

Armando Plaia

**INVALIDITÀ Satisfattiva
DELL'ATTO DI AUTONOMIA
PRIVATA E DELL'ATTO
AMMINISTRATIVO**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Armando Plaia

**L'INVALIDITÀ Satisfattiva
DELL'ATTO DI AUTONOMIA PRIVATA
E DELL'ATTO AMMINISTRATIVO**

SOMMARIO: 1. Annullamento “conformativo” dell’atto amministrativo e azione di condanna atipica nel nuovo processo amministrativo. - 2. Il sindacato della corte di giustizia e della corte di strasburgo sull’adeguatezza della sanzione civile. - 3. Abuso di contratto di lavoro a termine nel settore privato e conversione “satisfattiva” del contratto. Divieto di conversione nel settore pubblico e adeguatezza del risarcimento “satisfattivo”. - 4. Effettività e responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario: la connotazione “satisfattiva” del risarcimento. - 5. L’invalidità “satisfattiva” del contratto e le dottrine economiche e politiche dello scambio. - 6. Principio di effettività e nuove tutele satisfattive.

1. Questo studio non ha un’ambizione sistematica, intende piuttosto dar conto di alcune tendenze evolutive in tema di tutela satisfattiva dei diritti (1) o, se si preferisce, di « rimedi » satisfattivi (2), volti cioè al soddisfacimento di una pretesa rimasta inattuata.

Saggio sottoposto a referato.

(1) La tutela civile può essere volta non già al ripristino di un assetto di interessi dato, ma piuttosto al *soddisfacimento di una posizione soggettiva rimasta inattuata* o inesattamente attuata, come accade sovente in ambito contrattuale: in tal caso, la tutela è di tipo *satisfattivo* e non è tesa a ripristinare una situazione originaria (restituzione) o ad eliminare le conseguenze economico negative (risarcimento), quanto ad attuare una situazione soggettiva o, più in generale, un interesse rimasti insoddisfatti: cfr. S. Mazzamuto - A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* (Torino 2012), 70.

(2) La categoria del « rimedio », volgendo lo sguardo al « bisogno di tutela » sostanziale, prima ancora che al diritto soggettivo formalizzato, per ciò stesso si lega inevitabilmente al principio di « effettività » già sul

Una riflessione dunque frammentaria, ma a tutto campo, che si spinge cioè oltre i tradizionali confini del diritto civile, soffermandosi in particolare nei settori affini del diritto del lavoro o del diritto privato della pubblica amministrazione (3), ormai profondamente modificati dalle incur-

piano dell'ordinamento interno (art. 24 cost.), ma ancor di più su quello sovranazionale: e qui è sufficiente considerare che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non dubita che la CEDU imponga all'ordinamento interno una giustizia « effettiva », il « diritto ad un ricorso effettivo » (art. 13 CEDU), in base al principio: « the domestic remedies must be effective »: Cedu 28-9-2006, Prisyazhnikova c. Russia; Cedu, 15-2-2006, Androsov-Russia; Cedu, 27-12-2005, Iza c. Georgia; Cedu, 30-11-2005, Mykhaylenky c. Ucraina; Cedu, 15-9-2004, Luntre c. Moldova.

(3) Il nuovo Codice del Processo Amministrativo (d.lgs. 2-7-2010 n. 104, modificato da ultimo dal d.lgs. 14-3-2013 n. 33) segna il passaggio da un giudizio amministrativo incentrato sull'annullamento dell'atto ad un giudizio amministrativo che guarda alla sostanza del rapporto ed all'utilità sostanziale (c.d. bene della vita) che il privato aspira a conservare (interesse legittimo oppositivo) o a conseguire (interesse legittimo pretensivo).

L'esigenza di una tutela non esclusivamente di annullamento si pone evidentemente rispetto agli interessi pretensivi (es. interesse ad ottenere una concessione edilizia), poiché in relazione agli interessi oppositivi, la tutela demolitoria è normalmente esaustiva (es. annullamento di atto espropriativo illegittimo). Al contempo, è sempre rispetto agli interessi pretensivi che si manifesta l'esigenza di una tutela esecutiva e di un giudizio di ottemperanza, ove la p.a. non si adegui al giudicato o comunque alla sentenza, poiché normalmente la sentenza di annullamento in relazione ad un interesse oppositivo è autoesecutiva. L'effettività qui è dunque idoneità del giudizio a soddisfare la pretesa sostanziale dedotta in giudizio, il bene della vita cui si collega l'interesse legittimo (cfr. R. Caponigro, *Il principio di effettività nel Codice del processo amministrativo*, www.giustizia-amministrativa.it, 2010).

