

Rivista N°: 2/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 05/04/2017

AUTORE: Fabio Francesco Pagano *

DISPOSIZIONI DI NATURA INCENTIVANTE E MERITEVOLEZZA DELL’AFFIDAMENTO INGENERATO DAL LEGISLATORE (OSSERVAZIONI A MARGINE DI CORTE COSTITUZIONALE N. 108 DEL 2016)

Sommario: 1. La disposizione oggetto dell’incidente di costituzionalità tra effetti retroattivi “propri” e “impropri”. – 2. La natura incentivante della disposizione quale “sintomo” di lesione dell’affidamento. – 2.1. L’ampia nozione di disposizione incentivante accolta dalla Corte costituzionale nel caso di specie. – 3. La proporzionalità dell’intervento normativo. – 4. La valutazione dell’elemento temporale e il consolidamento della posizione di affidamento.

1. La disposizione oggetto dell’incidente di costituzionalità tra effetti retroattivi “propri” e “impropri”

La pronunzia annotata aggiunge un nuovo tassello al variegato mosaico della giurisprudenza costituzionale in materia di salvaguardia del legittimo affidamento nei confronti dell’attività legislativa. Com’è noto, infatti, la Consulta dopo aver contribuito alla progressiva emersione del principio in parola rinvenendone il fondamento costituzionale, da ultimo, nell’art. 3 Cost.¹, più recentemente², si è premurata di chiarirne ulteriormente l’ampiezza e la

* Dottore di ricerca in Diritto pubblico Università “La Sapienza” di Roma e Avvocato.

¹Secondo un orientamento delineatosi alla fine degli anni novanta del secolo scorso che è andato a sostituire la c.d. “tecnica del combinato disposto” in base alla quale l’affidamento riceveva una tutela occasionale e *per relationem*, attraverso un parametro composito ricostruito di volta in volta mediante il riferimento all’art. 3, comma 1, Cost. e alle altre norme costituzionali che venivano in gioco a seconda dei diritti costituzionali pregiudicati dall’intervento normativo. Sul punto si rinvia a P. CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa*, in *Giur. cost.*, 2011, 21; ID, «[...] *Al fuggir di giovinezza [...] nel doman s’ha più certezza*» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in *Giur. cost.*, 1999, 3643 che mette in evidenza il carattere “necessariamente servente” che assumeva attraverso questa tecnica di tutela il principio di affidamento rispetto alla protezione di altre esigenze costituzionalmente tutelate. F. SORRENTINO, *Sui limiti della tutela costituzionale dell’affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 3/2004, 897, sottolinea come prima della pronunzia n. 416 del 1999 la Consulta abbia “sempre richiesto la contemporanea lesione di precetti costituzionali specifici, associandone l’affermazione alla protezione di altre esigenze costituzionalmente tutelate, come

portata applicativa concentrandosi, in particolare, sugli elementi dai quali desumere l'esistenza di una posizione soggettiva sufficientemente consolidata in capo al privato e, di conseguenza, sugli indici rivelatori della lesione dell'affidamento.

La sentenza *de qua* si inserisce pienamente in questa linea di tendenza concentrandosi, in particolare, sulla valutazione della meritevolezza dell'affidamento ingenerato dal legislatore con la normativa pregressa e presentando, al riguardo, dei significativi elementi di interesse. Al contempo, però, la medesima pronunzia, come si avrà modo di approfondire, non manca di suscitare delle perplessità in relazione al grado di consolidamento dell'affidamento e, in particolare, con riferimento alla valutazione dell'elemento temporale inteso quale indice da cui desumere l'esistenza di un siffatto consolidamento.

Prima ancora di esaminare questi aspetti, per il vero centrali, della pronunzia che si commenta, è opportuno sottolineare come questa avesse ad oggetto un rapporto ad efficacia durevole inciso da una sopravvenienza normativa di segno sfavorevole per il privato in quanto modificativa, con effetti *pro praeterito*, della disciplina vigente al momento in cui era sorto il rapporto in questione.

In particolare, il giudizio *a quo* aveva ad oggetto un contratto individuale di lavoro stipulato in data 10 settembre 2010 tra una dipendente del Miur avente la qualifica di assistente amministrativo e il dirigente scolastico per lo svolgimento, a titolo di reggenza, delle funzioni superiori di direttore dei servizi generali e amministrativi per il periodo compreso tra l'1 settembre 2012 e il 31 agosto 2013 che prevedeva la percezione dei compensi aggiuntivi indicati dall'art. 52 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e dall'art. 69 (indennità di funzioni superiori e di reggenza) del contratto collettivo nazionale di lavoro per il periodo 1994/1997.

Quest'ultima disposizione sanciva che "al personale docente incaricato dell'ufficio di presidenza o di direzione, e al docente vicario, che sostituisce a tutti gli effetti il capo d'istituto per un periodo superiore a quindici giorni, nei casi di assenza o impedimento, nonché all'assistente amministrativo, che sostituisce il direttore amministrativo o il responsabile amministrativo, negli stessi casi, è attribuita, per l'intera durata dell'incarico o della sostituzione, una indennità pari al differenziale dei relativi livelli iniziali di inquadramento".

Siffatta disciplina, però, veniva modificata dall'art. 1, commi 44 e 45, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità per il 2013 entrata in vigore l'1 gennaio 2013) il quale sanciva che gli "assistenti amministrativi incaricati di svolgere mansioni superiori per l'intero anno scolastico [...] per la copertura di posti vacanti o disponibili di direttore dei servizi generali e amministrativi", "a decorrere dall'anno scolastico 2012-2013" sarebbero stati

ad esempio, l'adeguatezza del trattamento previdenziale (art. 38 Cost.), la garanzia del diritto di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), la tutela della funzione giurisdizionale (artt. 101 e 103 Cost.). Il fondamento costituzionale del principio di affidamento, invece, è tutt'altro che pacifico in dottrina ove la sua "base d'appoggio" è stata ricercata di volta in volta negli artt. 2, 3, 23, 41 e 42 Cost., come sottolineato da D. U. GALLETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 4/2008, 761, che evidenzia come non si sia giunti ad un sicuro punto d'arrivo. Per una breve rassegna delle principali posizioni dottrinarie in materia sia consentito rinviare a F. F. PAGANO, *Prescrizione anticipata del diritto di conversione delle lire in euro e salvaguardia del principio del legittimo affidamento*, in *Giur. cost.*, 6/2015, 2010, nt. 5.

²Tra le più recenti Corte cost., sent. n. 208 del 2014; 56 del 2015; 216 del 2015.

retribuiti “in misura pari alla differenza tra il trattamento previsto per il direttore dei servizi generali amministrativi al livello iniziale della progressione economica e quello complessivamente in godimento dall’assistente amministrativo incaricato”.

La nuova normativa, quindi, aveva quale immediata conseguenza la graduale riduzione del compenso per le mansioni superiori svolte dal dipendente parallelamente con la progressione economica dello stesso, sino a determinarne l’azzeramento quando il trattamento complessivo in godimento fosse stato pari o superiore a quello previsto per la qualifica iniziale di direttore dei servizi generali e amministrativi.

E infatti, la ricorrente nel giudizio principale, la quale aveva già maturato ventotto anni di anzianità di servizio, lamentava proprio l’azzeramento della retribuzione prevista dal contratto stipulato solo pochi mesi prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina per lo svolgimento, a titolo di reggenza, delle mansioni superiori di DSGA.

