del primo ricorrente, la Corte tiene conto del particolare contesto in cui il problema è sorto nel caso in esame e, segnatamente, quello del regime della previdenza sociale. Questi regimi sono

Quindi, la «sostanziale coincidenza» degli indici sintomatici della lesione del principio dell'affidamento, nelle sentenze della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, è essenzialmente conseguenza del fatto che la garanzia del diritto previsto dall'art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU – che nell'accezione coltivata dalla Corte EDU ricomprende i vantaggi economici e gli incentivi su cui si ripone affidamento – è rimessa all'ampio margine di apprezzamento degli Stati, il cui limite è rappresentato da una eccessiva compressione, tale da quasi annullare il diritto stesso o incidere su di esso in misura intollerabile<sup>77</sup>. In buona sostanza la Corte di Strasburgo non entra nel «bilanciamento» tra interessi antagonisti, proprio della tutela giustiziale dell'affidamento operata dal giudice interno<sup>78</sup>, ma si limita a verificare che tali interessi siano legittimi e che il risultato non sia una compressione intollerabile del diritto del privato. Ed invero, con la sentenza *Stefanetti* la Corte di Strasburgo ha ritenuto violato l'art. 1 del Protocollo addizionale dalla medesima norma di interpretazione autentica già giudicata dalla stessa Corte non lesiva della norma convenzionale citata, per il sol fatto che, fermi restando i medesimi valori costituzionali tutelati dallo Stato italiano<sup>79</sup>, la decurtazione operata sulla base della norma denunciata – avuto riguardo al contesto specifico – è stata ritenuta eccessiva<sup>80</sup>.

---

l'espressione della solidarietà della società nei confronti dei suoi membri più vulnerabili (cfr. *mutatis mutandis*, *Goudswaard-Van der lans c. Paesi Bassi (dec.)*, n. 75255/01, CEDU 2005-XI)».

<sup>77</sup> Cfr. Corte EDU, 15 aprile 2014, *Stefanetti ed altri v. Italia*, cit., par. 52: «[l] art. 1 del Protocollo n. 1 esige inoltre che l'ingerenza sia ragionevolmente proporzionata al fine che si intende realizzare (sia veda *Jahn e altri c. Germania*, (GC), nn. 46720/99, 72203/01 e 72552/02, par. 81-94, CEDU 2005-VI). Il giusto equilibrio richiesto non risulta rispettato se la persona interessata sopporta un onere individuale eccessivo (si veda *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, par. 69-74, Serie A n. 52)».

<sup>78</sup> Osserva M. Gigante, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. soc.*, 2009, 442, che la vocazione al bilanciamento, propria della tutela del legittimo affidamento, è il più significativo tratto comune del principio in parola nell'ambito del diritto costituzionale e amministrativo. Per l'Autrice, il bilanciamento è «elemento costitutivo» dell'affidamento, in quanto la sua tutela richiede un «processo di bilanciamento tra interesse pubblico e posizione privata» (*op. ult. cit.*, 409). A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., 43, rileva che tutta l'elaborazione recente della giurisprudenza amministrativa evidenzia importanti profili di continuità rispetto alla elaborazione della Corte costituzionale. Tra questi: il riconoscimento del valore generale del principio, la rappresentazione di «soglie» per la sua affermazione e l'adozione, per la sua tutela, della tecnica del bilanciamento. L'Autore, però, è critico nei confronti della generalizzazione della tecnica del bilanciamento ad ogni situazione in cui assuma rilievo la tutela dell'affidamento. In particolare, in molte situazioni (come ad esempio, l'affidamento rispetto a incentivazioni in corso di godimento) «il nucleo essenziale della tutela dell'affidamento è rappresentato da una garanzia che non può prescindere dal risultato economico concreto [...]». Utilizzare in casi del genere il canone generale del «bilanciamento» non convince, perché non lascia spazio a una tutela effettiva («seria») dell'affidamento. Imporre il modello ispirato alla «ponderazione» di interessi che vige, in particolare, in materia di annullamento d'ufficio comporta il sacrificio consapevole della dimensione sostanziale dell'affidamento e la sua riduzione a un mero fattore di rilevanza «procedimentale» (*op. ult. cit.*, 61-65).

<sup>79</sup> L'equilibrio del sistema previdenziale e la parità di trattamento.

<sup>80</sup> Cfr. Corte EDU, 15 aprile 2014, *Stefanetti* cit. che ha, peraltro, registrato l'opinione dissenziente sul punto in questione del Giudice Raimondi, cui si è associato il Giudice Lorenzin.

È da ritenere, pertanto, che nell'ottica della Corte EDU, la lesione del legittimo affidamento ad opera di leggi retroattive risulti, più che da una ponderazione comparativa tra gli interessi in conflitto che evidenzii l'irragionevole o sproporzionata compressione del diritto o della legittima aspettativa del privato, da una valutazione dell'entità di tale compressione e dal carattere eccessivo della stessa<sup>81</sup>, ancorché giustificata da un interesse pubblico legittimo. Ciò in coerenza con l'approccio «frazionato» e non «sistematico»<sup>82</sup> proprio della Corte di Strasburgo<sup>83</sup>. Mentre, per la Corte costituzionale il bilanciamento degli interessi e dei valori in conflitto va operato applicando il principio di ragionevolezza, senza vincoli, però, di soglie minime quantitative<sup>84</sup>. Ne è riprova la circostanza che, sempre nella vicenda

---

<sup>81</sup> Si vedano: Corte EDU, 7 luglio 2015, *Odescalchi e Lante della Rovere v. Italia*, ove la Corte valuta che i ricorrenti «hanno dovuto sostenere un onere speciale ed eccessivo rompendo il giusto equilibrio che deve essere mantenuto tra, da una parte, le esigenze dell'interesse generale e, dall'altra parte, la salvaguardia del diritto al rispetto dei beni»; Corte. Edu, 13 dicembre 2016 *Bélané Nagy v. Ungheria*, ove la Grande Camera ha sostenuto che nonostante sia rimessa ad una scelta discrezionale del legislatore l'individuazione delle categorie di individui che possono godere di istituti di assistenza sociale, non sia consentito allo stesso di intervenire con norme retroattive che comportino la definitiva esclusione dal sistema di tutela di soggetti per i quali tali indennità costituiscono l'unica fonte di sostentamento.

<sup>82</sup> Cfr. M.R. Morelli, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, cit..

