



Numero 2 / 2019
(estratto)

Giovanni Armone

**Il principio di effettività: una guida
nel labirinto delle fonti
tra diritto civile e diritto del lavoro**

Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro

Giovanni Armone

Sommario: 1. Un viaggio nel sistema integrato delle fonti: profili generali. 2. Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea... 3. ...e nell'ordinamento interno. 4. L'effettività e la prospettiva remediale. 5. Il concreto operare del principio di effettività. 6. Nullità e rilievo officioso del giudice. 7. Tutela invalidatoria e tutela restitutoria. 8. Le metamorfosi della responsabilità civile. – 9. Precariato pubblico e risarcimento del danno. 10. Della responsabilità civile dello Stato e di alcune aporie.

1. Un viaggio nel sistema integrato delle fonti: profili generali.

Una riflessione sul sistema integrato delle fonti nell'ambito del diritto europeo e sul ruolo che al suo interno può ricoprire il principio di effettività esige una premessa definitoria.

Al pari del diritto interno, il diritto europeo è in continua evoluzione e non può essere identificato nello *ius positum*, dovendo sempre essere colto nel suo concreto divenire e nella sua attuazione pratica.

Anche per l'ordinamento europeo è indispensabile non perdere di vista “la complessità di un contesto politico, sociale e culturale, che è necessariamente l'energia ordinante dell'ordinamento, il *logos* sul quale le norme si radicano costituendone semmai il riflesso”¹.

A questo si aggiunge che, a differenza di quanto avviene negli ordinamenti statali, il diritto europeo muove dal luogo centrale di produzione delle fonti ufficiali per poi allargarsi e frantumarsi nelle sempre più numerose, eterogenee e conflittuali comunità nazionali, dove subisce un processo di adattamento che ne muta il volto e le caratteristiche, pur nella teorica fedeltà a un modello originario.

Quando dunque parliamo di diritto europeo, non possiamo fare riferimento semplicemente all'insieme delle disposizioni che scaturiscono dalle istituzioni dell'Unione europea, né possiamo

¹ LIPARI N., *Costituzione e diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 1259.

pensare che esse necessitano semplicemente di una trasposizione meccanica negli ordinamenti interni.

Il diritto dell'Unione europea è in realtà "il diritto di ciascuno degli Stati assunto e valutato all'esito del necessario processo di integrazione tra le fonti interne e quelle di derivazione comunitaria", ossia "il risultato del processo di metabolizzazione di ciascun diritto nazionale con le determinazioni di derivazione comunitaria"².

I confini del diritto europeo non possono essere abbracciati con unico sguardo. Assomigliano sempre di più a quelli del Mediterraneo, come descritti da Predrag Matvejevic nella sua affascinante riflessione sull'integrazione tra i popoli intorno al *mare nostrum*: "non sappiamo come fare a determinarli e in che modo: sono irriducibili alla sovranità o alla storia, non sono né statali né nazionali: somigliano al cerchio di gesso che continua a essere descritto e cancellato, che le onde e i venti, le imprese e le ispirazioni allargano o restringono"³.

L'incertezza non è tuttavia un buon motivo per abbandonare il viaggio, può essere anzi la spinta decisiva a intraprenderlo.

Scopo di questa relazione è verificare se in questo viaggio possa fungere da bussola il principio di effettività, che costituisce una delle realtà consolidate nel panorama del diritto europeo, come appena definito.

2. Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea...

Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, il principio di effettività può essere osservato da due angoli visuali.

Dal punto di vista oggettivo, esso è funzionale a garantire il raggiungimento degli scopi perseguiti dall'Unione europea nel singolo settore di intervento ed è sancito nell'art. 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, dove si prevede: "gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

Dal punto di vista soggettivo, il principio di effettività rafforza i diritti riconosciuti dalle direttive ai singoli cittadini dell'Unione sul piano sostanziale, ma ha anche una dimensione processuale, oggi

² LIPARI N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, ESI, 2013, p. 1200.

³ MATVEJEVIC, *Breviario mediterraneo*, 2° ed. it., Garzanti, 2006, p. 18.

ancor più accentuata, a seguito dell'approvazione della Carta di Nizza e della sua equiparazione ai trattati. L'art. 47 della Carta ha fatto assurgere il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva al rango di diritto fondamentale: "ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo".

L'opera della Corte di giustizia Ue ha poi ulteriormente esteso la portata del principio di effettività, sia attraverso l'enunciazione di una serie di corollari applicativi, sui quali ci si soffermerà nella parte della trattazione dedicata alla casistica applicativa, sia traendone importanti implicazioni che addirittura si riflettono sulle scelte istituzionali degli Stati membri.

Nell'ultimo periodo, quest'ultima tendenza si è molto accentuata.

Si veda, per fare un primo esempio, la celebre sentenza della Corte di giustizia sull'associazione dei giudici portoghesi, in cui era in discussione la legittimità della riduzione degli stipendi (fra gli altri) dei magistrati contabili portoghesi attuata dal legislatore di quello Stato nel 2014⁴.

La Corte di Lussemburgo ha bensì escluso che nel caso in esame la riduzione salariale realizzata dalla legge portoghese a danno dei giudici contabili ne ledesse l'indipendenza, in quanto tale legge riguardava una vasta categoria di pubblici funzionari e ciò ne dimostrava la finalità di contenimento della spesa, ma ha comunque strettamente collegato il principio di effettività all'indipendenza della magistratura, così esprimendosi: "36. L'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca ad uno Stato di diritto (v., in tal senso, sentenza del 28 marzo 2017, *Rosneft*, C 72/15, EU:C:2017:236, punto 73 e giurisprudenza ivi citata). 37. Ne consegue che ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti, in quanto "giurisdizione" nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva. (...) 41. Per garantire detta tutela, preservare l'indipendenza di detto organo è di primaria importanza, come confermato dall'articolo 47, secondo comma, della Carta, che menziona l'accesso a un giudice «indipendente» tra i requisiti connessi al diritto fondamentale ad un ricorso effettivo. 42. La garanzia di indipendenza, intrinseca alla funzione

⁴ C. Giust. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *FI*, 2018, IV, c. 189.

giurisdizionale (v., in tal senso, sentenze del 19 settembre 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, punto 49; del 14 giugno 2017, Online Games e a., C-685/15, EU:C:2017:452, punto 60, nonché del 13 dicembre 2017, El Hassani, C-403/16, EU:C:2017:960, punto 40) si impone non soltanto a livello dell'Unione, per i giudici dell'Unione e gli avvocati generali della Corte, come previsto dall'articolo 19, paragrafo 2, terzo comma, TUE, ma anche a livello degli Stati membri, per i giudici nazionali.”

Il principio di effettività è posto a difesa dello Stato di diritto e autorizza dunque la Corte di giustizia a mettere in discussione l'apparato ordinamentale degli Stati membri, qualora tale assetto si rifletta negativamente sull'indipendenza dei giudici; l'indipendenza costituisce infatti un requisito essenziale dell'effettività della tutela e dunque, almeno per quei giudici che possono essere chiamati ad applicare il diritto Ue, un requisito della stessa attuazione di quel diritto.

Di minor impatto simbolico, ma forse più incisiva è la sentenza della Corte di giustizia sulla legislazione slovacca in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori⁵. La Corte di giustizia ha in tale occasione affermato la contrarietà al diritto dell'Unione, e in particolare al principio di effettività, delle norme di quella legislazione “che, pur consentendo, nella fase dell'emanazione di un'ingiunzione di pagamento nei confronti di un consumatore, il controllo del carattere vessatorio, delle clausole incluse in un contratto concluso tra un professionista e tale consumatore, da un lato, affida a un funzionario amministrativo di un'autorità giurisdizionale, privo dello status di magistrato, la competenza a emettere tale ingiunzione di pagamento e, dall'altro, prevede un termine di quindici giorni per l'opposizione e prescrive che quest'ultima sia motivata nel merito”.

Di grande rilievo è poi la recente sentenza 4 dicembre 2018, causa C-378/17, Minister for Justice and Equality e Commissioner of An Garda Síochána c. Workplace Relations Commission, in cui la Corte ha ritenuto in contrasto con il principio di effettività e con il primato del diritto Ue la normativa della repubblica d'Irlanda, in forza della quale un organismo nazionale (la Commissione per le relazioni professionali, già denominata Tribunale per le pari opportunità), istituito per legge al fine di garantire l'applicazione del diritto dell'Unione in un particolare settore (nella specie, quello della parità di trattamento nell'ambito del lavoro), non è competente a decidere di disapplicare una norma di diritto

⁵ C. Giust. 20 settembre 2018, causa C-448/17, EOS KSI Slovensko s. r. o.

nazionale contraria al diritto dell'Unione, essendo tale competenza riservata a un organo giurisdizionale superiore (la High Court).

Come si può constatare da questi pochi esempi, il principio di effettività si irradia e consente alla Corte di Lussemburgo di sindacare gli assetti ordinamentali dei singoli Paesi, ben oltre il limite dell'autonomia procedurale dei singoli ordinamenti, che aveva costituito sino a poco tempo fa un limite invalicabile⁶.

3. ... e nell'ordinamento italiano.

Anche nel diritto italiano interno, il principio di effettività riveste ormai un ruolo di assoluta preminenza.

Il codice del processo amministrativo dedica a tale principio addirittura la disposizione di apertura, solennemente enunciando che "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva" secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo" (art. 1).

Per gli altri processi manca un'analogha previsione legislativa, ma le corti non dubitano che al principio di effettività occorra guardare ogni qualvolta vi sia la necessità di realizzare una maggiore aderenza tra fatto e diritto, tra esigenze del singolo caso e rigidità (o assenza) della fattispecie, tra diritto riconosciuto sulla carta e concreta protezione degli interessi sottesi⁷.

La Corte di cassazione a Sezioni Unite già nel 2006 osservava come, in tema di principio di effettività e vizi processuali, "il risultato di tali indicazioni, provenienti da norme o ordinamenti di rango superiore, è un vero e proprio effetto di irraggiamento nei confronti della disciplina legislativa che regola i modi di esercizio della tutela giurisdizionale"⁸.

Negli anni successivi, si è poi assistito a un dilagare dei richiami al principio di effettività.

Sono sufficienti pochi esempi.

Nel 2011, chiamate a delineare la portata del c.d. *overruling* processuale, le Sezioni Unite ne hanno circoscritto gli effetti, affermando che, "in considerazione del bilanciamento dei valori in

⁶ Che l'effetto finale del principio di effettività potesse essere lo "svuotare di contenuto il principio dell'autonomia processuale" era stato profeticamente avvertito già da CANNIZZARO, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *DUE*, 2008, p. 449.

⁷ VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *ED - Annali X*, 2017, dove è possibile trovare un'amplissima panoramica delle voci favorevoli e contrarie allo sviluppo del principio di effettività.

⁸ Cass. Sez. Un. 14 febbraio 2006, n. 3117.

gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 Cost.), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa anche attraverso la celebrazione di un giudizio che tenda, essenzialmente, alla decisione di merito - deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'"*overruling*" nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente (e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto) nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo”⁹.

Nel 2013, nella nota sentenza sul caso CIR/Fininvest, la S.C. ha operato una amplissima ricostruzione dei rapporti tra diritto e rimedio, in un proficuo dialogo con la dottrina, individuando “la necessità di partire dalla ricerca del profondo e decisivo significato del principio di effettività, rettammente inteso, nella sua innegabile dimensione di regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, come diritto ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato (onde la necessità di indagare *funditus* i confini della discrezionalità legislativa nella scelta della sanzione adeguata ... Il diritto ad una tutela effettiva è, in ultima analisi, la facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato, dovendosi interpretare la norma costituzionale sul(l'inviolabile) diritto alla tutela giurisdizionale non solo seguendo l'itinerario di pensiero indicato dalle sentenze della Consulta (che, pur alludendovi qua e là, non ha mai esplicitamente affermato, sinora, che il diritto fondamentale alla tutela comprenda, accanto alle regole di correttezza del processo, quelle che attengono alle forme di protezione della situazione sostanziale dedotta in giudizio), ma anche alla luce del più generale contesto rappresentato dall'ordinamento internazionale che quella norma integra (C. Cost. 22 ottobre 1999, n. 388), ordinamento nel quale il moltiplicarsi di accenti sul diritto al rimedio effettivo che emerge dalla lettura degli artt. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (stando all'interpretazione offertane dalla Corte di Giustizia già a far data dalla sentenza Johnston del 1986) e 47

⁹ Cass. Sez. Un. 11 luglio 2011, n. 15144.

della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e oggi del Trattato di Costituzione Europea, è indicativa del fatto che quello alla tutela giurisdizionale non viene inteso soltanto come diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale, ma è concepito pure, in una prospettiva contenutistica, come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela¹⁰.