In definitiva, il legislatore, mosso dall’esigenza di contenere la spesa pubblica, con la legge di stabilità per l’anno 2013, aveva scelto di sostituire la nuova disciplina a quella pregressa ad anno scolastico ormai iniziato, con ciò determinandone l’applicazione anche ai contratti di reggenza già stipulati. Si trattava, quindi, di una vera e propria ipotesi di retroattività in senso proprio nella misura in cui la nuova disciplina, lungi dallo spiegare solo effetti *pro futuro*, produceva effetti giuridici anche per il passato, ossia per il breve periodo intercorso tra la stipula del contratto di reggenza e l’entrata in vigore della nuova normativa, con ciò pregiudicando una posizione soggettiva ormai acquisita nella sfera giuridica del privato.

Per cui, pur incidendo su una tipica fattispecie ad efficacia durevole quale il rapporto contrattuale il legislatore, con la disposizione dichiarata incostituzionale, aveva integrato l’ipotesi più grave e manifesta di lesione dell’affidamento, posto che l’esistenza di una situazione giuridica soggettiva ormai consolidata non può non radicare in capo al privato un legittimo affidamento in ordine alla sua conservazione e, quindi, alla sua intangibilità da parte di leggi con effetti *pro praeterito*. La salvaguardia del principio in parola, dovrebbe atteggiarsi, infatti, quale vero e proprio limite all’adozione di leggi retroattive in senso proprio, imponendo al legislatore di non pregiudicare situazioni giuridiche soggettive ormai stratificatesi in capo alla sfera giuridica del privato.

Del resto, in un sistema, quale il nostro, in cui il principio di irretroattività in materia extrapenale non ha assunto rango costituzionale³, il legislatore può “liberamente retroagire”

³A. M. SANDULLI, *Il principio di irretroattività delle leggi e la costituzione*, in *Foro amm.*, Milano, 1947, II, 1, 73 ss. e ora in *Id.*, *Scritti giuridici. Diritto costituzionale*, I, Napoli, 1990, 18, nt. 41, che, rifacendosi alla tradizione dottrinale dei primi commentatori dei codici promulgati nel periodo della rivoluzione francese, sottolineava come si tratti di un principio generale dell’ordinamento giuridico che è stato sempre considerato dal legislatore più come un “impegno morale, che come un impegno giuridico” valevole quale semplice direttiva nei confronti del legislatore futuro piuttosto che come regola di condotta. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica - P. Zatti, Milano 1993, 283 ss., mette in luce come il principio generale di irretroattività rappresenti 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. In particolare, l’A. specifica che una legge non penale retroattiva costituisce non già una violazione del principio in parola ma una sua “deroga” e che detto principio è rivolto soprattutto al giudice il quale, salvo che il legislatore non abbia disposto diversamente in modo espresso, è chiamato ad applicare le leggi “soltanto a fattispecie realizzatesi dopo la loro entrata in vigore”. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 487 ss., esamina la retroattivi-

ogni qual volta non incontri, però, come nel caso della salvaguardia del principio di affidamento, “specifici ostacoli nella Costituzione”⁴.

Per il vero, la giurisprudenza costituzionale in passato si è dimostrata, su questo versante, alquanto indulgente consentendo l'impiego di leggi retroattive a condizione che vi fossero specifiche ragioni per adottarle⁵ o qualora trovassero un'adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponessero in contrasto con altri principi o valori costituzionalmente protetti⁶. Insomma, la Consulta non ha mancato di relativizzare la portata dell'affidamento in modo da costruirlo quale limite generale, ma non assoluto, alla retroattività delle leggi e, quindi, potenzialmente cedevole rispetto ad altre esigenze giudicate inderogabili⁷.

Si tratta, forse, di un'impostazione in via di progressivo superamento, anche alla luce del generale sfavore della giurisprudenza sovranazionale per la normativa di segno retroattivo. Al riguardo, basti pensare all'orientamento della Corte EDU e alla più recente tendenza della Consulta⁸, che, almeno in apparenza⁹, sembra essersi conformata alla Corte di Strasburgo sancendo come la retroattività «trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti “motivi imperativi di

tà alla luce della teoria degli interessi sottolineando come questa si configuri quale “una garanzia giuridica del pieno soddisfacimento dell'interesse, del quale sia stata rinviata la realizzazione”. Secondo questo illustre A. per mezzo della retroattività, quindi, 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”. In tal modo, la retroattività risulta legittima “nella misura in cui assicura il soddisfacimento dell'interesse con riferimento alla data della sua costituzione”.

⁴G. GROTANELLI DÈ SANTI, *Profili costituzionali dell'irretroattività delle leggi*, Milano 1970, 239; A. PACE, *L'assoluzione del legislatore capriccioso*, in *Giur. cost.*, 1985, 1158, sottolinea come la possibilità che il legislatore modifichi arbitrariamente la disciplina pregressa contrasti 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.

⁵*Ex multis* Corte cost., sent. n. 274 del 2006.

⁶*Ex multis* Corte cost., sent. n. 416 del 1999; 376 del 1995; 6, 153, 397 del 1994.

⁷Al riguardo sia consentito rinviare a F. F. PAGANO, *La mancata previsione dell'errore di diritto tra i casi di modifica o di revoca del provvedimento definitivo di liquidazione del trattamento pensionistico e la tutela del legittimo affidamento nell'ambito dei rapporti di durata*, in *Giur. cost.*, 4/2014, 3333; *Id.*, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2014, 604; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (parte seconda)*, in *Giur. it.*, 8/2007, 2090, sottolinea come il principio di affidamento si erga a baluardo contro gli interventi legislativi irragionevolmente incidenti nel passato, ma evidenzia come si tratti di un “baluardo efficace, ma certo non insormontabile” in ragione di una giurisprudenza costituzionale incline a ritenere ammissibili le leggi dotate di effetti retroattivi.

⁸Corte cost., sent. n. 264 del 2012; 15 del 2012; 236 del 2011; 393 del 2006.

⁹Come efficacemente argomentato da A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012)* in www.giurcost.org; R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 6/2012, 4232 ss., evidenzia, invece, come la Corte di Strasburgo fondi il limite della retroattività delle leggi sul principio dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU, ossia su una norma processuale, senza che vi sia un riscontro in tal senso nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati facenti parte del Consiglio d'Europa e benché la retroattività rappresenti un fenomeno di diritto sostanziale e non di natura processuale. Sui profili problematici della retroattività, con specifico riferimento alle leggi di interpretazione autentica, G. U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica, leggi retroattive e possibili ragioni della loro incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2/2012, 1072 ss.

interesse generale” ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU», con ciò circoscrivendo ulteriormente le ipotesi in cui il legislatore possa legittimamente ricorrere all’impiego di norme aventi effetti *pro praeterito*.

Ciò detto, la logica conseguenza di quanto sin qui argomentato avrebbe dovuto essere, allora, la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione di cui all’art. 1, commi 44 e 45, della legge n. 228 del 2012 nella parte in cui non esclude dalla sua applicazione i contratti di conferimento delle mansioni superiori di direttore dei servizi generali e amministrativi con esclusivo riferimento al lasso temporale intercorso tra la stipula degli stessi e l’entrata in vigore della nuova disciplina. Infatti, solo con riguardo al periodo in parola la norma risulta autenticamente retroattiva andando ad incidere su fattispecie interamente esauritesi nel passato e, quindi, su posizioni di vantaggio ormai definitivamente acquisite dal singolo.

