Il diritto amministrativo intertemporale : vigenza e efficacia delle leggi

Autor(en): **Borghi, Marco**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **102 (1983)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896126

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Il diritto amministrativo intertemporale
(Vigenza e efficacia delle leggi)

Rapporto presentato dall'avv. Dr. MARCO BORGHI
Professore all'Università di Friborgo

Un ringraziamento particolare a MAURO MINI, lic. iur., per il costante impegno profuso e la competente collaborazione attivamente prestata.

Sommario

Bibliografia (elenco delle pubblicazioni citate) 391

Abbreviazioni 395

1. Presentazione 397

1.1. L'aspetto diacronico del «sistema» giuridico 397
1.2. Il reperimento di una casistica rappresentativa: il questionario 399
1.3. Delimitazioni 401

2. Formalità preliminari e vigenza 405

2.1. Formalità preliminari alla vigenza 405
2.1.1. Premessa e considerazioni introduttive 405
2.1.2. La promulgazione 407
2.1.3. La pubblicazione 412
2.1.3.1. Definizione e note introduttive 412
2.1.3.1.1. Attività statale 413
2.1.3.1.2. Idoneità 413
2.1.3.1.3. Finalità 414
2.1.3.1.4. La nuova normativa 415
2.1.3.1.5. I destinatari 415
2.1.3.2. La pubblicazione formale e materiale 416
2.1.3.3. Necessità della pubblicazione 419
2.1.3.4. Il regime della pubblicazione nel diritto federale 420
2.1.3.4.1. Pubblicazione ed inserzione nel Foglio Federale 421
2.1.3.4.2. Forme di pubblicazione 422
2.1.3.5. Portata della pubblicazione 424
2.1.4. La vacatio legis 427
2.1.4.1. Nozione 427
2.1.4.2. La vacatio legis nel diritto federale 429
2.2. La vigenza 431
2.2.1. Nozioni generali 431
2.2.1.1. Definizioni 431
2.2.1.2. Le situazioni di discordanza tra vigenza ed efficacia 433

2.2.2. La messa in vigore 436
2.2.2.1. Specifiche disposizioni nel diritto materiale 436
2.2.2.2. Modalità di entrata in vigore 438
2.2.2.2.1. Vigenza anticipata (prima della pubblicazione) 438
2.2.2.2.2. Vigenza contemporanea alla pubblicazione 441
2.2.2.2.3. Vigenza ad un momento prestabilito 441
2.2.2.2.4. Vigenza ritardata 442
2.2.2.2.5. Vigenza articolata 442
2.2.2.2.6. Vigenza coordinata 444
2.2.2.2.7. La clausola d'urgenza 445
2.2.3. L'abrogazione 447
2.2.3.1. Nozione 447
2.2.3.2. Abrogazione formale e materiale 448
2.2.3.3. Abrogazione intrinseca alla norma 453
2.2.3.4. Effetti dell'abrogazione 454
2.2.3.5. L'abrogazione occulta 455

3. L'efficacia del diritto 457

3.1. L'effetto immediato (ex nunc e pro futuro) 457
3.1.1. Nozione e distinzioni 457
3.1.1.1. I diritti acquisiti nel contesto dell'intertemporalità 459
3.1.1.2. Effetto immediato e retroattività 463
3.1.2. Alcune esemplificazioni 469
3.1.2.1. Stipendio dei funzionari e prestazioni di cassa pensione 469
3.1.2.2. Modifica di un piano di studio e del regolamento d'esami 472
3.1.2.3. La regolamentazione dell'esercizio di una professione 475
3.1.2.4. L'applicazione di nuove norme di procedura 480
3.1.2.5. Problemi intertemporali nel diritto edilizio 482
3.1.2.5.1. Domande di costruzione pendenti 483
3.1.2.5.1.1. Decisione di prima istanza 484
3.1.2.5.1.2. Decisione su ricorso 485
3.1.2.5.1.3. Permesso di costruzione preliminare 488
3.1.2.5.2. Modifica legislativa posteriore al permesso, precedente l'inizio dei lavori 489
3.1.2.5.3. Modifica legislativa posteriore all'inizio, anteriore alla fine di una costruzione 491
3.1.2.5.4. Costruzioni terminate 494
3.2. L'effetto retroattivo 496
3.2.1. Nozione 496
3.2.2. Principio di irretroattività 497
3.2.3. Condizioni di ammissibilità della retroattività 500
3.2.3.1. Legalità 500
3.2.3.2. Limitazione nel tempo 501
3.2.3.3. Motivi pertinenti 503
3.2.3.4. Divieto di disparità clamorose 505
3.2.3.5. Protezione dei diritti acquisiti 506

3.3. L'effetto anticipato 507
3.3.1. Nozioni 507
3.3.2. Effetto anticipato negativo 509
3.3.2.1. Condizioni di ammissibilità dell'effetto anticipato negativo 510
3.3.2.1.1. Legalità 510
3.3.2.1.2. Motivi pertinenti 511
3.3.2.1.3. Limitazione nel tempo e proporzionalità . . 512
3.3.3. Effetto anticipato positivo 514

4. Conclusione 519

Bibliografia

(Elenco delle pubblicazioni citate)

AFFOLTER, ALBERT. Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Berna 1923

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS. La hiérarchie des règles, RDS 93 II, 1974. pag. 193 seg. (Citato: Hiérarchie)

– Traité de droit constitutionnel suisse, vol. I–II, Neuchâtel 1967; vol. III, Neuchâtel 1982. (Citato: Droit constitutionnel)

AUER, ANDREAS. Les détours du «retour à la démocratie directe»: le droit fédéral d'urgence 1971–1975. In: Mélanges offerts à la Société Suisse des Juristes, Ginevra 1976, pag. 1 seg.

BORGHI, MARCO. Giurisprudenza amministrativa ticinese, Bellinzona 1975.

BRÜHWILER, HANS. Veröffentlichung und Inkrafttreten bundesrechtlicher Erlasse, SJZ 1952, pag. 268 seg.

BUPEYROUX, OLIVIER. La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs, Parigi 1953.

BURCKHARDT, WALTHER. Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3ª edizione, Berna 1931. (Citato: Kommentar)

– Eidgenössisches Recht bricht kantonales Recht. In: Mélanges F. Fleiner, Tübingen 1927, pag. 59 seg. (Citato: Eidgenössisches Recht)

BUSER, WALTER. Die Organisation der Rechtsetzung, RDS 93 I, 1974, pag. 377 seg.

CATENAZZI, EMILIO. Delle zone di pianificazione e di alcune considerazioni attinenti all'ordinamento provvisorio in materia di pianificazione del territorio, RDAT 1981, pag. 233 seg.

CENSI, ADRIANO. Problemi giuridici relativi al decreto esecutivo sull'ordinamento provvisorio in materia di pianificazione del territorio del 29 gennaio 1980. Un contributo al problema della delega, RDAT 1981, pag. 241 seg.

DELLEY, J-D./DERIVAZ, R./MADER, L./MORAND, C-A/SCHNEIDER, D. Le droit en action, Saint-Saphorin 1982.

DILGER, PETER. Raumplanungsrecht der Schweiz, Zurigo 1982.

EBERLE, LOUIS-CHARLES. Die Schranken der Rückwirkung im eidgenössischen Wasserrecht, Tesi, Einsiedeln 1960.

EGGENSCHWILER, ERNST. Wann treten Gesetze außer Kraft? ZBl 73/1972, pag. 49 seg.

FAVRE, ANTOINE. Droit constitutionnel suisse, Friborgo 1970.

FLEINER, FRITZ. Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, Zurigo 1939. (Citato: Institutionen)

– Les principes généraux du droit administratif allemand, Traduzione di: Charles Eisenmann dell'8ª edizione 1928, Parigi 1933. (Citato: Principes)

– Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923. (Citato: Bundesstaatsrecht)

FLEINER-GERSTER, THOMAS. Spezielle Fragen des intertemporalen Verwaltungsrechts, insbesondere der Rückwirkung, Staats- und verwaltungsrecht-

liche; Kolloquium für eidgenössisches Personalamt 1982, pag. 23 seg. (Citato: Spezielle Fragen)
– Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zurigo 1980. (Citato: Grundzüge)
FLEINER/GIACOMETTI. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurigo 1978.
FORSTHOFF, ERNST. Traité de droit administratif allemand, traduzione di: Michel Fromont, Bruxelles 1969.
GEIGER, WILLI. Zur Frage der Veröffentlichung und des Inkrafttretens bundesrechtlicher Erlasse, SJZ 1952, pag. 56 seg. (Citato: Frage)
– Sind rückwirkende Steuergesetze zulässig?, Steuerrevue 16/1961, pag. 50 seg. (Citato: Steuergesetze)
GHIRINGHELLI, STEFANO. Le autorizzazioni eccezionali secondo l'art. 24 LPT, RDAT 1982, pag. 340 seg.
GIACOMETTI, ZACCARIA. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zurigo 1960. (Citato: Allgemeine Lehren)
– Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurigo 1941. (Citato: Staatsrecht)
– Über die rechtliche Tragweite des Prinzips «Bundesrecht bricht kantonales Recht», SJZ 1929, pag. 292 seg. (Citato: Rechtliche Tragweite)
GRISEL, ANDRÉ. L'application du droit public dans le temps, ZBl 75/1974, pag. 233 seg. (Citato: Application)
– Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970. (Citato: Droit administratif)
GROSSEN, JACQUES-MICHEL. L'organisation des travaux préliminaires de législation, RDS 93 II, 1974, pag. 349 seg.
GUHL, THEO. Bundesgesetz, Bundesbeschluß und Verordnung nach schweizerischem Staatsrecht, Basilea 1908.
HALLIER, H. J. Die Ausfertigung und Verkündung von Gesetzen und Verordnungen in der Bundesrepublik Deutschland, Archiv für öffentliches Recht, 85, pag. 391 seg.
HANGARTNER, YVO. Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, vol. I, Zurigo 1980; vol. II, Zurigo 1982. (Citato: Grundzüge)
– Die Publikation des interkantonalen Rechtes, ZBl 68/1967, pag. 337 seg. (Citato: Publikation)
HUBER, HANS. Die Staatsrechtliche Rechtssprechung des Bundesgerichts im Jahre 1975, Zeitschrift des bernischen Juristen Vereins, 113/1977, pag. 1 seg.
IMBODEN, MAX. Bundesrecht bricht kantonales Recht, Tesi, Zurigo 1940.
IMBODEN/RHINOW. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5ª edizione, Basilea-Stoccarda 1976.
JELLINEK, WALTER. Verwaltungsrecht, Amburgo/Berlino/Zurigo 1966.
JOST, ANDREAS. Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, RDS 101 II, 1982, pag. 455 seg.
KÄMPFER, WALTER. Zur Gesetzesbeständigkeit «wohlerworbener Rechte». In: Mélanges H. Zwahlen, Lausanne 1977, pag. 339 seg.
KIMMINICH, OTTO. Die Rückwirkung von Gesetzen, Juristenzeitung 1962, pag. 518 seg.
KISKER, GUNTER. Die Rückwirkung von Gesetzen, Tübingen 1963.
KLEIN/BARBEY. Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen, Institut FSt 72, Bonn 1964.
KLOEPFER, MICHAEL. Künftige Normen und Verwaltungshandeln, Die öffentliche Verwaltung 1973, pag. 657 seg. (Citato: Normen)
– Vorwirkung von Gesetzen, Monaco 1974. (Citato: Vorwirkung)

KNAPP, BLAISE. Le recours de droit public, RDS 94 II, 1975, pag. 207 seg. (Citato: Recours)
– Précis de droit administratif, Basilea/Francoforte 1980. (Citato: Précis)
KÖLZ, ALFRED. Das wohlerworbene Recht – immer noch aktuelles Grundrecht? SJZ 74/1978, pag. 89 seg.
LABAND, PAUL. Die Verkündigung von Rechtsverordnungen des Bundesrates, Archiv für öffentliches Recht, vol. 18, Tübingen 1903.
LA VALLE, FRANCESCO. Successioni di leggi, Voce del Novissimo Digesto Italiano, vol. XVIII, pag. 634 seg.
LUKAS, J. Über die Gesetzes-Publikation in Österreich und dem Deutschen Reiche, Graz 1903.
MACHERET, AUGUSTIN. La recevabilité du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, RDAF 1974, pag. 96. (Citato: Recevabilité)
– La dérogation en droit de la construction: règle ou exception?, Documents des journées du droit de la construction 1983, vol. II, pag. 30 seg. (Citato: Dérogation)
MANFRINI, PIERRE LOUIS. Le contentieux en droit administratif économique, RDS 101 II, 1982, pag. 313 seg.
MARTI, HANS. Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basilea/Stoccarda 1976.
MEIERHANS, WERNER. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit rechtssetzender Hoheitsakte des Bundes, Tesi, Zurigo 1968.
MEYER-COORDIN, ULRICH. Die Rückwirkung von Gesetzen, Juristenzeitung 1952, pag. 161 seg.
MEYLAN, JACQUES. Publication, mise en vigueur et force obligatoire des actes législatifs fédéraux, RDAF 1977, pag. 361 seg.
MILLER, JAMES. Living systems, Mac Graw-Hill Book Company, New York 1978.
MOOR, PIERRE. Aménagement du territoire et propriété privée, RDS 95 II, 1976, pag. 365 seg.
MÜLLER, JÖRG PAUL. Soziale Grundrechte in der Verfassung, RDS 92 II, 1973, pag. 687 seg.
MULLER, PIERRE. Le principe de la proportionnalité, RDS 97 II, 1978, pag. 195 seg.
NAWIASKY, HANS. Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, Einsiedeln 1941.
NOLL, PETER. Gesetzgebungslehre, Amburgo 1973.
OTT, CHARLES. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Verwaltungsrechtsnormen, Tesi, Zurigo 1952.
PETERS, HANS. Lehrbuch der Verwaltung, Berlino 1949.
PIEROTH, BODO. Rückwirkung und Übergangsrecht, Berlino 1981.
DE PURY, JEAN-JACQUES. De la publication des lois, Tesi, Neuchâtel 1945.
QUACK, KLAUS. Die Rückwirkung belastender Gesetze, Deutsches Verwaltungsblatt 1962, pag. 289 seg.
QUADRI, ROLANDO. Disposizioni transitorie, Voce del Novissimo Digesto Italiano, vol. V, pag. 1132/1133. (Citato: Disposizioni)
– Acquisiti (Diritti), Voce del Novissimo Digesto Italiano, vol. I, pag. 237 seg. (Citato: Acquisiti)
RAMPINI, OTELLO. La variante di licenza edilizia, RDAT 1981, pag. 206 seg.
RHINOW, RENÉ A. Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht. ZBl 80/1979, pag. 1 seg.
ROUBIER, PAUL. Le droit transitoire, Parigi 1960.

ROULIN, JEAN-MICHEL. Rapports entre les articles 39 et 83 de la loi vaudoise sur les constructions, RDAF 1965, pag. 49 seg.
SALADIN, PETER. Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht. RDS 94 II, 1975, pag. 307 seg. (Citato: Verwaltungsprozeßrecht)
– Grundrechte im Wandel, 3ª edizione, Berna 1982. (Citato: Grundrechte)
– Der Widerruf von Verwaltungsakten, Tesi, Basilea 1960. (Citato: Widerruf)
SAMELI, KATHARINA. Treu und Glauben im öffentlichen Recht, RDS 96 II, 1977, pag. 289 seg.
SANDULLI, ALDO M. Legge, Voce del Novissimo Digesto Italiano, vol. IX, pag. 630 seg.
SCHEERBART, W. Das allgemeine Bauordnungsrecht, Colonia 1966.
SCHOLLENBERGER J. Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Berlino 1920.
SCHWARZENBACH, HANS RUDOLF. Grundriß des allgemeinen Verwaltungsrechts, 8a edizione, Berna 1980.
SCOLARI, ADELIO. Commentario della legge edilizia del Cantone Ticino, Bellinzona 1976.
STADLER, HANS. Gesetz und Budget, ZBl 60/1959, pag. 377 seg.
STRAUB, MARTIN. Das intertemporale Recht bei der Baubewilligung, Tesi, Zurigo 1976.
VON WALDKIRCH, EDUARD OTTO. Die Mitwirkung des Volkes bei der Rechtsetzung nach dem Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft und ihrer Kantone, Berna 1918.
WEISS, LEO. Zeit, Zeitlichkeit und Recht, Tesi, Zurigo 1968.
WERNER, ALAIN. Contribution à l'étude de l'application de la loi dans le temps en droit public, Revue de droit public, 1982, no. 3, pag. 737 seg.
WOLFF, HANS J. Verwaltungsrecht, Monaco 1971.
ZAUGG, ALDO. Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Berna 1971.
ZIMMERLI, CHRISTOPH. Das Verbot rückwirkenden Verwaltungsrechts, Tesi, Basilea 1967.
ZIMMERLI, ULRICH. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht, RDS 97 II, 1978, pag. 1 seg.
ZIMMERLIN, ERICH. Zum Problem der zeitlichen Geltung im Baupolizei- und Bauplanungsrecht, RDS 88 I, 1969, pag. 428.
ZUMBACH, ERNST. Die Veröffentlichung der Gesetze, ZBl 37/1936, pag. 473 seg.
ZÜST, MARKUS. Veröffentlichung und Inkrafttreten von Rechtserlassen, Tesi, Zurigo 1976.

Abbreviazioni

AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen, RO/RU
BBl	Bundesblatt FF/FF
CC	Codice Civile Svizzero del 10 dicembre 1907 (RS 210), ZGB, CC
CF	Consiglio federale
CO	LF del 30 marzo 1911 di complemento del Codice Civile Svizzero (codice delle obbligazioni, RS 220), OR, CO
Cost.	Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 29 maggio 1874 (RS 101), BV/Cst
CP	Codice penale svizzero del 21 dicembre 1937 (RS 311.0), StGB/CP
CS	Collezione sistematica delle leggi e ordinanze federali 1848–1947
DTF	Raccolta ufficiale delle decisioni del Tribunale federale, BGE/ATF
FF	Foglio federale, BBl/FF
GAAC	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione, VPB/JAAC
JdT	Journal des tribunaux
LE	Legge edilizia cantonale del 19 febbraio 1973, (Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino vol. VI-231)
LF	Legge federale, BG/LF
LFIA	LF dell' 8 ottobre 1971 contro l'inquinamento delle acque (RS 814.20)
LPT	LF del 22 giugno sulla pianificazione del territorio (RS 700)
LRC	Legge federale del 23 marzo 1962 sui rapporti fra i Consigli (RS 171.11)
LRU	LF del 12 marzo 1948 concernente il carattere obbligatorio della Collezione sistematica delle leggi e ordinanze dal 1848 al 1947 e la nuova serie della Raccolta delle leggi federali (RS 170.513.1)
OG	LF del 16 dicembre 1943 sull'organizzazione giudiziaria (RS 173.110), OG/OJ
PA	LF del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa (RS 172.021) VwVG/PA
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Rivista di diritto svizzero, ZSR/RDS
Rep	Repertorio di giurisprudenza patria
RS	Raccolta sistematica del diritto federale, SR/RS
RU	Raccolta ufficiale delle leggi, decreti e regolamenti della Confederazione svizzera, AS/RO
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
TF	Tribunale federale, BG/TF
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

1. Presentazione

1.1. L'aspetto diacronico del «sistema» giuridico

L'espressione «diritto amministrativo intertemporale» può essere letta secondo un'accezione lata, connotando semplicemente questo ambito giuridico con una particolare discriminante: l'elemento temporale. Adottando un modello matematico si potrebbe circoscrivere la tematica sottolineando l'inserimento della variabile «tempo» nel «sistema» costituito dall'ordinamento giuridico.

Questa generica concezione comporta l'immediato riferimento a considerazioni che travalicano ulteriormente i confini che definiscono il campo del diritto positivo, del diritto pubblico in particolare, offrendo un'apertura in senso interdisciplinare suscettibile di costituire non solo un importante approfondimento della specifica tematica, intesa in senso strettamente giuridico, ma soprattutto uno strumento di valutazione dello stesso ordinamento giuridico. Uno strumento tanto più importante in quanto esterno e soprattutto neutrale rispetto alle usuali modalità e possibilità di verifica insite nei meccanismi giuridici istituzionali. L'esame della validità per così dire ontologica della norma, può essere effettuato solo applicando criteri giuridici in quanto si otterrebbe un risultato probabilmente viziato da considerazioni tautologiche, comunque certamente astoriche: nel tessuto delle relazioni umane se da un lato si può sicuramente dire che ognuna di esse può teoricamente costituire un fatto giuridico, d'altro canto altrettanto certamente occorre subito aggiungere che tale carattere rappresenta solo un aspetto della situazione data e che essa può essere compiutamente valutata solo tenendo contestualmente in considerazione le altre implicazioni che la fattispecie in questione offre. Quindi, parallelamente, passando alla dimensione macroscopica che qui interessa, solo l'accostamento, la messa in relazione dell'ordinamento giuridico con il substrato culturale e sociale può

permetterne un giudizio logicamente sostenibile in termini assoluti, cioè non orbati dalla preliminare critica della norma fondamentale: richiamando la teoria sistemica, esso va inserito in una gerarchia di sistemi particolari, elementi di altri, secondo livelli di semplice maggiore complessità [1].

Ora, attributo peculiare di tali sistemi, in particolare di quello giuridico, è appunto la «temporalità», il carattere cioè diacronico che forgia di tale termine il significato lato di terreno, finito, imperfetto. La variabile «tempo» relativizza la norma giuridica, ne denuncia la perfettibilità, la necessità di modificazione o di sostituzione.

Un interessante polo di svolgimento del tema proposto potrebbe quindi essere rappresentato dall'approfondimento di questa analisi operata studiando l'ammissibilità ed i limiti di variabilità del sistema normativo, tenendo presenti le regole, tratte dalla teoria sistemica, che legittimano le modificazioni di un sistema in relazione da un lato alle caratteristiche che lo definiscono (la preservazione di un'identità ad onta dei cambiamenti, un'organizzazione, una struttura peculiare, il perseguimento di un obiettivo), d'altro lato alle dinamiche evolutive interne secondo i meccanismi di costante retroazione (feedback) secondo modelli precisati dall'informatica. Esempi di tali, stimolanti analisi sono effettuati principalmente sulla normativa costituzionale di cui vengono in specie studiate le tendenze evolutive, le costanti, la ricettività a sollecitazioni esterne al sistema, ecc. [2].

Il polo opposto, a livello microsociale relativo alla corrente, quotidiana operazione di sussunzione del diritto positivo ad una fattispecie data, storicamente definita, ha carratere sincronico e non può quindi che avvenire all'interno di un sistema

[1] Può qui essere ricordata almeno la «summa», il trattato di JAMES G. MILLER, Living systems, con il celebre schema (pag. 4) indicante i livelli dei vari generali sistemi viventi, nonchè in specie il capitolo 11 sui sistemi sociali (pag. 747 seg.).

[2] Possono essere citati due studi italiani, alla cui bibliografia si rinvia: P. CALEGARI, Richiesta sociale, norma ed autorealizzazione, in Ricerche di psicologia, anno IV, No. 14, 1980, Franco Angeli editore Milano; P. CALEGARI/F. MASSIMINI, Psicologia dell'artefatto normativo sociale, Franco Angeli, Milano.

In Svizzera queste tematiche sono state per il momento solo genericamente affrontate; è opportuno almeno ricordare l'attività dell'Istituto di Scienze Sistemiche di Briga, diretto dal Dr. GOTTLIEB GUNTERN, che ha quest'anno organizzato un importante congresso con la partecipazione, fra gli altri, di JAMES G. MILLER e di ANATOL RAPOPORT, i cui atti saranno pubblicati.

normativo dato. Il dilatarsi nel tempo della fattispecie e/o della norma, eventualmente retroattivamente, non evince questo carattere, configurando una problematica collocabile rigorosamente all'interno del sistema normativo e delle sue regole. La trattazione del tema dell'intertemporalità, così circoscritto, avrebbe per principale finalità l'esplicitazione di queste regole, intese a salvaguardare identità, struttura e scopo del sistema-ordinamento giuridico da un elemento che, in effetti, proprio per la sua non sincronicità, presenta un carattere anomalo, anzi virtualmente dirompente rispetto alla rigidità, conseguenza della complessità del sistema.

A pensarci bene, è proprio questa messa in discussione, se non in crisi, dell'esattezza, della perfezione del diritto provocata dall'inserimento dell'elemento tempo in questo sistema, che rende interessante il tema, quasi fosse una sfida alla tranquilla sicurezza del giurista, interessato e subordinato all'attuazione del sillogismo giuridico alla ricerca della sola, per definizione giusta, soluzione del caso di specie.

1.2. Il reperimento di una casistica rappresentativa: il questionario

Ma l'elemento temporale, o meglio, più banalmente, la ristrettezza del tempo a disposizione (stante la tardività dell'affidamento del mandato di elaborare il presente rapporto e l'esigenza di una consegna tempestiva), influisce in altro senso sulla trattazione del tema; ha infatti imposto la rinuncia a studiare qualsiasi argomento esulante dalla nozione ristretta di intertemporalità come appena delimitata. Inoltre ha concretamente impedito di affrontare il tema non solo secondo un metodo deduttivo, applicativo di criteri e regole interne al sistema giuridico, ma altresì di tentare un'analisi del problema secondo modalità induttive, nell'intenzione di elaborare e definire concetti teorici, dapprima reperendo, poi mettendo in relazione e ordinando una casistica che avremmo voluto numerosa, nonchè rappresentativa secondo criteri anche statistici. Ciò anche per render conto dell'aspetto pragmatico, connaturato al diritto in generale e a questo tema in particolare, altrimenti inafferrabile.

È stato quindi allestito un questionario che si sarebbe voluto inviare ai membri della Società, nella convinzione che si sarebbe potuto ottenere un vasto e significativo campionario non solo

delle situazioni e degli ambiti giuridici in cui si era posto un problema attinente al nostro tema e delle soluzioni proposte da legislatori o applicatori della legge, ma anche di specifiche anomalie di cui si sarebbe forse potuto enucleare l'eventuale tipicità. Particolare interesse era prestato inoltre nel questionario ad ipotesi di situazioni definibili unicamente con un modello sistemico, intese a porre in evidenza (sempre a livello microsociale) una relazione di causalità non lineare bensì circolare, nel senso quindi non solo di un nesso diretto considerante ad esempio regolamento e atto amministrativo di applicazione come elementi promulgati e decisi autonomamente, ma, invece, come inseriti in un sistema interagente, già eventualmente nella prodromica fase di elaborazione della norma. Partendo inoltre dal presupposto che, in una certa misura, nel campo del diritto intertemporale, ha rilevanza l'ipotesi di prassi amministrative instaurate da delegatari di autorità statali, anche in assenza di una base legale vigente, si è previsto nel questionario di scandare l'opinione (in termini psicologici si potrebbe dire «il vissuto») di costoro (nonchè dei destinatari), elemento che, pur avendo carattere sociologico, in assenza di criteri legali o giurisprudenziali, è produttivo di effetti giuridici.

Infine era parso utile poter raccogliere il giudizio dei previsti destinatari del questionario e del successivo rapporto, i membri della SSG, circa l'opportunità e l'utilità almeno in occasione di temi congressuali presentanti anche aspetti empirici, che il relatore effettui una sorta di consultazione preventiva presso tutti i membri, prima della redazione del rapporto, affinchè esso possa contenere, oltre alla consueta analisi dottrinale e giurisprudenziale, non solo il frutto della sua esperienza personale, bensì anche, inoltre, gli stimoli, le valutazioni, le preoccupazioni, scientifici e professionali, dei destinatari del rapporto, naturalmente ordinati e rielaborati sul piano teorico dal redattore del rapporto stesso, ma di cui costituirebbero un sicuro arricchimento. Anche se questa pratica della preliminare, capillare raccolta di documentazione e di opinioni in vista dell'esposizione di un tema congressuale è sempre più diffusa, soprattutto fra i membri di una particolare società o corporazione, in relazione alla contingente, imminente prospettiva costituita dal presente rapporto, il Comitato precedentemente in carica ha dovuto esprimere comprensibili ragioni contrarie al patrocinio ed alla ufficiale distribuzione da parte della SSG di questo questionario, fondate sulla considerazione per cui tale intenzione avrebbe contrastato e forse contraddetto una rigida

tradizione secondo cui il rapporto costituisce il prodotto di un'autonoma attività scientifica del relatore, per cui, ponendo così un problema di principio, avrebbe esso dovuto essere preventivamente discusso, ciò che la ristrettezza dei tempi rendeva inattuabile. Rimane la speranza che questa proposta di modalità di esecuzione del rapporto possa in futuro rappresentare un utile stimolo per altre tematiche; chi fosse interessato potrà chiedere una copia del questionario allo scrivente relatore.

1.3. Delimitazioni

L'oggetto del rapporto sarà dunque circoscritto al solo ambito giuridico, anche se si cercherà di annotare talune interazioni fra esso e campi diversi, in specie il sostrato socioeconomico necessariamente connesso sia all'elaborazione, sia principalmente all'applicazione di ogni normativa, ma forse in modo particolarmente incisivo proprio in relazione agli aspetti diacronici del diritto amministrativo, peculiarmente suscettibili di ledere elementi cardine dello Stato di diritto, quali ad esempio il fondamentale principio di parità di trattamento. Infatti, nell'attività del legislatore, alligna sempre, concettualmente, il rischio, sancendo come legalmente diverse fattispeci considerate da precedenti normative come identiche, di operare distinzioni non giustificabili nè dalla sola variabile giuridicamente rilevante, l'essere mutato il momento storico, nè dalla finzione socio-istituzionale di progresso qualitativo della nuova legge rispetto al precedente assetto legislativo, per il carattere fatalmente definitorio e quindi, in una certa misura, arbitrario, insito in ogni norma, qualsiasi sia il «tempo» in cui essa viene promulgata.

È configurabile un duplice correttivo a tali possibilità di anomalie, rappresentato da un lato, da un preciso, analitico chiarimento del concetto di retroattività, di messa in vigore e di efficacia della disposizione legislativa e, d'altro canto, in presenza di una fattispecie cui, detto genericamente, la sussunzione di nuove normative fosse suscettibile di ingenerare soluzioni discriminatorie, dallo specifico riferimento al principio di proporzionalità nel rispetto innanzitutto di una condizione del vivere civile, l'equità, oltre che della necessità di un contemperamento della rigorosa applicazione della nuova normativa con le esigenze non solo degli interessi privati ma di un'altra esigenza collettiva, il rispetto del principio della sicurezza del diritto.

Quindi, sul piano terminologico, si ritiene di affrontare il tema proposto considerando il diritto intertemporale come quella parte del diritto che si prefigge di stabilire quale, tra le norme eventualmente applicabili nel tempo, è chiamata a disciplinare una certa fattispecie in un momento stabilito, determinando se da un lato una norma trova già o ancora applicazione, d'altro lato quale di due norme successive nel tempo, aventi il medesimo oggetto, la medesima finalità ma esclusive una dell'altra, debba essere applicata. Può essere utile un'analogia con il diritto internazionale privato, più in particolare con la tematica dei conflitti di legge, cui è implicita l'idea della coesistenza di più soluzioni giuridiche potenzialmente applicabili ad una medesima fattispecie, della necessità di conseguentemente operare una scelta per determinare la norma applicabile.

Questo conflitto potrebbe essere distinto, a seconda che lo si consideri la fatale conseguenza della necessaria successione di una norma all'altra nel tempo, in relazione in specie ai concetti di entrata in vigore e di abrogazione, oppure a seconda che il normale susseguirsi nel tempo di normative sia in un certo senso il frutto di un artificio legislativo, di un anomalo meccanismo indotto, come nelle situazioni di retroattività e di effetto anticipato. Comunque, in presenza del problema costituito da qualsiasi tipo di contestuale e contemporanea applicabilità di normative esclusive una dell'altra, occorre definire con certezza la soluzione, sia per il postulato della giustizia materiale, sia, in generale, per i dettami dello Stato di diritto, nel cui quadro ogni disposizione legislativa è emanata. Il diritto intertemporale dovrebbe quindi fornire un insieme di regole per la soluzione del conflitto suddetto; a questa esigenza è destinato, e al contempo limitato, l'obiettivo del nostro rapporto. Occorre solo ancora segnalare la distinzione fra la nozione di intertemporalità, come preliminarmente è stata appena circoscritta, dal termine di diritto transitorio, più specificamente delimitabile considerandolo un regime giuridico materiale, di fondo, a carattere provvisorio, temporario, differente ed intermedio inteso a distinguere il vecchio dal nuovo diritto, ma destinato ed atto a facilitare il passaggio da quello a questo [3].

[3] Il diritto transitorio è formato da «norme che costituiscono, se si vuole usare un'immagine, delle parentesi nella dialettica dell'evoluzione normativa avendo per scopo di costituire un allaccio fra l'esperienza giuridica in base a norme abrogate e quella futura, attenuando gli effetti psicologici e sociali di bruschi mutamenti nel regolamento giuridico, dando senso di gradualità ai mutamenti stessi, rendendo possibile l'adattamento delle vecchie situazioni al nuovo regime (QUADRI, Disposizioni, pag. 1183).

Se alcuni autori hanno utilizzato i due termini come sinonimi [4], altri hanno tenuto a distinguere le due nozioni [5].

Entrambe le posizioni sono comprensibili: da un lato infatti quanto surriferito permette di desumerne la differenza, costituita dal carattere mediato, indiretto delle norme di diritto intertemporale in quanto non indicano una soluzione di fondo, ma determinano quale delle possibili leggi applicabili (nel tempo) deve effettivamente entrare a far parte della maggiore del sillogismo giudiziario; per contro le norme del diritto transitorio tendono piuttosto a dare una soluzione di fondo a tutta una serie di situazioni, fattispeci situate a cavallo tra il vecchio ed il nuovo diritto e che devono essere risolte con l'applicazione di un diritto terzo, differente sia dalla vecchia normativa che dalla nuova. Riprendendo l'analogia con il diritto internazionale privato si possono paragonare queste norme di diritto transitorio con le disposizioni materiali del diritto internazionale privato. D'altro lato tuttavia occorre sottolineare la comune finalità di queste nozioni, entrambe destinate a determinare il diritto in vigore ad un certo momento storico e ad agevolare il passaggio da un regime giuridico ad un altro.

Esse saranno entrambe considerate nel rapporto, pur usando di volta in volta la terminologia più appropriata secondo la delimitazione surrichiamata.

Ultima precisazione, anche il termine «amministrativo», figurante nel titolo del rapporto, deve essere interpretato in un senso molto lato, di diritto «pubblico intertemporale», in contrapposizione sostanzialmente al diritto privato.

Così ridimensionato il tema svolto nel presente rapporto, si è ritenuto, sul piano metodologico, di formulare un'ipotesi di lavoro intesa a precisare nozioni attinenti al concetto di intertemporalità, che apparivano, ad un preliminare, pregiudiziale parere, sovente a torto riassunte accentuando l'importanza della sola nozione di retroattività, i cui contorni divengono così sempre più sfumati e, pertanto, difficilmente applicabili.

Un primo esame sommario della dottrina e soprattutto della giurisprudenza induce, prima facie, l'impressione che l'irretroattività sia sempre invocata come sanzione giuridica anche quando una nuova normativa, pur non essendo giudicabile

[4] Tra questi possiamo annoverare: FLEINER-GERSTER (Spezielle Fragen); LEO WEISS (op. cit., pag. 52), il quale preferisce il termine transitorio a quello intertemporale.

[5] QUADRI, Disposizioni, pag. 1132/1133; PIEROTH, op. cit.; PIERRE TERCIER, Introduction au droit, II quaderno, Friborgo 1980, pag. 14 no. 592.

retroattiva in senso stretto, è resa vigente ed efficace secondo modalità percepite dal destinatario di essa come pregiudizievoli ed inique. In altri termini, il disagio, in un certo senso inevitabile e tipico della fase di sostituzione di un assetto legale con un altro, sembra generalmente affrontato in modo quasi assiomatico con l'invocazione e l'utilizzazione del divieto della retroattività o comunque con un riferimento analogico ad esso, quando invece il problema giuridico, in casu posto, sarebbe stato più facilmente risolvibile con l'approfondimento di altri concetti, in specie quelli di vigenza e di efficacia.

Questo indiscriminato, generalizzato e persistente riferimento alla retroattività ha indotto ad ordinare tutte queste situazioni eteroclite in modo da stabilire con certezza e precisione quali di queste situazioni debbano effettivamente godere della protezione offerta dal principio dell'irretroattività e quali altre relativa invece debbano trovare un riferimento concettuale diverso.

In questo tentativo di operare una classificazione, approfondendo l'analisi, si è percepita ulteriormente l'importanza primordiale della distinzione tra vigenza ed efficacia, almeno apparentemente sottovalutata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Si è quindi ritenuto di particolarmente accentuare l'esame di queste nozioni di vigenza e di efficacia nella speranza di contribuire a colmare tale ingiustificata lacuna, stante l'importanza di tali concetti sia sul piano teorico che pragmatico, ai fini di una pertinente e generale soluzione delle problematiche giuridiche aventi carattere intertemporale.

2. Formalità preliminari e vigenza

2.1. Formalità preliminari alla vigenza

2.1.1. Premessa e considerazioni introduttive

Esula dal tema oggetto del rapporto la problematica relativa alla validità (Gültigkeit) della normativa, in particolare alla fase parlamentare e referendaria dell'elaborazione di nuove disposizioni legislative. Il termine di normativa, utilizzato in seguito, ne presuppone la validità, l'avvenuta adozione nel rispetto della procedura applicabile.

D'altronde, le fasi parlamentari e referendarie rientrano, di solito, nell'ambito del diritto costituzionale materiale, e come tali sono state oggetto di particolare ed esaustiva attenzione da parte di autorevole dottrina[6].

Tuttavia, se tutti i meandri e gli interrogativi della preliminare procedura parlamentare e referendaria sono stati attentamente vagliati, altrettanto non può essere detto delle singole operazioni, distinguibili in fasi successive, sul piano temporale e procedurale, a partire dalla promulgazione.

Anche la qualificazione materiale di queste operazioni pone talune difficoltà, quali la necessità di determinare se le fasi di promulgazione, pubblicazione, vigenza ed efficacia debbano rientrare nella procedura di formazione della volontà legislativa, oppure se esse debbano essere assegnate all'ambito dell'applicazione della legge.

Nella prima ipotesi costituirebbero una condizione di validità della norma, la loro inosservanza ne comporterebbe la nullità; nell'altra ipotesi invece, l'eventuale irregolarità atterrebbe al solo tema dell'applicabilità, ma la legge in sè avrebbe pieno valore formale.

[6] Cfr. AUBERT, Droit constitutionnel, vol. II, pag. 476 seg., pag. 517 seg.; FLEINER/GIACOMETTI, pag. 738 seg.; HANGARTNER, Grundzüge, I, pag. 115 seg.

In favore della prima ipotesi potrebbe militare l'argomento per cui, se è vero che la volontà necessaria alla formazione della disposizione legale è già stata emessa dall'autorità competente, mancano due elementi essenziali a questa regola ancora considerabile in fieri: il carattere obbligatorio e la sanzione. Tuttavia è considerabile maggiormente consona al nostro ordinamento giuridico e istituzionale la tesi della validità della norma: pur essendo essa inefficace, deve ritenersi infatti che la procedura legislativa termina[7] con la fase referendaria poichè a questo punto tutte le manifestazioni di volontà e le operazioni necessarie a perfezionare la legge sono già avvenute; ne devono ancora essere compiute alcune, ma secondarie, necessarie sì per mettere in vigore queste norme, ma non di tale importanza e natura da poter rimettere in discussione quanto già deliberato dal Parlamento ed avallato, anche solo implicitamente, dal popolo.

Questa opzione tutela quindi maggiormente i diritti democratici in quanto non permette di paralizzare la volontà regolarmente espressa dal legislatore ordinario, e soprattutto rispetta maggiormente il principio della separazione dei poteri, inteso nella forma recepita dal diritto costituzionale svizzero, della separazione delle competenze nonchè quello della preminenza, sancito dall'art. 71 Cost.[8], del legislatore rispetto agli altri poteri. Inoltre, più specificamente, questa tesi corrisponde al criterio legislativo vincolantemente consegnato nella legislazione federale[9] e, in quanto tale, cioè in quanto principio legislativo avente almeno carattere dottrinale, applicabile analogicamente alla legislazione cantonale (salvo naturalmente even-

[7] FLEINER/GIACOMETTI (op. cit., pag. 759) dice espressamente come una normativa legale divenga perfetta una volta superata la fase referendaria; FAVRE (op. cit., pag. 457) afferma: «Ainsi la promulgation d'une loi (e a fortiori le fasi successive di adozione del diritto) n'est pas un acte de la fonction législative»; SANDULLI (op. cit., pag. 694 seg.) qualifica la promulgazione quale atto estraneo alla funzione legislativa.

[8] L'art. 71. Cost. ha dato adito a due interpretazioni: una democratica, che privilegia il Parlamento quale unico organo eletto direttamente dal popolo e un'altra liberale, che giudica la preminenza del Parlamento salvaguardata dal suo «diritto» di nomina dei membri del Consiglio federale e del Tribunale federale e concede alle due Camere unicamente le competenze residue che non siano amministrative o giudiziarie. Secondo AUBERT (Droit constitutionnel, vol. II, pag. 455 seg., No. 1238) la preferenza deve essere data all'interpretazione liberale.

[9] Cfr. gli art. 67 e 69 LRC (Legge federale del 23 marzo 1962 sui rapporti fra i Consigli, RS 171.11) che attribuiscono al Consiglio federale la competenza di procedere alla promulgazione, alla pubblicazione ed alla determinazione della data di entrata in vigore di una nuova normativa.

tuale espressa disposizione contraria) nonchè alle norme d'esecuzione federali e cantonali.

Si può quindi dedurre il carattere «secondario» delle disposizioni relative alle fasi successive all'adozione, per cui esse non costituiscono condizioni di validità della norma, necessarie alla sua perfezione (anche nell'ipotetico caso in cui essa non sia mai stata messa in vigore [10]) bensì sono qualificabili come condizioni preliminari e necessarie ai fini della sua applicazione.

2.1.2. La promulgazione

Trattasi di un termine usato indiscriminatamente per cui ne appare necessaria una precisa delimitazione nonchè una definizione strettamente giuridica che ne permetta altresì un uso operativo. La storia del diritto ci tramanda due interpretazioni differenti della promulgazione [11].

Secondo la *concezione monarchica* la Costituzione attribuisce al Sovrano, o ad un'altra autorità, un diritto di sanzione, di approvazione, in difetto del quale il testo legale resta lettera morta [12].

Largamente superata poichè legata ad un periodo storico e ad una antiquata teoria filosofica dello Stato, questa concezione della sanzione ha influenzato la dottrina giuridica del nostro paese all'inizio del secolo [13] ma non ne ha comportato una vera e propria recezione.

[10] La norma infatti sarebbe compiutamente e formalmente valida, la sua applicazione sarebbe tuttavia procrastinata sine die. Possono essere citati due esempi, la Legge ticinese del novembre 1977, concernente la competenza del Consiglio di Stato a determinare le tasse, e la Legge vallesana «sur la police cantonale» votata dal popolo il 19 novembre 1930.

[11] DE PURY, op. cit., pag. 42 seg.

[12] Un esempio era lo Stato confederato del primo impero tedesco fondato da Bismarck nel 1871.

[13] Sotto l'influenza di LABAND, op. cit., gli autori svizzeri cercavano insistentemente di identificare nella procedura di elaborazione delle leggi l'atto implicante la sanzione, che si doveva concretizzare nella promulgazione. Secondo taluni il popolo forniva la sanzione approvando la legge espressamente o tacitamente (AFFOLTER, op. cit.; BURCKHARDT, Kommentar). Secondo altri la sanzione era data dal voto finale delle Camere (SCHOLLENBERGER, op. cit.; GUHL, op. cit.; FRITZ FLEINER, Bundesstaatsrecht).

A proposito di questi tentativi il DE PURY (op. cit., pag. 69) annota: «Il est curieux que ces idées. foncièrement antidémocratiques, aient eu une telle influence sur les juriconsultes de notre pays.»

L'idea monarchica è stata superata sopratutto grazie a von Waldkirch e Giacometti (VON WALDKIRCH, op. cit.; GIACOMETTI, Staatsrecht).

Secondo la *concezione repubblicana* è chiamata promulgazione l'atto mediante il quale il presidente constata la regolare adozione di un testo, rinuncia alla richiesta di nuove deliberazioni e nel medesimo tempo stabilisce le modalità di entrata in vigore. Il diritto italiano offre un esempio classico: la promulgazione è un atto scritto a carattere formale nel quale il Presidente della Repubblica constata l'avvenuta formazione della volontà legislativa (realizzatasi a seguito dell'approvazione di un medesimo testo da parte dei due rami del Parlamento), intima ai pubblici poteri di porre in essere gli adempimenti necessari perchè la legge acquisti efficacia e rende attenti i destinatari della stessa [14].

Un esame del diritto svizzero, in relazione a questa nozione, denota un alone di incertezza, attribuibile al legislatore federale che ha usato senza sistematicità e sporadicamente il termine di promulgazione nella versione francese dei suoi testi. La legge del 17 giugno 1874 concernente le votazioni popolari su leggi e su decreti federali [15] e la legge del 9 ottobre 1902 sui rapporti fra i Consigli [16] facevano menzione della promulgazione, ma evitavano di definirla o di indicarne il contenuto. Questa situazione ha offerto lo spunto ad una gamma di diverse interpretazioni su tale concetto [17]. L'attuale LRC non ne fa menzione alcuna: questo termine figura ancora nella versione francese dell'art. 2 Disp. Trans. Cost. [18].

[14] SANDULLI, op. cit. No. 22 seg., pag. 693 seg.

[15] Il termine promulgazione comparirà solo nella versione francese (RS vol. I pag. 162): nella versione italiana e tedesca venivano usati i termini di «emanazione» (CS vol. I pag. 168) e di «Erlass» (AS vol. I pag. 1174).
Questo testo è stato abrogato dalla LF sui diritti politici del 17 dicembre 1976 (RS 161.1).

