



IL PRINCIPIO EUROUNIONALE DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO E LA PORTATA RETROATTIVA DELLA DECLARATORIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DELLA NORMA ATTRIBUTIVA DEL POTERE DI EMANAZIONE DI UN ATTO AMMINISTRATIVO*

di Roberto MUSONE **

ABSTRACT

Con la recente sentenza n. 8188 del 2023, il Consiglio di Stato si pronuncia su diverse questioni relative alla compatibilità dell'effetto retroattivo delle sentenze di incostituzionalità della legge delega in base alla quale è stato emanato un atto amministrativo, emesse dal Corte Costituzionale, con il principio del legittimo affidamento riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria.

Dopo aver ricostruito i concetti di "retroattività corretta" e di "retroattività impropria" alla luce di tale giurisprudenza, il collegio riconduce la fattispecie in questione alla seconda tipologia di retrospettività, nella quale l'amministrazione ha maggiori margini di manovra sfavorevole. ledendo il legittimo affidamento del privato beneficiario dell'atto amministrativo decaduto a seguito della dichiarazione di incostituzionalità.

Il Collegio respinge, peraltro, la richiesta di risarcimento del danno subito in conseguenza della violazione da parte dell'amministrazione del legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo risultato affetto da sopravvenuta invalidità, come nell'ordinamento italiano Non si può ritenere che l'amministrazione abbia alcuna responsabilità extracontrattuale per l'esecuzione di norme incostituzionali prima della loro dichiarazione di incostituzionalità.

Pur priva di una sostanziale capacità innovativa, la sentenza è coerente con il complessivo contesto giurisprudenziale, che - ad avviso di chi scrive - dovrebbe dare una più forte tutela al principio del legittimo affidamento in tale ipotesi di impropria retrospettività.

By the recent judgment no. 8188 of 2023, the Italian Council of State takes a stand on various issues related to the compatibility of the retrospective effect of the judgements of unconstitutionality of the power-conferring statute under which an administrative act has been issued, released by the Constitutional Court, with the principle of legitimate expectations as recognized by EU case-law.

After having reconstructed the concepts of "proper retroactivity" and "improper retroactivity" in the light of such case-law, the panel brings the case in question back to the second type of retrospectivity, in which the administration has greater room for adversely affecting the legitimate expectations of the private individual beneficiary of the administrative act quashed following the declaration of unconstitutionality.

Besides, the panel rejects the request for compensation for the damages suffered as a consequence of the breach by the administration of the legitimate expectation in the legitimacy of an administrative act turned out to be affected by supervening invalidity, as in the Italian legal system the administration cannot be considered to have non-contractual liability for the enforcement of unconstitutional statutes before their declaration of unconstitutionality.

Although lacking substantial innovative capacity, the ruling is consistent with the overall case-law context, which - in the author's view - should give a stronger protection to the principle of legitimate expectations in such event of improper retrospectivity.

SOMMARIO

1. I fatti in causa	1
2. La distinzione tra retroattività propria e retroattività impropria.....	2
3. Il rigetto della richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: le argomentazioni di diritto unionale.....	4
4. (segue) le argomentazioni di diritto interno..	6
5. La pregressa giurisprudenza su tale fattispecie di tutela del principio del legittimo affidamento ...	8
6. L'impossibilità di configurare un diritto del privato al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'applicazione amministrativa di leggi successivamente dichiarate incostituzionali	10
7. Conclusioni	11

1. I FATTI IN CAUSA

Nel caso di specie, la terza sezione del Consiglio di Stato era chiamata a vagliare la legittimità di un provvedimento regionale di autorizzazione e contestuale accreditamento istituzionale di strutture sanitarie private volte all'erogazione di prestazioni per conto del servizio sanitario nazionale, emanato sulla base di una norma di legge regionale tenuta al rispetto dei principi fondamentali della materia fissati dal d.lgs. n. 502 del 1992, alla luce del riparto di competenze legislative sulla tutela della salute stabilito dall'art. 117, comma 3, Cost.¹

Il provvedimento era stato annullato in primo grado a seguito del ricorso proposto dalla società controinteressata, che aveva lamentato l'erroneo rilascio dell'autorizzazione e dell'accreditamento istituzionale disposto dall'ente regionale a favore della società accreditataria, la quale ora figurava quindi come appellante principale in vista della riforma della sentenza di primo grado², alla quale si aggiungevano l'ente regionale e la società ricorrente in primo grado che avevano presentato appello incidentale.

Tanto l'appello principale che entrambi gli appelli incidentali erano già stati parzialmente decisi con sentenza non definitiva dalla medesima sezione, la quale aveva accolto tanto l'appello principale quanto l'appello incidentale dell'ente regionale limitatamente alla parte della motivazione della sentenza appellata relativa all'interpretazione costituzionalmente orientata dalla norma regionale *de qua*, senza dunque nessuna implicazione sull'eventuale illegittimità del provvedimento, che presupponeva la previa pronuncia della Corte costituzionale³. Con successiva ordinanza, infatti, la sezione aveva sospeso il giudizio e sollevato questione di legittimità costituzionale della norma per asserita lesione dell'art. 117, comma 3, Cost.⁴

Una volta intervenuta la relativa declaratoria di illegittimità costituzionale disponendone l'annullamento⁵, peraltro analoga ad altre pronunce sulla medesima norma⁶, il collegio afferma quindi l'illegittimità sopravvenuta del provvedimento impugnato in primo grado disponendone annullamento, nonché la conferma della sentenza appellata che aveva annullato l'atto impugnato, sia pure con diversa motivazione, dato che il giudice di prime cure aveva fatto ricorso ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa, ritenuta non sostenibile dalla sezione sin dalla sentenza non definitiva. A sua volta, la reiezione dell'appello principale comporta anche la reiezione dell'appello incidentale dell'ente regionale, teso alla conferma del provvedimento impugnato. Infine, viene respinto anche l'appello incidentale della società ricorrente in primo grado, che denunciava la colpa dell'amministrazione regionale per aver applicato una norma incostituzionale prima della declaratoria di incostituzionalità, prospettando la relativa responsabilità aquiliana.

2. LA DISTINZIONE TRA RETROATTIVITÀ PROPRIA E RETROATTIVITÀ IMPROPRIA

La pronuncia in esame presenta senz'altro profili di interesse per la molteplicità di istituti che affronta e mette in relazione, ma, di per sé, non apporta soluzioni innovative. E ciò con riferimento tanto alla tutela del legittimo affidamento rispetto agli effetti retroattivi della declaratoria di incostituzionalità di norme di legge, sulla cui base sono stati emanati atti amministrativi, quanto ad un eventuale riconoscimento del diritto del privato al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'applicazione da parte dell'amministrazione di

* Nota alla sentenza del Consiglio di Stato sez. III, 6 settembre 2023, n. 8188.