Invece, la pronunzia manipolativa adottata dalla Consulta ha una portata ben più ampia andando a colpire il combinato disposto dei commi 44 e 45 dell’art. 1 della legge n. 228 del 2012 nella parte in cui, più semplicemente, non esclude dalla sua applicazione i contratti di reggenza stipulati antecedentemente alla sua entrata in vigore. In tal modo, i contratti sorti prima dell’entrata in vigore della nuova norma sono rimasti assoggettati alla disciplina esistente al momento in cui sono stati stipulati anche per il restante periodo della loro vigenza, ossia anche per il lasso di tempo compreso tra l’entrata in vigore della nuova disciplina e la data di scadenza degli stessi.

Si tratta di una conseguenza assolutamente coerente con la natura della disposizione oggetto dell’incidente di costituzionalità. Quest’ultima, infatti, oltre a produrre, come già detto, effetti retroattivi in senso “proprio” in relazione al periodo intercorso tra la stipula del contratto e l’entrata in vigore della nuova disciplina, spiegava anche effetti retroattivi “impropri”¹⁰ avendo riguardo al lasso di tempo compreso tra l’entrata in vigore dello *ius superve-*

¹⁰Sulla distinzione tra retroattività propria e impropria si rinvia a G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie*, in *Enc. dir.* XIII, Milano 1964, 219 ss. e alla dottrina ivi citata; F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano 1970, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’alternanza*, Milano 2001, 22 ss. che mette in luce come si tratti di una distinzione che riprende l’impostazione fatta propria dalla dottrina tedesca e dalla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* che ne ha fatto applicazione prevalentemente con riferimento alle leggi tributarie retroattive. In particolare, questo Autore evidenzia come nelle ipotesi di retroattività “impropria” la nuova legge, che di per sé non sarebbe retroattiva poiché dispone per il futuro, quando incida su una fattispecie non esauritasi può ledere un affidamento meritevole di tutela originato dalla normativa pregressa; D. U. GALLETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell’esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell’attività del legislatore*, in *Foro amm.*, TAR, 6/2008, 1903, evidenzia come tanto nelle ipotesi di retroattività “propria” quanto in quelle di retroattività “impropria” la condotta del privato si è conformata ad un’aspettativa giuridicamente fondata che è all’origine di una serie di norme concernenti i propri diritti di libertà che riposano sulla “permanenza della situazione creata dalla norma che viene invece modificata”, ne consegue, secondo questa dottrina, che l’affidamento si configuri quale presidio dei diritti di libertà del cittadino; R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano 1990, 254. Propende, invece, per il superamento della dicotomia in parola M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica, (parte prima)*, in *Giur. it.*, 7/2007, 1828, il quale propone di “ripensare la nozione di retroattività della legge” suggerendo che la prospettiva maggiormente corretta per guardare al fenomeno in parola sia la nozione di “retro valutazione giuridica” del passato, sicché “più che chiedersi se una legge sia più o meno retroattiva, ci si deve chiedere che tipo di conseguenze giuridiche essa preveda a seguito di tale rivalutazione”. Per maggiori riferimenti alla matrice germanica della suddetta distinzione J. P. SCHNEI-

niens e la data di scadenza dei predetti contratti di reggenza stipulati per l'intero anno scolastico 2012/2013. Infatti, con riferimento al periodo in parola la disposizione oggetto dell'incidente di costituzionalità produceva degli effetti con riferimento ad una fattispecie, ossia il rapporto contrattuale, sorta sotto la vigenza della disciplina pregressa ma non ancora interamente esauritasi e, quindi, con riferimento a situazioni giuridiche soggettive non interamente consolidatesi, in quanto il loro consolidamento non poteva che essere proiettato verso il futuro trattandosi di posizioni di vantaggio scaturenti da un rapporto ad efficacia durevole¹¹.

Nel caso di specie, quindi, la Corte ha riconosciuto la lesione dell'affidamento non solo in relazione agli effetti "propriamente" retroattivi prodotti dalla nuova disciplina, ma anche con riguardo a quelli "impropri", ossia con riferimento all'ipotesi più problematica di lesione dell'affidamento avente ad oggetto i rapporti di durata che spesso non manca di subire dei temperamenti e delle eccezioni ad opera della stessa giurisprudenza costituzionale¹².

In definitiva, la nuova normativa è stata sanzionata dalla Corte anche in relazione alle conseguenze pregiudizievoli per l'affidamento che questa produceva, con efficacia *pro futuro*, sui medesimi contratti, ossia su rapporti ad efficacia durevole sorti sotto la vigenza della disciplina pregressa e incisi dallo *ius superveniens*.

2. La natura incentivante della disposizione quale "sintomo" di lesione dell'affidamento

Orbene, è proprio sul versante dei rapporti tra legittimo affidamento e fattispecie ad efficacia durevole che la pronuncia *de qua* presenta i maggiori profili di interesse, in particolare, come già accennato, con riferimento agli elementi dai quali desumere la lesione del principio di cui si discute.

Invero, la sentenza in parola non si distanzia dal consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale che individua nel legittimo affidamento un limite alla modifica dei rapporti ad efficacia durevole esclusivamente quando lo *ius superveniens* incida in modo irragionevole su diritti ormai entrati a far parte della sfera giuridica del privato "non essendo

DER, *Seguridad jurídica y protección de la confianza en el derecho constitucional y administrativo alemán*, in *Doc. adm.*, 2002, 257 ss., che evidenzia come la dicotomia in parola sia stata elaborata dal BVerfG allo scopo di evitare una pietrificazione normativa difficilmente conciliabile con il principio democratico e per garantire dei margini di libertà alla nuova maggioranza parlamentare. Parimenti, lo stesso Autore sottolinea come, in realtà, vi siano fattispecie in cui non sempre è agevole distinguere tra retroattività propria e impropria.

¹¹D. U. GALLETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie*, cit., 1903; F. ROSSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1994, 327, chiarisce come la norma sia retroattiva in senso "improprio" quando incida "su rapporti di durata modificandone l'assetto per il futuro e così frustrando le aspettative, per lo più economiche, delle parti", descrizione, quest'ultima, che ben si attaglia al caso contemplato nella sentenza in commento.

¹²V. PAMPANIN, *Legittimo affidamento e irretroattività della legge nella giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in www.giustamm.it, 2015, 14, per il quale dalla giurisprudenza costituzionale può desumersi che quando la disposizione non sia propriamente retroattiva detta circostanza operi come "una sorta di presunzione di legittimità della stessa", superabile solo ove si riesca a dimostrare che la sopravvenienza normativa incida sul rapporto di durata in modo irragionevole.

interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, anche se il loro oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti”¹³.

E Infatti, la Consulta è chiara nell’affermare, in questo caso con specifico riferimento ai rapporti contrattuali, che “pur non potendosi escludere che il principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1372 del codice civile) possa subire limitazioni da fonte esterna, e quindi non necessariamente consensuali, non è consentito che la fonte normativa sopravvenuta incida irragionevolmente su un diritto acquisito attraverso un contratto regolarmente stipulato secondo la disciplina al momento vigente”.

Insomma, la Corte, anche in questo caso, non fa che ribadire come il legislatore possa approntare nuove discipline normative anche quando queste modifichino dei rapporti ad efficacia durevole, fatto salvo il limite rappresentato dall’irrazionalità e dall’arbitrarietà di siffatto intervento da valutarsi in sede di bilanciamento¹⁴.