[16] Nel titolo della terza parte della legge figura il termine di «promulgation» (RS vol. I pag. 236), «promulgazione» (CS vol. I pag. 240): la versione tedesca parla di «Erlassung» (AS vol. I pag. 253).

[17] Sono analizzate dal DE PURY, op. cit., pag. 45–47, il quale ne menziona quattro, riassuntivamente:
«La promulgation serait la signature de l'expédition originale des lois et arrêtés fédéraux de portée générale, urgents ou non, par les présidents et les secrétaires des deux Conseils, et sa communication au CF, pour faire publier dans la FF... La promulgation serait la publication juridique des lois... La promulgation serait l'acte du CF prévu à l'art. 36 de la loi de 1902, par lequel cette autorité fixe l'entrée en vigueur d'une loi... Enfin, une partie de la doctrine qualifie promulgation l'arrêté du CF proclamant les résultats du vote, lorsque la loi a été acceptée par le peuple.»

[18] Anche in questo caso il termine compare solo nella versione francese: le altre due versioni usano i termini di «emanazione» e «Erlassung».

Si può quindi ritenere che, generalmente, il termine di promulgazione è stato usato dal legislatore in senso improprio, quale sinonimo di emanazione, di «Erlass», non certo riferito ad un'operazione specifica della procedura di adozione (in senso lato) di una legge.

Vi è dunque incertezza sull'esistenza in Svizzera di una formale fase procedurale definibile con il termine di promulgazione, incertezza ulteriormente accresciutasi con l'entrata in vigore della nuova Legge federale del 17 dicembre 1976 sui diritti politici. Infatti, se fra le diverse interpretazioni di tale termine, espresse nel suddetto periodo relativo alla vigenza delle leggi succitate, una era riuscita a creare un certo consenso attorno ad una nozione di promulgazione, definita come l'atto mediante il quale l'organo competente constata l'accettazione di una norma in votazione popolare [19], la nuova normativa sui diritti politici ha introdotto, per questa operazione formale, il termine di «accertamento» (validation, Erwahrung) [20], riferito all'atto con il quale il CF constata il risultato di una votazione. Questo ulteriore concetto, non essendo distinguibile da quello di promulgazione, svuota di contenuto l'interpretazione precedente e ne impone la ridefinizione.

A questo fine occorre innanzitutto considerare che il diritto svizzero non ha recepito (e nemmeno avrebbe potuto) il concetto di promulgazione nelle sue forme classiche, vale a dire quella monarchica e quella repubblicana: se la prima deve essere scartata poichè storicamente e filosoficamente superata, la seconda perde molto del suo significato in un regime referendario e poco presidenziale quale quello svizzero. Le nozioni ordinarie di promulgazione sono quindi totalmente estranee al diritto svizzero [21].

Secondariamente occorre sottolineare che la relativa sporadicità della presenza del termine di promulgazione nel diritto vigente e, d'altro lato, la precisione dei concetti di accertamento e di pubblicazione definiti dal legislatore federale, permettono di dedurre da una parte la possibilità di esistenza in linea di principio e l'elasticità del contenuto della promulgazione,

[19] FAVRE, op. cit., pag. 457; GRISEL, Application, pag. 233; DE PURY, op. cit., pag. 47; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 14, p. 91; ZÜST, op. cit., pag. 47.

[20] Art. 15; cfr. più oltre.

[21] Per questi motivi VON WALDKIRCH (op. cit., pag. 112) e MEIERHANS (op. cit., pag. 125) non ammettono l'esistenza della promulgazione. Ugualmente AUBERT (Droit constitutionnel, vol. III, pag. 68 No. 64): «Observons, en passant, que la promulgation est une notion inconnue en droit fédéral».

d'altra parte, l'esigenza della sua sistematica integrazione nel diritto positivo compatibilmente con le nozioni definitivamente consacrate dal legislatore.

In terzo luogo, pertanto, occorre identificare un'autonoma fase procedurale eventualmente complementare ma comunque specifica, diversa da altre cui sono riferibili i concetti legislativi suddetti.

Le premesse condizioni sono adempite definendo la promulgazione come quell'attestazione inserita, contemporaneamente alla pubblicazione del testo della legge ed in calce alla stessa, nella RU, indicante l'avvenuto superamento della fase referendaria e la data dell'entrata in vigore.

Infatti questa nozione appare complementare e distinta rispetto alle nozioni enunciate dal legislatore, applicandosi all'unico atto ancora terminologicamente indefinito nell'ambito della procedura di adozione di una legge.

Attualmente questo atto è solitamente intitolato «Esito della votazione popolare ed entrata in vigore» oppure «Referendum inutilizzato ed entrata in vigore». Nella sua parte consacrata alla fase referendaria, la promulgazione fa sovente seguito all'accertamento [22] o allo scadere del termine referendario nel caso in cui questo è facoltativo [23]. Questa parte della promulgazione ha natura constatatoria ed è condizione indispensabile per una regolare pubblicazione del testo. L'altra parte, che fissa il momento dell'entrata in vigore e la durata della vacatio legis, ha natura deliberatoria, anche se l'ambito discrezionale dell'autorità competente è circoscritto da diverse regole cogenti [24].

A livello federale l'autorità competente per la promulgazione è il Consiglio federale. Questa sua competenza è desumibile essenzialmente da due norme legali riferentisi rispettivamente alla natura constatatoria e deliberatoria di questo atto.

La prima di queste disposizioni, l'art. 67 cpv. 1 LRC, impone al Consiglio federale di provvedere alla pubblicazione degli atti legislativi nella Raccolta delle leggi federale e nel Foglio Federale. Questa competenza contiene implicitamente l'incombenza di constatare che l'ultima delle condizioni preliminari e necessa-

[22] Esempi tipici: RU 1981 II pag. 1243–1244; RU 1982 II pag. 1534.

[23] Esempi tipici: RU 1981 I pag. 822; RU 1982 I pag. 877.

[24] Primariamente si deve rispettare la volontà dell'autore dell'atto; sussidiariamente, in materia costituzionale, torna applicabile l'art. 15 cpv. 3 della Legge federale sui diritti politici. In materia legale, se anche l'autorità competente per la promulgazione rinuncia a fissare una data di entrata in vigore, è applicabile l'art. 69 cpv. 3 LRC. Cfr. più oltre.

rie alla pubblicazione, vale a dire la fase referendaria, è stata regolarmente superata.

La seconda disposizione atta a fondare la competenza del Consiglio federale è l'art. 69 cpv. 1 LRC che affida al Consiglio federale[25] il compito di stabilire, quando i due Consigli non l'avessero previamente già fissata, la data d'entrata in vigore. Sempre questa disposizione prevede che tale decisione deve essere pubblicata contemporaneamente all'atto legislativo (deve essere inserita nella RU contemporaneamente alla pubblicazione).

La nozione testè definita di promulgazione deve essere rigorosamente distinta, oltre che dal concetto di pubblicazione, da quello di accertamento, termine relativamente nuovo anche se si riferisce ad un atto da sempre esistente. Già la Legge federale del 17 giugno 1874 concernente le votazioni popolari sulle leggi e le risoluzioni federali[26] prevedeva, nei suoi articoli 13 cpv. 2 e 16, che il Consiglio federale dovesse verificare il risultato della votazione e pubblicarlo. A queste norme si possono aggiungere l'art. 5 LRU[27] e l'art. 10 dell'Ordinanza d'esecuzione di questa medesima legge[28], che prevedono la pubblicazione nel Foglio Federale dei risultati delle votazioni popolari in cui è stato respinto il progetto.

La Legge federale del 17 dicembre 1976 sui diritti politici forgia il termine tecnico per definire l'atto in oggetto con cui il Consiglio federale constata il risultato di una votazione: esso risulta espressamente dalla versione francese e tedesca del testo di legge, in cui alla fine del capoverso primo dell'art. 15 figura, tra due parentesi, rispettivamente il termine di «validation» e di «Erwahrung». Nella versione italiana del testo questa precisazione è stata omessa. Il termine italiano può comunque essere indirettamente evitto dal cpv. 2 dell'art. 15 che prevede: «Il decreto d'accertamento è pubblicato nel Foglio Federale». Per evitare ulteriori e sterili disquisizioni terminologiche si può senz'altro preferire questo termine a quello di «convalida», costituente forse una traduzione più fedele. L'accertamento riveste genericamente la forma di un Arrêté del Consiglio fede-

[25] Sovente il Consiglio federale delega questa competenza alla Cancelleria federale, ad esempio: RU 1982 I pag. 33, 165, 167.

[26] CS vol. I p. 168.

[27] LF del 12 marzo 1948 concernente il carattere obbligatorio della Collezione sistematica delle leggi e ordinanze dal 1848 al 1947 la nuova serie della Raccolta delle leggi federali (RS 170.513.1).

[28] 170.513.12.

rale (decreto del CF); il suo contenuto concerne essenzialmente due oggetti. Una prima parte attiene all'accettazione e/o al rifiuto del testo normativo posto in votazione. La seconda parte concerne la pubblicazione dell'atto stesso nel Foglio Federale e, nel caso di accettazione, l'ingiunzione della pubblicazione della normativa nella RU. Con la Legge sui diritti politici si è attribuito al Consiglio federale anche l'accertamento delle votazioni concernenti revisioni costituzionali, competenza che in precedenza spettava all'Assemblea federale[29]. La competenza del Consiglio federale risulta in modo chiaro dall'art. 15 LF sui diritti politici.

Accertamento e promulgazione costituiscono fasi procedurali sovente temporalmente successive ma non sempre riscontrabili entrambe: non vi è accertamento nei casi in cui non è stata proposta domanda di referendum facoltativo, mentre non si dà promulgazione nei casi in cui il referendum (sia facoltativo che obbligatorio) non è stato accettato in votazione.

Per così dire il baricentro dell'accertamento è attratto verso la procedura delle votazioni (tende al passato) mentre quello della promulgazione tende alla messa in vigore (al futuro). Il primo si interessa alle condizioni di validità dello scrutinio, mentre la seconda mira alle modalità e circostanze di inizio degli effetti.

Occorre infine richiamare la distinzione fra promulgazione e pubblicazione per evitare una semplicistica inclusione dell'una nell'altra.

Certamente le due nozioni sono connesse, come risulta già dal fatto che appaiono contemporaneamente nella RU e in particolare dalla circostanza che la promulgazione determina la legittimità e gli effetti della pubblicazione. Tuttavia le due nozioni hanno carattere autonomo e devono essere distinte, evincibile da indizi formali quali la divergenza della firma e della data, nonchè il sottotitolo che sta ad indicare la separazione fra i due atti.

2.1.3. La pubblicazione

2.1.3.1. Definizione e note introduttive

La pubblicazione consiste nell'attività statale idonea e destinata ad informare del contenuto di una nuova normativa i

[29] Cfr. Messaggio, FF 1975 I pag. 1331; per il sistema precedente cfr. FLEINER/GIACOMETTI, op. cit., pag. 716; AUBERT, Droit constitutionnel, vol. I, pag. 158 No. 406.

destinatari della stessa, al fine di giustificarne l'opponibilità, il carattere obbligatorio. Introduttivamente appare utile riprendere singolarmente gli elementi di questa definizione [30].

2.1.3.1.1. Attività statale

Tre sono le indicazioni desumibili da questo elemento: innanzitutto la pubblicazione è considerabile un atto di sovranità statale, «acte de puissance étatique», immanente al concetto medesimo di Stato di diritto, in particolare ai suoi corollari della sicurezza del diritto e della prevedibilità. Lo Stato interviene quindi come detentore della «pubblica potestà» e non come un privato. Indi, come per ogni altra attività statale, anche la pubblicazione deve poggiare su una base legale. Infine, al solo Stato compete l'onere di provvedere alla pubblicazione, ad esclusione dei privati: questi intervengono, in linea di principio, solo in modo accessorio o complementare; nel caso fossero chiamati a concorrere a titolo principale, tale intervento potrebbe avvenire esclusivamente nella forma della concessione, mediante quindi l'attribuzione a privati di una frazione dell'autorità statale [31].

2.1.3.1.2. Idoneità

Questo elemento contiene almeno due implicazioni, l'esistenza di svariati modi per effettuare una pubblicazione e la conseguente esigenza di operare una scelta, in funzione dello scopo perseguito dalla pubblicazione e della sua attuabilità pratica.

Tra i vari modi per garantire la pubblicazione di un testo normativo si possono operare delle classificazioni sulla base di criteri di fatto (differente strumento utilizzato: es.: comunicazione verbale, stampa, radio, televisione) o giuridici (modalità della pubblicazione, materiale o formale).

La scelta fra tutte queste possibili modalità di pubblicazione deve essere operata nell'ambito di ogni ordine giuridico contemperando i parametri in relazione, come detto, alla ricerca di un'informazione ottimale e alla sua realizzabilità pratica; a questo riguardo occorre precisare che sussistono, in uno Stato

[30] Per qualche cenno storico sul concetto di pubblicazione cfr. HANGARTNER, Publikation, pag. 337 seg.

[31] Per un'analisi particolareggiata sui rapporti, a seguito di una tale retrocessione, fra Stato e destinatari, con particolare riferimento al FF, cfr. ZÜST, op. cit., pag. 139 seg.

di diritto, esigenze minime legate al principio della sicurezza del diritto e di legalità, che devono essere garantite [32]. Inoltre occorre sottolineare che efficacia specifica del messaggio e potenza di diffusione e di espressione del mezzo di comunicazione non coincidono necessariamente (ad esempio l'annuncio televisivo, diffuso e capillare, ha carattere effimero e schematico; forse in futuro la telematica ovvierà a questa carenza, imponendosi come modo di pubblicazione ideale).

2.1.3.1.3. Finalità

Questo elemento sottolinea l'aspetto teleologico della pubblicazione, consistente nella finalità di attirare l'attenzione dei destinatari sulle conseguenze che l'applicazione della nuova normativa è suscettibile di creare, affinchè essi siano posti in grado di decidere del loro comportamento nella piena consapevolezza delle ripercussioni possibili. È questa una premessa di validità dell'intera costruzione dello Stato di diritto, fondata sul principio secondo cui è possibile imporre un comportamento, in specie limitare una libertà, solo in applicazione di una norma regolarmente emanata e conosciuta. Taluni autori hanno distinto lo scopo della pubblicazione in relazione alle diverse categorie cui le norme legali sono assegnabili; tale distinzione è tuttavia sterile e si confonde con una generica specificazione del principio di legalità [33].

[32] ZÜST (op. cit., pag. 127–133) distingue tra esigenze di fatto e giuridiche: apparterrebbero alle prime l'idoneità e l'efficacia comunicativa del modo di pubblicazione, la capacità di assimilazione del contenuto del testo trasmesso, la cerchia dei destinatari; alle seconde l'imperativo di rispettare la Cost. ed il principio della sicurezza del diritto (es. se si utilizzano più mezzi di pubblicazione, in ognuno di essi deve apparire il testo completo; tutte le norme di una medesima categoria – legge, ordinanza – devono essere pubblicate nello stesso modo; occorre ridurre al minimo il numero dei modi di pubblicazione per facilitare il compito al cittadino desideroso di informarsi sul diritto in vigore), l'attuabilità giuridica (un impegno proporzionato e non inutilmente smisurato: quindi in un certo senso un principio della proporzionalità alla rovescia).
Cfr. Anche NOLL, op. cit., pag. 189.

[33] ZÜST (op. cit., pag. 121–124) distingue le norme legali (che suddivide in Gestaltungsgesetzen e Verhaltensgesetzen) dalle ordinanze, dai «rechtssetzenden Verträgen», dalle «autonomen Satzungen», dai «Plänen», tuttavia sempre concretamente, in riferimento allo specifico tema della pubblicazione, sottolineando la generica riferibilità, a tutte queste categorie, dei principi e delle finalità generali.

Occorre ancora ricordare l'esistenza di scopi secondari o accessori. Fra questi possiamo menzionare la possibilità di determinare il testo esatto da parte del destinatario e dell'autorità di applicazione[34], di praticare il controllo giudiziario per via d'azione, della conformità della nuova normativa, riservato l'art. 113 cpv. 3 Cost., alle norme di rango superiore. Costituisce inoltre un tramite per il passaggio alla fase successiva della procedura di adozione di una normativa, quella riguardante la messa in vigore e l'efficacia della norma.

2.1.3.1.4. La nuova normativa

L'uso del termine normativa propone direttamente la necessaria distinzione fra la pubblicazione ed altre due nozioni giuridiche, la notificazione di una decisione amministrativa[35] e la manifestazione di volontà di un privato disciplinata dalla parte generale del Codice delle Obbligazioni. Ciò che distingue la pubblicazione dalla manifestazione di volontà del CO non è l'autore[36], ma l'effetto: la manifestazione di volontà prevista dalla legislazione civile è destinata ad un numero determinato di persone[37] e vincola solo il suo proferente, mentre la pubblicazione è diretta a qualsiasi destinatario (ad un numero indeterminato di persone) e vincola l'autore ed i destinatari. Notificazione e pubblicazione servono entrambe alla manifestazione della volontà dello Stato, intesa in senso generale, in quanto detentore della sovranità pubblica. Se il contenuto della prima è concreto e particolare, la seconda esprime una volontà astratta e generale.

2.1.3.1.5. I destinatari

Uno degli elementi costitutivi della nozione di pubblicazione risiede nella circostanza che essa non può rivolgersi ad individui singoli, determinati, ma unicamente ad una popolazione nel suo insieme o ad una frazione di essa[38], ai destinatari attuali e

[34] MEIERHANS, op. cit., pag. 89/90.
[35] GRISEL, Droit administratif, pag. 194.
[36] Se di solito le manifestazioni di volontà sono fatte da privati e la pubblicazione è opera dello Stato, può tuttavia anche accadere che quest'ultimo si esprima mediante manifestazione di volontà. quando interviene non già come detentore della sovranità statale, bensì come privato.
[37] Bisogna fare un'eccezione per gli art. 7 e 8 CO.
[38] DE PURY, op. cit., pag. 31.

futuri della normativa pubblicata. Per questo motivo la non pubblicazione di una normativa non è sanata dall'invio del testo a tutte le persone considerabili a quel momento interessate [39]; al contrario la pubblicazione deve poter essere accessibile a chiunque e sempre.

In particolare bisogna evitare di confondere la nozione di destinatari con quella di cittadini attivi; infatti il TF ha giudicato che la comunicazione di un testo a tutti i cittadini attivi in vista di una votazione non può far le veci della pubblicazione poichè mancano a questo testo sia la data dell'entrata in vigore che le norme transitorie [40]. A questo argomento invocato dal TF si può aggiungere che la cerchia dei destinatari [41] di una norma può essere costituita da un insieme ben più vasto di quello dei cittadini attivi: basti infatti pensare ad alcune categorie quali gli stranieri, i non aventi diritto di voto (minorenni), le persone giuridiche, nonchè, in particolare, le autorità amministrative.

2.1.3.2. La pubblicazione formale e materiale

Tra le varie distinzioni [42] effettuabili in riferimento al concetto di pubblicazione, è importante ritenere quella intesa a contrapporre la pubblicazione materiale a quella formale. La pubblica-

[39] HANGARTNER, Publikation, pag. 340: «Nichteinhaltung der Publikationsvorschriften wird auch nicht dadurch geheilt, daß der Erlaß allen jenen, die er aktuell berührt, zugestellt wird; er muß auf dem vorgeschriebenen Publikationsweg auch den bloß potentiell Betroffenen zugänglich gemacht werden».

[40] Il TF ha ribadito ancora recentemente questo punto: cfr. DTF 104 I 167/seg./ JdT 1980 I 54: «2. Le fait qu'un texte législatif a été envoyé à tous les citoyens en vue de la votation populaire ne saurait suppléer à sa publication officielle si ce texte ne comportait ni la date d'entrée en vigueur, ni les dispositions transitoires édictées après coup par le Conseil d'Etat.» Vedi anche DTF 76 IV 52 seg./JdT 1951 IV 62.

[41] Sulla nozione di destinatari, cfr. NOLL, op. cit., pag. 172 seg., e ZÜST, op. cit., pag. 128: «Unter dem Adressaten einer Norm ist dasjenige Rechtssubjekt zu verstehen, das von ihr aktuell, d. h. unmittelbar, oder potentiell, d. h. zu einem späteren Zeitpunkt oder mittelbar, betroffen ist.»

[42] Può essere individuata un'altra distinzione fra pubblicazione giuridica e pubblicazione de facto (ZÜST, op. cit., pag. 32, parla di «Veröffentlichung und Bekanntmachung»): mentre questa è operata da singole persone di propria iniziativa, quella è l'operazione prevista dall'ordine giuridico mediante la quale lo Stato deve rendere edotta la popolazione dell'esistenza di normative (DE PURY, op. cit., pag. 31). Un'ulteriore distinzione può essere formulata tra pubblicazione giuridicamente rilevante e irrilevante: quest'ultima si riferisce a tutto quanto eccede il minimo previsto dalla legge in

zione materiale si prefigge di portare effettivamente a conoscenza dei destinatari la nuova normativa, usando i mezzi più appropriati al raggiungimento di questo fine[43]. L'accento è messo sulla finalità costituita dalla necessità di dispiegare un numero massimo possibile dei mezzi più efficienti atti a far conoscere con precisione al soggetto il contenuto del diritto. Se questo modo di pubblicazione si avvicina asintoticamente al sistema di pubblicazione ottimale, deve negativamente essere considerata l'ampiezza, l'esorbitanza dell'impegno attuativo concreto che tale sistema fatalmente comporta. È questo inconveniente che ha fatto propendere gli ordinamenti giuridici europei-continentali verso il sistema della pubblicazione formale, consistente nell'atto di informazione globale, il cui carattere sostanziale non è l'intenzione di riuscire ad informare effettivamente ogni singolo virtualmente interessato, ma la semplice teorica possibilità, offerta ad ogni cittadino, di conoscere il testo legale, senza che, tuttavia, sia data una qualunque garanzia della realizzazione dello scopo ricercato[44], salvo ovviamente quella dell'accessibilità della informazione desiderata[45]. Questo sistema è interamente costruito attorno ad un nucleo centrale, costituito dalla finzione di conoscenza, espressa sinteticamente dal broccardo «error juris nocet». Trattasi di una finzione giuridica per cui una volta pubblicato il testo della normativa conformemente alle disposizioni legali, il

materia di pubblicazione (cfr. ZÜST, op. cit., pag. 31–32; LUKAS, op. cit., pag. 2). Un'ultima distinzione possibile è quella riportata dal MEIERHANS (op. cit., pag. 93 seg.) tra il metodo di pubblicazione europeo-continentale e quello anglo-americano. Anche in questo metodo ci sono un sistema di pubblicazione materiale ed uno formale: la distinzione non è però operata sull'esistenza o meno di circostanze straordinarie, bensì sulla procedura di adozione della normativa. Per le normative emanate dal Parlamento si considera che i destinatari partecipano direttamente alla formazione della legge, per il tramite del rappresentante eletto al Parlamento nella loro circoscrizione elettorale: a questo va aggiunta l'attenzione particolare dedicata dai mass-media ai lavori parlamentari. Di conseguenza si considera che per questi atti sussiste una pubblicazione materiale sufficiente. Per le normative non emanate dal Parlamento è fatto ricorso ad un sistema di pubblicazione formale.

[43] DE PURY, op. cit., pag. 32; ZÜST, op. cit., pag. 32/33; MEIERHANS, op. cit., pag. 92.

[44] DE PURY, op. cit., pag. 32; ZÜST, op. cit., pag. 33; MEIERHANS, op. cit., pag. 91.

[45] Nell'ottica della proporzionalità, i criteri che devono permettere di giudicare se questa condizione è soddisfatta o meno riguardano anche l'efficacia del mezzo di pubblicazione prescelto, la prevedibilità della periodocità di tale modo di pubblicazione (ZÜST, op. cit., pag. 138–139).

destinatario è considerato incontestabilmente a conoscenza del testo[46].

Questa suddivisione è stata recentemente messa in discussione e ridefinita mediante l'indicazione di tre criteri distintivi, riguardanti successivamente la titolarità dell'incombenza del dovere di informazione effettiva, l'esistenza o meno di una prova liberatoria per mezzo della quale il destinatario possa infirmare la finzione di conoscenza, ed infine la modalità con cui lo Stato esegue la pubblicazione[47]. Conseguenza della concezione formale della pubblicazione è il dovere di informazione[48] effettiva spettante al destinatario, il quale non dispone di una prova liberatoria: l'attività dello Stato si esaurisce in questi casi con il compimento di certi atti determinati, previsti appunto per questo obiettivo. Nel sistema della pubblicazione materiale il dovere di informazione effettiva spetta allo Stato, ed il destinatario dispone di una prova liberatoria[49]: per l'attività informativa dello Stato, determinato è solo il fine da perseguire, mentre totale libertà esiste quanto ai mezzi da impiegare.

Nell'ipotesi che l'applicazione successiva e cumulativa dei tre criteri non abbia permesso di stabilire il carattere della pubblicazione, se formale oppure materiale, determinante diviene una presunzione a favore della prima[50]. Questa soluzione permette di risolvere esaustivamente ogni problema attinente a questo ambito giuridico, in quanto questo meccanismo, costituito da tre criteri successivi e dalla sussidiaria e dirimente presunzione a favore di un modo di pubblicazione, offre infatti sempre per definitionem, la soluzione del problema.

Ci si potrebbe chiedere tuttavia se la posizione in favore della pubblicazione materiale (invece che di quella formale), praticamente possibile stante l'esiguità di una simile casistica, non soddisferebbe meglio il postulato della sicurezza del diritto, in quanto sarebbe data, quale corrispettivo dell'arbitrarietà sempre insita in un criterio fondato su una presunzione, la particolare, speciale tutela della prova liberatoria. Tale soluzione sarebbe maggiormente compatibile con la sistematica del diritto federale[51] che ammette, in via di eccezione, la sussistenza

[46] NOLL, op. cit., pag. 189.
[47] ZÜST, op. cit., pag. 35, 37.
[48] ZÜST, op. cit., pag. 136–139.
[49] LUKAS, op. cit., pag. 8, nega l'esistenza di una prova liberatoria.
[50] ZÜST, op. cit., pag. 38.
[51] Ad esempio con l'art. 9 LRU.

della pubblicazione materiale e con la proposta di parte della dottrina di trasformare la finzione in una «natürliche Vermutung»[52].

2.1.3.3. Necessità della pubblicazione

Nel termine di necessario è contenuta un'idea di relazione; è dunque importante studiare se la pubblicazione è condizione di validità di una normativa o del carattere obbligatorio della stessa. Il primo di questi interrogativi è controverso. Alcuni autori hanno qualificato la pubblicazione come parte integrante della procedura legislativa[53], taluni l'hanno definita quale atto d'esecuzione[54], altri ancora ammettono questa qualificazione, sia pure implicitamente[55]. Questa seconda posizione è sicuramente da preferire per i principi dianzi esposti[56] e anche perchè più conforme alle disposizioni attualmente in vigore.

In particolare è meglio integrabile in un'interpretazione sistematica della Legge federale del 23. 3. 1962 sui rapporti fra i Consigli (LRC), in cui sono chiaramente distinte le disposizioni attinenti alla procedura legislativa da quelle sulla pubblicazione[57]; di particolare importanza anche l'art. 9 cpv. 1 LRU,

[52] ZÜST, op. cit., pag. 185; NOLL, op. cit., pag. 188.

[53] Tra questi ZUMBACH, op. cit., pag. 474; GEIGER, pag. 56–57; ZÜST, op. cit., pag. 126–127 con tutta la dottrina citata (cfr. nota 1, pag. 127), anche se quest'ultimo autore è forse fuorviato dall'aver considerato quasi unicamente dottrina germanica.

[54] Tra questi: GIACOMETTI, Staatsrecht, pag. 435; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 180; FLEINER/GIACOMETTI, op. cit., pag. 757; MEIERHANS, op. cit., pag. 91; DE PURY, op. cit., pag. 55 seg., 62 seg., in particolare pag. 76; VON WALDKIRCH, op. cit., pag. 89; SANDULLI, op. cit., pag. 630 seg., pag. 646.

[55] Costoro ammettono la possibilità, in casi determinati, di messa in vigore e di conferimento di efficacia prima della pubblicazione, il che presuppone la preventiva perfezione della norma in fieri: in caso contrario si dovrebbe ammettere logicamente un effetto anticipato positivo. Tra questi autori si possono annoverare BRÜHWILER, op. cit., pag. 268 seg.; MEYLAN op. cit., pag. 361 seg.; GRISEL, Application, pag. 240–241; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 14, pag. 91–92.

[56] Cfr. 2.1.1. perchè, in fondo, sostenere una tesi contraria significherebbe riconoscere la possibilità che un'autorità istituzionalmente subordinata al legislatore possa annullarne l'operato con una semplice omissione.

[57] I primi 36 articoli della LRC si riferiscono alla procedura legislativa: solo le ultime norme della legge, (art. 67 seg.), prima delle disposizioni transitorie, sono consacrate alla pubblicazione. Tra queste e quelle figurano le disposizioni riguardanti l'Assemblea federale, la segreteria delle due Camere, la segreteria per gruppi, l'esercizio dell'alta vigilanza sull'amministrazione e

che fa dipendere dalla pubblicazione unicamente il carattere obbligatorio della legge e non la sua validità.

Vi è unanimità al contrario sulla necessità della pubblicazione al fine di conferire alla legge carattere obbligatorio[58]. Divergenza esiste sulla determinazione del momento in cui questa indispensabile pubblicazione deve intervenire, se cioè essa deve sempre precedere o al limite coincidere con l'inizio del carattere obbligatorio, oppure se può essere effettuata anche in seguito[59]. In sintesi si può rilevare che la pubblicazione è necessaria per assicurare carattere di obbligatorietà alla norma: un'eccezione deve essere unicamente ricordata, concernente le norme confidenziali che devono rimanere segrete[60].

2.1.3.4. Il regime della pubblicazione nel diritto federale

Il tema della pubblicazione è disciplinato in diverse disposizioni legali, negli art. 67–68 LRC, nella LRU, nell'Ordinanza del Consiglio federale dell'8 novembre 1949 concernente la pubblicazione delle leggi e di altri atti legislativi della Confederazione[61], nella Legge federale del 6 ottobre 1966 concernente la pubblicazione di una nuova Raccolta sistematica delle leggi e ordinanze della Confederazione[62], nell'Ordinanza del Consiglio federale del 9 ottobre 1974 concernente il carattere obbligatorio della nuova Raccolta sistematica del diritto federale[63].

sulla giustizia, la rappresentanza del Consiglio federale e della cancelleria nell'Assemblea federale. Si fosse voluto considerare la pubblicazione come ultima fase della procedura legislativa, sarebbe stata collocata subito dopo le disposizioni sulla redazione definitiva degli atti legislativi (art. 31–33) e quelle sul voto finale (art. 36) e prima delle disposizioni sull'Assemblea federale (art. 37).

[58] DE PURY (op. cit., pag. 179–180) riconosce la necessità di un atto di pubblicazione che può, in certi casi, anche non essere l'inserzione del testo nella RU; ZÜST (op. cit., pag. 125) partendo dalla distinzione tra «Verhaltens- und Gestaltungsnormen» conferma, per le prime, che: «Man kann daher von einer dem Normbegriff immanenten Pflicht zur Publikation des normierenden Staatsorganes sprechen», ed anche per le seconde che: «Im Rechtsstaat im engeren Sinn besteht zusätzlich eine Pflicht zur Publikation gestaltender Normen.» Cfr. anche HANGARTNER, Publikation, pag. 340.

[59] Sub 2.2.2.2.1.

[60] DE PURY, op. cit., pag. 171. La LRU prevede espressamente questa eccezione, all'art. 5 lit. e).

[61] RS 170.513.12.

[62] RS 170.513.2.

[63] RS 170.513.21.

2.1.3.4.1. Pubblicazione ed inserzione nel Foglio Federale

Occorre preliminarmente distinguere la pubblicazione dall'inserzione nel FF. Per inserzione nel FF si deve intendere l'apparizione in questo periodico del testo normativo nella formulazione approvata dal voto finale alle Camere, al fine di sottoporlo alla fase referendaria[64].

L'inserzione nel FF differisce dalla pubblicazione in 5 punti sostanziali: la natura giuridica, l'oggetto, i destinatari, l'organo di pubblicazione e lo scopo.

L'inserzione fa parte della procedura legislativa e costituisce una condizione di validità del testo normativo, mentre la pubblicazione non è che un atto accessorio di esecuzione.

Oggetto dell'inserzione sono unicamente le norme sottoposte al referendum facoltativo[65], mentre la pubblicazione è effettuata anche per testi legali non sottoposti a referendum oppure sottoposti al referendum obbligatorio.

I destinatari dell'inserzione sono tutti i cittadini attivi, essenzialmente le persone che fruiscono dell'esercizio dei diritti politici in quel momento, mentre i destinatari della norma costituiscono, come visto, una cerchia più ampia.

L'organo di pubblicazione in un caso è il FF, nell'altro è la RU, salvo casi particolari.

Lo scopo dell'inserzione è costituito dall'esigenza di suscitare un eventuale intervento del popolo come organo legislativo; nella pubblicazione, come visto, lo scopo è di rendere edotto il destinatario della norma sul suo contenuto affinchè possa

[64] La base legale dell'inserzione del progetto di una normativa nel FF era l'art. 4 LF del 17 giugno 1874 concernente le votazioni popolari su leggi e risoluzioni federali (CS vol. I pag. 168). Questa legge è stata formalmente abrogata dalla LF sui diritti politici (RS 161.1). Attualmente trovare una base legale dell'inserzione nel FF non è agevole. La LRC, all'art. 67 cpv. 2, rimanda alla LF sui diritti politici: l'art. 59 di quest'ultima è limitato ad una formulazione astratta ed erronea, riportando il termine di pubblicazione ufficiale in luogo di inserzione. Anche gli altri testi aventi per oggetto la pubblicazione non fanno menzione dell'inserzione nel FF; l'unico testo normativo che può entrare in linea di conto è un'ordinanza del CF del 5 marzo 1894 sulla pubblicazione di un foglio federale (CS vol. I pag. 242) in cui alla cifra 2 menziona i progetti di legge e i decreti federali. Nella pratica, quando un testo è inserito nel FF, le autorità federali non mettono nessun riferimento ad una base legale (es.: FF 1982 II pag. 410 seg.).

[65] Una riserva deve essere fatta per i decreti federali urgenti che appaiono direttamente nella RU, anche se sottoposti a referendum: nel FF viene inserito solo un rinvio alla RU ed un richiamo al termine referendario (FF 1972 I pag. 969).

determinarsi di conseguenza. Caratteristica comune dei due concetti è la finzione di conoscenza che si applica anche all'inserzione.

2.1.3.4.2. Forme di pubblicazione

La LRU prevede tre differenti forme di pubblicazione: la pubblicazione ordinaria (art. 4), la pubblicazione straordinaria (art. 6) e la pubblicazione speciale (art. 5 lit. b).

La pubblicazione ordinaria è la forma generalmente usata ed è operata con la pubblicazione del testo normativo nella RU [66]: con la creazione di una nuova Raccolta sistematica (RS), la nuova normativa figurerà nel successivo aggiornamento periodico.

In linea di principio, devono essere pubblicate tutte le disposizioni di carattere obbligatorio generale: l'art. 4 LRU ne elenca le più importanti [67], mentre l'art. 5 esclude dalla pubblicazione una serie di atti poichè di carattere particolare [68]. Con la creazione successiva della CS e RS, l'introduzione della normativa nella raccolta impedisce l'effetto negativo della medesima [69].

La pubblicazione ordinaria è plasmata sul modello del sistema di pubblicazione formale.

Prevista dall'art. 6 LRU, la pubblicazione straordinaria ha invece carattere eccezionale; la legge esige il verificarsi di circostanze straordinarie e imminenti [70], quali guerre, disordini interni, catastrofi della natura, epidemie.

A queste condizioni i testi enumerati all'art. 4 LRU possono essere pubblicati secondo modalità diverse da quelle ordinarie: la legge menziona unicamente l'affissione, ma non esaustivamente [71].

[66] Art. 4 LRU.

[67] ZÜST, op. cit., pag. 190–191, propone, de lege ferenda, la formulazione di tale articolo sotto forma di clausola generale, oppure di completarlo prevedendo anche la pubblicazione delle disposizioni emanate dalle corporazioni autonome e fondazioni della Confederazione.

[68] Cfr. FF 1948 I pag. 824/825.

[69] Art. 2 Legge federale del 6 ottobre 1966 concernente la pubblicazione di una nuova raccolta sistematica (RS 170.513.2). Sulla nozione di effetto negativo, come pure per una sua distinzione dall'effetto positivo, cfr. FF 1947 I pag. 724.

[70] L'art. 6 tratta di atti legislativi «da pubblicarsi immediatamente»; MEYLAN, op. cit., pag. 368; ZÜST, op. cit., pag. 52; MEIERHANS, op. cit., pag. 98.

[71] Il messaggio (FF 1948 I pag. 825) esprime chiaramente l'intenzione di non limitare l'eventuale operato dell'autorità fissando in modo preciso ed esaustivo i mezzi di pubblicazione utilizzabili in simili situazioni straordina-

L'aspetto eccezionale della pubblicazione straordinaria è sottolineato anche dall'obbligo legale di procedere ad una pubblicazione ordinaria complementare dei medesimi testi al più tardi nel terzo numero della RU successivo, correlato alla sanzione di considerare questi testi come mai pubblicati e perciò inopponibili al destinatario.

La pubblicazione straordinaria è disciplinata sul modello della pubblicazione materiale: il legislatore ha coerentemente previsto una protezione particolare dei privati concedendo loro la prova liberatoria[72]: fino al momento della pubblicazione ordinaria complementare, il destinatario della norma ha la «facoltà di fornire la prova che non ha avuto o non ha potuto avere conoscenza dell'atto legislativo nonostante la premura che egli si è dato»[73].

La legge è silente a proposito della competenza in materia di pubblicazione straordinaria: questa lacuna deve essere colmata attribuendo tale responsabilità al Consiglio federale[74].

La pubblicazione speciale[75] deve essere prevista da disposizioni speciali; trattasi di una modalità di pubblicazione particolare, diversa[76] dalla forma ordinaria e straordinaria.

Competente per decidere dell'utilizzazione di questa modalità di pubblicazione è il legislatore ordinario: l'art. 8 LRU esige

rie. D'altronde i progressi tecnici intervenuti dal momento dell'emanazione della LRU ad oggi hanno ovviamente radicalmente mutato la situazione: la pubblicazione mediante affissione è stata superata per rapidità ed efficacia dai mezzi di comunicazione di massa: stampa, radio e televisione sono divenuti indispensabili strumenti qualora fossero adempite le condizioni necessarie per giustificare una pubblicazione straordinaria, benchè l'informazione da essi offerta ai cittadini non possa eventualmente essere completa ed esaustiva sulla totalità del contenuto della nuova normativa ma certamente lo sarebbe sui punti essenziali.

Attualmente la pubblicazione mediante affissione può tutt'al più intervenire come modo di informazione complementare alla diffusione mediante mass-media, ma non può certo escludere quest'ultima, rivendicando una troppo rigida interpretazione letterale: l'evoluzione tecnica nel ramo tipografico permette addirittura di stampare e diffondere un numero straordinario, supplementare dei fascicoli della RU in un tempo inferiore a quello necessario per una pubblicazione mediante affissione. Cfr. anche BUSER op. cit., pag. 442.

[72] Messaggio FF 1948 I pag. 827.

[73] Art. 9 cpv. 2 LRU.

[74] Essenzialmente due motivi militano a favore di questa soluzione: innanzitutto il Consiglio federale è l'autorità normalmente competente in materia di pubblicazione ordinaria (art. 67 cpv. 1 LRC), secondariamente l'esecutivo è l'autorità più idonea a garantire la tempestività dell'intervento.

[75] Il termine «speciale» è ripreso dalla nota marginale dell'art. 8 LRU.

[76] Art. 5 lit. b) LRU.

che le disposizioni particolari che prevedono la pubblicazione speciale siano contenute in una specifica disposizione di una legge formale. Nella pratica il ricorso ad una pubblicazione speciale è sempre avvenuto utilizzando le pagine di un periodico diverso dalla RU[77]. In questi casi queste pubblicazioni hanno sempre avuto carattere formale nel senso dianzi definito, tuttavia esso non è necessariamente connaturato a questa speciale modalità di pubblicazione.

2.1.3.5. Portata della pubblicazione

Si assiste in sostanza al verificarsi di una apparente contraddizione fra, da un lato, l'affermazione della natura formale della pubblicazione, dall'altro, lo sviluppo ancora in parte imprevedibile e comunque alquanto promettente dei mezzi di informazione a livello sia delle qualità del contenuto, che della capillarità della diffusione della notizia. In altri termini, a questa possibilità tecnica di «pubblicazione materiale» nel senso dianzi proposto, si contrappone il rafforzamento della finzione di conoscenza della legge, malgrado l'incremento pletorico di disposizioni legislative, attinenti ai campi più svariati e complessi del vivere civile, che da un certo punto di vista permette di considerare come la conoscenza del cittadino della legge sia sempre più una pura astrazione, un meccanismo artificiale di funzionamento dell'ordinamento legislativo. Ciononostante esso va mantenuto in quanto costituisce una necessità istituzionale, il solo antidoto al diffondersi di un germe produttivo di una situazione anomica.

Paradossalmente è questa la conseguenza dell'enfatizzazione dell'ordinamento giuridico, sul piano quantitativo e della complessità (argomento che indurrebbe a sostenere la tesi contraria, dell'esigenza di tendenzialmente abbandonare la

[77] Queste pubblicazioni sono previste dai seguenti testi: Ordinanza del CF del 29 novembre 1976 sulla Raccolta dei Trasporti (RS 170.571); Decreto del CF del 3 marzo 1950 concernente il Foglio Ufficiale militare (RS 510.42); Ordinanza del CF del 7 giugno 1937 sul Foglio Ufficiale Svizzero di commercio (RS 221.415); LF del 6 ottobre 1960 sull'organizzazione delle PTT, art. 20 (RS 781.0).

A prima vista, la constatazione che tre di queste quattro normative prevedenti una pubblicazione speciale sono state emanate dal Consiglio federale può sembrare in contrasto con il testo dell'art. 8 LRU e quanto esposto in precedenza: in realtà la contraddizione è solo apparente perchè spiegabile da motivi storici: cfr. ZÜST, op. cit., pag. 53–54.

finzione di conoscenza delle leggi) per la diabolicità della prova che incomberebbe al destinatario (di carattere negativo) o all'autorità, senza contare ovviamente gli aspetti pratici legati all'instaurazione di procedure contenziose aventi questo oggetto.

Tuttavia, perchè l'accennata irreversibile accentuazione dell'artificio non sconfini nell'arbitrio, con il risultato frustrante e demotivante per il cittadino, i cui effetti già hanno potuto essere costatati, è necessario sfumare il rigore del principio evidenziando il parallelo obbligo per il legislatore e per l'autorità delegataria del compito di, in senso generico, pubblicare la legislazione in fase di adozione, di garantire ai destinatari della norma un'informazione oggettiva, reale ed efficace, non limitata a vettori accessibili a pochi eletti addetti ai lavori. Almeno in una certa misura potrebbe essere questo un importante correttivo dell'eccessivo formalismo del principio, prevedendo quindi l'onere per il legislatore di procedere ad una informazione ulteriore e speciale, proporzionata all'importanza, alla selettività del contenuto e dei destinatari della norma. Potrebbe, questa, de lege ferenda, costituire una (se non giuridica, in quanto sprovvista, almeno in principio, di sanzione) democratica e sociologicamente responsabilizzante premessa per il legislatore e per il destinatario della norma, per appellarsi alla finzione di conoscenza delle leggi: essa sarebbe quindi mantenuta, contemporaneamente non sarebbe generalizzata l'eccezione della prova liberatoria, in uso attualmente, come visto, in relazione ad una limitata casistica, ma tuttavia si assicurerebbe una certa informazione capillare, usando degli strumenti consoni ai tempi e secondo criteri che terrebbero conto, ad esempio, della specificità di un tema (per cui l'informazione dovrebbe essere indirizzata ai soli diretti interessati o ad associazioni che li rappresentano) oppure della particolare incidenza sui diritti individuali, oppure del carattere prescrittivo di un particolare comportamento individuale, ecc. Sola eccezione può essere costituita dal rischio di elusione della norma, che tuttavia dovrebbe essere restrittivamente valutato e, a posteriori, giudicabile.

Questa accessoria forma di pubblicazione dovrebbe accentuare e ininterrottamente continuare la consultazione che, ma unicamente per parte del prodotto legislativo e normativo, è attuata in vista dell'adozione di una norma.

Di particolare interesse in questo contesto è la garanzia di trasparenza per ogni fase di elaborazione dei piani programma-

tici e dei conti preventivi dello Stato che , ben lungi dal rappresentare unicamente tecnocratiche scelte imposte da esoterici e deterministici principi economici, costituiscono processi amministrativi, parlamentari e normativi influenzanti le condizioni di convivenza e di socialità dei cittadini molto più di norme solo apparentemente e direttamente più incisive dei diritti individuali (esempio classico è la famosa diatriba sulle disposizioni limitanti la circolazione stradale, divenuta una sorta di affare di Stato).

Sul piano dell'intertemporalità, questo tema, anche in questa prospettiva, presenta spunti interessanti in quanto, da un profilo strettamente teorico, si potrebbe affermare che solo un'ipotetica pubblicazione secondo una rigorosa applicazione del principio formale, in altri termini segreta, cioè esclusiva di ogni altra forma di pubblicità all'infuori di quella legale, garantisce l'ossequio dell'inizio degli effetti di una normativa posteriore alla sua adozione. Si potrebbe infatti sostenere che ogni informazione avente tale oggetto costituirebbe, di per sè, una de facto anticipata ed illecita messa in vigore della norma in quanto essa potrebbe essere, nella maggior parte dei casi, produttiva di conseguenze, suscettibile di generare atteggiamenti diversi nei destinatari. Evitare simili effetti non è tuttavia l'obiettivo perseguito dalla finalità delle disposizioni e dei principi concernenti le varie fasi di questa procedura. Infatti, come si vedrà, sono dati ad esempio casi di discordanza tra vigenza ed efficacia, al di là della semplice retroattività della norma.