** Avvocato.

¹ V. art. 19, comma 3, l. Reg. Puglia 2 maggio 2017, n. 9, nel testo vigente anteriormente alle modifiche introdotte dall'art. 49, comma 1, l. Reg. Puglia 30 novembre 2019, n. 52 (dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost., 12 marzo 2021, n. 36, in www.giurcost.org) e dall'art. 9, comma 1, l. Reg. Puglia 7

luglio 2020, n. 18 (dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost., 15 ottobre 2021, n. 195, in www.giurcost.org).

² Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 24 maggio 2021, n. 784, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

³ Cfr. Cons. St., sez. III, 21 dicembre 2021, n. 8467, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁴ Cfr. Cons. St., sez. III, ord. 24 dicembre 2021, n. 8610, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁵ Cfr. Corte cost., 28 febbraio 2023, n. 32, in www.giurcost.org.

⁶ Cfr. Corte cost., 15 ottobre 2021, n. 195, cit. e Id., 12 marzo 2021, n. 36, cit.

leggi solo successivamente dichiarate incostituzionali.

Il cuore della pronuncia è senz'altro la distinzione tra retroattività propria e retroattività impropria, che, nell'ambito della nozione di retroattività, è anche la distinzione che ricorre con maggior frequenza⁷. Essa è però ben risalente nel tempo⁸ e la relativa elaborazione compiuta si deve alla giurisprudenza costituzionale tedesca dell'immediato dopoguerra⁹.

In effetti, a partire dal Cammeo¹⁰, in un ampio arco temporale, inizia a delinarsi la c.d. teoria gradualistica della retroattività, con la quale si arriva a distinguere, nella sua formulazione più condivisa, tre gradi di retroattività. Il primo livello - rappresentato dalla c.d. iper-retroattività - si ha quando la nuova legge travolge le c.d. *causae finitae*, ossia fatti passati connotati da una peculiare definitività quali la prescrizione, il giudicato o la transazione, tutti accomunati dalla circostanza di dover essere necessariamente previsti da un'espressa previsione normativa. Il secondo livello - rappresentato dalla retroattività propria - si ha quando la nuova legge, pur rivalutando *ex tunc* fatti del passato, non presenta i connotati estremi del primo: in tal caso la retroattività, pur avendo carattere eccezionale rispetto al principio generale di segno opposto, può desumersi in via interpretativa dalla legge stessa. Infine, il terzo livello - rappresentato appunto dalla retroattività impropria - si ha quando la nuova legge, per quanto rivaluti sempre fatti del passato, vi connette nuovi effetti solo *pro futuro*, non risultando quindi una vera e propria retroattività ma solo la normale applicazione della legge nuova ai rapporti pendenti¹¹.

L'uso dell'aggettivo "improprio" sta ad indicare appunto la fuoriuscita di tale tipologia di retroattività dalla relativa nozione, stante la maggiore vicinanza alla nozione di applicazione immediata della norma che a quella di retroattività propria, per quanto il suo impiego sia comunque giustificato dall'assimilazione del principio del rispetto dei diritti quesiti alla retroattività¹².

Nella giurisprudenza costituzionale i riferimenti espressi alla distinzione in esame sono piuttosto recenti, rinvenendosi a partire dalla pronuncia n. 236 del 2009¹³. Nondimeno, ancor prima di introdurre *expressis verbis* tale distinzione, essa ha piena consapevolezza della differenza tra l'operatività immediata di una legge e la retroattività in senso tecnico, con effetti *ex tunc*, per la quale solo potrebbe parlarsi di retroattività¹⁴. In sostanza, la retroattività normativa è solo la retroattività in senso proprio, la quale regola in modo nuovo fatti esauriti nel passato, attribuendo loro conseguenze giuridiche diverse da quelle proprie del quadro temporale di riferimento, mentre una nuova disposizione che disponga solo per il futuro attiene al piano fisiologico dell'applicazione *ratione temporis* della norma¹⁵.

Ancora più chiaramente, per quanto riguarda la nozione di retroattività propria, prima della pronuncia in commento la giurisprudenza amministrativa aveva già riconosciuto che essa ricorre quando un nuovo intervento normativo regola diversamente fattispecie costituite ed esaurite integralmente sotto la normativa pregressa¹⁶, comportando la modifica di un assetto di interessi interamente definito e pienamente

⁷ Cfr. M. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990, p. 254.

⁸ La distinzione viene fatta risalire a L. PFAFF. HOFFMAN, *Excuse über Österreichisches allgemeines bürgerliches Recht*, Wien, 1878, vol. I, pp. 127 ss. (cfr. M. TARCHI, *op. cit.*, p. 254, nt. 130), per quanto già dieci anni prima la dottrina italiana, pur senza riferirsi espressamente alla retroattività «propria» e «impropria», aveva pienamente chiara la distinzione (cfr. C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Pisa, 1868, pp. 27 s., rip. da W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo*, Torino, 2016, p. 219, nt. 140).

⁹ Cfr. M. TARCHI, *op. cit.*, pp. 254 s. e W. TROISE MANGONI, *op. cit.*, p. 219.

¹⁰ Cfr. F. CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, pt. IV, pp. 343 ss.

¹¹ Cfr. G. PASSAGNOLI, *La retroattività tra leggi e sentenze*, in *Pers. e Merc.*, 2017, n. 3, pp. 133 ss., p. 135.

¹² Cfr. M. TARCHI, *op. cit.*, p. 258.

¹³ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 21 luglio 2022, n. 182, punto 4 del cons. in dir.; Id., 9 novembre 2020, n. 234, punto 17.3.1 del cons. in dir.; Id., 10 luglio 2019, n. 173, punto 3.3.3 del cons. in dir.; Id., 19 novembre 2015, n. 236, punto 4.3.2 del cons. in dir.; Id., 6 luglio 2009, n. 236, punto 6.1 del cons. in dir., tutte in www.giurcost.org.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 31 marzo 1994, n. 118, punto 3.2 del cons. in dir., in www.giurcost.org.

¹⁵ Cfr. Corte cost., 10 luglio 2019, n. 173, punto 3.3.3 del cons. in dir., cit.