È evidente come, attraverso un siffatto orientamento ermeneutico, il giudice delle leggi si preoccupi di bilanciare le ragioni della salvaguardia dell’affidamento con quelle della discrezionalità del legislatore, secondo un’esigenza avvertita, tra l’altro, anche in dottrina¹⁵ onde evitare che la fiducia nella permanenza nel tempo di uno specifico assetto regolatorio possa tradursi nell’immutabilità e, quindi, nella pietrificazione della disciplina normativa. Certo, non si può non rilevare come la posizione fatta propria dalla Consulta, che fa leva sull’irrazionalità della regolamentazione approntata con la nuova normativa, le lasci ampi margini di libertà interpretativa nell’individuare i casi di interventi legislativi incidenti su rapporti ad efficacia durevole lesivi del principio di cui si discute.

Probabilmente anche al fine di circoscrivere siffatta libertà ermeneutica, la Corte ha gradualmente affinato la propria tecnica di sindacato quando vengano in rilievo profili di affidamento, specie se con riferimento alla modifica di rapporti ad efficacia durevole, e sempre più spesso si preoccupa di individuare degli elementi da cui desumere, in sede di bilanciamento, la recessività o meno delle ragioni di interesse pubblico che hanno indotto il legislatore ad adottare la nuova disciplina rispetto all’entità della posizione di affidamento vantata dal privato.

In particolare, nel caso di specie, la Consulta ha avuto modo di soffermarsi sul lasso di tempo intercorso tra la stipula del contratto e il mutamento normativo, nonché sul grado di meritevolezza dell’affidamento e sulla sproporzione dell’intervento legislativo.

Lasciando momentaneamente in disparte il primo profilo, preme soffermarsi, invece, sugli ultimi due elementi presi in considerazione dal giudice delle leggi e, in particolare, sul

¹³Corte cost., sentt. nn. 36 e 349 del 1985. Nello stesso senso, tra le tante, Corte cost., sent. n. 822 del 1988; 390 del 1995; 573 del 1990; 393 del 2000; 264 del 2005; 302 del 2010; 64 del 2014; 203 del 2016.

¹⁴M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell’albero e del ramo*, in *Dir. soc.*, 3/2009, 442, mette in luce come la vocazione al bilanciamento che è propria del legittimo affidamento sia il più significativo tratto comune del principio in parola nell’ambito del diritto costituzionale e amministrativo, e permetta di contemperare interesse pubblico e interesse del privato alla stabilità della situazione giuridica soggettiva maturata.

¹⁵S. TORRICELLI, *Le modifiche retroattive in pejus della normativa pensionistica: il limite dell’affidamento*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 810.

grado di meritevolezza dell'affidamento maturato dal privato che la Corte ricostruisce in ragione della natura incentivante della normativa pregressa.

Nello specifico, il giudice delle leggi ha individuato nella normativa oggetto di modifica i tratti di una legge di incentivazione, posto che quest'ultima induceva il dipendente del Miur ad accettare mansioni e funzioni amministrative ulteriori e altrimenti non convenienti in ragione dell'incentivo rappresentato da una "retribuzione certa", sicché l'assistente amministrativo non si sarebbe candidato a ricoprire le mansioni superiori se non vi fosse stato lo stimolo rappresentato dalla retribuzione ulteriore.

Orbene, recependo un orientamento già profilatosi in dottrina¹⁶, la Corte ha riconosciuto nel caso di specie la sussistenza di un affidamento meritevole di tutela in ragione del nesso eziologico esistente tra la scelta di ricoprire le mansioni superiori e la retribuzione, circostanza di per se idonea a configurare come recessive le ragioni di contenimento della spesa pubblica che avevano indotto il legislatore ad intervenire rispetto alla salvaguardia dell'affidamento ingenerato da quest'ultimo con la normativa di segno incentivante.

In altre parole, il fatto che il privato abbia scelto di intraprendere una determinata attività, magari gravosa o comunque sgradita, esclusivamente su impulso del legislatore e per il sol fatto di confidare sull'incentivo promesso da quest'ultimo renderebbe la posizione di affidamento particolarmente qualificata, nonché rafforzata dall'esistenza del predetto nesso di causalità.

Quello appena riferito rappresenta, in realtà, il profilo di maggior interesse della pronuncia *de qua* ed è idoneo a determinare delle importanti ricadute di portata generale con riferimento alla problematica delle leggi di incentivazione e della loro modifica da parte di un nuovo intervento normativo.

Le leggi di incentivazione, invero, hanno dato la stura a tutte le disquisizioni afferenti il legittimo affidamento dei privati nei riguardi dell'attività legislativa. Infatti, quella della modifica o dell'abrogazione delle leggi aventi carattere incentivante ad opera di un intervento successivo del legislatore è una problematica risalente, tanto che la dottrina si è più volte soffermata sul problema della salvaguardia della posizione del destinatario dell'incentivo in modo da metterlo al riparo da eventuali e non improbabili sopravvenienze normative tese a revocare o modificare il beneficio in parola¹⁷.

¹⁶F. F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovrannazionali*, cit., 626.

¹⁷Si sono occupati di questa materia 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 sovracanonici elettrici)*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia*, I, Milano, 1962, 174 ss.; V. BACHELET, *Leggi o super-leggi di incentivazione?*, in *Giur. cost.*, 1965, I, 587 ss.; A. LOIODICE, *Revoca di incentivi economici ed eccesso di potere legislativo*, in *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauro*, II, Milano, 1968, 796 ss.; G. AMATO, *Profili costituzionali dell'incentivazione all'industria*, in *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, a cura di R. Costi – M. Libertini, Milano, 1982; A. PACE, *Leggi di incentivazione e vincoli sul futuro legislatore*, in AA. VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano 1987, 398 ss., ora in ID, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova 2002, 165 ss; ID, *Il fondamento del legittimo affidamento non sta nella ragionevolezza intrinseca della lex posterior sibi bene negli autovincoli della lex anterior*, in *Giur. cost.*, 2012, 3734 ss.

Al riguardo, è ben nota la suggestiva tesi di Guarino per il quale le leggi di incentivazione economica godrebbero di una protezione costituzionale “rinforzata” discendente dagli artt. 41, 25, comma 1, e 3 Cost¹⁸. Da siffatto fondamento costituzionale deriverebbe la previsione di limiti vincolanti per il legislatore che si concretizzerebbero tanto nel divieto di abrogazione retroattiva delle “leggi incentivo”, quanto nell’ulteriore divieto di adottare nuovi precetti indirizzati ai privati destinatari della “legge incentivo”, sicché il destinatario della stessa sarebbe soggetto a tutto il diritto comune, eccezion fatta per le norme incompatibili con il suo “status speciale”¹⁹. In particolare, questa dottrina si sofferma, com’è noto, sul carattere contrattuale della legge di incentivazione accostandola agli istituti della “promessa” e della “offerta al pubblico” e affermando che questa “come ogni atto riferentesi ad un rapporto volontario, paritario e sinallagmatico, deve costituire un assetto stabile, deve cioè non poter essere modificata per decisione unilaterale di una sola delle parti”²⁰. Se così non fosse si avrebbe una violazione dei principi di affidamento e buona fede che presidierebbero, secondo questa dottrina, tutti i rapporti paritari, anche quelli che non siano formalmente tali, come nel caso del rapporto che viene ad instaurarsi tra il legislatore e il privato destinatario dell’incentivo.