Nel 2016, in una sentenza sulla quale si ritornerà, le Sezioni Unite hanno affermato che, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine nel pubblico impiego privatizzato, la misura risarcitoria prevista dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE¹¹.

Infine, nel 2018, ancora le Sezioni Unite hanno superato il proprio precedente orientamento in tema di improcedibilità del ricorso notificato a mezzo p.e.c. come originale telematico e depositato in copia analogica, sulla base di "ragioni che muovono da una prospettiva convergente con l'esigenza di consentire la più ampia espansione, nel perimetro di tenuta del sistema processuale, del diritto fondamentale di azione (e, quindi, anche di impugnazione) e difesa in giudizio (art. 24 Cost.), che guarda come obiettivo al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, alla cui realizzazione coopera, in quanto principio "mezzo", il giusto processo dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.), in una dimensione complessiva di garanzie che rappresentano patrimonio comune di tradizioni giuridiche condivise a livello sovranazionale (art. 47 della Carta di Nizza, art. 19 del Trattato sull'Unione europea, art. 6 CEDU)"¹².

Da parte sua, la Corte costituzionale, che in passato aveva letto l'art. 24 Cost. in ottica solo processuale o al più di tutela dell'accesso alla giustizia, ha di recente ampliato il proprio orizzonte.

Nella celebre sentenza sull'immunità giurisdizionale degli Stati¹³, ad es., la Consulta ha ribadito in termini solenni che "il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema

¹⁰ Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *FI*, 2015, I, c. 2909, con nota di SASSANI.

¹¹ Cass. Sez. Un. 15 marzo 2016, n. 5072, in *FI*, 2016, I, c. 2994, con nota di PERRINO. Più di recente v. Cass. 16 gennaio 2019, n. 992.

¹² Cass. Sez. Un. 24 settembre 2018, n. 22438.

¹³ C. cost. 22 ottobre 2014, n. 238, in *FI*, 2015, I, c. 1152, con note di PALMIERI A. e SANDULLI A..

democratico del nostro tempo”, traendone la conclusione che l’art. 24 deve essere interpretato anche come strumento per garantire che un diritto consacrato ai più elevati livelli riceva adeguata protezione e dunque dichiarando incostituzionali le norme che escludano il rimedio risarcitorio per un simile diritto.

Più di recente, nel 2018, nella altrettanto nota pronuncia sul c.d. *Jobs Act*, la Consulta ha fondato la dichiarazione di parziale incostituzionalità dell’art. 3, comma 1, d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23, nella parte in cui comprime eccessivamente la discrezionalità del giudice nella determinazione dell’indennità per i licenziamenti illegittimi, anche e soprattutto sui principi di adeguatezza, proporzionalità ed effettività dei rimedi, sanciti dalla Carta sociale europea e dal Comitato europeo dei diritti sociali¹⁴.

Gli esempi potrebbero continuare, ma quanto sin qui illustrato appare sufficiente ad affermare, in termini per ora generali, che il principio di effettività si profila come fondamentale canone interpretativo e come cerniera tra i sistemi delle fonti.

4. *L’effettività e la prospettiva remediale.*

L’affermarsi del principio di effettività a così largo spettro non può lasciare indifferente il giurista italiano, richiamando anzi alla mente un’importante elaborazione teorica sul tema dell’attuazione dei diritti, sviluppatasi a partire dagli anni ’70 e ’80 del secolo scorso all’interno della nostra dottrina privatistica e processualcivilistica.

Attingendo alla celebre frase di Giuseppe Chiovenda, secondo cui “il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva tutto quello e proprio quello che il diritto sostanziale riconosce”¹⁵, e sulla scorta di un assetto codicistico che aveva elevato “il momento della tutela giuridica a momento qualificante della vita dei diritti soggettivi”¹⁶, la dottrina procedette allora a rivisitare le tradizionali contrapposizioni tra diritto sostanziale e processo. Ogni campo del diritto privato fu setacciato alla ricerca degli strumenti utili a inverare sul piano remedial-processuale un principio di effettività della tutela dei diritti, non espressamente sancito nelle fonti, ma già

¹⁴ C. Cost. 8 novembre 2018, n. 194, in FI, 2019, I, c. 70, con nota di Giubboni.

¹⁵ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Jovene, 1923, p. 81.

¹⁶ DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*⁴, Giuffrè, 2003, p. 9.

allora ricavabile, ben prima della modifica dell'art. 111 Cost., dall'art. 24 Cost.¹⁷.

Quella elaborazione conseguì, sul piano culturale, due fondamentali risultati.

In primo luogo, essa diede coerente concretezza alla riflessione sul concetto di effettività giuridica, che sino ad allora era rimasta confinata nell'area della teoria generale, dove il carattere dell'effettività veniva attribuito, secondo la nota teoria di Kelsen, al solo diritto positivo che, oltre ad essere valido, fosse anche applicato e osservato.

In secondo luogo, consentì di mettere a fuoco che la tutela civile dei diritti non è appannaggio del diritto processuale, ma ha uno spazio autonomo nel diritto sostanziale, poiché è su quest'ultimo terreno che nascono e si sviluppano bisogni di tutela, sui quali poi modellare rimedi e tecniche di carattere processuale (senza peraltro trascurare quei rimedi che operano anche al di fuori del processo).

Una volta acquisito che diritto sostanziale e diritto processuale non sono mondi separati e che esiste tra di essi un ponte di collegamento costituito dalla tutela dei diritti, fu anche inevitabile giungere alla conclusione che il processo e le sue regole non solo svolgono un ruolo strumentale nei confronti dei diritti, ma che il concreto atteggiarsi dei rimedi a difesa di tali diritti mette in discussione la purezza delle regole processuali e la neutralità del ruolo del giudice¹⁸.

Il percorso è proseguito anche in tempi più recenti.

¹⁷ Si veda al riguardo PROTO PISANI A., *L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna*, in *Riv. dir. proc.* 1975, p. 620; per un'analisi più approfondita, istituito per istituto, v. poi DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, cit., nelle sue quattro edizioni susseguitesi dal 1987 al 2003, con continui ampliamenti e adeguamenti all'evoluzione normativa e giurisprudenziale; dello stesso A., in termini più generali, v. anche DI MAJO A., *Tutela (diritto privato)*, in *ED*, XLV, Milano, 1992, p. 361, nonché più di recente DI MAJO A., *Rimedi e dintorni*, in *EDP*, 2015, p. 703; v. poi i contributi contenuti nei due volumi collettanei dal titolo *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO S., Jovene, 1989, nonché per un riepilogo, anche in chiave comparatistica, MATTEI, *I rimedi*, in AA. VV., *La parte generale del diritto civile, 2. Il diritto soggettivo*, in *Tr. Sacco*, Utet, 2001, p. 107 ss. e MAZZAMUTO S. - PLAIA, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Giuffrè, 2007, II, p. 739 ss. Per una recentissima analisi della prospettiva remediale, v. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *RDC*, 2018, p. 1045 ss.

¹⁸ V. MATTEI, *op. cit.*, p. 173. Per un analogo percorso compiuto dalla giurisprudenza della Corte EDU v. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *RTDPC*, 2007, p. 35 ss..

La dottrina ha continuato a ragionare sul principio di effettività sia in ottica di rafforzamento della tutela, sia alla ricerca di possibili rimedi allo stato di crisi della giustizia, in chiave dunque di efficienza e ragionevole durata del processo civile, inteso come prodotto o servizio pubblico¹⁹.

E il livello si è poi ulteriormente innalzato, giacché appartengono comunque al discorso sul principio di effettività le riflessioni di Paolo Grossi sul ruolo proattivo e determinante del giudice nell'epoca del pos-moderno²⁰, di Nicolò Lipari sulla necessità di abbandonare i canoni interpretativi consegnatici dalla tradizione positivista, affidandosi con fiducia al giudice-legislatore²¹, di Maurizio Fioravanti sulle trasformazioni costituzionali determinate dalla prospettiva giurisdizionalistica²².

5. *Il concreto operare del principio di effettività.*

Delineata la cornice teorica e normativa entro la quale si colloca il principio di effettività, possiamo passare all'analisi del suo concreto operare, dei meccanismi che esso consente di mettere in moto.

L'angolo visuale dal quale cercherò di osservare questo fenomeno è quello dei rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro, nella convinzione che prendere sul serio il principio di effettività così come declinato dalla Corte di giustizia possa avviare un proficuo dialogo tra le due discipline.

Non soltanto il principio di effettività rafforza i poteri del giudice civile nei settori nei quali il diritto dell'Unione europea dispiega i suoi effetti, attraverso un coerente utilizzo degli strumenti classici (interpretazione conforme e disapplicazione) che la giurisprudenza della Corte di giustizia ci mette a disposizione e anzi ci impone.

Imponendo una più accurata ricerca e individuazione della *ratio* della norma interna, il principio di effettività può essere anche lo strumento con cui l'interprete del diritto nazionale procede alla riscoperta e alla valorizzazione di patrimoni normativi e categoriali della nostra tradizione dimenticati o trascurati.

¹⁹ V. VETTORI, *op. cit.*; PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in RIDL, 2016, p. 215; CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in RTDPC, 2018, p. 1 ss.

²⁰ V. tra i numerosi scritti GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in RTDPC, 2016, p. 1144 ss.

²¹ V. tra i numerosi scritti LIPARI N., *Giudice legislatore*, in FI, 2017, I, c. 477.

²² FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in RTDPU, 2014, p. 295 ss.

Il principio di effettività può essere utilizzato anche per illuminare gli angoli dimenticati delle “stanze” tradizionali del diritto civile, per riportare alla luce concetti che erano sempre stati sotto i nostri occhi, ma che, per molteplici ragioni, avevamo dismesso²³.

L’ottica è quella di una sorta di principio di equivalenza rovesciato. Così come il diritto dell’Unione europea non tollera che le situazioni giuridiche soggettive che scaturiscono dal diritto Ue siano protette in misura inferiore rispetto a quelle, omologhe, del diritto nazionale, così quest’ultimo, attraverso il principio di eguaglianza, non dovrebbe tollerare che i diritti di estrazione nazionale siano protetti meno di quelli, dello stesso tipo, che trovano la propria fonte nel diritto Ue.

Il principio di effettività così inteso consentirebbe così di realizzare anche un processo osmotico tra i diversi settori interni dell’ordinamento, in particolare nei rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro, dove l’eccezione lavoristica e la specialità del diritto del lavoro, intese come rifiuto di ogni contaminazione, rischiano di impedire a tale disciplina di far propri importanti progressi che si stanno compiendo in altri settori privatistici; e d’altronde il principio di effettività può giocare un ruolo importante anche per far assumere al diritto del lavoro, all’occorrenza, un ruolo di preminenza nel quadro del diritto civile rinnovato, che, permeato dai valori della Costituzione e delle Carte sovranazionali, ha ormai perso in buona parte il carattere tradizionale borghese di diritto “tra eguali” ed è sempre più sensibile “alle esigenze di equità e di tutela della persona anche in un tessuto produttivo nel quale si manifestano asimmetrie, squilibri e distorsioni”²⁴.

6. Nullità e rilievo officioso del giudice.

Il primo terreno di studio è quello della nullità.

²³ Del resto, si è osservato, “il principio di effettività è un principio immanente all’intero sistema. Ed esso non è che una specificazione del principio “di effettività” degli stessi enunciati normativi” (così DI MAJO A., *Rimedi e dintorni*, cit., p. 707).

²⁴ Così ICHINO P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *RIDL*, 2012, I, p. 93, il quale, a proposito delle analoghe esigenze di tutela del lavoratore e dell’impresa debole soggetta ad abuso di dipendenza economica, auspica l’aprirsi di “una prospettiva di comunicazione, se non addirittura di saldatura, fra diritto del lavoro e diritto commerciale”.

Tra gli effetti più rilevanti del principio di effettività di matrice europea vi è quello di aver restituito vitalità alla nullità contrattuale, in chiave protettiva²⁵.