¹⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2018, n. 1385, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

sedimentato tra le parti¹⁷. Essa è definita quindi retroattività «mera»¹⁸ o anche «piena»¹⁹, in quanto regola il rapporto di durata sin dal suo momento genetico. La nozione viene meglio precisata dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 10 del 2022 alla luce della giurisprudenza di legittimità, per la quale una norma è retroattiva sia se introduce, sulla base di una nuova qualificazione di rapporti assoggettati all'imperio di una legge precedente, una disciplina dei relativi effetti già esauriti nella vigenza di quest'ultima, sia se introduce una nuova disciplina degli effetti di rapporti sorti in precedenza senza distinguere tra effetti verificatisi anteriormente o successivamente alla sua entrata in vigore²⁰, ipotesi entrambe rientranti nel concetto di retroattività propria quale ricostruito dalla giurisprudenza amministrativa²¹.

Parimenti, con riferimento alla retroattività impropria, tale nozione implica che, impregiudicati gli effetti già prodotti, la nuova norma impatta sui segmenti dei rapporti non ancora concretamente conformati²², regolandoli diversamente²³. Così, l'effetto abrogativo discendente da un referendum determina un caso di retroattività impropria perché la norma abrogativa produce effetti solo *ex nunc*, anche se con riferimento a fatti compiuti nel passato²⁴. In realtà, diversamente dalla retroattività propria, la retroattività impropria non è l'effetto di una «disciplina» ma un «fenomeno», che si verifica quando la legge, pur disponendo per il futuro, incide sfavorevolmente sullo stato dei rapporti correnti sorti anteriormente alla sua entrata in vigore²⁵. Anche in tal caso l'Adunanza plenaria ne spiega la nozione alla luce della giurisprudenza di legittimità, per la quale non è retroattiva una norma che disciplina situazioni soggettive costituenti *lato sensu* gli effetti di un pregresso fatto generatore ma ontologicamente e funzionalmente distinte da esso,

e perciò suscettibili di una nuova regolamentazione mediante l'esercizio di poteri e facoltà non esauriti sotto la vecchia normativa²⁶. Tale ipotesi è appunto ciò che la giurisprudenza amministrativa definisce retroattività impropria, in quanto la successiva disposizione, pur disponendo per il futuro, incide sullo stato dei rapporti giuridici sorti in ragione di fatti generatori anteriori alla sua entrata in vigore²⁷.

3. IL RIGETTO DELLA RICHIESTA DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA: LE ARGOMENTAZIONI DI DIRITTO UNIONALE

Particolarmente importante è poi la parte della pronuncia in commento relativa alla disamina della richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, presentata dall'appellante principale, e tesa a verificare la tesi dell'intangibilità dei vantaggi già conseguiti da un privato in virtù di un atto amministrativo applicativo di una norma di legge, costituzionalmente legittima al momento di adozione dell'atto ma successivamente oggetto di declaratoria di incostituzionalità, sulla base del principio eurounionale di tutela del legittimo affidamento.

Nella parte in cui richiama la giurisprudenza eurounionale al fine di giustificare l'insussistenza dei requisiti per disporre il rinvio pregiudiziale, la pronuncia sembra quasi dare per scontato che in quella ricorra ampiamente la distinzione tra «retroattività propria» e «retroattività impropria», ma così non è. Le sole eccezioni riguardano la risalente pronuncia nel caso *Comptoir national technique agricole SA c. Commissione delle Comunità europee (C.N.T.A.) (C-74/74)* del 1975, dove la Corte nega l'«efficacia retroattiva in senso proprio»

¹⁷ Cfr. Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2020, n. 7695, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹⁸ Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2019, n. 1093, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

¹⁹ Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2022, n. 1093, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

²⁰ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 5 aprile 2022, n. 11012 e Id., S.U., 29 gennaio 2021, n. 2142, in www.italgiure.giustizia.it/sncass.

²¹ Cfr. Cons. St., A.P., 5 agosto 2022, n. 10, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

²² Cfr. Cons. St., sez. III, 25 ottobre 2022, n. 9069 e Id., 1° dicembre 2021, n. 8026, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

²³ Cfr. Cons. St., sez. VI, 2 ottobre 2019, n. 6620, cit. e Id., 5 marzo 2018, n. 1385, cit.

²⁴ Cfr. Cons. St., sez. VI, 14 maggio 2021, n. 3809, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

²⁵ Cfr. Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2018, n. 5414, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

²⁶ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 5 aprile 2022, n. 11012, cit. e Id., S.U., 29 gennaio 2021, n. 2142, cit.

²⁷ Cfr. Cons. St., A.P., 5 agosto 2022, n. 10, cit.

di un regolamento eurounionale²⁸, e la pronuncia nel caso *Repubblica federale di Germania c. Commissione delle Comunità europee* del 1987 (C-278/84), dove essa nega che, rispetto all'asserita violazione ad opera di un regolamento eurounionale del principio di tutela del legittimo affidamento, il problema riguardi «un effetto retroattivo nel senso proprio del termine»²⁹, atteso che l'estensione del principio in esame non può arrivare fino a vietare, in via generale, che una nuova normativa si applichi agli effetti futuri di situazioni sorte sotto la vigenza della normativa antecedente³⁰. Per il resto, espressioni consimili ricorrono al massimo nelle conclusioni dell'Avvocato generale³¹ o nelle posizioni espresse dalla Commissione intervenuta nel giudizio e riportate nella parte in fatto delle pronunce³². La giurisprudenza eurounionale è quindi tutt'altro che prodiga di indicazioni al riguardo, perché - almeno esplicitamente - non accoglie nemmeno la distinzione tra le due nozioni³³.

D'altra parte, nell'ordinamento eurounionale il principio del legittimo affidamento assume significato e connotazione diversi a seconda che venga invocato in relazione ad atti legittimi o illegittimi, siano essi legislativi o amministrativi. Infatti, se in entrambi i casi esso viene in rilievo soprattutto con riferimento ai possibili effetti retroattivi dell'atto, solo nel caso degli atti legittimi la retroattività può assumere le due connotazioni di retroattività propria e retroattività impropria, mentre nel caso degli atti illegittimi la tutela del legittimo affidamento coincide con il problema dell'efficacia

retroattiva dell'atto di revoca/annullamento dell'atto illegittimo³⁴.

Indubbiamente, la pronuncia in rassegna ricorda che lo scrutinio sulla *necessity* della retroattività normativa costituisce un presupposto necessario ma non sufficiente per la legittimità della modifica retroattiva, dovendo essere presa in considerazione anche l'esigenza di tutela del legittimo affidamento, che è meritevole di tutela soprattutto in caso di imprevedibilità del mutamento normativo³⁵. Si potrebbe dire, anzi, che la cura assegnata dalla Corte di giustizia all'elencazione ed analisi degli elementi che potrebbero rendere prevedibile la modifica è tale che «lo scrutinio in punto di salvaguardia del legittimo affidamento si converte in scrutinio sulla prevedibilità della modifica retroattiva»³⁶.

