

## **Retroattività del provvedimento amministrativo e principi generali dell'ordinamento** di Massimo Monteduro\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. Il silenzio della legislazione in ordine al problema della retroattività del provvedimento amministrativo e la rarità delle indagini dottrinali. 2. La pietrificazione, ad opera della manualistica e della giurisprudenza, di uno schema a geometria fissa: la retroattività negata come regola e consentita come eccezione "per classi" di provvedimenti configurate quali *numerus clausus*. 3. Alcune ragioni teoriche per una rimediazione del problema: il «dissolvimento della retroattività» nel bilanciamento tra valori costituzionali; la critica all'elaborazione della certezza del diritto come «concetto tutto-o-niente». 4. Una differente proposta ricostruttiva nel senso di uno schema a geometria variabile: la retroattività negata o consentita "per principi", caso per caso, motivatamente e con esiti non predeterminabili *ex ante*. Un triplice test per vagliare l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* della tollerabilità della retroazione del provvedimento amministrativo in base ai principi generali dell'ordinamento.

### **ABSTRACT**

Nell'ordinamento italiano continua a mancare una disposizione di legge che abbia ad oggetto la retroattività del provvedimento amministrativo. La l. n. 241 del 1990, pur disciplinando (nel Capo IV-*bis*) sotto vari profili l'efficacia del provvedimento, non affronta il problema dell'ammissibilità della retroazione degli effetti delle decisioni amministrative unilaterali. Anche nella dottrina italiana sono rare le indagini dedicate all'argomento. Nel silenzio della legislazione ha trovato ampio spazio, inevitabilmente, l'opera della giurisprudenza che, argomentando in particolare sulla base dell'art. 11 delle Preleggi, ha elaborato una tesi ormai consolidata: quella del divieto generale di retroattività dei provvedimenti amministrativi. La giurisprudenza non si è limitata ad enucleare questa regola generale: essa ha anche elaborato, sempre in assenza di fondamento nel diritto positivo, un *numerus clausus* di eccezioni che derogherebbero alla regola. In particolare, vi sarebbero quattro classi di provvedimenti amministrativi a retroattività eccezionalmente consentita: quelli retroattivi per legge; quelli retrodatibili per doverosa esecuzione di pronunce giurisdizionali o giustiziali; quelli retroattivi per natura; quelli retroattivi unicamente *in bonam partem*. Il presente contributo sviluppa una tesi differente. Da un lato, sottolinea che le coordinate tradizionali di inquadramento del problema non sembrano più adeguate rispetto all'evoluzione dell'ordinamento verso un diritto basato sui principi, in cui anche i concetti della dogmatica esigono di essere relativizzati, di acquisire elasticità, mobilità, adattabilità; di conseguenza, appare non condivisibile l'impostazione tratteggiata secondo cui la retroattività dei provvedimenti amministrativi presenterebbe uno schema a geometria fissa, ossia "per classi", risultando sempre vietata o sempre consentita in base alla sussunzione del provvedimento in categorie astratte e fissate *a priori*. In luogo di questo approccio, il contributo propone di configurare la retroattività secondo uno schema a geometria variabile, ossia "per principi": essa potrebbe considerarsi vietata o consentita solo all'esito di una verifica di compatibilità con i principi

---

\* Ricercatore confermato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento; Abilitato alle funzioni di professore di II fascia (diritto amministrativo). Lo scritto è destinato alla pubblicazione (in versione rielaborata ed ampliata) negli Studi in onore del Prof. Ernesto STICCHI DAMIANI ed è dedicato con gratitudine al maestro le cui riflessioni hanno investito in profondità, recentemente, anche la nodale questione della retroattività, da Egli esplorata al di fuori del tradizionale perimetro in cui quest'ultima viene usualmente indagata (E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 1143-1164). Le tesi delineate nel presente contributo muovono dalla relazione svolta dall'autore, in data 8 luglio 2010, nel Convegno nazionale di Fano sul tema «Procedimento amministrativo, principi generali dell'ordinamento, buona fede», patrocinato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo". L'autore ringrazia il Prof. L.R. Perfetti per l'invito al Convegno e per il confronto critico che, in seno a quest'ultimo, ha reso possibile lo sviluppo del contributo. Le pronunce giurisprudenziali citate sono reperibili, in assenza di diverse indicazioni nelle note a piè di pagina, nei siti Internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it) e [www.leggiditaliaprofessionale.it](http://www.leggiditaliaprofessionale.it).

generali dell'ordinamento, da svolgersi in concreto e che, per essere controllabile e non arbitraria, dovrebbe articolarsi in una rigorosa sequenza di fasi. In particolare, ogni ipotesi di provvedimento retroattivo dovrebbe essere sottoposta, caso per caso, motivatamente e con esiti non predeterminabili *ex ante*, ad un triplice test, per vagliare l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* della retroazione tollerabile dall'ordinamento in base ai principi generali: un primo test relativo al principio di legalità; un secondo relativo al principio di proporzionalità; un terzo correlato al bilanciamento finale tra i principi di buon andamento ed efficacia ed i principi di certezza (intesa come ragionevole prevedibilità) del diritto e di tutela del legittimo affidamento.

## **1. Premessa. Il silenzio della legislazione in ordine al problema della retroattività del provvedimento amministrativo e la rarità delle indagini dottrinali.**

Nell'ordinamento italiano, nonostante i numerosi interventi di novellazione stratificatisi negli ultimi venticinque anni sul tormentato testo della l. 241/1990, continua a mancare una disposizione che si riferisca espressamente al problema generale della retroattività del provvedimento amministrativo.

Il dato è significativo e, a suo modo, sorprendente, ove si consideri che:

- almeno secondo parte della dottrina, la l. 15/2005 avrebbe trasformato la l. 241/1990 da «legge sul procedimento» a «legge sul provvedimento»<sup>1</sup>;

- la l. 15/2005 e le novelle successive hanno fatto tornare prepotentemente al centro del dibattito dottrinale le principali questioni legate alla teoria generale degli atti e dei provvedimenti amministrativi (basti pensare, solo per enumerare alcuni dei profili affrontati negli ultimi anni, a nodi dogmatici quali la ridefinizione delle nozioni di atto e provvedimento amministrativo; gli elementi essenziali, la motivazione, la validità – tra annullabilità e nullità –, l'autoritatività/imperatività, l'esecutorietà e l'interpretazione del provvedimento; i provvedimenti di secondo grado<sup>2</sup>);

---

<sup>1</sup> F. FRANCIARIO, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990)*, in *Corr. mer.*, 2005, 467 ss.

<sup>2</sup> Oltre alle opere di carattere manualistico e alle svariate opere di commento alle leggi nn. 15 e 80 del 2005, nella vasta messe delle monografie e dei saggi successivi al 2005 v. I. ZINGALES, *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, Roma, 2014; M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo: profili di teoria generale*, Pisa, 2013; Gius. GRECO, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013; A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 269 ss.; S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, 2013; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo: l'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013; A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013; B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss.; M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012; M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*. Vol. I. *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 837 ss.; ID., *Della convalida del provvedimento amministrativo*, *ivi*, 2011, 201 ss.; P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012; G. IUDICA, *Comunicazione del provvedimento amministrativo e funzione procedimentale*, Milano, 2012; E. GIARDINO, *La plurilateralità della funzione amministrativa. L'esercizio del potere amministrativo nella crisi dell'unilateralità del provvedimento*, Torino, 2012; A. MOZZATI, *La conformità europea dei procedimenti e degli atti amministrativi interni*, Torino, 2012; A. CALEGARI, *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, 2012; S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012; R. MUSONE, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Roma, 2012; ID., *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007; P.M. VIPIANA – V. CINGANO, *L'atto amministrativo*, Padova,

- la l. 15/2005 si è occupata specificamente del capitolo dell'efficacia del provvedimento, unitamente a quelli dell'esecutività e dell'esecutorietà, dedicandovi una serie di articoli (21-bis, 21-ter e 21-quater della l. 241/1990, ma anche 21-quinquies con riferimento alla codificazione della distinzione tra provvedimenti «ad efficacia durevole o istantanea») e, ciò nonostante, non si è occupata della questione dell'efficacia retroattiva del provvedimento<sup>3</sup>.

2012; V. ZICARO, *L'atto amministrativo nazionale contrastante con il diritto europeo: profili sostanziali e processuali*, Cosenza, 2012; AA.VV., *L'atto autoritativo: convergenze e divergenze tra ordinamenti* (Atti del convegno annuale AIPDA, Bari, 30 settembre-1 ottobre 2011), Napoli, 2012; V. SARCONI, *La direttiva amministrativa quale atto di conformazione dell'esercizio del potere pubblico*, Roma, 2012; F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 665 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Esiste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione? (in margine al recente convegno dell'AIPDA)*, *ibidem*, 759 ss.; F. ASTONE, *Contributo allo studio dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli, 2011; E. MICETTI, *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato. La convalida e l'integrazione*, Milano, 2011; G. FALCON – D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011; G. CORSO – G. FARES, *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 2011; C. MARZUOLI, *Atti amministrativi e atti della pubblica amministrazione* (Report annuale - 2011 - Italia), in <http://www.ius-publicum.com>, 2011; F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010; M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss.; F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, 439 ss.; L. BERTONAZZI, *Illegittimità comunitaria e annullamento d'ufficio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1455 ss.; D. SORACE, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 46 ss.; ID., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385 ss.; P. GOTTI, *Osservazioni in tema di revoca degli atti amministrativi dopo le leggi n. 15/2005 e n. 40/2007*, in *Dir. amm.*, 2009, 691 ss.; D. DE CAROLIS, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo*, Milano, 2009; L. DE LUCIA, *Introduzione al provvedimento amministrativo transnazionale nel diritto europeo*, Torino, 2009; ID., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009; S. D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinali e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 537 ss.; A. LAMORGESE, *Nullità dell'atto amministrativo e giudice ordinario*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 67 ss.; M. CLARICH, *Atto amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 341 ss.; A. RALLO, *Contributo allo studio della comunicazione dell'atto amministrativo. Profili strutturali e valori procedimentali*, Napoli, 2008; A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 319 ss.; G. PAGLIARI, *Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica del privato. Note di commento dell'art. 21 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Dir. econ.*, 2007, 51 ss.; G. BERGONZINI, *Art 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 231 ss.; M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedimentali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, 825 ss.; G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 326 ss.; L. MAZZAROLLI, *Sulla disciplina della nullità dei provvedimenti amministrativi (art. 21-septies della l. n. 241 del 1990, introdotto con la l. n. 15 del 2005)*, *ivi*, 2006, 543 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006; S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006; E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. 15/2005*, in *Foro amm. - TAR*, 2006, 1547 ss. L'opera recente più organica è indubbiamente quella di R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, nel *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da F.G. SCOCA – F.A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI, Torino, 2006.

<sup>3</sup> M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedimentali ed esigenze di risultato*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 343, sottolinea che proprio la «assenza ... di una disciplina dell'efficacia retroattiva di alcune categorie di provvedimenti, costituisce una delle lacune più vistose delle nuove disposizioni sull'efficacia degli atti amministrativi» a seguito della novella del 2005; sulla disciplina dell'efficacia del provvedimento a seguito della l. 15/2005, di recente, anche per ampi riferimenti dottrinali, cfr. G. CREPALDI, *L'efficacia temporale del provvedimento amministrativo e le sue vicende*, in *Foro amm. - CdS*, 2013, 443 ss.

Altrettanto sorprendente è il fatto che il problema della retroattività dei provvedimenti amministrativi non sia stato compiutamente scandagliato dalla dottrina italiana.

Una ricognizione della letteratura amministrativistica fa emergere, infatti, la presenza di due soli contributi monografici.

Il primo, risalente al 1950<sup>4</sup>, affronta il tema ad ampio spettro ma con il limite di un'impostazione più analitica e ricognitiva che volta ad una sistemazione teorica organica ed originale: in ogni caso, il decorso di oltre un cinquantennio e l'intervento, nelle more, della l. 241/1990 rendono difficilmente confrontabile il contesto ordinamentale presupposto dall'autore con quello attuale.

Il secondo, edito in due volumi nel 1995 e nel 1999<sup>5</sup>, non presenta tale limite, essendo organizzato con un solido e coerente impianto dogmatico e connotato da un approccio critico e sistematico: tuttavia, l'opera si circoscrive all'esame di una specifica figura di provvedimenti amministrativi, quelli caratterizzati dalla formula «ora per allora». È significativo che l'Autore ammonisca a non confondere i provvedimenti «ora per allora» con i provvedimenti propriamente retroattivi<sup>6</sup>, affermando che la formula «ora per allora» dovrebbe essere utilizzata per indicare solo i provvedimenti adottati in conformità a una situazione di fatto che esisteva e/o a una normativa che vigeva nella fase incoativa dell'esercizio della funzione amministrativa, anziché in conformità alla diversa situazione di fatto che sia esistente e/o alla diversa normativa che sia vigente al momento dell'emanazione del provvedimento. In altri termini, il provvedimento «ora per allora» indica situazioni in cui, nel corso dell'esercizio della funzione amministrativa, si verificano sopravvenienze di fatto o di diritto, ma l'operatività di tali sopravvenienze viene impedita da fenomeni preclusivi (ad esempio, di tipo processuale o procedimentale) i quali impongono di mantenere il riferimento all'originario quadro fattuale e normativo, anziché a quello mutato. Si tratta di questioni le quali, più che riguardare direttamente il problema della retroattività, intercettano ambiti contigui quali quello del c.d. diritto intertemporale; rispetto alle sopravvenienze di diritto, le medesime questioni sono state affrontate, ad esempio, sempre nella dottrina amministrativistica, da chi ha proposto di sostituire, come chiave di lettura dei rapporti tra procedimento amministrativo e *ius superveniens*, al tradizionale principio *tempus regit actum* il principio *tempus regit actionem*<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> R. PERRONE CAPANO, *La retroattività degli atti amministrativi*, Napoli, 1950, con una seconda edizione aggiornata del 1963.

<sup>5</sup> S. PERONGINI, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. I. Le diverse tipologie di provvedimenti «ora per allora»*, Napoli, 1995; ID., *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo «ora per allora». Preclusioni e limiti alle sopravvenienze di fatto e di diritto*, Napoli, 1999.

<sup>6</sup> S. PERONGINI, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. I. Le diverse tipologie di provvedimenti «ora per allora»*, cit., 234 ss.; ID., *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo «ora per allora»*, cit., 15-16, ove si ribadisce che «il valore semantico della locuzione confligge nettamente con il senso intrinseco del fenomeno della retroattività [...]», in quanto il provvedimento «ora per allora» consiste in «un provvedimento, emanato in difformità dalla normativa vigente al momento della sua adozione e sulla scorta di una disciplina in vigore in un tempo passato, oppure sul presupposto di una situazione di fatto che, per essersi successivamente alterata, sia diversa da quella esistente al momento della sua emanazione. In ciò va ravvisata la caratteristica tipica del provvedimento «ora per allora», la cui situazione di partenza si sia rispettivamente alterata a seguito di una sopravvenienza di norme o per mutamento della situazione di fatto [...] detta fattispecie è contrassegnata da un'accentuata autonomia, che non ha nulla a che vedere con la retroattività, anche se con quest'ultima è stata a lungo e viene ancora oggi confusa».

<sup>7</sup> G.D. COMPORTELLI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001; di recente, sul problema, cfr. P.L. PORTALURI, *La regola estrosa: note su procedimento amministrativo e ius superveniens*, in *Foro amm. - TAR*, 2013, 1807 ss.

In disparte tali monografie, non si rinvencono neppure saggi (esaminando la produzione dottrinale dell'ultimo cinquantennio<sup>8</sup>) che affrontino in maniera complessiva e con intenti di risistemazione teorica<sup>9</sup> il problema della retroattività dei provvedimenti amministrativi. Quest'ultimo viene intercettato incidentalmente nelle opere di carattere manualistico o trattatistico<sup>10</sup> (generalmente con cenni molto scarni, salve alcune eccezioni<sup>11</sup>), oppure indirettamente, ad esempio nei contributi sul principio di tutela del legittimo affidamento nel diritto amministrativo o in quelli che, indagando la natura, la struttura o l'efficacia di particolari provvedimenti di secondo grado come l'annullamento d'ufficio o la convalida, si interrogano circa la retroattività degli effetti di questi ultimi<sup>12</sup>. Si distingue, in questo panorama, il più ampio spazio (pagg. 398-413) che viene

<sup>8</sup> Una produzione dottrinale rilevante (sebbene per lo più limitata a contributi minori o a riferimenti contenuti all'interno di opere dedicate a specifiche tipologie di atti amministrativi) aveva caratterizzato la prima parte dello scorso secolo (con scritti, tra gli altri, di autori del calibro di FORTI, RAVÀ, ROMANELLI, RESTA, JACCARINO, GASPARRI, SANDULLI: cfr. ad es. i riferimenti bibliografici citati da P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 36-363 (note da 62 a 65); da R. PERRONE CAPANO, *La retroattività degli atti amministrativi*, 2<sup>a</sup> ed. aggiornata, Napoli, 1963, 26 (nota 41), 64 (nota 24), 99 (nota 40), 107 (nota 52), 114-116 (note da 63 a 65), 134 (note 102 e 103), 158 (nota 148); da R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali* [1941], rist. Milano, 1963, 194 (nota 31) e 242 (nota 141).

<sup>9</sup> Ad es., seppur molto analitico, presenta carattere ricognitivo delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali il contributo di L. SCIRMAN, *La retroattività in diritto amministrativo e del provvedimento amministrativo in particolare*, in *LexItalia.it*, n. 3/2014.

<sup>10</sup> Tra gli altri, v. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, 8<sup>a</sup> edizione, Milano, 1958, 292; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 3<sup>a</sup> edizione nuovamente riveduta rielaborata e ampliata, Milano, 1960, 330-331; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Vol. I, 5<sup>a</sup> edizione (riveduta e aggiornata dal Prof. Elio Casetta), Torino, 1962, 437-438; M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 185; ID., *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1970, 595-597; ID., *Diritto amministrativo*, Vol. II, 3<sup>a</sup> edizione, Milano, 1993, 284-285; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2<sup>a</sup> edizione aggiornata, Milano, 2000, 319-320; A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, vol. 1, 14<sup>a</sup> edizione, Napoli, 1984, 695-696 (ma v. anche, in ordine all'irretroattività dei regolamenti, pp. 79 e 94); P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo, cit.*, 360-363; ID., *Diritto amministrativo. 2. Atti e ricorsi*, 5<sup>a</sup> edizione aggiornata, Milano, 1999, 99-100; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. III, Padova, 1993, 269-270; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, 2<sup>a</sup> edizione, Torino, 1997, 563-566; ID., *Principii del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005, 189-192; ID., *Lineamenti del diritto amministrativo*, 2<sup>a</sup> edizione, Torino, 2012, 432-435; L. GALATERIA – M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo. Principi generali*, 3<sup>a</sup> edizione, Torino, 1998, 447-448; G. LANDI – G. POTENZA – V. ITALIA, *Manuale di diritto amministrativo*, 11<sup>a</sup> edizione, Milano, 1999, 253-254; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo. I. Parte generale*, 4<sup>a</sup> edizione, Bologna, 2005, 814-816; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo, cit.*, 293-297; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. I. L'attività*, Padova, 2005, 161-162; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo I, 2<sup>a</sup> edizione, Milano, 2003, 930-932; ID., *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, 4<sup>a</sup> edizione, Milano, 2012, 353; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 13<sup>a</sup> edizione, Milano, 2011, 519 e 567; M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2<sup>a</sup> edizione, Torino, 2011, 282-283.