Sul cambio di rotta avutosi, su spinta comunitaria, all'inizio degli anni '90 del secolo scorso, quando si impone agli Stati membri di prevedere forme di riparazione dell'interesse legittimo diverse dal mero annullamento dell'atto amministrativo cfr. G. Tulumello, *Il diritto privato della pubblica amministrazione: dalle regole di validità alle regole di responsabilità, e ritorno*, Le invalidità nel diritto privato, a cura di A. Bellavista e A. Plaia (Milano 2011), 513. Secondo V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo* (Torino 2003), 503 s., l'annullamento, considerato in funzione della sola verifica di legittimità dell'atto impugnato, senza alcuna incidenza sull'assetto del rapporto intercorrente con l'amministrazione, non può considerarsi una tutela satisfattiva, ove si consideri la funzione che la giurisdizione amministrativa è chiamata ad assolvere, che è quella

sioni del legislatore europeo e, anche in ragione di tali interventi, sempre meno lontani dal naturale ambito di osservazione dello studioso delle tutele degli interessi privati.

Nel diritto del lavoro, infatti, si registra una tensione verso l'effettività, intesa come piena soddisfazione dell'interesse materiale, emblematicamente rappresentata dalla più recente evoluzione della vicenda della conversione del contratto di lavoro a termine illegittimo in contratto di lavoro a tempo indeterminato, nel settore privato e nel settore pubblico. Il rimedio della conversione, conseguente alla nullità parziale del contratto di lavoro a tempo determinato, è emblematicamente *satisfattivo*, poiché con esso il lavoratore ottiene la massima soddisfazione della propria pretesa ed un oggettivo incremento delle utilità attese dal contratto di lavoro stipulato. Nel settore pubblico, la conversione non è prevista, ma la giurisprudenza comunitaria esige per il lavoratore un rimedio "equivalente" alla conversione e dunque, come si vedrà, un rimedio risarcitorio caratterizzato da una quantificazione sganciata dalla misura del danno effettivo subito e parametrata, invece, sulle utilità che lo stesso lavoratore avrebbe tratto dalla conversione del contratto: in definitiva, un rimedio risarcitorio che si carica di un'inedita attitudine *satisfattiva* (4).

Nel diritto amministrativo si assiste ad una tutela processuale sempre meno incentrata sulla caducazione o demolizione dell'atto amministrativo: l'annullamento dell'atto è infatti non più mero *restituere* (5), poiché ormai il nuovo Co-

di assicurare in concreto la protezione di interessi sostanziali giuridicamente qualificati.

(4) Per una sintetica ed aggiornata descrizione della disciplina del contratto di lavoro a termine, nel settore privato e pubblico, cfr. O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Tratt. Iudica - Zatti (Milano 2013), 352.

(5) Come si è anticipato, il diritto privato conosce almeno tre forme di tutela: restitutoria, risarcitoria e *satisfattiva*. La tutela restitutoria domina il campo dei diritti assoluti e, in particolare, dei diritti reali, ma caratterizza anche la materia dell'indebito, delle misure conseguenti all'invalidità del contratto nonché il sistema tradizionale delle garanzie edilizie nella vendita, ecc. Sul versante della tutela restitutoria dei diritti assoluti, il sistema italiano largheggia nella previsione di mezzi di tutela in natura:

dice del processo amministrativo, che tra l'altro ha codificato il principio di effettività (art. 1), consente al giudice di « adottare le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio » (art. 34, co. 1, lett. c) e addirittura, come si dirà, di condannare la p.a. all'adempimento e cioè all'adozione del provvedimento amministrativo dovuto. In sostanza, la riedizione del potere amministrativo, che segue la caducazione dell'atto illegittimo lesivo dell'interesse pretensivo, è guidata dalle indicazioni prescrittive del giudice amministrativo, il quale dunque non si è limitato ad espungere l'atto, ma si è spinto alla considerazione della idonea soddisfazione dell'interesse materiale e sostanziale cui l'interesse legittimo è correlato (6).