Pertanto una effettiva pubblicazione della norma in fieri salvo particolari e gravi rischi di manovre elusive, non solo non contravviene ad esigenze legali, ma addirittura contribuisce ad assicurare l'adeguatezza delle disposizioni agli interessi dei destinatari e all'obiettivo perseguito: è importante osservare d'altronde che la norma in fieri non produce effetti secondo il modello lineare della causalità cartesiana recepita nella scienza giuridica nella distinzione di naturale o adeguata, bensì secondo un modello sistemico, circolare, per cui, sia detto semplicisticamente, l'effetto «prodotto» sul destinatario retroagisce sull'emittente, sul legislatore (realmente, oppure anche solo teoricamente, come autocorrettivo anticipatore), da questi di nuovo verso il destinatario ed ancora in senso inverso, e via di seguito. Pertanto quanto più l'informazione materiale sarà realizzata ed immediata (in chiave futuristica, come detto, con i procedimenti telematici), sarà data al cittadino la concreta

possibilità di partecipare all'elaborazione della norma, testandone anticipatamente l'efficacia.

2.1.4. La vacatio legis

2.1.4.1. Nozione

Per vacatio legis si intende l'intervallo che solitamente intercorre tra il momento in cui la normativa è formalmente pubblicata e quello in cui essa assume carattere obbligatorio. La sua durata è determinata dal legislatore sia direttamente, con una disposizione speciale nel testo di legge, sia delegando tale incombenza all'esecutivo. Nell'evenienza in cui tale ipotesi non si verifichi, diversi ordinamenti legislativi esplicitamente prevedono l'inizio del carattere obbligatorio entro un lasso di tempo prestabilito, da un minimo di un giorno ad un massimo di quattro settimane, con una miriade di soluzioni intermedie [78].

È possibile totalmente prescindere dalla vacatio legis quando, in particolare, una dilazione nel tempo dell'applicazione della legge sarebbe di nocumento ai fini del perseguimento dei suoi specifici obiettivi.

La vacatio legis è connaturata alla forma di pubblicazione ordinaria. Per i casi di pubblicazione straordinaria caratterizzati da situazioni eccezionali che presuppongono l'immediatezza dell'intervento normativo, l'ammettere la possibilità di una vacatio legis sarebbe contraddittorio, perchè comporterebbe una diminuzione dell'efficacia e della capacità di reazione immediata insita in questo modo di pubblicazione [79].

Fine generico della vacatio legis è costituito dalla necessità di garantire un lasso di tempo necessario ed indispensabile perchè possano essere materialmente attuati gli scopi perseguiti dalla pubblicazione. Scopo immediato, in specie delle disposizioni speciali suelencate, è rappresentato dall'esigenza di porre in grado [80] i destinatari della normativa di prendere conoscenza

[78] In Messico 3 giorni; in Svizzera 5 giorni; in Belgio ed in Italia 10 giorni; nella Repubblica Federale Tedesca 14 giorni; in Svezia 4 settimane. Per la Germania, cfr. WOLFF, op. cit., vol. I, pag. 138.

[79] GRISEL, Application, pag. 236.

[80] Per «posti in grado» si intende che il destinatario possa disporre del fascicolo della RU contenente il testo della normativa. Perchè questo sia possibile bisogna tener conto di tutta una serie di considerazioni di fatto: una delle più importanti è la certezza che l'invio della RU sia potuto giungere in tutte le regioni formanti il territorio dello Stato. MEIERHANS, op. cit., pag. 103/104.

del suo contenuto e questo ancora prima che essa divenga vincolante[81]. In secondo luogo, soprattutto in relazione all'ipotesi generale di messa in vigore da parte dell'autorità esecutiva, questo lasso di tempo è destinato anche agli organi amministrativi di esecuzione perchè possano mettere in atto gli ultimi preparativi necessari ai fini di una puntuale applicazione del nuovo diritto[82].

Contrariamente all'opinione di taluni autori, non rientra negli scopi specifici della vacatio legis la concessione ai destinatari della legge di un termine entro il quale impugnare davanti alle autorità giudiziarie, per via d'azione, la nuova normativa[83]. Infatti, da un lato generalmente quest'ultimo termine è diverso dalla vacatio legis, d'altro lato, se questa tende ad assicurare la miglior applicazione possibile della nuova normativa, quella è intesa piuttosto ad impedirne l'applicazione[84].

Come detto, la vacatio legis ha natura facoltativa. Il legislatore ha tendenza ad evitarne l'uso, malgrado gli aspetti positivi e funzionali ad essa legati soprattutto sul piano burocratico ed amministrativo, in relazione a tematiche che presuppongono un'urgenza dipendente non tanto dall'eccezionalità di una situazione, simile ad esempio agli eventi giustificanti la pubblicazione straordinaria, quanto piuttosto dal timore che i destinatari, che fossero per essere lesi dalla novità legislativa, abbiano a disporre di un lasso di tempo sufficiente, se pure minimo, per prendere misure cautelative, elusive di essa e quindi in contrasto con l'interesse pubblico che la stessa persegue.

L'assunzione da parte dello Stato di compiti pianificatori, sempre più limitativi degli interessi soprattutto economici dei singoli, ad esempio in tema di libertà di commercio e di diritto di proprietà soprattutto immobiliare, ha reso conseguentemente più frequente la prassi di prescindere dal differimento nel tempo della messa in vigore della normativa.

Il rischio di lesione di diritti individuali impone che la vigenza contemporanea o addirittura anticipata, pur essendo teorica-

[81] FLEINER-GERSTER, Grundzüge, pag. 49; NAWIASKY, op. cit., pag. 66.

[82] ZÜST, op. cit., pag. 217: «Bei neu publizierten gestaltenden Rechtssätzen sollen vor allem die rechtsanwendenden Instanzen während der Rechtskraftvakanz die Rechtssätze zur Kenntnis nehmen können. Je besser sich die genannten Instanzen ins Bild setzen können, desto eher besteht Gewähr, daß die neu publizierten Normen gleichmäßig und richtig, d. h. normentsprechend, angewandt werden.»

[83] ZÜST, op. cit., pag. 217 e gli autori ivi citati.

[84] AUBERT, Droit constitutionnel, vol. II, pag. 619 No. 1726: «Si son recours (ricorso per via d'azione) est accueilli, la loi sera cassée, supprimée, abolie.»

mente possibile, adempia determinate condizioni[85]: oltre al rispetto più ampio possibile dei principi di legalità, proporzionalità e uguaglianza, essa deve essere rigorosamente giustificata dalle circostanze e più specificamente dalla prevalenza dell'interesse pubblico (costituito dalla necessità di evitare l'elusione preventiva di una norma legale) su quello individuale; inoltre il ricorso a questa prassi non deve espressamente essere proscritto[86]. Infine tale decisione deve figurare con precisione nello stesso testo legale.

2.1.4.2. La vacatio legis nel diritto federale

L'art. 69 LRC enuncia le due regole fondamentali in materia di vacatio legis. Il cpv. 2 prevede che «la data d'entrata in vigore non deve, di regola, essere stabilita per un giorno anteriore al quinto dalla pubblicazione». Questa norma impone implicitamente la vacatio legis limitando direttamente la facoltà di determinare l'inizio della vigenza spettante al legislatore o all'autorità d'esecuzione.

Questa norma ha carattere ordinatorio e prevede un termine minimo cui si può derogare liberamente per quanto attiene a una posticipazione, mentre solo eccezionalmente è, come visto, ammissibile una riduzione nel senso di una anticipazione.

Il capoverso 3 dell'art. 69 LRC[87] esprime una regola sussidiaria, prevedente una vacatio legis di cinque giorni per il caso in cui nè il legislatore nè l'esecutivo federale[88] non avessero disposto nulla sul punto dell'inizio della vigenza[89].

Una norma identica all'art. 69 LRC è prevista per le ordinanze dall'art. 4 dell'Ordinanza del CF dell'8 novembre 1949 concernente la pubblicazione delle leggi e di altri atti legislativi della Confederazione[90].

[85] Cfr. 2.2.2.2.1.

[86] MEIERHANS, op. cit., pag. 105/106.

[87] In una prospettiva di riforma legislativa, ZÜST critica questo capoverso essenzialmente per due ragioni: innanzitutto esso contiene il termine «pubblicazione», giudicato impreciso e quindi da sostituire con «inserzione nel fascicolo della RU» (op. cit., pag. 220); in seguito l'autore ritiene che la durata della vacatio legis, di 5 giorni, sia troppo breve (op. cit., pag. 222).

[88] Art. 69 cpv. 1 LRC.

[89] La fattispecie ipotizzata dall'art. 69 LRC cpv. 3 è rimasta essenzialmente teorica, come lo constata il DFGP: «Anwendungsfälle dieser Regel dürften außerordentlich selten sein: uns ist kein solcher Fall bekannt.» (GAAC 32 No. 11 pag. 23; GRISEL, Application, pag. 237).

[90] RS 170.513.12.

Dalle due regole enunciate dall'art. 69 LRC si può evincere la costatazione per cui, siccome la vacatio legis nel diritto federale non è determinata con precisione, viene conferito all'autorità un margine discrezionale che, pur dovendo avere per referente il termine legale, permette di adattare la vacatio legis alle circostanze specifiche del caso, quali in particolare il contenuto della normativa, le condizioni sociali, economiche e politiche esistenti[91].

In un parere giuridico, il Dipartimento federale di Giustizia e Polizia[92] ha precisato alcune indicazioni sui motivi che devono informare la decisione di determinazione dell'entrata in vigore. Dopo aver ricordato che questa decisione non deve essere arbitraria, bensì fondarsi su valide motivazioni, il Dipartimento enuncia, a titolo esemplificativo, alcuni criteri concernenti la fissazione dell'entrata in vigore suscettibili di tenere in debito conto la peculiarità della fattispecie, tra cui: il momento dell'emanazione della norma di esecuzione oppure di attuazione a livello cantonale, le modifiche strutturali ed organizzative da apportare all'amministrazione federale o cantonale, il tempo necessario affinchè gli amministrati, ed in particolare l'economia privata, siano materialmente posti in grado di conformarsi alle nuove disposizioni, le connessioni materiali tra più normative di medesimo rango ma emanate in momenti diversi. Queste circostanze permettono di ritardare l'entrata in vigore: altre militano a favore di un'entrata in vigore rapida o riferita ad un momento particolare[93]. Più in generale occorre ribadire che l'autorità è vincolata da limiti tanto più precisi quanto più un diritto individuale potrebbe essere minacciato da una intempestiva decisione di messa in vigore.

[91] MEIERHANS (op. cit., pag. 221) parla di uno «Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheits- und politischen Erwägungen.» Cfr. anche JOST, op. cit., pag. 455 seg., pag. 491.

[92] GAAC 32 No. 11 pag. 23.

[93] Per il primo caso il Dipartimento porta come esempio una modificazione della LF sull'ordinamento delle indennità di perdita di guadagno per obbligati al servizio militare e di protezione civile (RS 834.1); per il secondo caso viene menzionata l'entrata in vigore della LRC, intervenuta durante una sessione delle Camere, mentre sarebbe stato ovviamente preferibile che fosse intervenuta nell'intervallo fra una sessione e l'altra (GAAC 32 No. 11 pag. 26).

2.2. La vigenza

2.2.1. Nozioni generali

2.2.1.1. Definizioni

La fase successiva alla pubblicazione ed alla vacatio legis è costituita dall'entrata in vigore, dalla vigenza di una normativa. Generalmente essa è considerata come l'ultimo ostacolo, frapposto al conferimento ad una normativa del carattere obbligatorio. Alcuni autori hanno abbozzato la distinzione fra entrata in vigore di una normativa e l'inizio degli effetti della medesima poichè in taluni casi questi possono non essere simultanei[94]. È indispensabile accentuare e sottolineare la distinzione fra queste due componenti del carattere obbligatorio di una normativa, vale a dire la vigenza e l'efficacia. Se generalmente coincidono nel tempo, vale a dire l'inizio degli effetti (efficacia) è contemporaneo alla messa in vigore e perdura fino all'abrogazione, sono ipotizzabili situazioni concrete in cui vigenza ed efficacia divergono sul piano temporale.

Al fine di precisare meglio tali nozioni, è necessario descrivere approfonditamente queste ultime ipotesi di non coincidenza tra vigenza ed efficacia, particolarmente significative in relazione al tema dell'intertemporalità.

La vigenza è la conseguenza dell'atto formale di messa in vigore di una normativa, a seguito del quale essa è, in astratto, predisposta, fino al momento della sua abrogazione, a disciplinare le fattispeci ad essa applicabili.

[94] GRISEL, Application, pag. 234: «Enfin, l'entrée en vigueur d'une norme ne coïncide pas toujours avec le départ de ses effets. En se plaçant à des points de vue plus ou moins éloignés, la doctrine et la jurisprudence considèrent comme rétroactifs les effets qu'une norme exerce en relation avec des faits passés. Généralement, une norme est adoptée, promulguée, puis publiée, avant d'entrer en vigueur et de sortir des effets.»
SANDULLI, op. cit., No. 29, pag. 647: «Non è possibile invece pensare a una vigenza della legge anteriormente alla pubblicazione. Vi si oppone una ragione logica, dato che non è pensabile la operatività di una fattispecie non ancora perfezionata. È possibile l'efficacia retroattiva della legge: è possibile cioè... che retroagiscano gli effetti della legge..., non è possibile invece che retroagisca la vigenza della legge. Vigenza ed efficacia della legge – sebbene ciò sfugga generalmente – sono concetti che vanno tenuti nettamente distinti, e che lo stesso legislatore tiene chiramente distinti, occupandosi della prima nell'art. 10 e della seconda nell'art. 11. Disposizioni Generali del Codice Civile.»

Trattasi di un concetto avente carattere formale, di una condizione necessaria ma non sufficiente ai fini della concreta applicazione della nuova normativa.

L'efficacia è un'ulteriore conseguenza di tale atto formale, può dirsi diretta nel caso in cui altra norma del diritto positivo nulla prevedesse, indiretta ove altra specifica disposizione, solitamente appartenente alla stessa nuova norma, dovesse precisare specificamente il lasso temporale, almeno nel momento iniziale entro il quale, o a partire dal quale, la nuova normativa assume carattere obbligatorio (Verbindlichkeit). Esso è definibile nell'imprescindibile esigenza, per autorità di applicazione e destinatari della norma, di conformarsi ad essa in ogni situazione attinente all'oggetto ed alla finalità, in altri termini al contenuto della norma stessa. È il prodotto e lo scopo finale del corretto svolgimento di ogni fase procedurale di adozione di una nuova normativa.

Questo concetto ha carattere teorico e deve pertanto essere distinto, anche terminologicamente, dalla nozione di applicazione effettiva (Wirksamkeit)[95], consistente nella somma degli istanti o delle situazioni nei quali una normativa ha avuto effetto, ha trovato applicazione nella realtà, sia perchè il destinatario vi si è conformato, sia perchè l'autorità l'ha fatta rispettare; è una nozione extra giuridica, sociologica, che indica in che misura, nella realtà, il destinatario e l'autorità di applicazione si siano conformati alla normativa[96].

L'efficacia deve anche essere distinta dall'effetto che una norma, di cui è prevista l'imminente o comunque prossima obbligatorietà, può produrre ad esempio sul piano economico e psicologico. Ciò vale in specie per le norme aventi carattere restrittivo di cui si prevede l'adozione o, addirittura, già in vigore, di cui è fissato l'inizio dell'applicabilità solo a partire da data ulteriore.

[95] MEIERHANS, op. cit., pag. 84, il quale aggiunge: «Da aber die Wirksamkeit des rechtssetzenden Hoheitsaktes von einem außerrechtlichen Momente, nämlich vom Normwillen der Privaten und der rechtsanwendenden Staatsorgane abhängt, muß m. E. die Wirksamkeit scharf von der Verbindlichkeit – welche durch rechtliche Faktoren bedingt ist – abgegrenzt werden. Es werden daher hier nicht verschiedene Geltungsarten des rechtssetzenden Hoheitsaktes, sondern die Verbindlichkeit als rechtliche Sollenstatsache und die Wirksamkeit als außerrechtliche Seinstatsache des rechtssetzenden Hoheitsaktes unterschieden.»

[96] Un interessante studio sull'applicazione effettiva della Lex Furgler è stato realizzato in: DELLEY/DERIVAZ/MADER/MORAUD/SCHNEIDER, op. cit.

L'efficacia è una nozione avente peculiare carattere giuridico, dunque direttamente vincolante e sancente imprescindibilmente diritti e doveri dei destinatari, mentre gli effetti di cui è cenno qui hanno carattere contingente, meramente fattuale, influenzante solo indirettamente e non obbligatoriamente il comportamento dei destinatari.

2.2.1.2. Le situazioni di discordanza tra vigenza ed efficacia

Esse sono, come visto, teoricamente possibili, stante la distinzione fra i due concetti, la cui utilità, ai fini della problematica dell'applicazione temporale del diritto amministrativo, appare evidente dall'analisi di seguito effettuata, che sarà esposta secondo un criterio esemplificativo ed una finalità didascalica applicando un ordine progressivo con cui, ritenuta la costanza della vigenza, verrà descritta la variazione in senso temporale dell'efficacia, dalla retroattività fino al prolungarsi degli effetti oltre l'abrogazione, passando attraverso fasi intermedie[97]. È da precisare introduttivamente che la discordanza in questione è prevista, nelle varie situazioni, dalla nuova normativa.

La retroattività costituisce la situazione più evidente di tale discordanza; è una costruzione giuridica particolare che influenza unicamente l'efficacia: inconcepibile, già sul mero piano logico, appare invece una retroattività della vigenza[98]. Lo scopo perseguito dalla nuova normativa consiste nel farne rimontare l'inizio degli effetti ad un periodo precedente la vigenza.

Secondariamente devono essere ricordate le norme per il futuro (für die Zukunft)[99], la cui caratteristica, apparsa con lo sviluppo della legislazione sulla protezione dell'ambiente, negli Stati Uniti ed in seguito anche in Svizzera[100], consiste nella peculiare finalità di promozione di riforme implicanti costose

[97] Alcune di queste situazioni non saranno che accennate, poichè costituiscono oggetto di studio di altri capitoli del rapporto. Cfr. 3.2 per l'effetto retroattivo e 3.3 per l'effetto anticipato.

[98] Perciò correttamente si può solo dire di una normativa che «entra in vigore con effetto retroattivo» e non che «entra in vigore retroattivamente», come invece è relativamente usuale.

[99] FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, pag. 45 No. 81 seg.

[100] Un esempio particolarmente attuale è l'Ordinanza del 1 marzo 1982 del Consiglio federale concernente i gas di scarico degli autoveicoli con motori a benzina.

ricerche scientifiche e impegnativi adeguamenti tecnici, evitando di conferire immediata efficacia alle nuove disposizioni, ma mettendo comunque in vigore la legge [101].

La futura efficacia risponde in questi tipici casi all'esigenza di accordare all'industria il tempo necessario per realizzare quei progressi destinati a permettere l'applicazione dei nuovi obiettivi, senza che questo onere incida troppo bruscamente sulla sua situazione finanziaria; l'immediata vigenza testimonia la ferma intenzione del legislatore di considerare tali obiettivi non come mere dichiarazioni di intenti, bensì come decisioni cogenti non solo virtualmente, ma unicamente subordinate ad un termine di tempo prestabilito con precisione.

Esso non può quindi essere prorogato sia per ragioni di parità di trattamento [102], in specie per evitare di premiare indebitamente il diretto destinatario della norma, industria o gruppo economico meno solerte ad adeguarsi alle nuove disposizioni, sia perchè un differimento presupporrebbe una decisione dello stesso legislatore, incompatibile con l'interesse pubblico tutelato dalla nuova normativa, dalla stessa previsto, anche nei termini temporali. Pertanto una proroga dell'inizio dell'efficacia può entrare in considerazione solo in casi eccezionali, riconducibili in sostanza ad un errore di valutazione da parte del legislatore, che potrebbe aver peccato di ottimismo nel valutare le potenzialità di riconversione o comunque di adeguamento dei prodotti delle industrie.

Una terza situazione di discordanza tra vigenza ed efficacia è costituita da normative vigenti, la cui efficacia è prevista unicamente per certe predeterminate situazioni eccezionali o particolari, in assenza delle quali esse non sono efficaci. Possono essere menzionate le disposizioni previste in caso di guerra [103].

RU 1982 I pag. 474 seg., pag. 492–493. Questa ordinanza, del 1 marzo, è entrata in vigore il 1 maggio 1982 (cfr. art. 15.3): l'efficacia della norma è stata fissata per il 1 ottobre 1982 (art. 15.2.2), ad eccezione dei valori limite dei gas di scarico indicati nella cifra 7.1.1., colonna B, per i quali è prevista un'efficacia a partire dal 1 ottobre 1986 (cfr. art. 15.2.4).

[101] Può rientrare in questo contesto anche la recente legge sociopsichiatrica ticinese che esprime questa finalità prevedendo una soluzione modulata, nel senso che l'adeguamento ad essa delle strutture psichiatriche è previsto entro un termine di 5 anni dall'entrata in vigore della legge.

[102] FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, pag. 45–46.

[103] Tra le poche disposizioni pubblicate, si possono citare: l'Ordinanza del Consiglio federale dell'8 luglio 1981 concernente la dispensa dal servizio attivo (RS 519.2) e l'Ordinanza del Consiglio federale del 3 aprile 1968 concernente la requisizione (RS 519.7).

Occorre ulteriormente menzionare il caso della sospensione di una normativa del diritto positivo, abitualmente studiato in relazione all'abrogazione [104]; pur la norma essendo in vigore, la sua efficacia rimane sospesa per un certo periodo riacquistando automaticamente l'efficacia, passata la causa avente carattere straordinario [105] (il che distingue questa ipotesi dall'abrogazione formale).

Un altro caso di discordanza può verificarsi allorquando una normativa ancora vigente non è più efficace. Questa anomalia è riscontrabile in due casi, ovvero nell'ipotesi di desuetudine [106], (che costituisce un modo di abrogazione informale non essendo prevista da alcuna disposizione normativa) ed in quella definita di effetto anticipato negativo, previsto in una norma speciale, che transitoriamente sopprime l'efficacia della norma vigente al fine di non compromettere eccessivamente i miglioramenti previsti in una nuova normativa in fieri.

La vigenza della normativa attuale perdura fino al momento della sua abrogazione [107].

Un'ultima situazione anomala si verifica nel caso in cui una normativa continua a produrre degli effetti posteriormente all'atto che ha posto fine alla vigenza; può essere ricordato l'esempio di una speciale normativa che ha costituito la base legale per la stipulazione di contratti di diritto pubblico [108], ancora vincolanti dopo l'abrogazione della normativa stessa.

Manca solitamente una disposizione specifica prevedente questa situazione: è piuttosto sulla base di principi generali recepiti dal diritto privato che la abrogata normativa continua a produrre effetti.

[104] Cfr. 2.2.3.1.

[105] EGGENSCHWILER, op. cit., pag. 53: «Nur ausnahmsweise kann angenommen werden, daß die alte Norm nicht endgültig außer Kraft tritt, sondern bloß zeitweilig in ihrer Geltung suspendiert wird. Eine solche beschränkte Wirkung kann dem Erlaß, dem sie widerspricht, dann zugeschrieben werden, wenn er eine bloß vorläufige oder vorübergehende Ordnung schaffen will. Diesen Charakter haben die befristeten Erlasse und insbesondere die Notverordnungen.»

[106] Cfr. 2.2.3.3.

[107] Cfr. 2.2.3.

[108] FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, pag. 38, No. 57 seg.; WERNER, op. cit., pag. 757.

2.2.2. La messa in vigore

Come visto essa è costituita dall'atto formale con cui l'autorità competente conferisce vigenza alla disposizione legale.

2.2.2.1. Specifiche disposizioni nel diritto materiale

Solo alcune, disparate, possono essere reperite nell'ordinamento giuridico svizzero.

A livello costituzionale l'art. 123 cpv. 1 Cost., con un lapidario quanto chiaro testo, enuncia la regola «La Costituzione federale riformata, o la sua parte riformata, entra in vigore quando è accettata dalla maggioranza dei cittadini che prendono parte alla votazione e dalla maggioranza dei cantoni». L'interpretazione che ha lungamente prevalso vedeva in questo articolo l'enunciazione delle sole condizioni di validità e non traeva nessuna indicazione circa la vigenza e l'efficacia [109]. Ma successivamente il legislatore, adottando l'art. 15 cpv. 3 LF sui diritti politici, ha previsto che «le modificazioni della Costituzione federale entrano in vigore accettate che siano dal popolo e dai cantoni, semprechè il testo non disponga altrimenti».

Alla luce di questa nuova disposizione, l'art. 123 cpv. 1 Cost. deve essere interpretato come determinante anche in materia di vigenza oltre che ai fini della valutazione della validità della norma. Pur l'art. 15 cpv. 3 citato essendo conforme ad una pratica precedente la sua adozione, ed approvata da alcuni autori [110], esso esprime un principio anomalo nel contesto legislativo elvetico: infatti, prevedendo in una disposizione generale ed astratta la vigenza anticipata, anteriore alla pubblicazione ed alla promulgazione, il legislatore crea una procedura di adozione delle normative costituzionali che si discosta da quella ordinaria, risultante dalla LRU [111]. Il principio secondo cui generalmente la pubblicazione, viste le sue funzioni e finalità, precede la vigenza, è qui integralmente evitto, il che è tuttavia giustificato dalla giusta preoccupazione di evitare ritardi incompatibili con l'importanza delle modifiche in questione.

[109] FLEINER/GIACOMETTI, op. cit., pag. 716 nota 46; VON WALDKIRCH, op. cit., pag. 16; MEIERHANS, op. cit., pag. 131; BURCKHARDT, Kommentar, pag. 821.

[110] GRISEL, Application, pag. 235.

[111] L'interpretazione sistematica di questo art. 15 cpv. 3 LF diritti politici con gli art. 4 lit. a) e 9 cpv. 1 LRU, permette di concludere che l'art. 15 cpv. 3 deroga all'art. 9 cpv. 1.

D'altronde la disposizione citata, oltre a queste regole, contiene anche un'eccezione consistente nella possibilità per il potere costituente di prevedere una modalità diversa di vigenza. Da un profilo strettamente accademico si potrebbe porre il problema se disposizioni costituzionali messe in vigore anticipatamente, prescindendo dalla pubblicazione, siano opponibili, abbiano cioè carattere obbligatorio nei confronti di quei destinatari non appartenenti al «costituente». Si può qui ritenere un'applicazione implicita del principio di pubblicazione materiale, stante la grande pubblicità che viene sempre data attraverso i mass media a modifiche normative di questa importanza e significato.

Per quanto attiene alle disposizioni legislative, devono essere ricordati l'art. 69 LRC che prevede al cpv. 2 il termine minimo di cinque giorni tra la pubblicazione e l'inizio della vigenza e al cpv. 3, sussidiariamente, una vacatio legis di cinque giorni [112], e l'art. 9 cpv. 1 LRU [113] che subordina il carattere obbligatorio all'avvenuta pubblicazione [114].

Per quanto concerne le ordinanze [115] l'art. 4 dell'OCF dell'8. 11. 1949 concernente la pubblicazione delle leggi e di altri atti legislativi della confederazione, ricalca, nei cpv. 2 e 3, l'art. 69 LRC e prevede al cpv. 1 la particolarità che l'inizio della vigenza sia indicato con la data e, ove occorra, con l'ora.

Il tema della competenza a determinare la vigenza è oggetto del cpv. 1 dell'art. 69 LRC, da cui è chiaramente desumibile il principio secondo cui l'organo che emana una normativa è ugualmente competente per deciderne la vigenza [116]; solo subordinatamente si attualizza la competenza del Consiglio federale. In quanto stabilisce la responsabilità sussidiaria del Consiglio federale, tale norma non ha una portata giuridica propria, bensì si limita a ribadire una competenza desumibile direttamente dall'art. 102 cpv. 5 Cost. [117]. Nel determinare la data di entrata

[112] Cfr. 2.1.4.2.

[113] Sulla portata di questa norma cfr. 2.2.2.2.1.

[114] Sulla vigenza delle normative legali cfr. GRISEL, Application pag. 234 seg.; ZÜST, op. cit., pag. 202; MEIERHANS, op. cit., pag. 138 seg.

[115] Sulla vigenza delle ordinanze, cfr. GRISEL, Application pag. 238; ZÜST, op. cit., pag. 206; MEIERHANS, op. cit., pag. 147 seg.

[116] BUSER, op. cit., pag. 437. Questa competenza risulta anche dall'argomento «a majore ad minus».

[117] GAAC 43 No. 1 pag. 24; ZÜST (op. cit., pag. 225) esprime grosse riserve sulla competenza dell'esecutivo, concludendo troppo perentoriamente: «Nimmt das Parlament seine Wächterfunktion wirklich ernst, so darf es sich niemals der Befugnis zur Inkraftsetzung von Gesetzen begeben, wie dies in der

in vigore si dovrà operare una giudiziosa ponderazione tra i contrapposti imperativi derivati dalla sicurezza del diritto e dalle considerazioni politiche e tra interesse pubblico ed interesse privato, badando a rispettare il più ampiamente possibile i principi dell'attività amministrativa, stante il carattere esecutivo di questo atto.

2.2.2.2. Modalità di entrata in vigore [118]

2.2.2.2.1. Vigenza anticipata (prima della pubblicazione)

Tema controverso, quello dell'ammissibilità di una vigenza anticipata, è stato oggetto di attenta analisi da parte di più autori. Il primo ad esprimersi, GEIGER, si oppose alla vigenza anticipata [119], suscitando una contraria reazione di BRÜHWILER, invece favorevole [120] con il convincente argomento dell'esistenza di situazioni in cui è concretamente necessario ricorrere a questa modilità di vigenza nel rispetto di un imperativo interesse pubblico e di esigenze di ordine pratico, intesi ad evitare

heutigen Praxis z.T. geschieht. Denn dadurch begibt es sich auch der Möglichkeit, darauf hinzuwirken, daß ein Zeitpunkt gewählt wird, der für das Volksganze und nicht bloß für die Exekutive günstig ist. Hinzu kommt, daß die Delegation der Inkraftsetzung an die Exekutive in der Demokratie u.U. eine Verfälschung des Willens der Stimmbürger zur Folge haben kann.»

[118] Per quanto attiene al tema dell'efficacia si rinvia a quanto sarà esposto sub. 3.; in questo capitolo si farà riferimento unicamente alla efficacia contemporanea alla vigenza.

[119] GEIGER, Frage, pag. 56 seg. Contro la vigenza ed efficacia anticipate l'autore invoca essenzialmente tre argomenti. Innanzitutto la prevedibilità del diritto, dedotta direttamente dal principio della sicurezza del diritto (pag. 57); in seguito rileva come la vigenza anticipata sia contraria alla logica della procedura di adozione di una legge: «Logischerweise völlig ausgeschlossen ist es hingegen, einen Rechtserlaß in Kraft zu setzen, bevor er als solcher überhaupt zustandegekommen ist. Es ist daher widersinnig, einen Erlaß auf einen Zeitpunkt in Kraft treten zu lassen, der vor der offiziellen Verkündigung liegt.»

[120] BRÜHWILER, op.cit., pag. 268 seg. Questo autore interpreta l'art. 9 cpv. 1 LRU come condizione risolutiva: le norme hanno carattere obbligatorio non «dalla pubblicazione» ma «se pubblicate» anche dopo l'inizio della vigenza: «Schreibt nun dieser Artikel (art. 9 LRU) vor, die Erlasse seien für den Bürger «erst» verbindlich, «nachdem» sie in der Gesetzessammlung veröffentlicht sind? Wenn der Artikel in diesem Sinne den Beginn der Verbindlichkeit normieren wollte, hätte er anders formuliert werden müssen. Mit der gewählten Formulierung ist aber eine solche Vorschrift offensichtlich nicht bezweckt.» (pag. 269)

che i destinatari possano eludere la nuova normativa e diminuirne notevolmente la portata [121].

In seguito, la dottrina ha ammesso tale possibilità, tuttavia formulando diverse precisazioni e condizioni limitative. IMBODEN-RHINOW [122] hanno messo in rilievo l'esigenza di un'intima connessione fra l'eccezionalità della vigenza anticipata e le finalità perseguite dalla normativa.

GRISEL introduce due nuovi elementi, restringendo innanzitutto la possibilità della vigenza anticipata alle sole ordinanze, sottolineando che per rendere obbligatoria anticipatamente una legge o un decreto generale il Parlamento dovrà ricorrere alla clausola d'urgenza [123]; secondariamente propone un'interpretazione diversa dell'art. 9 cpv. 1 LRU rilevando che la sua finalità specifica consiste nella protezione del destinatario dal possibile pregiudizio (condanna ad una pena o al pagamento di risarcimento dei danni) conseguente all'inesecuzione di un disposto risultante da un atto normativo non ancora inserito nella RU: ad esclusione di tale ipotesi, la normativa, a carattere obbligatorio anticipato, è applicabile indipendentemente dalla conoscenza della stessa da parte dell'autorità o del destinatario [124]. Da citare, inoltre, gli apporti di MEIERHANS e di MEYLAN che hanno proposto l'applicazione per analogia delle norme sulla pubblicazione materiale all'ipotesi di vigenza antici-

[121] BRÜHWILER cita quali esempi (pag. 271) una normativa che decreta la svalutazione del franco oppure una normativa che sancisce un razionamento. La fondatezza di questa argomentazione è stata riconosciuta da GRISEL, Application, pag. 240/241; MEYLAN (op. cit., pag. 364); e dal TF (DTF 92 I 230, Arrêt Département fédéral de justice et police du 18 mai 1973).

[122] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 14, pag. 91–92: «...Der vorliegende Leitfall I (...) legt Art. 9 des Rechtskraftgesetzes (...) und Art. 58 Abs. 2 des Geschäftsverkehrsgesetzes (...) in dem Sinne aus, daß eine Inkraftsetzung auch ohne vorgängige Publikation des Erlasses zulässig erscheint, sofern dieser (später) veröffentlicht wird. Unbefriedigend bleibt bei dieser Lösung, daß damit der Gesetzgeber im Einzelfall entscheidet, ob er die Norm erst nach ihrer Publikation in Kraft setzen will (oder lassen will). Vom rechtsstaatlichen Standpunkt wäre hingegen zu fordern, daß ein (noch) nicht publizierter Erlaß *nur* in besonders gewichtigen *Ausnahmefällen,* namentlich wenn der Zweck des Erlasses selbst anders nicht erreicht werden könnte, in Kraft gesetzt werden darf.»

[123] GRISEL, Application, pag. 233 seg., in particolare pag. 237. Secondo l'autore, la possibilità del carattere obbligatorio anticipato è insita nella nozione medesima di decreto urgente. Questa restrizione ha il grosso pregio di marcare l'eccezionalità della vigenza ed efficacia anticipate.

[124] GRISEL, Application, pag. 238 seg.

pata [125]. In particolare, quest'ultimo dà all'art. 9 LRU un'interpretazione analoga a quella di GRISEL, ma incentrata sul cpv. 2 di questa disposizione [126].

La giurisprudenza del TF ha in principio ammesso la vigenza anticipata [127], se pure con riserva, per le normative che impongono vincoli diretti ai destinatari [128].

Pertanto, la questione della vigenza anticipata non solleva difficoltà in relazione a normative costituzionali o legali: per le prime, l'art. 15 cpv. 3 LF sui diritti politici prevede direttamente questa modalità di vigenza; per le seconde, è necessario ricorrere alla procedura prevista per i decreti urgenti.

Per contro, per le ordinanze è ammissibile una vigenza anticipata, ma occorre che sia giustificata dallo scopo della normativa e da un'urgenza nel tempo ed infine che l'autorità ricorra ad una procedura di pubblicazione materiale. A queste condizioni specifiche occorre aggiungere quelle già esposte [129], necessarie per poter fare astrazione dalla vacatio legis.

[125] MEIERHANS, op. cit., pag. 114; MEYLAN, op. cit., pag. 361 seg. Se il primo è arrivato a questa conclusione per intuizione ancorata genericamente ai modi di pubblicazione, il secondo ha sviluppato una motivazione molto dettagliata. Dall'analisi dell'art. 9 cpv. 1 LRU deduce l'esistenza di una forza obbligatoria limitata per i casi di pubblicazione straordinaria. Al contrario, se non c'è stata una pubblicazione nè ordinaria nè straordinaria, il testo è inopponibile al destinatario.
Per le situazioni che necessitano del carattere obbligatorio anticipato propone di applicare per analogia l'art. 6 cpv. 1 LRU, usando come strumenti di pubblicazione la radio e la televisione.

[126] MEYLAN, op. cit., pag. 367/368: «La conclusion s'impose ainsi d'elle-même. Si l'alinéa 2 doit être compris comme une exception à un principe posé à l'alinéa 1 – et nous avons vu que c'était la seule solution logique – le principe posé ne peut être que celui-ci: un texte qui n'a fait l'objet ni d'une publication selon le mode extraordinaire, ni (encore) d'une publication au Recueil des lois est *radicalement* inopposable au particulier (ce qui ne signifie pas, rappelons-le, qu'il est pour autant dépourvu de tout effet juridique). C'est la seule interprétation qui soit conforme à la systématique de la loi.»

[127] DTF 92 I pag. 226 seg./JdT 1967 I pag. 499–501, dopo aver elencato diverse ordinanze poste in vigore prima della pubblicazione, rileva: «l'art. 9 de la loi sur la force obligatoire du Recueil des lois (Il) ne dispose pas, par exemple, que les actes législatifs à insérer dans le Recueil des lois n'auront force obligatoire pour les particuliers qu'après qu'ils ont été publiés dans ce recueil, mais dit seulement qu'ils «n'auront force obligatoire pour les particuliers que s'ils ont été publiés dans ce recueil.» Cfr. anche DTF 103 I b pag. 241 seg.

[128] DTF 100 I b pag. 341 seg., in specie pag. 343.

[129] Vale a dire che questo modo di messa in vigore non sia proibito espressamente, che non sia arbitrario, che coincida con un interesse pubblico e che salvaguardi il più possibile gli altri principi dell'attività amministrativa; cfr. 2.1.4.2.

Entro tali limiti le ordinanze assumono carattere obbligatorio per l'autorità [130] e per i destinatari impossibilitati ad esperire la prova liberatoria; per gli altri la nuova normativa è obbligatoria solo in quanto non comporti per loro sanzioni o svantaggi ai quali non potrebbero sottrarsi in buona fede.

2.2.2.2.2. Vigenza contemporanea alla pubblicazione

In riferimento alla pubblicazione ordinaria, la vigenza contemporanea solleva meno obiezioni di quella anticipata, poichè più conforme alla usuale logica della procedura di adozione di una norma ed ai principi generali, in specie la sicurezza del diritto ed i suoi corollari. Occorre tuttavia al contempo ricordare che questo modo di vigenza costituisce pur sempre una deroga ed una vanificazione delle regole sulla vacatio legis.

Ne consegue la considerazione che la vigenza contemporanea è, in linea di principio, ammessa ma costituisce un modo straordinario, eccezionale di vigenza, per cui anche in questo caso è ammissibile solo nel rispetto delle condizioni necessarie per derogare ai principi sulla vacatio legis.

Questa modalità di vigenza, che può essere decretata dal legislatore come dal Consiglio federale, è operante dal giorno figurante quale data del fascicolo della RU in cui la nuova norma è pubblicata.

La pubblicazione straordinaria è prevista per l'ipotesi di circostanze particolarmente gravi, in cui sussiste anche un'urgenza nel tempo, per cui l'entrata in vigore deve essere ovviamente contemporanea.

2.2.2.2.3. Vigenza ad un momento prestabilito

In questo excursus schematico deve essere per completezza ricordata anche questa modalità costituente la forma ordinaria di messa in vigore, precisata, come visto [131], dagli art. 69 LRC e 4 dell'OCF 1949, il cui effetto è evidente: al sopraggiungere della

[130] Se l'autorità d'applicazione ha già preso una decisione nell'ignoranza della vigenza anticipata della nuova normativa, questa sua decisione non è per questo automaticamente revocabile: occorre dapprima procedere ad una ponderazione degli interessi in presenza, all'applicazione immediata e alla sicurezza giuridica (cfr. DTF 103 I b pag. 241 seg., in cui il TF ha giudicato che l'interesse del singolo a mantenere la decisione, benchè questa non creasse dei diritti acquisiti, prevaleva sull'interesse pubblico a modificare la decisione al fine di conformarla al nuovo diritto).

[131] Cfr. 2.1.4.2.; 2.2.2.1.

data esplicitamente indicata, oppure sussidiariamente legalmente prevista, la norma entra in vigore.

2.2.2.2.4. Vigenza ritardata

Per motivi diversi, anche eventualmente solo di carattere burocratico-amministrativo [132], preliminari alla messa in vigore di una legge, può succedere che la pubblicazione di un testo normativo intervenga dopo il momento prestabilito nella norma stessa [133].

In questo lasso do tempo si deve escludere la vigenza in linea di principio, stante la analogia con l'ipotesi esposta più sopra di vigenza anticipata, valida a fortiori se si pon mente alla circostanza che esigenze o disguidi, pur in sè comprensibili, d'ordine esecutivo, non possono prevaricare le condizioni formali vincolanti imprescindibilmente lo stesso legislatore.

La vigenza sarà in questi casi contemporanea alla pubblicazione, salvo i casi in cui l'applicazione del nuovo testo sia nell'interesse del destinatario, in quanto possono essere richiamati, in questa ipotesi, i principi legittimanti l'applicazione retroattiva [134] di una norma.

2.2.2.2.5. Vigenza articolata

È l'ipotesi in cui le differenti parti di una normativa sono messe in vigore separatamente l'una dall'altra. Essa deve essere distinta dalle norme per il futuro, in relazione alle quali la vigenza è immediata, mentre solo l'efficacia è dilazionata nel tempo. Diverse sono le situazioni che giustificano il ricorso alla vigenza articolata: alcune disposizioni di una normativa devono essere applicate con urgenza, altre possono attendere [135]; alcune norme possono essere applicate da subito senza difficoltà, altre necessitano di un tempo più lungo, dell'attua-

[132] MEIERHANS, op. cit., pag. 104.

[133] Dalla RU abbiamo ripreso alcuni esempi recenti: il Decreto federale concernente l'Ufficio nazionale svizzero del turismo, modificato l'8 ottobre 1982, la cui entrata in vigore era prevista per il 1 gennaio 1983: il testo è apparso nella RU il 10 febbraio 1983 (RU 1983 I 138); e l'Ordinanza del Consiglio federale del 13 dicembre 1982 concernente il reclutamento: l'entrata in vigore era fissata per il 1 gennaio 1983 ma la sua pubblicazione è intervenuta solo l'11 gennaio 1983 (RU 1983 I 7).

[134] Cfr. 3.2.1.

[135] ZÜST, op. cit., pag. 224.

zione di modifiche strutturali[136] o organizzative, anche di carattere amministrativo e pianificatorio[137]. In tutti i casi, è necessaria la sussistenza di motivi pertinenti[138]. Due esempi significativi[139] sono rappresentati dall'art. 98 del disegno di legge sulla prevenzione professionale (II pilastro) che permette al Consiglio federale di decretare una vigenza ed un'efficacia scaglionate[140], e dalla Legge federale concernente il promovimento dell'agricoltura e la conservazione del ceto rurale (legge sull'agricoltura) del 3 ottobre 1951[141] che è entrata in vigore in otto tappe successive. La vigenza articolata presuppone che ogni singola parte della normativa possa essere applicata come tale o in relazione ad un'altra parte già in vigore; se al contrario una parte fa riferimento ad un'altra non ancora vigente, occorre prevedere una vigenza coordinata (di seguito esposta).

La dottrina riconosce al legislatore la competenza di decretare la vigenza articolata nelle varie fasi; i pareri sono invece discordi per quanto riguarda l'eventuale competenza dell'esecutivo in questa materia[142].

[136] DILGER, op. cit., pag. 73, il quale restrittivamente osserva che: «Teilinkraftsetzungen haben den Nachteil , daß sie die gleichzeitige Gültigkeit von neuem und vorbestehendem Recht bewirken und damit die Übersicht erschweren.» Cfr. anche MEIERHANS, op. cit., pag. 106.

[137] La legge ticinese sulla pianificazione cantonale del 10. 12. 1980 (Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino, vol. Ia N. 40) è stata pubblicata e messa in vigore nel giugno 1982 per evitare di dover già ossequiare, in occasione dell'esame del preventivo 1982, l'art. 4 lett. c) che prescrive la discussione delle linee direttive e del piano finanziario quadriennali e la verifica annuale della loro esecuzione.

[138] BUSER, op. cit., pag. 438.

[139] Altri esempi: la LF del 2. 11. 1898 concernente «la fabrication et la vente des allumettes» ha avuto quattro parziali messe in vigore, RU XVII, 1900, p. 56 seg.; la revisione del CP mediante la LF del 18 marzo 1971 è entrata in vigore il 1 luglio 1971 ed il 1 gennaio 1974, RU 1971 pag. 777 seg., pag. 808; RU 1973 II pag. 1840.

[140] FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, pag. 49 No. 93.

[141] RS 910.1.

[142] FLEINER-GERSTER (Spezielle Fragen, pag. 50 No. 95), formula alcune riserve al riguardo: «Kann die Exekutive, der in den meisten Gesetzen die Befugnis erteilt wird, den Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bestimmen, den Erlaß auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage in einem abgestuften Verfahren in Kraft setzen? Ich möchte dies bezweifeln. Der Gesetzgeber geht doch davon aus, daß der Erlaß eine Einheit darstellt. Er rechnet nicht mit einer abgestuften Inkraftsetzung. Deshalb läßt sich diese Lösung lediglich in extremen Ausnahmefällen rechtfertigen.» FLEINER/GIACOMETTI (op. cit., pag. 756 nota 23) ammettono la possibilità di delegare espressamente o tacitamente questa competenza all'esecutivo: «Der Bundesrat kann ausdrücklich oder stillschweigend durch das Gesetz ermächtigt werden, die

Essa dovrebbe essere riconosciuta, vista l'ampia discrezionalità conferita all'esecutivo in materia di fissazione dell'inizio della vigenza; i principi generali dell'attività amministrativa ed il controllo politico del Parlamento sul Governo sono sufficienti garanzie contro eventuali abusi [143].