<sup>11</sup> Rappresentate dai contributi di P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo, cit.*, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo, cit.* e V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo, cit.*, che dedicano un (relativamente) maggiore spazio al tema.

<sup>12</sup> Tra tali contributi, oltre a quelli già citati nella precedente nota 2, v. F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1195 ss.; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001; ID., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; L.M. CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 2010, 1400 ss.; S. VALAGUZZA, *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legittimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1257 ss.; M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. e soc.*, 2009, 403 ss.; ID., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento: tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008 (ivi, alle pagg. 42 ss. e 94 ss., puntuali riflessioni sul

riservato al problema nella classica monografia di Corso sull'efficacia del provvedimento amministrativo<sup>13</sup>.

La mancanza di studi recenti dedicati *ex professo* alla retroattività del provvedimento amministrativo sorprende, stimolando una rinnovata riflessione, ancor più ove si considerino i seguenti fattori di contesto:

- il problema della retroattività del provvedimento amministrativo è molto presente alla giurisprudenza italiana e forma tuttora oggetto di numerose pronunce, segno dell'attualità e della vitalità della tematica nella prassi<sup>14</sup>;

- la dottrina giuspubblicistica straniera ha dedicato sia studi classici che monografie recenti al problema della retroattività dei provvedimenti amministrativi, ponendolo al centro di una riflessione più serrata di quanto sia accaduto nel nostro ordinamento<sup>15</sup>;

- la dottrina, più in generale, riserva un'attenzione altissima alla retroattività di atti giuridici diversi dal provvedimento amministrativo (le leggi<sup>16</sup>; le sentenze della Corte costituzionale<sup>17</sup>; le

«rapporto tra affidamento e retroattività», sullo «schema Schloßstraße: la tutela dell'affidamento come irretroattività», su «l'affidamento senza retroattività» e sulle «differenze e analogie tra affidamento da retroattività e affidamento senza retroattività»); D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 757 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento: il caso tedesco*, Trento, 2008; D. CORLETTI, *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*. Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002), Milano, 2003, 167 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo tra annullamento e revoca. Gli interessi sopravvenuti al procedimento*, Napoli, 1990. Di recente, nella prospettiva del diritto eurounitario, v. (anche per ulteriori riferimenti bibliografici) S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

<sup>13</sup> G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969.

<sup>14</sup> Per i riferimenti alla giurisprudenza italiana v. *infra*, nelle note del successivo par. 2.

<sup>15</sup> Basti citare, nella dottrina francese, l'opera classica di O. DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Paris, 1954 e, nella dottrina spagnola, la più recente monografia di B. BELANDO GARIN, *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*, Cizur Menor, 2008.

<sup>16</sup> La bibliografia è sterminata. Solo per alcuni riferimenti, v. M. MASSA, *La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanze tra le corti sul tema della retroattività*, in *Quad. cost.*, 2013, 137 ss.; ID., *I paletti di Strasburgo alle leggi retroattive*, *ivi*, 2007, 419 ss.; A. PALMIERI, *Leggi retroattive: l'ardua mediazione tra l'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *Foro it.*, 2013, IV, col. 9 ss.; R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali vs. limiti processuali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. cost.*, 2012, 4232 ss.; ID., *Giudicato civile e leggi retroattive*, in *Foro it.*, I, 2009, pp. 996 ss.; A. VALENTINO, *Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012; F. PARENTE, *L'irretroattività della norma: un apoteigma della tradizione storica 'resistente' al mutamento dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 471 ss.; M. AZPITARTE, *Cambiar el pasado: posibilidades y límites de la ley retroactiva. Un intento de interpretación del artículo 9.3 de la Constitución*, Madrid, 2008; 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, 1825 ss. e 2089 ss. (anche in AA.VV., *L'economia e la legge*, a cura di G. COCCO, Milano, 2007, 1-77); J.M. SUAREZ COLLIA, *La retroactividad: normas jurídicas retroactivas e irretroactivas*, Madrid, 2006; A. GUARISO, *Leggi retroattive, controllo di ragionevolezza e precarietà del diritto*, in *DL - Rivista critica di diritto del lavoro*, 2007, 671 ss.; V. CAIANIELLO, *Il problema della retroattività delle leggi e i principi della certezza e dell'affidamento*, in *Notariato*, 2001, 345 ss.; D.E. TROY, *Retroactive legislation*, Washington D.C., 1998; R. TARCHI, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Milano, 1990.

<sup>17</sup> Per alcuni riferimenti relativi all'ultimo ventennio, cfr. A. PACE, *La c.d. retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale in materia di status*, in *Foro it.*, 2012, V, col. 224 ss.; G. PARODI, *Gli effetti nel tempo della decisione d'incostituzionalità: profili di comparazione*, in *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, Napoli, 2009, 511

sentenze della Corte di giustizia<sup>18</sup>; le pronunce giurisdizionali in genere<sup>19</sup> e – di recente – specificamente quelle del giudice amministrativo<sup>20</sup>) e, comunque, alla retroattività in settori diversi dal diritto amministrativo (ad es., il diritto tributario<sup>21</sup>, il diritto penale<sup>22</sup>, il diritto civile<sup>23</sup>, etc.).

ss.; L. GENINATTI SATÈ, *Illegittimità costituzionale della quota di tariffa per il servizio di depurazione, "retroattività" delle sentenze della Corte costituzionale e disciplina degli obblighi restitutori*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2008, 3257 ss.; P. GIANGASPERO, *Il principio di legalità e il seguito amministrativo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Trieste, 2003; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova, 1997; M. CARTABIA, *Portata e limiti della retroattività delle sentenze della Corte costituzionale che incidono sugli status giuridici della persona. In margine ad alcune recenti sentenze della Corte di cassazione in materia di cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1996, 3260 ss.; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di Studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989.

<sup>18</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, la Sezione IV (intitolata «L'efficacia delle sentenze interpretative nel tempo») all'interno del volume di V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia e ordinamento tributario interno*, Padova, 2010, 233 ss.; C. WALDHOFF, *Recent developments relating to the retroactive effect of decisions of the ECJ*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, n. 1, 2009, 173 ss.; P. MARIANI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generale e tutela dei singoli*, in *Dir. un eur.*, 2007, 633 ss.; G. PARODI, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quad. reg.*, 2007, 319 ss.; C. CIPOLLINI, *La retroattività delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia europea incontra i limiti posti dal principio di legittimo affidamento del contribuente*, in *Boll. Trib.*, 2007, 905 ss.; G. FRANSONI, *Riflessioni (critiche) sulla limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, 373 ss.; J. KOKOTT – L. MALFERRARI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in materia fiscale: la limitazione degli effetti nel tempo delle sentenze*, in *Giur. it.*, 2006, 1787 ss.; V.M. AZZAROLI, *Il potere della Corte di giustizia delle comunità europee di limitare gli effetti nel tempo delle proprie sentenze al vaglio della Corte costituzionale italiana*, in *Riv. dir. europeo*, 1993, 525 ss.; G. ISAAC, *La modulation par la Cour de justice des Communautés européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité*, in *Cah. droit europ.*, 1987, 444 ss.; L. DANIELE, *La dichiarazione d'invalidità di un regolamento ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE e il potere della Corte di Giustizia di limitarne gli effetti nel tempo*, in *Foro it.*, 1987, IV, col. 16 ss.; M. WAELBROECK, *May the Court of Justice Limit the Retrospective Operation of its Judgements?*, in *Yearbook Eur. Law*, 1981, 115 ss. In una più ampia prospettiva, E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruylant, 2012.

<sup>19</sup> A. VILLA, *Overruling processuale: limiti e rimedi*, Cedam, 2013; E. CALZOLAIO, *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 899 ss.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 6 ss.; R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro it.*, 2011, I, col. 3344 ss.; ID., *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, *ivi*, 2010, V, col. 311 ss.; G. RUFFINI, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e 'giusto processo'*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1390 ss.; G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, *ivi*, 1073 ss.; A. CIATTI, *Mutamenti di giurisprudenza e retroattività delle regole*, in *Contr. impr./Europa*, 2009, 154 ss.; B. JURATOWITCH, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford, 2008; I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Etude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, 2003; M. VOGLIOTTI, *Penser l'impensable: le principe de la non-retroactivité du jugement pénal in malam partem. La perspective italienne*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, n. 3/2003, 331 ss.; C. VIDALES RODRIGUEZ, *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Valencia, 2001; F. DE P. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Valencia, 2000; S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in U. VINCENTI (a cura di), *Diritto e clinica. Per l'analisi della decisione del caso*, Padova, 2000, 250 ss.; F. OST, *L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles*, in F. OST – M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, 1998, 91 ss.

<sup>20</sup> In particolare, a seguito della nota sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2755, la quale ha inaugurato un orientamento ripreso in seguito da TRGA Trentino-Alto Adige – Trento, Sez. Unica, 26 maggio 2011, n. 154; TAR Abruzzo, Sez. I, 13 dicembre 2011, n. 699; Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2012, n. 340; TAR Lombardia – Brescia, Sez. II, 29 febbraio 2012, n. 333; TAR Abruzzo, Sez. I, 3 luglio 2012 n. 336; TAR Lazio – Roma, Sez. II ter, 13 luglio 2012, n. 6418; TAR Umbria, Sez. I, 18 gennaio 2013, n. 20; Cons. Stato, Sez. III, 9 luglio 2013, n. 3636;

Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6285; TAR Liguria, Sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102; TAR Lazio – Roma, Sez. III *bis*, 9 aprile 2014, n. 3838. Secondo la citata sentenza del CdS n. 2755/2011, «di regola, in base ai principi fondanti la giustizia amministrativa, l'accoglimento della azione di annullamento comporta l'annullamento con effetti *ex tunc* del provvedimento risultato illegittimo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della autorità amministrativa, che può anche retroattivamente disporre con un atto avente effetti "ora per allora". Tale regola fondamentale è stata affermata *ab antiquo et antiquissimo tempore* da questo Consiglio (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela), poiché la misura tipica dello Stato di diritto - come affermatosi con la legge fondamentale del 1889, istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato - non può che essere quella della eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, risultato difforme dal principio di legalità. Tuttavia, quando la sua applicazione risulterebbe incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale, ad avviso del Collegio la regola dell'annullamento con effetti *ex tunc* dell'atto impugnato a seconda delle circostanze deve trovare una deroga, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti (Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488), o con la loro decorrenza *ex nunc* ovvero escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi. La legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento. Da un lato, la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lettera a), del Codice del processo amministrativo). D'altro lato, dagli articoli 121 e 122 del Codice emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia. Tale potere valutativo, attribuito per determinare la perduranza o meno degli effetti di un contratto, per le ragioni di seguito esposte, va riconosciuto al giudice amministrativo in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento. Il giudice amministrativo, nel determinare gli effetti delle proprie statuizioni, deve ispirarsi al criterio per cui esse, anche le più innovative, devono produrre conseguenze coerenti con il sistema (e cioè armoniche con i principi generali dell'ordinamento, e in particolare con quello di effettività della tutela) e congruenti (in quanto basate sui medesimi principi generali, da cui possa desumersi in via interpretativa la *regula iuris* in concreto enunciata)». La pronuncia è stata variamente commentata in dottrina, anche con toni fortemente critici: cfr., per diversi approcci, i contributi di C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 260 ss.; E. FOLLIERI, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 439 ss.; A. GIUSTI, *La 'nuova' sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *ivi*, 2012, 293 ss.; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 ss.; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e 'non annullamento' dell'atto illegittimo*, in *Urb. app.*, 2011, 936 ss.. Di recente, rispetto ad un'interessante pronuncia della Corte di Giustizia UE in argomento, v. C. FELIZIANI, *Gli effetti della sentenza di annullamento tra legalità, effettività della tutela e principio di autonomia procedurale degli Stati membri. Il punto di vista della Corte di Giustizia*, in *Foro amm. – CdS*, 2012, 3102 ss.; in prospettiva generale, A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 428 ss. In ordine al diverso problema della retroattività delle pronunce dell'Adunanza plenaria, fondamentale il contributo di E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell'Adunanza plenaria*, *cit.*

<sup>21</sup> Cfr. ad es. S. DORIGO, *Il divieto di retroattività delle norme tributarie: spunti ricostruttivi a partire da una recente sentenza sull'abuso del diritto*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 603 ss.; G. FALSITTA, *Recupero retroattivo degli 'aiuti di stato' e limiti della tutela dei principi di capacità contributiva e di affidamento*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 655 ss.; F. AMATUCCI, *Retroattività della norma tributaria in ambito comunitario e tutela del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2010, 326 ss.; ID., *L'efficacia nel tempo della norma tributaria*, Milano, 2005; J. MALHERBE – P. DAENEN, *La retroattività delle norme tributarie interne e la giurisprudenza in materia fiscale della Corte di Giustizia europea. La prospettiva belga e il contesto europeo*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2009, 35 ss.; J. HEY, *Divieto di retroattività delle norme impositive: tendenze nazionali e comunitarie. Rapporto per la Germania*, *ivi*, 2009, 113 ss.; G. TEIXEIRA, *La non retroattività nel sistema fiscale portoghese: regola od eccezione?*, *ivi*, 2009, 135 ss.; H. GRIBNAU – M.R.T. PAUWELS, *Retroattività e legislazione tributaria nei Paesi Bassi. Un approccio teorico ed una valutazione*, *ivi*, 165 ss.; V. MASTROIACOVO, *I limiti alla retroattività nel diritto tributario*, Milano, 2005.

<sup>22</sup> La bibliografia, anche recente, è vastissima. Cfr. C. SCACCIANOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 167 ss.; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012; F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1173 ss.; C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole tra CEDU e*



## 2. La pietrificazione, ad opera della manualistica e della giurisprudenza, di uno schema a geometria fissa: la retroattività negata come regola e consentita come eccezione “per classi” di provvedimenti configurate quali *numerus clausus*.

In numerosi decenni, la giurisprudenza italiana, con l'avallo della manualistica, ha consolidato uno schema rigido, ormai “pietrificato” e iterato tralatiziamente quasi con clausole di stile.

*In apicibus*, si afferma la sussistenza di una «regola» (la quale, in numerose pronunce ed opinioni dottrinali, viene elevata – almeno nominalmente – a «principio»): quella della negazione della retroattività dei provvedimenti amministrativi<sup>24</sup>.

---

*diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, 3047 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il ‘caso Scoppola’: per la Corte Europea l’art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, 2020 ss.; ID., *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2008, 2408 ss.; C. PECORELLA, *L’efficacia nel tempo della legge penale favorevole*, Milano, 2008; D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 2008, 946 ss.; A. SACCUCCI, *Repressione dei crimini contro l’umanità ed irretroattività della legge penale nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, 160 ss.; P.T. PERSIO, *Il principio di legalità nell’ordinamento giuridico francese (irretroattività della legge penale)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1299 ss.; G. VASSALLI, *Il divieto di retroattività nella giurisprudenza della Corte Europea*, in *I Diritti dell’uomo: cronache e battaglie*, 2001, 5 ss.; J.A. LASCURAIN SANCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000.

<sup>23</sup> A. ALAMANNI, *Retroattività del mutuo dissenso*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 552 ss.; A. CIATTI, *Retroattività e contratto: disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2007; A. GENTILI, *Sulla retroattività delle leggi civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 781 ss.; S. MERCOLI, *La rétroactivité dans le droit des contrats*, Aix-en-Provence, 2001.

<sup>24</sup> La giurisprudenza tende ad utilizzare in modo promiscuo i termini «regola» e «principio», per contrassegnare il divieto generale di retroattività del provvedimento amministrativo. Per la locuzione «regola di irretroattività», in relazione agli atti amministrativi, v. di recente TAR Sicilia – Catania, Sez. IV, 1 giugno 2014, n. 1701: «L’eccezionale possibilità di introdurre atti retroattivi, in disparte la copertura legislativa, richiede la sussistenza di un vuoto di regolamentazione amministrativa, che espressamente va riempito mediante l’adozione dell’atto. La giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9.9.2008, n. 4301) ha più volte posto in rilievo che la regola di irretroattività dell’azione amministrativa è espressione dell’esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltretutto del principio di legalità che, segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato ... impedisce di incidere unilateralmente e con effetto *ex ante* sulle situazioni soggettive del privato (cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 1317 del 07.03.2001; Sez. VI, n. 2045 del 01.12.1999; Sez. IV, n. 502 del 30.03.1998). Ulteriore limite alla retroattività, in presenza di statuizioni provvedimentali che rivestono valenza regolamentare in quanto dirette a trovare applicazione ripetuta nel tempo ad un numero indeterminato di fattispecie, discende dalla regola di irretroattività degli atti a contenuto normativo dettata dall’art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale. Detta regola può ricevere deroga per effetto di una disposizione di legge pariordinata e non in sede di esercizio del potere regolamentare che è fonte normativa gerarchicamente subordinata. Pertanto solo in presenza di una norma di legge che a ciò abiliti gli atti e regolamenti amministrativi possono avere efficacia retroattiva». Sempre nel senso della «regola della irretroattività», *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3920; Cons. Stato, Sez. V, 24 giugno 2011, n. 3815; Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 2011, n. 1874; Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5623; TAR Veneto, Sez. II, 18 dicembre 2006, n. 4091; TAR Lazio – Roma, Sez. III ter, 23 novembre 2004, n. 13756. Per la locuzione «principio di irretroattività» degli atti amministrativi, v. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3995; TAR Lazio, Sez. I, 24 luglio 2014, n. 8118; TAR Calabria – Catanzaro, Sez. I, 21 febbraio 2014, n. 305; TAR Toscana, Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 1681; T.A.R. Campania - Salerno Sez. I, 28 giugno 2012, n. 1318; Cass. civ., Sez. I, 10 marzo 2010, n. 5858; TAR Campania – Napoli, Sez. VIII, 19 febbraio 2010, n. 1040; Cons. Stato Sez. IV, 11 aprile 2006, n. 2018; Cons. Stato Sez. IV, 26 novembre 2001, n. 5949. Si tratterebbe di un principio «tendenziale» secondo TAR Lazio – Roma, Sez. II, 5 giugno 2014, n. 5989; TAR Campania - Napoli, Sez. VII, 23 luglio 2013, n. 3790. Secondo TAR Lazio – Roma, Sez. III, 29 marzo 2007, n. 2744, invece, «il tema dell’irretroattività si presenta estremamente variegato, per cui appare difficilmente riconducibile ad una unica massima». In dottrina, utilizzano il termine «regola», per esprimere il divieto generale di retroattività dei provvedimenti amministrativi, ad es., M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1970, 596; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, cit., 831; G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. I. L’attività*, cit., 161; R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 297. Si tratterebbe invece di «principio», ad es., per R.