<sup>83</sup> Nella più volte citata sentenza *Stefanetti*, la Corte premette che (par. 59) «l'analisi del giusto equilibrio non può essere basata in astratto unicamente sull'importo o sulla percentuale della riduzione subita [...] la Corte tenta di valutare tutti gli elementi pertinenti della causa relativi a un contesto specifico [...]. Procedendo in questo modo la Corte ha concluso che perfino una riduzione del 65% per quanto possa essere considerevole, non ha nelle specifiche circostanze della causa, sconvolto il suddetto giusto equilibrio». Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che (par. 60) «una riduzione dei due terzi della pensione di una persona (e non solamente di una prestazione collegata alla pensione) sia incontrovertibilmente, di per sé, una notevole diminuzione che deve incidere gravemente sul tenore di vita di una persona. Tuttavia si deve tener conto anche della loro contribuzione in termini assoluti. Tale perdita deve essere esaminata alla luce di tutti i fattori pertinenti». Quindi sul presupposto che la maggioranza dei ricorrenti, all'esito della riparametrazione, avrebbero percepito una pensione non superiore ai euro 1.000 al mese, la Corte ha ritenuto che (par. 64) «le riduzioni hanno indubbiamente inciso sullo stile di vita dei ricorrenti e ne hanno ostacolato il godimento in modo sostanziale». Inoltre, (par. 65) «nel caso di specie la Corte non può perdere di vista il fatto che i ricorrenti hanno deciso consapevolmente di tornare in Italia in un momento in cui avevano la legittima aspettativa di poter percepire delle pensioni più elevate, e pertanto un tenore di vita più agiato. Tuttavia in conseguenza del calcolo applicato dall'INPS e infine dell'azione legislativa contestata, essi si sono trovati non solo in una situazione economica più difficile ma hanno inoltre dovuto intraprendere delle azioni legali per recuperare ciò che ritenevano fosse dovuto – procedimenti che sono stati frustrati dalle azioni del Governo in violazione della Convenzione. Mediante queste azioni il corpo legislativo italiano ha arbitrariamente privato i ricorrenti del loro diritto all'importo della pensione che potevano legittimamente aspettarsi che fosse determinata in conformità alla giurisprudenza decisa dai più elevati organi giudiziari del paese [...], elemento che non può essere ignorato al fine di determinare la proporzionalità della misura contestata». In conclusione la Corte ha ritenuto violato l'art. 1 del Protocollo n. 1, in quanto (parr. 66-67) «dopo aver versato contributi per tutta la vita, perdendo il 67% delle loro pensioni i ricorrenti non hanno subito delle riduzioni proporzionate ma sono stati di fatto costretti a sopportare un onere eccessivo. Perciò, nonostante le ragioni che erano state alla base delle misure contestate, nelle presenti cause la Corte non può concludere che sia stato trovato un giusto equilibrio».

<sup>84</sup> Cfr. Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92: «[p]iù che sul piano di una "astratta" ragionevolezza della volontà normativa, deve [...] ragionarsi [...] sul terreno della ragionevolezza "complessiva" della "trasformazione" alla quale sono stati assoggettati i rapporti negoziali di cui alla disposizione intertemporale denunciata. Ed

*Stefanetti*, la Corte costituzionale, con sentenza 12 luglio 2017, n. 166, ha riconosciuto la bontà delle considerazioni della Corte di Strasburgo, ma ha ritenuto che queste richiedano l'intervento del legislatore<sup>85</sup>, confermando così il bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco operato con la propria precedente sentenza<sup>86</sup>.

### 5. *La legge incentivante come base affidante «rafforzata»*

La dottrina ha costruito in vario modo la – tendenziale – immodificabilità delle leggi incentivanti. Secondo Guarino, queste leggi godrebbero di un particolare regime costituzionale, consistente nel divieto di abrogare retroattivamente le leggi stesse e nel divieto di assoggettare i destinatari delle leggi di incentivo ad oneri di carattere speciale; tale regime sarebbe garantito dall'art. 41 Cost., ma si desumerebbe anche dagli artt. 3 e 25 Cost.<sup>87</sup>. In particolare, questa dottrina, muovendo dal carattere contrattuale della legge incentivo, sottolinea che «i principi dell'affidamento e della buona fede hanno una portata generale e valgono non solo per i contratti formalmente privati, ma per ogni rapporto paritario, così come la impegnatività dei rapporti fondati sull'autonoma determinazione volitiva delle parti costituisce un principio ineliminabile in questo tipo di rapporti e quindi, nel senso più stretto, un diritto inviolabile dell'uomo nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.)»<sup>88</sup>. Merusi, invece, ritiene che l'esame dell'incidenza della disposizione

---

appare ovvio che tale ragionevolezza “complessiva” dovrà, a sua volta, essere apprezzata nel quadro un altrettanto ragionevole contemperamento degli interessi – tutti di rango costituzionale, comunque ancorabili al parametro di cui all'art. 3 Cost. – che risultano nella specie coinvolti: ad evitare che una generalizzata esigenza di contenimento della finanza pubblica possa risultare, sempre e comunque, e quasi pregiudizialmente, legittimata a determinare la compromissione di diritti maturati o la lesione di consolidate sfere di interessi, sia individuali, sia anche collettivi».

<sup>85</sup> Che la Corte si è premurata di sollecitare.

<sup>86</sup> Corte cost. n. 264 del 2012, cit.

<sup>87</sup> G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, cit., 143 e *passim*. Aderisce a tale impostazione A. Loiodice, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, cit., 785 ss.; è critico nei confronti della stessa, invece, V. Bachelet, *Leggi o super-leggi di incentivazione*, cit., 587 ss., il quale ritiene che in base alla nostra Carta costituzionale non possa ipotizzarsi l'esistenza di una categoria di «super leggi di incentivazione». M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività, Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit., 53-54, invece, aderisce alle premesse dell'impostazione di Guarino, concludendo però per la modificabilità, in presenza di stringenti finalità costituzionali delle leggi di incentivazione. Invero, il principio di affidamento si presenta, nel caso di queste leggi, «con una forza peculiare, a causa della struttura essenzialmente contrattuale del rapporto instaurato dalla legge tra potere pubblico e soggetto economico privato. [...] In definitiva: se il principio dell'inesauribilità della produzione normativa è (logicamente) connesso all'essenza stessa del diritto e (storicamente) legato alla forma di Stato e di governo democratica: se, dunque, al legislatore non può essere negato il potere di ritornare sui suoi passi e di abrogare o neutralizzare (imponendo oneri corrispettivi) precedenti norme concessive di benefici (economici), tale potere deve essere esercitato nei rigorosi limiti imposti da stringenti finalità costituzionali».

<sup>88</sup> G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, cit., 143-144. In termini analoghi, recentemente, V. Onida, *Calcolo giuridico e tutela dell'affidamento*, in A. Carleo (a cura di), *Cal-*

sopravvenuta sulla legge incentivante non vada impostato alla stregua del rapporto tra fonti, ma «in termini di ricerca di indici di esistenza di un affidamento giuridicamente tutelabile, tale da invalidare la norma lesiva sopravvenuta»<sup>89</sup>. Recentemente, altra dottrina muovendo da tale impostazione e trovandone conferma nella sentenza della Consulta 20 maggio 2016, n. 108<sup>90</sup>, ha rinvenuto l'indice sintomatico di lesione dell'affidamento proprio nel carattere incentivante della norma modificata, «in ragione della posizione rafforzata del privato la cui attività è stata indotta dal legislatore mediante la previsione dell'incentivo»<sup>91</sup>.

A parere di chi scrive, l'irragionevolezza delle leggi che, con efficacia retroattiva – ancorché «impropria» – modificano in senso deteriore per i privati rapporti sorti sulla base di leggi precedenti, sta proprio nel profilo che, secondo la giurisprudenza europea – cui ha aderito la Corte costituzionale –, le rende ammissibili: la prevedibilità della modifica<sup>92</sup>. L'affidamento, infatti, esige stabilità dei rapporti giuridici e prevedibilità delle scelte legislative<sup>93</sup>.