Le recenti e dirimenti sentenze della Corte di cassazione in tema di rilievo officioso della nullità, con cui è stato ribaltato un orientamento consolidatissimo ed è stato messo in discussione uno dei principi-cardine del processo civile, quale il principio dispositivo, hanno trovato nella giurisprudenza della Corte di giustizia e nel principio di effettività una spinta decisiva²⁶.

²⁵ Sul tema la letteratura è sterminata: si vedano ad es. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *EDP*, 2011, p. 77; D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, p. 977; SCODITTI, *Le nullità di protezione*, in *Libro dell'anno del diritto-EGT*, Roma, 2014.

²⁶ Cass. Sez. Un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *FI*, 2015, I, c. 862, precedute da Cass. Sez. Un. 4 settembre 2012, n. 14828, in *FI*, 2013, I, c. 1238. V. in particolare il § 3.13.2 di Cass. n. 26242/2014: “Le indicazioni provenienti dalla stessa Corte di Giustizia in tema di rilievo officioso (nella specie, delle clausole abusive nei contratti relativi alle ipotesi di cd. commercio *business-to-consumer*) consentono di desumere un chiaro rafforzamento del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità, (nella sentenza Pannon del 4 giugno 2009, in causa C-243/08, la Corte ha stabilito che il giudice deve esaminare di ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, qualificando, in buona sostanza, in termini di dovere l'accertamento officioso del giudice circa il carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute in siffatti contratti, sia pure con il limite, ostativo alla disapplicazione, dell'opposizione del consumatore). E proprio in conseguenza degli interventi della Corte di giustizia sembra destinata a restare definitivamente sullo sfondo, senza assumere il rilievo che parte della dottrina ha cercato di attribuirvi, la nozione di nullità relativa intesa come realizzazione di una forma di annullabilità rafforzata (di cui è traccia nel non condivisibile *decisum* di questa Corte, nella sentenza 9263/2011) anziché come species del più ampio genus rappresentato dalla nullità negoziale. Nullità che non a torto è stata definita, all'esito del sopravvento del diritto europeo, ad assetto variabile, e di tipo funzionale, in quanto calibrata sull'assetto di interessi concreto, con finalità essenzialmente conformativa del regolamento contrattuale, ma non per questo meno tesa alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo. Si è così osservato che, se le nullità di protezione si caratterizzano per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti), la omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole”.

Con tali sentenze, le Sezioni unite hanno realizzato, a parere di chi scrive, la sintesi più avanzata possibile nella concezione dei rapporti tra diritto Ue e diritto nazionale.

Il principio di effettività e tutti i suoi corollari, tra cui il rilievo officioso, sono stati introiettati nel sistema nazionale e sono stati innestati nel cuore del diritto civile dei contratti, rendendo indispensabile confrontarsi con essi indipendentemente dal fatto che venga o meno in questione una tematica rientrante nell'ambito regolativo del diritto Ue.

Il principio di effettività ha dato la spinta finale, ma tecnicamente le sentenze si sono mosse rivalutando orientamenti dottrinali che avevano messo in discussione da tempo il ruolo tradizionalmente attribuito alla sanzione della nullità. Non è casuale che i casi pratici sottoposti all'attenzione delle Sezioni Unite riguardassero rispettivamente un contratto di rendita vitalizia (Cass., Sez. Un., n. 26242 del 2014) e due contratti preliminari incrociati, aventi per oggetto una cessione di quote societarie e una vendita commerciale (Cass., Sez. Un., n. 26243 del 2014), materie dunque del tutto estranee al raggio applicativo del diritto Ue.

Sulla base di queste premesse, ci si sarebbe potuti attendere un'espansione dei principi affermati dalle Sezioni Unite in ogni direzione, ma soprattutto verso quegli ambiti del diritto contrattuale in cui i rapporti tra le parti sono connotati da forti disparità di potere economico e informativo.

Ciò è talvolta avvenuto, come in un recente e interessante caso, riguardante un contratto di assicurazione sulla vita "*unit linked*", in cui la S.C. ha censurato il giudice di merito per non aver verificato, alla luce delle disposizioni del codice civile, del codice delle assicurazioni e delle norme regolamentari, se l'entità della copertura assicurativa, desumibile dall'ammontare del premio versato dal contraente rispetto al capitale garantito, dall'orizzonte temporale e dalla tipologia dell'investimento, fosse talmente esigua da elidere l'equilibrio delle prestazioni, in altri termini la potenziale illiceità della causa contrattuale²⁷.

In altri campi, come quello del diritto del lavoro sostanziale e processuale, che pure costituisce terreno d'elezione per le nullità di carattere protettivo e che è caratterizzato sin dall'origine dalla pesante incidenza dei poteri del giudice, si è invece manifestata una certa resistenza.

Nel diritto del lavoro, lo spettro applicativo dei principi affermati dalle Sezioni Unite è potenzialmente molto vasto (sanzioni

²⁷ Cass. 5 marzo 2019, n. 6319.

disciplinari nel pubblico impiego, patti contrattuali penalizzanti per il lavoratore, divieti nella contrattazione a termine ecc.), ma sinora la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il tema solo a proposito del licenziamento²⁸.

È noto come le recenti riforme degli anni 2012-2015 abbiano ridotto lo spazio della tutela reintegratoria, cui il lavoratore può accedere in pienezza solo nelle ipotesi di nullità del licenziamento.

Nella pratica, accade però sovente, per molteplici ragioni, che il ricorso con cui si impugna il licenziamento trascuri di segnalare profili di illegittimità dell'atto di recesso, che pure emergono dai documenti prodotti dalle parti o dall'istruttoria svolta²⁹.

Quando tali vizi integrino un'ipotesi di nullità del recesso datoriale, ci si è chiesti se la citata giurisprudenza delle Sezioni unite sul rilievo officioso della nullità contrattuale possa essere trasposta al licenziamento, in contrasto con un filone giurisprudenziale della sezione Lavoro piuttosto consolidato³⁰.

²⁸ Per una prima analisi, v. DI PAOLA L., *Rilevabilità officiosa delle nullità negoziali e diritto del lavoro: un tema da approfondire*, in RIDL, 2015, p. 1113, nonché, dello stesso A., più di recente, DI PAOLA L., *Giudicato implicito, "deducibile" e frazionamento della tutela giurisdizionale con riferimento alle azioni di impugnativa negoziale nell'ambito del rapporto di lavoro*, in RIDL, 2018, p. 968 ss.

²⁹ Nel caso deciso da Cass. 15 febbraio 1996, n. 1173, in IMP, 1996, 1195, ad esempio, la parte ricorrente aveva addotto in primo grado il proprio stato di gravidanza, non però come causa di nullità del provvedimento di licenziamento disciplinare, ma come elemento a sostegno dello stato soggettivo di confusione che avrebbe giustificato il suo comportamento.

³⁰ V. Cass. 15 febbraio 1996, n. 1173, cit., Cass. 15 febbraio 2001, n. 2188, in FI, 2001, I, 1566, Cass. 21 dicembre 2004, n. 23683 ("Ove il lavoratore impugni il licenziamento ed agisca in giudizio deducendo il difetto di giusta causa o giustificato motivo, l'eventuale motivo discriminatorio o ritorsivo, pur ricavabile da circostanze di fatto allegate, integra un ulteriore, e non già compreso, motivo di illegittimità del recesso, come tale non rilevabile d'ufficio dal giudice e neppure configurabile come mera diversa qualificazione giuridica della domanda. (Nella specie la Corte ha respinto il motivo di ricorso in base al quale la lavoratrice aveva lamentato che il giudice di appello, anziché ritenere domanda nuova quella volta a dedurre il carattere ritorsivo del licenziamento, avrebbe dovuto accogliere la domanda stessa, seppure sulla base di una norma giuridica diversa da quella prospettata, considerato che nel ricorso introduttivo erano comunque stati indicati i fatti che dimostravano quel carattere)", Cass. 22 aprile 2005, n. 8474, in IMP, 2005, p. 1267, e perfino Cass. 3 luglio 2015, n. 13673, inedita, la quale, pur giungendo dopo le Sezioni unite del 2014, non si interroga sul punto.

Inizialmente, la Corte di cassazione si è espressa in senso positivo, valorizzando proprio la funzione protettiva delle nullità lavoristiche e richiamando le indicazioni della Corte di giustizia³¹.

Più di recente, Cass., 24 marzo 2017, n. 7687, ha invece fatto prevalere un orientamento restrittivo, attraverso un percorso argomentativo più attento ai profili processuali³².

³¹ V. Cass. 28 agosto 2015, n. 17286 in un caso di sanzione disciplinare irrogata a un dipendente di un'azienda appartenente al settore autoferrotranviario (in cui quindi il procedimento disciplinare era scandito da norme di legge imperative), impugnata dal lavoratore per uno specifico motivo, la S.C. ha così argomentato: "il principio di rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali emergenti ex actis si estende (contrariamente a quanto affermato da Cass. S.U. n. 14828/12) anche alle nullità cd. di protezione (per esse intendendosi quelle che possono farsi valere solo dal soggetto nel cui interesse la nullità medesima è prevista), da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, come una species del più ampio genus rappresentato dalle prime. Si tratta di una nullità caratterizzata dalla coesistenza della legittimazione ristretta (potendo essere fatta valere dal solo soggetto nel cui interesse è prevista) e della rilevabilità d'ufficio, ovviamente subordinata alla verifica dell'utilità pratica che il soggetto protetto possa trarne. La nullità d'una sanzione disciplinare per violazione dell'iter legislativo previsto per la sua irrogazione rientra - appunto - nella categoria delle nullità di protezione, atteso che la procedura garantistica prevista in materia disciplinare (dall'art. 7 Stat. in linea generale e, nello specifico dei rapporti di lavoro autoferrotranviario, dall'art. 53 r.d. n. 148/31) è inderogabile ed è fondata su un evidente scopo di tutela del contraente debole del rapporto (vale a dire del lavoratore dipendente)."

³² "In un sistema processuale fondato sul principio della domanda e sul conseguente divieto di ultrapetizione, non si giustificerebbe diversamente la previsione dell'art. 18, comma 7, della legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, e dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui fanno riferimento all'applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio (quindi affetto da nullità) «sulla base della domanda formulata dal lavoratore». 11. Si deve, poi, aggiungere che le Sezioni Unite di questa Corte per escludere che il principio dispositivo possa limitare il potere officioso nelle azioni di annullamento o di nullità hanno sottolineato, da un lato che in ogni azione contrattuale il negozio viene in rilievo «nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica» con la conseguenza che l'oggetto del giudizio è sempre anche il rapporto che da quel negozio scaturisce; dall'altro che la domanda volta a ottenere la dichiarazione di nullità, in quanto avente ad oggetto l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale, è equiparabile alla domanda di accertamento di diritti autodeterminati, inerenti a situazioni giuridiche assolute, articolate in base a un solo elemento costitutivo. Nessuna di dette ragioni, poste a fondamento del principio della rilevabilità officiosa, si presta a essere estesa alla impugnativa del licenziamento, che,

Ora, per tentare di governare questo contrasto³³, si possono fare alcune osservazioni.

L'estensione al diritto del lavoro, e in particolare alle fattispecie di licenziamento, dei principi in tema di rilievo officioso della nullità, elaborati dalle Sezioni unite nel 2014, non può dirsi scontata. Essa passa attraverso il giudizio di compatibilità previsto dall'art. 1324 c.c., che è norma certo di non facile lettura.

Un rapido esame della giurisprudenza sull'art. 1324 mostra che l'incompatibilità è stata in passato affermata o per ragioni strutturali, legate cioè alle intrinseche caratteristiche dell'atto unilaterale, che per definizione non consente ad es. di appurare la comune intenzione delle parti³⁴, o per ragioni funzionali, legate cioè al contesto nel quale quello specifico atto si inserisce³⁵.

Cass. 7687/2017 sembra porsi nel solco di tale secondo indirizzo, allorché vede nella accentuata procedimentalizzazione dell'impugnativa dei licenziamenti un carattere talmente specifico della disciplina del recesso datoriale da renderla incompatibile, nel senso voluto dall'art. 1324, con la rilevanza officiosa della nullità.