Sull'esistenza di questa regola vi è pieno ed indiscusso accordo in dottrina e in giurisprudenza. Il fondamento normativo del supposto divieto generale di retroattività degli atti amministrativi, tuttavia, non è univocamente identificato.

La parte maggioritaria della giurisprudenza, sulla scorta di autorevoli (anche se non maggioritarie) opinioni dottrinali, lo individua nell'art. 11 delle Preleggi, unificando nella considerazione teorica del *genus* "atto amministrativo", inteso in senso ampio, le due *species* rappresentate dai regolamenti (atti amministrativi in senso formale) e dai provvedimenti amministrativi (atti amministrativi in senso sostanziale).

L'argomento utilizzato valorizza la gerarchia delle fonti e si fonda sul seguente sillogismo:

- come i regolamenti, *a fortiori* gli atti amministrativi sono subordinati, in termini gerarchici, alle leggi (principio di legalità) e non possono violare queste ultime;
- l'art. 11 delle Preleggi, che dispone il divieto di retroattività delle leggi, è esso stesso una disposizione normativa di rango primario;
- solo un'altra legge, equiordinata nella gerarchia delle fonti all'art. 11 delle Preleggi, potrebbe derogare alla regola della irretroattività (salvo il caso delle leggi penali sfavorevoli, per le quali la regola è imposta direttamente dall'art. 25 Cost.);
- non possono invece derogarvi i regolamenti né gli atti amministrativi, onde il divieto generale di retroattività astringe categoricamente questi ultimi, al contrario delle leggi che possono (fuori dalla materia penale) sottrarsi ad esso<sup>25</sup>.

---

LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, cit., 194, nota 31; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 360; A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, cit., 695; M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, cit., 282. Utilizza sia il termine «regola» che il termine «principio», ad es., G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 410 e 413.

<sup>25</sup> Per il riferimento espresso all'art. 11 delle Preleggi, in dottrina, A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, cit., 695 (nonché 79 e 94); di recente, si riferisce espressamente all'art. 11 delle Preleggi anche M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, cit., 282. Pur non menzionando l'art. 11 delle Preleggi, già R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, cit., 330, osservava che «derivando l'operatività di un provvedimento, come sappiamo, da una legge della quale costituisce concreta applicazione, la retroattività sua implicherebbe una inammissibile operatività nel passato di una norma giuridica»; similmente, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 519, rileva che «gli effetti del provvedimento non sono retroattivi, atteso che, di norma, la possibilità di produrre effetti per il passato è riconosciuta solo al legislatore». In giurisprudenza, *ex multis*, per il radicamento del divieto di retroattività degli atti amministrativi nell'art. 11 delle Preleggi, si vedano le seguenti pronunce. Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3995: «per gli atti amministrativi si applica il principio di irretroattività delle leggi». TAR Calabria – Catanzaro, Sez. I, 21 febbraio 2014, n. 305: «il principio di irretroattività discende, infatti, in linea generale dall'art. 11 delle preleggi ed è derogabile unicamente per effetto di una disposizione di legge pariordinata, ma non anche in sede di esercizio del potere regolamentare che è fonte normativa gerarchicamente subordinata, con la conseguenza che solo in presenza di una norma di legge che a ciò li abiliti gli atti e i regolamenti amministrativi possono avere efficacia retroattiva (fra le altre, cfr. Cons. Stato, n. 4301 del 2008; Tar Campania, Napoli, n. 2364 del 2013; Tar Lombardia, Milano, n. 2666 del 2011). Alla luce delle suesposte considerazioni, appare evidente che il provvedimento di decadenza dalla concessa autorizzazione e la successiva ordinanza di demolizione, adottate dal Comune resistente dopo che i lavori progettati erano stati autorizzati ed effettivamente realizzati, sono illegittimi per violazione del principio di irretroattività dell'azione amministrativa». TAR Lazio – Roma, Sez. III *ter*, 13 aprile 2012, n. 3390: «l'ammissibilità di atti amministrativi retroattivi è generalmente esclusa, in giurisprudenza e in dottrina, in ossequio ai principi di legalità e di certezza dei rapporti giuridici; ciò, in quanto la legge non dispone che per il futuro e non può essere retroattiva (art. 25, comma 2, della Costituzione; art. 11, comma 1, delle preleggi) e pertanto, a maggior ragione, non possono avere effetto retroattivo gli atti amministrativi, che alla legge sono soggetti. Qualche apertura che la giurisprudenza registra in argomento, ammettendo che un atto amministrativo possa avere effetti retroattivi, ha riguardo piuttosto a situazioni in cui ricorra una determinata condizione che autorizzi o imponga la deroga al dogma della irretroattività, come: l'espressa previsione di legge extrapenale; la necessità dell'adozione dell'atto per annullamento di una precedente statuizione; la sua doverosità, in ottemperanza a pronunce amministrative o giurisdizionali; oppure il vantaggio per l'interessato (T.A.R. Lazio, Latina, 8 novembre

Altra parte della dottrina, tuttavia, preferisce evitare il riferimento diretto all'art. 11 delle Preleggi, ritenendo che sarebbe opportuno tenere distinti il problema della retroattività degli atti normativi da quello della retroattività degli atti amministrativi<sup>26</sup>.

2002, n. 994). In tali eccezionali ipotesi la giurisprudenza individua delle situazioni che devono tuttavia essere assicurate o preservate, pur nel dispiegarsi dell'efficacia retroattiva dell'atto, quali le posizioni soggettive dei terzi, la preesistenza dei presupposti di fatto e di diritto richiesti per l'emanazione dell'atto fin dalla data alla quale si vogliono far risalire gli effetti, i fatti già avvenuti in epoca anteriore (Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 1998, n. 502)». TAR Marche, Sez. I, 29 novembre 2006, n. 1388: «secondo la giurisprudenza, la retroattività degli atti amministrativi, in osservanza del principio della certezza dei rapporti giuridici, è in via generale da escludere; non potendo, infatti, la stessa legge disporre in via normale che per l'avvenire, *a fortiori*, non può disporre che per l'avvenire anche l'atto amministrativo, che si trova in posizione alla stessa subordinata. Si ammette, tuttavia, che un atto amministrativo possa avere effetto retroattivo allorché ricorra una delle seguenti ipotesi: a) espressa previsione di legge, ben potendo la legge, salvo che in materia penale (art. 25, comma 2, cost.), disporre anche per il passato; b) essenza dell'atto (esemplificativamente: annullamento di una precedente statuizione); c) doverosità (esemplificativamente: ottemperanza a pronunce amministrative o giurisdizionali); d) vantaggio per l'interessato (T.A.R. Lazio, Latina, 8 novembre 2002, n. 994); è stato anche affermato che il principio della irretroattività delle determinazioni amministrative non ha carattere assoluto, essendo consentita la retroattività quando si tratti di reintegrare posizioni giuridiche proprie di un soggetto senza danno per altri e di legittimare una situazione di fatto che l'Amministrazione riconosce corrispondente ad una imprescindibile necessità pubblica (Cons. St., Sez. IV, 4 marzo 1980, n. 137)». Secondo TAR Lazio, Sez. III, 12 maggio 2003, n. 4104, il principio di irretroattività degli atti amministrativi è «sancito dall'articolo 11 delle preleggi». TAR Lazio - Latina, 8 novembre 2002, n. 994: «la retroattività degli atti amministrativi è in via generale da escludere, in osservanza del principio della certezza dei rapporti giuridici. Del resto, la stessa legge non può, in via normale, che disporre per l'avvenire (art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale); *a fortiori*, pertanto, non può disporre che per l'avvenire l'atto amministrativo, che si trova in posizione subordinata alla legge. Si ammette tuttavia che un atto amministrativo possa avere effetto retroattivo allorché ricorra una delle seguenti ipotesi: - espressa previsione di legge, ben potendo la legge, salvo che in materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.), disporre anche per il passato; - essenza dell'atto (esemplificativamente: annullamento di una precedente statuizione); - doverosità (esemplificativamente: ottemperanza a pronunce amministrative o giurisdizionali); - vantaggio per l'interessato. Nel caso, non si evidenzia una delle predette ipotesi. Il Comune di P., infatti, intende conferire effetto retroattivo ai propri atti, non perché ciò gli sia imposto da apposita norma (di legge) o perché gli atti debbano avere tale effetto per loro essenza o per imposizione *ab extra*, o, ancora, perché gli atti siano vantaggiosi per i destinatari; ma per porre rimedio alla illegittimità a suo tempo commessa, che ha dato luogo all'annullamento da parte di questo TAR pronunciato con la citata sentenza n.150 del 2002 [...] tale ipotesi non rientra fra quelle, sopra elencate, in cui si ammette la possibilità di conferire all'atto amministrativo effetto retroattivo». Cons. Stato, Sez. VI, 1 dicembre 1999, n. 2045: «il principio d'irretroattività costituisce regola generale dell'ordinamento giuridico in conformità al principio generale sancito dall'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, volto a garantire la certezza delle situazioni in atto; principio la cui applicazione potrebbe essere di volta in volta esclusa soltanto da una legge, capace di derogarvi. Ne consegue che, a livello tendenziale, anche gli atti amministrativi, in applicazione del principio di legalità, non possono avere forza retroattiva, salva espressa previsione di legge derogatoria; onde non si può riconoscere all'Amministrazione pubblica un potere di incidere unilateralmente con effetto retroattivo su situazioni soggettive di privati là dove manchi una norma (cfr., da ultimo, C. 5., Sez. IV, 30 marzo 1998 n. 502). Le deroghe al principio, quando ammesse, sono sempre *in bonam partem*. Così si è affermato che il provvedimento può avere efficacia retroattiva quando ciò avvenga per reintegrare, in ottemperanza a pronunce caducatorie amministrative o giurisdizionali, posizioni giuridiche lese ovvero per legittimare una situazione di fatto corrispondente ad una imprescindibile necessità pubblica (C.S., Sez. V, 20 ottobre 1988 n. 589) oppure quando le determinazioni stesse rechino vantaggio ai rispettivi destinatari (C.Si., 3 luglio 1980 n. 46), senza danno per altri (C.S., Sez. IV, 4 marzo 1980 n. 137). La regola generale della irretroattività dell'atto amministrativo deve essere necessariamente osservata, invece, quando l'Amministrazione non abbia la disponibilità dell'effetto che si tratta di determinare (C.Si. 30 ottobre 1990 n. 379) o quando l'atto incida negativamente sulla posizione giuridica ed economica del destinatario (C.S., Sez. V, 20 ottobre 1988 n. 589)». Di recente, v. TAR Campania - Napoli, Sez. I, 10 luglio 2014, n. 3850.

<sup>26</sup> Cfr. R. PERRONE CAPANO, *La retroattività degli atti amministrativi*, Napoli, 1963, 28 e 30; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 401, nota 38; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, cit., 831, il quale circoscrive l'ambito di applicazione dell'art. 11 delle Preleggi ai soli regolamenti, rilevando che, invece, per i provvedimenti amministrativi

L'orientamento dottrinale favorevole a tale diverso approccio afferma che la regola (o principio) di irretroattività sarebbe, da un lato, di natura "logica", in quanto corollario dei principi di simultaneità tra effetto e fatto, di priorità del fatto rispetto all'effetto, di condizionalità giuridica; dall'altro lato, e al contempo, il corollario di superiori principi generali dell'ordinamento, ossia quelli di legalità, di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento. Quest'ultimo assunto, riguardo al radicamento del divieto di retroattività degli atti amministrativi nei principi di legalità e di certezza del diritto, è condiviso anche da numerose pronunce giurisprudenziali (a volte in alternativa, altre volte in aggiunta rispetto al richiamo all'art. 11 delle Preleggi)<sup>27</sup>.

Il secondo punto su cui vi è piena concordia in dottrina e giurisprudenza è speculare al primo: alla *regola generale* corrisponderebbero alcune *eccezioni tassative*, in quanto vi sarebbero alcuni tipi o categorie di provvedimenti per i quali la retroattività degli effetti dovrebbe ritenersi sempre ammissibile in astratto.

---

(con l'eccezione delle sanzioni amministrative, per le quali la retroattività è espressamente esclusa dall'art. 1 della l. 689/1981) si registra la «assenza di norme generali», donde la necessità di «fare riferimento alla giurisprudenza».

<sup>27</sup> In questo senso soprattutto R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 294; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 432 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 398, nota 34, 411 (ivi l'osservazione secondo cui «la retroattività estende la cerchia degli effetti oltre i consueti confini temporali, e perciò presuppone un potere di disposizione della sfera dell'amministrato più intenso di quello che la legge attribuisce in via normale») e 413. In dottrina, P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 360, fa riferimento ai principi di «garanzia della certezza delle situazioni giuridiche» e di «salvaguardia dei diritti dei terzi»; negli stessi termini, L. GALATERIA – M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 448. Secondo M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1970, 596, si tratterebbe di «un'applicazione del principio di legalità, nel senso che non si può riconoscere all'amministrazione pubblica un potere di incidere unilateralmente in situazioni soggettive di privati con effetto retroattivo quando manchi una norma». Lo stesso M.S. GIANNINI, nella voce *Atto amministrativo*, cit., 185, critica la riconduzione della regola di irretroattività degli atti amministrativi al principio di certezza del diritto; l'A., dopo aver osservato che «quanto alla questione della cosiddetta retroattività volontaria dei provvedimenti amministrativi, la dottrina è, in genere, contraria, perché, si dice, essa contrasterebbe con il principio di certezza giuridica», sottolinea che «si potrebbe tuttavia osservare che la questione della retroattività non è sempre esattamente posta. Ogni atto giuridico può essere fatto agire nel passato, nei limiti in cui vi sia la relativa disponibilità dell'effetto giuridico». Anche B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 269, è netto nel «sottolineare l'erroneità della diffusa affermazione, che imporrebbe l'irretroattività del provvedimento amministrativo sulla base del conclamato principio di certezza dei valori giuridici». In giurisprudenza, si afferma che «la regola di irretroattività dell'azione amministrativa è espressione dell'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltre che del principio di legalità che, segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato (tali sono quelli introduttivi di prestazioni imposte), impedisce di incidere unilateralmente e con effetto *ex ante* sulle situazioni soggettive del privato» (Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2011, n. 3920); che «il principio della irretroattività degli atti amministrativi ... ancorché non codificato (e derogabile al verificarsi di alcuni presupposti), discende direttamente dal generale principio di legalità volto a garantire la certezza delle situazioni giuridiche in atto» (Cons. Stato, Sez. IV, 26 novembre 2001, n. 5949; *in terminis*, Cons. Stato Sez. IV, 8 gennaio 2013, n. 32); che «gli atti amministrativi spiegano effetti dalla data della loro adozione o, se di natura regolamentare, dalla data di loro entrata in vigore dopo la pubblicazione, con l'ulteriore conseguenza della preclusione al loro dispiegamento di effetti retroattivi rispetto a tali date, pena la violazione di un principio generale posto a tutela della certezza delle situazioni giuridiche, che può essere derogato solo per espressa disposizione di Legge o per natura dell'atto» (TAR Lazio – Roma, Sez. I bis, 11 ottobre 2005, n. 8298). Secondo TAR Puglia - Lecce, Sez. I, 5 giugno 2014, n. 1370, «la necessità che l'amministrazione, nell'avanzare pretese nei confronti del privato, ometta di applicare retroattivamente i propri regolamenti, trova conferma anche nell'art. 97 della Costituzione e in numerose norme primarie (vedi in particolare la L. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo), che impongono di improntare l'azione amministrativa, nell'emanazione, modifica ed applicazione degli atti, alla correttezza e al rispetto del legittimo affidamento ingenerato nei terzi dai provvedimenti precedentemente emanati».

Sintetizzando i diversi apporti dottrinali e giurisprudenziali, si individuano *quattro classi di provvedimenti a retroattività consentita*<sup>28</sup>:

1) i provvedimenti retroattivi *per legge*, ossia quelli la cui retroattività sia espressamente autorizzata, a monte, da specifiche disposizioni di legge attributive o disciplinatrici del potere amministrativo esercitato<sup>29</sup>;

2) i provvedimenti *doverosamente* retroattivi, perché adottati dalla p.a. in ottemperanza a pronunce rese in sede giurisdizionale o giustiziale; nell'ipotesi classica, si tratta di garantire tutela effettiva al ricorrente che abbia ottenuto l'annullamento in sede giurisdizionale o amministrativa, con efficacia *ex tunc*, di un precedente provvedimento amministrativo, attraverso la sostituzione di quest'ultimo con un nuovo provvedimento di segno favorevole al ricorrente i cui effetti vengono riportati indietro nel tempo al momento dell'adozione del provvedimento annullato<sup>30</sup> (questa tipologia di retroattività è quella che sembra presentare maggiore affinità con la categoria dei c.d. provvedimenti «ora per allora» e alla c.d. retrodatazione<sup>31</sup>);

<sup>28</sup> La sintesi operata nel testo rispecchia le posizioni consolidate della dottrina e della giurisprudenza citate *supra*, nelle precedenti note da 24 a 27, alle quali si rinvia per i riferimenti bibliografici. Per la giurisprudenza, *adde* i riferimenti di cui alle note successive.