---

*colabilità giuridica*, Bologna 2017, 71 ss. e spec. 79-80, secondo il quale, quando la legislazione di incentivo contiene in sé elementi propri di uno scambio in qualche modo sinallagmatico, la legge di modifica peggiorativa del rapporto già insorto supera il «confine oltre il quale l'irragionevolezza e l'incostituzionalità della scelta legislativa non possono essere negate».

<sup>89</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 34-35. L'Autore, citando proprio la sentenza della Corte costituzionale che ha definito la questione che aveva rappresentato l'occasione dello studio di Guarino (sentenza n. 38 del 1965), ha rilevato che la Corte «ha evitato di affrontare la problematica delle leggi di incentivazione, prospettata dal ricorrente, utilizzando, intuitivamente, due indici negativi usati anche dalla Corte costituzionale tedesca per negare la configurabilità di un affidamento tutelabile: la lunga distanza di tempo tra le due leggi e la situazione storica ed economica del paese notevolmente cambiata».

<sup>90</sup> La sentenza ha dichiarato incostituzionale il combinato disposto dei commi 44 e 45 dell'art. 1 della legge di stabilità per il 2013, che modificava in senso peggiorativo con efficacia retroattiva, «a decorrere dall'anno scolastico 2012-2013», il parametro per la retribuzione aggiuntiva dei dipendenti svolgenti, su domanda, funzioni superiori di reggenza di direttore dei servizi generali ed amministrativi presso un istituto scolastico. La Corte ha ritenuto recessive, rispetto all'affidamento del privato le asserite eccezionali esigenze di contenimento della spesa pubblica. Ebbene, tra gli indici sintomatici della lesione dell'affidamento, la Corte ha individuato il fatto che «proprio il legislatore dopo aver introdotto un sistema normativo basato sul principio della corrispettività, pretende di rimuovere le conseguenze contrattuali derivanti dall'assetto preesistente alla disposizione impugnata».

<sup>91</sup> F.F. Pagano, *Disposizioni di natura incentivante e meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore*, cit., 10. Secondo l'Autore, «proprio l'esistenza di un nesso eziologico tra l'incentivo e l'agire del privato potrebbe bastare da solo a rendere recessive le ragioni del legislatore rispetto alla necessità di salvaguardare l'affidamento da questi ingenerato con la normativa pregressa».

<sup>92</sup> Osserva A. Pace, *Il fondamento del legittimo affidamento non sta nella ragionevolezza intrinseca della lex posterior sibi negli autovincoli della lex anterior*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3734 ss., che è «manifestamente errato affermare – quando l'assetto regolatorio derivi da una legge, e non da un coacervo di atti legislativi, regolamentari e contratti collettivi – che la "fiducia nella permanenza nel tempo" della *lex anterior* debba essere "consolidata". Un'affermazione siffatta evoca un contesto ordinamentale d'altri tempi, quando la vigenza delle *Chartae libertatum* e delle consuetudini aveva bisogno di periodiche conferme. Per contro, a partire dallo Statuto albertino nel nostro ordinamento costituzionale la legge è efficace dal momento della sua pubblicazione fino a quando non venga abrogata da un'altra legge».

<sup>93</sup> Così M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, cit., 39. L'Autore (in nota n. 111) riconosce però che la sistematica sottesa dall'affermazione citata nel testo non coincide con quella più diffusa, che

Invero, una legge di incentivazione «instabile» – di cui sia quindi prevedibile la modifica – è intrinsecamente contraddittoria. Lo Stato, una volta che abbia indotto operatori economici ad impegnarsi in investimenti che altrimenti non avrebbero sostenuto, dovrebbe poter modificare le regole poste solo in ipotesi del tutto straordinarie e, come tali, imprevedibili. Solo superiori ed incompressibili ragioni di interesse pubblico dovrebbero poter consentire allo Stato di venir meno ad un patto concluso con i privati<sup>94</sup>, i quali andrebbero comunque indennizzati per le perdite subite. Invece, l'instabilità prevedibile – intrinseca – della legge di incentivazione, contraddice il fine della legge stessa: non consentendo agli operatori di fare affidamento sugli incentivi promessi nel decidere i propri investimenti, sostanzialmente «disincentiva» gli stessi<sup>95</sup>. Ciò integra sintomo evidente dell'irragionevolezza della legge: la contraddittorietà tra mezzo e fine. Potremmo dire che nel caso si verifica un'ipotesi di «eccesso di potere legislativo»<sup>96</sup>.

Sembra ragionare in questi termini l'autorevole dottrina che individua il fondamento del legittimo affidamento «negli autovincoli della *lex anterior*»<sup>97</sup>. Quando, come nelle leggi di incentivazione, il legislatore pone in essere un assetto regolatorio avente carattere di stabilità nel tempo, prevedendo termini perentori per fruire dell'incentivo, ed una durata prestabilita dello stesso, la valutazione della ragionevolezza della legge che modifica l'assetto regolatorio posto, incidendo ancorché *pro futuro*, sui rapporti costituiti in ragione della disciplina pre-vigen-

---

riconnette alla certezza e non all'affidamento la prevedibilità e la stabilità (cfr. L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Digesto Disc. Priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, 275 ss.; R. Guastini, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le Regioni*, 1986, 1094, ss.; F. Roselli, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, cit., 267).

<sup>94</sup> Parla di «scambio sinallagmatico fra incentivo pubblico e svolgimento dell'attività del privato di interesse pubblico» V. Onida, *Poteri pubblici e tutela dell'affidamento*, cit., 25.

<sup>95</sup> Cfr. G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, cit., 143: «[I]a legge-incentivo, come ogni atto riferentesi ad un rapporto volontario, paritario e sinallagmatico, deve costituire un assetto stabile, deve cioè non potere essere modificata per decisione unilaterale di una sola delle parti [...] [N]on vi è alcun dubbio che il privato che volontariamente conforma la sua azione all'indirizzo che gli viene dallo Stato, che accetta l'offerta contenuta nella legge e si regola in conseguenza ponendo in essere l'iniziativa economica sollecitata dal Parlamento, a ciò si induce solo se e in quanto rimanga ferma la legge che costituisce il presupposto della sua condotta: ed egli fa affidamento, con certezza, che questa legge resterà ferma anche dopo che l'iniziativa sarà portata a termine e sino a quando i vantaggi promessi siano stati tutti realizzati. Se la legge dovesse essere modificata o revocata dopo che l'iniziativa è stata attivata, il rapporto si risolverebbe in un inganno a danno del soggetto privato, tanto più ingiusto in quanto lo Stato avrebbe fatto ricorso al suo atto più impegnativo, la legge, per creare per il privato un vero e proprio "trabocchetto"».

<sup>96</sup> Ricorre a questa categoria A. Loiodice, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, cit., 785 ss.. Sull'eccesso di potere legislativo si veda G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 143 ss..