è il caso, in materia di proprietà, dell'azione di rivendicazione (art. 948 c.c.) e dell'azione negatoria (art. 949 c.c.) o ancora, nella disciplina delle successioni, dell'azione di petizione di eredità (artt. 533-534 c.c.); dell'azione di contrasto delle immissioni (art. 844 c.c.); in materia di servitù, dell'azione confessoria (art. 1079 c.c.); in materia di diritti della personalità, delle azioni a tutela del nome (art. 7 c.c.), dello pseudonimo (art. 9 c.c.), dell'immagine (art. 10 c.c.).

In realtà, se si condivide l'idea, espressa da Virgilio Andrioli nella prolusione napoletana del 1958, che l'art. 24 cost. abbia costituzionalizzato il principio chiovendiano di « atipicità » del diritto di azione, l'attribuzione al singolo di una situazione giuridica soggettiva reca con sé la possibilità di far valere in giudizio il diritto soggettivo o l'interesse legittimo, anche se le norme attributive « nulla dispongono (e il più delle volte nulla dispongono) sulla tutela giurisdizionale ». Conseguentemente, le disposizioni normative citate appaiono ormai « puramente esornative » in quanto « potrebbero anche del tutto mancare, perché assorbite dal valore dell'atipicità dell'azione » (così, con la consueta limpidezza, A. Proto Pisani, *Introduzione sulla atipicità della azione e la strumentalità del processo*, Foro it., 2012, V, 3).

(6) Già prima dell'emanazione del Codice, la riedizione del potere amministrativo, conseguente all'annullamento di un atto illegittimo, doveva conformarsi alle indicazioni contenute nella motivazione della sentenza (una posizione piuttosto formalista invece in P. Virga, *Diritto amministrativo*, 2 (Milano 1992), 425, che non fa menzione di limiti al potere discrezionale della p.a., la quale « (...) può scegliere la soluzione più idonea per adeguare la soluzione di fatto al punto di diritto stabilito con la sentenza »).

E così, ad un *effetto di eliminazione* dell'atto, si aggiungeva un *effetto di ripristinazione* e cioè di cancellazione delle modificazioni della realtà

Scriveva d'altronde Mario Nigro a proposito della crisi del processo amministrativo come « processo d'impugnazione » o « processo all'atto »: « E poiché, ancora, l'esercizio della potestà amministrativa consiste nel dare un certo assetto agli interessi in conflitto, il giudice amministrativo, sconfessando l'assetto consacrato nell'atto impugnato, concorre a determinare le linee di un nuovo assetto », sicché « (...) la sentenza amministrativa non si limita ad eliminare l'atto ma necessariamente si pone come attività di identificazione del corretto modo di esercizio del potere (*id est* del corretto assetto d'interessi) » (7). L'efficacia ultra-costitutiva (o appunto satisfattiva) della sentenza amministrativa è accentuata dal Codice del processo amministrativo (art. 34), il quale peraltro accosta alla sentenza di annullamento ormai ad efficacia pienamente "conformativa", un sentenza di condanna persino all'adempimento. Quest'ultima, in un primo tempo considerata ammissibile da parte della dottrina e della giurisprudenza, è ora espressamente prevista e può essere esercitata (non già in via autonoma ma) congiuntamente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio della p.a. (art. 34 c.p.a.) e sempre che si tratti di attività vincolata, o purchè la discrezionalità della p.a. si sia esaurita (art. 31 c.p.a.) (8).

interventute per effetto dell'atto annullato (es. restituzione del bene illegittimamente espropriato, rinnovazione della gara d'appalto a partire dall'illegittima esclusione di un concorrente), ed un *effetto conformativo* e cioè « l'effetto di vincolare la successiva attività dell'amministrazione di riesercizio del potere » (M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro (Bologna 2002), 314, 317, il quale sottolinea come tali ultimi due effetti implicano per la sentenza amministrativa « un amplissimo contenuto di accertamento »).

In questo senso, si parlava già di « effetto conformativo » della sentenza di annullamento (Cons. Stato 18-5-1998 n. 834), ma il giudice non aveva il potere, ora concessogli dal nuovo Codice, di adottare, contestualmente alla sentenza di annullamento, « misure idonee a tutelare la situazione sostanziale dedotta in giudizio »: per un'applicazione di tale nuova misura cfr. ad es. TAR Campania 17-7-2007 n. 6752, in relazione all'annullamento di un diniego di condono edilizio.

(7) Nigro, *Giustizia amministrativa* cit., 248.