Tuttavia, uno dei meriti principali delle pronunce delle Sezioni unite del 2014 è stato quello di rileggere l'intero istituto della nullità alla luce del principio di effettività, sicché anche il giudizio di compatibilità ex art. 1324 dovrà essere condotto tenendo conto di

da un lato, resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto; dall'altro non può essere equiparata all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati, attesa la molteplicità dei profili di nullità, annullabilità e inefficacia che possono incidere sulla validità in senso lato del recesso e che implicano la deduzione e la allegazione di circostanze di fatto che, per le peculiarità proprie del rito, devono entrare a far parte del thema decidendum e del thema probandum sin dal primo atto introduttivo. 12. Le considerazioni che precedono inducono, pertanto, il Collegio a ribadire l'orientamento di questa Corte richiamato al punto 7, in forza del quale non è consentita al ricorrente la tardiva deduzione di un vizio del procedimento disciplinare non dedotto nell'atto introduttivo né può il giudice rilevare d'ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte”.

³³ Nel procedimento sfociato nella sentenza n. 7687/2017, il Pubblico Ministero presso la Cassazione aveva concluso per la rimessione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite Civili, ma questo suggerimento non è stato raccolto neanche dalla giurisprudenza successiva: v. infatti la più recente Cass. 5 aprile 2019, n. 9675, che ha confermato l'indirizzo negativo.

³⁴ V. ad es. Cass. 6 maggio 2015, n. 9127.

³⁵ V. ad es. Cass. 1° settembre 1997, n. 8262, in *FI*, 1998, I, c. 533, seguita da Cass. 4 marzo 1998, n. 2374, in *GD*, 1998, fasc. 30, p. 30, e più di recente da Cass. 20 settembre 2012, n. 15888 e 23 aprile 2014, n. 9182.

questa chiave interpretativa. L'eventuale incompatibilità tra disciplina del contratto e atti unilaterali non potrà essere affermata valorizzando proprio quegli aspetti che il principio di effettività mira a contrastare, cioè quelle norme che, indifferenti allo squilibrio economico/informativo esistente tra le parti, di fatto realizzano un deficit di tutela.

In particolare, quando Cass. 7687/2017 afferma – richiamando le Sezioni unite – che “la domanda volta a ottenere la dichiarazione di nullità, in quanto avente ad oggetto l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale, è equiparabile alla domanda di accertamento di diritti autodeterminati, inerenti a situazioni giuridiche assolute, articolate in base a un solo elemento costitutivo” e che dunque ad essa non può essere equiparata l'impugnativa di licenziamento, “attesa la molteplicità dei profili di nullità, annullabilità e inefficacia che possono incidere sulla validità in senso lato del recesso e che implicano la deduzione e la allegazione di circostanze di fatto che, per le peculiarità proprie del rito, devono entrare a far parte del *thema decidendum* e del *thema probandum* sin dal primo atto introduttivo”, sembra trascurare che in realtà tale passaggio della motivazione delle Sezioni unite non costituisce la premessa, ma la conclusione del *revirement*. L'equiparazione alle domande di accertamento di diritti autodeterminati è compiuta proprio al fine di liberare il giudizio di nullità, e dunque i poteri officiosi del giudice, dalle secche in cui lo aveva calato la giurisprudenza precedente, attraverso una equiparazione ai giudizi su diritti eterodeterminati.

Il §. 6.13.6 della complessa motivazione di Cass. SU 26242/2014 è chiarissimo: “la domanda di accertamento della nullità negoziale si presta allora, sul piano dinamico-processuale, a un trattamento analogo a quello concordemente riservato alle domande di accertamento di diritti autodeterminati, inerenti a situazioni giuridiche assolute, anch'esse articolate in base ad un solo elemento costitutivo. Il giudizio di nullità/non nullità del negozio (il *thema decidendum* e il correlato giudicato) sarà, così, definitivo e a tutto campo indipendentemente da quali e quanti titoli di nullità siano stati fatti valere dall'attore.”

Le Sezioni Unite hanno equiparato la domanda di nullità alle domande volte a far valere diritti autodeterminati, proprio nella consapevolezza che tradizionalmente l'azione di nullità veniva invece equiparata alla domanda volta a far valere i diritti eterodeterminati, in ragione della molteplicità dei vizi che possono affettare il contratto.

Quanto alle preclusioni di carattere processuale e in particolare alle decadenze, che il rilievo officioso delle nullità consentirebbe di

aggirare, occorre anche qui fare attenzione a non cadere in un'inversione metodologica.

E' vero che le pronunce delle Sezioni Unite avevano tra i propri obiettivi anche quello di arginare "gli inconvenienti della frammentazione di una originaria (ed unitaria) sorgente di rapporti sostanziali in tanti separati rinvii processuali" e di scongiurare condotte dirette a "fruire del principio dispositivo in modo tale da ritagliare a proprio piacimento l'oggetto della lite, scomponendo una situazione soggettiva unitaria in una pluralità di sub-oggetti processualmente autonomi" (§ 4.7.1 e 4.7.2)³⁶. Il che sembra allineare tali pronunce alla *ratio* fondamentale della l. n. 183 del 2010, che, sottoponendo a decadenza tutte le impugnative dei licenziamenti, compresi quelli invalidi, mirava a evitare strumentalizzazioni da parte del lavoratore della imprescrittibilità dell'azione di nullità: la decadenza renderebbe superfluo il rilievo officioso.

Ma se il rilievo d'ufficio ha anche una funzione protettiva della parte debole³⁷, preclusioni e decadenze non possono di per sé essere opposte come barriere a tale rilievo, perché esse stesse costituiscono un potenziale limite al pieno dispiegarsi del principio di effettività³⁸.

³⁶ V. A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., p. 717, che parla di rischi di destabilizzazione derivanti da una gestione privatistica del rapporto sostanziale.

³⁷ E le Sezioni Unite lo affermano chiaramente: "il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata" (§ 3.12.1).

³⁸ Per la potenziale pericolosità dei termini di decadenza rispetto al principio di effettività v. già C. Giust. 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Soc. Santex c. Usl 42, Pavia*, in *FI*, 2003, IV, c. 474, in materia di appalti pubblici; nonché C. Giust. 18 settembre 2003, causa C-125/01, *Pflücke*, e C. Giust. 16 luglio 2009, causa C-69/08, *Visciano c. Inps*. Più di recente v. C. Giust., 20 ottobre 2016, causa C-429/15, *Danqua*, in cui i giudici di Lussemburgo, dopo aver ribadito "che spetta agli Stati membri determinare, per le normative nazionali che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, termini in funzione, segnatamente, della rilevanza che le decisioni da adottare rivestono per gli interessati, della complessità dei procedimenti e della legislazione da applicare, del numero di soggetti che possono essere coinvolti e degli altri interessi pubblici o privati che devono essere presi in considerazione (v., in tal senso, sentenza del 29 ottobre 2009, Pontin, C-63/08, EU:C:2009:666, punto 48)", hanno tuttavia concluso che "il principio di effettività deve essere interpretato nel senso che osta ad una norma procedurale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che assoggetta una domanda volta ad ottenere lo status di

Far operare congiuntamente le due regole (divieto di rilievo officioso e preclusioni decadenziali) rischia di porre l'intera complessiva disciplina delle impugnative dei licenziamenti in contrasto con il principio di effettività.

7. Tutela invalidatoria e tutela restitutoria.

Un altro esempio di potenziale e fecondo interscambio tra settori diversi dell'ordinamento, mediato dal principio di effettività e dall'uso delle categorie generali, può essere trovato spostandoci su un terreno diverso, ma contiguo, quello delle conseguenze della dichiaratoria di nullità.

In materia di clausole abusive, la Corte di giustizia afferma costantemente che “sebbene spetti agli Stati membri, mediante le loro legislazioni nazionali, definire le modalità per dichiarare il carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto, nonché le modalità con cui si realizzano i concreti effetti giuridici di tale dichiarazione, rimane nondimeno il fatto che tale dichiarazione deve consentire di ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola abusiva, dando, in particolare, fondamento ad un diritto alla restituzione dei benefici che il professionista ha indebitamente acquisito a discapito del consumatore avvalendosi di tale clausola abusiva”³⁹.

In tal modo, la Corte di giustizia sancisce un corollario del principio di effettività, che può così compendiarsi: quando l'ordinamento prevede una sanzione di nullità o d'inefficacia di una

protezione sussidiaria ad un termine di decadenza di quindici giorni lavorativi a decorrere dalla notifica, da parte dell'autorità competente, della possibilità, per un richiedente asilo la cui domanda sia stata respinta, di presentare una siffatta domanda”, nonché la citata C. Giust. 20 settembre 2018, causa C-448/17, *EOS KSI Slovensko s. r. o.*; in tempi recentissimi v. anche C. Giust. 28 marzo 2019, causa C-637/2017, *Cogeco Communications*, in materia di danno concorrenziale, in cui la Corte ha affermato: “l'articolo 102 TFUE e il principio di effettività devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale la quale, da un lato, prevede che il termine di prescrizione in materia di azioni per il risarcimento del danno sia di tre anni e inizi a decorrere dalla data in cui la persona lesa è venuta a conoscenza del suo diritto al risarcimento, anche se l'autore della violazione non è noto e, dall'altro, non prevede alcuna possibilità di sospensione o interruzione di tale termine durante un procedimento dinanzi ad un'autorità nazionale garante della concorrenza”.

³⁹ C. Giust. 31 maggio 2018, C-483/2016, Sziber, § 34 e 55, C. Giust. 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, Gutiérrez Naranjo e a., § 66.

clausola o di un intero contratto, violerebbe il principio di effettività una normativa interna che non accompagnasse tale inefficacia con il diritto della parte debole, in favore della quale l'inefficacia è posta, alla restituzione di quanto versato e/o di quanto ha arricchito la controparte.

Anche una simile affermazione suona tutt'altro che nuova agli orecchi del giurista interno. Sebbene il codice civile dedichi pochi cenni alle restituzioni successive alla caducazione del contratto negli art. 1422 e 1463, la dottrina considera la tutela restitutoria "un effetto naturale e riflesso della dichiarata nullità del contratto"⁴⁰.

Su queste basi, che cosa seriamente osterebbe ad affermare in termini generali che nell'attuale diritto civile – grazie all'elaborazione della Corte di giustizia, ma riscoprendo anche concetti ben radicati nella nostra tradizione – alla nullità di un contratto, di una clausola, di un atto unilaterale deve necessariamente seguire, salve espresse eccezioni, la tutela restitutoria/reintegratoria?

Una prospettiva di così ampio respiro avrebbe una duplice, benefica implicazione.

La prima è che sarebbe offerta ai giudici una precisa chiave interpretativa delle domande giudiziali, le cui carenze tutti ben conosciamo, ma che non devono andare a danno delle parti che agiscono in giudizio per la protezione dei propri interessi. L'effettività della tutela implica infatti anche una gestione proattiva del processo, che sfrutti gli spazi concessi dal codice (v. art. 183 e 421 c.p.c.) per chiedere alle parti chiarimenti sulle domande proposte e che eviti letture formalistiche degli atti processuali. Espressioni quali "restituzione", "ripetizione", "reintegrazione", "ripristino", "risarcimento in forma specifica", "tutela reale" ecc., utilizzate magari in modo improprio, criptico, sovrapposto, non esprimono altro che il bisogno di tutela sopra descritto, l'esigenza che all'accertamento di una illegittimità (nullità, inefficacia) contrattuale faccia seguito una ricostituzione dei benefici perduti dalla parte debole per effetto di quella illegittimità.

La seconda implicazione di una riconduzione della tutela restitutoria sotto l'égida del principio di effettività è che potrebbero essere evitate letture riduttive di norme speciali che, pur prevedendo forme di nullità protettive, non attribuiscono al contraente debole espliciti strumenti di tutela restitutoria.

A parte il settore consumeristico, dove un'operazione di tal genere richiederebbe una messa in discussione della sentenza delle

⁴⁰ A. DI MAJO, *La tutela civile*, op. cit., p. 349.

Sezioni Unite sulla bipartizione tra regole di validità e regole di responsabilità⁴¹, un'interessante applicazione di questo corollario del principio di effettività potrebbe aversi, ancora una volta, in tema di licenziamento illegittimo e tutela reintegratoria.

L'art. 2 del d. lgs. n. 23 del 2015 ha ulteriormente circoscritto l'ambito della tutela reintegratoria piena rispetto all'art. 18 novellato dalla l. n. 92 del 2012, limitandola a tre ipotesi: a) il licenziamento discriminatorio; b) il licenziamento orale; c) il licenziamento "riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge".