<sup>97</sup> A. Pace, *Il fondamento del legittimo affidamento*, cit. Altrettanto autorevolmente V. Cerulli Irelli, *Sul principio del legittimo affidamento*, cit., 255, rileva che l'affidamento a fronte dell'attività legislativa «deriva dai contenuti della legge anteriore che viene modificata, tali cioè, rapportati nel contesto ordinamentale nel quale la legge è situata, da indurre i destinatari a confidare nella stabilità nel tempo dell'"assetto regolatorio" a fronte del quale (dati i suoi caratteri, da valutare caso per caso) "l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato"».

te, non può che essere effettuata alla luce della legge incentivante modificata, cioè prendendo in esplicita considerazione l'assetto di interessi posto in essere da essa<sup>98</sup>. Questo assetto non può che essere considerato «stabile», perché tale condizione è necessariamente propria della legge di incentivazione. Conseguentemente, il sindacato sulla ragionevolezza della legge che modifica anzitempo tale assetto deve essere assolutamente stringente, evidenziando il carattere del tutto eccezionale delle ragioni che hanno indotto (direi, costretto) il legislatore ad intervenire<sup>99</sup>.

Quanto, in particolare, agli incentivi alle fonti energetiche rinnovabili, il costante miglioramento della tecnologia e riduzione dei costi – nella prospettiva della c.d. *grid parity* – indicato dalla Consulta tra le ragioni dell'innovazione legislativa impugnata, se giustifica – anzi, rende doverosa – la successione di programmi di incentivazione sempre meno favorevoli per il privato<sup>100</sup>, in modo tale da limitare l'incentivo allo stretto necessario per rendere economicamente sostenibile e comunque profittevole l'investimento, non dovrebbe poter consentire la modifica delle condizioni in corso d'opera per gli operatori ammessi al beneficio. E ciò sia per le ragioni già espresse, sia anche per il fatto che gli operatori incentivati hanno sostenuto costi esistenti al momento dell'adozione della norma di incentivazione di cui si sono avvalsi. Anzi, con i loro investimenti hanno contribuito a ridurre «per il futuro» quei costi, ed in ciò sta una delle finalità delle leggi di incentivazione nel settore. Operare, come ha fatto il legislatore del 2014, una riduzione degli incentivi già concessi vuol dire alterare l'equilibrio economico-finanziario sulla base del quale il privato ha programmato l'investimento, in quanto i costi dello stesso sono già stati sostenuti – e su di essi non incide la progressiva riduzione indotta dal miglioramento della tecnologia – mentre vengono ridotte le entrate.

---

<sup>98</sup> Cfr. Corte cost., 27 giugno 2012, n. 166, che ha ritenuto che il principio del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica si verifica quando venga lesa la consolidata «fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio (dato dai caratteri propri di esso nel contesto dell'ordinamento vigente) in presenza di un intervento normativo incidente su tale fiducia in modo del tutto sproporzionato».

<sup>99</sup> Cfr. A. Pace, *Il fondamento del legittimo affidamento*, cit.: «[i]n 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'obbligazione politica del cittadino». Critico nei confronti della giurisprudenza amministrativa che ammette, all'esito dell'annullamento giurisdizionale di un atto di regolazione tariffaria, una revisione «*ex post*» delle tariffe con efficacia *ex nunc* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2001, n. 1807 e 24 settembre 2007, n. 4896, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., 52-57, il quale afferma che «in casi del genere la retroattività contraddice sempre all'affidamento».

<sup>100</sup> Ne è un esempio il succedersi dei conti energia nel fotovoltaico. Ma questa è anche la ragione della scelta di privilegiare modalità competitive per l'assegnazione dei nuovi incentivi nella SEN 2017 e nella proposta di revisione della direttiva sulle fonti energetiche rinnovabili.

Questo argomentare non è estraneo alla stessa Corte costituzionale, che, con una sentenza di poco precedente<sup>101</sup>, ha riconosciuto particolare rilevanza, ai fini della tutela dell'affidamento, come base affidante, all'accordo ed ai reciproci e specifici impegni assunti dalle parti con la stipula della convenzione. Tanto da statuire che in questo caso la disposizione retroattiva deve essere assistita da una «causa» normativa adeguata: intendendosi per tale una funzione della norma che renda «accettabilmente» penalizzata la posizione del titolare del diritto compromesso, attraverso «contropartite» intrinseche allo stesso disegno normativo e che valgano a bilanciare le posizioni delle parti».

Peraltro, lo scrutinio di costituzionalità a cui è stata chiamata la Corte avrebbe dovuto essere particolarmente rigoroso anche per il carattere sostanzialmente provvedimentale della norma impugnata, relativa a convenzioni in essere con una platea definita di soggetti<sup>102</sup>.

Si potrà obiettare, cogliendo nel segno, che l'intervento del legislatore aveva la sua reale motivazione di fondo nella volontà di correggere l'eccessiva «generosità» degli incentivi riconosciuti in passato, ponendo rimedio *a posteriori* all'errata impostazione di quei programmi di incentivazione, motivo di speculazioni, con scarsissima ricaduta sulla filiera produttiva interna<sup>103</sup>. Sennonché, il valore –

<sup>101</sup> Corte cost. n. 92 del 2013, cit.: «[il] profilo che qui, tuttavia, viene in risalto è rappresentato non soltanto da un "generico" affidamento in un quadro normativo dal quale scaturiscono determinati diritti, ma da quello "specifico" affidamento in un fascio di situazioni (giuridiche ed economiche) iscritte in un rapporto convenzionale regolato *iure privatorum* tra pubblica amministrazione e titolari di aziende di deposito di vetture, secondo una specifica disciplina in ossequio alla quale le parti (entrambe le parti) hanno raggiunto l'accordo e assunto le rispettive obbligazioni».

<sup>102</sup> Nella variegata categoria delle leggi provvedimento rientrano sicuramente quelle che, lungi dal caratterizzarsi per la generalità e l'astrattezza, sono sostanzialmente assimilabili ad un provvedimento amministrativo in ragione dei soggetti determinati a cui si indirizzano e della concretezza del loro contenuto. Così F.F. Pagano, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, cit., 17. Per i caratteri del sindacato della Consulta sulle leggi provvedimento si veda A. Porporato, *Sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi-provvedimento: il controllo stretto di ragionevolezza*, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 559 ss.. Sul tema si veda anche il classico di C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, il quale sottolineava «che non si rende necessario assegnare alla legge limitativa della successiva il rango di super-legge, poiché non è dalla diversità di grado che gli effetti si fanno derivare, ma dal rapporto che si instaura fra antecedente e conseguente, fra posizioni di un principio e svolgimento del medesimo» (*op. ult. cit.*, 65).

<sup>103</sup> Le vere motivazioni del legislatore erano state esplicitate dal Consiglio di Stato con riferimento all'anticipata chiusura del periodo di incentivazione regolato dal terzo conto energia: «le nuove condizioni incentivanti fissate, lungi dal dispiegarsi sui margini di autonomia negoziale in siffatto mercato, hanno al limite inciso sulla convenienza economica, liberamente apprezzabile da parte dei singoli imprenditori, a realizzare impianti per la produzione di energia alternativa secondo i meccanismi agevolativi rimodulati dal legislatore nella sua discrezionalità di valutazione dell'andamento del mercato di settore, senza ingiustificati margini di extra-profitto che si sarebbero realizzati nell'assenza di interventi regolatori; quindi, la nuova disciplina è intervenuta a prevenzione di indebiti trattamenti (questi sì discriminatori) a favore di taluni imprenditori sovracompensati e a tutela del buon andamento dello specifico interesse pubblico nazionale (che si sarebbe invece concretizzato in danno nel caso di omessa correzione dei diversi fattori constatati e implicanti una modifica delle condizioni di mercato e delle previsioni stimate, per lo stato delle innovazioni tecnologiche, per l'accelerazione nella produzione, per l'anticipato raggiungimento delle quote)» (Cons. Stato, sez. VI, n. 1768 del 2016 e 4234 del

anche economico – della sicurezza giuridica è incommensurabilmente superiore rispetto alla correzione di qualsiasi politica errata del passato<sup>104</sup>.