(8) Art. 34, co. 1, lett. c, del Codice del processo amministrativo,

Il processo amministrativo diviene così il luogo in cui trova crescente considerazione l'interesse e la pretesa sostanziale, e piena soddisfazione gli interessi pretensivi, non solo in ragione della valutazione sostanziale che il risarcimento dell'interesse legittimo implica (9), ma soprattutto in rela-

così come modificato dal d.lgs. 14-9-2012 n. 160. Per una prima applicazione cfr. TAR Sardegna 13-2-2013 n. 123.

Nella manualistica cfr. G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo* (Torino 2013), 517. Come sottolinea la dottrina amministrativistica, altra e più difficile questione è quella della distribuzione dell'onere probatorio tra privato e p.a., specie se quest'ultima non comunica i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza: I. Pagni, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo*, Riv. dir. proc., 2012, 340, 342, la quale aggiunge che, sul piano pratico, il fatto che l'azione di adempimento non sia autonoma rispetto all'azione di annullamento non modifica molto le cose rispetto al recente passato, in cui si era comunque giunti ad una valorizzazione dell'effetto conformativo e ripristinatorio della sentenza. Si veda anche S. Raimondi, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, Dir. proc. amm., 2011, 913, il quale evidenzia come il codice abbia eliminato la discrasia esistente tra la fase cautelare e l'esito del giudizio di cognizione, ora entrambi atipici, poiché prima dell'introduzione del codice, di fatto, in fase cautelare si potevano ottenere provvedimenti atipici che si spingevano oltre ciò che poteva ottenersi con la sentenza. Una diversa lettura in P. Carpentieri, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, Dir. proc. amm., 2013, 385, il quale paventa un'interpretazione delle nuove disposizioni che, sull'altare della effettività-satisfattività, sacrifichi la specificità del giudizio amministrativo (e dell'interesse legittimo) e la sua funzione di correttivo dell'azione pubblica, a favore di un modello processualcivilistico attributivo di spettanza. Sul punto si vedano anche le considerazioni di M. Mazzamuto, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, Dir. proc. amm., 2012, 46, e di L. Ferrara, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, Dir. proc. amm., 2013, 617.

(9) Come è noto, la pubblica amministrazione può essere condannata al risarcimento dell'interesse legittimo, ma ciò implica la verifica della sussistenza di un danno al « bene della vita » atteso, e correlato all'interesse legittimo, e dunque una *verifica della fondatezza* della pretesa sostanziale: Cfr. Cass. 22-7-1999 n. 500, in questa *Rivista*, 1999, 1221, con note di C. Castronovo, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, e S. Agrifoglio, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*. Ciò vale sia rispetto al danno da atto amministrativo illegittimo, sia rispetto al danno c.d. da ritardo, la cui risarcibilità comporta comunque un giudizio

zione alla possibilità che all'annullamento dell'atto illegittimamente non ampliativo dell'interesse pretensivo (es. annul-

prognostico, in termini di probabilità, sulla spettanza del bene della vita: cfr. Cons. Stato, 27-1-2012 n. 428.

Di recente la giurisprudenza amministrativa si è spinta ad ammettere la risarcibilità dell'interesse legittimo pretensivo anche in relazione ad un'attività (originariamente) discrezionale: Cons. Stato Ad. Plen. 3-12-2008 n. 13, Giorn. Dir. amm., 2009, 147. In particolare si è ritenuto risarcibile l'interesse pretensivo all'ottenimento di un permesso di costruire, la cui lesione sia stata cagionata dal duplice diniego illegittimamente opposto da un'amministrazione comunale. In tal modo, innovando rispetto all'orientamento precedente, si è risarcito l'interesse pretensivo al bene della vita anche rispetto ad un'attività discrezionale, consistente nella concretizzazione dello *ius aedificandi* relativamente ad un'area oggetto di convenzione e poi di strumento urbanistico (impeditivo del rilascio del permesso): si è così ritenuto possibile un giudizio prognostico in merito alla fondatezza della pretesa al bene della vita anche rispetto ad un'attività discrezionale.