Il collegio, tuttavia, non accenna in alcun modo al fatto che, a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso, una parte della giurisprudenza eurounionale, specialmente in materia tributaria, ha irrigidito lo scrutinio nei confronti della retroattività, perché la lesione dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento viene affermata direttamente, senza effettuare alcun sindacato sulla *necessity* o sulle modalità di operatività della retroattività, ma prendendo in considerazione esclusivamente la compatibilità con il principio di certezza del diritto e di legittimo affidamento del carattere retroattivo della nuova disposizione. Intesa quindi quale resistenza rispetto alla menomazione di diritti già acquisiti alla sfera delle situazioni soggettive incise dalla modifica retroattiva peggiorativa, la tutela del legittimo affidamento

²⁸ C.G.U.E., 14 maggio 1975, causa C-74/74, punto 32, in www.curia.europa.eu.

²⁹ Cfr. C.G.U.E., 14 gennaio 1987, causa C-278/84, punto 35, in www.curia.europa.eu.

³⁰ Id., punto 36.

³¹ Cfr., ad esempio, conclusioni dell'Avvocato generale H. Saugmandsgaard Øe, presentate il 29 ottobre 2020, cause riunite C-798/18 e C-799/18, punto 39, nt. 24; conclusioni dell'Avvocato generale J. Kokott, presentate l'11 dicembre 2014, causa C-596/13 P, punto 43; conclusioni dell'Avvocato generale V. Trstenjak, presentate l'11 maggio 2010, causa C-162/09, punto 54; conclusioni dell'Avvocato generale P. Léger, presentate il 13 luglio 2000, causa C-464/98, punto 68, nt. 35, tutte in www.curia.europa.eu.

³² Cfr., ad esempio, C.G.U.E., 30 settembre 1982, causa C-114/81, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia*, 1982, pp. 3189 ss., p. 3201; Id., 30 settembre 1982, causa C-

110/81, in *Racc.*, 1982, pp. 3159 ss., p. 3169; Id., 30 settembre 1982, causa C-108/81, in *Racc.*, 1982, pp. 3107 ss., p. 3121; Id., 4 luglio 1973, causa C-1/73, in *Racc.*, 1973, pp. 723 ss., p. 727.

³³ Cfr. M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, p. 30.

³⁴ Cfr. S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 89.

³⁵ Cfr., *ex plurimis*, C.G.U.E., 26 aprile 2005, causa C-376/02, punto 45; Id., 15 luglio 2004, causa C-459/02, punto 29; Id., 11 luglio 1991, causa C-368/89, punto 21, tutte in www.curia.europa.eu; Id., 30 settembre 1982, causa C-114/81, cit., punti 10-15; Id., 30 settembre 1982, causa C-110/81, cit., punti 11-16; Id., 16 febbraio 1982, causa C-276/80, punto 20; Id., 25 gennaio 1979, causa C-98/78, punto 20, entrambe in www.curia.europa.eu.

³⁶ M. GIGANTE, *op. cit.*, p. 41.

sembra identificarsi ora con il principio stesso di irretroattività³⁷.

Nondimeno, è possibile pretermettere questo sviluppo pretorio proprio perché la fattispecie in esame viene ricondotta dal collegio ad un'ipotesi di retroattività impropria. Coerentemente con la giurisprudenza eurounionale richiamata, sin dalla metà degli Settanta la Corte di giustizia ha infatti affermato che l'introduzione di una disposizione retroattiva sfavorevole, in assenza di un inderogabile interesse pubblico contrapposto a quello dei singoli operatori economici, di un preavviso e di misura transitorie volte ad evitare la perdita di tali operatori commessa all'esecuzione dei rapporti in corso e, quindi, intese a garantire il rispetto del legittimo affidamento che l'operatore ha riposto nella disciplina eurounionale previgente, è sanzionata quale «violazione grave di una norma giuridica superiore», fonte di responsabilità dell'Unione³⁸.

In definitiva, sin dai primi sviluppi giurisprudenziali sul punto, la sola differenza tra la retroattività impropria e la retroattività propria, nella quale la tutela del legittimo affidamento sotto forma di obbligo di informazione sembra ineliminabile, diviene la possibilità di essere sacrificato qualora lo richieda la realizzazione di uno scopo di interesse pubblico che non possa avvenire se non attraverso l'applicazione immediata della nuova norma³⁹.

4. (SEGUE) LE ARGOMENTAZIONI DI DIRITTO INTERNO

Con riferimento al diritto interno, anche il richiamo al fatto che il giudice amministrativo possa determinare e modulare gli effetti ripristinatori del proprio *decisum* con riguardo alle situazioni anteriori, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a., formalmente è volto ad indicare l'assenza di un vuoto di tutela del legittimo affidamento per il beneficiario del titolo annullato ma, di fatto, sortisce l'effetto di evidenziare che questa è comunque rimessa all'iniziativa del giudice.

Indubbiamente, sin dalla pronuncia n. 2755 del 2011, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la possibilità per il giudice amministrativo di derogare alla regola della retroattività della sentenza di annullamento, limitandola parzialmente o escludendola del tutto, purché le relative statuizioni producano conseguenze coerenti con il sistema, ossia armoniche con i principi generali dell'ordinamento, a partire dal principio di effettività della tutela giurisdizionale, e congruenti, in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa quindi desumersi in via interpretativa la *regula iuris* in concreto enunciata⁴⁰. Tale conclusione è stata successivamente confermata dall'Adunanza plenaria, la quale ha riconosciuto che tale pronuncia ha fatto applicazione del principio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa secondo i principi della Costituzione e - soprattutto - del «diritto europeo» di cui all'art. 1 c.p.a., disposizione che consente di trasferire all'ordinamento nazionale l'omologo principio affermato da tempo dalla giurisprudenza eurounionale, nell'ambito della giurisdizione di annullamento sugli atti dell'Unione, e che trova fondamento testuale per ogni tipologia di atto impugnato nell'art. 264, comma 2, TFUE⁴¹.

Si noti, però, che nella medesima circostanza la Plenaria ha anche ricordato come lo stesso principio sia stato riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale «meno incisivamente» rispetto a quella eurounionale, perché connesso al «principio della natura intrinsecamente retroattiva delle sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una legge», che ha portato la Consulta ad ammetterlo al ricorrere dei due requisiti cumulativi dell'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento, e della limitazione della compressione degli effetti retroattivi a quanto strettamente necessario per assicurare il

³⁷ Cfr., ad esempio, C.G.U.E., 29 aprile 2004, causa C-17/01; Id., 11 luglio 2002, causa C-62/00; Id., 8 giugno 2000, causa C-396/98, tutte in www.curia.europa.eu. Sul punto cfr. M. GIGANTE, *op. cit.*, pp. 47 ss.