È vero che l'incertezza, l'instabilità, la precarietà appaiono in modo sempre più evidente come vere e proprie "cifre" della postmodernità<sup>105</sup>; ma è proprio in tale contesto che assume valore la fiducia nella certezza delle regole e nelle istituzioni che le pongono, perché, la "fiducia" contribuisce a riportare i margini del rischio ad un livello di accettabilità individuale<sup>106</sup>. Come evidenziato da autorevole dottrina, la crisi della sovranità statale e della politica ed il disordine normativo hanno fatto crescere a dismisura il bisogno di certezza giuridica<sup>107</sup>.

2014, cit.). Va sottolineato, però, che in quell'occasione la norma sopravvenuta non aveva inciso le convenzioni in atto, stipulate sulla base della previgente normativa.

<sup>104</sup> A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa*, cit., 72, rileva che «una protezione effettiva per l'affidamento, e cioè non meramente formale o procedimentale, identifica un elemento decisivo di preferenza per un sistema. Una garanzia "seria" dell'affidamento si risolverebbe pertanto in un fattore di vantaggio per il Paese, e in definitiva non di "penalizzazione" per le risorse pubbliche. In un contesto caratterizzato sempre di più dalla tanto declamata "concorrenza" fra gli ordinamenti, questo aspetto appare un profilo di indubbia rilevanza, anche sul versante dell'argomento economico». Ma già Guarino, nel saggio più volte citato, sottolineava che la «osservanza degli impegni assunti, del resto, in un ordinamento che è tuttora ispirato al principio dell'iniziativa economica privata, ma che insieme non può né vuole rinunciare ad un'azione di coordinamento e di indirizzo dell'economia a fini sociali, risponde all'interesse dello Stato prima ancora che a quello singolo» (G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzamento*, cit., 144). M.A. Sandulli, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi.it*, 4 luglio 2018, nel trarre le conclusioni delle Giornate di Studio sulla Giustizia Amministrativa tenute a Modanella (Siena) l'8 e 9 giugno 2018, dedicate al «Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica», evidenzia che «uno dei più seri fattori di rischio per l'economia di un Paese sia costituito dall'incertezza delle regole che presiedono al corretto esercizio dei poteri pubblici (amministrativi e giurisdizionali) con i quali gli operatori e gli investitori sono costretti a rapportarsi» (*op. ult. cit.*, 8). L'illustre Autrice cita, come esempio «deprecabile» di incertezza delle regole, proprio la legge «spalma incentivi» (cfr. *op. ult. cit.*, nota 4). D'altronde, la stessa direttiva n. 2009/28/CE, attualmente vigente, prescrive ai regolatori dei singoli Paesi di «creare certezza per gli investitori» (n. 14 del *Considerando*).

<sup>105</sup> Così M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, cit., 5. L'Autrice cita al riguardo, tra i tanti, Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 2000; J.-F. Lyotard, *La condizione postmoderna*, Milano, 1981; J. Habermas, *Il discorso filosofico della modernità. Dodici lezioni*, Bari, 1987; R. Inglehart, *La società postmoderna. Mutamento, ideologie e valori in 43 paesi*, Roma, 1998; S. Veca, *Dell'incertezza. Tre meditazioni filosofiche*, Milano, 1997. Si veda anche, sulla condizione del diritto nel tempo postmoderno, P. Grossi, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *L'incertezza delle regole*, Annuario 2014 AIPDA, Napoli, 2015, 1 ss.

<sup>106</sup> Cfr. A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., 45. L'Autore osserva che un sistema imbevuto della logica del «rischio» non può assolutamente fare a meno della garanzia giuridica dell'affidamento nelle relazioni fra cittadini e poteri pubblici.

<sup>107</sup> F. Francario, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in *DeS, I*, 2018, 17. È significativo che la migliore dottrina abbia dedicato negli ultimi anni al tema della sicurezza giuridica diverse giornate di studio: dal convegno di Napoli del 3 e 4 ottobre 2014 dell'AIPDA su «L'incertezza delle regole», i cui atti sono pubblicati nell'annuario 2014 dell'Associazione, alle «Giornate di studio sulla giustizia amministrativa» tenute a Modanella (Siena) il 19 e 20 maggio 2017, i cui atti sono raccolti nel volume di F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*, Napoli 2018, ed ancora alla già ricordata edizione 2018 delle stesse giornate di studio (Modanella 8 e 9 giugno 2018), nelle quali il tema della certezza del diritto è stato indagato nella sua relazione con il principio del giusto processo, spostando «il valore della certezza dall'ordinamento sostanziale alla giurisdizione, individuando meccanismi volti ad assicurare "l'uniforme applicazione" del diritto, e quindi, la "prevedibilità" delle decisioni dei giudici» (così

La Corte di Giustizia europea pone come norma-principio di chiusura dell'ordinamento dell'Unione la «certezza del diritto», tanto che le norme da applicare si pongono come derivati, conseguenze, del principio di certezza<sup>108</sup>. La CEDU soggettivizza il valore della certezza del diritto nel contenuto di un diritto fondamentale del cittadino, della cui violazione lo Stato può essere chiamato a rispondere se l'ingiustizia viene consumata dall'organo di vertice del sistema giudiziario<sup>109</sup>. La dottrina tende ad evidenziare i profili di differenza dei principi di «certezza giuridica» e di «affidamento»<sup>110</sup>. La certezza del diritto presenta un nucleo precettivo preciso che esclude tendenzialmente ogni possibilità di compromessi, pena la messa in discussione di valori fondanti l'ordinamento<sup>111</sup>, tanto da potersi efficacemente affermare che il diritto «o è certo e prevedibile o non

---

F. Patroni Griffi, *Introduzione alle giornate di studio su "Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica"*, in *federalismi.it*, 4 luglio 2018. Gli atti delle giornate di studio sono raccolti nel volume di F. Francario, M.A. Sandulli, *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018.

<sup>108</sup> Così F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 9. Sul principio di certezza nel diritto europeo si vedano P. Graig, *Legal Certainty and Legitimate Expectations*, in *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, 607-645; G. Tesaro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, 106 e S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'unione europea*, cit., 55 ss.. Più in generale, sulla funzione e fonti di provenienza dei principi generali del diritto europeo si veda D.U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2018, 104 ss.