2.2.2.2.6. Vigenza coordinata

Trattasi di quelle situazioni ove la decisione concernente la vigenza di una normativa è fatta dipendere dalla messa in vigore di un'altra, generalmente di rango inferiore secondo il concetto della gerarchia delle forme.

A livello costituzionale una nuova norma, di regola solo attributiva di competenze, dovendo quindi essere concretata in una legge, può essere messa in vigore solo contemporaneamente a questa: l'esempio più recente ed esplicito è rappresentato dalla riforma degli art. 45 e 48 Cost., in occasione della quale, è bene sottolinearlo, l'importanza del diritto costituzionale in questione ha reso ingiustificabile il ritardo nella elaborazione e messa in vigore della legislazione [144].

A livello legale è possibile che una normativa sia sospesa fino a quando un'altra, in fieri, materialmente connessa con la prima, sia approvata, lo scopo essendo la messa in vigore contemporanea. Può essere il caso delle modifiche legislative che comportano revisioni parziali di altre leggi. Altrettanto frequente è l'ipotesi di una legge la cui vigenza è subordinata alla elaborazione e messa in vigore di norme d'applicazione, sia federali [145] che cantonali [146]. Per quanto riguarda norme esecu-

einzelnen Teile eines Gesetzes auch stückweise in Vollzug zu setzen.» MEIERHANS (op. cit., pag. 107) è di questo medesimo avviso, ritenuto che: «die Umstände dies erfordern. Denn die ausdrücklich oder stillschweigend delegierte Kompetenz zur Bestimmung des genauen Inkraftsetzungszeitpunktes schließt m. E. auch die Möglichkeit einer solchen teilweisen Inkraftsetzung des rechtssetzenden Hoheitsaktes in sich ein.»

[143] Ad es. nel caso della revisione del CP del 1971 venne genericamente delegata al Consiglio federale la competenza a determinare l'entrata in vigore; l'esecutivo predispose una incontestata messa in vigore articolata. Cfr. RU 1971, pag. 808; RU 1973 II pag. 1840.

[144] Gli articoli 45 e 48 Cost., nella loro nuova versione, sono stati approvati da popolo e cantoni il 7 dicembre 1975 e messi in vigore solo il 1 gennaio 1979, poichè si è attesa l'elaborazione della Legge federale sull'assistenza. Cfr. AUBERT, Droit constitutionnel, vol. III, pag. 252 No. 1962.

[145] GAAC 32 No. 11 pag. 24–25.

[146] Da citare in questo contesto il caso della legge sociopsichiatrica ticinese, approvata dal Gran Consiglio nel febbraio 1983, che avrebbe dovuto

tive può essere citata la possibilità che siano messe in vigore prima del testo di legge, per la cui applicazione sono predisposte. La sanzione di questa anomalia è la temporanea (o definitiva, in caso di annullamento per via d'azione deciso dal TF di disposizioni cantonali) inapplicabilità del testo[147]. Se la competenza a decidere il coordinamento della vigenza di diverse normative non pone particolari problemi, è tuttavia da sottolineare l'esigenza di rapidità e tempestività cui deve attenersi l'esecutivo nell'emanazione delle norme di applicazione, che devono essere messe in vigore entro un termine ragionevole[148].

2.2.2.2.7. La clausola d'urgenza

La sua originalità consiste nella parziale inversione della consueta successione delle fasi di adozione e di messa in vigore di una legge: la procedura referendaria ne risulta posticipata ad un momento successivo alla messa in vigore.

Non essendo ancora stata attuata la fase referendaria, condizione necessaria alla validità di una normativa, il testo adottato, pur essendo vigente, è valido sotto condizione abrogatoria: solo in caso di approvazione in votazione o di non presentazione di una domanda di referendum, esso acquisisce piena e definitiva validità. La clausola d'urgenza era già prevista nella Costituzione del 1874, ma il suo assetto attuale risale alla revisione costituzionale dell'11 settembre 1949[149]; nella sua forma primitiva, essa permetteva di escludere completamente il referendum legislativo. L'uso, o meglio l'abuso della clausola perpetuato dalle Camere federali durante la crisi degli anni trenta, per sottrarre alla verifica referendaria alcuni testi che l'autorità sapeva impopolari, rese il problema di bruciante attualità negli anni 1938–1940[150]. Una prima revisione fu approvata nello

rendere operante la LF sulla privazione della libertà a scopo di assistenza, che ha completato il titolo decimo del Codice civile svizzero. Le lungaggini dell'iter parlamentare hanno, pur tardivamente, costretto il Consiglio di Stato ad emanare, il 23.12.1981, un Regolamento transitorio in applicazione della legge federale del 6 ottobre 1978, che modifica il Codice civile svizzero (Privazione della libertà a scopo di assistenza), al solo fine di assicurare applicabilità alla LF suddetta in attesa della prevista adozione della Legge sociopsichiatrica.

[147] GRISEL, Application, pag. 239.

[148] Sulla «ragionevolezza» del termine: WERNER, op. cit., pag. 764 seg.

[149] RU 1949 II 1544, FF 1949 pag. 817.

[150] Tre iniziative furono sottoposte al popolo ed ai cantoni in questo periodo: Cfr. AUBERT, Droit constitutionnel, vol. I, pag. 68 No. 166.

scrutinio del 22 gennaio 1939, ma questa modificava la clausola solo su alcuni punti di dettaglio, evitando gli aspetti nodali e spinosi della questione[151], mentre ben diversa fu la modifica approvata nel 1949 per merito dell'iniziativa popolare «per il ritorno della democrazia diretta»[152].

Da allora, alle condizioni fissate dall'art. 89 bis Cost. (l'urgenza, la durata limitata e la maggioranza speciale[153]), il decreto urgente entra immediatamente in vigore. L'attuale clausola non sottostà al referendum solo nel caso di un decreto urgente la cui durata di applicazione sia inferiore od uguale ad un anno. In tutti gli altri casi, essa permette il referendum che ha, in questo contesto, natura non sospensiva, bensì abrogatoria[154].

Per meglio valutare la portata intertemporale del differimento della fase referendaria, è utile distinguere tra decreti urgenti conformi alla Cost. (art. 89 bis cpv. 1 e 2) e decreti urgenti deroganti alla Cost. (cpv. 3); nel primo caso il referendum può essere domandato alle stesse condizioni del referendum legislativo[155]: se una domanda di referendum è regolarmente inoltrata, il decreto perde automaticamente di validità se non è accettato in votazione nell'anno che segue; nel secondo caso, relativo al decreto urgente contrario alla Cost., un referendum costituzionale deve imperativamente essere indetto entro un anno dall'inizio della vigenza. Ambedue i casi, la non sottomissione alla votazione od il responso negativo delle urne, rendono il decreto caduco ex nunc e pro futuro: il decreto rimane al contrario valido e vigente per il precedente periodo tra l'atto di messa in vigore e l'intervenuta caducità a seguito del verificarsi della condizione risolutoria. Tuttavia se la vigenza

[151] La nuova normativa esigeva la maggioranza assoluta dei membri delle camere e non più dei votanti; prescriveva inoltre il principio di una limitazione nel tempo della validità dei decreti urgenti, senza però fissare questa durata.

[152] L'art 89bis Cost. costituisce uno dei rari casi in cui un'iniziativa popolare abbia superato lo scoglio delle urne.

[153] AUER (op. cit., pag. 4, 7, 8) aggiunge una quarta condizione prescritta dall'art. 32 cpv. I Cost., ai termini della quale la clausola non può essere applicata a misure di politica economica emanate sulla base degli articoli 31bis, 31ter cpv. 2, 31quater e 31quinquies Cost. se non nei periodi di perturbazioni economiche.

[154] AUER (op. cit., pag. 2–3) parla di referendum «résolutoire». AUBERT aveva in un primo tempo usato questo medesimo termine (Droit constitutionnel, vol. I, pag. 68 No. 167, vol. II, pag. 421 No. 1126): nell'aggiornamento si è corretto con il termine di «abrogatoire» (vol. III, pag. 123 No. 1126).

[155] AUBERT, Droit constitutionnel, vol.II, pag. 421 No. 1126.

del decreto federale urgente è inferiore ad un anno, esso non è sottoposto a referendum. Una procedura simile[156] può essere istituita in via legislativa. Ad esempio la Legge federale del 19 giugno 1959 sulla tariffa delle dogane svizzere[157] prevede una procedura particolare per la determinazione di «aumenti di singole aliquote della tariffa generale». L'art. 5 di questa legge autorizza il Consiglio federale a mettere in vigore con effetto immediato questi aumenti a condizione di presentare simultaneamente un disegno di decreto federale di portata generale avente medesimo oggetto.

Il decreto di origine esecutiva, provvisorio, è vigente fintanto che il progetto di decreto federale di portata generale acquista validità (non è stata presentata domanda di referendum oppure esso ha avuto esito positivo) oppure è respinto in votazione. Nel primo caso, al decreto di origine esecutiva succede quello avente natura legislativa avendo lo stesso oggetto; nel secondo caso esso diviene caduco, ex nunc e pro futuro.

2.2.3. L'abrogazione

2.2.3.1. Nozione

Per abrogazione deve essere genericamente inteso il venir meno, a seguito di atto formale del legislatore, della vigenza di una normativa, il momento, il periodo a partire dal quale essa non è più parte integrante dell'ordine giuridico. Tale conseguenza comporta generalmente anche la perdita di efficacia della norma.

È importante distinguere l'abrogazione dalla sospensione di una normativa. In quest'ultimo caso l'efficacia di un testo è sospesa temporaneamente, mentre la vigenza permane. La sospensione interviene generalmente in circostanze particolari, per far posto ad una normativa eccezionale e temporanea[158]. Essa è prevista nella norma «abrogante»: deve risultare dal testo o dal contenuto di questa la limitazione nel tempo o la stretta connessione con l'esistenza di circostanze particolari[159]; esempi ci sono forniti dalle normative emanate dal Consiglio federale in virtù dei pieni poteri o intese a fronteggiare le situazioni di

[156] La similitudine è stata messa in luce da AUBERT, Droit constitutionnel., vol. III, pag. 123 No. 1126.
[157] RS 632.10.
[158] EGGENSCHWILER, op. cit., pag. 53.
[159] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 186; GRISEL, Application, pag. 255. Si veda anche sub. 3.3. in relazione all'effetto anticipato negativo.

necessità; anche i decreti urgenti possono avere effetto sospensivo [160].

La diversità delle conseguenze conferisce interesse alla distinzione: mentre l'abrogazione è definitiva, la sospensione permette alla norma sospesa di riacquisire automaticamente vigenza al sopraggiungere del termine previsto o con il venir meno delle circostanze giustificanti la norma temporanea: l'abrogazione di quest'ultima riconferisce vigenza al diritto sospeso [161].

La possibilità di una sospensione deve essere ammessa solo restrittivamente, dato il suo carattere straordinario, eccezionale rispetto al principio della sicurezza del diritto [162], attestato anche dalla dicotomia che ne deriva tra vigenza ed efficacia.

2.2.3.2. Abrogazione formale e materiale [163]

In linea generale la successione di normative nel tempo provoca l'abrogazione diretta, conseguente allo specifico disciplina-

[160] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 186 nota 25: «So waren beispielsweise die auf Grund des Vollmachtenbeschlusses der Bundesversammlung von 1939 ergangenen bundesrätlichen Vollmachtenverordnungen als Notverordnungen ihrem Wesen nach provisorischer Natur und haben daher das ihnen entgegenstehende Recht nicht vernichtet, sondern nur in seiner Geltung suspendiert.»; MEIERHANS, op. cit., pag. 39.

[161] PETERS, op. cit., pag. 84; JELLINEK, op. cit., pag. 142: «Was endlich die zweite aufgeworfene Frage, die Dauer der Aufhebung, anlangt, so ist es Regel, daß sie endgültig wirkt, auch wenn das aufhebende Gesetz später selbst wieder aufgehoben wird ... Anders, wenn der aufhebende Rechtssatz vorläufiger Natur war. Erläßt z. B. der Oberbürgermeister in einem dringenden Falle eine ortspolizeiliche Vorschrift ohne Zustimmung des Magistrats nach LVG. §143[II] und muß er sie außer Kraft setzen, weil der Magistrat die nachträgliche Zustimmung versagt, so leben die durch die Dringlichkeitsverordnung beseitigten älteren ortspolizeilichen Vorschriften wieder auf.»

Altri autori considerano, a torto, l'abrogazione materiale come una sospensione, MEIERHANS, op. cit., pag. 35.

[162] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 186: «Die derogatorische Kraft, die der neue rechtssetzende Hoheitsakt auf Grund einer ausdrücklichen Bestimmung oder gemäß seinem Sinne besitzt, wirkt vernichtend gegenüber dem ihm widersprechenden oder gleichlautenden Recht. Das liegt auch im Interesse der Rechtssicherheit.»

[163] La terminologia varia da autore ad autore ma i concetti sono chiari: GIACOMETTI (Allgemeine Lehren, pag. 182–183) usa i termini «ausdrücklich» e «automatische»; EGGENSCHWILER, op. cit., pag. 52, usa i termini «formale» e «materiale»; NAWIASKY, op. cit., pag. 68, distingue tra abrogazione risultante da un «ausdrücklichen Akt» e quella risultante da uno «schlüssigen Akt ...»; FORSTHOFF, op. cit., pag. 245, utilizza i termini «formelle» e «implicite». IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 14, pag. 92, quelli di abrogazione formale e materiale.

mento previsto con precisione nella disposizione legale posteriore, oppure sistematica, in ossequio ad una serie di precise regole interpretative giuridiche intese a garantire, nel tempo, la coerenza dell'attività normativa, in altri termini, l'applicabilità di una norma ad una determinata fattispecie, la non contraddittorietà intrinseca dell'ordinamento giuridico, per sua natura dinamico in funzione del necessario costante adeguamento al continuo evolvere delle interconnessioni socioeconomiche che ne costituiscono il fondamento.

L'ipotesi di abrogazione formale è data quando la fine della vigenza della norma abroganda è espressamente prevista nella norma abrogante, che deve essere di rango uguale o superiore alla prima. Secondo la corretta prassi legislativa in uso, l'abrogazione formale è disciplinata dall'inserimento, nelle disposizioni finali della nuova normativa, di una clausola abrogativa che elenca specificatamente e dettagliatamente le norme abrogate con l'entrata in vigore del nuovo testo.

In tale clausola è possibile leggere sovente, accanto all'elenco dettagliato delle norme abrogate, una formula generale del tipo: «sono abrogate tutte le disposizioni contrarie alla presente normativa.» [164] Sulla base del diverso contenuto della clausola abrogatoria alcuni autori hanno operato una suddivisione tra abrogazione formale speciale e abrogazione formale generale [165]. Questa distinzione non è soddisfacente, essendo inesatto qualificare la formula generale come abrogazione formale

[164] Nella pratica tale contemporanea presenza è frequente (GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 183 nota 16). La clausola può cominciare dall'elenco ed in seguito esprimere la formula generale. Il contrario è pure possibile. Alcune perplessità su questo modo di procedere sono formulate da GRISEL, Application, pag. 256, il quale osserva che se il legislatore «se sert d'exemples, c'est dans l'intention de faciliter la tâche des organes d'exécution; en réalité, il crée parfois plus de doutes qu'il n'en dissipe».

[165] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 182: «Die ausdrückliche Aufhebung von Rechtssätzen ist dabei entweder eine spezielle oder generelle. Eine ausdrückliche spezielle Außerkraftsetzung von Rechtssätzen geht in der Weise vor sich, daß der neue rechtssetzende Hoheitsakt die aufgehobenen Normen besonders bezeichnet; das ist naturgemäß vor allem dann der Fall, wenn ein rechtssetzender Erlaß durch irgend einen anderen bestimmten Erlaß oder wenn ganz bestimmte Normen eines solchen durch neue derartige Vorschriften ersetzt werden sollen. Eine ausdrückliche generelle Aufhebung von Rechtssätzen besteht im Gegenteil darin, daß ein rechtssetzender Hoheitsakt geltende Normen durch eine Generalklausel außer Kraft setzt. Solche ausdrückliche generelle Aufhebungen von Rechtssätzen kommen aber in der Wirklichkeit im allgemeinen nur in Verbindung mit einer ausdrücklichen speziellen Außerkraftsetzung vor.» Cfr. anche MEIER-HANS, op. cit., pag. 35 nota 22.

in quanto essa non ha una portata giuridica propria, ma costituisce un richiamo all'abrogazione materiale[166] che si verifica indipendentemente dall'esistenza o meno di una tale formula generale.

Si è in presenza di un'abrogazione materiale quando il contenuto di una disposizione vigente, non abrogata formalmente, è incompatibile con una nuova normativa di rango uguale o superiore[167]. Un'incompatibilità esiste tra norme logicamente contraddittorie, tra norme con identità di oggetto, anche se non necessariamente contrarie, oppure ancora nel caso di due norme identiche, contenute in normative successive[168].

L'abrogazione materiale è conseguenza della messa in relazione della nuova normativa con la precedente, secondo schemi interpretativi[169] fondati da un profilo generale sul principio della coerenza[170], deducibile direttamente dal principio della sicurezza del diritto, destinato a garantire la congruenza nell'attività normativa dello Stato, non essendo possibile prescrivere all'amministrato l'ossequio simultaneo di due norme antitetiche anche solo in parte. Questo principio interpretativo si è esplicitato in una serie di norme di conflitto, che permettono di risolvere in concreto le incoerenze dell'azione statale, espresse dai broccardi lex posterior derogat legi priori[171] e lex specialis derogat legi generali e dai corollari dei principi della gerarchia

[166] Nello stesso senso si sono espressi EGGENSCHWILER (op. cit., pag. 53) e il CF (FF 1947 II pag. 720), in quanto trattano della clausola generale d'abrogazione nel contesto dell'abrogazione materiale. FORSTHOFF (op. cit., pag. 245) afferma che questa clausola generale d'abrogazione è un'evidenza e corrisponde all'abrogazione implicita (materiale): «Cette clause générale est une évidence, car elle n'exprime rien qui ne soit déjà contenu dans l'effet juridique de la règle de droit.»

Il solo ad aver definito formale la clausola generale d'abrogazione è GIACOMETTI (Allgemeine Lehren, pag. 184, in particolare la nota 17).

[167] EGGENSCHWILER, op. cit., pag. 52.

[168] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 183: «In einem solchen Falle hebt das neue Recht das alte widersprechende oder *gleichlautende* Recht ipso jure formlos auf. Das folgt aus dem Sinn des neuen rechtssetzenden Erlasses, dessen Wille vernünftigerweise nicht dahin gehen kann, widersprechende oder *gleichlautende* Normen in Geltung zu lassen».

[169] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 14 pag. 92; EGGENSCHWILER, op. cit., pag. 53.

[170] Questo termine è ripreso da AUBERT, Hiérarchie, pag. 194; MEIERHANS, op. cit., pag. 36, parla di «Postulat der Widerspruchslosigkeit».

[171] MEIERHANS, op. cit., pag. 38: «Der in einem späteren Zeitpunkt erlassene rechtssetzende Hoheitsakt geht dem ihm gleichlautenden oder widersprechenden (und in einem früheren Zeitpunkt erlassenen) rechtssetzenden Hoheitsakt derselben Rechtssetzungsstufe vor und vermag diesem sowohl formell als auch materiell zu derogieren».

funzionale detta delle forme e strutturale, che richiama il disposto costituzionale di cui all'art. 2 Disp. trans. Cost. sancente l'effetto derogatorio del diritto federale.

La gerarchia delle forme si compone, nella sua accezione classica, di tre livelli normativi, la Costituzione, la legge, l'ordinanza, fra cui vigono stretti rapporti funzionali intesi a una sempre più specifica concretizzazione [172].

L'abrogazione di una norma di rango superiore incide sul destino della norma inferiore, esecutiva, in modo differenziato. Per le norme costituzionali la soluzione a questo problema è proposta in un parere giuridico del Dipartimento federale di giustizia e polizia [173] che distingue a seconda che la norma abrogata o in revisione sia una norma di comportamento od una norma attributiva di competenze; nel primo caso le norme legali d'esecuzione sono automaticamente abrogate con quella cui si riferiscono; nel secondo caso, permangono fintanto che nuove disposizioni di esecuzione le sostituiscano [174].

L'abrogazione o la revisione della norma legale comporta come principio l'abrogazione automatica delle disposizioni delle ordinanze [175], sia che si tratti di ordinanze di esecuzione o cosiddette di sostituzione [176].

La giurisprudenza ha introdotto una possibilità di deroga a questo principio a condizioni cumulative: innanzitutto la nuova normativa non deve aver formalmente abrogato l'ordinanza; inoltre questa non deve contenere disposizioni contrarie a quella; infine l'ordinanza deve poter, in qualche modo, trovare una base, un fondamento legale nella nuova normativa [177]. Questa giurisprudenza ha ottenuto l'avallo della dottrina [178].

Più semplice è la soluzione del problema posto nel quadro della gerarchia strutturale, immanente conseguenza del federa-

[172] Per una dettagliata presentazione della piramide normativa federale: AUBERT, Hiérarchie, pag. 203 seg.

[173] Parere del 28 ottobre 1964 in GAAC 32 No. 10 pag. 20.

[174] NAWIASKY, op. cit., pag. 71, analizza gli effetti di una revisione totale della costituzione sulle norme di rango inferiore.

[175] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 14 pag. 92.

[176] Contrariamente a GIACOMETTI (Allgemeine Lehren, pag. 185–186), il quale riserva un trattamento diverso a seconda che si tratti di ordinanze d'esecuzione o di sostituzione, è opportuno non prevedere un regime giuridico diverso; cfr. GRISEL, Application, pag. 257, che evidenzia l'incertezza della delimitazione fra le due categorie e l'esigenza, per entrambe, di una base legale.

[177] GAAC 25 No. 8 pag. 33; GAAC 32 No. 92 pag. 111; ZBl 74/1973 pag. 491.

[178] GRISEL, Application, pag. 257; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 14, pag. 92.

lismo, la cui sanzione è spesso sintetizzata dal principio della forza derogatoria del diritto federale, dal broccardo «Bundesrecht bricht kantonales Recht»[179]; esso si applica principalmente in relazione ad una modifica della ripartizione delle competenze fra Confederazione e Cantoni: occorre distinguere tra una competenza federale esclusiva ed una competenza federale concorrente[180]. Nel primo caso le norme cantonali sono abrogate con l'inizio della vigenza del nuovo testo costituzionale; nel secondo caso restano provvisoriamente in vigore per essere abrogate al momento in cui la Confederazione farà uso di questa competenza.

La retrocessione di competenza dalla Confederazione ai Cantoni, attualmente all'esame del Parlamento[181], potrà porre interessanti possibili situazioni di abrogazione di diritto federale indotte dalla riacquisita competenza cantonale e dalla adozione delle conseguenti nuove disposizioni cantonali[182].

L'abrogazione materiale interviene ipso jure e non necessita di forma alcuna[183]; proprio perchè concretizzazione del principio di coerenza, si attua sempre, per così dire automaticamente[184], indipendentemente dal fatto che la nuova norma preveda o meno una formula generale che la richiama, perfino sussidiariamente nei casi in cui la clausola formale abrogatoria avesse carattere apparentemente esaustivo: eventuali disposizioni non figuranti in tale elenco dettagliato ma incompatibili con la nuova norma sarebbero pure materialmente abrogate.

[179] Sul principio della forza derogatoria cfr. IMBODEN, op. cit., GIACOMETTI, Rechtliche Tragweite, pag. 292 seg., BURCKHARDT, Eidgenössisches Recht, pag. 59 seg.; inoltre cfr. AUBERT, Droit constitutionnel, vol. I, pag. 242 No. 635 seg. e la giurisprudenza ivi citata; FAVRE, op. cit., pag. 117 seg.

[180] I termini di queste suddivisioni sono quelli di AUBERT, Droit constitutionnel, vol. I, pag. 261 No. 686 seg.

[181] Cfr., in termini generali: Premières propositions en vue d'une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les Cantons; Rapport de la commission d'étude du 31 juillet 1979; Récapitulation des résultats de la procédure de consultation concernant la nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les Cantons (1980); e FF 1981 III, pag. 705 seg. – Message relatif aux premières mesures pour une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les Cantons.

[182] Cfr. FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, pag. 44 No. 78.

[183] GRISEL, Application, pag. 256; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 183.

[184] Occorre riservare ipotesi molto particolari, quale quella surriferita relativa alla modifica di una norma costituzionale di competenza, nei quali casi le norme di esecuzione rimangono vigenti fino all'emanazione di nuove norme d'esecuzione (GAAC 32 No. 10 pag. 20).

2.2.3.3. Abrogazione intrinseca alla norma

È da citare ancora, per completezza, l'ipotesi di abrogazione non provocata da un'altra normativa, bensì generata dalla peculiarità propria della norma abroganda; si tratti di disposizioni legislative o divenute prive di oggetto o di impossibile applicazione, o provviste di un termine o di una condizione, o divenute desuete o abrogate dall'effetto negativo della RS [185] o cassate a seguito di un ricorso per via d'azione all'autorità giudiziaria [186].

Sono disposizioni divenute senza oggetto o di impossibile esecuzione [187] le norme la cui fattispecie è scomparsa definitivamente o ha perso ogni significato giuridico [188]. Tra queste disposizioni possono essere annoverati i decreti emanati in approvazione dei conti dello Stato, accordanti dei sussidi ormai versati nella loro totalità; la decisione mediante la quale un Cantone denuncia un concordato; un regolamento amministrativo, destinato a disciplinare un servizio pubblico o un oggetto destinato a fini amministrativi attribuiti a privati; la soppressione di una o più corporazioni di diritto pubblico [189].

Decade la vigenza di normative contenenti un termine o una condizione risolutoria con il semplice sopraggiungere della data prevista dal termine oppure dal verificarsi della condizione [190]. Per i Decreti federali urgenti, il termine di un anno previsto dall'art. 89bis cpv. 2 e 3 Cost. è da considerare più come condizione di validità [191] che come termine d'abrogazione.

Perchè si verifichi un caso di desuetudine occorre sia data la

[185] FF 1947 II pag. 718.

[186] KNAPP, Recours, pag. 207 seg., pag. 234; cfr. anche GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 185.

[187] SANDULLI, pag. 630 seg., pag. 650: «ad es., in quanto ne siano venuti meno l'oggetto o i destinatari: si pensi a una legge che faccia oggetto di particolare tutela alcuni monumenti, taluni tipi di piante, taluni tipi di animali appartenenti a specie successivamente estintesi».

[188] FF 1947 II pag. 720; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 14, pag. 92; FORSTHOFF, op. cit., pag. 244, aggiunge i casi di soppressione dell'istituzione amministrativa che aveva dato origine alle norme. EGGENSCHWILER, op. cit., pag. 53/54, insiste sulla necessità che le circostanze a cui si applicava la norma siano definitivamente scomparse.

[189] FORSTHOFF, op. cit., pag. 264; ad esempio nel quadro di una procedura di fusione di Comuni, le norme delle vecchie collettività divengono sovente senza oggetto.

[190] NAWIASKY, op. cit., pag. 68; JELLINEK, op. cit., pag. 141.

[191] Per passare dalla validità provvisoria alla validità ordinaria, cfr. MEIERHANS, op. cit., pag. 71.

situazione, alquanto eccezionale, di norma adempiente negativamente le condizioni di una consuetudine, la durevole iterazione di un uso vissuto come cogente. È importante sottolineare che è da escludersi la possibilità di desuetudine, di usanza abrogativa, in relazione a disposizioni sottoposte a referendum [192] in quanto ciò comporterebbe l'elusione del principio del parallelismo delle forme, riferito alla necessaria norma abrogante. È ipotizzabile solo per normative di carattere esecutivo, d'altronde, già per loro natura e ratio, sottoposte all'usura del tempo.

2.2.3.4. Effetti dell'abrogazione

Conseguenza diretta, connaturata alla stessa nozione di abrogazione, è la fine della vigenza, che consegna il testo di legge al passato. Tale effetto ha carattere definitivo; la successiva abrogazione della norma abrogante non riconferisce vigenza alla norma abrogata [193]. Il momento dell'abrogazione dipende generalmente dall'inizio della vigenza delle norme successive e produce i suoi effetti ex nunc e pro futuro. Più specificamente, occorre riferire gli effetti, pur secondari, legati alle ripercussioni su altre disposizioni dell'ordinamento giuridico rimaste in vigore, provocate dall'abrogazione di una specifica norma: può ad esempio darsi il caso di un rinvio di una normativa in vigore ad un'altra abrogata nel frattempo; soluzione di questa incongruenza è costituita dalla regola per cui se la nuova normativa corrisponde per senso e scopo al rinvio, esso sarà interpretato

[192] A contrario, in relazione alle condizioni di ammissibilità di una consuetudine: cfr. GRISEL, Droit administratif, in specie pag. 37; KNAPP, Précis, pag. 55; DTF 105 I a 1 seg. (pag. 5); DTF 105 I a 80 seg. (pag. 84). Nel diritto pubblico francese secondo WERNER (op. cit., pag. 768–769): «La doctrine autant que la jurisprudence ont toujours considéré que la loi de même que le règlement ne peuvent tomber en désuétude en raison de leur inexécution, ou de bouleversements politiques ou bien de changements de circonstances de fait.»

[193] PETERS, op. cit., pag. 84; GRISEL, Application, pag. 255; EGGENSCHWILER, op. cit., pag. 53; JELLINEK, op. cit., pag. 142; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 186; contra MEIERHANS, op. cit., pag. 35.

In senso contrario è interessante citare la nozione, tratta interpretativamente dalla dottrina italiana, di effetto ripristinatorio, conseguenza di una sentenza della Corte costituzionale, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di una legge che produce l'annullamento retroattivo di tale legge e la reviviscenza ex tunc o la riespansione della legge distinta, che era stata a suo tempo abrogata o limitata dalla legge dichiarata incostituzionale (cfr. LA VALLE, op. cit., pag. 641).

con riferimento al nuovo testo [194]; in caso contrario, il giudice o l'autorità di applicazione dovranno constatare l'esistenza di una lacuna da colmare [195].
Situazione analoga alla precedente è la recezione, in certi contesti normativi particolari, di concetti giuridici o di istituzioni estrapolate da un altro ambito giuridico. Ad esempio il diritto fiscale fa sovente ricorso a nozioni di diritto civile, recependole come tali o eventualmente adattandole. Nell'ipotesi di una revisione del concetto o della istituzione recepita, può verificarsi sia la recezione del concetto o istituto nella nuova accezione, senza modifiche formali [196], sia, in caso di soppressione di essi, l'esigenza di costatare una lacuna con le implicazioni normative e interpretative ad esse connaturate.

Quanto suesposto vale per le correlazioni tra norme di pari rango; per valutare le ripercussioni dell'abrogazione di una normativa sulle norme di rango ad essa inferiore occorre riferirsi a quanto detto a propositio dell'abrogazione materiale.

2.2.3.5. L'abrogazione occulta

I principi esposti regolano il tema dell'abrogazione di disposti legali esaustivamente, nel duplice senso che da un lato non è lasciata possibilità teorica di esistenza per altri modi di abrogazione, dall'altro essi tecnicamente assicurano la cessazione formale o implicita della vigenza, in ogni caso in cui essa deve verificarsi.

A questo meccanismo giuridico, che assicura la formale certezza del rispetto del principio della sicurezza del diritto inteso nella sua espressione della garanzia di esistenza di un criterio atto a risolvere ogni conflitto in specie tra norme contraddittorie succedentesi nel tempo, si contrappone, insidiosamente, la prassi delle autorità legislative ed esecutive, di pianificare l'attività dello Stato sia a media scadenza con studi e programmi elaborati [197], sia, più comunemente e pragmaticamente, con l'adozione dei preventivi annuali. Infatti, al di là della indubbia indispensabilità di una pianificazione dell'attività

[194] EGGENSCHWILER, op. cit., pag. 54.
[195] Tra le varie possibilità di soluzione entro le quali il giudice deve optare può anche essere considerata la facoltà di applicare il vecchio testo abrogato, ritenuto che questo non sia logicamente inconciliabile con il nuovo.
[196] EGGENSCHWILER, op. cit., pag. 54.
[197] Questa prassi è stata adottata da diversi Cantoni. A livello federale: cfr. FAVRE, op. cit., pag. 189 seg.

dello Stato, necessaria ai fini di una corretta distribuzione delle risorse collettive, è importante osservare che, in una sia pur impropria utilizzazione dei diversi strumenti programmatici, è insito il rischio di paralizzare l'applicazione di legislazioni in vigore, in specie per quanto attiene a quella implicante un'incidenza sulla spesa pubblica. Ora, l'adozione del preventivo e a fortiori l'approvazione o la discussione sugli indirizzi programmatici, in quanto è loro attribuibile mera natura esecutiva [198], di semplice atto amministrativo, malgrado le loro peculiarità normative, non possono generare un effetto paralizzante de facto abrogativo della vigenza (e dell'efficacia) di una legge in vigore. Sempre più frequentemente le autorità governative ricorrono al Parlamento al fine di ottenere rassicurazione, avallo politico anche se non giuridico all'intenzione di non adempiere al preciso obbligo istituzionale di applicare le leggi (indipendente dall'allibramento delle corrispettive poste nel preventivo [199]).

L'uso sempre più frequente di questa prassi, legato a momenti di crisi o comunque di difficoltà della finanza pubblica, è illecito, indipendentemente dall'eventuale realtà ed oggettività dell'esigenza di risparmio, in quanto essa viola, per i motivi detti, i principi della separazione dei poteri e non può essere soprattutto opposta a destinatari diretti di prestazioni statali previste in disposti legali in vigore.

[198] STADLER, op. cit., pag. 379: «Durch seinen konkret-individuellen Charakter kennzeichnet sich das Budget, obwohl es von der Volksvertretung bzw. Legislative beschlossen wird, materiell als Verwaltungsakt. Als solcher unterliegt es auch dem Grundsatz der rechtmäßigen, gesetzmäßigen Verwaltung.»; FAVRE, op. cit., pag. 192.

[199] SANDRO CRESPI, Pareri, RDAT 1980 pag. 27.

3. L'efficacia del diritto

Una norma vigente può divenire efficace[200], assumere quindi carattere obbligatorio, secondo diverse modalità temporali, che saranno successivamente esposte.

3.1. L'effetto immediato (ex nunc e pro futuro)

3.1.1. Nozione e distinzioni

È la situazione in cui generalmente vi è coincidenza tra inizio della vigenza e dell'efficacia: la nuova norma si applica ex nunc e pro futuro a partire dalla sua vigenza. È la modalità ordinaria di conferimento, ad una norma, del carattere obbligatorio, sovente implicito: quando il legislatore si limita unicamente ad indicare la data della messa in vigore, sottintende il contemporaneo inizio dell'efficacia.

Trattasi di un concetto non codificato nel diritto pubblico[201] e che ha occupato la dottrina e la giurisprudenza in relazione o in contrapposizione alla retroattività, quindi indirettamente.

Conviene inizialmente precisare il contenuto di questa nozione di effetto immediato per, successivamente e progressivamente, delimitarla confrontandola con aspetti particolari, come la stessa retroattività e temi diversi, come quello ad esempio dei diritti acquisiti.

Una nuova normativa si applica ovviamente alle fattispeci venute in essere dopo l'inizio della vigenza. Il nuovo diritto ha perciò effetto «pro futuro», che può essere contrastato unicamente mediante disposizioni che prevedano espressamente

[200] Per la nozione di efficacia in relazione alla vigenza, cfr. 2.2.1.1.

[201] Una formulazione del diritto positivo cui si può ricorrere è esplicitata dall'art. 2 CP nonchè, indirettamente, dalla messa in relazione delle prime disposizioni del titolo finale del Codice Civile Svizzero.

un'ultrattività della precedente abrogata normativa a specifiche situazioni.

Una seconda precisazione del contenuto dell'effetto immediato è la non applicazione della nuova normativa alle fattispeci realizzatesi interamente[202] sotto il precedente assetto legislativo. Il problema normativo sorge quando una fattispecie presenta elementi in relazione temporale con la precedente legislazione e contemporaneamente altri con la nuova. In tutte queste situazioni non è determinabile a priori quale delle due normative debba trovare applicazione; questa difficoltà connaturata in particolare a quelle fattispeci che perdurano nel tempo, non può essere sempre sormontata facendo riferimento alle distinzioni in uso nel diritto privato tra atto e situazione oppure tra fase dinamica di un atto giuridico (qualificata dalla sua costituzione ed estinzione) e fase statica (i suoi effetti)[203].

Da un profilo teorico i poli estremi di soluzione di questo problema sono costituiti o dall'applicazione sistematica della nuova normativa a tutti gli elementi di una fattispecie che si manifestano dopo l'inizio della vigenza o dal disciplinamento di essa in base al precedente assetto legislativo. Tra questi due estremi possono essere reperite diverse soluzioni intermedie: l'applicazione, in linea di principio, della nuova normativa riservata a talune ipotesi che restano sottoposte al precedente assetto legale; il contrario oppure, nel caso di fattispeci che si sviluppano secondo tappe successive, l'applicazione del nuovo diritto a partire da una di queste, predeterminata; infine, la creazione di un regime transitorio, particolare, riferito alle sole fattispeci non ancora definite al momento della modifica legislativa, che vengono disciplinate in modo diverso dalle precedenti e dalla nuova normativa.

Le soluzioni possibili sono dunque molteplici e la loro scelta dipende dalla particolarità della fattispecie (ambito giuridico, urgenza, ecc.) e dalla specificità della normativa (il suo contenuto, l'incidenza delle modifiche).

Questa problematica è stata dottrinalmente considerata secondo ottiche e riferimenti concettuali accentuanti di volta in volta nozioni diverse, quali la reale portata retroattiva della

[202] DTF 93 I 671; ZBl 62/1961 pag. 55.

[203] Nella dottrina francese, la distinzione fra atto e situazione è da far risalire a DUGUIT che suddivide ulteriormente tra situazioni individuali/soggettive e situazioni legali/oggettive; la distinzione fra fase statica e dinamica è stata introdotta da ROUBIER. Cfr. WERNER, op. cit., pag. 749.

nuova normativa, l'affidamento al mantenimento di un determinato assetto legislativo nel tempo, in relazione a diritti specialmente garantiti, l'efficacia.

Occorre conferire un ruolo centrale a quest'ultimo concetto, preliminarmente rigorosamente delimitandolo dagli altri, al fine di evitare confusioni non solo terminologiche ma anche concettuali, attinenti alla precisa, specifica portata giuridica dei suddetti temi.

3.1.1.1. I diritti acquisiti nel contesto dell'intertemporalità

Stando alla concezione classica questo attributo deve essere riconosciuto a determinate categorie di diritti particolari, in specie [204] alle pretese patrimoniali dei funzionari verso lo Stato, alle pretese risultanti dalle concessioni e da altri contratti di diritto pubblico, ai diritti preesistenti (vale a dire quei diritti che al momento della loro costituzione erano considerati dei diritti privati e che sono in seguito assegnabili alla categoria dei diritti fondati su rapporti di diritto pubblico), al diritto all'esercizio di un'attività lucrativa allorquando questa è sottoposta a numerus clausus e quindi a monopolio, alle esenzioni fiscali. Sulla base di questa protezione speciale, tali diritti possono essere revocati solo a condizione della sussistenza di una base legale, di un interesse pubblico e di un indennizzo [205].

Tutela caratteristica dei diritti acquisiti, importante nel contesto intertemporale, è la protezione contro i cambiamenti delle norme in vigore.

Alcuni autori considerano la teoria dei diritti acquisiti come un retaggio di un sistema giuridico superato [206], un corpo estraneo [207] al diritto pubblico elvetico, che conosce unicamente atti

[204] È la esemplificazione di IMBODEN/RHINOW, op. cit., pag. 861. RHINOW, (op. cit., pag. 1 seg.) propone un'altra classificazione, identica a quella citata per le prime tre categorie ma cui aggiunge una quarta, riferita a diritti risultanti da autorizzazioni di polizia, ma ai quali è stato comunque riconosciuta la qualifica di diritti acquisiti.

[205] DTF 106 I a pag. 168: «Stellt ein bestimmter Anspruch ein wohlerworbenes Recht dar, so bedeutet das nach wie vor, daß ein Entzug nur zulässig ist, wenn er auf gesetzlicher Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und gegen volle Entschädigung erfolgt. Für Ansprüche, die eine staatliche Geldleistung oder ein Abgabenprivileg zum Gegenstand haben, schließt die Entschädigungspflicht einen ganzen oder teilweisen Entzug praktisch aus.»

[206] SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht (pag. 307 seg., pag. 337–339): «Zu den unbewältigten Relikten vergangener Rechtssysteme gehört die Rechtsfigur der wohlerworbenen Rechte.» (pag. 337)

[207] KÖLZ, op. cit., pag. 89 seg., pag. 91.

dotati di un certo grado di stabilità, di immutabilità, caratterizzati da una «besondere Festigkeit und Beständigkeit»[208]. Questa caratteristica deve risultare innanzitutto dalle norme del diritto positivo, e, in loro carenza, dai principi costituzionali della sicurezza del diritto, della buona fede, della legalità, dell'uguaglianza[209], applicando i quali il giudice deve ponderare i due interessi contraddittori dell'individuo al mantenimento dell'atto (buona fede, sicurezza del diritto), della collettività alla realizzazione del diritto oggettivo (principio della legalità, dell'interesse pubblico), assicurando flessibilità[210] alle soluzioni reperite.

Il Tribunale federale ha lungamente condiviso la concezione classica dei diritti acquisiti, anche se, già negli anni trenta, la sua giurisprudenza cominciò a disconoscere[211] la qualità di acquisito ai diritti patrimoniali dei funzionari[212], in linea di principio sottoponendoli alle modifiche legislative ad eccezione delle ipotesi in cui gli stessi fossero specialmente garantiti dalla legge in generale o da assicurazioni formulate dall'amministrazione in casi concreti. Recentemente, raccogliendo le indicazioni fornite dalla nuova dottrina, l'Alta Corte ha modificato la sua posizione riguardo al fondamento costituzionale della garanzia dei diritti acquisiti, precedentemente riconosciuto unicamente in relazione alla garanzia della proprietà privata[213].

In una recente sentenza[214] la Corte, discostandosi dalla precedente prassi, ha riconosciuto l'applicabilità del principio della buona fede[215] alla protezione dei diritti acquisiti, in particolare nei rapporti Stato-amministrati.

[208] SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht, pag. 339.

[209] Ibidem; KÖLZ (op. cit., pag. 92) mette l'accento sulla legalità, corretta o limitata del principio della buona fede.

[210] KÖLZ, op. cit., pag. 93.

[211] Questo cambiamento è messo in relazione alle riduzioni di salari e pensioni decise dal legislatore federale (cfr. RHINOW, op. cit., pag. 3 e gli autori ivi citati).

[212] Cfr. 3.1.2.1.

[213] Unica eccezione, la sentenza DTF 67 I 187, in cui il TF argomenta considerando l'art. 4 Cost., poichè la Cst ticinese, applicabile in casu, non contiene la garanzia della proprietà privata e non era ancora stata forgiata la teoria dei diritti costituzionali impliciti.

[214] DTF 101 I a pag. 443 seg.

[215] L'applicabilità di questo principio era già stata messa in rilievo nella dottrina da GRISEL (Droit administratif, pag. 256) e soprattutto da SALADIN (Verwaltungsprozeßrecht, pag. 339), che rifiuta il concetto di diritto acquisito perchè non integrabile nel sistema giuridico moderno dominato dal principio della legalità: propone di tutelare queste situazioni applicando i

Questo riconoscimento ha suscitato parecchie reazioni di sostegno[216] come pure di critica[217], tra cui emerge l'originale concezione difesa da RHINOW secondo cui i diritti acquisiti, quali risultano dalla dottrina classica, costituiscono dei veri e propri diritti aventi carattere contrattuale in quanto risultanti da contratti di diritto amministrativo: «Ich bin der Ansicht, daß (nicht vorbestandenen) wohlerworbene Rechte des Bürgers genuin vertragliche Rechte sind»[218]. Tuttavia il TF ha chiaramente manifestato l'intenzione di voler persistere in questo indirizzo: dopo aver formulato alcune precisazioni in risposta alle critiche suddette[219], la Corte di diritto pubblico ha riconfermato questa sua opinione: «Autrefois la violation de tels droits acquis était en général traitée principalement comme violation de la garantie de la propriété, également comme violation de l'égalité de traitement, alors que aujourd'hui c'est la protection

principi di sicurezza del diritto, di buona fede, di legalità, la garanzia della proprietà privata e l'art. 4 Cost.; in particolare nella nota 83a pagina 339, indica come nel caso della riduzione del salario o della pensione, la soluzione sia da ricercare in applicazione del principio della buona fede, aggiungendo anzi che il TF, nelle sentenze concernenti queste situazioni, si era già lasciato guidare da questo principio, pur non richiamandolo esplicitamente.

Su gli ultimi sviluppi della giurisprudenza del TF riguardo al principio della buona fede, cfr.: 103 I a 505 seg./JdT 1979 I 354 seg.

[216] KÖLZ (op. cit., pag. 91–92) sostiene la tesi di un abbandono della nozione del diritto acquisito aggiungendo che le situazioni «quasi contrattuali» («vertragsähnlichen») devono essere rette dal principio di legalità, con il correttivo della buona fede. Cfr. anche KÄMPLER, op. cit., pag. 357.

[217] HUBER, op. cit., pag. 43–44, poichè ritiene che il principio della buona fede sia in questo contesto «zu farb- und konturlos und entbehrt der Brücke zur Struktur der Rechtsordnung» e nemmeno è un diritto fondamentale tutelato dalla Costituzione; SAMELI (op. cit., pag. 289 seg., pag. 354–6) critica tale giurisprudenza perchè disconosce la sussidiarietà del principio della buona fede; RHINOW (op. cit., pag. 1 seg.) ritiene non necessario dover operare una ponderazione degli interessi poichè nei diritti acquisiti la soluzione esiste a priori, vale a dire in favore del singolo. Sostiene quindi che i diritti acquisiti costituiscono dei contratti di diritto amministrativo e come tali devono essere garantiti da un sistema composto dalla garanzia della proprietà, dalla buona fede e dalla uguaglianza.