A questo punto, il danno risarcibile coincide sostanzialmente con il valore del bene della vita e ha dunque una inedita *funzione satisfattiva*: la quantificazione del danno è cioè calibrata non già sulla *lesione* del bene della vita auspicato, quanto sul valore dello stesso bene negato. Come ha precisato Cons. Stato 24-12-2008 n. 6538, la quantificazione del danno nell'ipotesi in cui al diniego illegittimo di concessione edilizia segue un piano urbanistico, che impedisce la riedizione del potere in senso favorevole per il privato (es. nuovo piano regolatore), guarda alla differenza tra il valore dell'area al momento del diniego illegittimo ed il valore dell'area al momento dell'approvazione del nuovo piano urbanistico. Secondo TAR Veneto 21-8-2013 n. 1073 tale ultimo criterio impedisce di considerare, invece, la differenza tra il valore dell'area al momento del diniego illegittimo ed il valore dell'area (non già al momento dell'approvazione del nuovo piano urbanistico, ma) considerato in ragione del fabbricato la cui edificazione è stata impedita.

Nel senso invece che rispetto ad un'attività discrezionale, l'interesse pretensivo è risarcibile solo in seguito all'emissione del provvedimento (eventualmente anche in fase di ottemperanza) che riconosce la spettanza del bene della vita (e dunque soltanto per il ritardo): Cons. Stato Ad. Plen. 15-9-2005 n. 7, Foro. it., III, 1, e, in dottrina, G. Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, Dir. proc. amm., 2009, 241, il quale parla a tal proposito di « primato della tutela specifica » (e cioè demolitoria dell'atto illegittimo) rispetto alla tutela risarcitoria. Secondo S. Baccarini, *"Scelta" delle azioni a valutazioni della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente*, Dir. proc. amm., 2011, 1260, l'annullamento dell'atto, accompagnato dall'eventuale azione di condanna all'emanazione del provvedimento favorevole (ora esperibile già in fase di cogni-

lamento del diniego di concessione edilizia, del diniego di condono o del diniego di trasferimento) si affianchi una condanna che contempra « misure idonee a tutelare la situazione sostanziale dedotta in giudizio », e persino una condanna all'adempimento, e cioè all'adozione del provvedimento ampliativo e soddisfattivo della pretesa del privato.

Sul versante dei contratti ad evidenza pubblica, invece,

zione e non più soltanto in fase di ottemperanza) relega il rimedio risarcitorio ad un ruolo marginale, consistente nell'eliminazione delle eventuali conseguenze economiche negative *medio tempore* prodottesi.

L'ipotesi più frequente di lesione dell'interesse pretensivo, rimane il caso in cui il ricorrente ha perso l'occasione di aggiudicarsi un appalto o di vincere un concorso per effetto dell'illegittima selezione di un altro concorrente o della propria indebita esclusione dal procedimento. Anche qui, occorre distinguere tra le ipotesi in cui l'utilità non è più conseguibile, perché il contratto è stato eseguito o perché la gara o la valutazione dei concorrenti non potrà essere ripetuta, da quelle in cui l'accoglimento del ricorso apre la via alla riedizione del potere: qui la giurisprudenza ammette soltanto un diritto al risarcimento del danno da ritardo se l'esito della procedura rinnovata sarà favorevole.

Quando la riedizione del potere non è più possibile, si deve distinguere l'ipotesi in cui il ricorrente riesce a dimostrare che, in mancanza dell'adozione del provvedimento illegittimo, avrebbe vinto la gara, dai casi in cui ciò non sia possibile.

Nel primo caso il danno viene quantificato nel 10% del valore dell'appalto (come eventualmente ribassato dalla sua offerta), utilizzando il criterio stabilito nell'art. 345 della l. 20-3-1865 n. 2248, Allegato F, nell'art. 37-*septies*, co. 1, lett. c) della l. 11-2-1994 n. 109, e nell'art. 122 e 30 del d.p.r. 554/1999). Il risarcimento nella misura del 10% del valore dell'appalto subisce una decurtazione, in proporzione alla utilità effettivamente perduta, se il ricorrente riesce a svolgere la parte ancora non eseguita del contratto (Cons. Stato 25-1-2008 n. 213), o l'impresa non dimostra di non aver potuto utilizzare le maestranze e i mezzi, lasciati disponibili, per lo svolgimento di analoghi lavori (Cons. Stato 27-10-2003 n. 6666). Quando invece non è possibile acquisire alcuna certezza su quale sarebbe stato l'esito della procedura in mancanza della violazione riscontrata, in ragione della necessità di un apprezzamento tecnico-discrezionale dell'offerta, si risarcisce solo la *chance* e la somma commisurata all'utile d'impresa (il 10% del valore dell'appalto) deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria risultanti dagli atti della procedura (Cons. Stato 12-2-2008 n. 490), tenendo conto del numero di concorrenti, della configurazione della graduatoria eventualmente stilata e del contenuto dell'offerta presentata dall'impresa danneggiata (Cons. Stato 6-7-2004 n. 5012).