<sup>29</sup> V. ad esempio Cass. civ., Sez. Unite, ordinanza 20 luglio 2011, n. 15866: «gli atti amministrativi limitativi delle situazioni giuridiche dei privati hanno, almeno di regola, effetti solo per il futuro, salvo che il contrario non sia previsto dalla legge». TAR. Lombardia – Milano, Sez. I, 16 giugno 2010, n. 1854: «il *dies a quo* è fissato direttamente dalla legge, sicché non è configurabile un illegittimo effetto retroattivo del provvedimento ministeriale di fissazione del canone adeguato, provvedimento che, in ogni caso, non avrebbe potuto determinare una decorrenza diversa da quella stabilita espressamente dal disposto legislativo. Conseguenza da quanto s'è osservato l'infondatezza anche della censura di violazione del principio di irretroattività degli atti amministrativi, poiché i provvedimenti impugnati, atti meramente esecutivi di disposizioni legislative, si sono limitati a determinare nel *quantum* un obbligo di adeguamento dei canoni di concessione già precedentemente fissato, quanto alla decorrenza, dalla citata Legge n. 724/1994 (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 26 novembre 2002, n. 4040)». Cons. Stato, Sez. VI, 9 settembre 2008, n. 4301: «solo in presenza di una norma di legge che a ciò abiliti gli atti e regolamenti amministrativi possono avere efficacia retroattiva».

<sup>30</sup> V. ad esempio Cons. Stato, Sez. IV, 11 aprile 2006, n. 2018: «l'effetto retroattivo naturalmente connaturato alla sentenza di annullamento comporta, sul piano sostanziale, la necessità per l'Amministrazione di rinnovare il procedimento a partire (secondo il principio desumibile dall'art. 162 cod. proc. civ e dall'art. 119 T.U.) dal momento segnato dalla statuizione demolitoria, appunto sostituendo alla deliberazione che il Giudice ha eliminato dal mondo giuridico una nuova determinazione. Questa però, proprio in quanto adottata per effetto dell'annullamento, si ricollega al provvedimento originario del quale non può (salvo il caso qui non rilevante dello *ius superveniens*) che ripetere l'ambito cronologico di efficacia. Il criterio ermeneutico così delineato non contrasta col principio garantistico di irretroattività degli atti amministrativi salvo diversa previsione legale (art. 11 disp. prel. cod. civ.), rientrando i provvedimenti in esecuzione del giudicato nel novero di quegli atti amministrativi per i quali la retroattività costituisce elemento naturale e doveroso. In effetti, la rimozione dal mondo giuridico dell'atto anormale impone all'Amministrazione di operare come se l'anormalità non si fosse mai prodotta, adottando retroattivamente l'atto che sarebbe stata tenuta ad adottare sotto una certa data». Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2001, n. 5949: «le determinazioni degli organi amministrativi non possono, di regola, esplicitare efficacia retroattiva salvo che [...] attuino, in ottemperanza a pronunce caducatorie amministrative o giurisdizionali, la reintegrazione di posizioni soggettive lese» (*in terminis*, Cons. Stato, Sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3537; TAR Puglia – Lecce, Sez. II, 28 febbraio 2005, n. 973).

<sup>31</sup> Coglie questo profilo TAR Lazio – Roma, Sez. II, 31 luglio 2012, n. 7063: «la retrodatazione del provvedimento di inquadramento – da non confondere con il diverso fenomeno della retroattività degli effetti del provvedimento amministrativo, che si verifica eccezionalmente, ossia in deroga alla regola generale per cui i provvedimenti amministrativi dispongono solo per il futuro (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 31 luglio 2007, n. 4263), come accade, ad esempio, nel caso di provvedimenti retroattivi per natura (si pensi all'annullamento d'ufficio o alla convalida del provvedimento illegittimo) – costituisce un principio generale, inscindibilmente connesso alla necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo del soggetto illegittimamente escluso dalla graduatoria dei vincitori di un concorso».

3) i provvedimenti retroattivi *per natura* («per essenza», «naturalmente» o «fisiologicamente», secondo dizioni in uso nella giurisprudenza), tipicamente gli atti di controllo<sup>32</sup> e l'annullamento d'ufficio<sup>33</sup>, ma anche, ad esempio, la convalida, la ratifica, la sanatoria, la rettifica<sup>34</sup>, rispetto ai

<sup>32</sup> Per la «nota efficacia retroattiva degli atti di controllo» v. ad es. Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2006, n. 151; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 16 settembre 2008, n. 767, secondo cui gli effetti dell'atto di approvazione «retroagiscono alla data di emanazione come per tutti gli atti di controllo» (*in terminis* TAR Sardegna, Sez. I, 9 novembre 2007, n. 2021).

<sup>33</sup> Fanno riferimento alla «essenza dell'atto», per giustificare l'effetto retroattivo in caso di «annullamento di una precedente statuizione», TAR Marche, Sez. I, 29 novembre 2006, n. 1388; TAR Lazio - Latina, 8 novembre 2002, n. 994. Secondo TAR Basilicata, 1 aprile 2005, n. 147, «si pone un problema di salvaguardia delle posizioni soggettive acquisite - e perciò di irretroattività degli atti amministrativi sfavorevoli - soltanto nel caso dell'atto di revoca, mediante il quale l'Amministrazione annulla un atto legittimo ma viziato nel merito oppure l'Amministrazione a causa del sopravvenire di nuove circostanze annulla un precedente atto (legittimo ed opportuno) diventato inopportuno e/o dimostratosi non più idoneo alla tutela degli interessi pubblici, in quanto in tal caso a causa delle diverse e successive valutazioni dell'interesse pubblico da parte dell'Amministrazione le posizioni soggettive dei privati potrebbero essere private di efficacia anche per il passato in qualsiasi periodo di tempo. Per tali motivi le situazioni soggettive acquisite, che non violano alcuna norma, ma che non risultano più conformi all'interesse pubblico, vanno rimosse con efficacia *ex nunc* (cioè dall'adozione dell'atto di secondo grado), in quanto diversamente risulterebbero violati i principi della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento dei privati che instaurano un rapporto con la Pubblica Amministrazione. Ma tali esigenze di salvaguardia non ricorrono nei confronti degli atti amministrativi, che risultano affetti fin dall'origine da un vizio di legittimità, per i quali risulta necessario sanare la loro illegittimità fin dal momento della loro adozione, per cui il loro annullamento ha efficacia *ex tunc*». Icastica, in dottrina, l'espressione di R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, cit., 330-331, secondo cui «la retroattività può bene essere eccezionalmente ammessa [...] nel caso dell'annullamento di atti illegittimi: la stessa illegittimità costituisce un *germe di morte* del provvedimento illegittimo, che rende precaria la situazione che ne deriva; onde l'annullamento può bene portare ad una nuova situazione quale si avrebbe se il provvedimento illegittimo non fosse mai stato emanato».

<sup>34</sup> Secondo TAR Lazio - Roma, Sez. II, 31 luglio 2012, n. 7063, esempi paradigmatici di «provvedimenti retroattivi per natura» sarebbero «l'annullamento d'ufficio o la convalida del provvedimento illegittimo». Interessante la pronuncia del TAR Sicilia - Palermo, Sez. II, 24 maggio 2012, n. 1057, secondo cui «la concessione in sanatoria rimuove il carattere abusivo delle opere solamente con effetto *ex nunc*. Sul punto vale la regola generale della irretroattività degli atti amministrativi in mancanza di un'espressa contraria disposizione di legge: infatti, a differenza dei provvedimenti in sanatoria degli atti amministrativi illegittimi, che sono retroattivi in quanto mirano a riparare un provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione, la concessione in sanatoria incide su un comportamento antigiuridico degli amministrati, e, pertanto, non può ritenersi che essa abbia mera efficacia dichiarativa, retroagendo a sanare ciò che, *ab origine*, era sicuramente illegittimo. Ed infatti, tale efficacia *ex nunc* è compatibile con la risarcibilità dei danni eventualmente cagionati a terzi durante il tempo in cui è durata l'illegittimità». Altrettanto interessante TAR Lazio - Roma, Sez. III, 22 giugno 2006, n. 5041: «la ratifica, consistendo nell'adesione dell'organo competente a provvedere in via ordinaria su un determinato oggetto alla determinazione assunta dall'organo competente a provvedere in via d'urgenza e salvo ratifica sul medesimo oggetto, è per sua natura retroattiva, giacché con la ratifica la fattispecie d'urgenza si consolida e diventa definitiva. Il diniego di ratifica, invece, muove da una diversa valutazione dei presupposti di legittimità o dell'interesse pubblico come apprezzato dall'organo che ha provveduto in via d'urgenza: non è quindi retroattivo per natura». Cons. Stato, Sez. III, 4 luglio 2011, n. 4003: «la rettifica, o regolarizzazione, non riguarda provvedimenti viziati ma atti irregolari, consistendo nell'eliminazione dell'errore non invalidante in cui è incorsa l'Amministrazione [...] gli effetti della rettifica sono naturalmente retroattivi». TAR Lombardia - Milano, Sez. IV, 10 maggio 2013, n. 1217: «si ritiene che sia la convalida che la ratifica abbiano effetti retroattivi, a differenza della rinnovazione dell'atto amministrativo». *Contra*, v. però G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 400-404. L'A. muove dalla distinzione tra «retroattività» in senso proprio e «retrospettività» (intesa in senso ampio come «orientazione verso un passato che include sia l'atto precedentemente adottato sia la situazione da esso regolata»), e dalla correlata e simmetrica distinzione tra «*stato di pendenza*» (in cui «il fatto ulteriore che si attende è di natura tale da paralizzare l'efficacia del fatto anteriore già prodotto ... il fatto ulteriore, che chiude la fase di pendenza, non si limita ad acclarare una situazione o a rimuovere un dubbio, esplicando la energia già tutta contenuta nel fatto anteriore, ma opera costitutivamente») e «*stato di incertezza*» (in cui «il fatto ulteriore o *post factum* ha natura di mero chiarimento, in quanto serve semplicemente a rimuovere un dubbio circa il modo di operare del fatto anteriore, la cui efficacia si è già prodotta oggettivamente al suo verificarsi»). L'A., sulla base di queste premesse, sottolinea che «il fatto che pone termine ad uno stato di incertezza, in quanto ha funzione meramente acclarante, è di natura retrospettiva;

quali si ipotizza che la rimozione del vizio genetico di legittimità (o dell'errore materiale) non possa non produrre i propri effetti sin dal momento dell'adozione del provvedimento di primo grado oggetto dell'autotutela;

4) i provvedimenti retroattivi *per determinazione volontaria dell'amministrazione in bonam partem*, ossia quelli favorevoli perché oggettivamente produttivi di vantaggi per i destinatari e non lesivi dei diritti dei terzi controinteressati<sup>35</sup>.

il fatto che pone termine ad uno stato di pendenza ha efficacia retroattiva», onde «esistono atti retrospettivi che non sono retroattivi, in quanto, pur ricongiungendosi ad una situazione regolata da un atto anteriore, operano in senso acclarativo o conservativo di effetti già prodotti». In questa prospettiva, secondo Corso, «*non hanno efficacia retroattiva gli atti di convalida (convalida, ratifica, sanatoria)*: essi, infatti, lungi dal rimuovere retroattivamente il vizio che inficia il provvedimento anteriore [...] operano nel senso di consolidare la efficacia che l'atto invalido ha interinalmente prodotto». Secondo Corso, «*per contro, la retroattività è connaturata all'annullamento*. Ciò dipende dal fatto che l'atto annullabile, anche se invalido, ha prodotto i suoi effetti, onde per la eliminazione di questi si richiede che l'atto di annullamento retroagisca al momento in cui fu adottato l'atto viziato: il problema non è tanto quello di estinguere o di arrestare una efficacia esistente, quanto di cancellarla come se non fosse mai esistita». Nelle pagine successive (405 ss.), l'Autore ammonisce poi a non stabilire «una equivalenza inaccettabile tra efficacia dichiarativa ed efficacia retroattiva»; ad esempio, a proposito degli atti di iscrizione in elenchi di beni pubblici o di delimitazione di beni pubblici, «l'atto di iscrizione ... lungi dal produrre effetti retroattivi ... acclara o riconosce o specifica effetti già prodotti: non di retroattività si tratta, ma del consueto modo di operare dell'atto ad efficacia dichiarativa» (su questo specifico punto, ma non su quelli precedenti, concorda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, 597: «ci si guardi comunque dal luogo comune secondo cui dichiaratività coinciderebbe con retroattività»; *contra*, nella dottrina più risalente, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, cit.*, 292, secondo cui «retroattivi per loro natura, di solito, gli atti che hanno efficacia dichiarativa»). Anche per P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo, cit.*, 361 e 498, nota 6, mentre l'annullamento d'ufficio farebbe parte dei provvedimenti «retroattivi per natura», il provvedimento di convalida avrebbe «sotto un profilo giuridico, efficacia *ex nunc*», anche se «esplica, sotto un profilo di mero fatto, una efficacia di conservazione per il passato e quindi *ex tunc*». Il resto della dottrina citata *supra*, nelle note precedenti, è invece sostanzialmente concorde nel senso di ritenere retroattivi per natura, insieme all'annullamento d'ufficio, anche la convalida, la sanatoria e la ratifica.

<sup>35</sup> Giurisprudenza e dottrina pressoché unanimi (v. le note che precedono). *Adde* TAR Lazio – Roma, Sez. III *ter*, 23 novembre 2004, n. 13756, secondo cui la «regola dell'irretroattività di un atto amministrativo [è] derogabile solo se con esso si dispone in senso favorevole al suo destinatario»; TAR Veneto, Sez. I, 11 febbraio 2009, n. 339, secondo cui «è vero che, di regola, gli atti amministrativi non possono avere forza retroattiva, e ciò in applicazione di un principio generale volto a garantire la certezza delle situazioni in atto, principio la cui applicazione potrebbe di volta in volta essere esclusa soltanto da una legge (art. 11 disp. sulla legge in gen.): peraltro, non contrasta con lo spirito di tale principio l'eventuale retroattività di un atto amministrativo volto a conferire - come nel caso di specie - vantaggi ai suoi destinatari»; TAR Toscana, Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 1681, secondo cui «l'atto amministrativo può avere decorrenza retroattiva quando non siano lese le posizioni di terzi e ne sia avvantaggiato il destinatario». Una parte autorevole della dottrina ritiene equiparabili ai provvedimenti (oggettivamente) *in bonam partem* quelli (soggettivamente) accettati dai soggetti interessati, purché questi ultimi manifestino in maniera espressa il loro consenso alla retroattività degli effetti: così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*, 596, secondo cui «si ammettono *due eccezioni* alla regola: quando vi è il consenso degli interessati, quando il provvedimento produce solo situazioni oggettive di vantaggio nei confronti del privato, senza ledere interessi di terzi»; v. altresì B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi, cit.*, 269-270; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, 567; M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia, cit.*, 282. Assumendo una posizione più rigorosa, R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo, cit.*, 297, sembrano esigere contemporaneamente (anziché configurarli come fattispecie autonome e concorrenti) sia l'elemento oggettivo del carattere favorevole e dell'assenza di pregiudizio per i terzi, sia l'elemento soggettivo della prestazione del consenso: «si ammette *un'eccezione* alla regola generale [...] e cioè solo nel caso di effetti favorevoli per i destinatari quando vi sia il loro consenso e non sussistano controinteressati». G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo, cit.*, 411, sottolinea, in generale, che «la retroattività è normalmente dettata da esigenze di tutela». Si segnala l'osservazione di C. VITTA, *Diritto amministrativo, cit.*, 438, secondo cui «vi sono state decisioni che hanno ammesso la retroattività anche per atti tutt'altro che favorevoli ai loro destinatari, purché questi atti non ledessero interessi di costoro tutelati dalla legge». Molto acuta (ed ancora attuale) è tuttavia la riflessione di R. LUCIFREDI, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali, cit.*, 194, nota 31, il quale critica la tesi secondo cui il carattere vantaggioso per i privati potrebbe sempre giustificare la retroattività del provvedimento amministrativo: secondo l'A.,

Questo catalogo di eccezioni, nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, rappresenta un *numerus clausus*: secondo lo schema *inclusio unius, exclusio alterius*, infatti, al di fuori delle suddette quattro classi di atti a retroattività eccezionalmente consentita si riespanderebbe, nella sua pienezza ed inderogabilità, la regola/principio secondo cui la retroattività dei provvedimenti amministrativi deve considerarsi vietata, a pena di illegittimità del provvedimento<sup>36</sup>.

Deriva da questo schema, ad esempio, che non sarebbe *mai ammissibile* la retroattività per determinazione volontaria dell'amministrazione nel caso di *provvedimenti di segno sfavorevole* per i destinatari<sup>37</sup>.

Tale ultima conclusione, secondo un minoritario orientamento giurisprudenziale<sup>38</sup> che non trova seguito nella dottrina, sarebbe oggi confermata dal nuovo testo dell'art. 21-bis della l.

---

«si tratta però di concezione troppo unilaterale, dovendosi nel nostro campo tenere conto, naturalmente, dei possibili danni dell'Amministrazione, non meno che dei possibili vantaggi per il cittadino». In questo senso, cfr. anche la posizione di R. PERRONE CAPANO, *La retroattività*, cit., 36, secondo cui la retroattività non potrebbe giammai essere utilizzata per costituire «una gratuita attribuzione in favore del privato a carico della pubblica amministrazione»: l'Autore precisa l'affermazione nel senso che (pag. 166) «potrà essere ammesso un caso di retroattività di atti amministrativi soltanto nelle ipotesi in cui si possa riscontrare un *nesso di causalità fra la prestazione che, per gli effetti retroattivi, ricade sulla pubblica amministrazione e il pubblico interesse. E' indispensabile l'interdipendenza tra gli effetti giuridici e gli interessi della pubblica amministrazione*. La mancanza di una tale interdipendenza, accertata nei modi e nelle forme di legge, darà luogo all'annullamento della disposizione relativa alla produzione degli effetti retroattivi»; ed ancora (pag. 176), «si debbono attribuire al titolare il complesso delle conseguenze giuridiche che egli potrebbe pretendere se i dati di fatto fossero stati realmente quelli che impone di ritenere il procedimento della retroattività ... *non si possono attribuire, perciò, al titolare vantaggi giuridici ed economici che non rientrino nei campi della normalità*».

<sup>36</sup> Secondo TAR Puglia - Lecce Sez. II, 20 novembre 2001, n. 7383, «la retroattività di un provvedimento presupposto costituisce uno stato viziato invalidante, da cui discende l'illegittimità derivata dei soli atti consequenziali legati da nesso di presupposizione con l'efficacia retroattiva».