[218] RHINOW, op. cit., pag. 14.

[219] DTF 106 I a 163 seg.: il TF risponde innanzitutto alla critica secondo cui la nuova giurisprudenza avrebbe diminuito la protezione costituzionale di cui godevano i diritti acquisiti, ribadendo che, una volta riconosciuta ad un diritto la qualità di «acquisito», le condizioni per limitare tale diritto corrispondono a quelle riferibili alla proprietà privata e che il principio della buona fede, preso quale fondamento alla garanzia dei diritti acquisiti, protegge tali diritti anche contro le modifiche e le revisioni della normativa vigente.

de la bonne fois des fonctionnaires qui passe au premier plan». [220]

Così precisata, la nozione di diritti acquisiti comporta una immediata conseguenza ai fini della distinzione dai concetti di effetto immediato e di retroattività. Consegue infatti direttamente da quanto suesposto la differenza di natura tra un tema e l'altro nel senso che la qualifica di acquisito permette ad un diritto di restare come «impermeabile» alle modifiche del diritto vigente: detto altrimenti, i diritti acquisiti escludono l'effetto immediato di una nuova normativa per talune situazioni particolarmente garantite. L'importanza di questa distinzione appare evidente ricordando che addirittura la nozione di diritti acquisiti era un tempo contrapposta a quella di retroattività e perciò equivalente a quella di effetto immediato. In un celebre tentativo di conciliare le due nozioni di diritto acquisito e di retroattività, SAVIGNY stabilì una equivalenza tra le affermazioni: «Le leggi nuove non hanno effetto retroattivo» e «Le leggi nuove non devono ledere i diritti acquisiti» [221].

La confusione fra le varie nozioni fu tale che si attribuirono al principio della irretroattività le conseguenze giuridiche previste per i diritti acquisiti. Si ammise perciò che la non retroattività fosse un limite all'effetto immediato nel senso di lasciar permanere certe situazioni sotto l'imperio della precedente normativa, con il risultato che la irretroattività della nuova normativa significava ultrattività della precedente.

Per contro già una prima e sommaria distinzione nell'ottica precedentemente stabilita chiarisce che i diritti acquisiti concernono unicamente un certo numero di situazioni specialmente garantite, mentre effetto immediato e irretroattività sono temi generali inerenti a tutti gli ambiti di un ordinamento giuridico.

Dal profilo dell'intertemporalità è importante determinare la qualifica di acquisito ad una concreta situazione giuridica di cui è ipotizzata una lesione: non ha alcuna rilevanza se questa presunta lesione sia avvenuta con effetto immediato, futuro o retroattivo. La lesione retroattiva di un diritto non acquisito non può mai conferirgli questa qualifica [222]. In fondo una fun-

[220] DTF 107 I a pag. 195.

[221] QUADRI, Acquisiti, pag. 239 nota 3.

[222] CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 82–83: «Entscheidend ist beim Eingriff in ein wohlerworbenes Recht nicht, daß und wann in der Vergangenheit dieses Recht erworben wurde, der einzelne also diese bestimmte Rechtsposition erlangt hat, sondern allein die Tatsache, daß diese Rechtsposition in der Gegenwart gegeben ist und nun tangiert ist oder verletzt werden soll.

zione qualificante dei diritti acquisiti consiste specificamente nella protezione dalle conseguenze di modifiche legislative pregiudizievoli, il che esclude a priori il tema dell'effetto immediato e della retroattività, visto che la nuova normativa non è applicabile pregiudizialmente[223].

I diritti acquisiti delimitano il campo di applicazione materiale, escludono l'applicazione (immediata o retroattiva) del nuovo diritto in ragione della specificità materiale della fattispecie, poichè si tratta di un rapporto giuridico particolare; per contro la irretroattività e l'effetto immediato determinano il campo di applicazione temporale, fissando il momento a partire dal quale la nuova normativa è operante. È possibile che le tre nozioni conducano ad un risultato uguale, la non applicazione della nuova normativa, ma differente sarà la motivazione che ha prodotto questo risultato: l'esclusione dell'applicazione della nuova norma sarà dovuta, nel caso di irretroattività, alla circostanza che la fattispecie si è verificata prima della vigenza; nel caso di effetto immediato, alla estemporaneità del contenuto della norma in relazione alla fattispecie cui è riferita, mentre nel caso dei diritti acquisiti, alla specifica tutela assicurata a particolari rapporti giuridici indipendentemente dal momento della loro instaurazione.

3.1.1.2. Effetto immediato e retroattività

Sceverato il campo dal tema dei diritti acquisiti rigorosamente distinto secondo i criteri suesposti, occorre affrontare una delle questioni più delicate del diritto amministrativo intertemporale, la delimitazione tra effetto retroattivo ed effetto immediato o tra retroattività propria ed impropria, secondo la terminologia più usata ma, come si vedrà, equivoca e fallace in

Es kann doch keinen Unterschied machen, ob der Eingriff in wohlerworbene Rechte in der Gegenwart oder in der Vergangenheit liegt. Niemals kann der Eingriff in ein nicht-wohlerworbenes Recht durch eine Rückwirkungsklausel zu einem solchen in ein wohlerworbenes Recht werden; nicht durch den Zeitablauf wird das Recht wohlerworben.»

[223] Si prenda ad esempio una diminuzione del salario dei funzionari: nell'ottica dei diritti acquisiti occorre interrogarsi sul quesito se il trattamento dei funzionari faccia parte di quelle situazioni specialmente protette: nel caso affermativo si esclude totalmente la possibilità di ridurre i salari per i funzionari già in servizio, indipendentemente dall'aspetto temporale. Solo in caso di risposta negativa è possibile analizzare questa situazione nell'ottica della retroattività e dell'effetto immediato e valutare a partire da quando è ammessa l'applicazione delle nuove norme.

quanto quest'ultima distinzione, più classica, riconosciuta anche dalla giurisprudenza federale[224], separa una vera e propria retroattività, in senso stretto, da una seconda nozione che in realtà si ricopre con qualla di effetto immediato. La retroattività propriamente detta è riferibile all'ipotesi in cui tutti gli effetti di un atto risalgono ad una data anteriore alla sua entrata in vigore, mentre quella impropria si riferisce alla situazione in cui un atto produce i suoi effetti, ex nunc e pro futuro, su di una fattispecie sorta nel passato ma che si prolunga ancora dopo la modifica della situazione giuridica.

In questa distinzione, operata da molti autori[225], criterio decisivo per determinare la sussistenza di un effetto retroattivo o immediato è l'accertamento della circostanza se la fattispecie alla quale la nuova norma dovrebbe essere applicata è perfetta, pienamente realizzata prima dell'inizio della vigenza della norma in questione[226].

Conseguentemente, le fattispeci composte anche da elementi sorti ancora sotto l'imperio del precedente diritto unitamente ad altri riferiti a ambiti temporali contemporanei o posteriori alla messa in vigore ed all'inizio dell'efficacia, rientrano, come si dirà in seguito, più logicamente nella nozione di effetto immediato. La distinzione classica surriferita è stata oggetto di critiche, precisazioni e tentativi di riformulazione.

CHARLES OTT[227] nega la sussistenza di una specificità del tema della retroattività, bensì afferma trattarsi unicamente di un problema di conflitto di interessi, causato dalla modifica della normativa in vigore[228]; pertanto egli ritiene preferibile

[224] DTF 106 I a 258; DTF 104 I b 219; DTF 102 I a 33. Cfr. anche RDAT 1982, No. 99, pag. 215.

[225] GRISEL, Application, pag. 248–249: IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 16, pag. 106; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, pag. 50; SCHWARZENBACH, op. cit., pag. 102; GEIGER, Steuergesetze, pag. 51; KNAPP, Précis, pag. 75; PETERS, op. cit., pag. 82; FORSTHOFF, op. cit., pag. 248; KIMMINICH, op. cit., pag. 518; WERNER, op. cit., pag. 739; WOLFF, op. cit., pag. 140 (da notare che GRISEL lo colloca su posizioni discordanti: cfr. Application, pag. 244); MEYER-COORDIN, op. cit., pag. 161 seg. (questo autore tenta di caratterizzare la distinzione usando a proposito della retroattività propriamente detta di una norma, l'espressione «eine wirkliche Rückschau in die Vergangenheit vornimmt»; e a proposito della retroattività impropria: «wirft aber doch in gewissem Sinne seinen Schatten auch in die Vergangenheit»).

[226] CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 7; EBERLE, op. cit., pag. 17–18; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 16, pag. 106.

[227] OTT, op. cit.

[228] «Es besteht nämlich gar kein selbständiges Problem der Rückwirkung, sondern nur ein solches der Lösung von Interessenkonflikten anläßlich einer Normänderung», pag. 55.

ricercare una soluzione a tale problema adattando ed applicando il principio di proporzionalità piuttosto che definendo e sussumendo un rigido principio di non retroattività che sarebbe necessariamente, endemicamente correlato ad inevitabili eccezioni [229].

Anche ZACCARIA GIACOMETTI [230] evita di addentrarsi nella distinzione tra retroattività ed effetto immediato, considerando che, in un caso come nell'altro, sia che si tratti di retroattività propria che di retroattività impropria, il problema è caratterizzato unicamente da un conflitto di interessi contrastanti, quello pubblico a voler applicare quanto prima il nuovo diritto e quello individuale a voler proteggere situazioni acquisite. Ritiene che la retroattività, intesa in senso ampio, deve essere ammessa quando l'interesse pubblico che la giustifica si impone, anche dal punto di vista dell'individuo, come più meritevole di protezione.

LOUIS-CHARLES EBERLE critica la distinzione ordinaria tra retroattività propriamente ed impropriamente detta, schierandosi a favore di una nozione larga, sostenendo che nell'ottica della retroattività non si può distinguere tra fattispeci passate e in fieri al momento dell'adozione del nuovo diritto: entrambe sono sorte nel passato e sono parimenti lese da una norma retroattiva [231]. Pertanto l'effetto immediato è riferibile unicamente all'applicazione della nuova normativa alle fattispeci future; nucleo del problema della retroattività è una norma di conflitto nel tempo, che deve ponderare gli interessi pubblici ed individuali nel rispetto dei diritti costituzionali [232].

[229] Questo autore arriva alla conclusione che non esiste una differenza qualitativa, di contenuto, tra il principio della retroattività e quello della proporzionalità: la differenza sarebbe unicamente storica; OTT, op. cit., pag. 86: «Nun kann auch der früher in Aussicht gestellte Vergleich mit dem Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angestellt werden. Er ergibt, daß die Inhalte grundsätzlich gleich sind ... Die Trennung der beiden Prinzipien ist keine inhaltliche, sondern eine historische. Der Grundsatz der Nichtrückwirkung wird gemäß seinem historisch «gewordenen» Sinn beschränkt auf bestimmte Rechtsvorgänge. ... Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit andererseits ist im Polizeirecht entwickelt worden und befaßte sich dort in erster Linie mit Eingriffen in die rechtsfreie oder sehr freiheitlich geregelte Sphäre des Einzelnen.»

[230] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 186–194.

[231] EBERLE, op. cit., pag. 18: «Hinsichtlich der Rückwirkung kann m. E. nicht zwischen «gegenwärtigen Tatbeständen» und «zurückliegenden Tatbeständen» unterschieden werden. Beide, ..., sind unter der Herrschaft des alten Rechtes entstanden und gelten in diesem Sinne als zurückliegende Tatbestände, für welche die Rückwirkung die gleichen Folgen hat.»

[232] EBERLE, op. cit., pag. 29.

La dottrina germanica offre alcuni interessanti spunti utili per superare la distinzione classica di cui si tratta. Taluni[233] propongono di considerare già quale retroattiva l'applicazione della nuova normativa a fattispeci di cui anche solo un elemento risale al passato[234]. Altri introducono[235], il concetto di «orientazione» causale di una legge (kausale Orientiertheit)[236], constatando come sia successo che diverse norme siano state emanate a causa ed in ragione di precisi avvenimenti verificatisi nel passato, in ragione di comportamenti individuali che ne hanno appunto costituito la ratio[237]. Altri ancora[238] propongono un ulteriore criterio distintivo ai fini della determinazione di una eventuale situazione di retroattività o di effetto immediato, sintetizzabile nel concetto di nuova valutazione giuridica (Neubewertung), di una fattispecie che era qualificata diversamente dal precedente assetto legale: nel caso in cui tale valutazione, operata dalla nuova normativa, fosse oggettivamente diversa, nuova, si sarebbe in presenza di una situazione di retroattività[239].

[233] QUACK, op. cit., pag. 289 seg., in particolare pag. 291.

[234] CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 9, critica questa proposta mettendo in rilievo come il concetto di «inizio della fattispecie» è altrettanto difficilmente determinabile, per cui dà ancora adito ad analoghe difficoltà di delimitazione tra retroattività ed effetto immediato.

[235] KISKER, op. cit.

[236] Per spiegare il concetto, CHRISTOPH ZIMMERLI (op. cit., pag. 13) formula questo esempio confrontando le seguenti situazioni: l'introduzione di un termine legale (immediatamente applicabile ad ogni acquirente immobiliare che abbia anche comperato nel passato) di tre anni durante il quale gli sia proibito rialienare tale bene, e la decisione di prelevare una nuova imposta sulla proprietà immobiliare. Applicando la distinzione ordinaria si dovrebbe qualificare queste due situazioni come retroattività impropria. Partendo invece dal «Weil-moment» (KISKER, op. cit., pag. 23) risulta che la prima situazione costituisce effettivamente un caso di retroattività, poichè il termine di inalienabilità non si applica solo a fatti presenti, bensì anche a passati, mentre, nella seconda situazione, l'elemento determinante per l'applicazione della nuova normativa (essendo la condizione di proprietario attuale, non il momento dell'acquisto) non pone problemi di retroattività.

[237] KISKER denomina la retroattività come «Rückanknüpfung» e la definisce quale «neu beurteilenden Durchgriff» a fattispeci passate (op. cit., pag. 12, 20, 21).

[238] KLEIN/BARBEY, op. cit.; CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 14 seg.

[239] CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 18: «Es geht darum, jeweilen sorgfältig zu beachten, ob der äußerliche Anknüpfungspunkt des Gesetzes wirklich jener Sachverhalt ist, den das Gesetz bewertet, oder ob die effektive Bewertung und der Anknüpfungspunkt auseinanderfallen. Festzuhalten ist indessen vorerst nur das eine: Rückwirkung eines Gesetzes liegt dann – und

Un ultimo recentissimo tentativo di ridefinire la nozione di retroattività e di delimitarla rispetto all'effetto immediato è stato compiuto da BODO PIEROTH, il quale, dopo aver richiamato la distinzione tra retroattività propria ed impropria recepita anche nella giurisprudenza tedesca, constata come non sempre sia agevole determinare quando una fattispecie è conclusa difinitivamente nel passato e tantomeno assegnare senza incoerenze ogni situazione ad una o all'altra categoria, soprattutto a ragione della crescente complessità dei differenti settori di un ordine giuridico[240], per cui nemmeno è possibile sintetizarre una definizione unitaria della retroattività suscettibile di permetterne la valutazione dell'ammissibilità dal punto di vista costituzionale.

L'esistenza di differenti strutture normative, la specificità e la particolarità dei vari ambiti giuridici esigono una definizione differenziata (Gesetzesnormdifferenzierung)[241] che tenga conto dei diversi modi, forme, livelli del legame di una norma con il passato.

Approfondendo le argomentazioni di quest'ultimo autore si può rilevare che l'appena tracciato excursus dottrinale evidenzia la difficoltà e la conseguente parziale sterilità di distinzioni intese a racchiudere ogni ipotesi di fattispecie avente carattere intertemporale: il concetto ampio di retroattività proposto da alcuni autori presuppone infatti l'allestimento di una nutrita casistica di eccezioni che svuotano il principio dell'irretroattività di buona parte del suo contenuto, limitando (in linea di principio) in modo poco realistico l'ambito normativo; l'altro tentativo riferito, di proporre nuovi criteri quali la «orientazione causale» e la «nuova valutazione» si riduce ad una ambiziosa determinazione di regole aventi tuttavia mero carattere definitorio, per cui si rende necessaria un'ulteriore mediazione giuridica.

Anche la distinzione classica, in realtà, presuppone, ai fini della valutazione della validità di una norma che presenta aspetti retroattivi, l'applicazione di ulteriori criteri, adattati alla specifica tematica, mutuati dai principi regolanti l'attività amministrativa. Pertanto, da un profilo logico, si deve sostenere che l'effetto paradossale di tale dicotomica classificazione

nur dann – vor, wenn das Gesetz zu bereits bewerteten Sachverhalten erneut, also anders, Stellung nimmt, diese Sachverhalte nochmals – verschieden – bewertet.»

[240] PIEROTH, op. cit., pag. 30–35, pag. 79–84.

[241] Ibidem, pag. 95–96.

comporta necessariamente ulteriori suddivisioni, di sempre minore portata e precisione e dunque virtualmente arbitrarie.

Occorre quindi relativizzare l'importanza di questa distinzione, inadeguata a racchiudere la complessità della problematica intertemporale in due sole categorie, in quanto nessuna delle due può essere in linea di principio considerabile conforme o no al diritto (l'effetto immediato, pur essendo generalmente ammissibile, a certe condizioni non è più conforme al diritto, mentre la retroattività, pur essendo proscritta in linea teorica, può essere considerata lecita date certe condizioni). Già da questo profilo consegue quindi l'estistenza di quattro categorie (effetto immediato ammesso, effetto immediato non ammesso, retroattività ammessa, retroattività non ammessa). Più analiticamente si può constatare che le condizioni per giudicare la validità di un effetto immediato non si discostano sostanzialmente da quelle che entrano in linea di conto per giudicare l'ammissibilità di una retroattività: trattasi del rispetto dei principi regolanti l'attività amministrativa che, in certe limitate ipotesi, legittimano un'applicazione retroattiva in senso stretto del diritto [242] e che informano anche la determinazione dell'effetto immediato, in relazione alla interagente specificità della normativa e delle situazioni. Se ne deduce che la distinzione fondamentale da operare non è quella tra retroattività ed effetto immediato, bensì tra compatibilità o no delle modalità di efficacia (sia immediata che retroattiva) con i principi dell'attività amministrativa, il che certamente non implica l'inutilità della distinzione tra effetto immediato e retroattivo ma unicamente la sua subordinazione al criterio testè enucleato, che ad essa conferisce un significato particolare, ulteriore a quello naturalmente ad esso intrinseco, di divieto, in linea di principio, della retroattività propria, in quanto contrastante con il principio costituzionale della sicurezza del diritto.

In questo senso quindi deve esser mantenuta la nozione ristretta di retroattività, perchè chiara e univocamente applicabile, contrapposta a quella di effetto immediato, termine scevro dalla connotazione di virtuale ambiguità e fallacità insita in quello di retroattività impropria e concetto più idoneo a definire le regole ed i parametri di applicabilità di una nuova normativa a fattispeci in cui l'eventuale presenza di elementi sorti precedentemente alla sua efficacia rappresentano solo una

[242] KNAPP (Précis, pag. 76) mette bene in rilievo il rapporto tra le condizioni della retroattività ed i principi dell'attività amministrativa.

circostanza non qualificante fra altre, con cui deve essere contemperata ai fini della valutazione della liceità della nuova norma, secondo i principi dell'attività amministrativa, in specie quello di proporzionalità e di interesse pubblico.

Inoltre il concetto di effetto immediato evoca più direttamente il carattere pragmatico di queste situazioni di parziale, apparente retroattività e l'utilità quindi di precisare una serie di criteri giuridici, di schemi concettuali atti a determinare con sempre maggiore precisione una griglia di validità di una norma dal profilo dell'intertemporalità, mediante una metodologia induttiva, fondata sull'esame di casistica tipica e diversa, sussunta ai concetti generali dell'attività amministrativa, che ne risulteranno conseguentemente adeguati, strutturati e sistematizzati sul piano teorico, applicabili con sempre maggiore pertinenza a fattispeci presentanti alcuni aspetti retroattivi, di un generico e indiretto, fuorviante concetto di retroattività impropria.

È quindi necessario reperire, descrivere ed analizzare questa tipica casistica, che può essere composta dal problema di una modifica legislativa applicata allo stipendio ed alle prestazioni di casse pensioni dei funzionari (importante per la distinzione tra effetto immediato, retroattività e diritti acquisiti), al piano di studio e al regolamento d'esami universitario (utile ai fini della precisazione della distinzione tra retroattività – effetto immediato e della presentazione dei contraddittori interessi in causa), alla regolamentazione dell'esercizio di una professione (che ha soprattutto il pregio di mostrare come il principio dell'effetto immediato possa concretizzarsi in un ventaglio di modalità di applicazione della nuova normativa), alla procedura di autorizzazione nel diritto della costruzione (il cui studio permette di mostrare la necessità di considerare la particolarità della situazione da disciplinare), all'applicazione delle nuove norme di procedura (ove emerge l'importanza di considerare la specificità della normativa da applicare).

3.1.2. Alcune esemplificazioni

3.1.2.1. Stipendio dei funzionari e prestazioni di cassa pensione

Questo tema esemplifica pertinentemente non solo quanto esposto precedentemente in termini generali ma costituisce un caso non scontato di applicazione immediata del nuovo diritto a situazioni che perdurano nel tempo: l'invocazione costante

dei diritti acquisiti in relazione a questa problematica permetterà di chiarire ulteriormente la differenza sostanziale esistente tra effetto immediato e diritti acquisiti.

Lo stipendio dei funzionari rappresenta la principale controprestazione ai loro obblighi verso lo Stato e consiste in una prestazione pecuniaria dall'importo variante a seconda delle classi di reddito [243].

Le prestazioni della cassa pensione costituiscono un diritto del funzionario alla fine del rapporto di servizio: generalmente si tratta di una rendita mensile; conformemente ad una costante giurisprudenza del TF [244], il diritto alla pensione e il diritto al salario posseggono la medesima natura giuridica [245]. I problemi riguardanti il salario o la pensione dei funzionari sono nella pratica costantemente emersi in relazione a diminuzioni di tali prestazioni, decise generalmente nel tentativo di riequilibrare situazioni difficili sul piano finanziario della cassa pensione e, più in generale, dello Stato. In tali circostanze occorre determinare se le nuove norme sancenti la diminuzione delle prestazioni possano applicarsi a tutti gli impiegati statali indiscriminatamente, ai soli impiegati assunti posteriormente alla modifica della normativa in oggetto, oppure se vi siano categorie di funzionari che, in virtù di un diritto acquisito, possano sfuggire ad essa.

Nell'intento di rispondere a tali quesiti occorre innanzitutto evidenziare che le prestazioni salariali o pensionistiche costituiscono dei diritti patrimoniali fondati sul diritto pubblico [246], il che non preclude una loro qualificazione quali diritti acquisiti [247].

[243] Da includere nello stipendio sono anche le prestazioni accessorie indicizzate al caro-vita.

[244] DTF 107 I a 195; JdT 1944 I pag. 388: «La pension de retraite fait, comme le traitement, partie des prestations allouées aux fonctionnaires qui mettent leur activité au service de l'Etat pendant un certain nombre d'années. Elle forme un complément de la rémunération du travail fourni. Par conséquent le droit à la pension est de même essence que le droit au traitement.»

[245] KÖLZ (op. cit., pag. 93) fa una differenza fra queste due prestazioni affermando che nel diritto alla pensione l'elemento contrattuale è molto più grande che nel diritto al salario.

[246] Solo in alcune superate sentenze il TF aveva qualificato le prestazioni ai funzionari come «diritti privati» (DTF 35 I 746; JdT 1944 I 386): in seguito ne ha sempre riconosciuto il fondamento nel diritto pubblico (DTF 67 I 188). Per un'evoluzione storica di questo rapporto cfr. KÖLZ (op. cit., pag. 91).

[247] DTF 74 I 470.

Essa è tuttavia stata negata, in linea di principio, dalla giurisprudenza del TF sin dagli anni trenta in poi[248], per cui il salario e le prestazioni pensionistiche devono essere fissati sulla base dell'assetto legale vigente e di conseguenza sottoposti a variazioni in corrispondenza delle revisioni delle normative[249] che li disciplinano.

Questo principio è temperato dalla possibilità di esistenza di situazioni specifiche, del tutto particolari, in cui a tali diritti può essere eccezionalmente data la qualifica di acquisiti: la giurisprudenza del TF ne ha riconosciuto la sussistenza, innanzitutto quando il legislatore li fissa una volta per tutte affrancandoli esplicitamente dalle eventuali modifiche future della normativa in vigore, e secondariamente quando esplicite assicurazioni in questo senso sono state date ad una persona determinata dall'autorità amministrativa[250].

La prima situazione si verifica quando una normativa dispone che il salario di un funzionario non può essere modificato durante il periodo di servizio, quando prevede che l'importo del diritto alla rendita deve restare invariato oppure quando stabilisce che la modifica intervenuta in una cassa pensione può essere applicata unicamente ai funzionari entrati in servizio successivamente all'adozione della stessa. Un caso di applicazione della seconda situazione è stato ritenuto il rilascio al beneficiario di un'attestazione di rendita in cui era fissato un importo in franchi considerabile parificabile ad una decisione definitiva[251]. Date queste condizioni deve essere ammesso un diritto acquisito a determinate prestazioni salariali o pensionistiche preservate da ogni eventuale modifica pregiudizievole della normativa vigente, fondato sulla garanzia della proprietà privata e, più recentemente, sul principio della protezione della buona fede.

In tutte le rimanenti ipotesi di modifica di tali prestazioni finanziarie, nelle quali non sono adempite le condizioni suddette, la sola protezione concepibile è desumibile dall'art. 4

[248] DTF 83 I 65/JdT 1957 I 577; JdT 1944 I 390; DTF 100 Ia 318; DTF 101 Ia 445; DTF 106 Ia 166.

[249] DTF 70 I 22, 74 I 470, 83 I 65, 100 Ia 318, 101 Ia 445, 106 Ia 166.

[250] Cfr. DTF 70 I 22, 83 I 65, 100 Ia 325, 101 Ia 446, 106 Ia 166, 107 Ia 195. Un esempio di applicazione della prima situazione è la sentenza DTF 67 I 177; un esempio della seconda: DTF 107 Ia 195/197.

[251] Questi esempi sono ripresi dalla sentenza DTF 106 Ia 166.

Cost. che proscrive interventi legislativi gravemente discriminatori, non basati su motivi ragionevoli e fondati[252].

In conclusione, nell'ottica intertemporale, si può constatare che solo nella ipotesi in cui è eccezionalmente ammissibile riconoscere l'esistenza di un diritto acquisito, l'applicazione di una nuova normativa è esclusa nella misura in cui è pregiudizievole agli interessati; negli altri casi solo sulla base dell'art. 4 Cost. e dei principi dell'attività amministrativa deve essere valutata la modalità di efficacia della nuova norma su questo tema.

3.1.2.2. Modifica di un piano di studio e del regolamento d'esami

Il contenuto tipico, dal profilo del diritto intertemporale, di questa modifica può ipoteticamente consistere nell'aumento della durata dei corsi necessari per poter accedere agli esami finali, il che generalmente comporta un cambiamento del programma di studio nei vari anni e pone il problema della determinazione del momento a partire dal quale questa nuova normativa è applicabile o, in altri termini, della definizione del novero di studenti per i quali il prolungamento degli studi, coincidente con la riforma degli stessi, diviene obbligatorio.

Diverse sono le soluzioni possibili (tra la sicura applicazione del nuovo regolamento agli studenti che non hanno ancora iniziato gli studi oppure del precedente a chi sta superando gli esami finali), riferite alla situazione di studenti che hanno già subito esami intermedi sotto l'imperio del vecchio regolamento, hanno già frequentato il numero di semestri minimo per presentarsi agli esami senza però essersi ancora iscritti, si sono iscritti, o sono stati ammessi agli esami finali.

Vari autori hanno formulato una soluzione per queste circostanze. Per FORSTHOFF[253] e JELLINEK dirimente per l'applicazione del vecchio o del nuovo regolamento di studio è la circostanza se al momento in cui è intervenuta la modifica del piano di studio l'interessato soddisfaceva alle condizioni d'ammis-

[252] DTF 100 Ia 319; 106 Ia 169; 107 Ia 195: «Toutes les prétentions patrimoniales des fonctionnaires sont en outre protégées contre les mesures du législateur par l'art. 4 Cst. Cette disposition constitutionnelle empêche que les prétentions des fonctionnaires ne soient arbitrairement modifiées, supprimées après coup ou réduites quant à leur montant, et que des atteintes à leurs droits interviennent unilatéralement et sans justification particulière, au détriment de quelques intéressés ou de certaines catégories d'entre eux.»

[253] FORSTHOFF, op. cit., pag. 249.

sione agli esami finali quali erano formulate dal vecchio diritto: in questa ipotesi è applicabile il precedente regolamento [254].

Di avviso diverso sono PETERS e GIACOMETTI, i quali propugnano l'applicabilità del precedente regolamento unicamente agli studenti già iscritti ed ammessi [255] agli esami finali e contestano che esso possa essere applicato in caso di semplice adempimento alle condizioni del precedente regolamento per l'ammissione agli esami.

THOMAS FLEINER [256] invece riserva l'applicazione del nuovo regolamento d'esami ai soli studenti che si immatricoleranno successivamente.

In un altro testo questo medesimo autore [257] a proposito della modifica di un regolamento per l'ottenimento del titolo di dottore, mette in rilievo come l'organo competente per decidere l'entrata in vigore debba accordare un periodo di tempo adeguato e sufficiente affinchè gli studenti, che hanno già iniziato il loro lavoro di tesi, possano portarlo a termine ancora sotto l'imperio del precedente assetto legale.

Il TF ha avuto recentemente occasione di pronunciarsi [258] sull'applicazione di una nuova legge zurighese sulla formazione degli insegnanti che prevedeva un aumento della durata del periodo di studio di un anno e 4 mesi. Il Consiglio di Stato aveva previsto l'applicazione della nuova legge anche a studenti che già avevano intrapreso questa formazione, prima dell'adozione

[254] Nell'esempio formulato, di un aumento del numero di semestri minimi per l'ammissione agli esami finali da 6 a 8, la nuova normativa sarà applicabile a tutti gli studenti dei primi 6 semestri; coloro i quali hanno già frequentato almeno 6 semestri, come pure quelli già iscritti e quelli già ammessi agli esami, potranno terminare i loro studi con il vecchio regolamento: «Das Ergebnis will aber nicht befriedigen, da der Student im Vertrauen auf die alte Prüfungsordnung studiert hat. An die Stelle des endgültig entstandenen Rechtes auf die Prüfung muß hier die Erfüllung aller zur Zulassung zur Prüfung alten Stiles führenden Voraussetzungen treten. Wer also bei Inkrafttreten der neuen Ordnung sechs Semester studiert hat, fällt nicht unter die neuen Bestimmungen.» (JELLINEK, op. cit., pag. 143)

[255] Su questo punto i due autori divergono: GIACOMETTI (Allgemeine Lehren, pag. 187 nota 27) usa il termine «angemeldet» (iscritti), mentre PETERS (op. cit., pag. 82) si riferisce a «diejenigen die durch Verwaltungsakt bereits zur Prüfung zugelassen sind».

[256] FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, No. 34, pag. 33: «Eine bestimmte Rückwirkung kommt aber auch einem Examensreglement zu, das zwar für die Zukunft gilt, aber bereits auf Studenten angewendet wird, die bei Inkrafttreten des Reglementes immatrikuliert sind und deren Studiendauer dadurch verlängert wird.»

[257] FLEINER-GERSTER, Grundzüge, pag. 51.

[258] DTF 106 Ia 254.

delle nuove norme, ma nel contempo si era preoccupato di formulare un regime transitorio che prevedeva una durata degli studi superiore di 1 anno, rispetto al precedente regolamento, ma inferiore di 4 mesi rispetto al nuovo. L'interesse della sentenza è tale da giustificare un suo esame analitico: nella prima parte del terzo considerando, il TF risponde alla censura di retroattività formulata alla legge zurighese sulla formazione dei maestri: richiamando la distinzione costantemente operata dalla giurisprudenza tra retroattività propria ed impropria, costata che il problema dell'applicazione della legge zurighese ai ricorrenti, costituendo un caso di retroattività impropria, poichè riferito ad una fattispecie non conclusa al momento dell'entrata in vigore del nuovo diritto, non permette quindi di essere risolto in base al principio dell'irretroattività, per cui esso non è di alcuna utilità al fine di stabilire quali siano, in casu, le corrette modalità di efficacia.

Nella seconda parte il TF esclude la sussistenza di diritti acquisiti e dei requisiti per la protezione della buona fede e quindi i motivi atti a paralizzare l'applicazione della normativa a favore del precedente assetto legale [259].

Escluso che si tratti di retroattività, constatata l'assenza di situazioni specialmente garantite, la verifica della conformità della soluzione data dal Consiglio di Stato zurighese ai principi dell'attività amministrativa, peculiarmente al principio di proporzionalità oltre che a quello di interesse pubblico e di uguaglianza, è operata dal TF, nell'ottica della proporzionalità, proteggendo in una certa misura il giustificato affidamento fatto dall'individuo sul perdurare nel tempo delle disposizioni in vigore, nel senso che se la repentina ed ingiustificata modifica dovesse implicare una severità, un rigore nei confronti dei destinatari delle nuove disposizioni, sproporzionate rispetto al senso ed allo scopo delle stesse, annullerebbe tali norme, eventualmente stabilendo specifici criteri giurisprudenziali. Sostanzialmente il TF, nel caso citato, specifica questi criteri sottolineando che se dall'allungamento del piano di studio derivano aggravi della situazione personale e finanziaria degli studenti, essi possono essere considerati determinanti per chi dovesse scegliere questa formazione come secondaria, non per chi l'avesse scelta come principale, per cui decisive divengono

[259] In questa decisione il TF opera ancora la distinzione fra diritti acquisiti e buona fede, che, come visto, sembra superare nelle più recenti decisioni in materia di pretese pecuniarie dei funzionari.

considerazioni di ordine qualitativo[260]; con le nuove disposizioni viene infatti offerta una migliore formazione generale e specifica sul piano pedagogico; d'altronde, in casu, l'eventualità di una modifica era pubblicamente stata discussa da anni, ed inoltre la disposizione transitoria in questione prevedeva un prolungamento della durata solo parziale.

L'esempio surriferito permette da una parte di comprendere le difficoltà inerenti alla nozione di effetto immediato, che comporta l'esigenza di considerare la specificità della fattispecie (curriculum di studio dimensionato su diversi esami) e le particolarità della normativa (modifica della durata del piano di studio); d'altra parte permette da un lato di distinguere recisamente l'effetto immediato dai problemi ad esso connessi, dalla questione della retroattività e da quella dei diritti acquisiti, d'altro lato di sottolineare il ruolo preponderante dell'applicazione dei principi di proporzionalità e di interesse pubblico.

3.1.2.3. La regolamentazione dell'esercizio di una professione

L'insieme delle normative disciplinanti l'esercizio delle differenti professioni ha il suo referente nella libertà di commercio e

[260] L'argomento utilizzato dal TF, consistente nel dire che la scelta di una formazione è fondata su riflessioni qualitative più che sulla durata dello studio, non è generalizzabile: si pensi ad esempio al caso degli studenti universitari che dispongono di una scelta tra le varie possibilità offerte dalle diverse facoltà esistenti in Svizzera per una medesima disciplina: essi opereranno questa scelta fondandosi essenzialmente su tre dati per loro determinanti: la durata dello studio, la qualità ed il contenuto dei corsi e l'organizzazione degli esami. Questa valutazione è effettuata dallo studente prima di iscriversi ad una facoltà, per cui è evidente che una modifica di tali premesse, decisa unilateralmente da una Università, applicata anche allo studente già iscritto, è suscettibile di incidere gravemente, sproporzionata ed inaspettatamente sulle condizioni di studio di questi, caratterizzate dalla necessità di seguire i corsi e di presentare gli esami. Un esempio di modifica modulata, che tiene ragionevolmente in considerazione queste esigenze contrapposte, può essere offerta dalle disposizioni transitorie del «Règlement sur l'octroi de la licence et du doctorat en droit du 11 mai 1973 de la Faculté de droit et des Sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg, Suisse», art. 37:

«Ce règlement est applicable à tous les étudiants immatriculés dès le semestre d'hiver 1973–1974 à la Faculté de Droit et des Sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg comme étudiants de la section juridique.

Dès le semestre d'hiver 1978–1979, ce règlement s'appliquera à tous les candidats. Toutefois, ceux qui ont obtenu leur licence sous l'empire des prescriptions antérieures y demeurent soumis s'ils s'inscrivent au doctorat auprès du doyen dans les deux ans qui suivent l'octroi de la licence.»

di industria, garantita dall'art. 31 cpv. 1 Cost., che assicura ad ogni persona il diritto di scegliere e di esercitare liberamente un'attività lavorativa privata [261].

Restrizioni a questa libertà possono essere arrecate ai fini della salvaguardia dell'ordine pubblico [262]: in particolare i Cantoni possono subordinare l'esercizio di talune professioni all'ottenimento di un'autorizzazione o/e ad una prova di capacita [263]. Quest'ultimo tema è di seguito trattato, nell'ottica rivolta ad estrapolare unicamente gli aspetti intertemporali, connessi sia all'introduzione di un'autorizzazione nell'esercizio delle varie professioni, ove prima non fosse richiesta, sia alla modifica delle condizioni cui adempiere per ottenerla, nelle professioni dove preesisteva questo regime autorizzativo [264].

Al momento dell'introduzione di un'autorizzazione o di nuove condizioni per il suo ottenimento, il problema principale, nell'ottica del diritto amministrativo intertemporale, è determinare quale sarà la sorte di coloro che già praticano la professione in questione, conformemente alle precedenti normative, quali le soluzioni prospettabili fra quelle estreme (la sottomissione di tutti alla mutata situazione giuridica o la delimitazione dell'applicazione delle nuove esigenze unicamente a nuovi condidati) ed altre intermedie, di cui alcune sono descritte qui di seguito in ordine di rigore decrescente, evitte dalla giurisprudenza federale.

La Legge vodese del 24 novembre 1941 sulla professione di maestro di sci, nella sua versione modificata datata 13 settembre 1967 [265], prevedeva, per i maestri patentati, l'obbligo di frequenza di un corso per l'ottenimento della carica di direttore di scuole di sci. L'obbligo di possedere l'attestato rilasciato previa frequenza al corso incombeva a tutti indistintamente; in

[261] MARTI, op. cit., p. 51; AUBERT, Droit constitutionnel, vol. II, No. 1871, pag. 669.

[262] FLEINER/GIACOMETTI, op. cit., pag. 303 seg.

[263] Per le professioni liberali questa possibilità è specialmente prevista all'art. 33 cpv. 1 Cost; per le altre professioni si ricorre all'art. 31 cpv. 2 Cost. (FAVRE, op. cit., pag. 377).

[264] Omettiamo pertanto scientemente di occuparci del punto, spesso cruciale, a sapere se la restrizione all'esercizio di una determinata professione risponda a imperativi dettati dalla salvaguardia dell'ordine pubblico oppure di politica economica.

[265] Recueil des lois, décrets, arrêtés et autres actes du gouvernement du Canton de Vaud, tome 164/1967 pag. 271 seg.

questo caso si è ritenuto che la situazione di quelli che già esercitavano non meritava protezione particolare[266].

La professione di ottico è stata regolamentata, a Ginevra, solo a partire dal 1964[267]. In particolare da allora si esige il diploma federale di maestria per l'applicazione e la riparazione delle lenti a contatto. A queste nuove esigenze sono sottoposti tutti indistintamente ed in particolare, nel caso giudicato dal TF, anche un ottico già installato e che vanti una lunga pratica di 25 anni. Le nuove disposizioni prevedono un lasso di tempo di 5 anni affinchè tutti possano nel frattempo adeguarsi alle nuove prescrizioni. Il TF ha ammesso questa soluzione giudicando inoltre il termine di 5 anni quale sufficiente per tale adeguamento[268].

Il canton Berna ha deciso nel 1969 di sottoporre la professione di chiropratico ad un regime di autorizzazione, per l'ottenimento del quale, è necessario superare un esame cantonale. La nuova normativa[269] contiene una disposizione transitoria, in virtù della quale le persone, che già esercitavano la professione, sono sottoposte ad un esame essenzialmente pratico, diverso da quello ordinario e che può essere superato senza preparazione speciale[270]. Il TF ha considerato questa soluzione compatibile anche con il principio dell'uguaglianza di trattamento in quanto la situazione delle persone già attive nella professione al momento della nuova normativa, quale era il caso dei ricorrenti che la praticavano da oltre 10 anni, è salvaguardata giustamente dal fatto di aver previsto un regime transitorio compren-

[266] DTF 100 Ia pag. 169 seg., 177.

[267] Recueil officiel systématique de la législation genevoise en vigueur, Vol. 7, K 3 2, art. 137 seg.

[268] DTF 103 Ia pag. 272 seg.: «Il peut certes paraître très rigoureux d'astreindre à un examen complet de maîtrise même les opticiens établis ayant déjà pratiqué, peut-être de nombreuses années durant, l'application et l'ajustage des verres de contact. Dès lors, toutefois, que certaines garanties s'avéraient indispensables dans l'intérêt même de la santé publique, on ne saurait reprocher aux autorités genevoises leur volonté de faire en sorte que ces garanties s'appliquent à l'ensemble de la profession. En fixant un délai, relativement long on l'a vu, de 5 ans aux opticiens déjà établis pour s'adapter aux nouvelles exigences, elles ont suffisamment tenu compte de la situation particulière dans laquelle se trouvaient ces derniers.» (pag. 279)

[269] Bulletin des lois, décrets et ordonnances du Canton de Berne, année 1969 pag. 169 seg.

[270] Art. 20 dell'«Ordonnance du Conseil exécutif du Canton de Berne, du 1er juillet 1969».

dente invero un esame, ma meno esigente e con meno requisiti di quello ordinario[271].

Il Consiglio di Stato del Cantone Ticino ha introdotto nel 1979 un regime di autorizzazione per le professioni di psicologo e di psicoterapeuta[272]: l'autorizzazione è subordinata al possesso di un diploma di studio riconosciuto e all'effettuazione di un periodo di pratica. Tuttavia, in virtù di una disposizione transitoria, le persone già esercitanti queste professioni, ma non adempienti tutti i requisiti previsti dal nuovo regolamento, possono ottenere dall'autorità amministrativa competente autorizzazioni limitate nel campo di attività, nel luogo e/o nel tempo, a condizione che possano documentare una formazione teorica ed un'esperienza pratica tali da escludere qualsiasi pregiudizio per gli utenti.

Con questa norma la particolare situazione della persona già impegnata nella professione è debitamente presa in considerazione anche se non soddisfa alle condizioni necessarie per il rilascio dell'autorizzazione: in questi casi, in quanto non sussista un rischio per il pubblico (art. 12 in fine), il Dipartimento può accordare un'autorizzazione adattata alle circostanze specifiche ed alle peculiarità e capacità professionali del candidato.

Questa norma contempera quindi adeguatamente due interessi contraddittori: dello Stato a promuovere e salvaguardare l'ordine pubblico e la salute dei pazienti; della persona già professionalmente attiva a poter continuare la sua attività[273].

Il canton Vaud aveva adottato una normativa sul riconoscimento del titolo di architetto[274], prevedente, per il titolare di un diploma rilasciato da una scuola tecnica superiore, l'obbligo di sottomettersi ad una prova di capacità cantonale e la transitoria esenzione da questo obbligo per i titolari di un tale diploma che esercitavano da oltre tre anni nel Cantone, all'entrata in vigore delle nuove disposizioni. Anche questa soluzione, approvata

[271] DTF 96 I pag. 138 seg., in specie pag. 142–144.

[272] Regolamento del Consiglio di Stato del 4 settembre 1979 concernente l'esercizio della professione di psicologo e di psicoterapeuta (Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino, vol. V 206d), art. 3, 4 e 5.

[273] Il Tribunale federale ha riconosciuto la costituzionalità del decreto con sentenza pubblicata nella RDAT 1982, No. 51, pag. 108 seg.

[274] Loi du 5 février 1941 sur la police des constructions (Recueil des lois, décrets, arrêtés et autres actes du gouvernement du Canton de Vaud, 1941, pag. 78 seg.).

dal TF, commisura adeguatamente ««une certaine situation acquise» delle persone già attive nella professione, che accedono automaticamente al titolo di architetto, e le responsabilità dell'autorità statale[275].

Interessante, anche per la presa in considerazione di ulteriori criteri giuridici, l'introduzione di un art. 30bis nella Legge sull'esercizio delle professioni mediche nel canton Zurigo, che permette agli odontotecnici, previo superamento di un esame speciale, di effuttuare interventi, in specie su protesi dentarie sul paziente, contrariamente alla precedente normativa che vietava loro tali interventi[276]. A tale prescrizione è aggiunta anche una disposizione transitoria ai sensi della quale sono dispensati da detto esame gli odontotecnici che adempiono le condizioni cumulative, consistenti nell'aver esercitato questa attività e effettuato queste operazioni da diversi anni e nell'essere esposti al pericolo di ritorsioni di carattere commerciale a seguito del loro impegno personale profuso in favore dell'adozione della nuova normativa.

La Corte di diritto pubblico ha negato validità alla prima condizione considerando che un'attività praticata illegalmente, anche se durata anni, non è idonea a fornire la prova delle capacità professionali del candidato, proprio perchè sfugge a qualsiasi controllo e, inoltre, che essa crea una disparità di trattamento, privilegiando a detrimento di chi aveva ossequiato il precedente regolamento, astenendosi dall'esercitare le operazioni in questione vietate, coloro che l'avevano illegalmente violato per anni[277].

Quest'ultima decisione, risolta, principalmente con l'ausilio dei principi di legalità e di parità di trattamento[278], dimostra bene (unitamente ai precedenti casi esposti, la soluzione dei quali venne offerta dall'utilizzazione del criterio di proporzionalità nonchè dalla chiarificazione della distinzione concettuale da operarsi in riferimento al tema dei diritti acquisiti e della buona fede, aventi come detto carattere pregiudiziale) che solo riferen-

[275] DTF 86 I 325.