<sup>109</sup> Così F. Francario, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, cit., 19-20, il quale afferma sia ragionevole ipotizzare la sussistenza di un diritto alla sicurezza giuridica quale diritto fondamentale tutelabile innanzi alla CEDU, anche a fronte di decisioni di organi giurisdizionali di ultima istanza. Rileva l'Autore, citando numerose decisioni della Corte, che «l'ipotesi tipica in cui la violazione del principio di certezza giuridica viene ritenuta meritevole di tutela ai sensi dell'art. 6 ricorre le volte in cui i giudizi nazionali di ultima istanza, specie se con funzione nomofilattica, violano la regola dello *stare decisis* con riferimento alle proprie precedenti pronunce. In tali casi la decisione si assume ingiusta per violazione del principio del giusto processo se ed in quanto ha vanificato l'affidamento fatto sulla *regula juris* stabilita nel precedente».

<sup>110</sup> Valorizza tale distinzione, M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende di incentivazione economica*, cit., 39-40: «[s]ebbene certezza e affidamento siano assiologicamente connessi e tendano sovente a sovrapporsi praticamente, essi sono, nondimeno, strutturalmente, contenutisticamente e funzionalmente distinti. Strutturalmente, in quanto la certezza evoca un plesso di caratteristiche oggettive dell'ordinamento, mentre l'affidamento ha a che fare [...] soprattutto con i diritti (fondamentali) del cittadino. Contenutisticamente, in quanto la certezza esige conoscibilità, chiarezza e comprensibilità dei precetti normativi e (sebbene sovente lo si dimentichi) infallibilità nell'applicazione delle loro sanzioni (*lato sensu*, ovviamente, intese, e quindi sia come sanzioni negative che come sanzioni positive), mentre l'affidamento esige stabilità dei rapporti giuridici e prevedibilità delle scelte legislative. Funzionalmente, in quanto la certezza presidia l'efficienza e l'efficacia dell'ordinamento, mentre l'affidamento tutela la sfera di libertà (anche nel senso di autodeterminazione) degli individui nel loro rapporto con il pubblico potere». Si veda, in senso analogo, A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., 47 e V. Onida, *Calcolo giuridico e tutela dell'affidamento*, cit., 71.

<sup>111</sup> Cfr. A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., 48. Nella prospettiva della certezza del diritto «la relazione con interessi divergenti (si pensi al caso della legge successiva che disponga in senso contrario rispetto a un giudicato) viene affrontata nella logica di un conflitto, che deve risolversi, in quanto tale, secondo un criterio di prevalenza, e in questo conflitto il principio di certezza non può essere recessivo, perché altrimenti verrebbero posti in discussione alcuni valori fondanti (come la stessa continuità dell'ordinamento)».

è»<sup>112</sup>. L'affidamento, invece, è rimesso al bilanciamento degli interessi in conflitto, potendo recedere a fronte di interessi giudicati prevalenti<sup>113</sup>.

Epperò, è la stessa Corte costituzionale che riconduce l'affidamento del cittadino alla «sicurezza giuridica», qualificata come «elemento essenziale dello stato di diritto»<sup>114</sup>.

Se l'affidamento è derivazione della certezza del diritto, deve poter partecipare del nucleo oggettivo costitutivo della stessa, per non risolversi nel suo opposto: da prevedibilità<sup>115</sup> delle situazioni e dei rapporti giuridici alla loro imprevedibilità<sup>116</sup>. Si vuole dire, in buona sostanza, concludendo, che l'affidamento partecipa della stessa natura del principio di certezza del diritto, di cui – più che corollario – è applicazione nei rapporti tra il cittadino ed il potere pubblico. Come tale, e come «elemento essenziale dello stato di diritto», la tutela dell'affidamento non può essere rimessa al bilanciamento – peraltro ondivago<sup>117</sup> – del giudice costitu-

---

<sup>112</sup> R. Bin, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, 12 settembre 2018, 2. L'Autore cita N. Bobbio (*La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 150) che definisce la certezza «un elemento intrinseco del diritto».

<sup>113</sup> Parla di garanzia essenzialmente di ordine procedimentale A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., 49.

<sup>114</sup> Cfr. da ultima, la stessa sentenza Corte cost. n. 16 del 2017. A. Pace, *L'assoluzione del legislatore capriccioso*, in *Giur. Cost.*, 1985, 1158, ha efficacemente espresso tale concetto affermando che la possibilità che il legislatore modifichi arbitrariamente la disciplina pregressa, contrasta con le stesse premesse su cui si fondano gli Stati democratici ove la funzione legislativa è «intrinsecamente limitata», mentre solo nelle Monarchie assolute i diritti dei sudditi possono essere liberamente incisi dal Sovrano. In altro scritto (*Certezza del diritto II) Profili applicativi*, in *Enc. Giur.*, vol. VI, 2), l'Autore osserva che «l'esigenza della certezza è di per sé intrinseca all'idea di diritto, dato che questa implica l'esistenza di un sistema di norme la cui portata sia in ogni caso determinata o determinabile quanto al loro contenuto precettivo e quanto alla sfera temporale, territoriale e personale di efficacia».

<sup>115</sup> G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005. Rileva F. Pani, *Prime note per uno studio sul principio di legittimo affidamento nel diritto pubblico: una nuova frontiera per l'ipotesi di mutamenti giurisprudenziali imprevedibili*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, nota 7, che quasi tutte le ricostruzioni teoriche del principio di certezza del diritto risolvono lo stesso nella prevedibilità delle decisioni poste in essere in applicazione del diritto. Ridimensiona, invece, il concetto di certezza come prevedibilità C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del Diritto*, Milano, 271 ss., il quale giudica tale tesi, pur diffusa tra i normativisti, un indebito cedimento alle istanze del realismo giuridico.

<sup>116</sup> Cfr. A. Pace, *Certezza del diritto II) Profili applicativi*, cit., 6, il quale afferma che le leggi «determinano incertezza del diritto soprattutto quando alterano il regime degli effetti di atti che siano stati compiuti proprio in vista del conseguimento degli effetti previsti dalla legge anteriormente vigente».

<sup>117</sup> Cfr. Corte cost., 13 luglio 2017, n. 176, in *Giur. Cost.*, 2017, 2073B ss., con nota di V. Mastroiacovo, *Modifiche alle modalità attuative dei privilegi per crediti tributari e tutela dell'affidamento: spunti critici*. La Corte – ribadendo un principio affermato nella propria precedente sentenza n. 170 del 2013 – ha ritenuto inconstituzionale il comma 37, ultimo periodo, ed il connesso comma 40, dell'art. 23 del d.l. n. 98 del 2011, in materia di privilegio dei crediti, per la ragione che tale disciplina «altera [...] i rapporti tra i creditori, già accertati con provvedimento del giudice ormai consolidato dall'intervenuta preclusione processuale, favorendo le pretese economiche dello Stato a detrimento delle concorrenti aspettative delle parti private», e ciò in «assenza di adeguati motivi che giustificano la retroattività della legge». Ebbene, in questo caso, nonostante il soddisfacimento del credito tributario sia necessariamente funzionale alla tutela dell'interesse generale, rappresentando un'entrata statale individuata, in forza del dettato costituzionale, in ragione della capacità contributiva del singolo e relativa alla spesa pubblica, la Corte l'ha ritenuto recessivo rispetto al privilegio già accertato, sulla base della precedente disciplina, dei crediti dei privati. D'altronde, come sopra evidenziato, un illustre costituzionalista ha da tempo

zionale. Questi potrà ben ritenere giustificato l'intervento del legislatore modificativo di rapporti in essere, per la prevalenza dei valori e degli interessi costituzionali perseguiti, ma dovrà tenere indenne l'affidamento che i privati, parti di quei rapporti, hanno riposto sulla loro stabilità.