La tesi in parola, benché risulti condivisa da una parte della dottrina, specie con riferimento alla natura sostanzialmente contrattuale della legge-incentivo²¹, non ha persuaso quanti hanno sottolineato che in base alla nostra Carta costituzionale non possa ipotizzarsi l’esistenza di una categoria di “super leggi di incentivazione”²² la cui peculiarità consisterebbe nella loro immodificabilità garantita da un divieto di abrogazione. Parimenti, il medesimo orientamento non ha trovato il favore di quella dottrina che ha evidenziato come l’esame

¹⁸G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, cit., 174 ss., che sottolinea come verrebbe in rilievo, in particolare, il comma 3 dell’art. 41 Cost., posto che le leggi-incentivo e le leggi-contratto sarebbero da annoverare nel più ampio *genus* delle “leggi di indirizzo” mediante le quali lo Stato può indirizzare l’iniziativa economica verso fini sociali, sicché la compressione della libertà di iniziativa economica privata di cui all’art. 41, comma 1, Cost. ad opera della legge incentivante troverebbe la propria giustificazione costituzionale proprio nel predetto comma 3. Ne consegue, secondo l’A., che qualora il legislatore modificasse o abrogasse la legge precedente in modo da far venire meno retroattivamente l’incentivo promesso la compressione della libertà di cui all’art. 41, comma 1, Cost. risulterebbe illegittima poiché sarebbe venuto meno il presupposto legittimante il condizionamento della libertà di iniziativa economica privata rappresentato, per l’appunto, dalla legge-incentivo.

¹⁹G. GUARINO, *op. cit.*, 148.

²⁰G. GUARINO, *op. ult. cit.*, 143, il quale evidenzia che se la legge dovesse essere modificata o revocata dopo l’avvio dell’iniziativa privata il rapporto assumerebbe i tratti dell’inganno nei confronti del privato, maggiormente ingiusto in quanto lo Stato avrebbe fatto ricorso “al suo atto più impegnativo”, ossa la legge, al fine di dar vita ad un vero e proprio “trabocchetto” per il cittadino destinatario dell’incentivo.

²¹M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (parte seconda)*, cit., 2091; G. GROTANELLI DÈ SANTI, *op. cit.*, 152, si sofferma sulla circostanza che il rapporto che viene ad instaurarsi tra lo Stato e il destinatario degli incentivi presupponga l’impiego di concetti privatistici nonostante la natura legislativa dell’atto attraverso il quale detto rapporto viene ad esistenza. In particolare, anche questo A. mette in rilievo come il trattamento sfavorevole dovuto alla modifica della legge di incentivazione si rivolga esclusivamente nei confronti di quanti “aderendo all’incentivo ed entrando in un rapporto sostanzialmente contrattuale con lo Stato vedono tradita la fiducia prestata”.

²²V. BACHELET, *Leggi o super-leggi di incentivazione?*, cit., 587 ss.; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 346, che specifica come la legge di piano possa essere considerata una “super-legge”, solo in quanto annoverabile tra le “leggi rinforzate” dotate di una peculiare forza passiva, posto che un’altra legge non potrà modificarla o abrogarla in modo implicito potendo riuscirvi esclusivamente una “legge portatrice o formulatrice di un diverso indirizzo”.

dell'incidenza della disposizione sopravvenuta sulla legge emanata in favore dei soggetti "incentivati" non possa impostarsi alla stregua del rapporto tra fonti, bensì "in termini di ricerca di indici di esistenza di un affidamento giuridicamente tutelabile, tale da invalidare la norma lesiva sopravvenuta"²³.

Invero, l'intuizione da ultimo riferita coglie pienamente nel segno nell'affermare come si debba guardare all'esistenza di indici sintomatici di lesione dell'affidamento, posto che l'incertezza che da sempre caratterizza il principio in parola con riferimento all'attività legislativa, ampiamente testimoniata da una giurisprudenza costituzionale alquanto ondivaga, può essere attenuata, almeno in parte, dall'elaborazione delle suddette figure sintomatiche. Si badi bene, figure al sussistere delle quali la lesione del principio di cui si discute risulti, per così dire, *in re ipsa* in modo da ridimensionare la libertà interpretativa della Consulta e da ammantare di maggiori certezze una materia foriera di importanti ricadute sul piano socio-economico evitando, o quantomeno ridimensionando, i *revirement* giurisprudenziali del giudice delle leggi.

Per il vero, dalla pronunzia *de qua* sembrerebbe desumersi che proprio la natura incentivante della disposizione testimoni la meritevolezza dell'affidamento ingenerato in capo al privato rappresentando, quindi, un sintomo della lesione dello stesso ad opera della normativa sopravvenuta.

Insomma, al fine di salvaguardare i destinatari delle leggi di incentivazione dalle modifiche retroattive delle stesse, in luogo del ricorso al diritto privato, per il tramite della figura del contratto, con tutte le difficoltà che un simile orientamento comporta in termini di compatibilità con i caratteri tradizionali della legge, sembrerebbe potersi optare per una soluzione interpretativa più facilmente praticabile e strettamente legata, come già detto, all'individuazione di figure sintomatiche di lesione dell'affidamento. Nel caso di specie, si tratterebbe di rinvenire la sintomaticità della lesione in ragione della posizione rafforzata del privato la cui attività è stata indotta dal legislatore mediante la previsione dell'incentivo²⁴.

In altre parole, come riconosciuto dalla Consulta, 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; si tratterebbe, per l'appunto, di un affidamento particolarmente

²³F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'alternanza*, cit., 34, il quale fa riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che, al pari della giurisprudenza costituzionale tedesca, avrebbe individuato due indici negativi della sussistenza di un affidamento tutelabile, ossia la lunga distanza di tempo tra le due leggi e il cambiamento della situazione storico-economica del paese. Si tratterebbe, secondo l'Autore, di "elementi sintomatici di inesistenza, nella specie, di un obbligo a carico del legislatore di rispettare una determinata situazione giuridica soggettiva di vantaggio".

²⁴G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in www.rivistaaic.it, 1/2012, 15, sposando una tesi che muove dalle medesime premesse rispetto a quella qui prospettata, sottolinea come l'intervento retroattivo del legislatore si configuri ancora più lesivo della certezza delle situazioni giuridiche soggettive poiché la posizione del privato frustrata dalla modifica retroattiva della pregressa disciplina "è venuta ad esistenza solo e soltanto in ragione dell'incentivo statale", sicché lo Stato si atteggierebbe «quale autore e poi "carnefice" di posizioni giuridiche soggettive».

te qualificato o, per così dire, rafforzato dalla sussistenza del predetto nesso di causalità. Circostanza, quest'ultima, per ciò sola sufficiente a considerare recessive, come sottolineato dalla Corte nella pronunzia *de qua*, le ragioni di contenimento della spesa pubblica che avevano indotto il legislatore a modificare in senso sfavorevole per il dipendente del Miur la disposizione di natura incentivante.

Le conseguenze di un ragionamento siffatto, insomma, dovrebbero indurre a ritenere che a fronte di una disposizione incentivante vi sia sempre un affidamento meritevole di tutela da rinvenirsi in capo al destinatario dell'incentivo. Questa tesi ermeneutica, però, non si può non raffrontare con l'interpretazione fatta propria dalla Corte in una più recente pronunzia²⁵, cui si accennerà tra poco, che, solo in apparenza, parrebbe giungere a conclusioni diverse.

In ogni caso, l'orientamento appena riferito sembrerebbe testimoniare una maggiore attenzione della giurisprudenza costituzionale per le conseguenze della modifica con effetti retroattivi delle leggi di incentivazione da parte della normativa sopravvenuta, secondo una tendenza riscontrabile anche presso altre giurisdizioni. Infatti, che sia necessario approntare una tutela dell'affidamento ingenerato dal legislatore nei confronti degli operatori economici che, sulla base di siffatta tipologia di leggi, abbiano modulato le proprie scelte imprenditoriali è stato recentemente riconosciuto anche da Cass., SS. UU., 3 marzo 2016, n. 4192. Detta pronunzia, però, invita a distinguere tra l'abrogazione con effetti retroattivi della legge di incentivazione e la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme che prevedevano il beneficio. Quest'ultime, ovviamente, non possono più trovare applicazione per il futuro, sicché, a giudizio della Cassazione, profili di affidamento potrebbero invocarsi con riferimento alla suddetta abrogazione ma non con riguardo alle conseguenze della declaratoria di incostituzionalità.