[276] Si trattava di un'Ordinanza del Consiglio di Stato zurighese che datava del 1949.

[277] DTF 86 I 281 seg./JdT 1961 I pag. 361 seg., pag. 367.

[278] Nell'ordine graduale proposto rimarrebbe da trattare solo il caso dell'applicazione della nuova normativa unicamente a destinatari interessati, dopo l'entrata in vigore della stessa, ad esercitare una determinata professione. Tale ipotesi, in realtà, non presenta particolare carattere intertemporale.

dosi a tali principi cardine dell'attività amministrativa è possibile pervenire ad una giuridicamente corretta delimitazione dell'applicabilità nel tempo di una nuova normativa in relazione al precedente assetto legale ed alle fattispeci in fieri oggetto del loro comune campo di applicazione.

Più specificamente si può riassumere quanto esposto sottolineando che le misure limitative dell'esercizio di una professione devono necessariamente contemperare esigenze diverse, la salvaguardia dell'ordine pubblico, intesa anche nel senso della tutela della sicurezza e della salute pubblica ma ad esclusione di finalità di politica economica, con la libertà di commercio e di industria, nel suo corollario del diritto all'esercizio di una professione, la cui legittimità deve fondarsi sulla prova delle attitudini specificamente richieste, che può essere prodotta sia dal superamento di un esame di capacità, sia, a determinate condizioni riferite alla peculiarità della situazione e della finalità e importanza della modifica legislativa, dalla dimostrazione di una sufficiente esperienza professionale. Ovviamente, in questa delicata operazione, notevole rilievo assumono i principi di proporzionalità [279] e di interesse pubblico, in riferimento al quale la giurisprudenza federale ha sempre più affinato e cristallizzato particolari precisazioni.

3.1.2.4. L'applicazione di nuove norme di procedura

Nelle situazioni di successione nel tempo di norme procedurali, occorre determinare il momento a partire dal quale esse divengono efficaci e, in particolare, la loro applicabilità alle cause pendenti. La diversità e l'eterogeneità dei diversi istituti processuali, la specificità dell'ambito materiale a cui essi vanno riferiti, rappresentano la caratteristica del problema e frustrano sostanzialmente l'intenzione di elaborare una regola generale.

È ben vero che la giurisprudenza, la dottrina e la pratica ammettono l'applicazione delle nuove norme di procedura alle cause pendenti [280] (e che una tale soluzione è anche ammessa in Germania [281] ed in Francia [282]); d'altronde non pertinente

[279] Cfr. anche MULLER, op. cit., pag. 195 seg., in specie pag. 225 seg.

[280] DTF 87 I 513, DTF 98 IV 73, ZBl 74/1973 pag. 448; FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, pag. 53, No. 106; GRISEL, Application, pag. 254; FORSTHOFF, op. cit., pag. 252.

[281] PIEROTH, op. cit., pag. 62 e la giurisprudenza ivi citata.

[282] WERNER, op. cit., pag. 760–761: «Il est un terrain où l'application immédiate des textes législatifs et réglementaires n'est pas contestée par les

sarebbe il riferimento alla retroattività, una procedura pendente non costituendo certo una fattispecie definita[283]. Tuttavia, sovente, soluzioni diverse, se non opposte, sono riscontrabili nella pratica e nelle disposizioni transitorie di numerose normative procedurali[284]. Un importante esempio è costituito dalla cifra III delle disposizioni finali della Legge federale del 20 dicembre 1968 modificante l'OG, e dall'art. 81 PA[285].

Esemplificando mediante l'analisi di specifici ambiti normativi si rileva che, per quanto attiene al problema della competenza, le nuove norme non si applicano a procedure pendenti, indipendentemente dal genere di competenza in questione, territoriale, materiale o funzionale[286]. Diversamente la causa dovrebbe essere sottratta all'autorità precedentemente competente per essere demandata ad altra, creando ovvi disagi e ritardi, inoltre contravvenendo al principio di economia processuale.

Per quanto concerne l'applicabilità della nuova normativa alle procedure ricorsuali, può essere, in linea generale[287], ritenuto il principio dell'applicazione delle norme vigenti al momento della decisione oggetto di impugnazione[288]. La giurisprudenza federale precisa questo principio anche se previsto esplicitamente nella nuova normativa in relazione a casi particolari, ad esempio[289] alla disposizione intertemporale adottata in occasione della revisione dell'OG e che dichiara il nuovo testo

jurisconsultes et les praticiens: c'est le domaine des lois et règlements de procédure et de compétence, ... les dispositions légales et réglementaires relatives à la compétence des juridictions ou à la procédure administrative ont un effet immédiat sur les instances en cours, mais certains droits appartiennent aux parties et ne peuvent être altérés par les dispositions nouvelles.»

[283] Altri argomenti che giustificano questa soluzione: FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, pag. 53, No. 106: «Verfahrensregelungen sind in der Regel für die Betroffenen nicht so einschneidend wie materiellrechtliche Vorschriften. Sie sind aber für die Durchführung des geordneten Verfahrens von größter Bedeutung. Deshalb rechtfertigt sich hier eine derart grundsätzliche Anwendung des neuen Verfahrensrechtes auf bereits hängige Verfahren. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht diesem Prinzip nicht entgegen.»

[284] GRISEL, Application, pag. 254.

[285] RU 1969 pag. 776; RU 1969 pag. 805 per l'OG.

[286] FORSTHOFF, op. cit., pag. 252.

[287] Esempio tipico, l'art. 81 della Legge ticinese 19. 4. 1966 di procedura per le cause amministrative (Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino, Vol. 2 No. 77).

[288] WERNER, op. cit., pag. 761.

[289] DTF 95 II 379 seg.

inapplicabile «ai ricorsi o altri rimedi giuridici presentati contro decisioni anteriori alla sua entrata in vigore» [290]. Nella fattispecie la decisione era intervenuta prima ma comunicata dopo l'entrata in vigore della nuova normativa. Il TF si è pronunciato per l'applicazione della precedente normativa, indipendentemente dal fatto che la sua comunicazione fosse intervenuta dopo questo momento [291].

Altri casi, sporadicamente reperibili, presentano grande importanza in relazione indiretta con questa problematica intertemporale, perchè testimoniano ad esempio l'effetto paralizzante, pregiudiziale del principio della buona fede, applicato in un obiter dictum del TF in relazione alle norme transitorie della revisione di alcune disposizioni del Codice di procedura grigionese [292], oppure la necessità di considerare il contenuto della norma in relazione agli interessi contrapposti [293].

3.1.2.5. Problemi intertemporali nel diritto edilizio

Saranno analizzate successivamente le conseguenze che una modifica legislativa comporta su una domanda di costruzione

[290] Cifra III cpv. 2 della Legge federale del 20 dicembre 1968 che modifica quella sull'Organizzazione giudiziaria, RU 1969 pag. 805.

[291] DTF 95 II 380.

[292] La disposizione transitoria prevedeva l'applicazione delle norme sui ricorsi a tutte le decisioni impugnande comunicate dopo la sua entrata in vigore. Nella fattispecie, il Consiglio di Stato aveva omesso di operare una conveniente pubblicazione delle nuove norme, perciò il TF ha giudicato che esse erano entrate in vigore undici giorni dopo la comunicazione della decisione e perciò ha applicato il precedente diritto. Concludendo la sentenza, e dopo aver già ammesso il ricorso, il TF ha aggiunto: «D'ailleurs le recours devrait être admis également pour le motif qu'il est contraire au principe de la bonne foi d'appliquer de nouvelles dispositions sur les voies de recours à des procédures dans lesquelles un jugement de première instance a déjà été rendu, alors que les parties pouvaient admettre jusqu'à la publication de la nouvelle réglementation, intervenant à un moment où le délai de recours est en partie déjà écoulé, que les voies de recours étaient à leur disposition conformément à l'ancien droit.» (DTF 104 I a 167 seg.; JdT 1980 I pag. 54)

[293] In una sentenza del 26 marzo 1975 (DTF 101 I b 245 seg.) il TF, affrontando il tema dell'estensione dell'obbligo di informazione introdotto dalla revisione del 21 marzo 1973 della Lex Furgler, a proposito dell'argomento ricorsuale secondo cui tale obbligo sarebbe riferibile unicamente a fatti avvenuti dopo la sua entrata in vigore, respinge tale tesi dimostrando l'infondatezza della censura di retroattività e affermando che l'obbligo di informazione si riferisce ad ogni fatto e circostanza rilevanti per l'applicazione della Lex Furgler, indipendentemente dal momento in cui essi si sono verificati.

pendente, oppure approvata senza che ancora sia intervenuto l'inizio dei lavori, oppure dopo l'inizio ed anche dopo la fine degli stessi.

3.1.2.5.1. Domande di costruzione pendenti

Tra il momento della presentazione di una domanda di costruzione e quello della decisione dell'autorità competente o dell'autorità di ricorso, può subentrare una modifica della normativa applicabile. Occorre quindi stabilire se l'istanza pendente debba essere decisa in applicazione del diritto vigente al momento del deposito della domanda di costruzione, oppure al momento della decisione o ancora al momento della sentenza ricorsuale.

Il legislatore può disciplinare questo problema con una disposizione speciale come ad esempio nel Regolamento edilizio ticinese[294] che prevede, all'art. 55 cpv. 3, in relazione alla concessione del permesso di costruzione, l'applicabilità del diritto in vigore al momento della decisione sulla domanda[295]; diversamente la Legge edilizia del canton Berna stabilisce, al suo articolo 55 cpv. 1: «Baugesuche sind nach dem zur Zeit ihrer Einreichung geltenden Recht zu beurteilen»[296]. Secondo la giurisprudenza federale entrambe queste soluzioni sono ammissibili[297].

In assenza di disposizione intertemporale specifica, occorre invece far ricorso ai principi generali del diritto amministrativo. Per motivi di chiarezza e di semplificazione del testo, è opportuno distinguere e trattare separatamente la decisione dell'autorità competente ed il giudizio su ricorso.

[294] Regolamento d'applicazione alla legge edilizia del 19.2.1973 (Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino, vol. VI 231 c).

[295] Cfr. SCOLARI, op. cit., pag. 248 No. 19.

[296] Baugesetz del 7 giugno 1970 in Gesetze, Dekrete und Verordnungen des Kantons Bern; Jahrgang 1970, pag. 163 seg., pag. 181.

Per un commento, cfr. ZAUGG, op. cit., pag. 223 seg., in particolare pagg. 224 e 226.

[297] La disposizione ticinese è consona alla costante giurisprudenza del TF che ammette per esempio questa soluzione in relazione ad una norma grigionese dal contenuto identico (DTF 91 I 39 seg./JdT 1966 I 15) e che ne riconosce la validità anche in assenza di norme intertemporali espresse (DTF 85 I 507 seg./JdT 1962 I 585–587).

La seconda soluzione è stata giudicata nella decisione pubblicata nella DTF 99 Ia 60 seg./JdT 1975 I pag. 2 (5).

3.1.2.5.1.1. Decisione di prima istanza

Due sono teoricamente le possibili soluzioni: applicare il diritto in vigore al momento della presentazione della domanda di costruzione oppure optare per l'applicazione del diritto vigente al momento della decisione. Sebbene entrambe le soluzioni siano ammissibili, una prassi cantonale costante[298], approvata dal TF[299] e dalla dottrina[300], ammette l'applicazione della normativa vigente al momento della decisione. La seconda alternativa comporta una soluzione meno idonea al problema posto dalla ponderazione dei differenti e contrapposti interessi, oggetto di tale decisione[301].

Alcune restrizioni limitano la genericità della soluzione di principio suenunciata. La prima si riferisce alle situazioni in cui l'autorità tenta di procrastinare ingiustificatamente una domanda in attesa dell'entrata in vigore del nuovo diritto: simile manovra dilatoria è contraria all'art. 4 Cost., per cui a tali

[298] In senso contrario: STRAUB, op. cit., pag. 152.

[299] ZBl 1961 pag. 131; DTF 87 I 507 seg./JdT 1962 I 587; DTF 90 I 8 seg./JdT 1964 I 597; DTF 91 I 39 seg./JdT 1966 I 15; RDAF 1966 pag. 96/97; DTF 99 Ia 113; 95 I 125: «Come la ricorrente riconosce, non commette, di massima, arbitrio l'autorità che applica ad una domanda di costruzione il diritto vigente al momento della decisione anzichè quello in vigore all'atto della presentazione dell'istanza.»

Un caso particolare è costituito dalla sentenza DTF 102 Ia 243 (244): «Diniego della licenza edilizia; se la domanda di costruzione è conforme al diritto vigente all'epoca in cui è stata presentata, non può essere rifiutata senza violare l'art. 4 Cost. un'indennità per le spese divenute inutili, ove la modifica della disciplina edilizia sia stata determinata dalla presentazione della domanda e il proprietario non abbia potuto prevedere l'intenzione dell'autorità di impedire in tal modo la realizzazione del suo progetto (consid. 7).»

[300] KNAPP, Précis, pag. 78; GRISEL. Application, pag. 251; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 15 II, pag. 96; SCOLARI, op. cit., pag. 248; ZIMMERLIN, op. cit., pag. 428 seg., pag. 433; CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 92.

[301] STRAUB (op. cit., pag. 152–154) sostiene che l'opzione per l'applicazione del diritto vigente al momento in cui è presentata la domanda di costruzione non serve nessuno dei due interessi che generalmente si contrappongono in un conflitto di diritto intertemporale, nè l'interesse del singolo ad essere protetto nella fiducia che aveva riposto sulle vecchie disposizioni, desumibile dalla sicurezza del diritto, nè l'interesse alla tempestiva realizzazione ed applicazione del nuovo diritto oggettivo. L'autore risponde anche all'argomento sovente invocato a sostegno dell'interesse del proprietario riferito al costo di un progetto di costruzione, evidenziando che le spese principali che questi deve sobbarcarsi per ottenere l'autorizzazione sono generalmente precedenti il momento della presentazione della domanda, per cui una modifica della normativa precedente di poco tale momento è altrettanto pregiudizievole dell'ipotesi alternativa.

fattispeci resta applicabile il diritto precedentemente in vigore[302]. Il criterio decisivo di valutazione della tempestività[303] è stato precisato dal TF rilevando che «il ritardo frapposto all'evasione di una domanda di costruzione, conforme al diritto vigente, ma in contrasto con quello in formazione, nell'attesa dell'entrata in vigore di questo, sfugge alla censura di violazione dell'art. 4 Cost. (denegata o protratta giustizia) solo se esso è contenuto nei limiti normali posti dalle esigenze amministrative, limiti che dipendono dalla complessità delle questioni di fatto e di diritto sollevate, nonchè dal numero delle pratiche pendenti»[304].

La seconda restrizione richiama l'esigenza dell'ossequio dei principi dell'attività amministrativa da parte dell'autorità competente per la decisione: in particolare sono qui da ricordare i principi dell'uguaglianza di trattamento e della buona fede[305], quando il privato ha fatto affidamento sulle assicurazioni dategli dall'autorità o su un atteggiamento della stessa che gli faceva nascere precise aspettative.

Pertanto alla domanda di costruzione è applicabile il diritto vigente al momento della decisione, purchè questa sia tempestiva e conforme ai principi dell'attività amministrativa.

3.1.2.5.1.2. Decisione su ricorso

La dottrina prevalente e la prassi cantonale riconoscono l'applicabilità della normativa vigente al momento della decisione definitiva: per questo motivo la modifica del diritto oggettivo sopraggiunta tra la prima decisione e quella su ricorso determina il giudizio dell'autorità di ricorso[306], per cui, in altri termini, quando la domanda è esaminata successivamente da più autorità, determinanti sono le prescrizioni vigenti al momento della costatazione operata dall'ultima istanza avente piena cognizione del fatto e del diritto[307].

[302] GRISEL, Application, pag. 253; ZIMMERLIN, op. cit., pag. 436; SCOLARI, op. cit., pag. 249; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 15, II, pag. 97.

[303] STRAUB (op. cit., pag. 156): «Die generell-intertemporalrechtliche Regel muß somit präzisiert werden: Das zur Zeit der rechtzeitig erfolgenden Gesuchserledigung in Kraft stehende Recht ist anwendbar».

[304] DTF 100 I a pag. 152.

[305] Per l'uguaglianza di trattamento, crf. DTF 95 I 125 seg.; per la buona fede cfr. SCOLARI, op. cit., pag. 249, No. 23.

[306] GRISEL, Application, pag. 251; SCOLARI, op. cit., pag. 248; ZIMMERLIN, op. cit., pag. 433; CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 92; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 15, II, pag. 97.

[307] DTF 87 I 507 seg./JdT 1962 I 587; RDAF 1966 pag. 97; DTF 107 I b 86.

Questo principio generale deve tuttavia essere precisato nel senso che esso è subordinato alla ricevibilità del ricorso [308], alla facoltà processuale dell'istanza superiore di sostituire compiutamente il proprio giudizio a quello dell'istanza inferiore, non essendo essa limitata ad esempio alla verifica della sola legalità della decisione [309]. Infine è il diritto precedentemente in vigore che deve essere applicato dall'autorità di ricorso anche nel caso in cui prima del suo giudizio fosse entrata in vigore la nuova normativa, quando l'autorità competente abbia scientemente, illegalmente rifiutato l'autorizzazione a costruire confidando nell'entrata in vigore del nuovo diritto nelle more della procedura ricorsuale [310].

STRAUB [311], a queste inflessioni, aggiunge analiticamente altri casi in cui è da preferirsi l'applicazione del precedente assetto

[308] STRAUB, op. cit., pag. 165; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 15, II, pag. 97.

[309] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 15, II, pag. 97; GRISEL, Application, pag. 253; STRAUB, op. cit., pag. 164; FRITZ FLEINER, Institutionen, pag. 90 nota 81.

[310] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 15, II, pag. 97; ZIMMERLIN, op. cit., pag. 436/7.

[311] Oltre ai casi citati, in cui deve essere applicato il precedente diritto, già messi in luce anche dagli autori che sostengono l'applicazione del nuovo, STRAUB (op. cit., pag. 160) ne distingue diversi altri, quali l'ipotesi in cui nella prima decisione l'autorità abbia applicato il nuovo diritto allorquando questo non era ancora in vigore, oppure il caso di ricorso contro l'autorità che ha procrastinato ingiustificatamente la decisione, oppure ancora la situazione di ricorsi aventi per oggetto il quesito a sapere se nella prima decisione avrebbe dovuto essere applicato il diritto precedentemente in vigore o il nuovo.

Richiamando l'esigenza di tempestività e sottolineando la circostanza che il ricorso può essere presentato da un terzo, l'autore conclude per l'applicazione del precedente assetto legale.

Egli presenta infine il caso, forse limite, di una domanda a ragione respinta dalla prima istanza poichè non conforme ad un'esigenza del diritto vigente; pendente il ricorso, tuttavia, una modifica legislativa sopprime tale esigenza ma nel contempo formula ulteriori requisiti che la domanda in oggetto non soddisfa. Nella necessaria scelta di fondo tra l'applicazione del precedente diritto (comportante una reiezione dell'autorizzazione) o l'applicazione del nuovo, solo in quanto sia più favorevole (e quindi l'accoglimento della domanda) oppure l'applicazione della nuova normativa nel suo complesso (con la conseguenza della reiezione della domanda), l'autore rinuncia alla formulazione di principi, evidenziando la necessità di valutare la particolarità del caso specifico. Si può rilevare che il quesito può essere risolto con criteri legati al diritto procedurale, con particolare riferimento al minore formalismo nel campo amministrativo, ed al principio di economia di giudizio, per cui determinante diviene l'importanza dell'interesse pubblico contenuto nelle modifiche inserite nella nuova legislazione, contrapposto all'aggravio provocato all'istante dall'obbligo cui sarebbe sottoposto di presentare una nuova domanda di costruzione.

legale; costatando inoltre che l'istituzione del diritto di ricorso non ha la finalità precipua di tutelare l'interesse ad una pronta e rapida attuazione del nuovo diritto oggettivo e che la realizzazione di questo interesse non può certo dipendere dall'introduzione o meno di un ricorso, ovvero da un incidente procedurale, l'autore perviene alla conclusione della non applicabilità, in linea di principio, del nuovo diritto [312].

Il TF ha dovuto pronunciarsi sul medesimo problema nell'ambito del ricorso di diritto amministrativo, applicando la Legge federale dell' 8 ottobre 1971 contro l'inquinamento delle acque [313] e più recentemente la Legge federale sulla pianificazione del territorio [314].

In entrambe le situazioni, constatata l'assenza di disposizioni transitorie e la conseguente necessità di far capo ai principi generali, l'Alta Corte ha forgiato un principio ed una eccezione [315]; il primo, fondato sul sillogismo per cui la legalità di un atto amministrativo dovendo essere valutata sulla base del diritto vigente al momento in cui questo è stato adottato e tendendo il ricorso di diritto amministrativo innanzitutto al controllo della legittimità del giudizio impugnato, comporta la conseguenza che la Corte si limita ad esaminare la conformità di detto giudizio con il diritto in vigore all'atto della sua emanazione [316], per cui le modifiche legislative intervenute durante la procedura di ricorso sono irrilevanti [317]; il TF rinuncia così all'applicazione di una nuova normativa come prima ed unica istanza quando non dispone di un pieno potere di controllo dal profilo dell'apprezzamento [318]. L'eccezione è sottoposta alla sussistenza di tre condizioni cumulative.

La prima risiede nell'esistenza di motivi impellenti, di «zwingende Gründe» a favore di una subitanea applicazione del nuovo diritto [319], ammessa riguardo alla Legge federale contro

[312] STRAUB, op. cit., pag. 167, 181.
[313] RS 814.20 (LFIA).
[314] RS 700 (LPT).
[315] Su questo punto l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di diritto amministrativo ha smentito le previsioni di GRISEL, Application, pag. 252.
[316] Cfr. art. 104 OG (RS 173.110).
[317] DTF 106 I b 326; ZBl 82/1981 pag. 278–279.
[318] GHIRINGHELLI, op. cit., pag. 354. L'autore espone anche la prassi delle istanze cantonali d'applicazione della LPT (pag. 355).
[319] DTF 106 I b 326: «Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes ist grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen, während nachher eingetretene Änderungen unberücksichtigt bleiben müssen... Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn zwingende Gründe dafür bestehen, daß das neue Recht sogleich zur Anwendung kommt.»

l'inquinamento delle acque: il TF ha giudicato che «le renforcement de la protection des eaux et des mesures contre leur pollution étant considéré comme tâche nationale, urgente et d'une importance capitale», la sua applicazione non poteva soffrire ritardi [320]; l'esistenza di tali motivi è invece stata negata in relazione alla immediata applicazione della Legge federale sulla pianificazione del territorio [321].

La seconda condizione, concernente la latitudine del potere di cognizione del TF, che deve essere esplicitamente accentuato rispetto a quello ordinario [322], è ossequiata dall'art. 10 LFIA, che permette al TF di verificare «l'adeguatezza» delle decisioni impugnate, ma non dalla Legge sulla pianificazione del territorio, che peraltro prevede, all'art. 33 cpv. 3 lit. b), l'istituzione di una giurisdizione cantonale con libera cognizione del fatto e del diritto [323]. Terza ed ultima condizione è il rispetto dei principi dell'attività amministrativa [324], quali quelli espressi precedentemente. La conseguenza giuridica legata alla realizzazione delle tre condizioni cumulative sopraenunciate è l'ammissione di una situazione eccezionale e l'applicazione della nuova normativa alle cause pendenti [325].

3.1.2.5.1.3. Permesso di costruzione preliminare

Trattasi di un istituto forgiato a livello legislativo a seguito dell'uso invalso nella pratica di ottenere affidamenti [326] dall'autorità competente sulla compatibilità con la legislazione vigente delle principali caratteristiche di un progetto di costruzione. La

[320] DTF 101 I b 299; DTF 99 I a 125; DTF 99 I b 153; DTF 101 I b 412: in questa ultima sentenza il TF ha comunque ritenuto l'esistenza di motivi imperiosi (e perciò la subitanea applicazione) solo per le norme fondate sull'ordine pubblico (art. 2 del titolo finale CC) quali gli art. 19 e 20 della LFIA (RS 814.20): le altre disposizioni non fondate sull'ordine pubblico non trovano applicazione nelle procedure pendenti.

[321] DTF 106 I b 326, 327; ZBl 1981 pag. 279.

[322] Art. 104 OG.

[323] DTF 106 I b 327.

[324] DTF 101 I b pag. 297: il TF, dopo aver ammesso che la LFIA si applica alle cause pendenti, sottomette la fattispecie in giudizio al vecchio diritto, giudicando che l'evasione della domanda di costruzione aveva subito importanti ritardi imputabili alle autorità (pag. 300/301).

[325] DTF 106 I b 326/327; ZBl 82/1981 pag. 279; DTF 101 I b 299/300, DTF 99 I b 153; DTF 99 I a 125.

[326] Tuttavia non opponibile a terzi interessati ma non coinvolti nella procedura di concessione del permesso preliminare (cfr. RDAT 1982 No. 63, pagg. 141–142).

sua ratio particolare consiste nell'esigenza di evitare al proprietario ingenti spese per la realizzazione di progetti di dettaglio per importanti interventi edilizi e di offrire al cittadino precisi ed affidabili riferimenti giuridici ed interpretativi nel caso fossero in corso riforme pianificatorie[327]. La particolarità di questo istituto, nel diritto intertemporale, è costituita dal fatto che con la decisione preliminare l'autorità vincola il proprio giudizio, reso sulla base del diritto vigente, anche per un certo periodo futuro, escludendo l'eventuale applicazione di altra nuova normativa[328].

3.1.2.5.2. Modifica legislativa posteriore al permesso, precedente l'inizio dei lavori

Il permesso di costruzione non crea, per il suo titolare, un diritto acquisito ma si limita a constatare la conformità del progetto di costruzione alle norme vigenti[329]; fino al momento dell'inizio dei lavori, il permesso può essere modificato o revocato qualora risultasse in contrasto con nuove disposizioni successivamente entrate in vigore[330].

Questa modifica o revoca può risultare da disposizioni espresse, oppure, in loro assenza, dalla ponderazione dei due interessi in causa, ad una repentina applicazione del nuovo diritto, da una parte, alla tutela della sicurezza del diritto, dall'altra. Quest'ultimo principio prevale quando l'atto amministrativo ha creato un diritto soggettivo, quando esso è stato emanato a seguito di una procedura d'opposizione contraddittoria prevista al fine di garantire un esame dell'interesse pubblico in tutti i suoi aspetti[331], infine quando il privato esercita un diritto accordatogli specificamente[332], mentre quando il per-

[327] Cfr. SCOLARI, op. cit., pag. 270 seg.

[328] A meno che il contrario non risulti da specifici disposti; STRAUB, op. cit., pag. 149.

[329] Nello stesso senso: ZIMMERLIN, op. cit., pag. 437; CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 91.

[330] SCOLARI, op. cit., pag. 251 No. 31.

[331] Contra Rep. 1975 pag. 63, in relazione a una fattispecie particolare: «Una licenza di costruzione non ancora utilizzata può essere revocata, in particolare per tener conto della nuova legislazione in materia di protezione delle acque, anche se la licenza sia stata accordata dopo uno studio completo della situazione di fatto e di diritto anteriore all'entrata in vigore delle nuove disposizioni.»

[332] DTF 79 I 1 seg./JdT 1954 I 158; DTF 94 I 336 seg./JdT 1969 I 298.

messo è stata ottenuto arbitrariamente, deve essere sempre data la preferenza all'applicazione del diritto oggettivo [333].

Con l'ottenimento del permesso di costruzione, il proprietario è autorizzato ad iniziare i lavori, il che tuttavia non può avere effetto indilatamente: per evitare che un'autorizzazione si prolunghi eccessivamente nel tempo, paralizzando nel caso specifico l'attuazione di eventuali nuove normative, alcuni Cantoni hanno fissato un termine di validità, oltrepassato il quale, l'autorizzazione decade se il beneficiario della licenza non si è premurato di iniziare i lavori di edificazione prima dello scadere di questo termine [334]. Qualora il diritto cantonale non enunciasse alcuna norma limitativa della validità del permesso, le autorità cantonali possono considerare, quale motivo di revoca [335], l'omissione dell'inizio dei lavori entro un termine di tempo ragionevole [336].

Nel caso di mancato inizio dei lavori (poco importa se per motivi di ordine oggettivo o soggettivo) è data al titolare del permesso la facoltà di chiederne il rinnovo, che può tuttavia essere concesso dall'autorità competente solo in applicazione

[333] ZIMMERLIN, op. cit. pag. 438: «In diesem Sinne muß die rückwirkende Anwendung neuer Bauvorschriften und Pläne auf erteilte Baubewilligungen vor Baubeginn bejaht werden. Die Rückwirkung ist vor allem dann gerechtfertigt, wenn die Baubewilligung mißbräuchlich erwirkt worden ist.»

[334] STRAUB, op. cit., pag. 146/147 riferisce il termine di 2 anni previsto dalla legislazione zurighese. Di particolare interesse, sul piano intertemporale, l'esplicitazione dei principi suddetti ancorata nella legislazione ticinese all'art. 47 LE, il quale prevede: «La licenza e l'autorizzazione di costruzione ha la durata di un anno calcolato a partire da quando assume carattere definitivo. La licenza e l'autorizzazione di costruzione può essere rinnovata dall'Autorità concedente. Se nel frattempo vengono modificate le norme applicabili deve essere osservata la procedura per la concessione.»

[335] Il tema della decadenza ope legis oppure della necessità della revoca formale dell'autorizzazione è di difficile soluzione; il TF, contrariamente all'opinione del Tribunale amministrativo ticinese, applicando l'art. 60 cpv. 5 RE del seguente tenore: «Il permesso può essere revocato, previa diffida, se i lavori non vengono proseguiti nei modi e nei termini usuali. L'autorità può in tal caso esigere il ripristino della situazione anteriore», ha ritenuto che: «Contrariamente alla prassi del TRAM (cfr. RDAT 1977 N. 60) la norma non sancisce la decadenza ope legis della licenza. Pertanto la decisione dell'Autorità comunale non ha valore di mero accertamento della decadenza bensì costituisce revoca della licenza; nell'art. 60 cpv. 5 va quindi scorta una riserva di revoca della licenza edilizia.» (RDAT 1981, No. 62, pag. 116 seg.)

[336] STRAUB, op. cit., pag. 147.

del diritto in vigore a quel momento[337] e, in caso di modifica dello stesso, subordinandolo all'esperimento dell'integrale procedura ordinaria[338].

Un caso particolare è rappresentato dalla domanda di variante di licenza edilizia inoltrata dopo l'ottenimento di un'autorizzazione a costruire prima o anche durante i lavori di costruzione, mediante la quale il proprietario sollecita l'autorizzazione ad effettuare una parziale modifica all'opera rispetto al progetto originario. Una modifica della normativa vigente può intervenire tra il momento del rilascio dell'autorizzazione originaria ed il momento del deposito della domanda di variante, oppure tra questo momento e la decisione sulla variante. Conformemente ai principi generali, anche la variante di licenza edilizia è sottoposta alla norma vigente nel momento della decisione, quindi, nel caso di successioni di normative, deve essere applicato il nuovo diritto[339].

3.1.2.5.3. Modifica legislativa posteriore all'inizio, anteriore alla fine di una costruzione

L'inizio dei lavori di costruzione, costituendo un fatto giuridicamente rilevante, in quanto da una parte rende più difficile la revoca dell'autorizzazione, d'altra parte, nei casi in cui non è previsto un regime autorizzativo, determina il diritto applicabile alla costruzione, è stato ampiamente trattato da dottrina e giurisprudenza che hanno elaborato criteri oggettivi e soggettivi per precisarne la nozione[340]. I criteri oggettivi concernono la situazione reale, le effettive modifiche fisiche arrecate ad un fondo in vista della costruzione, il ritmo al quale procedono i lavori[341]; quelli soggettivi riguardano l'atteggiamento del

[337] La validità di questa regola è stata riconosciuta anche esplicitamente dal TF: cfr. BORGHI, op. cit., pag. 270 No. 699: «Il nuovo diritto va applicato dal giorno della sua entrata in vigore, ciò che è in armonia con l'esigenza della certezza del diritto nè contraddice la natura del rinnovo di una licenza edilizia: non è certamente iniquo applicare ad esso, che deve valere come nuova licenza, le disposizioni entrate in vigore nel frattempo e destinate a garantire una disciplina edilizia più consona agli interessi generali.»

[338] RDAT 1980 no. 39, pag. 236.

[339] RAMPINI, op. cit., pag. 211.

[340] STRAUB, op. cit., pag. 141; ZIMMERLIN, op. cit., pag. 432 nota 9. Per i casi in cui non è prevista un'autorizzazione a costruire, cfr. STRAUB, op. cit., pag. 128 seg.

[341] CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 90; alcuni esempi sono indicati in ZIMMERLIN, op. cit., pag. 432 nota 9; BORGHI, op. cit., p. 268–269 No. 696; sulla rilevanza della demolizione in vista della costruzione, cfr. SCHEERBARTH, op. cit., pag. 364; cfr. anche DTF 90 I 15.

costruttore, la valutazione della circostanza se abbia in buona fede e seriamente intrapreso i lavori di costruzione, oppure se manifesti unicamente il tentativo di manovre dilatorie intese a prevenire, nel contempo compromettere, l'applicazione di un diritto in gestazione [342]. Questi elementi soggettivi sono sovente valutabili solo dopo l'inizio materiale dei lavori, sulla base del comportamento del proprietario [343], ed attengono alle motivazioni di ordine personale, al movente reale del comportamento di questi: in caso di sussistenza di motivi validi, scevri di ogni carattere defatigatorio, l'inizio dei lavori sarà considerato come avvenuto; per contro i motivi soggettivi invocati a giustificazione di una sospensione o di un mancato inizio dei lavori sono ininfluenti [344]. L'avvenuto inizio dei lavori trasforma il permesso di costruzione da un'autorizzazione in principio revocabile, quale era al momento del suo rilascio, in un'autorizzazione in principio irrevocabile [345]; riprendendo il concetto di commisurazione relativa degli interessi in causa, si può ritenere che dal momento dell'inizio dei lavori l'interesse del singolo e la tutela della sicurezza del diritto, divengono sempre più prevalenti, quanto più la costruzione progredisce, quanto più ad esempio il titolare del permesso di costruzione ha assunto oneri finanziari, tutelati anche, a certe condizioni, dalla garanzia della proprietà privata [346]. Pertanto la revoca totale del permesso di costruzione

[342] STRAUB, op. cit., pag. 139–140; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 41, V, pag. 253; ZIMMERLIN, op. cit., pag. 438.

[343] In questo contesto, l'esempio tipico è il proprietario che inizia i lavori di costruzione 2 giorni prima dell'approvazione di una nuova normativa comunale per poi, in seguito, lasciarli languire per mesi; (ZBl 66/1965, pag. 498/499), commentato a lungo da STRAUB, op. cit., pag. 139–140.

[344] «La legge non ha invero condizionato l'adozione del provvedimento di cui in rassegna ad una valutazione dei motivi (veri o pretestuosi) avanzati dal costruttore a giustificazione del ritardo nella prosecuzione ed ultimazione delle opere» (RDAT 1977 No. 60 pag. 122).

[345] ZIMMERLIN, op. cit., pag. 438: «Mit dem gutgläubigen Baubeginn wird die Baubewilligung in dem Sinne grundsätzlich unwiderruflich, als ein Zurückkommen auf sie nur möglich ist, wenn sie in «besonders schwerwiegender Weise gegen das materielle Recht verstößt und damit wichtige öffentliche Interessen verletzt»; IMBODEN/RHINOW, op. cit. No. 41, V, pag. 253; STRAUB, op. cit., pag. 145: «mit dem Baubeginn sind in der Regel die dem Widerruf entgegenstehenden privaten Interessen erheblich, und sie sind um so gewichtiger, je weiter die Bauarbeiten fortgeschritten sind.»

[346] ZBl 66/1965, pag. 498/499: «Daß die Anwendbarkeit des neuen Rechts dergestalt auf noch nicht begonnene Bauten beschränkt wird, entspricht dem (aus dem Gebote der Rechtssicherheit und aus der Eigentumsgarantie fließenden) Grundsatz, daß der Bauherr, der im Vertrauen auf eine gegebene Rechtslage ins Gewicht fallende Mittel für die Ausführung der Baute

è ammissibile solo, nel rispetto dei principi dell'attività amministrativa, quando questo contrasta gravemente con il diritto materiale ledendo nel contempo un interesse pubblico rilevante[347]; essa generalmente comporta la concessione di un indennizzo al proprietario.

Anche per questo motivo, molto più frequente è la revoca parziale del permesso di costruzione, destinata ad adattarlo alle esigenze formulate dal nuovo diritto; anch'essa è subordinata[348] all'esigenza di legalità e di sussistenza di un interesse pubblico, ma nel quadro dell'applicazione del principio della proporzionalità, meglio contempera le esigenze collettive e private; comunque, nel caso in cui la revoca parziale comporti delle spese supplementari rilevanti, un indennizzo deve essere accordato[349].

Nel caso particolare di modifica legislativa in un senso favorevole al titolare del permesso, questi può richiedere l'applicazione delle nuove norme, indifferentemente dall'effettivo o meno inizio dei lavori[350], poichè in tale situazione l'interesse

aufgewendet hat, in dieser Vermögensdisposition zu schützen ist.» Citato in STRAUB (op. cit., pag. 138) il quale contesta questa motivazione evidenziando che le disposizioni patrimoniali sono implicite in ogni domanda di costruzione, per cui non meritano tutela particolare. In realtà il problema, così formulato, più propriamente attiene al tema della buona fede, per cui deve essere fatto riferimento al caso specifico ed alle condizioni di applicazione di tale principio.

[347] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 41, V, pag. 253; in termini un po' differenti si esprime ZIMMERLIN, op. cit., pag. 439.

[348] ZIMMERLIN, op. cit., pag. 439, è particolarmente restrittivo anche nell'accertamento della sussistenza delle condizioni legittimanti una revoca parziale, soprattutto perchè analizza queste situazioni nell'ottica parzialmente fuorviante della retroattività: «Die bloße Anpassung einer Baubewilligung an neue planerische und baupolizeiliche Erlasse durch rückwirkende Anwendung derselben setzt nach Baubeginn gewichtige Gründe voraus, die sie notwendig machen. Die Anpassung der Baubewilligung muß im öffentlichen Interesse liegen, das gegenüber privaten Interessen gewichtiger erscheint, und muß verhältnismäßig sein. Eine derartige Anpassung einer gegebenen Baubewilligung nach Baubeginn durch rückwirkende Anwendung neuer Erlasse auf sie kann nicht nur eintreten, wenn das neue Recht eine ausdrückliche, seine rückwirkende Handhabung vorschreibende Norm aufweist.»

[349] ZBl 58/1957, pag. 7 seg., in SALADIN, Widerruf, pag. 194, riferita alla decisione di interrompere al quinto piano la costruzione di un palazzo previsto inizialmente di venti piani al fine di conformarlo con il nuovo diritto in vigore; un'indennità fu versata per risarcire le sproporzionate opere di fondamenta.

[350] ZIMMERLIN, op. cit., pag. 440.

individuale e della sicurezza del diritto coincidono con l'interesse pubblico a una pronta realizzazione della nuova normativa [351].

3.1.2.5.4. Costruzioni terminate

Terminata conformemente al diritto in vigore, la nuova costruzione non è più esposta a modifiche normative successive: essa gode di un «Bestandesprivileg» [352], che vale anche per opere di manutenzione, ma non può impedire l'applicazione di eventuale nuovo diritto ad ulteriori interventi edilizi quali lavori di trasformazione, di ampliamento ed anche a cambiamenti di destinazione sostanziali [353], concetti questi difficilmente definibili aprioristicamente ma suscettibili di concretazione in una prassi amministrativa che, commisurando differenti interessi in causa, eviti ogni rigidità di valutazione [354]. Più rigorosa e subordinata a criteri precisati nella stessa speciale normativa è la possibilità di interventi edilizi su costruzioni esistenti, in zona non edificabile, in applicazione della legislazione sulla pianificazione del territorio [355].

Portata peculiare del privilegio suddetto è l'inapplicabilità, in linea di principio, di una nuova normativa alle costruzioni esistenti, salvo l'eccezionale sussistenza di motivi di polizia particolarmente gravi ed imprescindibili, quali le misure di pubblica sicurezza o di prevenzione da immissioni gravemente nocive [356]. In queste situazioni la nuova normativa trova appli-

[351] Per altri casi di assenza di conflitto tra questi due interessi, cfr. STRAUB, op. cit., pag. 13/14.

[352] La nozione è di SCHEERBARTH, op. cit., pag. 432.

[353] ZIMMERLIN, op. cit., pag. 441/442; SCOLARI, op. cit., pag. 250 No. 27. L'art. 33 del Regolamento del Consiglio di Stato ticinese del 22 gennaio 1974 in applicazione della Legge edilizia, esplicita questi principi.

[354] Secondo SCOLARI, op. cit., pag. 250 No. 27, l'autorità deve particolarmente tenere conto dello «scopo della norma, le finalità della legge nel loro insieme, l'interesse pubblico e la proporzionalità».

[355] Nel quadro del diritto ticinese i medesimi termini di trasformazione, ampliamento, sono utilizzati anche per qualificare gli interventi edilizi su edifici situati fuori dalla zona edificabile dal Decreto esecutivo del Consiglio di Stato ticinese del 29 gennaio 1980 sull'ordinamento provvisorio in materia di pianificazione del territorio (Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino, vol. VI, No. 231 e): l'art. 6 di questo testo normativo precisa una definizione legale di questi termini.

Su questo tema cfr. CATENAZZI, op. cit., pag. 233 seg.; CENSI, op. cit., pag. 241 seg.; SCOLARI, op. cit., pag. 313 seg.; MACHERET, Dérogation, pag. 30 seg.

[356] ZIMMERLIN, op. cit., pag. 442/443: «Eine rückwirkende Anwendung neuer Erlasse auf ihn ist nur zulässig, wenn gewichtige polizeiliche Gründe dies

cazione senza che un'indennità di espropriazione sia dovuta [357]. La dottrina motiva tale eccezionalità e restrittività rilevando che una costruzione esistente costituisce una fattispecie definitiva, per cui nuove norme non potrebbero ad essa essere applicate se non con effetto retroattivo [358].

In realtà non si tratta nè di un problema di retroattività e nemmeno di tematica di natura espropriativa, bensì di adeguatezza dell'effetto immediato di una nuova normativa e di intensità della restrizione alla garanzia della proprietà privata, di cui l'indennità eventuale rappresenta solo un aspetto.

Infatti, qualsiasi sia l'intervento edilizio previsto in una nuova normativa, esso può solo essere applicato ad un edificio nello stato in cui lo stesso si trova a partire dal giorno dell'entrata in vigore della nuova disposizione legislativa, anche nel caso, alquanto accademico, in cui sia imposta una demolizione od una parziale ristrutturazione, quindi una modifica di un'opera edilizia realizzatasi nel passato: la nuova norma non può metafisicamente annullare il passato ma può unicamente incidere su una situazione presente, se pure costruita nel passato. Da notare che se per facilità di argomentazione questa tesi viene esposta in relazione all'applicabilità di nuove normative a costruzioni terminate, essa vale anche per qualsiasi nuova prescrizione edilizia applicabile a ogni situazione di fatto, anche quindi ad un'opera edile in corso, perfino alla fase progettuale.

A mo'di conclusione provvisoria si può quindi ritenere che questa spinosa problematica deve essere risolta nel contesto dell'applicazione ex nunc e pro futuro della nuova normativa, la cui liceità deve essere verificata alla luce della garanzia della proprietà, sussunta al caso di specie mediante quegli strumenti particolari costituiti dai principi dell'attività amministrativa, per la cui attuazione l'aspetto «retroattivo», in senso improprio, costituisce una discriminante certamente rilevante, ma non determinante [359], dunque non qualificante.

notwendig und unvermeidlich machen... Nur wirklich entscheidende neue Normen über Hygiene, Sicherheit (einschließlich Verkehrssicherheit), Feuerschutz und Immissionen sollten auf legale Altbauten rückwirkend angewendet werden.»

[357] SCOLARI, op. cit., pag. 250 No. 26.

[358] SCOLARI, op. cit., pag. 250 No. 26 e ZIMMERLIN, op. cit., pag. 442. Entrambi questi autori si riferiscono alla retroattività a proposito dell'applicazione, anche restrittiva, di nuove norme a edifici esistenti.

[359] Ad esempio una nuova restrizione di minima intensità, applicabile a tutte le costruzioni esistenti e future: le disposizioni federali concernenti le bucalettere (le nuove disposizioni federali sulle cassette delle lettere sono pubbli-

3.2. L'effetto retroattivo

3.2.1. Nozione

La retroattività costituisce un caso di discordanza tra vigenza ed efficacia della norma, che si verifica quando essa disciplina non solo le fattispeci posteriori alla vigenza, ma anche anteriori, nel senso stretto della definizione, compiutamente perfezionate nel passato.

Come visto [360], questa nozione stricto sensu, va rigorosamente distinta dalla retroattività impropria, che attiene al tema dell'effetto immediato.

Naturalmente, dal profilo logico, appare evidente come la retroattività costituisca una finzione [361]: quello che è avvenuto appartiene al passato e non può più essere alterato o modificato [362]: a nessuno è dato di invertire il corso del tempo, neanche al legislatore: la norma retroattiva esplicherà i suoi effetti nel futuro [363]; inoltre va rilevato che non ogni categoria di norma può avere efficacia retroattiva, basti pensare ad una disposizione che ingiunga un comportamento, un'attività o un'omissione [364].

Annosa [365] e vasta [366] problematica, si pone sempre in relazione ad una successione di norme, di cui inasprisce ed accentua la transizione, in luogo di facilitarla ed armonizzarla [367], creando fittiziamente dei conflitti di norme nel tempo, dichiarando applicabile la nuova normativa invece delle precedenti disposizioni.

cate nel Foglio Ufficiale delle poste, dei telefoni e dei telegrafi, 1974 No. 19 pag. 210 seg.); per contro, di grave importanza collettiva, le disposizioni concernenti le uscite di sicurezza dai cinema e locali pubblici; altri esempi possono essere gli impianti di sicurezza per gli impianti elettrici.