« si è partiti dal rilievo centrale della regola (restitutoria) di validità, e a questa si è fatto da ultimo ritorno, dopo una fase in cui è stato enfatizzato il rilievo della regola di responsabilità: l'approdo è la disciplina imposta dalla Direttiva 2007/66/CE. Nell'ipotesi di aggiudicazione illegittima, non ci si affida più alla mera regola risarcitoria ma « si impone (almeno nei casi di violazioni più gravi) il ripristino della validità anche sul fronte negoziale: mediante la "privazione dell'efficacia" del contratto invalido, e la sua *sostituzione con uno valido* (stipulato con il legittimo aggiudicatario) » (10).

Anche il diritto amministrativo dei contratti pubblici sembra dunque prediligere la tutela satisfattiva, rispetto alla tutela risarcitoria per equivalente, nel momento in cui prevede una domanda volta a « (...) conseguire l'aggiudicazione e il contratto » (art. 124, d.lgs. 104/2010): l'obiettivo privilegiato è ancora una volta la piena soddisfazione dell'interesse sostanziale al bene della vita correlato all'interesse legittimo pretensivo e non la mera eliminazione delle conseguenze economiche negative conseguenti ad un'attività dannosa.

Non può non notarsi come questa graduale metamorfosi del processo amministrativo sia parallela e speculare a quella che interessa l'invalidità del diritto civile che, anche qui sulla spinta del diritto comunitario, è sempre più caducazione "conformativa", non più cioè mera demolizione dell'assetto di interessi congegnato dalle parti, ma conformazione dello stesso rispetto alle finalità del diritto privato europeo (es. efficienza e tutela del mercato concorrenziale).

Così come il processo amministrativo subisce una metamorfosi aprendosi alla considerazione e « conformazione del

(10) Art. 124 c.p.a. Cfr. Tulumello, *Il diritto privato della pubblica amministrazione* cit., 525, 528. Cfr. d.lgs. 53/2010 che modifica il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006), nonché art. 124, d.lgs. 104/2010 (codice del processo amministrativo). L'art. 245-*quinquies* del Codice dei contratti pubblici rinvia, per la misura del risarcimento, al Codice del processo amministrativo. Sul punto cfr. per un'analisi critica delle prime applicazioni giurisprudenziali F. Frasca, *Ottemperanza ed appalti: il « perdurante » problema dell'ampiezza dei poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto*, Foro amm., 2013, 2383, il quale rileva un'eccessiva enfaticizzazione del principio di effettività, con l'esito paradossale di una scarsa tutela della concorrenza.

modo di esercizio del potere amministrativo », allo scopo di soddisfare l'interesse materiale del ricorrente (11), così il giudizio civile sulla nullità perde la sua originaria funzione di giudizio volto alla mera eliminazione dell'atto negoziale (illecito, perché contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, o illegittimo, perché privo di uno dei requisiti essenziali), divenendo giudizio di conformazione del modo di esercizio dell'autonomia privata. In tal senso depongono le nuove nullità di protezione, le quali garantiscono la conservazione del contratto (nullità parziale) e ridisegnano l'assetto di interessi delineato dall'autonomia delle parti, conformandolo in ragione del fine della tutela del mercato concorrenziale.

Si tratta di due tendenze analoghe ma in un certo senso speculari: la funzione conformativa che caratterizza l'invalidità dell'atto amministrativo e, più in generale, lo stesso processo amministrativo (che ora è sempre più anche giudizio di accertamento e di condanna e non più meramente impugnatorio e costitutivo) spinge verso una diversa e più intensa considerazione dell'interesse privato. Al contrario, la disciplina del contratto in generale o dei singoli tipi contrattuali, tradizionalmente composta da norme dispositive e cioè derogabili dall'autonomia privata, conosce ora una pesante incursione di nuove nullità c.d. di protezione, e dunque di norme imperative non derogabili: inevitabilmente l'effetto conformativo delle nuove nullità di derivazione europea manifesta una diversa e maggiore considerazione dell'interesse generale o comunque superindividuale, ormai paradigma e misura del corretto esercizio dell'autonomia dei privati ed esibisce un inedito rapporto tra autonomia privata ed interesse generale del mercato (12).