Ma ancora, si pensi alle sessantadue ordinanze di rimessione con le quali il TAR Lazio, nel corso di altrettanti giudizi, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 26, commi 2 e 3, del d. l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 116 che, con effetto retroattivo improprio, ha previsto la riduzione unilaterale delle tariffe incentivanti per la produzione di energia da fonti alternative violando, in tal modo, a detta del giudice rimettente, l'affidamento derivante dalla precedente stipula di convenzioni che prevedevano tariffe maggiori. La Corte costituzionale, però, con la sentenza 24 gennaio 2017 n. 16, ha dimostrato di non condividere le censure prospettate dal TAR.

La Corte, nel rigettare la questione sollevata dal giudice amministrativo, si è soffermata sulla circostanza che il legislatore non avesse abrogato l'incentivo ma si fosse limitato a rimodularlo, sicché non sarebbe venuta meno la garanzia del permanere dello stesso per tutto il periodo stabilito dalla norma pregressa. Del resto, secondo il giudice delle leggi, l'incentivo non potrebbe rimanere immutato e, quindi, "del tutto impermeabile alle variazioni proprie dei rapporti di durata".

²⁵Corte cost., sent. n. 16 del 2017.

La Consulta, inoltre, ha potuto escludere la violazione dell'affidamento avendo riguardo alle concrete modalità di rimodulazione della misura premiale prevista dal legislatore. In particolare, la sopravvenienza normativa sanciva per il titolare dell'impianto una duplice opzione in alternativa all'intervento di riduzione della tariffa incentivante, ossia bilanciare la predetta riduzione con il prolungamento, per ulteriori quattro anni, del periodo di erogazione dell'incentivo, ovvero affiancare ad un primo periodo di riduzione della tariffa un periodo successivo di incremento della stessa in "egual misura". Allo stesso tempo, anche il fatto che la nuova disciplina avesse previsto una serie di benefici compensativi per i destinatari dell'incentivo soggetto a rimodulazione è stato preso in considerazione dalla Corte per argomentare la mancata lesione dell'affidamento.

In definitiva, la circostanza che l'incentivo non sia stato abrogato ma solo rimodulato, tra l'altro, come si è appena riferito, con modalità tese a salvaguardare gli investimenti dei fruitori dello stesso, ha indotto la Corte a far salva la disposizione oggetto dell'incidente di costituzionalità.

L'orientamento in parola non sembra contraddire quello fatto proprio dalla Consulta con la pronuncia che qui si commenta ove, come si è già detto, la sopravvenienza normativa aveva determinato non una mera modifica, bensì l'azzeramento del compenso spettante al dipendente per lo svolgimento delle mansioni superiori. Piuttosto, dalla più recente sentenza del giudice delle leggi deve dedursi che la sola modifica dell'incentivo, diversamente dal venir meno dello stesso, non rappresenti di per sé un sicuro indice di lesione dell'affidamento dovendosi avere riguardo alle concrete modalità di realizzazione della suddetta modifica, nonché alla ragionevolezza e alla non arbitrarietà dell'intervento normativo, così come richiesto dalla costante giurisprudenza costituzionale con riferimento agli interventi retroattivi impropri incidenti su rapporti di durata.

Ciò detto, il problematico rapporto tra la modifica delle leggi di incentivazione e la salvaguardia dell'affidamento è quanto mai attuale e l'orientamento fatto proprio dalla sentenza *de qua*, se confermato e ulteriormente sviluppato, potrebbe essere foriero di importanti conseguenze in termini di salvaguardia delle posizioni di vantaggio maturate dai privati destinatari dell'intervento premiale.

2.1. L'ampia nozione di disposizione incentivante accolta dalla Corte costituzionale nel caso di specie

Ribadita la bontà della posizione ermeneutica della Consulta testé esaminata, è opportuno sottolineare come, nel caso di specie, la natura incentivante della disposizione fosse tutt'altro che scontata. Per il vero, la dottrina ha già avuto modo di mettere in luce come la nozione di legge di incentivazione sia tutt'altro che univoca²⁶ e nella pronuncia *de qua*, infatti,

²⁶M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (parte seconda)*, cit., 2091, per il quale le difficoltà in ordine alla possibilità di enucleare in termini giuridici sufficientemente chiari i caratteri della legge di incentivazione si debbono, principalmente, al rapporto con la nozione economica di incentivazione.

la Corte sembra accoglierne una qualificazione piuttosto ampia che ne trascende il tradizionale ambito di applicazione. Infatti, secondo una parte degli studiosi, la legge di incentivazione sarebbe volta a “coordinare” e “indirizzare” l’attività economica privata trovando la propria legittimazione nell’art. 41 Cost. e nel potere di governare l’economia che siffatta disposizione conferisce in via generale allo Stato allo scopo di conseguire i fini sociali cui fa riferimento lo stesso art. 41 e l’uguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, comma 2, Cost.²⁷. Altra dottrina, invece, riconosce alla “legge incentivo”, quale atto di programmazione e controllo dell’economia, la funzione di tutelare e di sostenere l’iniziativa economica privata²⁸. In ogni caso, non vi è dubbio che alcuna di siffatte finalità potesse rinvenirsi nel quadro normativo antecedente all’art. 1, commi 44 e 45, della L. 24 dicembre 2012, n. 228.

Piuttosto, la percezione dei compensi aggiuntivi indicati dall’art. 52 del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e dall’art. 69 (indennità di funzioni superiori e di reggenza) del contratto collettivo nazionale di lavoro per il periodo 1994/1997, sembrava trovare la propria copertura costituzionale nell’art. 97, comma 2, Cost. Infatti, il dipendente riceveva la suddetta indennità a fronte dello svolgimento delle mansioni superiori e, quindi, in forza della garanzia, pur in mancanza del titolare dell’ufficio, in ordine alla continuità di esercizio delle funzioni di direttore dei servizi generali e amministrativi, così da salvaguardare il buon andamento²⁹ dell’Amministrazione scolastica. Semmai, il perseguimento dell’uguaglianza sostanziale poteva venire in rilievo in via mediata, posto che solo un’Amministrazione scolastica organizzata in modo da garantire il buon andamento degli uffici è in grado di conseguire nel migliore dei modi i propri fini istituzionali, certamente di natura sociale e tesi a realizzare, tra l’altro, il principio di cui all’art. 3, comma 2, Cost.

Orbene, se è vero che la copertura costituzionale e le finalità della disposizione modificata dal legislatore non sembravano del tutto compatibili con la fisionomia della legge incentivo, così come elaborata dalla dottrina, lo stesso non può dirsi per l’aspetto strutturale della stessa. E, infatti, al fine di riconoscere la natura incentivante del quadro normativo illegittimamente modificato dal legislatore, la Consulta sembra valorizzare proprio l’aspetto strutturale della disposizione, posto che quest’ultima prevedeva l’attribuzione di un vantaggio, in questo caso di natura economica, connesso alla realizzazione della fattispecie prevista dalla legge, secondo il modello tipico delle leggi di incentivazione. Quest’ultime, infatti, sono tali se attraverso la previsione di un beneficio, prevalentemente ma non esclusivamente di tipo economico, stimolano il compimento di un’attività economica privata, ricollegando

²⁷ M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (parte seconda)*, cit., 2093-2094.