[360] Cfr. 3.1.1.2.

[361] WEISS, op. cit., pag. 122; ROUBIER, op. cit., pag. 9; GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, op. cit., pag. 248; PETERS, op. cit., pag. 82. Cfr. anche sub 2.2.1.1.

[362] FORSTHOFF, op. cit., pag. 248; OTT, op. cit., pag. 54; GEIGER, Steuergesetze, pag. 51.

[363] LA VALLE, op. cit., pag. 637. GRISEL, Application, pag. 242: «Une norme rétroactive agit... non pas dans le passé, mais dans l'avenir eu égard au passé».

[364] WOLFF, op. cit., pag. 140; GEIGER, Steuergesetze, pag. 54.

[365] Per una analisi storica della retroattività, cfr. OTT, op. cit., pag. 5 seg.

[366] La sua portata prevarica i confini del diritto amministrativo per manifestarsi anche negli altri ambiti dell'ordine giuridico; con riferimento al diritto svizzero si può ricordare l'art. 2 CP e le prime disposizioni del titolo finale del CC.

[367] ROUBIER, op. cit., pag. 224.

È opportuno distinguere tra norme retroattive, che aggravano la situazione del cittadino, assegnabili genericamente all'attività amministrativa «restrittiva» (Eingriffsverwaltung), in linea di principio non ammissibili, e d'altro lato favorevoli [368] all'individuo, non lesive di suoi diritti pubblici soggettivi e catalogabili nella cosiddetta attività amministrativa «promozionale» [369] (Leistungsverwaltung), sempre ammesse in quanto non si verifica il conflitto di interessi, insito virtualmente in ogni situazione di successione di norme nel tempo, poichè l'interesse collettivo ad un'applicazione rigida e dilatata nel tempo coincide con gli interessi del singolo ed il principio della sicurezza del diritto [370].

Altre distinzioni sono emerse nella dottrina ma hanno portata marginale e giuridicamente sterile [371].

3.2.2. Principio di irretroattività

La sua qualità di truismo sul piano logico, di evidenza sociale sul piano della giustizia materiale, corrispettivo del senso di disagio che ogni finzione giuridica crea non solo fra i giuristi, ha

[368] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 189; GEIGER, Steuergesetze, pag. 52: «Die Anknüpfung einer gesetzlichen Regelung an die Vergangenheit erweckt keinerlei Bedenken, wenn sie den Rechtsgenossen ohne Belastung Dritter Vorteile bringt, wenn etwa rückwirkend die Beamtenbesoldungen oder Sozialversicherungsleistungen erhöht oder – allerdings eher ein theoretischer Fall – die steuerliche Bealstung ermäßigt wird. Eine Rückwirkung gesetzlicher Vorschriften, welche die Rechtsgenossen begünstigt, gilt daher allgemein als zulässig.» DTF 105 Ia pag. 40: «Unter dem Gesichtswinkel von Art. 4 BV lassen sich beide Lösungen vertreten. Soweit eine neue Haftungsordnung für den Bürger und den beteiligten Beamten gegenüber der bisherigen Regelung keine Nachteile bringt, steht es dem Gesetzgeber frei, sie auch rückwirkend zur Anwendung zu bringen; die rückwirkende Inkraftsetzung einer begünstigenden Regelung ist grundsätzlich zulässig (IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 16, S. 106; BGE 99 V 203).»

[369] GRISEL, Droit administratif, pag. 61; KNAPP, Précis, pag. 19.

[370] STRAUB, op. cit., pag. 13.

[371] FORSTHOFF, op. cit., pag. 250/251, opera una distinzione tra legge ordinaria (che contiene norme astratte e generali) e legge-atto amministrativo – Maßnahmegesetz (che ha il carattere di misura particolare concreta per mezzo del quale lo Stato fa fronte ai bisogni ed alle crisi del momento): per questa seconda categoria di leggi, il cui novero aumenta sempre più, è difficile distinguere tra effetto passato e futuro.

BUPEYROX, op. cit., pag. 149 seg., distingue tra retroattività ammessa e retroattività dissimulata (dissimulée): questa seconda si suddivide a sua volta in retroattività falsamente giustificata (faussement justifiée) e retroattività dissimulata poichè retrodatata.

probabilmente, paradossalmente impedito che venisse formalizzato in una norma generale, di rango costituzionale, suscettibile di informare globalmente il diritto positivo. Questa situazione è riscontrabile in altri Stati, non solo in Svizzera; possono essere significativi: il caso della Germania, in cui l'interdizione della retroattività è dedotta dai principi generali dello Stato di diritto, in particolare dal Vertrauensschutz[372]; il caso dell'Italia, in cui, silente la Costituzione, il legislatore è solo esegeticamente vincolato ad una norma inserita nelle preleggi del Codice civile, preponderantemente recepita quale criterio interpretativo, formalmente non vincolante[373]. Analogamente vale in Francia, dove la formulazione del principio nel Codice civile[374] ha fortemente influenzato il diritto amministrativo, dal quale è stato adottato in ragione della necessaria sicurezza delle relazioni fra amministrazione e cittadini[375].

In Svizzera, l'ammissione o meno del principio dell'irretroattività ha lungamente impegnato la dottrina e la giurisprudenza nella valutazione se la retroattività fosse compatibile con la Costituzione, in particolare nella designazione di quale criterio interpretativo dovesse eventualmente essere adottato: evidente era solo che la Cost. non conteneva un divieto espresso della retroattività[376].

Se attorno al principio dell'irretroattività un consenso quasi unanime si è rapidamente formato, divergenze esistevano sul suo fondamento, dovute all'incertezza della scelta ed alla gene-

[372] Tra le norme costituzionali che sono state invocate, citiamo 103 III GG (irretroattività in materia penale), 2 I GG (libero sviluppo della personalità), 14 GG (garanzia della proprietà privata, diritti acquisiti), 3 I GG (uguaglianza di fronte alla legge); cfr. KIMMENICH, op. cit., pag. 519 seg.; PIEROTH, op. cit., pag. 131–148: questo autore ha sviluppato il concetto di «Verfassungsnormorientierung», pag. 108 seg., 230 seg.

[373] LA VALLE, op. cit., pag. 639. «L'art. 11 D. Gen., secondo cui ‹la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo›, stante il suo rango infracostituzionale, non si pone come vincolante per il legislatore, ma assume il ruolo di mero criterio interpretativo.»

[374] L'art. 2 del Codice civile recita: «La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.»

[375] WERNER, op. cit., pag. 740: «La règle de la non-rétroactivité ‹se justifie essentiellement par la nécessité d'assurer aux relations juridiques entre l'Administration et les administrés une sécurité indispensable; ce fondement, qui constitue sa justification principale, trouve lui-même sa base dans le souci d'assurer l'ordre public au sens le plus général de ce terme›. On peut ajouter à cela que le besoin de respecter la compétence *ratione temporis* des autorités administratives concourt assurément à fortifier ce principe essentiel de Droit.»

[376] BURKHARDT, Kommentar, pag. 708.

ricità dei contenuti dei principi generali richiamati, quali quello della prevedibilità per il destinatario[377], quello più generale della legalità[378], della sicurezza del diritto[379] o ancora, più genericamente, dello Stato di diritto[380]: non da ultimo la retroattività era considerata in contrapposizione alle libertà costituzionali[381]. La soluzione attualmente prevalente consiste nel riconoscere l'irretroattività quale principio dell'attività amministrativa, perciò di rango costituzionale, invocabile nel quadro del ricorso di diritto pubblico, esaminato dal TF in relazione con la censura di violazione dell'art. 4 Cost. nei limiti dell'arbitrio, di un'altra norma costituzionale, con pieno potere di cognizione[382].

In relazione a questi aspetti ed alla portata del principio di retroattività nel contesto della struttura federalista dello Stato, è interessante segnalare la possibilità che una costituzione cantonale preveda esplicitamente una disposizione riguardante la retroattività e che essa possegga una portata propria prevaricante quella del diritto federale: può essere ricordato l'interessante esempio costituito dall'art. 5 della Costituzione del cantone Unterwaldo[383] che, alla nota marginale «Rückwirkung», prevede che «Rückwirkende Gesetze, die den Privaten neue Belastungen auferlegen, sind unzulässig», al quale il TF riconosce la particolare portata di proscrivere qualisiasi forma di retroattività sfavorevole al cittadino, senza eccezioni[384].

[377] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 190; SCHWARZENBACH, op. cit., pag. 102.

[378] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 190; SCHWARZENBACH, op. cit., pag. 102; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, pag. 51; FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, pag. 33 No. 41 seg.

[379] CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 53; in particolare questo autore si fonda sulla proibizione del «venire contra factum proprium» (pag. 55).

[380] EBERLE, op. cit., pag. 24 seg.; GEIGER, Steuergesetze, pag. 55; FORSTHOFF, op. cit., pag. 251; WOLFF, op. cit., pag. 140.

[381] GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, pag. 190; EBERLE, op. cit., pag. 28 seg.; FORSTHOFF, op. cit., pag. 251; GEIGER, Steuergesetze, pag. 55; OTT, op. cit., pag. 85: questo autore fa coincidere inoltre il principio dell'irretroattività con quello della proporzionalità (pag. 86).

[382] GRISEL, Application, pag. 245; RDAT 1982 No. 99 pag. 214; DTF 102 I a 69 seg./JdT 1978 pag. 107.

[383] RS 131.216.2.

[384] DTF 101 I a 83 seg./JdT 1976 I 258: «Ainsi la norme constitutionnelle cantonale confère aux particuliers une protection plus grande que le droit fédéral, dans la mesure où l'interprétation donnée par le Tribunal administratif semble n'admettre aucune exception à l'interdiction de la rétroactivité. Le TF n'a donc pas à examiner s'il y a violation de l'interdiction fédérale de la rétroactivité; il doit seulement rechercher, tout d'abord, si

3.2.3. Condizioni di ammissibilità della retroattività

In linea di principio inammissibile, la retroattività diviene eccezionalmente lecita se soddisfatte cinque condizioni cumulative[385]: prima di analizzarle, va rilevato come nel diritto fiscale, in relazione al quale sono da porre buona parte dei casi di retroattività, il TF ha sempre ribadito come non si possa parlare di retroattività per una nuova normativa fiscale che si fonda su fatti passati per definire l'importo delle imposte per il periodo successivo: i fatti passati non sono tassati come tali, ma servono unicamente da base di calcolo per un dovere fiscale attuale, presente[386].

3.2.3.1. Legalità

Occorre che la retroattività sia espressa nel testo[387], oppure sia dallo stesso chiaramente desumibile, il che si verifica quando questa volontà del legislatore è manifestata nella norma in modo inequivocabile.

l'application à l'état de fait en question de l'art. 45 de la loi fiscale entrée en vigueur le 1er janvier 1971 constitue un cas de rétroactivité au sens de l'art. 5 Cst. cant.»

[385] KNAPP, Précis, pag. 76; SCHWARZENBACH, op. cit., pag. 102–103; DILGER, op. cit., pag. 85 No. 33; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, pag. 51; IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 16, pag. 104 seg.; GRISEL, Application, pag. 246; DTF 94 I 5 seg./JdT 1969 I 221; DTF 95 I 9 seg./JdT 1970 I 16; DTF 101 Ia 85 seg./JdT 1976 I 258; RDAT 1982 No. 99 pag. 215; RDAT 1981, No. 22, pag. 38–39; ZBl 1961 pag. 502.

[386] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 16, III, pag. 107; CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 93 seg.; GRISEL, Application, pag. 242–243; GEIGER, Steuergesetze, pag. 52; DTF 104 I b, pag. 219: «Bei Steuergesetzen hat das Bundesgericht wiederholt festgestellt, von der Rückwirkung eines Steuergesetzes könne nur gesprochen werden, wenn die Rechtsfolge der Steuerpflicht an Tatbestände anknüpfe, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liegen, nicht aber auch dann, wenn lediglich der Umfang der Steuerpflicht nach Tatsachen bestimmt werde, die vor dem Inkrafttreten des Steuergesetzes eingetreten seien.»

KNAPP, Précis, pag. 76, critica questa giurisprudenza: «Cette jurisprudence est contestable quand on songe que si le futur contribuable avait été averti du changement de la loi envisagé, il aurait, le cas échéant, choisi une autre forme pour agir, afin d'éviter ou de réduire l'impôt; elle ne l'est pas quand on pense à la simple modification d'un barême d'impôts calculés sur les mêmes bases qu'avant. Il y aurait, en revanche, rétroactivité si l'impôt était dû pour une période passée ou si un devoir fiscal nouveau visait des faits déjà achevés dans le passé.»

[387] Negato dal TF un adeguamento retroattivo al carovita, non previsto dalla norma applicabile. Cfr. RDAT 1982 No. 29, pag. 63/64.

Questa condizione incarna, nello specifico ambito della retroattività, il principio generale della legalità[388], esigenza giustificata se si considera che la retroattività limita sovente i diritti dei privati e che l'effetto retroattivo di una normativa rappresenta una grave anomalia di un ordine giuridico[389].

3.2.3.2. Limitazione nel tempo

La retroattività non può protrarsi indefinitamente, ma deve essere limitata nel tempo in modo ragionevole (mäßig)[390]: questo attributo evidenzia l'aspetto di adeguatezza intrinseco a questa condizione, esplicitato dal principio di proporzionalità, che in questo ambito particolare si concreta nella subordinazione della validità di una norma alla sua necessità ed adeguatezza in riferimento alle circostanze[391], più specificamente designabili con i parametri, dialetticamente in rapporto di complementarietà reciproca, di durata temporale dell'effetto retroattivo e di possibilità in concreto per il privato di prevedere la modifica della normativa.

Riguardo alla durata temporale, sono stati espressi avvisi diversi: chi considera la limitazione ad un massimo di un anno dall'effetto retroattivo quale referente generale (Faustregel)[392]; chi invece ritiene preferibile valutare la durata della retroattività alla luce delle circostanze del caso concreto, che possono

[388] KNAPP, Précis, pag. 76: «La rétroactivité doit être prévue dans la loi ou résulter clairement de l'interprétation et du but de la loi; on reconnaît là le principe de la légalité: il faut une base légale pour déroger au principe de la non-rétroactivité des lois.»

[389] GRISEL, Application, pag. 247: «Si le législateur entend introduire dans l'ordre juridique d'un Etat de droit une anomalie telle que la rétroactivité, qu'il le dise ou du moins le manifeste nettement.»

[390] IMBODEN/RHINOW, op. cit., pag. 105 No. 16: «Die Rückwirkung muß zeitlich mäßig bleiben.»

[391] KNAPP, Précis, pag. 76: «Elle doit être limitée dans le temps (principe de la proportionnalité: ne pas déroger au principe de la non-rétroactivité plus qu'il n'est nécessaire et adéquat).»

[392] IMBODEN (in: IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 16, pag. 105); un avviso critico su questo punto è espresso in una chiosa ad una sentenza nella SJZ 1972, pag. 329: «Letztlich spielt es allerdings nicht nur im praktischen Resultat, sondern auch dogmatisch kaum eine große Rolle, ob man sagt, es liege – obschon das Reglement erst nach dem Anschluß erlassen wurde – wegen der besondern Umstände des Falles gar keine Rückwirkung vor, oder ob man sagt, es liege zwar – weil das Reglement erst nach dem Anschluß erlassen wurde – Rückwirkung vor, diese sei aber wegen der (gleichen) besondern Umstände des Falles als zulässig zu erachten.»

avere caratteristiche tali da eventualmente giustificare una retroattività di durata superiore od inferiore ad un anno[393]. Nella pratica, se la regola generale di un anno ha trovato alcune volte applicazione[394], in altri casi è stata ritenuta ammissibile una durata superiore[395].

In una discutibile sentenza, che data già di qualche anno, il Tribunale amministrativo del canton Basilea-Campagna ha giudicato valida una normativa applicante riduzioni retroattive dei sussidi a Comuni su un arco di tempo di 10 anni, invocando la natura particolare della regolamentazione giuridica in materia di sussidi alle canalizzazioni[396].

Il secondo parametro, la prevedibilità di una revisione di un assetto legislativo, può essere esplicitato evidenziando che, per le modifiche di una normativa conosciute e note ai destinatari della stessa da tempo, l'effetto retroattivo è più facilmente ammesso che non in caso di una revisione sorprendente per il contenuto o per i tempi di adozione. Questo criterio tempera il parametro della durata temporale della retroattività, nel senso che quest'ultima potrà essere più facilmente ammessa e per un periodo relativamente più lungo, quanto più si può pretendere, nel caso specifico, la valutazione prognostica della revisione da parte del futuro destinatario della modifica legislativa[397].

Pertanto la validità di una norma retroattiva può dipendere non da un termine temporale prestabilito, ma da un'adeguata commisurazione dei citati parametri.

[393] GRISEL, Application, pag. 247; RHINOW (in: IMBODEN/RHINOW, op. cit., pag. 105 No. 16).

[394] DTF 77 I 183 seg./JdT 1952 I 245–6; DTF 102 Ia 69 seg./JdT 1978 I 109.

[395] Nella giurisprudenza sono reperibili casi di retroattività sull'arco di 2 anni e qualche mese: SJZ 1972 pag. 329: la sentenza cantonale solettese in esso riportata è stata impugnata al Tribunale federale che, contrariamente all'istanza inferiore, nega l'esistenza di una retroattività, giudicando che le nuove norme sugli allacciamenti si applicano ad una situazione presente (DTF 97 I 337 seg./JdT 1973 I 10 seg.): ciò non di meno il TF ammette, per inciso, che gli argomenti sviluppati dal Tribunale cantonale a sostegno dell'ammissibilità di una retroattività (di due anni e qualche mese) sono pertinenti e resistono alla censura di arbitrio (DTF 97 I 337 seg./JdT 1973 I 13). Cfr. anche un altro caso ticinese di 20 mesi (RDAT 1981 No. 22, pag. 38).

[396] ZBl 62/1961 pag. 502, forse eccessivamente restrittiva, pur considerando la particolarità della materia esaminata.

[397] Cfr. ad esempio RDAT 1981, No. 22, pag. 39–40 e IMBODEN/RHINOW, op. cit., pag. 105 No. 16.

3.2.3.3. Motivi pertinenti

Un'eccezione al principio dell'irretroattività deve fondarsi anche su motivi pertinenti di interesse pubblico. Questa condizione esprime, nell'ambito della retroattività, il principio dell'interesse pubblico [398], nozione astratta cui può essere conferita concretezza solo valutando il caso concreto in relazione alla specificità della norma e al contenuto dell'interesse collettivo tutelato. Il tentativo di elaborare una classificazione stabilendo diverse categorie di interessi contrapponibili secondo situazioni-tipo, risulterebbe in definitiva frustrato dalla molteplicità e dalla particolarità delle situazioni concrete, difficilmente, in questo ambito, paragonabili. Tuttavia appare utile ricordare alcuni criteri giurisprudenziali incontrovertibili.

Preoccupazioni meramente fiscali non sono sufficienti per l'ammissione di tale indispensabile requisito [399]; per contro invece adempito, quando lo scopo delle disposizioni è il risanamento delle finanze statali, ma solo a condizione che l'equilibrio delle stesse sia seriamente compromesso [400].

Un esempio recente e significativo è costituito dalla sentenza del TF concernente il Decreto esecutivo del Consiglio di Stato ticinese del 18 febbraio 1981 sugli assegni e prestiti di studio che riduceva retroattivamente gli importi oggetto del finanziamento allo studio ad un anno accademico già iniziato da tempo; nella sentenza la Corte contrappone l'interesse pubblico al risanamento delle finanze statali all'interesse degli studenti a non vedere vanificate le loro fondate aspettative e conclude per la prevalenza, in casu, di questo secondo interesse [401].

[398] KNAPP, Précis, pag. 73, pag. 76: «Elle doit être motivée par des intérêts publics pertinents (principe de l'intérêt public).»

[399] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 16, pag. 105; GRISEL, Application, pag. 247; DTF 95 I 6 seg./JdT 1970 I 13 seg. e DTF 102 I a 69 seg./JdT 1978 I 109.

[400] DTF 61 I 86 seg./JdT 1935 I 627; DTF 95 I 6 seg./JdT 1970 I pag. 17; nella decisione DTF 77 I 183 seg./JdT 1952 I 248, chiamato ad esprimersi a proposito di una legge di Basilea Città che imponeva fiscalmente l'aumento gratuito del valore nominale di azioni a seguito di un aumento del capitale sociale, il TF ha considerato che la situazione finanziaria del Cantone non costituiva un motivo pertinente e sufficiente per giustificare l'imposta retroattiva.

[401] RDAT, 1982, No. 99, pag. 216: «Tale regola deve valere quanto meno laddove, in base ad una ponderazione degli opposti interessi, quale effettuata in altri casi per l'applicazione del principio della proporzionalità, gli interessi lesi di colui che ha contato sulla continuazione della vigenza della norma risultino di maggior peso di quelli della collettività che la nuova disciplina intende tutelare. Nel caso in esame, richiedenti che si sono iscritti

Gli imperativi di politica economica possono giustificare una retroattività [402], mentre sono considerati non pertinenti i motivi che si prefiggono quale unico obiettivo di escludere od affievolire le inevitabili conseguenze e disuguaglianze, fatalmente legate ad ogni modifica legislativa [403], come pure quelli tendenti unicamente ad impedire che i destinatari prendano tempestivamente utili contromisure intese a sottrarli ad una imminente modifica del diritto, ed in particolare ad un aumento delle imposte [404].

Il bene giuridico tutelato dalla disposizione retroattiva, pur rappresentando in sè un motivo pertinente, deve essere perseguibile con la nuova normativa, il che non si verifica ad esempio per la concessione di un diritto retroattivo alle vacanze [405].

a scuole o corsi facendo affidamento che la disciplina vigente al momento della loro domanda non venisse modificata nel corso dell'anno scolastico, rischiano di vedersi esposti a serie difficoltà finanziarie per il solo fatto che le autorità cantonali competenti hanno ritenuto che l'introduzione, a metà dell'anno scolastico, di condizioni più restrittive per l'attribuzione dei sussidi potesse attenuare – d'altronde in misura modesta – la precaria situazione delle finanze del Cantone. Il fine di realizzare un risparmio per l'erario non può giustificare sufficientemente la vanificazione della fondata aspettativa dei richiedenti; mancano pertanto i presupposti di una deroga conforme alla Costituzione al principio dell'irretroattività.»

[402] DTF 92 I 226 seg./JdT 1967 I 502–503: Il TF considera l'aumento delle imposte sull'importazione delle uova quale una misura dirigista di politica economica giustificata poichè ha subito fatto seguito ad un analogo aumento di tasse d'importazione decretato dalla CEE: le autorità volevano evitare che il mercato svizzero fosse per questo motivo temporaneamente preso d'assalto dagli esportatori esteri e di conseguenza sommerso di uova: «Il existait également une raison valable d'accorder effet rétroactif à l'arrêté dans les cas où l'autorisation avait déjà été délivrée à la date où le CF a pris sa décision, sans que toutefois la marchandise ait été importée. Cette mesure était en effet propre à renforcer la protection en faveur de la production indigène.»

[403] DTF 102 Ia 69 seg./JdT 1978 I 109: «Il y a toutefois lieu de remarquer à ce sujet que chaque modification d'une loi d'impôt, qui augmente un impôt existant ou introduit un nouvel impôt, a nécessairement pour effet de traiter de façon plus favorable les contribuables pour lesquels l'événement visé par la novelle est antérieur à cette modification. Si l'on voulait interpréter le principe de l'égalité devant la loi comme le fait la recourante, la rétroactivité pourrait être décrétée par toutes les lois fiscales. Or la rétroactivité doit se justifier par des ‹motifs pertinents› c'est-à-dire par des motifs de nature particulière qui n'ont pas uniquement pour objet de parer aux conséquences qu'entraîne nécessairement toute modification légale de ce genre.»

[404] DTF 102 Ia 69 seg./JdT 1978 I 110; DTF 95 I 9/JdT 1970 I 16.

[405] L'importante esempio, tratto da RU 94 I 1 seg., è riportato anche da GRISEL, Précis, pag. 190.

3.2.3.4. Divieto di disparità clamorose

Esso esplicita il principio di uguaglianza, principio costituzionale contenuto nell'art. 4 Cost., in materia di retroattività, con l'inflessione che sua funzione in questo settore non è costituita dall'attenuazione o dalla eliminazione di ogni disuguaglianza tra gli amministrati ai quali fu applicata la normativa precedentemente in vigore e quelli ai quali sarà applicato il nuovo diritto: con una formula lapidaria, il TF rammenta che comunque e sempre la differenziazione di situazioni individuali è la endemica conseguenza di qualsiasi modifica legislativa. Una disparità inammissibile è stata ritenuta nell'ipotesi in cui la maggior parte dei contribuenti, sottoponibili all'effetto retroattivo di una nuova normativa fiscale, avrebbero potuto sottrarvisi[406].

Di un palese caso di disparità, legato all'effetto retroattivo di una nuova normativa, è questione in una sentenza riguardante l'iniziativa popolare «Salviamo Regensberg». Questa iniziativa si prefiggeva di salvaguardare le caratteristiche architettoniche di questo borgo ed imponeva, tra l'altro, con una disposizione transitoria, la demolizione delle autorimesse sotterranee e dei locali della protezione civile, siti nel perimetro del nucleo storico, qualora la loro costruzione non fosse ultimata entro una certa data, indipendentemente dal fatto che queste costruzioni fossero state a suo tempo autorizzate in conformità con le disposizioni allora vigenti. Il TF, dopo aver ritenuta la sussistenza di un «divieto di costruzione con effetto retroattivo», ha riscontrato una disparità clamorosa nel fatto che di tutte le costruzioni autorizzate prima e terminate dopo la data prevista, si imponeva in realtà la demolizione di ben determinate costruzioni, mentre altre autorizzate ed edificate contemporaneamente, non dovevano essere demolite, senza riguardo a considerazioni riguardanti il grado di deturpamento che queste arrecavano al nucleo storico[407].

IMBODEN/RHINOW[408] citano una discriminazione ritenuta ammissibile, creata da un aumento retroattivo del salario applicato unicamente a quei funzionari che si trovavano ancora al servizio dello Stato al momento di tale decisione, ma non a coloro che avevano cessato il rapporto di servizio in un

[406] DTF 77 I 183/JdT 1952 I 242 seg., in particolare pag. 246 e 247.
[407] DTF 101 Ia 235 seg./JdT 1976 I 555.
[408] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 16, pag. 105.

momento precedente tale decisione, ma posteriore alla data alla quale venne fatto risalire l'effetto retroattivo.

Anche da questi esempi si può rilevare che la portata dell'esame della conformità al principio di parità di trattamento prevale sull'effetto discriminante del criterio della retroattività, che non costituisce l'elemento giuridico più significativo.

3.2.3.5. Protezione dei diritti acquisiti

Anche questa condizione, intesa ad evitare che la retroattività porti pregiudizio ai diritti acquisiti riconosciuti dallo Stato[409], non ha carattere autonomo[410] e non esprime un'esigenza specifica alla retroattività, bensì costituisce un requisito[411], pur irrinunciabile, di applicabilità di ogni norma, indipendentemente dalle sue caratteristiche temporali, indifferentemente legato ad un effetto sia retroattivo che immediato o futuro.

Limitativa appare la messa in relazione del divieto di lesione di diritti acquisiti con il solo principio di irretroattività, definiti una barriera assoluta[412] all'esistenza di una norma avente solo effetto retroattivo, in quanto tale divieto è indipendente da una particolare modalità temporale di efficacia, ma può essere riferito a qualsiasi. Non è forse estranea a questa parziale ottica la genesi dottrinale della nozione di diritto acquisito, quasi etimologicamente riferibile come concetto al passato, il che ha prodotto l'impressione che ogni lesione dei diritti acquisiti dovesse essere, in sè, necessariamente retroattiva[413]. Come visto appare superfluo fare ricorso al principio di irretroattività quando qualsiasi lesione di diritti acquisiti è già illecita in virtù della speciale protezione loro accordata dalla garanzia della proprietà privata, del principio della buona fede e del divieto generale di qualsiasi atto arbitrario.

[409] RDAT 1981 No. 22, pag. 39; DTF 100 Ia 155.

[410] Cfr. 3.1.1.1.

[411] GRISEL, Application, pag. 246; lo stesso vale anche per la condizione tendente ad impedire una retroattività che crea delle disuguaglianze inammissibili.

[412] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 122, pag. 861: «Das wohlerworbene Recht, durch Einzelakt begründet, hat auch gegenüber Gesetzesänderungen Bestand (sogenannt gesetzesbeständiges Recht). Einem rückwirkenden Gesetz ist eine absolute Grenze gesetzt.»

[413] CHRISTOPH ZIMMERLI, op. cit., pag. 81–82: «Diese Verknüpfung der Rückwirkung mit dem Eingriff in wohlerworbene Rechte ist wohl die Hauptursache für die herrschende Unsicherheit über Begriff und Zulässigkeit der Rückwirkung.»

Il TF ha talvolta conferito al termine di diritti acquisiti un senso più ampio di quello normalmente riconosciuto; quest'altra imprecisione concettuale è frutto di un insufficiente conferimento di portata propria alla condizione di divieto di lesione della buona fede, in relazione alla retroattività, di cui è sovente traccia nei considerandi della giurisprudenza federale cui la stessa, pur sovente implicitamente, attribuisce rilevanza giuridica.

IMBODEN/RHINOW citano questa estensione concettuale in relazione ad un aumento delle tasse di importazione retroattivo, sottolineando, anch'essi implicitamente, la rilevanza giuridicamente decisiva dell'affidamento dei destinatari della norma, portato sul diritto in vigore al momento in cui essi hanno preso disposizioni irrevocabili[414].

Anche quest'ultima condizione, come le altre, concreta un principio dell'attività amministrativa la cui portata non è riducibile al riferimento al carattere retroattivo della norma, che ne costituisce solo un elemento pur giuridicamente rilevante, ma indipendente, nel senso di una interazione di elementi autonomi di una fattispecie, non subordinabili secondo criteri di importanza aprioristici.

3.3. L'effetto anticipato

3.3.1. Nozioni

L'effetto anticipato costituisce un ulteriore caso di discordanza tra la vigenza e l'efficacia di una norma, verificabile nella normativa vigente o in quella in fieri e definibile genericamente quale anticipazione degli effetti di una norma rispetto alla sua vigenza e riscontrabile in due modalità, negativa e positiva, intendendo con la prima un effetto paralizzante l'applicazione del diritto attuale sino all'entrata in vigore del diritto futuro, con la seconda l'applicazione diretta, quasi in via provvisionale, delle norme in fieri, in virtù di una disposizione contenuta nel diritto vigente[415].

[414] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 16, pag. 105–106: «die rückwirkende Anwendung eines Rechtssatzes ausgeschlossen erscheint, soweit der Private auf Grund einer nach altem Recht ergangenen Anordnung eine nicht mehr rückgängig zu machende Disposition traf. So ist die Rückforderung von Subventionen unzulässig, wenn diese gemäß Gesetz korrekt bewilligt und ausbezahlt, die entsprechenden Bestimmungen aber nachträglich abgeändert wurden.»

[415] DTF 100 I a 150–152.

L'efficacia della nuova normativa è sospesa, permane la vigenza; invece sulla normativa in fieri, solo nel caso dell'effetto anticipato positivo, si verifica una reale, totale applicazione precedente la vigenza; nell'altro caso, di effetto immediato negativo, il diritto in preparazione esplica unicamente un'efficacia particolare e limitata, di carattere temporale, sospensiva, influenzante l'efficacia della normativa vigente.

Nella giurisprudenza, cronologicamente, è emersa per prima la nozione di effetto anticipato negativo[416], in relazione ad una particolare normativa intervenuta nell'ambito della pianificazione del territorio[417], e solo successivamente è stato precisato il concetto di effetto anticipato positivo[418]. Questa elaborazione giurisprudenziale è avvenuta in relazione a concreta casistica, il che evidenzia il carattere pragmatico ed eclettico di queste nozioni, precisate a posteriori in relazione a specifiche esigenze poste dalla particolarità del diritto edilizio, costituita da un lato dalla necessità per l'autorità di disporre di un arco di tempo relativamente esteso per elaborare e porre in vigore uno strumento pianificatorio che richiede studi approfonditi e complesse procedure formali di elaborazione, dall'altro dall'incidenza del pregiudizio finanziario (non necessariamente risarcibile nell'ambito dei criteri di espropriazione formale e materiale, che escludono le semplici restrizioni del diritto di costruzione), che fatalmente avrebbe indotto i proprietari fondiari ad eludere la normativa in fieri di cui avrebbero facilmente potuto avere notizia.

[416] DTF 89 I 469 seg./JdT 1964 I 510: in questa sentenza il TF, dopo aver ribadito il principio secondo cui norme di diritto non ancora entrate in vigore non possono legittimare un'attività amministrativa, non propone una definizione dell'effetto anticipato, ma si limita ad affermare che disposizioni legali particolari possono conferire un certo effetto anticipato a norme in fieri, indicando quale esempio il diritto edilizio in relazione alla sospensione d'esame delle domande di permesso di costruzione.

[417] Una delle prime definizioni di effetto anticipato negativo è stata precisata dal Tribunale amministrativo zurighese in una sentenza del 2 settembre 1965 (ZBl 67/1966 pag. 187): «(Darunter) ist die Beeinflussung der Rechtsanwendung durch einen noch nicht rechtskräftigen, künftigen Rechtssetzungsakt zu verstehen, derzufolge das geltende Recht nicht mehr angewendet wird, sofern ihm entsprechender Verwaltungsakt die Verwirklichung des neuen Rechts ungünstig präjudizieren müßte.»

[418] DTF 100 Ia 152.

3.3.2. Effetto anticipato negativo

Le disposizioni edilizie più tipiche successivamente sussunte a tale concetto sono rappresentate da norme solitamente consegnate in specifica legislazione edilizia di carattere pianificatorio ed attengono al tema del blocco delle costruzioni in determinate situazioni e alla sospensione d'esame di una domanda di costruzione. La casistica più tipica, verificata dal Tribunale federale[419], può essere reperita nel diritto edilizio ticinese, in particolare all'art. 50 della Legge edilizia cantonale, che prevede la possibilità di una sospensione d'esame per due anni quando una domanda di costruzione «contrasta con uno studio pianificatorio in atto», e all'art. 25bis[420], che istituisce un sistema di blocco edilizio in sostituzione del precedente assetto legale, dichiarato incostituzionale dal TF in quanto costitutivo di un effetto anticipato positivo[421].

Analoghe disposizioni si trovano in altri Cantoni[422] e, a livello federale, può essere richiamato il Decreto federale del 17 marzo 1972 su alcuni provvedimenti urgenti nell'ambito della pianificazione del territorio, il quale, prevedendo un blocco edilizio sulla parte di territorio meritevole di protezione per i suoi aspetti sia paesaggistici (siti pittoreschi, monumenti culturali e naturali) sia funzionali (zone di svago e di riposo), ha «concretamente posto le basi della realizzazione, anticipata e provvisoria, di uno degli scopi che si prefigge la PT attualmente in fase di elaborazione»[423].

[419] Cfr. DTF 103 Ia 479 seg.

[420] Art. 25bis LE (Raccolta delle leggi vigenti del Cantone Ticino, vol. VI, No. 231): («Disposizioni di salvaguardia della pianificazione»):
«[1] Dalla data di pubblicazione giusta l'art. 18 fino all'approvazione del Consiglio di Stato non si possono attuare modificazioni edilizie o altri provvedimenti contrari alle previsioni del piano.
[2] Le decisioni del Municipio in applicazione del primo capoverso devono essere motivate; contro le stesse è dato ricorso giusta l'articolo 49.
[3] La validità delle restrizioni di cui al primo capoverso del presente articolo decade:
a) se il piano non viene sottoposto all'approvazione del Consiglio di Stato entro sei mesi dalla scadenza del termine di pubblicazione;
b) se il Consiglio di Stato non approva il piano entro due anni dalla scadenza del medesimo termine.»

[421] DTF 100 Ia 147 seg.; cfr. anche 3.3.3.; SCOLARI, op. cit., pag. 175–178.

[422] Ad esempio gli art. 39 e 83 della Loi Vaudoise du 5 février 1941 sur les constructions et l'aménagement du territoire e l'art. 56 del Baugesetz des Kantons Bern del 7. 6. 1970: per un commento a questa disposizione, cfr. ZAUGG, op. cit., pag. 227.

[423] BORGHI, op. cit., No. 977, pag. 443.

3.3.2.1. Condizioni di ammissibilità dell'effetto anticipato negativo

Esso tende essenzialmente a sospendere l'efficacia di una normativa attuale allo scopo di non pregiudicare la realizzazione dell'imminente diritto in formazione, modificando in tal modo il corso normale della vigenza e dell'efficacia, in possibile contrasto con i principi della sicurezza del diritto e dello Stato di diritto[424], nonchè (essendosi sviluppato essenzialmente, come visto, nell'ambito del diritto della costruzione e pianificazione del territorio) con la garanzia della proprietà privata[425].

Queste due considerazioni permettono di affermare che l'effetto anticipato negativo è in principio proscritto: la sua limitata ammissibilità dipende dall'ossequio di alcune condizioni determinate, tra cui, universalmente ammessa, quella di legalità e di sussistenza di pertinenti motivi di interesse pubblico, discussa invece quella di limitazione nel tempo della durata, nel quadro del principio di proporzionalità, anch'esso applicabile, come quello di uguaglianza.

3.3.2.1.1. Legalità

La necessità di una base legale per un effetto anticipato negativo[426] può essere esclusa in due eccezionali situazioni: quando l'applicazione della norma in fieri alla domanda del virtuale destinatario è prevalentemente nell'interesse di questi[427], oppure quando la procedura viene sospesa solo per un brevissimo periodo di tempo. Tuttavia questa secondo eccezione è teoricamente suscettibile di creare la possibilità di eludere la condizione di legalità, offrendo il pretesto all'amministrazione di procrastinare, sine die, le domande fino alla vigenza delle

[424] GRISEL (Application, pag. 249–250) afferma tali principi operando un'analogia con la retroattività: «L'effet rétroactif, attaché par définition à une norme déjà applicable, a pour principal inconvénient de compromettre la sécurité des relations juridiques. A plus forte raison, cela est vrai pour l'effet anticipé, qui résulte d'une norme encore en devenir. Aussi les conditions dont dépend la rétroactivité valent-elles, du moins partiellement, en ce qui concerne l'effet anticipé.»

[425] DTF 100 Ia 161; DTF 100 Ia 151; DTF 103 Ia 484.

[426] IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 17 B, pag. 113; GRISEL, Application, pag. 250; ZIMMERLIN, op. cit., pag. 429 seg.; FLEINER-GERSTER, Spezielle Fragen, pag. 35 No. 46; DTF 89 I 464 seg./JdT 1964 I 510; DTF 100 Ia 151; DTF 100 Ia 161; DTF 103 Ia 484.

[427] ZIMMERLIN, op. cit., pag. 435–436.

norme in fieri con manovre dilatorie, di carattere burocratico, difficilmente identificabili e a fortiori censurabili per il richiedente[428].

Simili situazioni, diffuse nella pratica, sono state dichiarate illecite dal TF, il quale ha fissato il criterio del normale tempo di esame di una domanda in relazione alla sua complessità ed al novero delle istanze contemporaneamente pendenti[429], deducendo questa regola dall'art. 4 Cost[430].

3.3.2.1.2. Motivi pertinenti

L'effetto anticipato negativo deve essere imposto da motivi pertinenti di interesse pubblico. Considerata come assiomaticamente adempita, anche se con argomenti talvolta apodittici, in specie in tema di pianificazione, la rilevanza di tale interesse dovrà pur sempre essere determinata da una sua commisurazione con l'interesse contrapposto, individuale, tutelato dalla garanzia della proprietà privata[431]. Questo contemperamento degli interessi pubblico e privato è stato specificato, anche legislativamente, non tanto ponendo in questione il principio della pubblica utilità di un disciplinamento edilizio territoriale, come detto, aprioristicamente ammesso, salvo particolari situazioni di fatto, ma relativizzandolo agli intenti edilizi del privato nell'ambito di un esame specifico delle singole caratteristiche della costruzione progettata, contrapposto alle particolari prescrizioni edilizie di dettaglio figuranti nella legislazione in fieri. Un interessante esempio di chiarimento legislativo di un

[428] Questo punto è particolarmente sviluppato da KLOEPFER, Normen, pag. 659: «Beim Warten auf künftige Normen hält die Verwaltungswirklichkeit noch eine besondere Schwierigkeit bereit: die erschwerte Erkennbarkeit der einschlägigen Verzögerung und ihrer Motivation. Ob die Verwaltung die Bearbeitung einer Sache verzögert, d.h. langsamer als notwendig behandelt, ist von außen – jedenfalls bis zur Überschreitung äußerster Zeitgrenzen – nur sehr selten erkennbar ...
Die Erkennbarkeit einer Verzögerung ist schon deshalb besonders erschwert, weil der Verwaltung eine Fülle von Mitteln zu Gebote stehen, notwendige Entscheidungen hinauszuzögern, um eine schlichte Verweigerung der Bearbeitung oder Entscheidung zu kaschieren.»

[429] DTF 100 I a 152.

[430] Questo articolo costituzionale crea un obbligo all'autorità competente di tempestivamente occuparsi delle domande che le sono correttamente sottoposte dai cittadini – DTF 95 I 125. Una casistica minima è riportata da IMBODEN/RHINOW, op. cit., No. 17, pag. 113.

[431] DTF 103 I a 484; GRISEL, Application, pag. 250–251.

contrasto inammissibile è dato dall'art. 57 del Regolamento edilizio ticinese[432], riferito alla norma sulla sospensione d'esame, ulteriormente affinato da una copiosa giurisprudenza specifica[433].

Ulteriore precisazione del requisito dell'interesse pubblico è data anche dal tema, di seguito trattato, della durata della norma soprassessoria.

3.3.2.1.3. Limitazione nel tempo e proporzionalità

L'affinità tra retroattività ed effetto anticipato negativo ha indotto la dottrina e la giurisprudenza ad affrontare il quesito se la limitazione nel tempo dell'effetto anticipato negativo possa costituirne una delle condizioni di ammissione.

GRISEL, contrario, ha ricordato che il fondamento normativo dell'effetto anticipato negativo deve rispettare unicamente i dettami del principio della legalità, di cui la durata degli effetti nel tempo non è condizione[434]; il Tribunale federale, dopo qualche esitazione[435], ha recepito questa opinione, enucleando

[432] La norma prevede direttamente le seguenti ipotesi: «La costruzione di edifici su un'area riservata per la costruzione di scuole, ospedali, cimiteri, strade, per lo svago, il riposo, la protezione delle acque, la protezione della natura e del paesaggio e simili. È inoltre da considerare in contrasto con uno studio pianificatorio in atto lo sfruttamento del suolo non compatibile con la destinazione prevista dal progetto di piano oppure quando l'indice di sfruttamento viene superato in maniera sostanziale.
[3] Differenze nelle altezze, nelle distanze e nell'indice d'occupazione non giustificano di massima una decisione di sospensione, tranne il caso di grave contrasto con il contenuto del progetto di piano o d'imminenza di pubblicazione del piano regolatore.»

[433] Ad esempio un superamento dell'indice di sfruttamento è stato qualificato sostanziale (57 cpv. 2 in fine) quando raggiungeva il 45% (RDAT 1982 No. 61 pag. 138), non quando raggiunge solo il 10–20% (RDAT 1978 No. 69, pag. 153). Anche la portata dell'aspetto temporale (cpv. 3 dell'art. 57) è stata precisata come segue: «Per stabilire il dies a quo dal quale decorre il termine atto ad esprimere il giudizio sulla ‹imminenza della pubblicazione› occorre di massima riallacciarsi alla data di presentazione della domanda e non a quella in cui il Municipio ha rilasciato la licenza edilizia.
... si deve negare che il PR assoggettato solamente dopo 8 mesi e mezzo dalla presentazione della domanda all'Assemblea comunale potesse essere considerato ‹d'imminente pubblicazione› giusta l'art. 57 cpv. 3 RE.» (RDAT 1982 No. 68 pag. 152–153)

[434] GRISEL, Application, pag. 250/251: «Toutefois, contrairement à ce que semble admettre la jurisprudence, cette limitation n'est pas une condition de validité de la base légale qui prévoit l'effet anticipé..., la validité d'une base légale ne dépend pas de la durée de ses effets.»

[435] Nella sentenza 100 Ia 155 il TF aveva lasciato aperta la questione.

ulteriori argomenti favorevoli a questa soluzione, accentuando la distinzione tra retroattività ed effetto anticipato negativo, evidenziando differenze tali da escludere una condizione di tempo per quest'ultima tipologia di norme[436], pur non pretendendo (anzi opportunamente l'Alta Corte, ma solo recentemente, esplicitamente se pure cautamente afferma il contrario) che la fissazione di un limite temporale e la determinazione[437], della durata di tale periodo di efficacia negativa non abbia rilevanza giuridica: infatti da questi criteri il TF deduce indicazioni di primaria importanza per giudicare della sussistenza di motivi pertinenti, dell'interesse pubblico, ed eventualmente di una restrizione della proprietà privata di intensità tale da giustificare la concessione di un'indennità espropriativa.

In effetti questi concetti, apparentemente eterogenei, possono essere posti in relazione applicando a questo problema il principio di proporzionalità, esplicitabile con l'asserzione per cui l'effetto negativo deve essere limitato nel tempo allo stretto necessario per il perseguimento dello scopo di interesse pubblico, ed inversamente, tanto più tale effetto è protratto nel tempo, tanto più intenso ed importante deve essere l'interesse pubblico che lo giustifica[438]. Da notare che la delimitazione

[436] DTF 103 Ia 483–484: «Il Tribunale federale ha già accennato... che la durata del blocco edilizio o della sospensione della decisione... non costituisce elemento di validità della base legale stessa... La soluzione accennata merita però conferma, oltre che per il motivo già riferito, anche per altre considerazioni. Per la norma con effetto anticipato negativo, il problema della limitazione temporale si pone infatti in modo diverso che per la norma retroattiva. In questa ultima è in gioco il principio generale della non-retroattività delle leggi...»