³⁸ Cfr. C.G.U.E., 8 giugno 1977, causa C-97/76, punto 2 del cons. in dir., in www.curia.europa.eu.

³⁹ Cfr. M. GIGANTE, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, in *Urb. e app.*, 2011, p. 927.

⁴¹ Cfr. Cons. St., A.P. 22 dicembre 2017, n. 13, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

contemperamento dei valori in gioco⁴². È evidente dunque che il recupero della tutela del legittimo affidamento, attraverso il potere conformativo del giudice amministrativo esercitabile anche in sede di cognizione ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a., non è ostacolato dalla diversa portata dello stesso potere esercitato dal giudice costituzionale, minore rispetto all'omologo potere tanto del giudice amministrativo quanto di quello eurolunionale, che rappresenta invece il modello di riferimento cui l'intera pronuncia in esame guarda.

Degna di rilievo è anche la circostanza che, nonostante la disposizione di legge regionale oggetto della sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità fosse anche la norma attributiva del potere di emanazione del provvedimento impugnato, il collegio non si pone nemmeno il problema del regime di invalidità di questo e di una possibile differenziazione dello stesso in base alla distinzione tra la natura attributiva o regolativa del potere rivestita dalla norma oggetto della sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità. Come è noto, nella configurazione tradizionale della giurisprudenza amministrativa, in entrambe le ipotesi si è in presenza di un'illegittimità-annullabilità⁴³, sebbene gli ultimi sviluppi attestino un maggior ricorso alla nullità nelle ipotesi di incostituzionalità sopravvenuta della norma attributiva del potere di emanazione dell'atto⁴⁴.

La richiesta viene respinta, inoltre, perché la questione sollevata dall'appellante attiene all'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, che nel nostro ordinamento è funzionale (*rectius* «scolpita») a garantire la rigidità della Costituzione, ai sensi del disposto combinato degli artt. 136 Cost. e 30, comma 3, l. n. 87 del 1953, dalla quale non può non conseguire la caducazione per «illegittimità derivata»

del provvedimento che si sia basato sulla norma successivamente dichiarata, salvo il limite dei c.d. rapporti esauriti.

Peraltro, nella fattispecie in esame, più che di una vera e propria ipotesi di invalidità derivata, si è in presenza di una fattispecie di invalidità sopravvenuta o successiva. Anche se la giurisprudenza qualifica l'invalidità dell'atto amministrativo applicativo di una norma oggetto di successiva declaratoria di incostituzionalità come «una fattispecie di invalidità “sopravvenuta” o “derivata”»⁴⁵, a rigore, l'invalidità derivata – come opposta all'invalidità propria – ricorre quando il provvedimento, di per sé conforme alla propria fattispecie normativa, risulta invalido per l'illegittimità degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto⁴⁶. Per contro, l'invalidità sopravvenuta o successiva – come opposta all'invalidità originaria – rappresenta un'eccezione alla regola generale secondo cui un provvedimento deve essere valutato con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, con conseguente irrilevanza di eventuali sopravvenienze. Sebbene si tratti di nozione «tuttora molto controversa»⁴⁷, vi è una sostanziale convergenza in dottrina sul fatto che essa riguardi le cinque ipotesi di atti amministrativi invalidi per la sopravvenienza della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma di legge attributiva o conformativa del potere di emanazione dell'atto⁴⁸; della mancata conversione in legge del decreto-legge in base al quale sono stati emanati⁴⁹; di una legge espressamente retroattiva⁵⁰; di una legge di interpretazione autentica, anch'essa entrata in vigore dopo l'emanazione dell'atto, che attribuisca alla norma un significato diverso da quello assunto dall'amministrazione come presupposto per la sua

⁴² Cfr. Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, punto 7 del cons. in dir., in www.giurcost.org.

⁴³ Sul punto sia consentito il rinvio a R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo incostituzionale*, Ariccia, 2016, *passim*.

⁴⁴ Anche sul punto sia consentito il rinvio a R. MUSONE, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali nel regime di invalidità dell'atto amministrativo applicativo di una norma incostituzionale attributiva del potere*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, n. 1, pp. 185 ss.

⁴⁵ *Ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2023, n. 4523; T.A.R. Molise, sez. I, 5 gennaio 2018, n. 3; C.G.A., sez. giurisd., 16

ottobre 2012, n. 943; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 25 maggio 2012, n. 1441; Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8363, tutte in www.giustizia-amministrativa.it/dcsuprr.

⁴⁶ Cfr. R. VILLATA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, p. 455.

⁴⁷ *Id.*, 448.

⁴⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 13 maggio 2015, n. 2377, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsuprr.

⁴⁹ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 13 febbraio 1997, n. 272, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 753.

⁵⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 13 maggio 2015, n. 2377, cit.

emanazione e tale da determinarne l'illegittimità⁵¹; e di previsioni contrastanti contenute in fonti del diritto euromuniale⁵².

Se è indubbio, poi, che l'accostamento della declaratoria di incostituzionalità alle sopravvenienze normative abbia finito per dar vita «ad una completa assimilazione tra i due fenomeni giuridici, in cui appunto la dichiarazione di incostituzionalità viene ad essere intesa quale *jus superveniens*»⁵³, anche l'affermazione della pronuncia in commento circa «l'equiparazione *quoad effectum* della declaratoria di incostituzionalità di una norma di legge al sopravvenire di una nuova norma di legge a effetto abrogativo», non tiene conto che il quadro giurisprudenziale è tutt'altro che nitido e omogeneo. In tal senso, mentre in alcuni casi si afferma in maniera precisa e puntuale che gli effetti della declaratoria di incostituzionalità sono del tutto identici a quelli prodotti dall'abrogazione di norme⁵⁴, in altre pronunce, per caratterizzare il fenomeno in esame, si utilizza l'espressione *jus superveniens* in maniera atecnica e generica, al solo fine di rappresentare che una sentenza di accoglimento dà luogo ad una sopravvenienza di diritto⁵⁵, fino all'affermazione che la dichiarazione di incostituzionalità è «ontologicamente diversa, così dall'abrogazione, come dallo *jus superveniens*»⁵⁶, una posizione presente anche nella giurisprudenza contabile, per la quale pure gli effetti di una sentenza costituzionale di accoglimento non sono paragonabili a quelli prodotti dallo *jus superveniens*⁵⁷.