²⁸ F. MERUSI- G. C. SPATTINI, *Economia (Intervento pubblico nell’)*, in AA. VV., *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, III, 2099; F. MERUSI, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Milano, 1968, 62 ss., che, in quanto volte a tutelare e sostenere l’iniziativa economica privata, ritiene le leggi di incentivazione addirittura doverose.

²⁹ Sul principio di buon andamento della pubblica amministrazione con particolare riguardo alla giurisprudenza costituzionale si rinvia a A. SAITTA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 1988, 53 ss.; C. PINELLI, voce art. 97 Cost., in AA. VV., *Commentario alla costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Roma, 1994, 97 ss.

l'attribuzione del beneficio allo svolgimento dell'attività o al verificarsi di un determinato risultato conseguente alla realizzazione di quella attività³⁰.

Quindi, nel caso sottoposto all'esame del giudice delle leggi, a far propendere per la natura incentivante della disposizione sembrerebbe essere la relazione tra la retribuzione aggiuntiva prevista dalla normativa e l'accettazione di funzioni ulteriori e magari maggiormente gravose da parte del dipendente. Che poi il rapporto giuridico tra il privato destinatario dell'incentivo e l'Amministrazione si sia concretamente instaurato attraverso il sinallagma contrattuale nulla toglie alla natura incentivante della disposizione. Del resto, è ben possibile che le leggi incentivo, lungi dal configurarsi come autoapplicative, presuppongano un'attività ulteriore da parte dell'Amministrazione ai fini dell'erogazione del beneficio. Si pensi all'esercizio di poteri autoritativi di controllo o di vigilanza da parte della P.A. in ordine al compimento dell'attività richiesta al privato, alla sottoscrizione di accordi di diritto pubblico per disciplinare il compimento della predetta attività oppure, come nel caso di specie, all'instaurarsi di un vero e proprio rapporto contrattuale tra il dipendente e l'Amministrazione ai fini dello svolgimento delle funzioni a fronte delle quali erogare l'incentivo, consistente, in questo caso, nella retribuzione aggiuntiva.

3. La proporzionalità dell'intervento normativo

Quanto all'impiego del principio di proporzionalità al fine di valutare la lesione dell'affidamento, si tratta di una tendenza già riscontrata in alcune recenti pronunzie della Corte³¹ che, al riguardo, sembra aver recepito le sollecitazioni provenienti dalla dottrina più sensibile³².

In particolare, nella sentenza *de qua* la Consulta sembra valorizzare due elementi al fine di riscontrare la sproporzione dell'intervento normativo rispetto all'entità delle posizioni soggettive incise da quest'ultimo. *In primis* la circostanza che la situazione soggettiva perfetta vantata dal singolo discendesse da un contratto "regolarmente stipulato", fatto che, come si avrà modo di approfondire, è di per sé idoneo a configurare una posizione di affidamento assistita da un sufficiente grado di consolidamento. *In secundis*, l'assenza di una qualche relazione tecnica che illustrasse i risparmi da conseguire attraverso la modifica della disciplina pregressa. Proprio queste due considerazioni hanno indotto la Corte a ritenere sproporzionato l'intervento normativo rispetto al fine di contenimento della spesa pubblica dichiaratamente perseguito con lo *ius superveniens*.

³⁰M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (parte seconda)*, cit., 2092.

³¹Corte cost., sentt. nn. 56, 216 del 2015.

³²D. U. GALLETTA, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 1909. Al riguardo, è difficile negare che l'impiego del principio di proporzionalità determini un avvicinamento tra il sindacato della Corte costituzionale a quello che compie il giudice amministrativo nelle ipotesi di lesione dell'affidamento da parte dei provvedimenti amministrativi limitativi della sfera giuridica dei privati.

Se si ha riguardo alla scansione triadica³³ che caratterizza il giudizio di proporzionalità, in questa sede il principio in parola sembra venire in rilievo proprio *sub specie* di verifica della idoneità della misura legislativa rispetto al fine da questa perseguito. Infatti, in mancanza della predetta relazione e, quindi, in mancanza della stima circa i risparmi da conseguire non poteva esservi alcun modo per dimostrare la corrispondenza tra la nuova disciplina e lo scopo del contenimento della spesa.

Inoltre, la sproporzione sembra potersi apprezzare anche alla luce della quarta fase che caratterizza la verifica del rispetto del principio di proporzionalità, ossia quella della “proporzionalità in senso stretto,” che esamina gli effetti dell’atto normativo raffrontando e soppesando i benefici che derivano dal perseguimento dell’obiettivo cui il legislatore mira rispetto ai sacrifici che esso impone ad altri interessi e diritti contrapposti. Si tratta, evidentemente, di una valutazione che non può che sfociare in un giudizio assimilabile al bilanciamento sui valori, da tempo entrato a far parte delle tecniche di sindacato del giudice delle leggi, e che nel caso di specie non poteva che risolversi a favore dell’affidamento in ordine al mantenimento della posizione di vantaggio del dipendente pubblico, anche alla luce del suo particolare consolidamento in ragione dell’esistenza del sinallagma contrattuale.

4. La valutazione dell’elemento temporale e il consolidamento della posizione di affidamento

Da ultimo, preme soffermarsi sulla valutazione operata dalla Corte in ordine all’elemento temporale che ha riguardato la scansione cronologica intercorrente tra la sottoscrizione del contratto e la sopravvenienza normativa. Sul punto la Consulta, dopo aver richiamato il proprio consolidato orientamento in materia di affidamento e modifica dei rapporti di durata afferma che “nel caso in esame, l’elemento temporale gioca in senso opposto a quello del richiamato precedente giurisprudenziale ma in modo altrettanto significativo sul piano dell’affidamento: assume rilievo, cioè, la brevità del lasso temporale, appena quattro mesi, tra il momento in cui il funzionario ha stipulato il contratto – sulla base di una normativa prevista nel contratto collettivo di lavoro e, per di più, stabile nel tempo – e quello di entrata

³³Sulla scansione del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di Sabino Cassese, Milano, 2003, II, 1072 ss.; Id, *La proporzionalità dell’azione amministrativa*, Milano, 1998, 366, il quale mette in luce che i tre elementi che caratterizzano il principio in parola ne costituiscono il contenuto “unitario” ma “scomponibile”, posto che quest’ultimi sono soltanto distinguibili ma non scindibili tra loro. Sul riscontro in ordine alla proporzionalità della scelta legislativa si rinvia a M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it, 6, che, inoltre, evidenzia come il principio di proporzionalità sia frequentemente richiamato nella giurisprudenza della Consulta unitamente a quello di ragionevolezza o, alle volte, come sinonimo di esso. Per l’orientamento che sostiene come tra i principi di proporzionalità e ragionevolezza sussisterebbe un rapporto tra *species* e *genus*, G. ZAGRELBESKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 216; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 294 ss. Riconduce il principio di proporzionalità a quello di ragionevolezza, del quale sarebbe un’espressione, anche P. M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 76 ss.

in vigore della nuova disposizione, radicalmente differente proprio con riguardo alle modalità retributive”.