[437] La relazione tra la durata nel tempo dell'effetto anticipato negativo e l'ammissione della sussistenza di un motivo pertinente di interesse pubblico era stata apparentemente esclusa in una prima sentenza federale: DTF 93 I 338 seg./JdT 1969 I 69/70: «Le recourant... ne dit toutefois pas et l'on ne voit pas comment l'intérêt public, qui existe au début, peut disparaître ou s'amoindrir par l'écoulement du temps. Dès le moment où le projet de plan d'alignement est déposé jusqu'à celui où intervient l'approbation qui le rend définitif, la communauté publique a un intérêt, préférable aux intérêts privés contraires, à ce que le terrain destiné aux rues ne soit pas occupé par des bâtiments qui devraient être expropriés par la suite. Cet intérêt public ne disparaîtrait qu'au moment où, pour un motif ou un autre, on ne pourrait plus compter avec l'approbation ou la réalisation du plan.»

Successivamente, nella citata sentenza (DTF 103 Ia 484) ha pur dubitativamente chiarito che «una sospensione senza limiti nel tempo potrebbe far dubitare dell'interesse pubblico della misura».

[438] Si prenda per esempio la sospensione d'esame: essa deve essere limitata temporalmente (deve valere solo il tempo strettamente necessario a salva-

temporale costituisce essa stessa un interesse pubblico in quanto, come evidenzia il TF, contribuisce alla sicurezza dei rapporti giuridici e nel contempo incentiva l'amministrazione ad agire con la dovuta solerzia, a non abusare di questo strumento[439].

D'altronde, la necessità e l'importanza di un termine di validità temporale relativamente esiguo, sono dimostrate dalla discussione dottrinale e giurisprudenziale sorta nei Cantoni sulla possibilità di cumulare disposizioni cantonali diverse, entrambe prevedenti un termine[440].

3.3.3. Effetto anticipato positivo

Già in linea di principio, conferire ad una normativa effetto anticipato positivo, significa vanificare le regole sulla vigenza e l'efficacia, ledendo i principi di sicurezza del diritto e di legalità. Per contro, argomento a sostegno può essere genericamente reperito nel (presumibile) interesse pubblico alla misura, sostenuto dalla considerazione per cui non vi sarebbe differenza qualitativa, sostanziale, dalla modalità di efficacia retroattiva o anticipata negativamente, ammesse, come visto, a determinate condizioni.

La dottrina, data la rarità della casistica ed il carattere pragmatico dell'elaborazione teorica di questi temi suesposti, non ha approfondito, e nella maggior parte dei casi nemmeno considerato, questa specifica modalità di efficacia.

KLOEPFER, che ha particolarmente studiato questa problematica[441], constata per contro che l'effetto anticipato positivo non è così raro o sporadico come si potrebbe ritenere. Egli

guardare il diritto in formazione), territorialmente (deve essere applicata unicamente là dove è necessario), materialmente (deve essere applicata unicamente a quei tipi di costruzione o di modifiche dei fondi atti a compromettere il diritto futuro).

[439] DTF 103 I a pag. 485 – cfr. anche SCOLARI, op. cit., pag. 179 No. 23.

[440] Nel diritto edilizio ticinese l'applicazione successiva della sospensione d'esame (art. 50 LE) e del blocco edilizio (Art. 25bis LE) è stata recentemente ammessa dal TF (DTF 103 I a 486): cfr. anche SCOLARI, op. cit., pag. 176; RDAT 1976 No. 69 pag. 96. Una soluzione analoga (RDAF 1972 pag. 418 seg.) è ammessa per due disposizioni edilizie vodesi (si tratta degli art. 39 e 83 della Loi Vaudoise du 5. 2. 1941 sur les constructions et l'aménagement du territoire, Recueil systématique de la législation vaudoise, vol. 6 No. 6.6) non senza suscitare voci di dissenso (ROULIN, op. cit., pag. 49 seg.).

[441] Questo autore ha operato una classificazione molto dettagliata degli effetti di una norma antecedenti la sua vigenza (Vorwirkungen; Normen, pag. 657 seg.).

sostiene che a favore dell'effetto anticipato positivo valgono tutti gli argomenti invocati a sostegno dell'effetto anticipato negativo, quali la possibilità di armonizzare l'attività amministrativa presente con il diritto futuro e l'esigenza di evitare decisioni necessitanti la loro immediata correzione con l'entrata in vigore del nuovo diritto. Vantaggi strettamente inerenti all'effetto anticipato positivo sono rappresentati dalla maggiore rapidità dell'attività amministrativa e dalla possibilità di prescindere dal far capo alla retroattività delle norme. Egli rileva che l'effetto anticipato positivo sovente costituisce il modo ottimale per realizzare una legge retroattiva, evitando il ricorso alla finzione di retroattività che talvolta non ne è che il surrogato[442]. Questa favorevole argomentazione non deve tuttavia indurre a sottovalutare i rischi comunque direttamente inerenti ad una siffatta modalità di efficacia: un'applicazione prematura ed avventata potrebbe rendere necessaria una successiva correzione di atti amministrativi in caso di posteriore rielaborazione del diritto in fieri; altrettanto pericolosa è la possibilità di pressione indiretta dell'esecutivo sul legislativo, conseguente ad un effetto anticipato positivo attuato dal primo, che comporterebbe la violazione del principio della separazione dei poteri. Egli conclude ammettendo l'effetto anticipato positivo unicamente quando la realizzazione del diritto in preparazione sia molto probabile ed il contenuto delle disposizioni in fieri sia già conosciuto, quando quindi l'effetto anticipato positivo si sostituisce alla probabile retroattività[443].

Sul piano normativo questa particolare modalità di efficacia è stata formalmente espressa in un contesto legislativo nel Cantone Ticino, nell'art. 36 dell'abrogata legislazione edilizia del 1940[444] che ha costituito una singolarità del diritto edilizio ticinese[445].

[442] KLOEPFER, Vorwirkungen, pag. 121; KLOEPFER, Normen, pag. 662.

[443] KLOEPFER, Normen, pag. 662, 663.

[444] Art. 36 (LE 1940):

«Il piano regolatore entra in vigore con l'approvazione del Consiglio di Stato.

Dall'inizio del suo deposito i proprietari degli edifici e dei fondi in esso compresi devono nelle costruzioni, ricostruzioni, e modificazioni uniformarsi alle linee in esso tracciate, con la riserva della procedura di approvazione.

Il piano regolatore dev'essere presentato dal comune all'approvazione del Consiglio di Stato al più tardi entro sei mesi dall'inizio del suo deposito, in difetto di che decade l'efficacia provvisoria conferita dal presente articolo al piano così pubblicato.

Secondo la prassi cantonale attuativa di tale norma, la stessa conferiva efficacia provvisoria al piano regolatore già al momento del suo deposito, prima cioè della sua adozione ed approvazione.

Il Tribunale federale ha preso posizione su tale norma in una sentenza di principio del 22 maggio 1974[446], dopo che in precedenza aveva solo sporadicamente accennato al tema dell'effetto anticipato positivo[447], mentre successivamente ne ha negato la validità, senza tuttavia esplicitamente definirlo come tale[448]. Nell'accennata sentenza di principio ha ritenuto che la norma ticinese violasse, in relazione alla limitazione della garanzia della proprietà privata, il principio di legalità ed in specie le condizioni cui la delega legislativa è subordinata, nonchè i principi del parallelismo delle forme e della sicurezza del diritto[449]. L'argomento del TF deve essere esteso non solo in

Il Consiglio di Stato, su istanza motivata, può accordare al comune due proroghe di sei mesi ciascuna.

L'istanza deve essere presentata un mese prima della scadenza dell'efficacia provvisoria del piano.

Il Consiglio di Stato decide sul piano al più tardi entro sei mesi dalla sua presentazione.»

Questa norma venne ripresa sostanzialmente nell'art. 25 LE 19.2.73 (estendendola anzi anche ai regolamenti edilizi), poi sostituito dall'art. 25bis, introdotto dalla legge 11.4.1975 conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità di detto articolo.

[445] BORGHI, op. cit., No. 706, pag. 273.

[446] Lo stesso giorno il TF aveva risolto una fattispecie analoga lasciando aperto il problema dell'incostituzionalità (BORGHI, op. cit., No. 706, pag. 272). La sentenza di principio dichiarante incostituzionale la norma è pubblicata in DTF 100 Ia 157 seg.

[447] DTF 89 I 24/25; DTF 89 I 472; DTF 99 Ia 342.

[448] Si tratta della sentenza 101 Ib 64 seg.: il proprietario di un terreno in zona edificabile si è visto rifiutare un'autorizzazione a costruire perchè il suo fondo era escluso dal piano generale di canalizzazione. Il TF considera espressamente che un piano di canalizzazione in preparazione non può modificare l'attuale disciplinamento della zona.

[449] Appare utile, data l'importanza del principio espresso, riprodurre integralmente il considerando determinante della sentenza (DTF 100 Ia 162): «Nella misura in cui l'art. 36 cpv. 2 LE equivale ad una delega in bianco del potere legislativo all'esecutivo comunale, esso è contrario ai principi costituzionali in materia di delegazione, e viola l'art. 22ter Cost. (RU 98 Ia 592 e rif.); nella misura in cui conferisce implicitamente all'esecutivo il potere di metter fuori corso la legislazione vigente, esso viola inoltre il precetto costituzionale del parallelismo delle forme, secondo cui la revisione di norme legislative ha da procedere nel rispetto della forma necessaria per la loro adozione (RU 94 I 36 a e rif.; 98 Ia 109 consid. 2). Inoltre, la forma di effetto anticipato adottata dal legislatore ticinese compromette gravemente il postulato della sicurezza del diritto: ciò appare con partico-

relazione al precetto dell'art. 22ter Cost., che impone la via legislativa per ogni restrizione della proprietà privata, ma altresì, più genericamente, al principio della separazione dei poteri, anche nei suoi corollari intesi a tutelare i diritti democratici, in relazione, in specie, ai diritti referendari. In questo senso deve essere contestata la posizione possibilistica di KLOEPFER, anche spostando la discussione al livello della pratica attuazione di una riforma legislativa in specie pianificatoria, in quanto ammettendo l'eccezione, quindi la teorica applicabilità del diritto ancora in fase di elaborazione, proprio per l'assenza di una specifica delimitazione legale, all'amministrazione non sarebbero frapposti limiti non solo vincolanti, ma nemmeno precisi.

Unica attenuazione di tale rigoroso rifiuto è la possibilità per l'amministrazione di prendere in considerazione il diritto in fieri, applicando il diritto in vigore ma interpretandolo alla luce dei principi ancora in fase di gestazione legislativa. Questa «Vorberücksichtigung»[450] è ovviamente possibile quando la norma in vigore ammette spazio esegetico sia per il carattere indeterminato dei concetti espressi dal diritto vigente, sia perchè lo stesso attribuisce all'autorità esecutiva potere discrezionale. Tale attenuazione è opportuna in quanto promuove la necessaria coordinazione fra politica legislativa ed attività amministrativa, essendo certamente preferibile che l'amministrazione in via interpretativa faccia propri concetti e criteri emergenti dal crogiolo istituzionalmente definito quale sede appropriata per stabilire i principi innovatori piuttosto che essa utilizzi occasionali e sporadiche considerazioni; essa garantisce altresì la continuità dell'attività statale, contribuendo ad evitare bruschi cambiamenti della prassi amministrativa in un determinato settore. Naturalmente non è concepibile ipotizzare un obbligo di applicazione anche solo in via interpretativa del diritto in fieri, in quanto ciò costituirebbe in realtà un effetto anticipato positivo[451]. Di fronte alla difficoltà[452] di delimitare i

lare evidenza quando si avverta che, ove il progetto di PR non trovi grazia presso il legislativo comunale o l'esecutivo cantonale (il quale, oltretutto, deve pronunciarsi sui ricorsi contro di esso inoltrati, con facoltà di aggravio ulteriore al Gran Consiglio sulla questione dell'utilità pubblica. cfr. art. 33 LE), le costruzioni nell'intervallo autorizzate dal Municipio sulla scorta di disposizioni di durata effimera non potrebbero più esser rimosse.»

[450] Questo termine è ripreso da KLOEPFER, Normen, pag. 662.

[451] STRAUB, op. cit., pag. 85: «Aus dem Werden neuen Rechts allein kann aber nicht auf die Pflicht zu einer solchen Auslegung geschlossen werden, denn dies würde bedeuten, daß das werdende Recht eine positive Vorwirkung

due ambiti occorrerà privilegiare i principi della sicurezza del diritto e della separazione dei poteri, quindi nel dubbio rifiutare l'applicazione anticipata.

Analoga considerazione vale in relazione agli effetti interni all'apparato amministrativo[453], riferiti alle riorganizzazioni burocratiche o alla elaborazione di progetti o di regolamenti o anche solo di direttive, la cui attuazione costituirebbe un imperativo per l'amministrazione chiamato a prevedere e preparare l'esecuzione per il momento in cui sarà in vigore.

entfalten würde, daß es also vorangewendet werden müßte; das geltende Recht würde gewissermaßen durch das künftige, nicht in Kraft stehende Recht ‹authentisch› interpretiert.»

[452] Cfr. KLOEPFER, Normen, pag. 663.

[453] Cfr. GRISEL, Application, pag. 249 e KLOEPFER, Normen, pag. 660.

4. Conclusione

Dopo aver esplicitamente voluto menzionare il carattere virtualmente eversore dell'elemento dinamico costituito dall'inserimento della variabile temporale nell'ordinamento giuridico, inteso in senso sistemico, si è dipoi proceduto ad una descrizione fenomenologica delle regole endogene intese a garantire il controllo di tale potenzialità dirompente, atte a salvaguardare identità, struttura e scopo del sistema.

Non si è potuto, e d'altronde questo tipo di analisi, mutuato dall'informatica, è solo agli albori per quanto riguarda le applicazioni al diritto, individuare e trascrivere in un'ottica giuridica, le invarianti temporali, le «leggi» di trasformazione[454] che condizionano e determinano le modifiche del sistema giuridico, estrapolate e sceverate da ogni componente storica, dall'approccio soggettivo dell'osservatore.

Tuttavia anche questo mero accenno riveste un'importante funzione, costituita dal richiamo dell'esigenza del mantenimento dell'integrità del sistema o sottosistema giuridico, dunque della generale necessità che ogni trasformazione legislativa si inserisca nell'ordinamento giuridico senza soluzione di continuità, nè storica, nè logica, rispondendo compiutamente alla

[454] La Valle, op. cit., pag. 638: «L'invarianza temporale degli enunciati è assicurata automaticamente in scienze come la matematica o l'anatomia umana normale, ma non lo è affatto, evidentemente, nella scienza giuridica, là dove essa – come nel caso della retroattività – investiga trasformazioni di realtà giuridiche. Eppure non si dubita, in generale, che l'espressione dei principi e delle leggi, in cui si esprime la spiegazione di fenomeni soggetti a mutamenti che si svolgono nel tempo, deve essere invariante attraverso i possibili mutamenti del sistema cui i fenomeni appartengono. Pertanto neppure può dubitarsi, in particolare, che, come, per es., il fisico deve trovare invarianti spazio-temporali se vuole usare espressioni appropriate nello stabilire le leggi del moto locale, così il giurista, al fine di stabilire le ‹leggi› di trasformazione in cui consiste la spiegazione scientifica della retroattività giuridica, deve trovare invarianti temporali.»

sua tendenza evolutiva espressa dalle singole dinamiche interne, a loro volta naturalmente determinate dall'evidenziarsi di nuovi o più specifici interessi collettivi o bisogni individuali di carattere socio-economico, tuttavia sempre recepiti in guisa tale da assicurare l'autoconservazione del sistema. Questa prima costatazione, del carattere «temporale» progressivo del diritto e del sistema legislativo in particolare, porta quindi a sottolineare la necessità dell'esistenza di trasformazioni lineari, progressive e graduali.

I criteri suscettibili di valutarne la legittimità sono stati piuttosto stabiliti dalla prassi giurisprudenziale, il che se da un lato ha permesso l'analitico e soprattutto concreto approfondimento di specifiche problematiche, d'altro canto ha fatalmente conferito carattere pragmatico, se non episodico, alla definizione di regole rielaborate da alcuni importanti contributi dottrinali a posteriori, stimolati direttamente dall'intento di analizzare criticamente una fattispecie o motivati dal desiderio di tentare una schematizzazione generalizzante. Quest'ultimo approccio informa l'esposizione che precede e che tuttavia, in questi limiti, risente anch'esso dell'influenza della matrice giurisprudenziale della categorizzazione concettuale riprodotta, denotando quindi una connotazione empirica di cui appare utile tentare il superamento.

Sul piano metodologico si è quindi ritenuto di proporre una categorizzazione più generalizzante di quelle espresse dalla prassi, pur atta ad inglobarle: si sono così distinti i concetti di vigenza e di efficacia, riducendo quelli di vacatio legis, di retroattività, propria ed impropria, di effetto anticipato, di abrogazione, aventi carattere pragmatico, a sottocategorie esprimenti problematiche tutte risolvibili con tali concetti più generali.

Sul piano dei contenuti, si può evincere dalla dettagliata, volutamente quasi didascalica, esposizione che precede, la sensazione, se non l'opinione, per cui la definizione degli strumenti atti a risolvere tematiche intertemporali (ad esempio i principi dell'attività amministrativa) si riproduce in termini analoghi per ciascuna delle categorie giurisprudenziali, da un lato quindi togliendo specificità non tanto o non solo ai principi, ma altresì, come volevasi dimostrare, alle stesse categorie, con la conseguenza di evidenziarne la, pur solo relativa, sterilità.

Per certi aspetti, concetti quali retroattività, effetto anticipato, ecc., posseggono una sicura utilità terminologica[455],

offrendo chiarezza sulla problematica generale espressa dalla fattispecie da esaminare.

In questo senso queste distinzioni vanno mantenute; d'altro canto invece, al momento di una loro recezione quali principi normativi in una proposizione del sillogismo giudiziario inteso a risolvere una concreta fattispecie, appaiono fuorvianti, almeno nella misura in cui inducono ad una difficoltosa operazione ermeneutica, destinata a determinare a quale delle categorie tale fattispecie va sussunta, per poi costatare che le stesse vanno aggiustate, precisate, adattate alla eterogenea peculiarità del caso di specie, e ciò proprio per la matrice pragmatica, la natura empirica, che le ha forgiate.

A comprova di questo assunto, conviene considerare la categoria della retroattività in senso stretto di una norma, riferita dunque a fattispeci definite prima della sua entrata in vigore, in quanto essa è la categoria meglio e soprattutto più restrittivamente precisata da dottrina e giurisprudenza, per cui la concludenza dell'argomento esposto vale a fortiori per le altre. Addirittura, il divieto della retroattività è assurto, esso stesso, a principio dell'attività amministrativa. Orbene, anche in questo caso si constata che le condizioni di ammissibilità cui è subordinata, coincidono, già in linea teorica, con i criteri generali di legittimità dell'attività amministrativa; ciò vale per l'esigenza di legalità, la sussistenza di motivi pertinenti (il pubblico interesse), la non creazione di disparità di trattamento, la tutela di diritti acquisiti[456]. L'unica condizione particolare che apparentemente pone problemi è la esigenza di limitazione nel tempo della norma retroattiva. In realtà questo requisito non ha valore autonomo, eterogeneo rispetto alle altre condizioni, ma ne costituisce una semplice esplicitazione, al massimo un corollario, come dimostra bene il fatto che la durata non è predeterminata una volta per tutte, bensì dipende dalle circostanze che appunto vanno valutate alla luce degli altri criteri. Questa tesi è

[455] Troppo tassativo STRAUB (op. cit., pag. 73 seg.), quando sostiene l'incongruenza anche letterale del termine di «effetto anticipato» per cui ne propone la sostituzione con «istituti di Planungssicherung» e comunque l'eliminazione con l'argomento che in presenza di un effetto anticipato (sia negativo che positivo), una domanda di costruzione, conforme al diritto in preparazione ma contraria al diritto vigente, non può essere autorizzata, per cui il nuovo diritto non possiede in realtà efficacia anticipata. Rimane incontrovertibile che tale normativa ha un pur parziale effetto anticipato.

[456] GRISEL stesso, (Application, pag. 246) apre la porta a questo argomento, dandolo per scontato per le ultime due condizioni.

evincibile dalla stessa sentenza[457] che ha ulteriormente affermato questo principio, in cui il TF ha rilevato tale peculiarità della norma retroattiva desumendola dal «principio della non-retroattività delle leggi, cui la norma retroattiva fa eccezione» commettendo quindi una evidente petizione di principio, e dalla prevedibilità per il cittadino del mutamento legislativo, tema semmai genericamente attinente al principio di sicurezza del diritto, se non al principio di buona fede, in caso di sussistenza delle particolari specifiche condizioni necessarie, ma più propriamente risolvibile nel contemperamento degli interessi contrapposti, come la stessa Alta Corte, più volte, ammette chiarendo che se l'assenza di un termine di durata in una norma di salvaguardia non lede il principio di legalità, è tuttavia suscettibile di «far dubitare dell'interesse pubblico della misura».

Da un profilo teorico, quindi si può ritenere l'applicabilità, mutatis mutandis, dei medesimi principi ad ogni modalità di messa in vigore e di efficacia della norma, indipendentemente anche dal suo carattere retroattivo che non le conferirebbe comunque una peculiarità qualitativa discriminante[458], ciò senza misconoscere l'utilità di esplicitazioni particolari, in specie la menzionata limitazione della durata di una norma retroattiva. Si tratta ora di vedere quali di questi principi (e con quali precisazioni) debbano essere correlati all'analisi di una problematica intertemporale.

È innanzitutto da escludere il principio della tutela dei diritti acquisiti, sovente confuso con un problema di applicazione temporale, di solito di retroattività, in quanto sembra derivare come un corollario dal principio di irretroattività, siccome comporta l'inapplicabilità della nuova normativa. In realtà, il tema della applicazione temporale del nuovo diritto, in caso di sussistenza di diritti acquisiti, nemmeno si pone poichè conseguenza del principio è la sclerotizzazione, la conservazione di una situazione di fatto che esclude a priori la nuova normativa, qualsiasi siano le sue caratteristiche temporali.

Analogamente[459] vale per il principio della buona fede che

[457] DTF 103 I a 483.

[458] È sempre da ricordare che sul piano logico, oltre che giuridico, una norma retroattiva stricto sensu costituisce un'aporia, stante l'irreversibilità del tempo, e che l'elemento prescrittivo della norma è riferito al futuro. Cfr. 3.2.1.

[459] I due principi sono sovente difficilmente discernibili: SAMELI (op. cit., pag. 352) cita la sentenza DTF 92 I 235 criticando la soluzione data dal TF

realizza un contrasto, una eccezione all'applicazione della normativa vigente in forza di un particolare individuale rapporto di fiducia instauratosi precedentemente e dirimente pregiudizialmente rispetto all'eventuale applicazione del nuovo diritto[460].

Il principio di proporzionalità, soprattutto, ma non solo[461] nel campo dell'intertemporalità di cui è qui questione, si riduce alla esplicitazione dei requisiti di adeguatezza astratta, di necessità concreta, di sussidiarietà in relazione alla misura (si legga: modalità di entrata in vigore) meno lesiva possibile degli interessi privati ma ugualmente atta a perseguire la finalità di interesse pubblico propugnata dalla normativa[462].

Dato quindi per scontato che il principio di uguaglianza si pone come criterio generale ed ovvio, inteso ad evitare ogni discriminazione non giustificata dalle circostanze, si perviene alla costatazione che il tema dell'intertemporalità attiene principalmente al principio di sussistenza di un interesse pubblico comprendendo, preliminarmente e genericamente in questo concetto, anche il principio di sicurezza del diritto, rivolto innanzitutto a qualsiasi cittadino e solo secondariamente inteso a tutelare il fruitore di un interesse individuale.

Occorre quindi riferire a quest'ultimo criterio il tema specifico intertemporale della messa in vigore e del conferimento dell'efficacia di una nuova normativa, come detto, indipendentemente dalla specifica caratteristica (retroattiva, anticipata, ecc.): la liceità di una modalità di efficacia è determinata dalla relazione di essa con le peculiarità del bene giuridico tutelato o messo in pericolo dalla nuova normativa, non, come detto, dalla sua aprioristica assegnazione ad una astratta categoria.

Da un profilo generale è bene sottolineare che, in questo ambito, determinante deve essere il principio della sicurezza del

alla fattispecie, con il richiamo alla tutela dei diritti acquisiti, ma contesta anche la tesi di sussistenza di un particolare legame, di un affidamento del cittadino nei riguardi dell'autorità.

[460] Da ricordare, ad esempio, ancora recentemente DTF 106 I a 258–259.

[461] GRISEL, in un importante intervento alla 112ª assemblea della SSG, (il cui verbale è pubblicato in RDS 1978 II, pag. 545 seg.) dopo aver definito «problematico» il valore delle regole di idoneità, necessità, ed aver constatato che il principio di proporzionalità in senso stretto si ricopre con quello di interesse pubblico, conclude il suo intervento proponendone un riesame.

[462] ULRICH ZIMMERLI, op. cit., pag. 44 seg.
KNAPP, Précis, pag. 72/73.

diritto, dunque il fatto che il cittadino confida sull'applicabilità della lex temporis, non sulla sua mutevolezza [463], anche se naturalmente è altrettanto noto il carattere dinamico dell'ordinamento giuridico. Ma tale dinamismo, come detto, deve essere incanalato nei binari di una continuità da perseguirsi con un'attività legislativa trasparente, il che comporta, da un lato, il preciso ossequio delle formalità di adozione, di pubblicazione, di abrogazione, d'altro lato, in quanto necessario, l'informazione precisa rivolta ai destinatari (al di là della finzione di conoscenza delle leggi, evincibile dalla modalità di pubblicazione formale) che assurge anzi, ove fosse prevista una modifica di un abituale comportamento del cittadino, ad un'opera di acculturazione preventiva [464].

Se il legislatore intende eludere questi principi, quindi sorprendere il destinatario di una modifica normativa con una modalità di adozione particolare, segreta, e di messa in vigore anomala, poco importa se retroattiva o immediata, occorre che non solo la modifica stessa (il contenuto del nuovo diritto) appaia opportuna, ma che siano guistificate, come ineluttabili, imprescindibili, sia la segretezza, sia la repentinità o la particolarità della messa in vigore.

Non sempre l'autorità giudiziaria, confrontata a posteriori con queste anomalie, le ha analizzate specificamente verificandone singolarmente la imprescindibile esigenza, sovente le ha confuse tout court con il fine di pubblico interesse perseguito dalla legge: così in tema di applicazione di riforme pur impor-

[463] SAMELI, op. cit., pag. 350: «Die Rechtssicherheit schützt ein generelles Vertrauen in Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Beständigkeit des Rechts ohne Rücksicht darauf, ob es im einzelnen Fall konkretisiert ist oder nicht.»
Tale concetto è espresso applicando il principio di proporzionalità (in realtà sussidiario rispetto a quello di sicurezza del diritto), cfr. DTF 106 I a 260: Im Rahmen dieses Grundsatzes kann allenfalls auch Vertrauen berücksichtigt werden, wenn nämlich aufgrund eines besonders gerechtfertigten Vertrauens in den Bestand einer gesetzlichen Regelung Dispositionen getroffen worden sind, deren vollständige und sofortige Wertlosigkeit unter neuem Recht für die Betroffenen eine Härte darstellt, die nach Sinn und Zweck der Neuregelung als unverhältnismäßig erscheint.»

[464] Ad esempio, nel cantone Ticino, contemporaneamente alla distribuzione in consultazione del progetto governativo di legge sanitaria, che prevede tra l'altro restrizioni del diritto di fumare in pubblico, è iniziata una campagna di sensibilizzazione nelle scuole e di propaganda pubblica, in particolare con manifesti affissi capillarmente nel Cantone.

tanti si è limitata ad affermare che la legislazione in questione costituiva un primario compito a livello nazionale[465].

Solo sporadicamente, a causa anche della limitazione del potere di esame che l'autorità giudiziaria, in specie il TF, si impone soprattutto nei campi in cui più tipicamente si pongono problemi intertemporali, non potendosi attribuire il ruolo di dirigere l'amministrazione, in specie la politica economica commerciale ed agricola del paese[466], ha affrontato peculiarmente questi temi, poi eludendoli nella soluzione[467] oppure affrontandoli con decisioni diverse[468], in cui è sempre insito il pericolo di sottovalutare la parzialità dell'amministrazione[469] e la incontrovertibile circostanza, connaturata alla maggiore elasticità e facilità di adozione di un regolamento esecutivo, di un' ordinanza, rispetto ad una legge in senso formale, che è al

[465] Cfr. ad esempio DTF 99 I b 153 e 107 I b 81 seg., in relazione all'applicazione di una ordinanza istituente il blocco delle autorizzazioni di vendite immobiliari a stranieri, in cui il TF conferma tale principio (pag. 86) ed affronta l'interesse privato in relazione principalmente alla parità di trattamento (pag. 87–88).

[466] MACHERET, Recevabilité, pag. 96.

[467] La già citata e criticata sentenza (risolta con il riferimento ai diritti acquisiti, quando avrebbe potuto più facilmente rilevare l'assenza di causalità fra il comportamento del privato, l'importazione e il divieto, posteriore e quindi inatto ad influenzare l'importatore) 92 I 226 seg./JdT 1967 I 492 seg., in cui tuttavia afferma (pag. 500): «Il peut toutefois arriver qu'à l'intérêt des particuliers de connaître à l'avance le nouveau droit s'opposent d'importants intérêts publics qui justifient une mise en vigueur immédiate, voire rétroactive, d'un acte législatif. De tels intérêts peuvent l'emporter sur l'intérêt privé, notamment lorsqu'ils sont commandés par des raisons de politique économique, à l'exclusion de considérations fiscales. Lorsqu'il en est ainsi, il importe, selon les circonstances, de donner à un acte législatif force obligatoire immédiate, voire rétroactive.»

[468] Ad esempio DTF 103 I b 244–245 in cui enuncia opportuni criteri, quali l'efficacia dell'effetto dissuasivo dell'aumento tariffario, la esigua rilevanza di tale beneficio per il fine collettivo (il finanziamento di misure di politica agricola), la decisività dell'interesse privato: «L'intérêt de la recourante au maintien de la taxation primitive à l'ancien tarif... n'est, au contraire, pas négligeable... Sans doute la perte qui en résulte pour elle apparaît-elle également peu importante en chiffres absolus. La privation de la majeure partie du bénéfice escompté sur une opération déterminée est toutefois de nature à affecter sensiblement une entreprise de dimensions modestes, comme l'est manifestement la recourante.»

[469] JOST, op. cit., pag. 500: «Die Verwaltung hat vor allem das mit dem einzelnen Gesetz verfolgte Ziel vor Augen und hat demnach die Tendenz, jede dem Gesetzeszweck zuwiderlaufende Disposition eines Privaten als sanktionswürdig zu betrachten; der Unternehmer befragt das Gesetz daraufhin, ob und wie er seine ganz konkreten, individuellen wirtschaftlichen Absichten verwirklichen kann.»

potere esecutivo che viene affidato[470], con deleghe legislative sovente generiche, il compito non solo di porre in vigore le leggi ma altresì di contravvenire alle abituali modalità di messa in vigore. L'autorità giudiziaria deve vegliare a che tale facoltà non diventi abituale regola, il che non significa interferire nella politica socio-economica statale, ma verificare rigorosamente il rispetto del principio della separazione dei poteri, oltre che, come detto, operare il contemperamento dell'interesse individuale con quello collettivo, controllando, senza restrizione al proprio potere di esame, la sussistenza della necessità della imprescindibilità specifica di una messa in vigore lesiva di diritti individuali.

È ben vero che il controllo giudiziario, per sua natura e funzione, può essere esperito solo con una certa riserva quando si tratti di verificare i limiti dell'adeguatezza della norma agli interessi di un novero indeterminato di destinatari, non di un singolo o di una specifica categoria che lamenti la lesione di un diritto costituzionale[471]; tuttavia ciò non costituisce alcuna giustificazione per il legislatore o per l'amministrazione per prevaricare il proprio compito peculiare, consistente appunto nella determinazione degli interessi collettivi e nel loro preciso contemperamento con i diritti individuali eventualmente contrapposti[472]. In vari settori è invece avvertibile una generale e graduale abdicazione del legislativo in favore dell'autorità esecutiva, alla cui attività viene attribuita una «parte creativa»[473] solo genericamente delimitata e suscettibile di provocare discriminazioni non sanzionabili sia nella politica degli interventi statali in relazione ad aspettative di carattere economico[474], pianificatorio e sociale, sia nella presa in considerazione di diritti ed esigenze individuali[475].

[470] MANFRINI, op. cit., pag. 335: «Il semble, en effet, qu'une telle politique présuppose souvent un degré d'anticipation sur les événements, et une flexibilité dans l'application que le législateur ne peut que difficilement produire. Pour s'adapter à une conjoncture dont les données se modifient constamment, ainsi qu'indiqué ci-dessus, la légalité doit être mobile, d'où le déclin de la loi au profit du règlement et parmi les divers règlements la préférence donnée au moins solennel.»

[471] Cfr. MULLER, op. cit., pag. 215 seg., 267 seg. e ivi citati.

[472] ULRICH ZIMMERLI, op. cit., pag. 47.

[473] MOOR, op. cit., pag. 471.

[474] Cfr. MANFRINI, op. cit., pag. 339, il quale riprende anche la critica di AUER ivi citata.

[475] MOOR, op. cit., pag. 474/475: «De manière générale, la fonction créatrice de l'administration suppose un amoindrissement des positions juridiques matérielles préexistantes. Elle est, non déclarative, mais constitutive de

Appare quindi opportuno ricordare e marcare la subordinazione del legislatore e dell'amministrazione, sia quale delegataria di potere normativo, sia quale autorità di applicazione, ai principi dell'attività amministrativa, più sopra specificati, in particolare in riferimento alle disposizioni intertemporali: infatti è questo senza dubbio l'ambito normativo maggiormente e tipicamente negletto nei testi legali, in cui talvolta le disposizioni transitorie mancano totalmente, altre volte sono palesemente trascurate e concernono fattispeci disparate e particolari rispetto al campo di applicazione della norma, in altri casi addirittura esse sono cripticamente frammiste agli articoli concernenti il merito, il contenuto di essa (un esempio tipico è costituito dalla definizione con un attributo temporale della cerchia dei destinatari); dal canto suo l'amministrazione, per non dire il singolo funzionario, psicologicamente intimamente convinto dell'oggettivo miglioramento legislativo, nella propria concreta prassi, esprime tendenze sia addirittura anticipatrici della norma in fieri, usando manovre dilatorie, alchimie procedurali o adeguamenti interpretativi, sia estensivamente applicative del nuovo diritto, sfruttando le lacune delle disposizioni transitorie[476]. Ciò non significa certamente sostenere una posizione individualistica e conservatrice, contrastante con il progresso normativo. Ben al contrario; tuttavia occorre sottolineare l'importanza dell'esperienza del giurista, patrocinatore di casi individuali, sovente confrontato con atteggiamenti dell'amministrazione, con lacune legislative, peculiarmente nel contesto giuridico-temporale, sprovvisti di sanzione giudiziaria.

La specifica soluzione di questo contrasto fra intenzioni ed interessi legittimi può e deve essere individuata solo dal legislatore, il quale deve considerare approfonditamente l'aspetto intertemporale di una norma che, in certi settori sicuramente, può avere più importanza, per i destinatari, del contenuto stesso

droits ou de facultés, d'obligations ou de charges... On comprend aussi la nécessité de renforcer les positions juridiques formelles: le déficit matériel doit être compensé par l'ouverture et la publicité de l'administration, par la participation effective des administrés au processus de prise de décisions, par l'institution de mécanismes de contrôle efficaces.»

[476] Cfr. il già citato KLOEPFER, il quale premette al suo studio la costatazione che «Faktische Vorwirkungen werdender Normen sind ohne Zahl» (Normen , pag. 658).

di tale norma[477]. D'altronde l'esigenza di una compiuta regolamentazione transitoria è stata messa in luce anche dal TF, sia implicitamente, richiamando il ruolo sussidiario del giudice[478], che esplicitamente, sottolineando altresì il ruolo condizionante, anche in caso di delega legislativa, dei principi dell'attività amministrativa[479].

L'affermazione di questa imprescindibile necessità non è in alcun modo espressione di un egoistico interesse individuale, bensì la conseguenza diretta dell'importanza contenutistica delle disposizioni temporali di una normativa, e del principio della sicurezza del diritto, che tutela non tanto il titolare di un interesse individuale, quanto piuttosto la collettività intiera nell'aspettativa, di cui si è già accennato, di una trasformazione dell'ordinamento legislativo, progressiva, nel duplice senso di graduale e migliorativa; il primo attributo va riferito alla prevedibilità di una modifica ed alla precisione del suo inserimento nel contesto normativo, come una tessera in un mosaico: dovessero, in casi particolari, sussistere difficoltà, è compito primordiale del legislatore evitare discriminazioni modulando la vigenza e l'efficacia della norma agli interessi contrapposti. Tali concetti assumono quindi il valore ed il ruolo di strumenti normativi di cui è fatto imprescindibile obbligo sociale e giuridico (anche se non sempre sanzionabile) al legislatore di fare uso: questo assunto rovescia parzialmente ma qualitativamente l'impostazione attuale, frutto della propria pragmatica elaborazione giurisprudenziale, che configura queste modalità temporali come una semplice facoltà del legislatore, limitata negativamente in caso di illecita violazione di diritti individuali. L'articolazione secondo modalità differenziate della messa in vigore e del conferimento dell' efficacia ad una norma assurge invece al livello di attività obbligatoria per il legislatore, di condizione di validità della norma stessa. Tale differenziazione è indipendente dalle consuete categorie temporali di retroattività, efficacia immediata, anticipata, ecc., che, pur mantenendo una utile funzione di chiarificazione terminologica, non sono

[477] Cfr. JOST, op.cit., pag. 489: «Der Zeitpunkt des Inkrafttretens und die Ordnung des Übergangs auf das neue Recht sind für den Unternehmer von derart zentraler Bedeutung, daß er diesbezüglich oft ein viel akzentuierteres Rechtsschutzbedürfnis empfindet als hinsichtlich des materiellen Inhalts der neuen Bestimmungen.»

[478] DTF 104 I b 215/216.

[479] DTF 103 I a 274.

distinguibili qualitativamente ma piuttosto quantitativamente[480].

Se si può ritenere quindi che le norme intertemporali costituiscono un' imperativa esigenza generale dell' attività legislativa, non una facoltà sporadica o settoriale, è per contro impossibile aprioristicamente stabilire regole atte a delimitarne il contenuto, stante la genericità del tema e la grande varietà della casistica ipotizzabile. Alcune indicazioni possono comunque essere evitte da quanto precede.

Se una nuova norma, naturalmente presunta di pubblico interesse, è suscettibile di creare discriminazioni nei destinatari (occorre pur ricordare che sovente ciò non è il caso, per cui le modalità di entrata in vigore sono unicamente vincolate al rispetto delle forme usuali di adozione), occorre innanzitutto esaminare la prevedibilità e la possibilità di superare tali differenziazioni, ponendo in grado i destinatari di adeguarvisi anticipatamente: in queste circostanze sarà possibile opporre loro tale regolamentazione in quanto ne sia comprovata se non la loro oggettiva conoscenza, almeno l'avvenuta preventiva pubblicazione della norma in fieri e, ove possibile ed auspicabile, anche la partecipazione degli stessi destinatari alla sua elaborazione[481]. Ciò senza sottovalutare il rischio, da considerare in ogni caso di specie, che la nuova normativa non venga poi adottata, per cui, nel lodevole intento di informare il destinatario, si finirebbe per ottenere l'effetto paradossale di sottoporlo ad una nuova normativa non solo non ancora in vigore, ma che mai lo sarà[482] (tenendo presente la rilevanza giuridica di questi aspetti, ai fini della stessa applicabilità della nuova norma, nonchè della frammentarietà e parziale insufficienza della vigente legislazione in tema di pubblicazione[483], può apparire opportuno l'aggiornamento di essa, ad esempio prevedendo la pubblicizzazione della nuova normativa).

Nel caso in cui la preventiva conoscenza non fosse sufficiente, da sola, ad escludere la discriminazione, essa deve essere risolta articolando la messa in vigore e l'efficacia in modo da garantire l'ossequio del principio di uguaglianza. Lo stesso TF ammette

[480] Il TF le paragona rilevando un criterio quantitativo, l'accrescimento del rischio: DTF 92 I 226 seg.; JdT 1967 I pag. 500.

[481] J. P. MÜLLER, op. cit., pag. 797 seg.

[482] Cfr. JOST, op. cit., pag. 495/496.

[483] Cfr. il capitolo relativo, nonchè i limiti, formali e materiali, delle disposizioni concernenti anche l'importante fase preparlamentare (sul piano federale, cfr. GROSSEN, op. cit., pag. 349 seg.).

la possibilità di porre in vigore una disposizione «stufenweise»[484]. Occorre tuttavia naturalmente che il tempo non costituisca una valida discriminante in sè, tale da specificamente giustificare la discriminazione nel senso che solo un indifferenziato ed istantaneo effetto obbligatorio sia suscettibile di garantire la parità di trattamento, evitando l'affidamento al caso dell'applicazione di una nuova normativa[485]. Inoltre è necessario che tale procedimento non comporti altre differenziazioni, non più temporali ma ad esempio territoriali[486]. In questa misura la modulazione alle contingenze particolari della vigenza e dell' efficacia non configura solo una facoltà bensì un obbligo per il legislatore. Ad esso può sottrarsi solo nel caso in cui non solo l'interesse pubblico esiga una particolare, discriminatoria modalità temporale (nel senso che essa sia l'unica soluzione, conformemente al principio di proporzionalità, atta a perseguire il fine collettivo voluto) ma che essa inoltre prevalga palesemente sull' interesse privato[487]: sarà tipicamente il caso quando una tale modalità (o la pubblicità nella fase di elaborazione della nuova normativa) potrebbe conferire ai destinatari la possibilità di eludere la nuova norma[488]; ma questa specifica ipotesi non ha valore legittimante in assoluto: occorre ulteriormente determinare se il danno collettivo prevedibilmente occasionabile da pratiche elusive di singoli potrebbe, con ragionevole probabilità, risultare superiore, nel peculiare contemperamento degli specifici interessi in questione, al danno che tale accorgimento normativo comporterebbe per chi non potesse o intendesse far uso di manovre anticipatrici suscettibili di aggirare la nuova norma: per prevenire possibili (nemmeno certi) abusi non è lecito ledere con certezza comportamenti conformi al diritto.

Decisivo rimane dunque il contemperamento della specifica finalità collettiva perseguita da una modalità di conferimento di

[484] DTF 104 I b 218.

[485] DTF 107 I b 88; si veda anche la giurisprudenza in tema di retroattività, già citata, DTF 95 I 6, JdT 1970 I pag. 13 e DTF 102 I a 69, JdT 1978 I pag. 109/110, in cui il TF ha tra l'altro ritenuto irrilevante, in mancanza di base legale, l'accertata prevedibilità della tassa di allacciamento. DTF 103 I a 486.

[486] Ad esempio a livello cantonale e comunale: cfr. MULLER, op. cit., pag. 224 No. 47.

[487] Il quale talvolta può essere sostenuto da un'altra pubblica finalità, oltre a quella generica riferita al principio della sicurezza del diritto, ad uno sviluppo, ad esempio in caso di blocco generale del diritto edilizio, dell'utilizzazione attuale del suolo (cfr. DTF 103 I a 484).

[488] DTF 104 I b 218.

effetto obbligatorio con il bene giuridico di cui si ritiene indispensabile la lesione. Come detto, questa «Interessenabwägung» ha per oggetto la specificità dei due interessi unitamente al campo (Gebiet)[489] di applicazione della norma in questione, in ulteriore relazione al problema intertemporale nel contesto della costante applicabilità del principio della sicurezza del diritto.

Last but least, nel caso in cui, sul piano generale, dovesse apparire irrinunciabile l'applicazione di una nuova normativa, occorre ancora affrontare l'esame dell' intensità della lesione del diritto individuale che essa potrebbe comportare. Non si tratta naturalmente di riprendere la nozione di diritto acquisito o l'applicabilità del principio della buona fede che, come detto, hanno dirimente carattere pregiudiziale, bensì di sottolineare l'inapplicabilità di una modalità di vigenza ed efficacia suscettibile di inevitabilmente ledere in tale misura un diritto individuale da privarlo del proprio contenuto. Si tratterà ad esempio di una modifica legislativa comportante, a causa della sua imprevedibile repentinità, il fallimento di un imprenditore, oppure la perdita del minimo necessario per garantire condizioni di vita degne[490], a seguito di una intempestiva revoca di sussidi. Deve quindi essere determinante la specifica commisurazione degli interessi collettivi ed individuali secondo il criterio di proporzionalità, contemperati dalle esigenze poste dai principi di uguaglianza e soprattutto della sicurezza del diritto, la cui importanza impone al legislatore di prestare maggiore cura alla elaborazione delle norme intertemporali in ciascuna nuova disposizione legale o regolamentare ed eventualmente di adeguare ai tempi la normativa sull' adozione di leggi e ordinanze; particolare attenzione dovrà essere prestata anche alla fase prodromica di adozione di una norma, in riferimento a cui è constatabile la tendenza, tipicamente in atto in certi settori, all' instaurarsi, nella relazione tra elaboratori e destinatari di una norma, di un rapporto quasi di sospetto, di diffidenza, comunque di antagonismo, il che produce fatalmente un meccanismo di feed-back perverso, di effetto di ritorno paradossale, suscettibile di pregiudicare, creando distorsioni indotte, la corretta (nella misura del possibile, auspicabilmente attivamente partecipata) evoluzione del sistema normativo.

[489] DTF 107 I b 215.
[490] MÜLLER, op. cit., pag. 818 seg.

Prof. Dr. Marco Borghi
CH-6981 Neggio