Intorno a quest'ultima dizione, obiettivamente più restrittiva rispetto a quella contenuta nel primo comma dell'art. 18 post Fornero⁴², si è aperto un dibattito dottrinale e per ora in minima parte giurisprudenziale, volto a comprendere la portata di tale riduzione⁴³.

In particolare, ci si chiede se l'uso della parola "espressamente" escluda dalla tutela reintegratoria ipotesi di licenziamenti che tradizionalmente la giurisprudenza considera nulli, ma che la norma di riferimento non sanzionava esplicitamente con la nullità.

Si pensi al licenziamento ritorsivo, ma non discriminatorio, al licenziamento intimato in vista del trasferimento d'azienda (art.

⁴¹ Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26724, in *FI*, 2008, I, c. 784, con nota di SCODITTI.

⁴² Nell'art. 18 novellato, la tutela reintegratoria era garantita contro il licenziamento "discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile".

⁴³ Per la soluzione più aperta v. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *ADL*, 2015, p. 311 ss.; per una soluzione più articolata, ma tendenzialmente più restrittiva, SANTORO-PASSARELLI G., *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il jobs act*, in *RDC*, I, 2016, p. 627 ss.

2112 c.c.)⁴⁴, al licenziamento intimato prima dell'effettivo superamento del periodo di comporto (art. 2110 c.c.)⁴⁵.

In nessuno di questi casi vi è una norma regolatrice della materia che preveda espressamente la nullità del recesso. Dottrina e giurisprudenza vi giungevano e vi giungono per altre strade.

La tutela garantita contro tali ipotesi di licenziamento sarà allora quella reale o quella indennitaria? Può il principio di effettività giocare un ruolo in questo contesto? È ragionevole, in nome del principio di effettività e di equivalenza, che all'interno di un singolo ordinamento nazionale la tutela contro atti affetti da nullità (cioè adottati in carenza di potere) sia differenziata?

Se in passato poteva apparire incongruo, ma comunque giustificato in nome del favore per il lavoratore, accomunare sotto l'ombrello della tutela reintegratoria la reazione a vizi (del licenziamento) della più varia natura, ben più difficile mi sembra, dal punto di vista tecnico e sistematico, prevedere una tutela differenziata in presenza di vizi omogenei, che il sistema sanziona cioè tutti con la nullità.

Con questo non si pretende certo di negare che possano esservi, all'interno di un istituto ormai molto frastagliato come quello della nullità, differenze in termini di gravità del vizio che a essa dà origine e conseguenti differenze in termini di legittimazione ad agire, possibilità di convalida ecc.

Quel che non sembra possibile – perché contrario al principio di effettività – è che, una volta riconosciuta e dichiarata la nullità di un atto unilaterale espressione di un potere privato, una volta cioè accertato che il potere non vi era e che dunque l'atto non ha prodotto effetti, la vittima di questo abuso di potere possa non ottenere la ricostituzione della situazione anteriore, che, dal punto di vista giuridico, l'autore dell'atto non aveva la possibilità giuridica di intaccare.

La riaffermazione a largo raggio del principio di rilevabilità d'ufficio della nullità non può non incidere anche sul rango assunto dalla nullità stessa nella scala delle sanzioni che l'ordinamento pone a disposizione dei titolari degli interessi di volta in volta protetti e, come ulteriore conseguenza, sulla necessità di accompagnare la nullità stessa con gli strumenti restitutori più idonei.

⁴⁴ Cass. 28 febbraio 2012, n. 3041. Ma v. Cass. 4 febbraio 2019, n. 3186, che ha negato che il vizio sia di nullità.

⁴⁵ V. da ultimo, a risoluzione di un contrasto, Cass. Sez. un. 22 maggio 2018, n. 12568, in *FI*, 2018, I, c. 2390.

Si è al riguardo osservato: “su un piano strettamente teorico, quando il potere sostanziale del datore sia privo dei necessari presupposti, conseguenza naturale del permanere in vita del rapporto contrattuale è che la sentenza che pronuncia l'illegittimità del licenziamento ordini la reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro, realizzandosi così la ripetizione solenne di quel che derivava dal contratto (l'attuazione dell'obbligo di reintegra serve, infatti, a riportare la situazione di fatto in linea con quella di diritto) ... il legislatore sostanziale non è “costretto” a prevedere, nel caso di licenziamento illegittimo, la tutela reale, ma non è neppure “libero” di configurare come vuole le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere”⁴⁶.

La sensazione d'incongruità sarebbe poi accentuata dal fatto che il d. lgs. n. 23 del 2015, pur evidentemente non ignorando l'esistenza

⁴⁶ V. I. PAGNI, *L'effettività della tutela*, cit., 2016, p. 215, la quale ha poi aggiunto (p. 215, nota 40): “tornando alle ipotesi di tutela ripristinatoria, sia essa piena o attenuata, vi è da dire che, seppure con le differenze dovute al fatto che qui siamo in presenza di un rapporto di durata, l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto che la pronuncia ha di mira, nel capo col quale si ordina la reintegrazione, non è diverso da quello che realizza una sentenza di nullità del contratto già eseguito, che condanni alla ripetizione di quanto ingiustificatamente versato. L'ordine di reintegra, in altre parole, è semplicemente la condanna all'attuazione del rapporto contrattuale di lavoro, senza necessità di immaginare, per giustificarne il rilascio, né un diritto a lavorare scaturente dal contratto (sulla cui esistenza o meno non è questa la sede per pronunciarsi), né, come pure è stato fatto dalla dottrina lavoristica, un'inibitoria con funzione costitutivo-determinativa, che dovrebbe servire a trasformare in obbligo quel che in origine era un potere del datore di lavoro. A ben vedere, la reintegrazione non è altro che una pronuncia restitutoria, con la quale, una volta accertata l'inefficacia del potere di licenziamento, il datore viene condannato alla rimozione degli effetti determinati con l'atto illegittimo e all'adeguamento della situazione materiale alla situazione giuridica, che l'esercizio di un potere privo di presupposti non era stato in grado di modificare. Dopo la sentenza che dichiara l'illegittimità del licenziamento, gli obblighi primari derivanti dal contratto di lavoro, quali che siano, nel *dictum* giudiziale appariranno sostituiti da obblighi derivati di riparazione e ripristino, così come si avrà traduzione dell'obbligo retributivo in obbligo secondario “risarcitorio”: ed è ovvio che, se l'obbligo derivato di reinserire il lavoratore nell'unità produttiva, che costituisce l'oggetto della pronuncia giudiziale, non potrà essere disatteso dal datore di lavoro, la sentenza, tuttavia, non influirà sulla componente di potere che caratterizza la posizione datoriale nella fase fisiologica dello svolgimento del rapporto di lavoro, e che, almeno fintanto che quel potere rimarrà nei propri corretti confini, potrà essere esercitato anche dopo la declaratoria di illegittimità del recesso, con gli stessi limiti cui soggiaceva in precedenza”.

di altre ipotesi di nullità del licenziamento (per le quali la nullità non è cioè espressamente prevista), che altrimenti non avrebbe introdotto, in discontinuità con il passato, la sottolineatura di cui stiamo trattando, nulla ha previsto per esse in termini di tutela. Gli “altri” licenziamenti nulli vengono a collocarsi in un limbo.

Delle due, l'una infatti: o essi sono assimilati ai licenziamenti ingiustificati, cosicché l'art. 3 del d. lgs. 23/2015 consentirebbe a un atto di licenziamento nullo, che per definizione non produce effetti, di determinare l'estinzione del rapporto di lavoro, cioè proprio l'effetto vietato; oppure per gli “altri” licenziamenti nulli riemergerebbe la tutela di diritto comune, che però garantirebbe al lavoratore vantaggi analoghi se non superiori a quelli della tutela reintegratoria⁴⁷, a paradossale conferma della inutilità delle barriere normative quando entra in gioco un'esigenza di effettività.

8. *Le metamorfosi della responsabilità civile.*

Il terzo terreno d'indagine è quello della responsabilità civile, istituto quanto mai frastagliato, sulle cui funzioni il dibattito interno è ancora molto acceso e che per questo rischia di opporre una resistenza più forte all'effetto di irraggiamento che si è descritto in apertura.

Ciò può sembrare un paradosso, visto che la responsabilità civile è da sempre terreno d'elezione per le sperimentazioni e gli allargamenti delle tutele; non a caso la dottrina che ha studiato le origini della prospettiva remediale ha accostato effettività e responsabilità civile, definendo entrambi a pari titolo “incubatori” di tale prospettiva⁴⁸.

⁴⁷ Così come avveniva, prima delle recenti riforme, per i licenziamenti nulli per illiceità del motivo, cui fosse tuttavia inapplicabile l'art. 18 dello Statuto. V. Cass. 26 giugno 2009, n. 15093, in *NGL*, 2010, p. 64, e i precedenti ivi citati: “il licenziamento nullo per illiceità del motivo (nella specie, dettato da finalità elusive di precedente pronuncia giudiziale di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro) è insuscettibile di produrre qualsiasi effetto, con la conseguenza che al lavoratore licenziato, indipendentemente dai requisiti dimensionali dell'impresa, spettano per intero, in base alle regole di diritto comune, le retribuzioni maturate in forza del rapporto di lavoro mai interrotto e parte datoriale deve essere condannata a riammetterlo in servizio ed a versare i contributi previdenziali ed assistenziali dal momento del recesso.”

⁴⁸ NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine*, cit. p. 595.

Al diritto della responsabilità civile rischia tuttavia di accadere quel che si è detto per il diritto del lavoro. Il fatto di dover fronteggiare esigenze di tutela sempre diverse e avanzate rischia di trasformare gli specialisti di tali discipline in pionieri, gelosi delle proprie esplorazioni e dunque refrattari a idee nuove provenienti da chi non ha condiviso le avventure della prima ora.

Come si verifica in molti campi, l'avanguardia rischia di divenire conservatrice.

L'incidenza del diritto Ue sull'assetto interno della responsabilità civile può essere valutata sotto due angoli prospettici.

Talvolta, la responsabilità civile (contrattuale o extracontrattuale, poco importa) non è altro, nell'ottica del diritto Ue, che una delle sanzioni – efficaci, proporzionate e dissuasive – che gli ordinamenti nazionali possono/devono prevedere a presidio dei diritti riconosciuti da uno strumento europeo.

In altri casi, viene in evidenza la lesione di un diritto riconosciuto dall'ordinamento Ue derivante da un comportamento, attivo od omissivo, dello Stato o di un suo ente.

Dal punto di vista strutturale vi sono pochi tratti comuni tra questi due esempi, ma dal punto di vista funzionale il loro accostamento appare utile nell'economia del presente lavoro per riflettere sul fatto che, nell'ottica dell'Unione europea, la responsabilità civile si spoglia di ogni orpello dogmatico e appare come pura effettività.

L'indagine percorrerà una strada in un certo senso opposta rispetto a quelle precedenti, soffermandosi su alcune vicende in cui la giurisprudenza eurounitaria sul diritto del lavoro ha raggiunto risultati di rilievo e potrebbe fare da battistrada per altre discipline, ma incontra la resistenza delle corti interne, timorose di scardinare principi-cardine e per questo disposte ad accettare un doppio *standard* di tutela.

9. Il precariato pubblico e il danno comunitario.

È difficile trovare un tema più paradigmatico di quello dei contratti di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego privatizzato per vedere all'opera la c.d. tutela multilivello.

Al rafforzamento della tutela dei precari pubblici nell'ordinamento italiano hanno infatti concorso i giudici di merito, la Corte costituzionale, la giurisprudenza di legittimità e la Corte di giustizia, lungo un percorso indubbiamente tortuoso, ma certo ricco di spunti di riflessione.

La dir. 28 giugno 1999, n. 1999/70 Ce mira ad attuare l'accordo quadro sui contratti a tempo determinato, concluso il 18 marzo

1999 fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale (CES, CEEP e UNICE) e finalizzato a prevenire gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile.

La direttiva riguarda sia il lavoro privato sia il lavoro pubblico.

Nel diritto italiano, la giurisprudenza di legittimità è ormai ferma nel ritenere che eventuali abusi nell'utilizzo dei contratti a termine determinino la c.d. conversione del contratto: attraverso il meccanismo della nullità parziale del contratto e la sostituzione della clausola nulla di apposizione del termine, il contratto a tempo determinato si trasforma in contratto a tempo indeterminato⁴⁹.