<sup>37</sup> TAR Sicilia - Catania, Sez. II, 1 giugno 2004, n. 1554: «è ovvio che gli atti amministrativi sfavorevoli non possono essere applicati retroattivamente». Cass. civ., I, 9 giugno 2004, n. 10900: «La regola della irretroattività vale soprattutto se il provvedimento incide negativamente nella sfera giuridica ed economica del destinatario». Cons. Stato, V, 20 ottobre 1988, n. 589: «Il principio dell'irretroattività degli atti amministrativi non può subire deroghe quando l'atto incida negativamente sulla posizione, giuridica ed economica, del destinatario». Un'applicazione estrema in TAR Piemonte, Sez. II, 2 marzo 2007, n. 924: «si veda, altresì, quanto in generale statuito in Cass. civile, sez. I, 8 aprile 2004, n. 6942: "Allorché il provvedimento amministrativo incida negativamente nella sfera giuridica ed economica del destinatario, esso non può avere effetto retroattivo, in applicazione del principio di legalità, ad onta di una diversa determinazione volontaria dell'Amministrazione [...]". Se tale potere non è rinvenibile nella disciplina sostanziale, non lo si può riconoscere sulla base dell'argomento che ciò sarebbe imposto dalla necessità di eseguire il giudicato [...] Il giudicato amministrativo [...] definisce solo alcuni aspetti della futura attività amministrativa, ma non può attribuire alla pubblica amministrazione un potere (retroattività degli effetti sfavorevoli del provvedimento) che sulla base della normativa sostanziale la p.a. non ha [...] Riconoscere all'amministrazione la possibilità giuridica di adottare un nuovo provvedimento integralmente sostitutivo di quello precedente annullato dal giudice, anche per il profilo temporale della retroattività degli effetti prodotti dal nuovo provvedimento, significa infatti sostenere che il giudicato favorevole non produce alcuna utilità concreta per la parte vittoriosa. Una tale soluzione non può essere condivisa neanche quando la retroattività degli effetti del provvedimento viene giustificata con l'argomento che ciò sarebbe imposto dalla necessità di eseguire il giudicato. Il discorso va, infatti, esattamente rovesciato: è proprio la presenza del giudicato favorevole che introduce dei limiti alla possibilità dell'amministrazione di rinnovare l'attività amministrativa caducata dall'intervento demolitorio del giudice amministrativo (salvo che non esista, come detto, una norma legislativa che espressamente disponga in punto di retroattività dell'atto amministrativo; e salvo il vaglio di costituzionalità, quantomeno in ordine alla ragionevolezza, di una tale legge)». R. PERRONE CAPANO, *La retroattività*, cit., 33, nota 37, cita un'interessante sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 ottobre 1960, n. 805, secondo cui «il principio della irretroattività degli atti amministrativi va osservato anche per gli atti autorizzativi, anche perché questi, nel consentire all'autorizzato l'esercizio di una attività, *restringono o diminuiscono la situazione giuridica di altre persone* in ordine ad un interesse che l'ordinamento giuridico ha inteso tutelare».



241/1990, ove si dispone che i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei destinatari acquistano efficacia solo «*con la comunicazione*» o, al più (ma non i provvedimenti sanzionatori), efficacia «*immediata*» previa adeguata motivazione: l'art. 21-*bis*, secondo tale orientamento, codificherebbe (*a contrario*) un divieto assoluto di retrotrazione dell'efficacia dei provvedimenti di segno sfavorevole a data anteriore a quella della loro adozione.

Vi è un terzo ed ultimo punto, che completa il quadro consolidato in dottrina e in giurisprudenza.

Anche i provvedimenti amministrativi appartenenti alle classi per le quali la retroattività è eccezionalmente consentita incontrano, rispetto alla retroazione dei loro effetti, alcuni «*limiti naturali*». Per utilizzare le parole della giurisprudenza, il provvedimento eccezionalmente retroattivo deve comunque rispettare «tre limiti naturali [...] non può ledere le posizioni giuridiche dei terzi [...] esige la preesistenza dei presupposti di fatto e di diritto richiesti per l'emanazione dell'atto cui si intende dare efficacia retroattiva sin dalla data alla quale si vogliono far risalire gli effetti dell'atto stesso [...] non può eliminare i fatti avvenuti in epoca anteriore, giusta il noto principio secondo cui *factum infectum fieri nequit*»<sup>39</sup>. La dottrina più recente precisa, rispetto al

---

<sup>38</sup> In linea generale, TAR Puglia – Lecce, Sez. I, 1 luglio 2008, n. 2046 (che richiama come precedente Cons. Giust. Amm. Sic. 25 marzo 1987 n. 7), afferma che «la comunicazione del provvedimento, in particolare, serve ad attribuire efficacia al provvedimento *qualora l'atto sia da considerare recettizio*. In questo caso la comunicazione costituisce requisito di obbligatorietà ed è pertanto indispensabile affinché l'atto possa produrre effetti nella sfera giuridica del destinatario: questi non operano se non da quando l'interessato è posto nella conoscenza legale dell'atto, *restando esclusa qualsiasi ipotesi di retroattività al momento dell'adozione del provvedimento*». Più perentorio Cons. Stato, VI, 9 settembre 2008, n. 4301, relativamente ad una determinazione amministrativa di articolazione tariffaria del servizio idrico integrato adottata dall'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale della Sardegna (AATO). Il provvedimento tariffario era stato pubblicato il 29 dicembre 2005, ma aveva rideterminato il canone per il servizio idrico con decorrenza retroattiva a partire dall'1 gennaio 2005. Afferma il Consiglio di Stato: «la giurisprudenza amministrativa ha più volte posto in rilievo che la regola di irretroattività dell'azione amministrativa è espressione dell'esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltreché del principio di legalità che, segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato (tali sono quelli introduttivi di prestazioni imposte), impedisce di incidere unilateralmente e con effetto *ex ante* sulle situazioni soggettive del privato (cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 1317 del 07.03.2001; Sez. VI, n. 2045 del 01.12.1999; Sez. IV, n. 502 del 30.03.1998). Ulteriore limiti alla retroattività, in presenza di statuizioni provvedimentali che rivestono valenza regolamentare in quanto dirette a trovare applicazione ripetuta nel tempo ad un numero indeterminato di fattispecie, discende dalla regola di irretroattività degli atti a contenuto normativo dettata dall'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale. Detta regola può ricevere deroga per effetto di una disposizione di legge pariordinata e non in sede di esercizio del potere regolamentare che è fonte normativa gerarchicamente subordinata. Pertanto *solo in presenza di una norma di legge che a ciò abiliti gli atti e regolamenti amministrativi possono avere efficacia retroattiva. Le surriferite conclusioni trovano codifica nell'art. 21-bis della legge n. 241/1990 introdotto dall'art. 14 della legge n. 15/2005*. E' ivi stabilito che "il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata" o qualora la comunicazione non sia possibile mediante forme di pubblicità idonee stabilite dall'Amministrazione medesima». V. altresì TAR Lazio – Roma, Sez. III, 8 maggio 2008, n. 3789.

<sup>39</sup> Così Cass. civ., Sez. I, 9 giugno 2004, n. 10901; Cass. civ., Sez. I, 8 aprile 2004, n. 6942; nella giurisprudenza amministrativa, TAR Toscana, Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 1681; Cons. Stato, Sez. IV, 30 marzo 1998, n. 502. La giurisprudenza riferisce tali limiti alla «retroattività per determinazioni volontarie» della p.a., ma in realtà si tratta di «limiti naturali» che valgono per tutte le classi di atti a retroattività eccezionalmente consentita: v. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 297 (ed ivi nota 47 per ampi richiami dottrinali), secondo cui «i limiti naturali che incontra la retroattività in senso stretto sono i medesimi che si è visto esistere per la retroattività per espressa disposizione di legge o per la natura dell'atto, e cioè che essa deve tenere conto delle posizioni giuridiche soggettive dei terzi, che non può eliminare i fatti avvenuti in epoca anteriore, secondo il principio *factum infectum fieri equità*, e che esige la preesistenza dei presupposti di fatto e di diritto richiesti per l'emanazione dell'atto cui si intende dare efficacia retroattiva, fin dalla data alla quale si vogliono far risalire gli effetti dell'atto stesso». Secondo G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 411, i suddetti limiti sono «applicazioni al provvedimento amministrativo di regole valide in via generale in materia di retroattività»; nello stesso senso M.S. GIANNINI, voce *Atto*

primo dei tre «limiti naturali», che non si tratta dell'obbligo radicale di non ledere (in termini assoluti), ma di «tenere conto delle posizioni giuridiche soggettive dei terzi» (in termini relativi)<sup>40</sup>.

### **3. Alcune ragioni teoriche per una rimeditazione del problema: il «dissolvimento della retroattività» nel bilanciamento tra valori costituzionali; la critica all'elaborazione della certezza del diritto come «concetto tutto-o-niente».**

Una rimeditazione in sede teorica del problema della retroattività del provvedimento amministrativo si giustifica (ed anzi, forse si impone) alla luce di una pluralità di ragioni.

Vi è una considerazione preliminare e generale, che non può essere approfondita in questa sede ma solo prospettata come orizzonte culturale di riferimento: essa attiene alla necessità di confrontare la concezione del tempo dei fenomeni giuridici con il radicale mutamento di paradigma impresso, dalla scienza del XX secolo, alla concezione del tempo dei fenomeni fisici. È infatti evidente che la tradizionale concezione del tempo dei fenomeni giuridici è quella che, epistemologicamente, deriva dalla fisica classica: in questa cornice teorica, il tempo è perfettamente scindibile dallo spazio; scorre in modo omogeneo ed identico per tutti gli osservatori; la struttura del tempo è deterministica<sup>41</sup>. Tale concezione del tempo è il sostrato implicito di concetti giuridici fondamentali quali, ad esempio, quelli di causalità e di condizionalità: in questa prospettiva, inevitabilmente, la retroattività degli effetti di atti giuridici acquista le sembianze di un'anomalia "contro natura" rispetto alla priorità cronologica (e, quindi, logica e poi giuridica) della causa rispetto all'effetto.

Tuttavia, poiché la concezione classica del tempo dei fenomeni fisici ha subito, a partire dalla prima metà dello scorso secolo, radicali sconvolgimenti ad opera di teorie ormai consolidate<sup>42</sup>, è

*amministrativo*, cit., 185. Peculiare la posizione di R. PERRONE CAPANO, *La retroattività*, cit., 36, che aggiunge ai predetti tre limiti naturali un quarto limite, rappresentato dal divieto di disporre «una gratuita attribuzione in favore del privato a carico della pubblica amministrazione» ove manchi «un nesso di causalità fra la prestazione che, per gli effetti retroattivi, ricade sulla pubblica amministrazione e il pubblico interesse» (v. *supra*, la precedente nota 35).

<sup>40</sup> In questo senso R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *loc. ult. cit.*; *contra*, nel senso di «non ledere», ad es., VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 362; nel senso della «inammissibilità di qualsiasi incidenza sulle situazioni giuridiche dei terzi di buona fede», A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, cit., 696, seguito da B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 270; nel senso della tutela «della buona fede e del legittimo affidamento» M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, cit., 282 e V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 433. Secondo G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 411, il limite è rappresentato dalla «esigenza del rispetto delle situazioni giuridiche dei terzi», anche se poi lo stesso A. riconosce (nota 71) che «l'ostacolo delle situazioni giuridiche pregresse, come è noto, non si frappone alla retroattività dell'annullamento».

<sup>41</sup> Per I. NEWTON, *Principi matematici della filosofia naturale* (a cura di Alberto Pala), Torino, 1965, 105-106, il tempo «in sé e per sua natura senza relazione ad alcunché di esterno, scorre uniformemente».

<sup>42</sup> Soprattutto la svolta impressa dal pensiero einsteiniano ha condotto numerosi studiosi a sottolineare, negli ultimi decenni, come il concetto di tempo sia stato spogliato da ogni contenuto assoluto o metafisico, sino a far ritenere che la stessa nozione tradizionale di tempo tenda a dissolversi, rivelandosi (secondo le posizioni più radicali) come una sorta di *fictio* utile a schematizzare e semplificare convenzionalmente la comprensione di concetti più profondi e basilari. Nella prospettiva della relatività einsteiniana, tempo e spazio si fondono in un *unicum*; il tempo diviene funzione della velocità nello spazio dell'osservatore; il tempo, dunque, non è più indipendente dall'osservatore ma dipende dal suo moto nello spazio; osservatori diversi, pur collocati inizialmente in un identico contesto di partenza, vivranno un tempo differente a seconda del loro moto relativo. In questa nuova visione, entra in crisi l'idea che il tempo scorra ineluttabilmente in una sola direzione e le stesse rigide barriere tra passato, presente e futuro vacillano. Si suole ricordare in proposito una celebre frase di Einstein, scritta dal grande scienziato poco prima della sua morte: «per noi, che crediamo nella fisica, la divisione tra passato, presente e futuro ha solo il valore di un'ostinata illusione» (A.

difficile (ed anzi, per chi creda nella possibilità di un confronto transdisciplinare tra saperi come metodo fecondo per il progresso delle scienze, naturali e sociali<sup>43</sup>, al servizio della società, sarebbe inopportuno) che la dottrina giuridica resti del tutto indifferente a tale evoluzione, impermeabilizzando le proprie categorie fondamentali rispetto al flusso delle altre scienze per preservare una propria malintesa "purezza".

Ed infatti, al cambio di paradigma nei domini delle scienze non giuridiche<sup>44</sup> stanno corrispondendo pulsioni nuove nel campo degli studi giuridici<sup>45</sup>, nonché una più ampia riflessione storica sul concetto di tempo nel diritto<sup>46</sup> rinnovata grazie al confronto con le prime.

EINSTEIN, *Lettera al figlio e alla sorella di Michele Besso del 21 marzo 1955*, in ID., *Opere scelte*, Torino, 1988, 707, citato da R.V. MACRÌ, *Che cos'è il tempo? Bergson, Maritain, Dingle a confronto con Einstein*, in *Sapienza*, LXI, I, 2008, 27, nota 89). Come è stato detto, commentando il pensiero di Einstein, «da causa per il movimento dell'orologio, il tempo diverrà, in un certo senso, effetto del movimento di quest'ultimo ... diverranno operazionali perfino i concetti di passato, presente e futuro ... verrà messo in crisi il concetto stesso di causalità»: così V.R. MACRÌ, *Che cos'è il tempo? Bergson, Maritain, Dingle a confronto con Einstein*, cit., 5. Cfr., per essenziali riferimenti, V. FANO – I. TASSANI, *L'orologio di Einstein: la riflessione filosofica sul tempo della fisica*, Bologna, 2002; con radicalità, J. BARBOUR, *La fine del tempo*, Torino, 2003; P. YOURGRAU, *Un mondo senza tempo: l'eredità dimenticata di Gödel e Einstein*, Milano, 2006; B. GREENE, *La trama del cosmo: spazio, tempo, realtà*, Torino, 2006. Diversa è la posizione di chi ritiene che solo recuperando l'importanza del tempo e dei processi irreversibili, seppur su basi non deterministiche, attraverso una revisione del concetto di tempo inteso non solo come un parametro del moto, ma soprattutto come entità che misura evoluzioni interne a un mondo in non-equilibrio, si possa ricostituire una «nuova alleanza» tra uomo e natura: I. PRIGOGINE – I. STENGERS, *La nuova alleanza: metamorfosi della scienza*, Torino, 1981; I. PRIGOGINE, *La nascita del tempo*, Napoli, 1988.

<sup>43</sup> In ordine alla necessità di superare le barriere di reciproca non-conoscenza e non-comprensione tra scienze sociali e scienze naturali, pur mantenendo la diversità dei relativi metodi e statuti disciplinari, basti ricordare le intuizioni anticipatrici di due grandi maestri italiani del secolo XX. A. GIULIANI, *Positivismo logico e scienza politica*, in *Il Politico*, 1951, 323 ss., 327: «Forse la tragedia della civiltà nostra è di aver oscurato, a causa della barriera tra le conoscenze, la connessione essenziale fra la filosofia delle scienze morali [tra le quali, per Giuliani, il diritto, n.d.r.] e quella delle scienze naturali». A. FALZEA, *Natura e Diritto* (Relazione pubblicata in *Natura e progresso in Europa e in America*, Atti del XIII Congresso – Ottawa, 13-14 aprile 1971, Accademia italiana di scienze biologiche e morali, Roma, 1971, 221 ss.), ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Vol. III. *Scritti d'occasione*, Giuffrè, 2010, 37 ss., 39-40: «Il diritto è una realtà positiva, una realtà che è fatta dalla vita umana così come si svolge in questo mondo dato, in questo mondo reale empiricamente osservabile. Il diritto perciò non può non riflettere il fato degli uomini, il loro condizionamento generale alla natura, all'ambiente in cui le comunità giuridiche sono insediate, al ritmo con il quale la natura si spiega nel tempo, alle leggi fisiche che ne governano i fenomeni [...] Queste considerazioni, specifiche e generali, aprono un capitolo, ancora pressoché inesplorato, dei rapporti tra ambiente naturale e diritto. Che la natura abbia una influenza decisiva sulla formazione e sulla evoluzione degli istituti e degli ordinamenti giuridici non è e non può essere contestato». Per la fecondità di un approccio transdisciplinare e la sua utilità per il giurista, sia consentito qui il rinvio a M. MONTEDURO, *Per una «nuova alleanza» tra diritto ed ecologia: attraverso e oltre le «aree naturali protette»*, in *GiustAmm.it*, n. 6/2014.

<sup>44</sup> Ad esempio, per acute osservazioni sull'influenza della teoria quantistica e della c.d. interpretazione di Copenaghen rispetto alla filosofia e all'epistemologia contemporanee, v. G. GIORDANO, *Storia della filosofia, scienza e scienziati. Nuovi modelli storiografici e nuovi luoghi della filosofia*, in AA. VV., *Le nuove frontiere della storiografia filosofica*, Atti del I Convegno Nazionale della Società di Storia della Filosofia, Soveria Mannelli, 2003, 75-112.

<sup>45</sup> Per un esempio, R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*. Vol. I. *Delle fonti del diritto*, Napoli, 2009, 35-60. Nella letteratura giuridica statunitense, noto e citatissimo il saggio seminale di L.H. TRIBE, *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn From Modern Physics*, in *Harvard Law Review*, vol. 103, n. 1, 1989, 1-39; si veda, più di recente, S.H. KELLERT, *Extrascientific Uses of Physics: The Case of Nonlinear Dynamics and Legal Theory*, in *Philosophy of Science*, vol. 68, n. 3 (Supplement: Proceedings of the 2000 Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association. Part I: Contributed Papers), 2001, S455-S466.

<sup>46</sup> V. ad es. F. CAMMISA, *Reversibilità o irreversibilità del tempo: un problema giuridico?*, in G.M. CHIODI (a cura di), *Tempo della legge e tempo della storia. Simboliche della temporalità*, Napoli, 1999, 125-140, in particolare 136 ss. È

Importanti indagini hanno da ultimo sottolineato il fenomeno della vorticosità ed esponenziale «accelerazione del tempo giuridico»<sup>47</sup>, che si manifesta sia nella dimensione dell'aumento della velocità e del ritmo della produzione normativa e giurisprudenziale, con processi ipermetabolici di creazione ed obsolescenza, sia in quella del diritto del "breve periodo", dal respiro immediato, che trova la sua manifestazione più estrema nel c.d. diritto dell'emergenza. Parimenti, il tempo giuridico subisce delle radicali trasformazioni al mutare delle coordinate spaziali di riferimento<sup>48</sup>, con il cadere delle distanze per esito del processo di globalizzazione del diritto ed a causa dell'avvento dell'era della telematizzazione, in cui lo scorrere del tempo, immerso nella virtualità della comunicazione, altera i suoi consueti connotati.