5. LA PREGRESSA GIURISPRUDENZA SU TALE FATTISPECIE DI TUTELA DEL PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO

Criticabile o condivisibile, la portata riduttiva della tutela del legittimo affidamento fornita dalla pronuncia in commento si inserisce in un quadro giurisprudenziale nazionale omogeneo.

In primo luogo, nella giurisprudenza costituzionale, la rilevanza della distinzione tra retroattività propria e retroattività impropria, ai fini della diversa tutela riconosciuta al principio del legittimo affidamento, si rinviene sin dalla prima pronuncia in cui la Corte riconosce tale principio quale autonomo parametro di valutazione della legittimità costituzionale di disposizioni retroattive. Infatti, da un lato, si ammette che l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica non può essere lesa da leggi retroattive che operino in maniera irragionevole su situazioni sostanziali fondate su leggi precedenti⁵⁸ e, dall'altro, si riconosce che l'esigenza di tutela dell'affidamento si arresta a partire dal momento in cui le nuove disposizioni di legge sono entrate in vigore, e cioè, in definitiva, nel momento in cui la regola contemplata risulta incidere ormai sull'attualità di rapporti di durata, rispetto ai quali il legislatore è abilitato a dettare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina in atto, sia pure nei limiti della ragionevolezza⁵⁹. In tal modo, la Corte sembra voler rimarcare la netta separazione tra disposizioni propriamente retroattive, rispetto alle quali può venire in rilievo un problema di tutela dell'affidamento, e disposizioni impropriamente

⁵¹ Cfr. R. GIOVAGNOLI-M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, II, *Invalità e autotutela*, Milano, 2007, pp. 119 ss.

⁵² Su cui sia consentito il rinvio a R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007. Più di recente cfr. C. FELIZIANI, *Il provvedimento amministrativo nazionale in contrasto con il diritto europeo. Profili di natura sostanziale e processuale*, Napoli, 2023.

⁵³ F. POLI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova, 1997, p. 87.

⁵⁴ Cfr. App. Roma, 8 febbraio 1962, Giuliani c. Fallimento Giuliani, in *Giur. it.*, 1962, pt. I, sez. 2, p. 650 e Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 1962, n. 172, in *Foro it.*, 1962, pt. I, c. 1532.

⁵⁵ Cfr. Cass. civ., sez. I, 26 maggio 1971, n. 1545, in *Foro it.*, 1971, pt. I, c. 1450 e Cass. civ., S.U., 22 luglio 1960, n. 2077, in *Foro amm.*, 1960, pt. II, p. 131 e in *Riv. dir. lav.*, 1961, pt. II, p. 398.

⁵⁶ Cass. civ., S.U., 18 settembre 1970, n. 1568, in *Foro it.*, 1970, pt. I, p. 2783.

⁵⁷ Cfr. Corte conti, sez. giurisd., sez. riun., 28 novembre 1989, n. 636/A, in *Inform. prev.*, 1990, p. 851 e in *Foro amm.*, 1990, p. 530. Sul punto cfr. S. PERONGINI, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico*, II, *Il provvedimento amministrativo «ora per allora»*, Torino, 2022, p. 96.

⁵⁸ Cfr. Corte cost., 4 novembre 1999, n. 416, punto 6.1 del cons. in dir., in *www.giurcost.org*.

⁵⁹ Id., punto 6.2 del cons. in dir.

retroattive, aventi in realtà immediata applicazione, le quali non farebbero sorgere alcuna esigenza di tutela delle posizioni sorte nel vigore di norme precedenti.

A tale posizione, ripresa subito dopo⁶⁰, fa seguito un'ulteriore restrizione della portata della situazione sostanziale tutelata dal principio del legittimo affidamento. In tal senso, posto che, al di fuori della materia penale, solo a fronte di una disposizione di legge irragionevolmente retroattiva l'affidamento nella stabilità della normativa previgente è coperto da garanzia costituzionale, si riconosce che «se, salvo il controllo di ragionevolezza, è conforme a Costituzione una norma peggiorativa di trattamenti [...] in atto – a maggior ragione la conclusione vale per una norma che incida su trattamenti [...] non ancora attivati al momento della sua entrata in vigore», per cui nessuna lesione dell'affidamento è configurabile laddove «non possa argomentarsi in termini di diritto quesito»⁶¹. In sostanza, ritenendo che la tutela dell'affidamento sarebbe ammissibile solo per quelle posizioni in concreto inquadrabili come di diritto perfetto e non anche di aspettativa potenziale, la Corte mostra una decisa chiusura verso qualunque estensione della nozione di rapporto di durata rilevante a tal fine. Lungi dall'accogliere l'invito di autorevole dottrina ad estendere la tutela costituzionale del principio del legittimo affidamento oltre il criterio del *tempus regit actum* per abbracciare anche le modifiche *pro futuro* ai rapporti di durata apportate dal legislatore⁶², a partire da questo momento la giurisprudenza costituzionale la circoscrive agli interventi legislativi caratterizzati non soltanto da retroattività propria ma anche incidenti soltanto su

situazioni soggettive consolidate intese come veri e propri diritti⁶³.

In secondo luogo, coerentemente con la giurisprudenza costituzionale, anche la giurisprudenza amministrativa ritiene che l'aspettativa meritevole di tutela contro le sopravvenienze normative sia solo quella che assume la veste di un vero e proprio diritto, non rilevando un suo consolidamento anche solo parziale. In altri termini, un affidamento si considera configurabile «solo una volta che sia maturato un diritto (quesito)», mentre tutto ciò che avviene prima di avere assunto tale consistenza non è rilevante e non basta a fondare un'aspettativa tutelabile al mantenimento della situazione sorta in base alla normativa precedente⁶⁴. Fermo restando che, anche in tale ambito giurisprudenziale, affinché una disposizione retroattiva possa comprimere il legittimo affidamento occorre che siano soddisfatti i requisiti di ragionevolezza, proporzionalità e prevedibilità della modifica e che sia accompagnata da misure transitorie⁶⁵.

Sebbene il principio del legittimo affidamento tuteli l'aspettativa della parte privata a poter conservare – per tutto il periodo di spettanza e nell'originaria entità – l'utilità legittimamente acquisita in forza di un atto amministrativo e, così inteso, valga quindi per ogni norma retroattiva, nelle due accezioni propria e impropria⁶⁶, esso non ha carattere né «assoluto né inderogabile»⁶⁷, perché, come la stessa giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto, in relazione ai rapporti di durata non può parlarsi di un legittimo affidamento nella loro immutabilità⁶⁸, posto che il legislatore, in materia di successione di leggi, dispone di ampia discrezionalità e può anche modificare in senso

⁶⁰ Cfr. Corte cost., ord. 22 novembre 2000, n. 525, punto 3 del cons. in dir., in www.giurcost.org.