Per il pubblico impiego, tuttavia, l'art. 36, d. lgs. n. 165 del 2001 esclude la possibilità di costituire giudizialmente rapporti di lavoro con la PA e dunque impedisce di trasformare un contratto a termine, pur abusivamente reiterato, in un rapporto a tempo indeterminato.

La Corte di giustizia si è più volte pronunciata sulla compatibilità tra tale previsione e la normativa Ue in materia di lavoro a tempo determinato, esprimendo una posizione che può così riassumersi⁵⁰: il divieto di c.d. conversione non si pone di per sé in contrasto con il diritto Ue, neanche per il fatto di dettare una disciplina differenziata tra lavoro privato e pubblico; la conversione non costituisce, infatti, l'unica sanzione possibile contro la reiterazione abusiva di contratti a termine, poiché anche una misura risarcitoria, quale quella espressamente prevista dallo stesso art. 36, d. lgs. n. 165 del 2001, può essere considerata adeguata, purché tuttavia realizzi un effetto dissuasivo nei confronti dell'Amministrazione pubblica autrice dell'abuso.

Tale idoneità dissuasiva dipende da vari fattori, ed ecco entrare in gioco il principio di effettività con i suoi corollari, capaci di incidere sensibilmente sulle regole remediali e processuali della responsabilità civile, e dunque sulla sua fisionomia.

a) In primo luogo, la Corte di giustizia esige che il percorso processuale del lavoratore precario che intenda far valere l'abusiva reiterazione di contratti a termine non sia accidentato.

L'occasione è stata offerta da un caso spagnolo⁵¹.

⁴⁹ V. per tutte Cass. 15 novembre 2010, n. 23057.

⁵⁰ V. C. Giust. 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu, Sardino*, in *Fi*, 2007, IV, c. 72 e c. 343, con note rispettivamente di PERRINO E DE ANGELIS, spec. § 48, 51-53, 57 (si noti che il caso alla base di tale pronuncia della Corte di giustizia è lo stesso deciso dalla Cassazione a Sezioni unite, citata più avanti); C. Giust. 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, § 40-42, in *RGL*, 2006, II, 602.

⁵¹ C. Giust. 14 settembre 2016, causa C-184/15 e 197/15, cit.

All'epoca dei fatti, l'ordinamento spagnolo prevedeva una dissociazione procedurale tra procedimento amministrativo nel quale accertare l'abuso nella reiterazione di contratti a tempo determinato e procedimento nel quale applicare l'eventuale sanzione (un sistema probabilmente non dissimile da quello che in Italia, prima del 1998, obbligava il lavoratore pubblico che volesse ottenere un risarcimento del danno ad agire prima davanti al g.a. e poi davanti al g.o.).

La questione era dunque "se le disposizioni dell'accordo quadro, lette in combinato disposto con il principio di effettività, debbano essere interpretate nel senso che esse ostano a regole processuali nazionali che obbligano il lavoratore a tempo determinato a intentare una nuova azione ai fini della determinazione della sanzione adeguata quando sia stato accertato un ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, invece di potere chiedere un risarcimento del danno subito mediante procedimento incidentale nel corso del procedimento per l'accertamento di detto abuso" (v. § 55).

Dopo le consuete premesse sul ruolo del giudice nazionale, la risposta della Corte di giustizia è stata che "le disposizioni dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato che figura in allegato alla direttiva 1999/70, lette in combinato disposto con il principio di effettività, devono essere interpretate nel senso che esse ostano a norme processuali nazionali che obbligano il lavoratore a tempo determinato a intentare una nuova azione per la determinazione della sanzione adeguata, quando un'autorità giudiziaria abbia accertato un ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, in quanto ciò comporterebbe per tale lavoratore inconvenienti processuali, in termini, segnatamente, di costo, durata e regole di rappresentanza, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che gli sono conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione" (§ 64).

Nel diritto italiano, un simile problema non si pone in termini così eclatanti, poiché il giudice del rapporto di lavoro è oggi anche il giudice del risarcimento del danno (tanto per i rapporti privatizzati che per quelli in regime di diritto pubblico).

Tuttavia, anche questo corollario del principio di effettività può esercitare un contagio benefico sulle nostre prassi giudiziarie, che, si badi, sono anch'esse sotto la lente della Corte di giustizia.

Sia nello specifico settore dei contratti a termine, sia in ogni altra ipotesi di potenziale dissociazione processuale tra diversi aspetti

della medesima vicenda sostanziale (giudizio sull'*an* e giudizio sul *quantum*, giudizio sulla lesione e giudizio sulla sanzione), l'affermazione della Corte di giustizia può condurre a dichiarare illegittime norme o prassi interpretative delle domande giudiziali o prassi di conduzione del processo che tale dissociazione attuino o facilitino (rigetto di domande risarcitorie non dettagliate, sentenze parziali, divieti di intervento ecc.)

b) Un secondo corollario del principio di effettività che può incidere sulla fisionomia della responsabilità civile (o meglio della tutela risarcitoria in senso lato) è stato elaborato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 12 dicembre 2013, causa C-50/2013, *Papalia*, originata da uno dei tanti rinvii pregiudiziali provenienti dai giudici italiani nella materia del precariato pubblico⁵².

La questione pregiudiziale riguardava la compatibilità, in caso di abusiva reiterazione di contratti a termine, del divieto di conversione previsto dall'art. 36, d. lgs. 165/2001 con la clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70.

Dopo aver ribadito che tale divieto non è di per sé in contrasto con la normativa Ue e che anche la tutela risarcitoria può essere adeguata, la Corte di giustizia si è soffermata sulle caratteristiche che il rimedio risarcitorio (inteso come insieme delle regole sostanziali e processuali che ruotano intorno a una sentenza di condanna per equivalente) deve possedere.

Informata del fatto che la prassi dei giudici italiani era quella di richiedere al lavoratore una prova molto rigorosa del danno sofferto in termini di occasioni perdute di reimpiego, la Corte di Lussemburgo ha così concluso (§ 34): "in considerazione di quanto sin qui esposto, occorre risolvere la questione proposta dichiarando che l'accordo quadro deve essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori

⁵² In *FI*, 2014, IV, 73, con nota di PERRINO, spec. § 32, 34.

opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione”.

È noto come la pronuncia *Papalia* abbia indotto le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la citata sentenza n. 5072 del 2016, a ridisegnare le conseguenze risarcitorie dell'abusiva reiterazione dei contratti a termine nel settore pubblico, di fatto introducendo una figura di danno cd. comunitario, le cui coordinate sono le seguenti: dal punto di vista quantitativo, è apparso coerente utilizzare gli stessi parametri del danno da abusiva reiterazione nel lavoro privato (art. 32, comma 5, l. 183/2010); dal punto di vista funzionale, cioè per garantire alla misura risarcitoria orfana della conversione l'efficacia dissuasiva richiesta dalla normativa Ue e dalla Corte di giustizia, si è pensato di garantire al lavoratore precario una “agevolazione della prova da ritenersi in via di interpretazione sistematica orientata dalla necessità di conformità alla clausola 5 del più volte cit. accordo quadro: il lavoratore è esonerato dalla prova del danno nella misura in cui questo è presunto e determinato tra un minimo ed un massimo. La trasposizione di questo canone di danno presunto esprime anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria sì che il danno così determinato può qualificarsi come danno comunitario ... nel senso che vale a colmare quel deficit di tutela, ritenuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la cui mancanza esporrebbe la norma interna (articolo 36, comma 5, cit.), ove applicabile nella sua sola portata testuale, ad essere in violazione della clausola 5 della direttiva e quindi ad innescare un dubbio di sua illegittimità costituzionale” (§ 16).

Come si vede, le Sezioni Unite non hanno esitato, per dare concreta attuazione al principio di effettività, a incidere sulle regole probatorie, spingendosi oltre le pur importanti aperture in tema di c.d. prossimità della prova e introducendo per via pretoria una inedita figura di danno presunto.

Affacciatisi sull'orlo dell'abisso, la S.C. si è però resa conto delle potenzialità espansive e dirimpenti di una simile ricostruzione e ha fatto una parziale marcia indietro. Non solo ha infatti precisato che, oltre il *forfait* dell'art. 32, tornano a operare le regole tradizionali, sicché il lavoratore che voglia provare il maggior danno dovrà fornire la prova senza agevolazioni, ma ha anche chiarito di essere stata costretta a questo passo dalla pressione delle pronunce della Corte di giustizia e del diritto Ue.

Lo si vede con chiarezza nel § 15 della sentenza, in quello che è espressamente definito “uno snodo decisivo della questione portata all'esame di queste sezioni unite. A livello di normativa

interna la prova del danno grava sul lavoratore che eserciti in giudizio la pretesa risarcitoria regolata dalla disciplina codicistica (articolo 1223 c.c.). La circostanza che effettivamente il lavoratore abbia difficoltà a provare il danno subito, che consiste essenzialmente nella perdita di chance di un'occupazione migliore, costituisce un inconveniente di mero fatto che non mina la legittimità - si ripete, a livello interno - di tale normativa applicata a questa fattispecie. Se però ci si sposta a livello comunitario, la situazione è differente ed è tale in ragione proprio del ricordato monito della giurisprudenza della Corte di giustizia: la difficoltà della prova non può dirsi che costituisca un inconveniente di mero fatto, ma in caso di abusivo ricorso al contratto a termine che va prevenuto con misure equivalenti, di efficacia non inferiore a quelle previste dalla clausola 5 del citato accordo quadro - ridonda in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria e quindi in violazione di quest'ultima; la quale, per essere (pacificamente) non autoapplicativa, opererebbe non di meno come parametro interposto ex articolo 117 Cost., comma 1, e potrebbe inficiare la legittimità costituzionale della norma interna”.

Dunque, le Sezioni Unite hanno espressamente autorizzato un doppio *standard* probatorio del danno, a seconda che la violazione da cui esso trae origine riguardi il diritto Ue o il diritto nazionale, impedendo quell'effetto di irraggiamento che pure la Cassazione ha talvolta predicato.

Il rischio di questa conclusione è di ridurre il principio di effettività a capriccio eurounitario e di impedire la valorizzazione di fermenti già presenti in molti settori dell'ordinamento interno, tra cui soprattutto la tradizione di effettività costituita da quella ricca elaborazione dottrinale di cui si è parlato.

Dare spazio all'agevolazione probatoria solo per evitare di infrangere il diritto eurounitario e di contravvenire alle prescrizioni della Corte di giustizia significa prestare un'adesione meramente formale al principio di effettività e dimenticare che esso ha un preciso fondamento anche nel diritto interno, dato che le asimmetrie informative che affliggono il contraente debole si riflettono sul piano processuale (come è già noto al nostro sistema, si pensi all'inversione legale dell'onere della prova sancita dall'art. 5, l. n. 604 del 1966 o al ruolo della prova statistica nell'art. 40, d. lgs. 198/2006).

Se applicata alla tutela risarcitoria, la dissuasività di cui parlano le direttive e la giurisprudenza della Corte di giustizia non è altro che la funzione preventiva e di deterrenza della responsabilità civile (in questa inclusa anche la responsabilità contrattuale o precontrattuale che deriva da condotte abusive che violino di obblighi di

protezione, piuttosto che da inadempimenti rispetto a obblighi preesistenti) di cui negli ultimi anni giurisprudenza e dottrina vanno riscoprendo l'importanza.

Come osservato da un'altra recente sentenza delle Sezioni Unite, quella in tema di danni punitivi, vi è "un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività"⁵³.

Dovrebbe scaturirne che la presunzione dell'esistenza di un danno a carico del contraente debole che sia stato vittima di condotte abusive o illecite della controparte in posizione di preminenza, con tutte le implicazioni di carattere processuale che ne derivano, dovrebbe essere regola imposta dall'esigenza di impedire o scoraggiare il verificarsi di altri abusi dello stesso tipo, non da un mero ossequio a principi sovranazionali accettati contro voglia.

c) Discorso non diverso da quello appena concluso può essere svolto con riguardo all'ammontare del risarcimento del danno c.d. comunitario.