In questo contesto, non stupisce che la dottrina giuridica contemporanea stia sottoponendo ad una revisione critica la classica concezione del tempo nel diritto<sup>49</sup>.

Una cartina al tornasole di queste inquietudini è rappresentata proprio dal problema generale della retroattività e da quello, connesso e per molti versi speculare, della certezza del diritto.

Autorevolmente, Luciani ha di recente teorizzato il «dissolvimento della retroattività» come principio o istituto autonomo, sostenendo con forza che «la nozione stessa di retroattività [...] andrebbe radicalmente ripensata, se non addirittura abbandonata»<sup>50</sup>: già in precedenza, peraltro, grandi maestri avevano sottolineato come il c.d. principio di irretroattività apparisse una «nozione

---

significativo come l'A. sottolinei le spesso nascoste analogie tra la ricerca giuridica e la ricerca fisica ed osservi che, però, nel contesto attuale, «mentre la scienza si adegua, prendendo in considerazione i processi irreversibili, abbracciando l'ipotesi indeterministica, conseguenza naturale della moderna teoria dell'instabilità e soprattutto della meccanica quantistica, il diritto continua a viaggiare sui vecchi binari perché non ha il coraggio di ammettere che i mutamenti repentini di una società che cambia a ritmi spaventosi impongono di fronteggiare l'irreversibilità del tempo e di riconoscere l'evanescenza di costruzioni dommatiche sempre più superflue, inidonee a superare la tensione tra fatti e diritto». Sulla reversibilità (bidimensionalità) del tempo giuridico come fattore differenziale rispetto alla irreversibilità (unidimensionalità, almeno secondo la concezione del tempo propria della fisica classica) del tempo naturale, resta sempre fondamentale la consultazione dell'opera di G. CAPOZZI, *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica* [1968], ora nella sua 4<sup>a</sup> edizione, Napoli, 2000, in particolare 291 ss.

<sup>47</sup> P. GÉRARD – F. OST – M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, 2000.

<sup>48</sup> Cfr. sul punto, di recente, S. MÜLLER-MALL, *Legal Spaces. Towards a Topological Thinking of Law*, Berlin - New York, 2013.

<sup>49</sup> Nella recente letteratura giusfilosofica, v. A. ROMANO, *Continuum spazio-tempo, diritto e democrazia*, Torino, 2013, che riflette proprio (71 ss.) sulle relazioni tra «esperienza giuridica e fisica contemporanea» ed, in particolare, tra «diritto e spaziotemporalità», «continuum nella disciplina giuridica e continuum einsteiniano», «ontologia relativistica e diritto», sottolineando «il cronotopo einsteiniano alla base della scienza giuridica» (dello stesso Autore, v. anche il precedente volume intitolato *Causalità giuridica e fisica contemporanea*, Torino, 2005). Nella recente letteratura costituzionalistica, emblematica la monografia di L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009, il quale (pagg. 69-91) riflette sui rapporti tra il diritto e la concezione del tempo nella «prospettiva post-newtoniana» e nella «teoria della complessità», esaminando (sul versante scientifico) le teorie di Albert Einstein e Ilya Prigogine e confrontando queste ultime (sul versante giuridico) con le diverse costruzioni teoriche proposte nel diritto pubblico contemporaneo da studiosi come Laurence Henry Tribe, Fabio Merusi, Massimo Luciani. Di particolare interesse, ai fini del presente scritto, sono le considerazioni di L. Cuocolo (pag. 71 ss.) circa il fatto che l'attuale impostazione giuridica del problema della retroattività/irretroattività si regga tuttora sulla concezione del tempo propria della fisica classica (newtoniana), sebbene quest'ultima sia ormai in crisi: «non vi è [...] mai stata un'univoca intesa su cosa sia da intendere per retroattività/irretroattività della legge [...] il filo rosso che li tiene insieme è – a ben vedere – tributario di un'impostazione newtoniana: così, infatti, si cerca di difendere la linearità del tempo giuridico, che deve rispettare il prima e il dopo e – anzitutto – il principio di causalità» (pagg. 71-72); «l'insufficienza della dicotomia retroattività/irretroattività emerge con sempre maggiore chiarezza nell'era della complessità» (pag. 74, in esplicita adesione alla tesi di Luciani, sulla quale v. subito *infra* nel testo del presente scritto).

<sup>50</sup> M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 1826.

confusa»<sup>51</sup>, «un vero e proprio enigma giuridico»<sup>52</sup>, sino ad affermare, a proposito dell'art. 11 delle Preleggi – norma la quale dovrebbe rappresentare il principale fulcro di diritto positivo per l'emersione del principio di irretroattività –, che si tratterebbe di «un'espressione letterale che non ha senso»<sup>53</sup>.

L'innovativa impostazione recentemente fornita al problema della retroattività da Luciani è ricca di potenzialità euristiche e ricadute ordinamentali. Queste, in estrema sintesi, le tesi dell'Autore<sup>54</sup>:

- la tradizionale distinzione tra “gradi” o “modi” della retroattività (retroattività propria, impropria, apparente, rinforzata, etc.) cela una crisi interna del concetto stesso di retroattività, che si rivela malsicuro ed equivoco nella sua definizione e circoscrizione;

- alla prospettiva della retroattività dovrebbe essere sostituita quella – più corretta, univoca ed unitaria – della «retrovalutazione», intesa come rivalutazione giuridica di fatti passati<sup>55</sup>;

- tuttavia, la retrovalutazione è riscontrabile, a ben vedere, in tutti gli atti giuridici, anche in quelli che dispongono per il futuro, in quanto «anche quando statuisce per il futuro», l'atto «opera una valutazione giuridica del passato, nel senso che constata l'esistenza di fatti (normalmente giuridici) preesistenti e ne detta la regolazione»<sup>56</sup>;

- né la retroattività né il suo opposto, ossia la irretroattività, sono «un istituto», bensì piuttosto l'evocazione di «*un fascio di valori*» protetti dall'ordinamento giuridico<sup>57</sup>;

- «l'imperativo della irretroattività, in realtà, altro non è che l'imposizione, in epitome, dell'esigenza di *non sacrificare [...] se non in presenza di valori contrastanti almeno equiordinati e nel rispetto dei principi di proporzionalità e non eccessività [...] alcuni fondamentali valori ordinamentali [...] come la sicurezza dei traffici giuridici, la certezza del diritto, l'affidamento, la libertà di autodeterminazione, l'eguaglianza di trattamento tra soggetti parimenti consapevoli dei loro diritti e doveri*»<sup>58</sup>;

- in questa concezione, «*la questione della retroattività è quella del corretto bilanciamento tra valori*», risolvendosi nel problema «del rapporto tra valori costituzionali, del loro bilanciamento, dei criteri cui questo deve attenersi»<sup>59</sup>;

- Luciani propone, in tale prospettiva, l'immagine metaforica del «registro a partita doppia», in cui «nella colonna di sinistra possiamo scrivere tre dati: a) i vari “modi” [...] della retrovalutazione del passato; b) la misura del pregiudizio subito in forza della retrovalutazione dall'indirizzatario del precetto [...] c) il grado di affidamento qualificato, e cioè il suo “consolidamento”. In quella di

<sup>51</sup> A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli artt. da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato. I. Premesse e disposizioni preliminari* (diretto da P. RESCIGNO), Torino, 1982, 241.

<sup>52</sup> G. PACE, *Il diritto transitorio. Con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, s.d. [ma 1944], 129.

<sup>53</sup> R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile* (a cura di A. SCIALOJA – G. BRANCA), Bologna – Roma, 1974, 81.

<sup>54</sup> Nel testo si riportano testualmente, per rendere con fedeltà il pensiero dell'Autore, brani tratti dalla Parte Prima del saggio di M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività, cit., passim* (nelle citazioni all'interno del presente scritto i corsivi nel testo sono aggiunti, per sottolineare alcuni passaggi). Le tesi di Luciani sono state riprese successivamente, tra gli altri, da M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici, cit.*, 12 ss. e 99 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale, cit.*, 73 ss.; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012, 104 ss.

<sup>55</sup> M. LUCIANI, *op. cit.*, 1827 ss., sulla scorta della terminologia di G. PACE, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato, cit.*

<sup>56</sup> M. LUCIANI, *op. cit.*, 1828.

<sup>57</sup> ID., *op. cit.*, 1832.

<sup>58</sup> ID., *op. cit.*, 1833-1834.

<sup>59</sup> ID., *op. cit.*, rispettivamente 1836 e 1833.

destra possiamo scrivere i valori costituzionali che ostacolano o giustificano una più o meno intensa retrovalutazione. Ebbene: quanto più risaliamo la colonna di sinistra [...] muovendoci dalla minima alla massima invadenza nei fatti preteriti, tanti meno ostacoli e tante più giustificazioni dobbiamo trovare nell'ordine assiologico della Costituzione. La tecnica ipotizzata è quella del bilanciamento, ma di un bilanciamento che, al contrario di quanto accaduto sinora, non è privo di parametri metodologici di giudizio, in quanto *lo scrutinio di legittimità diventa progressivamente più stretto al salir della scala dell'impatto [...] sul tempo passato*<sup>60</sup>;

- l'Autore conclude affermando che «non ha senso, dunque, chiedersi “se” una legge sia retroattiva ... quel che conta è chiedersi “come” una legge sia retrovalutativa, per poi raffrontare le modalità del suo impatto sul passato alle norme costituzionali di riferimento»<sup>61</sup>.

Alla revisione del concetto di retroattività si accompagna un parallelo processo di revisione del concetto di certezza del diritto<sup>62</sup> nella dottrina giusfilosofica.

Uno studio recente sull'argomento<sup>63</sup> ha riproposto la prospettiva di un superamento dell'idea della certezza del diritto come «*concetto del tipo tutto-o-niente*»<sup>64</sup>, ossia del dogma di «una certezza fattuale assoluta, intesa come proprietà che c'è o non c'è»<sup>65</sup>, che ammette solo l'alternativa secca tra certo ed incerto. Al contrario, occorrerebbe ricostruire «*la certezza come concetto quantitativo*»<sup>66</sup>, distinguendo «gradi di certezza o di diritto più o meno certo»<sup>67</sup>, ad esempio, «certezza a breve

<sup>60</sup> ID., *op. cit.*, 1836.

<sup>61</sup> ID., *op. cit.*, 1836-1837.

<sup>62</sup> “Problema di problemi” in ordine al quale il dibattito, la diversità di posizioni e la correlata bibliografia sono immensi, in tutti i campi del diritto. Solo per limitarsi ad alcune monografie o opere collettanee apparse nell'ultimo quindicennio, senza pretesa di completezza: G.L. GONÇALVES, *Il rifugio delle aspettative: saggio sulla certezza del diritto*, Lecce, 2013; E. PAUNIO, *Legal certainty in multilingual EU law. Language, discourse and reasoning at the European Court of Justice*, Farnham – Burlington, 2013; P. SAVONA, *Il governo del rischio: diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, Napoli, 2013; C. MURGO, *La prescrizione tra certezza del diritto e tutela dei diritti*, Pisa, 2012; N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma, 2011; F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e certezze private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; F.J. LAPORTA – J. RUIZ MANERO – M.A. RODILLA, *Certeza y predecibilidad de las relaciones juridicas*, Madrid, 2009; R. CERAMI (a cura di), *Certezza del diritto e imparzialità del giudice* (Atti del convegno organizzato a Palermo dal Centro siciliano di studi sulla giustizia, 23 e 24 marzo 2007), Torino, 2007; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005; A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003; AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa* (Atti del 48° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 19-21 settembre 2002), Milano, 2003; J. RAITIO, *The principle of legal certainty in EC law*, Dordrecht–Boston–London, 2003; S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002; Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002; E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano, 2001; A.M. CAMPANALE, *L'incerto diritto*, Pisa, 2001; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999; S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, Milano, 1999; E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999.

<sup>63</sup> G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., monografia pubblicata nella Serie Teorica della Collana “Analisi e diritto” diretta da Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (nelle citazioni all'interno del presente scritto i corsivi nel testo sono aggiunti, per sottolineare alcuni passaggi). Il libro è stato tradotto anche in lingua spagnola (a cura di Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi) con il titolo *La certeza juridica como previsibilidad* e pubblicato da Marcial Pons, Madrid, nel 2012. Lo stesso GOMETZ ha ripreso gli argomenti della monografia del 2005 anche nel saggio *Indici di certezza giuridica*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2012, n. 12, 309 ss. ([http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2012\\_n12/stu\\_04-Gometz.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2012_n12/stu_04-Gometz.pdf)).

<sup>64</sup> ID., *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 30 e 184.

<sup>65</sup> ID., *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 32.

<sup>66</sup> ID., *op. ult. cit.*, 184 ss.

<sup>67</sup> ID., *op. ult. cit.*, 185 e 30.

termine» e «certezza a lungo termine»<sup>68</sup>; accedere, così, all'idea di «una certezza relativa che ammette vari gradi di realizzazione»<sup>69</sup>.

Abbracciare questa seconda concezione della certezza del diritto è fondamentale proprio per sottrarsi agli strali «delle posizioni scettiche in materia di certezza del diritto», non a caso «legate ad una concezione della certezza intesa come prevedibilità assoluta»: è infatti facile per gli scettici affermare che tale certezza assoluta è «irraggiungibile» e «arrivare a concludere che, non essendo la certezza del diritto realizzabile, è opportuno lasciar perdere questo residuo di illuminismo giuridico»<sup>70</sup>.

Il concetto di certezza, secondo l'Autore, deve essere ancorato alla libertà di consapevole autodeterminazione degli individui e dunque alla «pianificabilità giuridicamente consapevole delle scelte pratiche individuali»<sup>71</sup>: pertanto certezza del diritto significa possibilità di prevedere, almeno con margini di sufficiente approssimazione, le conseguenze giuridiche che saranno correlate alle proprie ed altrui condotte in un dato ambito temporale. Tuttavia, il punto cruciale risiede nel riconoscere, da un lato, che «non è ipotizzabile alcuna *generalizzata* possibilità di prevedere *esattamente* le singole decisioni giuridiche né le singole conseguenze giuridiche da esse ricollegate ad un fatto o ad un atto»; dall'altro lato, e specularmente, che si può essere «in grado di prevedere soltanto che la decisione che stabilisce (dichiara, costituisce) tali conseguenze giuridiche sarà compresa in un novero di decisioni alternative componibili»<sup>72</sup>.

In questo modo, il concetto di certezza del diritto si declina chiaramente come «prevedibilità aperta a più decisioni alternative componibili» e le «previsioni a carattere alternativo, sebbene capaci di prospettare tutte le conseguenze giuridiche che si ritengono *probabili* alla luce delle informazioni di cui si dispone, sono sempre *fallibili*»<sup>73</sup>.

La certezza-prevedibilità del diritto viene attratta nell'orbitale della probabilità, graduabile tanto quanto esposta alla fallibilità.

#### **4. Una differente proposta ricostruttiva nel senso di uno schema a geometria variabile: la retroattività negata o consentita "per principi", caso per caso, motivatamente e con esiti non predeterminabili *ex ante*. Un triplice test per vagliare l'*an*, il *quantum* e il *quomodo* della tollerabilità della retroazione del provvedimento amministrativo in base ai principi generali dell'ordinamento.**

Le coordinate generali di riferimento suesposte rendono ragione della possibilità di impostare in maniera diversa il problema specifico della retroattività del provvedimento amministrativo.

La prospettiva (finora invalsa) di una retroattività "a geometria fissa", ossia ammessa o negata *a priori* per classi astratte di provvedimenti, appare recessiva rispetto alla prospettiva di una retroattività "a geometria variabile", risultato di una necessaria ponderazione operata per principi, in concreto, motivatamente e caso per caso.

Per esplorare questa prospettiva, appare utile suddividere il percorso argomentativo in due momenti:

<sup>68</sup> ID., *op. ult. cit.*, 138 ss., sulla scorta della terminologia di Bruno Leoni.

<sup>69</sup> ID., *op. ult. cit.*, 32.

<sup>70</sup> ID., *op. ult. cit.*, 33-34.

<sup>71</sup> ID., *op. ult. cit.*, 296 e 250 ss.

<sup>72</sup> ID., *op. ult. cit.*, 208.

<sup>73</sup> ID., *op. ult. cit.*, 211.

(A) in negativo, decostruire le tesi (fatte proprie, come si è visto, soprattutto dalla giurisprudenza<sup>74</sup>) secondo cui il fondamento legislativo della irretroattività dei provvedimenti amministrativi sarebbe rinvenibile (A.I.) nell'art. 11 delle Preleggi o (A.2) nell'art. 21-bis della l. 241/1990;

(B) in positivo, una volta escluso il riferimento a puntuali disposizioni normative e dischiuso l'orizzonte del riferimento ai principi generali dell'ordinamento, evidenziare in che modo questi ultimi agiscano componendosi in sequenza, ordinata e controllabile, di criteri, metodi e limiti per la retrovalutazione dei fatti che i provvedimenti amministrativi possono effettuare, al di fuori di rigidi e automatici modelli binari del tipo sì/no.

(A.I.) Iniziando dall'art. 11 delle Preleggi, occorre rilevare l'errore metodologico che si annida nell'idea di poter traslare automaticamente i principi valevoli per gli atti normativi (leggi, regolamenti) su un piano ordinamentale molto diverso quale è quello dei provvedimenti amministrativi.

Il ragionamento sotteso a tale automatismo presuntivo sta e cade con l'argomento *a fortiori*: in sostanza – si postula – *se una certa regola vale per la legge, dovrà a maggior ragione valere per il provvedimento amministrativo*, essendo quest'ultimo atto di esecuzione della legge, ancillare e subordinato ad essa. Nel "più" (la legge) vi sarebbe il "meno" (il provvedimento amministrativo).

Questa impostazione "deduttiva/transitiva", tuttavia, è stata in passato ed è tuttora fonte di numerosi equivoci e di errori: tra atto normativo e atto amministrativo, infatti, non vi è una differenza meramente quantitativa (di grado), ma qualitativa (di natura giuridica), il che rende arbitraria un'aprioristica assimilazione del loro regime operata in via puramente logica.