Lo strumento attraverso il quale raggiungere tale risultato è già usato dalla Corte: la sentenza additiva, con la quale la Consulta potrebbe dichiarare l'incostituzionalità di una norma nella parte in cui non prevede un adeguato indennizzo<sup>118</sup> per il legittimo affidamento leso<sup>119</sup>. Di talché la previsione o meno dell'indenniz-

---

sottolineato che il c.d. principio di ragionevolezza – che la Corte applica nell'operare il bilanciamento – sia un insieme di tecniche e criteri valutativi assai compositi, la cui applicazione dà in concreto luogo ad esiti diversi e difficilmente prevedibili (cfr. L. Paladini, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, 899).

<sup>118</sup> Si possono citare, a titolo di esempio, le sentenze con le quali la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale le norme in tema di vaccinazioni obbligatorie o raccomandate nella parte in cui non prevedevano un indennizzo per chi avesse subito dalla vaccinazione un pregiudizio. In quelle occasioni la Corte aveva affermato che «se “il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività” [...] esige che, “in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico”, tuttavia esso “non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri”. Ne deriva che “un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario, implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito”. [...] In un contesto di irrinunciabile solidarietà, del resto, la misura indennitaria appare per sé stessa destinata non tanto, come quella risarcitoria, a riparare un danno ingiusto, quanto piuttosto a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente ad un vantaggio collettivo [...]» (Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107 che ribadisce principi posti con le sentenze 22 giugno 1990, n. 307 e 26 febbraio 1998, n. 27). Ovvero, per restare in ambito più affine al presente contributo, si veda Corte cost., 20 maggio 1999, n. 179, che ha dichiarato l'incostituzionalità della norma della legge urbanistica del 1942 nella parte in cui consentiva di reiterare i vincoli scaduti, preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di un indennizzo. Si veda però anche Corte cost. n. 56 del 2015, cit., contraria ad estendere il principio del giusto indennizzo anche ai rapporti obbligatori, circoscrivendolo, con riferimento all'art. 42, terzo comma, Cost., ai soli atti a contenuto espropriativo. Invero, a mente della sentenza citata sussiste il principio, tratto dalla norma indicata, secondo il quale rientra «“nell'ambito della tutela della proprietà, accanto alla fattispecie dell'espropriazione formale, il complesso delle situazioni, le quali, pur non concretando un trasferimento totale o parziale di tale diritto, ne svuotino il contenuto” (ex plurimis, sentenze n. 92 del 1982, n. 89 del 1976, n. 55 del 1968). Questo principio, tuttavia, opera esclusivamente nei confronti delle ablazioni reali, cioè di quelle espropriazioni che concernono beni, con l'imposizione di limiti e vincoli che li svuotino del loro contenuto. Mentre esso non è applicabile alle prestazioni (o ablazioni) obbligatorie (sentenza n. 290 del 1987)».

<sup>119</sup> Sul modello indennitario come strumento per integrare la tutela dell'affidamento, si veda A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., 66-71. Un precedente della Corte costituzionale tedesca, citato da Travi, è BVerfG 6 dicembre 2016, in [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de): la Corte ha ritenuto non illegittima la decisione (assunta in Germania in seguito all'incidente nucleare di Fukushima) di accelerare la conclusione del ciclo di attività delle centrali nucleari, ma ha riconosciuto contestualmente la spettanza di un'indennità ai titolari delle centrali così pregiudicati. Aderisce all'impostazione dell'illustre Autore E. Bruti Liberati, *Regolazione dei mercati, tutela dell'affidamento e indipendenza dalla politica. Riflessioni a partire dai lavori di Nicola Rossi*, cit.. Anche B. Caravita di Toritto, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico-finanziaria*, cit., 99, lamenta che nel repentino ed anticipato passaggio dal terzo al quarto conto energia, non «fosse stabilito un regime transitorio di indennizzi per quegli impianti che, autorizzati prima dell'entrata in vigore del

zo e la sua adeguatezza entrerebbero nel bilanciamento operato dalla Corte ai fini di un sindacato che non si limiti ad una valutazione circa la ragionevolezza della norma, ma operi una verifica della proporzionalità in senso stretto della stessa<sup>120</sup>.

Anche il principio che tale conclusione sottende è codificato nel nostro ordinamento: si tratta del diritto all'indennizzo in ipotesi di revoca di un provvedimento amministrativo<sup>121</sup>, ai sensi dell'art. 21-*quinquies*, quarto comma, della legge n. 291 del 1990. Usando le parole di Merusi<sup>122</sup>, tale norma può essere considerata, «come è, nient'altro che la recezione legislativa di un principio generale, così come è accaduto per il par. 49 della Legge sul procedimento amministrativo tedesco che si riferisce direttamente proprio alla revoca»<sup>123</sup>. L'illustre Autore, nello stesso testo, esorta la giurisprudenza ad avviarsi «sulle strade già battute dalle Corti dei Paesi della Comunità Europea che hanno riconosciuto anche “il risarcimento del danno da affidamento” determinato dal legislatore o dalla Pubblica Amministrazione. Poi seguiranno le teorizzazioni che sembreranno più conformi al nostro ordinamento».

---

decreto, fossero costruiti e connessi dopo la data sopraindicata». L'Autore, inoltre, nello scritto citato pone il tema, lasciando alla giurisprudenza costituzionale la soluzione, se «la tutela derivante dall'art. 41 Cost. e dunque il rigoroso rispetto dell'affidamento copre solo l'area dell'esistenza del profitto, cioè l'*an*, ovvero riguarda anche il *quantum* e il quando del ritorno dell'investimento?».

<sup>120</sup> Procede in senso analogo il Giudice costituzionale tedesco, per il quale – come evidenzia D.U. Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparta e comunitaria*, cit. – una volta «verificato che la misura normativa adottata è idonea e necessaria, l'adozione di adeguate misure transitorie pesa in termini di soddisfazione del requisito della proporzionalità in senso stretto, favorendo il massimo equilibrio possibile fra soddisfazione dell'interesse pubblico di cui la norma si fa portatrice e il sacrificio dell'interesse del privato che essa impone: privato il cui affidamento meritevole di tutela è stato generato dalla normativa precedente». In questo senso, si è vista inoltre l'attenzione che la Corte di Giustizia europea presta alla circostanza che il legislatore nazionale preveda un periodo transitorio di durata sufficiente per permettere agli operatori economici di adeguarsi ovvero un sistema di compensazioni adeguate.

<sup>121</sup> Sono già numerosi i contributi che analizzano tale istituto all'esito delle recenti riforme. Tra questi: M. Immordino, *Il potere amministrativo di revoca*, in *federalismi.it*, 5 aprile 2017 e Id., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 345 ss.. L'Autrice esclude l'appartenenza della revoca all'autotutela, collocandola, invece, nell'area dell'amministrazione attiva, in quanto strumento di gestione dell'interesse pubblico. Si vedano anche, V. Domenichelli (con aggiornamento di M. Sinisi), *La revoca del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 1056 ss. e F. Costantino, *La revoca del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 755 ss..