Orbene, al di là della non agevolissima comprensione del passaggio motivazionale in questione, la Corte sembra guardare al lasso temporale intercorso tra il sorgere della posizione di affidamento e la modifica della disciplina, per così dire, “affidante” in senso diametralmente opposto rispetto al proprio orientamento tradizionale. Infatti, quest’ultima ha desunto più volte il grado di consolidamento dell’affidamento dall’ampiezza del lasso di tempo intercorso tra l’adozione della disposizione retroattiva e la fattispecie passata su cui questa andava ad incidere affermando, ad esempio, che “attraverso le norme oggetto del giudizio di costituzionalità, [...], il legislatore regionale, non solo ha perseguito esclusivamente lo scopo di porre rimedio alla prolungata inerzia della sua struttura amministrativa, sacrificando contemporaneamente, all’esito di una arbitraria ponderazione, la posizione di altri soggetti, ma ciò ha fatto non nella immediatezza dello spirare del termine entro il quale la azione amministrativa doveva trovare il suo ordinario compimento, bensì a distanza di un periodo di tempo che, per la sua considerevole ampiezza, non poteva che avere rafforzato nei soggetti coinvolti dalle dette disposizioni il giustificato affidamento nell’avvenuto consolidamento della situazione sostanziale che nel frattempo si era creata”³⁴. Ancora, con riferimento alla prescrizione anticipata del diritto di convertire le lire in euro, la Consulta recentemente, con la sentenza n. 216 del 2015, ha avuto modo di affermare che “il lungo tempo trascorso senza alcuna modifica dell’assetto normativo regolatore del rapporto rende anzi ancora più evidente il carattere certamente consolidato della posizione giuridica dei possessori di banconote in lire e della loro legittima aspettativa a convertirle in euro entro il termine che sarebbe venuto a scadenza il 28 febbraio 2012”.

Nella pronunzia che si commenta, invece, la Corte sembra desumere l’esistenza di una posizione di affidamento sufficientemente consolidata dalla circostanza che tra il momento in cui è sorta la posizione di vantaggio e la modifica della pregressa disciplina sia intercorso un lasso di tempo relativamente breve, ossia quattro mesi, sicché si sarebbe trattato di una modifica normativa repentina e inattesa a pochi mesi dalla stipula del contratto, ossia di uno strumento giuridico di per sé idoneo a radicare in capo al dipendente ragioni di certezza in ordine ai termini dello stesso e con riferimento ad un rapporto regolato, tra l’altro, da una disciplina “stabile nel tempo”.

Insomma, il dipendente non poteva aspettarsi una modifica tanto immediata della disciplina precedente facendo affidamento, invece, sulla sua pregressa stabilità e sul contratto stipulato solo pochi mesi prima, sicché in questo caso il breve lasso di tempo sarebbe ben lungi dal escludere la sussistenza di un affidamento consolidato ma, anzi, ne diverrebbe un elemento sintomatico.

Ricostruita in questo senso la tesi interpretativa della Corte, c’è da chiedersi se una simile posizione ermeneutica fosse necessaria al fine di ricostruire l’esistenza di un legittimo affidamento in capo al dipendente o se, invece, l’orientamento in parola non contribuisca ad

³⁴Corte cost., sent. n. 156 del 2007. Nello stesso senso Corte cost., sent. n. 155 del 1990.

ingenerare nuove incertezze in ordine agli indici da cui desumere l'esistenza di un affidamento ormai stratificato e, quindi, da salvaguardare.

Per il vero, nel caso prospettato alla Corte la valutazione in ordine all'elemento temporale appariva forse superflua al fine di determinare la sussistenza o meno di una posizione di affidamento in capo al dipendente.

Come si è già messo in evidenza, quando l'intervento legislativo abbia ad oggetto la disciplina di un rapporto ad efficacia durevole, modificandola solo per il futuro, non potrebbero invocarsi in ogni caso affidamenti nei riguardi dell'immutabilità della predetta disciplina dovendosi guardare, invece, al grado di effettivo consolidamento della posizione di vantaggio del singolo. A tal fine, occorre individuare il momento in cui detto consolidamento eventualmente si verifica e che, inevitabilmente, si traduce nel "momento dell'affidamento" che diviene il limite all'applicazione dello *ius superveniens*³⁵.

Orbene, la circostanza che alla promessa dell'incentivo, di per sé idonea a configurare una mera aspettativa³⁶ in relazione all'erogazione dello stesso, abbia fatto seguito un'attività ulteriore risulta importante allo scopo di individuare quando la posizione soggettiva del privato si sia consolidata al punto da radicare in capo a quest'ultimo un legittimo affidamento in ordine al mantenimento di un determinato assetto regolatorio e, in definitiva, con riguardo al godimento del vantaggio promesso dal legislatore. Invero, è facile immaginare come l'avvio dell'attività da parte del privato a seguito della promessa dell'incentivo non sempre sia sufficiente, da sola, a radicare in capo a quest'ultimo una posizione soggettiva sufficientemente consolidata dovendosi guardare, a tal fine, anche allo scarto temporale tra l'inizio della condotta richiesta dal legislatore e lo *ius superveniens* modificativo della normativa pregressa. Ovviamente, nel senso tradizionalmente inteso dalla Corte, ossia immaginando che solo il decorso di un certo lasso di tempo, da valutarsi in concreto in base alla peculiarità della fattispecie, sarà idoneo a fondare una posizione di affidamento legittimo in capo al singolo in presenza di una modifica del rapporto di durata³⁷.

Di converso, quando l'attività incentivata venga intrapresa in seguito della stipula di un accordo di diritto pubblico o, come nel caso qui esaminato, di un contratto, siffatta evenienza sarà di per sé idonea a radicare una posizione di affidamento sufficientemente consolidata. In altre parole, la presenza del sinallagma contrattuale non può che rafforzare in capo

³⁵G. PACE, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, 1944, 4, per il quale il solo criterio temporale della data di attuazione del nuovo ordinamento e di abrogazione di quello vecchio non basta a risolvere il conflitto legislativo poiché si tratta di fatti o situazioni giuridiche che si collocano "a cavallo delle due leggi collidenti".

³⁶L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998, 191, mette in evidenza come la differenza tra diritto quesito e aspettativa legittima consista nella "diversa capacità di resistere" alle modifiche legislative. Infatti, mentre l'aspettativa legittima non è esclusa dagli effetti di una modifica di disciplina, salvo che non ne risulti lesa, il diritto quesito, invece, in quanto ormai consolidato nella sfera giuridica del singolo non può più essere rimosso in conseguenza di cambiamenti normativi.

³⁷Un'analoga tendenza in ordine all'effetto di consolidamento della posizione di vantaggio del privato a seguito del decorso del tempo si registra anche nel diritto amministrativo ove, però, i principi di buona fede e di affidamento "legalizzano" il tempo dell'illegittimità ed impediscono al "tempo naturale", ossia quello dell'accertamento dell'illegittimità da parte della P.A., di produrre conseguenze come efficacemente sottolineato da F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 541.

al destinatario dell'incentivo la certezza in ordine alla cristallizzazione del rapporto e della disciplina normativa sul quale questo si fonda, sicché la stipula dello stesso non potrà che rappresentare il "momento dell'affidamento" rendendo influente, ai fini della stratificazione della posizione soggettiva, il decorso del tempo tra il sorgere del rapporto e la modifica della disciplina sul quale questo si fonda.

Nel caso di specie, quindi, il riferimento all'elemento temporale, sia nel senso tradizionalmente preso in considerazione dalla Corte, che nella prospettiva opposta valorizzata nella pronuncia *de qua*, risulta alquanto superfluo, posto che la situazione di vantaggio maturata dal dipendente poteva considerarsi consolidata in termini di affidamento a prescindere dal decorso del tempo per il solo fatto della stipula del contratto teso a regolare l'esercizio delle funzioni oggetto di incentivazione.