La questione della linea di demarcazione tra concretezza del provvedere e astrattezza del prevedere, oggetto di un antico quanto tormentato dibattito dottrinale, è stata declinata proponendo criteri variabili quali quelli della «ripetibilità», del riferimento a «classi» o «tipi» di azioni, della «impersonalità», della «novità»<sup>75</sup>. Si tratta di un dibattito immenso<sup>76</sup>, in ordine al quale, in questa sede, può solo svolgersi un rilievo minimo: la linea di confine tra astrattezza e concretezza, per quanto mobile e problematica, è comunque ancorabile a un "esperimento", ossia allo svolgimento di una verifica, volta a stabilire se un atto giuridico includa in o escluda da se stesso la necessaria mediazione e interlocuzione con la sfera del fatto.

Assumendo questa prospettiva, può cogliersi la distinzione tra:

- un atto che corredi il proprio effetto giuridico a *fatti assunti "in ipotesi" come avverabili, senza il previo accertamento della loro già avvenuta verifica storica*, secondo lo schema condizionale «Se A, allora B»;

<sup>74</sup> V. *supra*, in particolare note 25 e 38.

<sup>75</sup> Basti ricordare le parole di uno dei maestri che hanno segnato più profondamente la storia della riflessione giuridica sui caratteri della norma e dell'atto normativo, ossia VEZIO CRISAFULLI. Nella voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 238 ss., seppur sottolineando (255) la propria «distinzione tra il disporre, in linea preventiva e generale, cioè il dare regola all'azione, e il provvedere, caso per caso e in concreto», Crisafulli decostruiva la nozione di «astrattezza» mettendola a nudo quale «concetto ... suscettibile di essere variamente inteso, con la conseguente possibilità di diverse applicazioni classificatorie» (*ivi*, 247 e ss.). Sui diversi modi di intendere la dicotomia astrattezza/concretezza, quale crinale della dicotomia normativo/non normativo, v. F. MODUGNO, voce *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, 328 ss., in particolare 344-345 e 365 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 1 ss., in particolare 9-11.

<sup>76</sup> La dottrina amministrativistica, in indagini relativamente recenti, ha offerto un'ampia panoramica ricostruttiva di tale dibattito: a tali indagini può dunque rinviarsi, con particolare riferimento alle monografie di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, spec. 64 ss., e di S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, spec. 86 ss.



- un atto che produca il proprio effetto giuridico solo operando un *previo accertamento di uno o più fatti constatati "in tesi", ossia acquisiti e verificati come casi storicamente accaduti*, secondo lo schema causale «Poiché A, allora B»<sup>77</sup>.

A seguito di tale verifica, possono essere ascritti al primo gruppo gli atti normativi in senso pieno, ossia normativi non esclusivamente nella forma (come invece le leggi-provvedimento) ma anche nella sostanza (indipendentemente dalla loro provenienza da una pubblica amministrazione, come nel caso dei regolamenti): gli atti normativi, cioè, che non dettino la regola di un caso, ma regole per una serie indefinita di casi.

Sono da ascrivere al secondo gruppo, invece, i provvedimenti amministrativi e i provvedimenti giurisdizionali, che sono volti ad amministrare o a giustiziare casi concreti, operando l'applicazione della norma astratta.

Proprio il carattere della *concretezza*, che identifica il provvedimento amministrativo (e lo avvicina, sotto questo profilo, al provvedimento giurisdizionale molto più che alla legge), rende non commensurabili qualitativamente gli atti amministrativi rispetto agli atti normativi (che dovrebbero essere) connotati dal carattere diametralmente opposto, ossia quello dell'astrattezza.

---

<sup>77</sup> Così R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2010, 17-18. Guastini aggiunge che, mentre lo schema della norma astratta «è formulato, o può comunque essere ricostruito, come un enunciato condizionale», in cui l'antecedente (protasi) funge da condizione del conseguente (apodosi), al contrario «l'antecedente di un provvedimento non è tanto una condizione del conseguente, quanto piuttosto la sua "motivazione"». In senso diverso è orientata, come è noto, autorevolissima parte della dottrina. Si veda, ad esempio, V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, cit., 248, il quale riconduce a CARNELUTTI la definizione dell'astrattezza come «precetto posto in ipotesi, in ordine ad un caso possibile, anziché in tesi, ossia in ordine ad un caso esistente», ma la critica affermando che questa definizione finisce per identificare l'astrattezza con la «generalità (temporale)», sulla quale ricorda l'obiezione di DONATI (del comando universale come somma di comandi individuali successivi, seppur in numero indeterminabile *a priori*). Anche F. MODUGNO, voce *Norma (teoria generale)*, cit., 366-370, in un ordine simile di idee, critica (367) «la distinzione tra norma come prescrizione ipotetica e ripetibile e precetto come prescrizione fattualmente condizionata e irripetibile»: secondo il chiaro Autore, gli schemi «Se A, allora B» e «Poiché A, allora B» sarebbero logicamente interscambiabili, giacché «l'ipotesi di una norma giuridica non può che tradursi nella somma delle condizioni concretamente verificate che la rendono applicabile (il "se c'è A" deve tradursi di volta in volta in "poiché c'è A")». D'altra parte, il cosiddetto precetto individuale ... è esso stesso la specificazione e determinazione di una retrostante norma ipotetica («poiché c'è A, ci dev'essere B» equivale a «se c'è A, ci dev'essere B, ma, poiché c'è A, allora ci dev'essere B»). La correttezza e il rigore teorico di tali magistrali obiezioni non tolgono, tuttavia, valore alla distinzione tra lo schema ipotetico (astratto) e lo schema causale (concreto), a patto che il processo di concretizzazione della norma astratta venga spogliato da qualsiasi impostazione meccanicistica, sillogistica, automatica. In altri termini, lo schema «Se A, allora B» (proprio della norma) potrebbe essere reversibilmente convertito nello schema «Poiché A, allora B» (proprio del provvedimento) solo muovendo da un approccio geometrizzante, che consideri la norma una sorta di «contenitore» di tutti i provvedimenti possibili, via via «riempito» da questi ultimi una volta che siano effettivamente adottati. In contrario, può osservarsi che il salto dall'astrattezza della pre-visione normativa alla concretezza della post-visione provvedimento non implica un mero *rinvenire* i fatti, come se si trattasse di tessere già sagomate e disegnate, pronte per essere *inserite e sommate* nel mosaico della fattispecie normativa, ma rende necessaria, invece, una *problematica transazione* (in senso deweyano) *tra fatto e norma* in cui i due termini della relazione non sono già predefiniti, ma definiscono il proprio volto e la propria identità dinamicamente, trasformandosi reciprocamente nella circolarità dinamica del processo di concretizzazione, che conduce alla *costruzione del caso*. Questo salto impedisce di ridurre e di ricondurre tutto alla norma astratta, quasi che l'onniscienza del legislatore abbia già previsto in anticipo tutti i casi possibili racchiudendoli in uno scrigno, che l'interprete dovrebbe solo aprire, disvelandone i tesori. L'astrattezza, in definitiva, non può essere retamente intesa come somma di infinite concretezze, a meno che non si postuli, in una sorta di disputa sugli universali giuridici, una prospettiva per cui l'essere ingloberebbe il divenire, l'essenza conterrebbe in sé tutte le esistenze, la *quidditas* sarebbe somma di tutti i *quis*. A fronte di ciò, sembra invece preferibile accedere a una prospettiva differente, in cui i piani dell'astrattezza fattualmente condizionante e della concretezza fattualmente condizionata, pur in continua e indissolubile relazione, non siano suscettibili di *reductio ad unum*.

Da ciò deriva che non sarebbe corretto un "trapianto" automatico dei principi che reggono gli atti di natura normativa (se e in quanto astratti) a quelli di natura amministrativa (poiché concreti).

Il problema della retroattività (se cioè essa sia vietata, consentita, in quali casi, con quali limiti) non può declinarsi identicamente quando a retroagire nel passato sia una norma generale e astratta, dettata per una classe aperta ed indefinita di casi da un atto-fonte del diritto oggettivo, costitutivo dell'ordinamento generale, rispetto a quando, invece, a retroagire sia un provvedimento amministrativo il quale opera in concreto, rispetto a fatti e soggetti storicamente determinati, senza produrre (utilizzando il lessico crisafulliano) «norme-ordinamento». In questa prospettiva, è significativo il parallelismo sopra accennato tra provvedimento amministrativo e provvedimento giurisdizionale: difficilmente potrebbe estendersi *tout court*, in via puramente logica e deduttiva, agli ordinari provvedimenti giurisdizionali il divieto generale di retroagire stabilito per le leggi dall'art. 11 delle disp. prel. cod. civ., pur essendo anche le sentenze (come i provvedimenti amministrativi) atti di concretizzazione della legge e a quest'ultima, in linea di principio, soggette.

Basti pensare, per un ulteriore esempio a sostegno di quanto sin qui argomentato, alla tesi della doverosa disapplicazione del provvedimento amministrativo contrastante con il diritto comunitario, da qualcuno prospettata (in passato) proprio per simmetria con il corrispondente dovere di disapplicazione degli atti normativi anticomunitari. Solo dopo più attente riflessioni, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina hanno dovuto prendere atto dell'impossibilità di traslare dagli atti normativi agli atti amministrativi l'istituto della disapplicazione, perché del tutto distonico con il regime proprio di questi ultimi, e riconoscere che il provvedimento amministrativo contrastante con il diritto comunitario può solo essere annullato, in sede giurisdizionale o di autotutela, nel rispetto dei presupposti stabiliti dall'ordinamento per procedere all'annullamento. In tal caso, è sintomatico che la stessa Corte di Giustizia abbia richiamato i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento per giustificare l'ipotesi di persistenza degli effetti di provvedimenti amministrativi nazionali divenuti inoppugnabili per decorso del tempo, pur in presenza di una violazione del diritto comunitario: il che, viceversa, mai potrebbe ammettersi per le leggi anticomunitarie<sup>78</sup>. I provvedimenti amministrativi, proprio per la concretezza del provvedere che li contraddistingue, sono tali da ingenerare in capo ai loro destinatari affidamenti legittimi diversamente qualificati rispetto agli atti normativi, che non hanno (o non dovrebbero avere) destinatari determinati, risolvendosi in previsioni generali ed astratte.

Un altro esempio, tra i molti che potrebbero prospettarsi, attiene al modo radicalmente diverso in cui viene a configurarsi l'idea stessa di "retroattività" in materia di sanzioni amministrative, a

---

<sup>78</sup> Per la ricostruzione del dibattito sul regime del provvedimento amministrativo anticomunitario e il superamento della tesi della disapplicazione, anche per i riferimenti bibliografici, si rinvia a S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1107 ss.; R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit.; ID., *Il riesame dell'atto amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione europea*, Roma, 2014; M. DELSIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 273 ss.; G. GRECO, *Efficacia della normativa comunitaria nei confronti degli atti amministrativi nazionali*, in ID., *Argomenti di diritto amministrativo*, 3ª edizione, Milano, 2008, in particolare 54-55, ove si afferma (corsivi aggiunti) che la tesi della disapplicazione del provvedimento amministrativo anticomunitario «tende a riconoscere all'atto amministrativo un regime sostanziale e processuale costruito sulla falsariga della disapplicazione degli atti normativi nazionali [...] ma un siffatto capovolgimento di regime non pare che possa essere giustificato solo in pretesa simmetria o analogia con le vicende della legge [...] essa trascura, infatti, le profonde differenze tra atto normativo e atto provvedimento e la circostanza che per il primo (ma non per il secondo) la disapplicazione è una forma ordinaria di risoluzione delle antinomie tra fonti»; per una riflessione critica nella prospettiva della tutela dei diritti, v. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, in particolare 131 ss.

seconda che di "retroattività" si discuta facendo riferimento alla legge (che prevede le sanzioni amministrative in astratto) e al provvedimento amministrativo (che, a seguito dell'accertamento e della contestazione, irroga in concreto le sanzioni previste in astratto dalla legge).

Se riferita alle leggi che stabiliscono sanzioni amministrative, *irretroattività significa innanzitutto che alla legge è vietato riconnettere sanzioni a fatti che si siano interamente compiuti prima dell'entrata in vigore della legge medesima*. La legge può punire solo fatti che si verifichino successivamente alla sua entrata in vigore (art. 1, comma 1, della l. 689/1981: «nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione»).

Se lo sguardo si sposta dal piano normativo a quello amministrativo, e si considerano i *provvedimenti amministrativi puntuali di irrogazione delle sanzioni*, applicando lo stesso concetto di irretroattività si dovrebbe ritenere che essi non dovrebbero mai colpire comportamenti che si siano interamente compiuti prima dell'adozione del provvedimento sanzionatorio, ma solo comportamenti futuri. Il che, evidentemente, è assurdo, dato che *per definizione i provvedimenti amministrativi sanzionatori riconnettono i loro effetti a condotte passate, tenute dal cittadino prima, non dopo il provvedimento che le sanziona*.

In altri termini, se si utilizzasse *lo stesso concetto di retroattività* che vale per le leggi sanzionatorie, si dovrebbe paradossalmente ritenere che tutti i provvedimenti sanzionatori siano ontologicamente e necessariamente retroattivi.

Il paradosso è illuminante, ancor più ove si consideri che autorevole dottrina, nel dominio della teoria generale del diritto, fonda la distinzione tra legge (produttiva di norme generali e astratte) e provvedimento amministrativo (comando concreto) proprio sulla base dell'alternativa tra irretroattività e retroattività.

Il riferimento è alla posizione di Guastini<sup>79</sup>, secondo cui il requisito della «astrattezza» proprio della legge comporterebbe come corollario inevitabile la irretroattività della legge stessa, perché la norma «è astratta allorché dispone per fattispecie future, ossia non è retroattiva»: in altri termini, solo se la legge guarda al futuro si riferisce, davvero, a fattispecie non previamente identificate, non note e non individualmente contemplate. In questa prospettiva, per l'Autore, «il vocabolo "astratto"» deve intendersi «come sinonimo di "non retroattività"» e proprio «il concetto di astrattezza intesa ... come non retroattività consente di distinguere il "disporre" per il futuro dal "provvedere" per il passato: le norme dai provvedimenti».

Rispetto alla legge, Guastini osserva che «disporre significa statuire la conseguenza giuridica di una o più fattispecie generali ed astratte, ossia decidere *ex ante* in relazione ad una classe di fattispecie future, di cui per ciò stesso si ipotizza (e non: si constata) l'occorrenza»; questo spiega perché «l'enunciato che esprime una norma ha struttura logica condizionale [...] "SE ... ALLORA ..."» e fa concludere nel senso che «una norma, in altri termini, è una prescrizione non retroattiva».

Rispetto ai provvedimenti amministrativi, Guastini sottolinea che «provvedere, per contro, significa statuire la conseguenza giuridica di una o più fattispecie concrete, ossia decidere *ex post facto* in relazione a precise circostanze già verificatesi»; ne deriva che «un provvedimento è formulato, o può comunque essere ricostruito, in termini di "POICHÉ ... ALLORA ..."». Da qui la conclusione di Guastini secondo cui «un provvedimento ... è una prescrizione (non necessariamente singolare) retroattiva»<sup>80</sup>, in ragione del fatto che «una prescrizione retroattiva avrà sempre la struttura latente: "POICHÉ ... ALLORA ..."».

<sup>79</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, cit., 15-17 (corsivi aggiunti).

<sup>80</sup> R. GUASTINI, *op. ult. cit.*, 17, alla nota 14 ha però cura di precisare (corsivi aggiunti) che «naturalmente, anche i provvedimenti, in un senso, si riferiscono al futuro. Si sta parlando, infatti, di prescrizioni – comandi di fare od omettere

Modificando alcuni esempi forniti dallo stesso Autore, un esempio di norma (irretroattiva) in materia sanzionatoria sarebbe il seguente: “Se Tizio tiene la condotta X, allora Tizio deve essere punito”. Un esempio di provvedimento sanzionatorio (retroattivo, se si aderisse alla concettualità di Guastini) sarebbe invece il seguente: “Poiché Tizio ha tenuto la condotta X lo scorso mese, allora Tizio deve essere punito”.

La prospettiva di Guastini, per quanto anch'essa problematizzabile sotto vari aspetti, è preziosa in quanto offre un'icastica visualizzazione concettuale dell'incommensurabilità tra atti normativi ed atti amministrativi con riferimento al problema della retroattività. Essa, infatti, demolisce dalle fondamenta l'errato assioma secondo cui “ciò che vale per la legge, deve valere a maggior ragione per il provvedimento amministrativo ad essa subordinato”; caduto tale assioma, cade inevitabilmente anche l'idea (che si regge su esso) di un'estensione in via logica ed automatica dell'art. 11 delle Preleggi dalle leggi ai provvedimenti. Come conclude perentoriamente Guastini nel brano citato, «*norme e provvedimenti hanno diversa struttura logica*»: su questo punto, chi scrive concorda senza alcuna riserva.

(A.2.) Quanto all'assunto secondo cui l'art. 21-*bis* della l. 241/1990 sarebbe interpretabile (come sostiene un recente, quanto isolato, orientamento giurisprudenziale<sup>81</sup>) come luogo di una vera e propria “codificazione” *ex lege* del divieto di retroattività in ordine ai provvedimenti amministrativi *in malam partem*, ossia i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati, è lecito nutrire dubbi in proposito.

In questa sede, è sufficiente rilevare come a tale assunto si possano contrapporre almeno tre ordini di argomenti: (i) letterale; (ii) logico/sistematico; (iii) apagogico. La formulazione, lo scopo e lo spirito dell'art. 21-*bis* sembrano infatti suggerire che la disposizione miri a fornire, ai destinatari

---

alcunché – e non si può sensatamente comandare un comportamento ... per il passato. Così, la prescrizione che dispone il pagamento di una certa imposta per i redditi prodotti lo scorso anno si riferisce, sì, ad eventi ormai accaduti, ma prescrive un comportamento (il pagamento dell'imposta) ovviamente futuro; e la prescrizione che dispone il finanziamento di un comune che ha subito danni da terremoto si riferisce, sì, ad un evento ormai accaduto, ma, di nuovo, prescrive una condotta (il finanziamento) da tenersi in passato. *In entrambi i casi, solo l'antecedente (la fattispecie) è, per così dire, “declinato” al passato: il conseguente non può che essere “declinato” al futuro*».