<sup>122</sup> Scritte, invero, prima che la codifica avvenisse, con la legge n. 15 del 2005, ma quando era già vigente altra norma della legge generale del procedimento che sancisce il medesimo principio: l'art. 11, comma 4, l. n. 241 del 1990, sull'indennizzo dovuto in caso di recesso dell'Amministrazione dall'accordo amministrativo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

<sup>123</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 290-291.

## 6. Conclusioni

Ed invero, «sulle strade già battute» dalle Corti dei Paesi dell'Unione Europea si è avviata la nostra giurisprudenza amministrativa, che esige che l'esercizio del potere amministrativo avvenga coerentemente con il modello di correttezza e buona amministrazione, delineato dall'art. 97 Cost., come si è andato evolvendo nel diritto vivente. Modello in cui, «alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino»<sup>124</sup>. Coerentemente con tale modello, l'amministrazione deve tener conto dell'impatto che la sua attività produce sulla sfera dei cittadini e delle imprese: «[t]ale impatto, da un lato deve essere considerato e quantificato, affiancando agli strumenti giuridici quelli economici di misurazione, che permeano sempre di più l'attività amministrativa; d'altro lato – e soprattutto, ai fini della tutela – tale impatto non può essere trascurato, né assorbito, e nemmeno ridotto forfettariamente in considerazione di una cura dell'interesse pubblico asseritamente prevalente»<sup>125</sup>.

Anche la giurisprudenza civile ha in più occasioni affermato che, nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali<sup>126</sup>. Di qui l'ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento.

In tale direzione si inserisce l'orientamento giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che ha ammesso la configurabilità (anche al di fuori dall'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati alla conclusione di un contratto) di una responsabilità dell'amministrazione da provvedimento favorevole poi annullato in via giurisprudenziale o per autotutela<sup>127</sup>.

<sup>124</sup> Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457.

<sup>125</sup> Cons. Stato n. 1457 del 2018, cit.. Cfr. anche: Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6.

<sup>126</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Id., 3 luglio 2014, n. 15250; Cass., ss.uu., 12 maggio 2008, n. 11656.

<sup>127</sup> Cfr. Cass. civ., ss.uu., 4 settembre 2015, n. 17586; Id., 22 gennaio 2015, n. 1162; Id., ord. 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595 e 6596. In tali pronunce si afferma che nei casi in cui, successivamente alla rimozione del provvedimento favorevole, il privato beneficiario prospetti di aver subito un danno ingiusto per aver confidato nella legittimità del provvedimento ed aver regolato la sua azione in base ad esso, la relativa responsa-

Tale giurisprudenza è stata avallata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che l'ha recepita nei principi di diritto enunciati, riconoscendo, in particolare, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica, derivante da comportamenti tenuti in violazione dei doveri di correttezza e buona fede, tanto anteriori quanto successivi alla pubblicazione del bando, e comunque anche prima dell'aggiudicazione del contratto e a prescindere dalla stessa, nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento<sup>128</sup>.

Emblematiche di tale tendenza sono le recenti riforme degli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio<sup>129</sup>, che, nei rapporti amministrativi, hanno potenziato la tutela dell'affidamento dei privati, affermando la prevalenza dei valori della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti rispetto alla cura dell'interesse pubblico cui è preposta l'amministrazione<sup>130</sup>.

---

bilità dell'amministrazione si connota come responsabilità da comportamento in violazione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale ed alla libertà di autodeterminazione negoziale. In questi casi, hanno precisato le Sezioni Unite, il provvedimento viene in considerazione come elemento di una più complessiva fattispecie (di natura comportamentale) che è fonte di responsabilità solo se e nella misura in cui risulti oggettivamente idonea ad ingenerare un affidamento incolpevole, sì da indurlo a compiere attività e a sostenere costi incidenti sul suo patrimonio nel positivo convincimento della legittimità del provvedimento.

<sup>128</sup> Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, che ha enunciato i seguenti principi di diritto: «1. Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza. 2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento. 3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede. 4. Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione».

<sup>129</sup> Rispettivamente, art. 21-*quinquies*, l. n. 241 del 1990, come mod. dall'art. 25, comma 1, lett. b-*ter*, l. n. 164 del 2014, di conversione del d.l. n. 133 del 2014, ed art. 21-*nonies*, come mod. dall'art. 25, comma 1, lett. b-*quater*, l. n. 164 del 2014 e poi dall'art. 6, comma 1, l. n. 124 del 2015.

<sup>130</sup> Si vedano, sul punto, A. Police, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove autonomie*, 2016, 223 ss.; M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della legge 7*

Si può ritenere, per concludere, che questa tendenza sia espressione dell'evoluzione impressa al nostro ordinamento dai principi elaborati dalla giurisprudenza europea, che presidiano non solo l'azione amministrativa, grazie al richiamo operato dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990, quant'anche la legislazione, in ragione dell'art. 117, comma 1, Cost.. Ma si può ritenere anche, come fa l'Adunanza Plenaria nella sentenza citata, che il seme di tale evoluzione sia già nel testo del 1948 della Costituzione, essendo il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, che trova il suo principale fondamento nell'art. 2 della Costituzione<sup>131</sup>.

---

agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso, autotutela, in *federalismi.it*, 16 settembre 2015; F. Francario, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *federalismi.it*, 21 ottobre 2015.

<sup>131</sup> V. Roppo, *Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo*, in *Corr. Giur.*, 2017, 367, parla di «principio generale di compensazione» – ragionevolmente ricavabile dall'art. 2 Cost., e applicabile anche al di fuori di espresse previsioni di legge – in forza del quale chi patisce pregiudizi in conseguenza di atti o fatti del potere pubblico, pur leciti, ha diritto a una compensazione monetaria che ristori almeno in parte il suo interesse leso in nome di qualche pubblica finalità».

*Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*

Il saggio approfondisce il tema degli interventi di rimodulazione in senso peggiorativo delle disposizioni incentivanti l'energia sostenibile, analizzando la giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo in materia di tutela dell'affidamento del privato a fronte di interventi del legislatore modificativi di rapporti di durata già insorti.

In conclusione, il saggio evidenzia che in pronunce della Consulta e dei giudici amministrativo ed ordinario, pur relative a vicende diverse da quella oggetto di esame, si rinven- gono principi che consentono di offrire una soluzione al tema rispettosa sia del potere- dovere dello Stato di ritornare sui propri passi per superiori ragioni di interesse pubblico sia della tutela dell'affidamento del privato.

*Incentives for renewable energy sources and protection of private assignation*

The essay investigates the theme of negative alterations made to the guidelines incenti- vising renewable energy production, analysing the jurisprudence of the Constitutional Court and of the Courts of Strasburg and Luxemburg concerning the protection of pri- vate assignation agreements in the face of modifying interventions on the part of the leg- islator of long-term agreements that have already been subscribed.

In conclusion, the essay highlights that in sentences of the 'Consulta' and of both admin- istrative and ordinary judges, albeit relative to cases different from that in question, prin- ciples are invoked which make it possible to offer a solution to the theme respectful both of the power/duty of the state to contradict itself for overriding reasons of public interest, and also for the protection of private assignation agreements.