⁶¹ Corte cost., 12 novembre 2002, n. 446, punto 6, in www.giurcost.org.

⁶² Cfr. 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, pp. 3643 ss., p. 3647.

⁶³ Cfr. V. PAMPANIN, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in *GiustAmm.it*, 2015, n. 11, § 3.

⁶⁴ Id., § 7, che richiama T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 7 ottobre 2014, n. 10227, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr, la quale, molto chiaramente, afferma che «[L]a mancata rilevazione di un diritto quesito in capo al ricorrente esclude che

egli potesse essere valutato ai sensi della normativa previgente, e dunque ritenuto in possesso dei requisiti per essere valutato; alcun affidamento è quindi prospettabile nella fattispecie».

⁶⁵ Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-ter, 2 marzo 2015, n. 3419; Cons. St., sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153; Id., sez. IV, 22 gennaio 2014, n. 319; Id., sez. III, 18 dicembre 2013, n. 6060; Id., sez. II, par. 25 gennaio 2013, n. 267, tutte in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁶⁶ Cfr. Cons. St., A.P., 5 agosto 2022, n. 10, cit.

⁶⁷ Cons. St., A.P., 5 agosto 2022, n. 10, cit.; Id., sez. III, 1 dicembre 2021, n. 8026, cit.; Id., sez. VI, 14 settembre 2018, n. 5414, cit.

⁶⁸ Cfr. Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 1, punto 7 cons. in dir., in www.giurcost.org.

sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti⁶⁹. Naturalmente, a presidio del legittimo affidamento resta il principio di ragionevolezza,⁷⁰ che però è anche l'unico limite emergente dalla giurisprudenza costituzionale al potere del legislatore ordinario di adottare disposizioni retroattive sfavorevoli al di fuori della materia penale⁷¹. E così come il legittimo affidamento quale limite a tale potere vale sia per la retroattività propria che per quella impropria⁷², altrettanto l'assenza di un carattere assoluto e inderogabile di tale limite vale tanto per l'una quanto per l'altra⁷³.

6. L'IMPOSSIBILITÀ DI CONFIGURARE UN DIRITTO DEL PRIVATO AL RISARCIMENTO DEI DANNI SUBITI A SEGUITO DELL'APPLICAZIONE AMMINISTRATIVA DI LEGGI SUCCESSIVAMENTE DICHIARATE INCOSTITUZIONALI

L'ultimo punto toccato dalla pronuncia in commento riguarda l'affermazione dell'insussistenza di un diritto del privato al risarcimento del danno da illecito costituzionale del legislatore, conformemente alla pregressa giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui, fino alla pubblicazione della sentenza costituzionale di accoglimento, non sussiste alcuna colpa dell'amministrazione che abbia applicato una norma di legge solo successivamente dichiarata incostituzionale, ricorrendo palesemente un'ipotesi di errore scusabile⁷⁴.

In proposito, con soluzione ripresa dalla sentenza in commento e alla quale già in passato si

era uniformata la giurisprudenza⁷⁵, sin dalle prime prese di posizione sul punto anche la Cassazione, per negare al privato un possibile risarcimento del danno da attività legislativa negligente, fa leva sia sull'assenza di un diritto *lato sensu* allo svolgimento della funzione legislativa che sul principio costituzionale di separazione dei poteri, in base al quale le scelte legislative non sono soggette al sindacato giurisdizionale⁷⁶. In tal senso, essa ritiene da tempo che la funzione legislativa sia espressione di potere politico, incoercibile e sottratto al sindacato giurisdizionale, rispetto al cui esercizio non sono configurabili situazioni giuridiche soggettive individuali protette dall'ordinamento. Né è ipotizzabile che dalla promulgazione della legge possa derivare un danno risarcibile, perché l'eventuale pregiudizio subito dal singolo non può essere ritenuto ingiusto, neppure nei casi in cui la norma di legge venga poi espunta dall'ordinamento perché incostituzionale. Non è quindi condivisibile la tesi che pone sul medesimo piano la mancata attuazione del diritto dell'Unione europea e la violazione della Costituzione, prospettando una responsabilità per illecito costituzionale equiparabile a quella derivante dall'illecito eurounionale. Al contrario, il sistema accentrato di controllo di costituzionalità delineato dal Costituente esclude che le norme costituzionali possano attribuire direttamente al singolo diritti la cui violazione sia fonte di responsabilità da far valere dinanzi all'autorità giudiziaria, diversamente da quanto accade nell'ordinamento dell'Unione europea, dove sin dalla sentenza nel caso *Franovich* la Corte di giustizia ha riconosciuto che i relativi soggetti sono non solo le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri ma anche i cittadini⁷⁷.

⁶⁹ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 2010, n. 302, punto 3.1 del cons. in dir., in www.giurcost.org e Id., 24 luglio 2009, n. 236, cit., punto 6.2 del cons. in dir.

⁷⁰ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 22 ottobre 2010, n. 302, cit., punto 3.1 del cons. in dir.; Id., 24 luglio 2009, n. 236, cit., punto 6.2 del cons. in dir.; Id., 7 luglio 2005, n. 264, punto 3 del cons. in dir.; Id., 12 dicembre 1985, n. 349, punto 5 del cons. in dir., tutte in www.giurcost.org.

⁷¹ Cfr. L. LORELLO, *La retroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 163 ss., pp. 173 ss.

⁷² Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2018, n. 1385, cit.

⁷³ Cfr. Cons. St., sez. VI, 14 maggio 2021, n. 3809, cit. e Id., sez. VI, 2 ottobre 2019, n. 6620, cit.

⁷⁴ Cfr. Cons. St., sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 190; Id., sez. III, 10 luglio 2014, n. 3526; Id., sez. VI, 4 febbraio 2014, n. 524, tutte in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr.

⁷⁵ Cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 14 aprile 2015, n. 1862, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnpr, richiamata dalla pronuncia in commento.

⁷⁶ Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. lav., 11 ottobre 1995, n. 10617, in *Danno e resp.*, 1996, n. 1, p. 78.

⁷⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. lav., ord. 24 dicembre 2019, n. 34465, in www.italgiure.giustizia.it/sncass e Id., sez. III, 22

La via della disapplicazione selettiva dell'art. 2043 c.c., per garantire la prevalenza dell'ordinamento sovraordinato, sottovaluta però la caratterizzazione della funzione legislativa quale potere vincolato al rispetto del principio di legalità nella duplice veste sia eurounionale che costituzionale⁷⁸.