Nel presente scritto, ci si riferirà alla retroattività del provvedimento amministrativo in un senso diverso da quello assunto da Guastini. Può, in linea di massima, condividersi l'idea che tutti i provvedimenti amministrativi (con la sola eccezione, forse, di alcune prescrizioni contenute in atti amministrativi generali) declinino al passato il loro “antecedente”, ossia *i fatti, rectius* la fattispecie concreta cui si correla (previo accertamento dei fatti stessi) l'adozione del provvedimento: questo, però, almeno a giudizio di chi scrive, non rende *stricto sensu* retroattivi i provvedimenti i cui effetti giuridici, sfavorevoli o favorevoli, si producano solo per il futuro, senza riportarsi indietro nel passato. In questo contributo, il provvedimento amministrativo verrà considerato *stricto sensu* retroattivo solo se esso riporta indietro nel passato il suo “conseguente”, ossia se l'effetto giuridico del provvedimento viene retrotratto a data anteriore a quella dell'adozione del provvedimento stesso (a seconda dei casi, ablatorio, autorizzativo, concessorio, etc.). È evidente, infatti, che un'autorizzazione amministrativa X rilasciata in data 1 gennaio 2000, che autorizzi lo svolgimento di una data attività privata a partire dal 2 gennaio 2000 (un giorno dopo l'adozione del provvedimento), non può essere equiparata – non è affatto uguale – a un'autorizzazione amministrativa Y rilasciata in data 1 gennaio 2000, che autorizzi lo svolgimento di una data attività a partire dall'1 gennaio 1999 (un anno prima dell'adozione del provvedimento). La netta differenza tra le due ipotesi si coglie sul piano delle conseguenze giuridiche: restando all'esempio, ed immaginando che, in sede penale, sia previsto un reato per lo svolgimento dell'attività in assenza di autorizzazione amministrativa, e che Tizio abbia svolto l'attività in data 30 giugno 1999 senza avere, in quel momento, alcuna autorizzazione, si comprende che l'autorizzazione X (quella con effetti per il futuro) lascia fermo il reato, ormai consumatosi dal 30 giugno 1999 al 1 gennaio 2000; l'autorizzazione Y (quella con effetti per il passato), invece, esclude la configurabilità del reato. Accomunare entrambi i provvedimenti X e Y sotto lo stesso tetto della “retroattività” potrebbe, da questo punto di vista, dare luogo a un'omologazione non giustificata perché oscurerebbe sostanziali differenze nel seno di una notte in cui (secondo la metafora di Hegel) tutte le vacche apparirebbero nere.

<sup>81</sup> V. nota 38.

dei provvedimenti amministrativi sfavorevoli, garanzie diverse da quella della irretroattività assoluta.

Sul piano letterale, la disposizione non impiega mai, in alcun punto, sostantivi o predicati come «retroattività», «irretroattività», «efficacia retroattiva», «retroagire», «provvedere per il futuro», *ex nunc*, *ex tunc*, etc. Neppure la rubrica della disposizione contiene simili espressioni. Tale dato testuale sarebbe molto difficile da spiegare se il fine della disposizione fosse davvero quello di codificare, per la prima volta nel nostro ordinamento positivo, il divieto generale di retroattività per un'intera e molto vasta categoria di provvedimenti amministrativi.

È illuminante un confronto con altre disposizioni che, invece, alla retroattività si riferiscono: ben diversa, infatti, è la formulazione dell'art. 11 delle Preleggi (la legge «non dispone che per l'avvenire», «non ha effetto retroattivo») o – guardando ad altri ordinamenti – quella dell'art. 57 della legge spagnola n. 30 del 1992 sul procedimento amministrativo<sup>82</sup> («gli atti amministrativi ... produrranno effetti dalla data in cui sono adottati, salvo che in essi si disponga diversamente»; «eccezionalmente potrà attribuirsi efficacia retroattiva agli atti amministrativi»).

Occorre inoltre notare che l'art. 21-*bis* della l. 241/1990 non afferma che il provvedimento limitativo spiega effetti solo «dalla comunicazione», o «a partire dalla data di comunicazione», o «dopo la comunicazione»; non utilizza, cioè, formule che avrebbero quanto meno marcato l'accento sulla temporizzazione, sulla datazione dell'efficacia in termini di *quando*.

La disposizione usa, invece, un'altra espressione: il provvedimento amministrativo acquista efficacia «con» la comunicazione.

Evidentemente, tale precetto si presta ad essere espresso in termini rovesciati, nel senso che il provvedimento resta inefficace *senza* la comunicazione. La netta dicotomia *con/senza*, *efficace/inefficace*, richiama lo schema binario di un istituto condizionale (sì/NO, acquista efficacia – non acquista efficacia), dunque *l'an dell'efficacia*, piuttosto che la modulazione temporale di una datazione dell'efficacia in termini di *quando* (*ex nunc* – *ex tunc*).

D'altro canto, ciò si evince anche dal fatto che una delle principali (forse la più importante delle) conseguenze dell'art. 21-*bis* è che il provvedimento limitativo non acquisterà *mai* efficacia se

<sup>82</sup> L'art. 57 della Ley 30/1992 (*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* - LJPAC), intitolato «Efectos», recita (corsivi aggiunti): «1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. 2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior. 3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas». In senso parzialmente critico rispetto alla formulazione di tale disposizione legislativa, laddove essa non include espressamente, tra le eccezioni alla regola di irretroattività, i casi di «retroactividad natural» o «las eventuales convalidaciones legislativas», cfr. tuttavia B. BELANDO GARIN, *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*, cit., 37-40, secondo la quale l'art. 57 LJPAC non esprime un principio generale dell'ordinamento nel senso dell'irretroattività dell'atto amministrativo, ma solo una regola legale di tipo presuntivo, derogabile da altre leggi e suscettibile anche di eccezioni implicite oltre a quelle espresse: «el carácter legal de la regla determina que pueda ser desatendido por el legislador estatal [...] la irretroactividad de los actos administrativos no posee la entidad de principio general del Derecho, en la medida en que el legislador puede establecer excepciones al mismo [...] en la medida en que se toleran e incluso se imponen por Ley actos administrativos retroactivos no cabe hablar en nuestro ordenamiento de un principio general del derecho a la irretroactividad de los actos administrativos. El art. 57 de la Ley 30/1992 contiene sólo una presunción de irretroactividad, que puede ser desvirtuada bien por el legislador o bien por la propia Administración, al demostrar que se trata de uno de los supuestos de retroactividad no amparada por el principio (retroactividad natural) o permitida por la Ley. La fuerza de la prohibición de irretroactividad no es excesiva, pero tampoco inexistente. La regla contiene un mandato de prudencia dirigido a la Administración prohibiéndole atentar de forma arbitraria contra la seguridad de las relaciones jurídicas».

non verrà mai comunicato ai relativi destinatari individuali, restando in tal caso in un limbo giuridico di ineffettualità. L'art. 21-*bis* commina, cioè, nei confronti della P.A. che abbia omesso la comunicazione, la "sanzione" dell'inefficacia<sup>83</sup>, rendendo inopponibile al privato il provvedimento da parte della P.A. "inerte". La sanzione dell'inefficacia, a ben vedere, si colloca in un orizzonte del tutto disancorato dal problema teorico della retroattività/irretroattività, giacché *le autentiche disposizioni sulla irretroattività presuppongono pur sempre che l'atto divenga efficace nell'an, modulando solo il quando dell'efficacia.*

Sul piano logico/sistematico, è significativo che la dottrina amministrativistica, nel commentare l'art. 21-*bis*, non attribuisca ad esso la codificazione di un divieto generale ed inderogabile di retroattività relativo ai provvedimenti sfavorevoli. La dottrina mette invece in evidenza una diversa *ratio* della norma. L'art. 21-*bis* dovrebbe infatti leggersi in stretta coordinazione con l'art. 21-*quater*, secondo cui solo i provvedimenti «*efficaci*» sono suscettibili di essere portati ad esecuzione nei confronti dei destinatari; quelli non efficaci, *a contrario*, sono inesequibili finché non divengono efficaci. Qui emerge il vero scopo di garanzia dell'art. 21-*bis*: il privato sa che non potrà subire alcun pregiudizio nella propria sfera giuridica e materiale, da parte un provvedimento ad egli sfavorevole, se la p.a. non assicurerà la previa conoscenza o conoscibilità di quest'ultimo. Dunque, in questa corretta prospettiva dottrinale, il fenomeno che l'art. 21-*bis* ha inteso normare è quello della *recettizietà*, non quello della *retroattività*<sup>84</sup>.

Utilizzando infine l'argomento apagogico, se si ragionasse diversamente, cioè se si ritenesse che l'art. 21-*bis* abbia inteso vietare in maniera assoluta e categorica la retroattività di provvedimenti sfavorevoli (*a contrario* ammettendola per quelli favorevoli), si verificherebbero dei paradossi difficilmente giustificabili in una prospettiva di coerenza ordinamentale.

L'esempio forse più significativo è quello dell'annullamento d'ufficio ex art. 21-*nonies* della l. 241/1990: ed infatti, l'annullamento d'ufficio di provvedimenti di primo grado sfavorevoli, essendo provvedimento di secondo grado favorevole, potrebbe operare con efficacia *ex tunc*; di contro, l'art. 21-*bis* "costringerebbe" l'annullamento d'ufficio di provvedimenti di primo grado favorevoli, in quanto provvedimento di secondo grado sfavorevole, ad operare sempre e soltanto con efficacia *ex nunc*. Ciò comporterebbe conseguenze eclatanti, se non abnormi: ad esempio, qualora un privato abbia fruito per lungo tempo di emolumenti pubblici senza averne alcun titolo, in forza di un provvedimento di sovvenzione platealmente illegittimo, l'Amministrazione potrebbe disporre l'annullamento d'ufficio ma, dovendo quest'ultimo operare *ex nunc* in quanto sfavorevole per il privato, la stessa p.a. non potrebbe richiedere la restituzione di tutte le somme indebitamente percepite nel passato in forza della sovvenzione illegittima.

(B) Potrebbe essere prospettata, in alternativa, la seguente ipotesi ricostruttiva.

(B.1.) Abbandonare lo schema tratlazio della retroattività o irretroattività "per classi" di provvedimenti amministrativi, ossia l'idea di macro-tipi di provvedimenti per i quali la retroattività sia *sempre vietata* e di altri per i quali essa sia *sempre consentita*.

<sup>83</sup> Esattamente in questi termini, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 345.

<sup>84</sup> V. gli autori citati *supra*, nelle precedenti note 2 e 3, cui adde G. GARDINI, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi e il tramonto dell'atto amministrativo recettizio "per natura"*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 824 ss.

(B.2.) Per verificare la possibilità di una retroazione dell'efficacia del provvedimento<sup>85</sup>, la pubblica amministrazione procedente dovrebbe passare dalla cruna di un *primo test*, relativo al *principio di legalità*.

Si tratta, più precisamente, di verificare in via preliminare se ricorrano due ipotesi estreme:

- a un estremo: se le disposizioni normative primarie e subprimarie, che attribuiscono o regolano lo specifico potere amministrativo esercitato dalla p.a. procedente, *vietino espressamente la produzione di effetti retroattivi* da parte del provvedimento amministrativo o, comunque, si palesino come *del tutto incompatibili* con l'eventualità della retroattività del provvedimento;

- all'estremo opposto: se le stesse disposizioni normative, viceversa, *impongano che il provvedimento operi retroattivamente*.

Qualora si verifichi uno di questi due casi estremi (in verità molto rari statisticamente), la p.a. procedente troverà già risolto, a monte, il rebus della retroattività: essa dovrà infatti prendere atto dell'assenza di discrezionalità amministrativa circa il *quando* dell'efficacia, giacché il provvedimento amministrativo da adottare sarà *ex lege necessariamente irretroattivo*, nel primo caso; *ex lege necessariamente retroattivo*, nel secondo caso.

Se, invece, non ricorre nessuno dei due casi estremi, la sequenza di valutazione "per principi" della retroattività dovrà proseguire, passando alla successiva fase *sub B.3.*

(B.3.) Acclarata la sussistenza, in base alla struttura delle norme attributive e regolatrici del potere amministrativo, di un margine di discrezionalità nel *quando* in capo alla p.a. (e si tratta della maggioranza dei casi), per verificare la legittimità della retroazione l'amministrazione procedente dovrà sottoporre l'ipotesi di provvedimento ad un *secondo test*, relativo al *principio di proporzionalità*.

Quest'ultimo, come è noto, si declina nel triplice canone di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto<sup>86</sup>.

Rispetto ai primi due canoni, ossia l'*idoneità* e la *necessità*, occorre muovere dall'individuazione dell'*interesse pubblico protetto* dalle disposizioni normative che attribuiscono e regolano il potere amministrativo di cui si tratta.

Focalizzato l'interesse pubblico protetto, la p.a. dovrà porsi il seguente interrogativo: se far impattare nel passato gli effetti del provvedimento amministrativo sia *indispensabile per tutelare l'interesse pubblico protetto*, posto a fondamento ed a scopo dell'attribuzione del potere amministrativo da parte delle disposizioni normative che lo regolano; *se, in altri termini, la retroazione dell'efficacia sia l'unico modo e il mezzo infungibile per perseguire l'interesse pubblico a soddisfazione necessaria*.

<sup>85</sup> Nel senso inteso nella precedente nota 80: il provvedimento amministrativo *stricto sensu* retroattivo è quello che riporta indietro nel passato il suo "conseguente", ossia l'effetto giuridico del provvedimento, che viene retrotratto a data anteriore a quella dell'adozione del provvedimento stesso.

<sup>86</sup> Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo, nell'ormai vasta letteratura, v. le monografie di E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2013; ID., *Proporzionalità, efficienza e consensualità nell'azione amministrativa*. Vol. I. *Una comparazione tra ordinamenti*, Padova, 2009; A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi: il caso del governo del territorio*, Franco Angeli, 2013; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012; G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011 (senz'altro la monografia italiana di maggior spessore teorico, in argomento, nell'ultimo decennio); S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano, inglese*, Milano, 2008; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

In alcuni casi ciò potrebbe essere vero, ma la p.a. dovrà *rigorosamente provarlo nella motivazione* del provvedimento:

- da un lato, rappresentandosi tutte le alternative decisorie non retroattive;
- dall'altro, fornendo la dimostrazione del fatto che ciascuna delle opzioni decisorie non retroattive avrebbe lasciato irrealizzato l'interesse pubblico, a differenza dell'opzione decisoria retroattiva.

Rispetto al terzo canone, ossia alla *proporzionalità in senso stretto*, la p.a. dovrà infine porsi il problema del *quantum* e del *quomodo* della retroazione del provvedimento nel passato.

Una volta superato lo stretto e rigoroso scrutinio di idoneità e necessità, ove sia emersa un'esigenza imperativa ed inderogabile di tutela dell'interesse pubblico, coerente con le norme attributive e regolative del potere e non altrimenti soddisfacibile, il provvedimento amministrativo potrebbe, nell'*an*, impattare sul passato; si tratta però, a questo punto, di verificare la *misura* di tale impatto, in termini di grado, di raggio e di ampiezza temporale della retroazione.

Il canone della proporzionalità in senso stretto imporrebbe, considerato in sé e per sé, di non "spingere" la retroazione degli effetti del passato "troppo indietro" fino a gravare in maniera eccessiva sul cittadino interessato e risultare intollerabile per quest'ultimo.

Tuttavia, giunti a questo punto – terminale e cruciale – della sequenza valutativa, la p.a. sarà chiamata, per assumere la decisione, ad operare un più ampio bilanciamento tra principi, nel senso che ora si preciserà.

(B.4.) Per graduare esattamente il *quantum* e il *quomodo* della retroazione, la P.A. dovrà sottoporre l'ipotesi di provvedimento retroattivo ad un ultimo test, rappresentato da un *bilanciamento finale tra principi di rango costituzionale e comunitario*:

- da un lato, il principio costituzionale di buon andamento ex art. 97 Cost., con il suo corollario rappresentato dal principio di efficacia di cui all'art. 1 della l. 241/1990, i quali imporrebbero *di massimizzare il livello di realizzazione dell'interesse pubblico protetto, cui la retroazione del provvedimento* [come acclarato nella precedente fase *sub B.3.*] è *servente*;

- dall'altro lato, i principi di certezza (intesa come ragionevole prevedibilità)<sup>87</sup> del diritto e di tutela del legittimo affidamento, i quali imporrebbero di *minimizzare* (rispettivamente) *il grado di imprevedibilità e la misura del perturbamento delle aspettative del cittadino* dovuti alla retroattività del provvedimento amministrativo.

Si tratta di un delicato bilanciamento tra principi che la pubblica amministrazione procedente dovrà operare in concreto, caso per caso, esponendolo analiticamente nella motivazione del provvedimento: un bilanciamento i cui esiti, evidentemente, non sono determinabili *a priori* né dipendono dal "tipo astratto" di provvedimento, ma dalle caratteristiche peculiari di ciascuna situazione che di volta in volta si presenterà alla p.a.

Potrebbe infatti acclararsi, avendo riguardo a determinate situazioni ed a determinati soggetti, che per questi ultimi il mutamento retroattivo (intervenuto *ex post*) non fosse (in base a una previsione ragionevolmente effettuabile *ex ante* dai medesimi soggetti con diligenza, prudenza e perizia) del tutto imprevedibile e inimmaginabile; oppure che determinati soggetti non avessero consolidato, prima della retroazione, un elevato livello di affidamento nella stabilità del precedente assetto di rapporti con la p.a.

In casi consimili, l'amministrazione procedente potrebbe incrementare il *quantum* dell'impatto sul passato con un arretramento temporale di entità inversamente proporzionale al grado dell'imprevedibilità e allo stadio dell'affidamento: la p.a. accrescerà cioè il primo fattore (arretramento temporale) con meticolosa progressione in base al corrispondente decrescere del

<sup>87</sup> V. *supra*, note da 63 a 73.



secondo (grado dell'imprevedibilità) e del terzo (stadio dell'affidamento); e viceversa, secondo una gamma di diverse e corrispondenti graduazioni per tutti i casi "intermedi".

(C) Resta aperto *de iure condendo*, in presenza di una grave lacuna del diritto positivo sul punto, un problema: se sia configurabile, in futuro, un obbligo della p.a. di corrispondere un *indennizzo* al cittadino al fine di compensare il *vulnus* al legittimo affidamento arrecato, anche solo parzialmente, da un provvedimento *legittimamente* retroattivo.

Nel caso in cui, invece, la retroazione sia *illegittima* perché violativa dei principi sopra esposti, *de iure condito* si aprirà per il danneggiato la strada del *risarcimento* del danno ingiusto.

La sequenza valutativa triadica (test di legalità; test di proporzionalità; test correlato al bilanciamento tra i principi di buon andamento ed efficacia ed i principi di certezza-prevedibilità e legittimo affidamento), che si è tentato sin qui di delineare, potrebbe essere in grado di *organizzare all'interno di un quadro concettuale unitario, coerente e flessibile il problema della retroattività dei provvedimenti amministrativi*, evitando gli inconvenienti determinati dall'approccio tradizionale che, finora, ha preferito foggare soluzioni aprioristiche differenziandole rigidamente "per classi" astratte di atti.