Insoddisfatti della soluzione proposta dalla citata sentenza n. 5072 del 2016, i giudici italiani si sono nuovamente rivolti alle giurisdizioni superiori (Corte costituzionale e Corte di giustizia) per rafforzare la tutela del lavoratore precario⁵⁴.

Entrambe le istanze hanno ricevuto una risposta negativa.

Per prima è arrivata la Corte di giustizia, che, con la sentenza del 7 marzo 2018, C-494/16, *Santoro*, ha escluso che la soluzione adottata dalle Sezioni unite si ponga in conflitto con il diritto dell'Unione europea; affermata la incomparabilità tra lavoro privato e lavoro pubblico (§ 33 e 42), i giudici di Lussemburgo hanno negato che la clausola 5 dell'accordo quadro imponga di concedere,

⁵³ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601.

⁵⁴ Le due ordinanze, rispettivamente di rimessione alla Corte costituzionale del Tribunale di Foggia e di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Trapani, possono leggersi in <http://www.rivistalabor.it>, con commenti di BUSICO, rispettivamente del 13 ottobre 2016 e del 23 novembre 2016.

in mancanza della conversione, un'indennità diretta a compensare detta mancanza (§ 47), essendo sufficienti altre misure⁵⁵.

Senonché, un'attenta lettura della sentenza *Santoro*, anche alla luce delle conclusioni rassegnate dall'Avvocato generale presso la Corte di giustizia, Maciej Szpunar, deve indurre a una certa cautela.

L'Avvocato Generale aveva sottolineato come l'art. 32 preveda un limite massimo all'indennità forfettaria e ne aveva fratta la conseguenza che "tale standardizzazione delle sanzioni, invece di consentire di evitare la recidiva, potrebbe favorirla, a causa dell'esistenza di un limite massimo universale che non può essere superato, nonostante il carattere reiterato degli abusi. Ritengo, al pari della Commissione, che la sproporzione fra la portata potenziale dell'abuso, il quale può aver avuto conseguenze per diversi anni, e l'indennità forfettaria, la quale è pari al massimo a dodici mensilità di retribuzione, sia idonea ad indebolire l'effetto deterrente delle misure sanzionatorie"; per poi aggiungere, al § 73, "che, malgrado la moltiplicazione delle misure sanzionatorie, qualora lo Stato membro abbia previsto misure risarcitorie, una sanzione simbolica non può mai essere considerata costitutiva di un'attuazione corretta ed efficace dell'accordo quadro, dal momento che una compensazione trascurabile non può costituire una misura risarcitoria adeguata. Per le stesse ragioni, l'indennità forfettaria, pur potendo essere prevista dal legislatore nazionale, non può sostituirsi interamente al risarcimento completo del danno subito".

Dal canto suo, la sentenza *Santoro*, pur non riprendendo esplicitamente tali argomentazioni, mostra di averle tenute in considerazione.

La normativa italiana è stata infatti "assolta" perché la Corte di giustizia ha accettato l'affermazione del Governo italiano che "i giudici nazionali adottano criteri di particolare favore sia nell'accertamento che nella liquidazione del danno derivante dalla perdita di opportunità di lavoro, richiedendo la sola dimostrazione in via presuntiva della perdita non di un vantaggio, ma della mera possibilità di conseguirlo e provvedendo alla liquidazione del danno sofferto, anche in mancanza di elementi concreti di prova prodotti dal lavoratore interessato" (§ 49); con la conseguenza che "il ricorso a presunzioni dirette a garantire a un lavoratore, che

⁵⁵ Con la sentenza del 27 dicembre 2018, n. 248, la Corte costituzionale si è accodata alla pronuncia della Corte di giustizia e ha dichiarato infondata la questione sollevata dal Tribunale di Foggia.

abbia sofferto, a causa dell'uso abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione, una perdita di opportunità di lavoro, la possibilità di cancellare le conseguenze di una siffatta violazione del diritto dell'Unione è tale da soddisfare il principio di effettività" (§ 50).

Oltre a essere impedito il ribasso delle modalità con cui il lavoratore precario del pubblico impiego può dimostrare il danno ulteriore rispetto all'indennità forfettizzata dell'art. 32, si delinea dunque un nuovo statuto del danno all'insegna dell'effettività.

Quando viene in gioco un pregiudizio subito dal contraente debole, il danno risarcibile deve essere facilmente dimostrabile e non deve avere carattere simbolico, non solo in un'ottica compensativa, ma preventiva di eventuali reiterazioni della condotta pregiudizievole.

10. *Della responsabilità civile dello Stato e di alcune aporie.*

Il tema della responsabilità civile dello Stato collegata alle violazioni del diritto UE meriterebbe naturalmente uno studio ben più approfondito di quello possibile in questa sede.

Alcuni cenni possono essere comunque utili, giacché anche su questo terreno si registrano tendenze e resistenze analoghe a quelle esaminate sinora.

La premessa generale è che, agli occhi dell'Unione europea, la responsabilità sorge ogni qualvolta un organo dello Stato (legislativo, amministrativo, giudiziario) abbia leso un interesse rilevante per l'Unione medesima, indipendentemente dalle regole di ripartizione interna delle competenze e delle eventuali immunità di tali organi: "lo Stato, così come accade nell'ordinamento giuridico internazionale, è infatti considerato nella sua unità, senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario od esecutivo"; il che implica che "le peculiarità dell'organo, ai fini della responsabilità civile, rilevano solo dal punto di vista dell'illecito di diritto interno, in quanto in questo caso la responsabilità è riconducibile all'organo"⁵⁶.

Quel che tuttavia bisogna chiedersi è se tali eventuali peculiarità della disciplina interna della responsabilità dell'organo siano in

⁵⁶ SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, nota a C. Giust. 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Soc. traghetti del Mediterraneo c. Gov. Italia*, in *FI*, 2006, IV, c. 417.

grado di reggere l'urto del diritto sovranazionale, all'effetto di irraggiamento di cui stiamo trattando.

Il modo più semplice per impedire la produzione di tale effetto è quello di ribadire la concezione dualistica dei rapporti tra i due ordinamenti.

Ed è proprio quello che ha fatto la giurisprudenza di legittimità sul tema della responsabilità civile del legislatore.

Dopo alcune oscillazioni sulla natura della responsabilità, la S.C. ha fissato alcuni punti fermi, a partire dalla pronuncia delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 9147 del 17 aprile 2009⁵⁷.

Secondo la S.C., in caso di omessa o tardiva trasposizione di una norma Ue, "il diritto interno deve assicurare una congrua riparazione del pregiudizio subito dal singolo per il fatto di non aver acquistato la titolarità di un diritto in conseguenza della violazione dell'ordinamento comunitario". Dato il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento (omissivo o tardivo) del legislatore "è tuttavia suscettibile di essere qualificato come antiggiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno". Ne segue che gli strumenti riparatori utilizzabili nel diritto interno vanno reperiti "fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione ex lege dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica"; pertanto, "si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione ma senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile".

Sulla tenuta di tale orientamento la dottrina ha mostrato un forte scetticismo⁵⁸, ma da queste brevi citazioni si comprende che uno

⁵⁷ In *FI*, 2010, I, c. 174, con nota di SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*.

⁵⁸ In particolare si veda SCODITTI, *La violazione comunitaria*, op. cit.; SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *FI*, 2012, IV, c. 22, il quale, alla luce del nuovo art. 117, primo comma, Cost., ha osservato: "la norma comunitaria diventa parametro interposto di valutazione della legittimità costituzionale dell'ordinamento interno". Ne consegue che, fuori dai casi in cui la conformazione al diritto Ue avviene attraverso la disapplicazione o l'interpretazione appunto conforme, il rilievo del contrasto tra il diritto nazionale e le norme Ue passa necessariamente attraverso una dichiarazione di illegittimità costituzionale. Risulta

degli obiettivi principali della S.C. è stato proprio quello di evitare che i principi espressi dalla Corte di giustizia finiscano con il contagiare anche le regole interne. Finché la violazione riguarda il diritto sovranazionale, occorre adeguarsi al primato dell'ordinamento Ue e riconoscere la risarcibilità dei pregiudizi che ne scaturiscono. Ma non si dica che l'antigiuridicità rileva anche nell'ordinamento interno, poiché ne deriverebbero effetti devastanti.

Ciò spiega perché le critiche non abbiano scalfito l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che non solo è stato confermato⁵⁹, ma ha trovato nuovi e recenti canali di espansione.

Così, la Cassazione, chiamata nel 2016 a giudicare delle pretese risarcitorie avanzate contro una Regione dall'amministrazione fallimentare di una s.r.l. che si reputava lesa dai contenuti di una legge regionale giudicata incostituzionale, ha negato la fondatezza di tali pretese proprio facendo leva – sia pure *a contrario* – sull'indirizzo sintetizzato in apertura⁶⁰.

Tale indirizzo, infatti, nel predicare la impossibilità di configurare una antigiuridicità dell'attività legislativa in base all'ordinamento interno e nel subordinare dunque la riparazione dei danni da essa scaturenti (su base indennitaria) all'ipotesi in cui l'antigiuridicità sorga (e si arresti) nell'ordinamento Ue, avalla e rafforza la tesi dell'assoluta insindacabilità dell'attività legislativa a fini risarcitori quando i vizi della legge interna non derivino dal contrasto con le norme sovranazionali, ma “soltanto” con la Costituzione.

In altri termini, un orientamento giurisprudenziale nato per adeguare, sia pure attraverso una diversa sistematizzazione, l'ordinamento italiano a una concezione più evoluta della

allora difficile affermare che il comportamento del legislatore, antigiuridico in base all'ordinamento sovranazionale, resti tuttavia lecito in base all'ordinamento interno. Benché la riforma dell'art. 117 non abbia determinato l'unificazione dei due ordinamenti, essa ha certo introdotto una valvola di collegamento e integrazione molto efficiente, che mal tollera disomogeneità eccessive: “è la logica dell'integrazione fra ordinamenti: si parte dall'autonomia e distinzione, ma poi si perviene al riconoscimento dei reciproci criteri di giuridicità, fino all'adattamento circolare dell'uno all'altro. L'antigiuridicità diventa una qualifica anche dell'ordinamento interno, pur in presenza di un atto rispondente ai canoni della validità, anzi proprio a motivo della sua validità”.

⁵⁹ V. Cass. 10 marzo 2010, n. 5842, in *FI*, 2011, I, c. 862 e Cass. 9 gennaio 2014, n. 6606, a proposito della pretesa risarcitoria dei medici specializzandi.

⁶⁰ Cass. 22 novembre 2016, n. 23730, in *FI*, 2017, I, c. 178, con nota di BARONE A., PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore (regionale). Cinque lustri dopo.*

responsabilità dello Stato, proveniente dal diritto sovranazionale e diretta “all’abbandono definitivo del fondamento di autorità dello Stato – di tutto lo Stato, ivi compreso il potere legislativo”⁶¹, finisce con il fornire argomenti utili, sul versante interno, a rinverdire la tesi della insindacabilità dell’esercizio del potere legislativo e una concezione sacrale della legge che il principio di legalità costituzionale dovrebbe aver “detronizzato in modo definitivo”⁶².

Questa granitica posizione, assunta a proposito della responsabilità dello Stato-legislatore, mostra tuttavia qualche crepa, se inquadrata nel più generale contesto della responsabilità dello Stato.

Un primo significativo esempio è dato dal percorso che ha portato alla nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati, o meglio sulla responsabilità dello Stato per l’esercizio delle funzioni giudiziarie (l. 27 febbraio 2015, n. 18, di modifica della l. 13 aprile 1988, n. 117).

È nota la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo su tale argomento.

A partire dalla sentenza *Kobler*, per proseguire con la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, la Corte di giustizia non si è mostrata disposta a tollerare una disciplina interna della responsabilità civile dei magistrati (quella contenuta nella l. n. 117 del 1988) che prevedesse un totale esonero dello Stato per i danni derivanti dall’attività interpretativa: “il diritto comunitario osta ad una normativa nazionale che escluda la responsabilità dello stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado, per il motivo che la violazione risulti da

⁶¹ V. SILVESTRI G., *Il problema degli effetti delle leggi in contrasto con la Costituzione: la responsabilità dello Stato e i diritti dei cittadini*, in *GDA*, 2015, p. 587; BARONE A., PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore*, cit., dove richiamando E. SCODITTI, *Ancora sull’illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *FI*, 2003, I, c. 2016, si afferma: “la prospettazione della libertà nei fini della funzione legislativa in quanto espressione del potere politico evoca una nozione volontaristica di tale potere, con il riferimento alla discrezionalità assoluta del legislatore, in stridente contrasto non soltanto con il trasferimento di competenze su un complesso di materie alle istituzioni europee, ma anche e soprattutto con la stessa concezione di Costituzione rigida, propria del costituzionalismo contemporaneo, secondo la quale il potere non è più concentrato in un onnipotente legislatore, ma è diffuso in una pluralità di poteri separati ed in rapporto di reciproco bilanciamento e controllo, al punto che è la stessa idea di sovrano a dileguare nell’ambito dello Stato costituzionale”.