Rispetto a tale trend, in prospettiva *de jure condendo*, permane quindi l'avvertita necessità di un ripensamento del tema della responsabilità civile per danni del legislatore che tenga in considerazione anche i casi di legge dannosa incostituzionale⁷⁹. In tal senso, ampia e autorevole dottrina ha stigmatizzato il risultato asimmetrico, irragionevole e discriminatorio per il cittadino italiano dell'approdo pretorio, perché – stante la comune soggezione della legge alla Costituzione, all'ordinamento eurounionale e a quello internazionale in base all'art. 117, comma 1, Cost. – non vi è ragione per non chiamare il legislatore a rispondere patrimonialmente anche della violazione della Costituzione, ritenendo invece che sia tenuto a farlo solo per la violazione degli obblighi scaturenti dall'ordinamento eurounionale⁸⁰.

In effetti, già negli anni Sessanta si era ritenuto che l'impugnazione degli atti amministrativi applicativi di una norma di legge sospettata di incostituzionalità, in vista della sua eventuale declaratoria, e la chiamata in causa dell'amministrazione ai fini del risarcimento dei danni arrecati ai privati, rappresentassero il passo necessario per far rispondere il legislatore di un atto illecito imputabile allo Stato⁸¹.

In questo quadro, l'obiettivo di rinvenire nel principio di atipicità, che governa il sistema extracontrattuale aquiliano, il fondamento comune della responsabilità civile dello Stato nell'esercizio della funzione legislativa, rappresenta la via maestra per arrivare al riconoscimento di un diritto del privato al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'applicazione amministrativa di leggi incostituzionali, che non poggia su criteri meramente equitativi⁸². Senonché, sin dalla sentenza n. 9147 del 2009, le Sezioni unite hanno sottratto la responsabilità civile da mancato recepimento della normativa eurounionale non-*self-executing* allo schema dell'illecito civile extracontrattuale per ricondurlo a quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica, inquadrabile come tale nell'area della responsabilità contrattuale⁸³, una soluzione ampiamente criticabile per la compressione dell'ambito di tutela dei privati, oltretutto basata su un orientamento giurisprudenziale allora minoritario⁸⁴.

7. CONCLUSIONI

La sentenza in rassegna conferma indubbiamente la sostanziale convergenza della giurisprudenza eurounionale, costituzionale ed amministrativa nell'adozione dei principi generali di ragionevolezza, proporzionalità e prevedibilità quali parametri idonei a scrutinare la non arbitrarietà delle norme ad effetti retroattivi, onde verificare che il rapporto tanto tra legge e tempo quanto tra atto

novembre 2016, n. 23730, in *Foro it.*, 2017, pt. I, c. 174, entrambe richiamate dalla sentenza in commento.

⁷⁸ Cfr. C. PASQUINELLI, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013, p. 192.

⁷⁹ Sulla quale cfr. partic. C. PASQUINELLI, *La responsabilità dello Stato-legislatore tra illecito "comunitario" e illecito "costituzionali". Prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, n. 2, pt. II, pp. 171 ss. e ID., *Le leggi*, cit., pp. 74 ss.

⁸⁰ Cfr., *ex plurimis*, R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, p. 69; C. BUONAURO, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano, 2004, p. 217; A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro it.*, 2003, pt. V, cc. 175 ss.; L. PLATANIA, *Legge provvedimento autoapplicativa, violazione del giudicato costituzionale e responsabilità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 5109 ss., pp. 5129-5130; V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito «comunitario» e illecito «costituzionale» del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, pp. 961

ss., p. 970; ID., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1999, n. 1, pp. 101 ss., p. 121; S. UGOLINI, *L'abuso del potere legislativo e la responsabilità aquiliana dello Stato*, in *Contr. e impr.*, 2008, pp. 646 ss., pp. 651 s. e pp. 655 ss.

⁸¹ Cfr. L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1029 ss., p. 1032. Sul punto cfr. anche A. AMBROSI, *La discriminazione razziale ed etnica: norme costituzionali e strumenti di tutela*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, pp. 15 ss., p. 41.

⁸² Cfr. C. PASQUINELLI, *Le leggi*, cit., p. 148 e pp. 160 ss.

⁸³ Cfr. Cass. civ., S.U., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, pt. I, c. 168.

⁸⁴ Cfr. C. PASQUINELLI, *Le leggi*, cit., p. 150.

amministrativo e tempo non leda il principio del legittimo affidamento, con riferimento tanto alla retroattività propria quanto a quella impropria.

Nondimeno, essa conferma anche la tendenza in atto – già rilevata – ad un’applicazione riduttiva del principio di tutela dell’affidamento in relazione alle problematiche di diritto intertemporale emergente dalla giurisprudenza amministrativa, non meno che da quella costituzionale. Rispetto a tale trend, la necessità di fornire tutela a quelle posizioni più o meno consolidate che siano oggetto di modifiche peggiorative ma che non rientrino di per sé nella categoria degli interventi retroattivi – i soli che invece sembrano prospettare secondo i giudici questioni di legittimità costituzionale per eventuali lesioni dell’affidamento – richiede di prendere atto dell’inadeguatezza di una netta contrapposizione temporale tra irretroattività e retroattività.

In questa prospettiva, di necessario ripensamento dello stesso riferimento alla nozione di retroattività, utili indicazioni potrebbero venire da quella parte della dottrina che ha profilato di sostituirlo con il concetto di «retrovalutazione giuridica», a sua volta ulteriormente articolato nelle quattro sub-ipotesi di «retrotrazione», «retroefficacia», «retrospettività» e di «retrocontemplazione», a seconda del grado e tipo di retrovalutazione del fatto passato. In particolare, nelle fattispecie di «retroefficacia» e di «retrospettività», si ricadrebbe allorché un fatto passato, non ancora compiuto in tutti gli elementi integrativi della fattispecie normativa, e pertanto non ancora produttivo di tutti gli effetti tipici che la legge vigente al momento del suo compimento gli attribuiva, viene comunque privato della possibilità di produrre tali effetti⁸⁵. In tal modo, la tutela del legittimo affidamento verrebbe garantita anche ad una situazione soggettiva in via di consolidamento ma prima che essa si sia formalizzata attraverso l’integrazione compiuta della fattispecie normativa, pena una notevole riduzione dell’ambito di effettiva applicazione del principio di tutela del legittimo affidamento, perché di fatto ne verrebbero escluse tutte le ipotesi in cui una situazione soggettiva non

abbia la consistenza di un diritto perfetto già acquisito al patrimonio giuridico dell’interessato⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella*

prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, in *Giur. it.*, 2007, pp. 1825 ss., p. 1835.

⁸⁶ Cfr. V. PAMPANIN, *op. cit.*, § 8.