⁶² V. SILVESTRI G., *Il problema degli effetti*, cit., p. 583.

un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale”⁶³.

Tale giurisprudenza ha costretto il legislatore a mettere in cantiere la riforma della l. n. 117 del 1988 e ha al tempo stesso reso evidente la impossibilità di costruire le nuove norme sui presupposti della responsabilità, limitando l'illiceità della condotta interpretativa del giudice alle violazioni del diritto Ue. L'esito lo si può leggere nei nuovi commi 3 e 3-bis dell'art. 2 della l. n. 117 del 1988, che espressamente equiparano, ai fini del giudizio di responsabilità, “la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea”.

L'effetto di irraggiamento, *oborto collo*, si è dunque prodotto, con il risultato però che la responsabilità dello Stato-giudice e quella dello Stato-legislatore (nonché, come si vedrà tra poco, dello Stato-Amministrazione) hanno attualmente due diversi fondamenti.

Meno vistosa, ma potenzialmente più profonda, è la crepa che potrebbe aprirsi sul versante della responsabilità dello Stato-Amministrazione.

La giurisprudenza consolidata ritiene che “la responsabilità della p.a., ai sensi dell'art. 2043 c.c., per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica, è configurabile qualora si verifichi un evento dannoso che incida su un interesse rilevante per l'ordinamento e che sia eziologicamente connesso ad un comportamento della p.a. caratterizzato da dolo o colpa, non essendo sufficiente la mera illegittimità dell'atto a determinarne automaticamente l'illiceità; ne consegue che il criterio di imputazione della responsabilità non è correlato alla sola illegittimità del provvedimento, ma ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento dell'elemento soggettivo e della connotazione dell'azione amministrativa come fonte di danno ingiusto”⁶⁴ e che “la struttura dell'illecito extracontrattuale della p.a. non diverga dal modello generale delineato dall'art. 2043 c.c.; ne sono dunque elementi costitutivi: quello soggettivo (dolo o colpa), il nesso di causalità, il danno, l'ingiustizia del danno medesimo”⁶⁵.

Tra le conseguenze di tale orientamento vi è l'esenzione da responsabilità dell'Amministrazione, per carenza dell'elemento soggettivo, nelle ipotesi in cui la condotta causativa del danno sia

⁶³ V. C. Giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Kobler*, in *FI*, 2004, IV, c. 4, e C. Giust. 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Soc. traghetti del Mediterraneo c. Gov. Italia*, in *FI*, 2006, IV, c. 417.

⁶⁴ Cass. 31 ottobre 2014, n. 23170; Cass. 28 ottobre 2015, n. 21931.

⁶⁵ Cons. St. 23 maggio 2016, n. 2111.

conforme a una norma successivamente dichiarata incostituzionale: «la retroattività delle pronunce di illegittimità costituzionale riguarda l'antigiuridicità delle norme investite, non più applicabili, neanche ai rapporti pregressi, non ancora «esauriti», ma non consente di configurare retroattivamente, quanto fittiziamente, la «colpa» del soggetto che, prima della declaratoria di incostituzionalità, abbia «conformato» il proprio comportamento alle norme, solo successivamente, investite da quella declaratoria; ne deriva che, in caso di illegittima risoluzione anticipata di incarico dirigenziale disposta ai sensi dell'art. 2, 161° comma, d.l. 262 del 2006 (poi dichiarato illegittimo dalla sentenza della corte costituzionale n. 81 del 2010), spetta al dirigente il risarcimento del danno derivato dall'anticipata risoluzione del rapporto, ma tale danno, considerato che nella fattispecie la colpa dell'agente è elemento essenziale dell'illecito, è risarcibile solo dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della corte costituzionale e non dalla data di cessazione del rapporto»⁶⁶.

L'unica significativa eccezione si registra in materia di appalti pubblici (art. 124 c.p.a.) dove la colpa è irrilevante, dato che in tal caso «il risarcimento funge da strumento necessariamente sostitutivo della non più possibile tutela in forma specifica, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria, sulla base degli autonomi principi sviluppati nel tempo dalla corte di giustizia Ue»⁶⁷.

Tale previsione normativa e il conseguente indirizzo interpretativo hanno origine nel principio di effettività e nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Stadt Graz*⁶⁸. In tale pronuncia, infatti, i giudici di Lussemburgo avevano osservato che il rimedio risarcitorio previsto dalla direttiva di riferimento può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale al rimedio dell'inefficacia, compatibile con il principio di effettività, «soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata — così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1 — alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice».

⁶⁶ Cass. 9 gennaio 2013, n. 355 e, successivamente, Cass. 7 ottobre 2015, n. 20100, Cass. 13 novembre 2018, n. 29169.

⁶⁷ Cons. St. 23 maggio 2016, n. 2111, Cons. St. 27 marzo 2013, n. 1833.

⁶⁸ C. Giust. 30 settembre 2010, causa C-314/09, in *EU*, 2012, IV, c. 195.

Senonché, tale eccezione è considerata dalle nostre corti superiori confermativa della regola generale.

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 482 del 31 gennaio 2012, ha infatti affermato che l'efficacia della sentenza *Stadt Graz* "va circoscritta al settore degli appalti pubblici, perché la Corte ha richiamato la disciplina europea specifica sui ricorsi in tale materia nonché l'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza".

E la Corte di Cassazione, sulla scia del giudice amministrativo, ha escluso che ciò determini una disparità di trattamento rispetto alle altre situazioni di diritto interno, dichiarando manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2043 c.c., della cui legittimità costituzionale si dubitava per "la disparità di trattamento che tale interpretazione dell'articolo 2043 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale ingenera tra chi è stato danneggiato da provvedimenti illegittimi della P.A. in materia di appalti e chi, invece, è stato danneggiato da altri tipi di provvedimento amministrativo"⁶⁹.

Anche in questo campo, dunque, il principio di effettività di estrazione eurounitaria sembra limitare i propri effetti nell'ordinamento italiano ai campi nei quali le norme interne costituiscono implementazione del diritto sovranazionale, sembra

⁶⁹ La dichiarazione di manifesta infondatezza di Cass. 28 ottobre 2015, n. 21931 è fondata sulle seguenti argomentazioni: "non appare ipotizzabile la violazione degli articoli 24 e 111 Cost., giacché la tutela giurisdizionale non risulta impedita o limitata in ragione dei criteri in concreto adottati per l'affermazione della responsabilità. Neppure appare configurabile la violazione dell'articolo 3 Cost., poiché, come condivisibilmente rilevato dal Consiglio di Stato con sentenza n. 482/2012, i principi affermati dalla pronuncia della Corte di Giustizia debbono intendersi circoscritti al settore degli appalti pubblici, in ragione della specificità della disciplina europea concernente i ricorsi in materia di procedure di aggiudicazione e, altresì, della "evidente tensione della Corte all'effettività della tutela in un settore oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni comunitarie per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza", mentre "laddove si versi in settori diversi da quello degli appalti pubblici, devono trovare applicazione i comuni principi enunciati dalla stessa Corte europea in tema di responsabilità degli Stati da violazione del diritto comunitario" (Consiglio di Stato cit.), che fanno perno sulla nozione di "violazione grave e manifesta" e si pongono in linea con i criteri individuati dalla nostra giurisprudenza interna in ordine alla definizione di contorni della responsabilità civile della P.A."

dunque in grado al massimo di creare un'*enclave* nel sistema della responsabilità civile dello Stato-amministrazione.

L'apparente armonia di questa ricostruzione, tuttavia, è stata di recente messa in crisi, ancora una volta, dalle vicende del precariato pubblico, in particolare quello scolastico.

Anche qui esula dai confini della presente relazione l'approfondita disamina delle vicende del precariato scolastico, che pure hanno generato una interessante e complessa circolarità tra le corti nazionali ed europee⁷⁰.

I passaggi essenziali sono stati i seguenti.

Sollecitata dal rivoluzionario rinvio pregiudiziale della Consulta, Corte giust. 26 novembre 2014, causa C-22, 61-63, 418/13, *Mascolo* ha affermato che “la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/Ce del consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo; risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato”.

Sulla scorta della sentenza *Mascolo*, Corte cost. 20 luglio 2016, n. 187 ha dichiarato “incostituzionale l'art. 4, 1° e 11° comma, l. 3 maggio 1999 n. 124, nella parte in cui autorizza, in mancanza di

⁷⁰ Basti osservare che la vicenda ha fornito l'occasione alla Corte costituzionale per operare il primo rinvio pregiudiziale della sua storia nell'ambito di un giudizio incidentale di costituzionalità: v. C. cost. 18 luglio 2013, n. 207, in *FI*, 2013, I, c. 3059, con nota di PERRINO.

limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti, nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza che ragioni obiettive lo giustificino⁷¹.

A cascata, la sezione Lavoro della Corte di cassazione, con sette sentenze coeve che, partendo da una matrice comune, hanno analizzato tutti i vari aspetti del contenzioso scolastico, ha riconosciuto la risarcibilità dei danni derivanti dall'illegittima reiterazione delle supplenze scolastiche⁷¹.

Ebbene, in un significativo passaggio di una di tali pronunce (la n. 22552), la S.C. non solo ha riconosciuto che dall'abusiva reiterazione di contratti a termine può derivare un danno ai lavoratori precari, meritevole di risarcimento sia per equivalente sia in forma specifica, ma ha aggiunto che "la dichiarazione di illegittimità costituzionale, in parte qua e con effetto *ex tunc*, dell'art. 4, 1° e 11° comma, l. n. 124 del 1999 comporta che la reiterazione dei contratti a termine stipulati ai sensi della richiamata disposizione configura un illecito, rilevante sul piano del diritto comunitario e, quindi, sul diritto interno".

Con quest'ultima frase, lasciata cadere con *nonchalance*, la Cassazione ha messo in discussione tutte le certezze che sembravano consolidate in tema di responsabilità dello Stato.

In primo luogo, ha instaurato un automatico nesso di collegamento tra illiceità sovranazionale e illiceità interna che, come abbiamo visto, la stessa giurisprudenza di legittimità tende a negare con nettezza a proposito della responsabilità dello Stato-legislatore.

In secondo luogo, e per conseguenza, ha collocato il danno che deriva ai lavoratori precari per effetto della condotta abusiva nell'ambito della responsabilità da comportamento antigiuridico e non da atto lecito. Il risultato che dal 2009 si voleva evitare, anche per i suoi riverberi sulla responsabilità dello Stato non derivante dalla violazione del diritto Ue, viene sancito apertamente e senza distinzioni.

Last but not least, ha fatto emergere la responsabilità da atto illecito dello Stato, con effetti retroattivi, da una dichiarazione di illegittimità costituzionale, considerando irrilevante il fatto che l'amministrazione (nella specie, scolastica) avesse agito, al momento del conferimento delle supplenze, in conformità a una

⁷¹ V. Cass. 7 novembre 2016, nn. 22552, 22553, 22554, 22555, 22556, 22557, 22558, in *FI*, 2017, I, c. 3792, con nota di PERRINO.

Giovanni Arnone, *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*

norma allora vigente, e dunque, secondo la lettura tradizionale, senza colpa.

Il tempo dirà se il seme gettato dalla sezione Lavoro attecchirà e se dunque troverà spazio l'autorevole opinione di chi, quasi sessant'anni orsono, proponeva in questi casi di tenere ben distinta l'irresponsabilità dei funzionari dalla responsabilità dello Stato e suggeriva di non far derivare dalla prima "l'iniqua conseguenza che nessuno risponda della esecuzione di leggi incostituzionali, la quale abbia recato danno ai sottoposti all'esecuzione stessa"⁷².

⁷² PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *GCost.*, 1960, p. 1032.