(11) Nigro, *Giustizia amministrativa* cit., 249, il quale peraltro evidenzia come il processo amministrativo diviene sempre più da « strumento di difesa di interessi oppositivi, qual era prevalentemente, strumento di soddisfazione di interessi pretensivi ».

(12) Sia consentito il rinvio ad A. Plaia, *Introduzione*, I tipi contrattuali, *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Carlo Castronovo e Salvatore Mazzamuto, II (Milano 2007), 859. Sul punto cfr. anche S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* (Torino 2012).

In definitiva, l'insufficienza della tradizionale nullità meramente caducatoria consegue ad una crescente trasformazione della funzione del diritto privato sempre più caricato, sulla spinta del diritto europeo, di finalità sin qui ignote, prima fra tutte la creazione di un mercato unico, che implica che gli scambi abbiano un determinato assetto di interessi, e non più semplicemente un assetto di interessi non illecito. Al contempo, l'inadeguatezza di un processo amministrativo meramente caducatorio dell'atto illegittimo, consegue alla trasformazione della pubblica amministrazione in una « grossa organizzazione di produzione e di erogazione di servizi » (13), in cui inevitabilmente crescono in modo esponenziale le istanze pretensive e l'esigenza di soddisfazione giudiziale degli interessi ad esse correlati.

Tali trasformazioni si confrontano ora con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), che ha elevato la Carta dei Diritti Fondamentali proclamata a Nizza, allo stesso valore giuridico dei Trattati: in tal modo ha acquisito rango "primario" anche il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale (art. 47 CDFUE), già peraltro considerato principio generale nel diritto dell'Unione europea dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, in quanto comune alla tradizione costituzionale degli Stati membri (14).

La questione della funzione conformativa della nullità di protezione conosce, in realtà, un dibattito civilistico complesso ed articolato: emblematica, in questo senso, la posizione di quella parte della dottrina secondo cui il nuovo fenomeno dell'integrazione (cogente) del contratto attraverso il diritto dispositivo rappresenta un'ipotesi che può dirsi, al più, di conformazione « debole », poiché qui non c'è un regolamento imposto, ma piuttosto un regolamento di default: così G. D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, G. D'Amico - S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto* (Torino 2013), 246, 249. In sostanza, non soltanto, come invece sovente si afferma, la funzione conformativa non sarebbe una novità delle nullità di diritto europeo (es. art. 1339 e 1419 c.c.), ma in tali nullità non sarebbe sempre riscontrabile una funzione conformativa, almeno quando la correzione del contratto si deve ad una norma dispositiva e non ad una norma imperativa.

(13) L'espressione è di Nigro, *Giustizia amministrativa* cit., 249.

(14) A seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, il sistema dell'Unione europea continua a fondarsi su due diversi Trattati: il

La combinazione della tensione verso la categoria del “rimedio” — che in definitiva è considerazione e piena soddisfazione del *bisogno* sostanziale prima ancora che del *diritto* formale — e del principio di effettività, segnano il pragmatismo del legislatore europeo, ossessivamente rivolto al soddisfacimento dell’interesse sostanziale o, ove l’interesse non sia ancora formalizzato, addirittura del “bisogno di tutela”. Rimedio ed effettività assumono nel diritto privato europeo un ruolo di primo piano e si alimentano a vicenda, non essendo pensabile il rimedio, e cioè la tutela che anticipa la codificazione formale del diritto soggettivo, se non si guarda all’effettività, né quest’ultima, almeno nella sua più moderna accezione, se la prospettiva ordinamentale non è (anche) rimediale.

Come è noto, il percorso scandito dalla precedenza del rimedio rispetto al diritto è un tratto caratteristico dei sistemi di *common law*, caratterizzati dalla cristallizzazione dei diritti attorno ai rimedi, ma non si può considerare estraneo alla tradizione dei sistemi di *civil law*: basti pensare, per un verso, all’esperienza italiana della tutela d’urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, grazie alla quale le corti hanno sovente « inventato » diritti per soddisfare (in realtà) « bisogni di tutela » ritenuti rilevanti, ma non riconducibili a diritti edittalmente previsti da specifiche disposizioni normative. Come è noto, infatti, il giudice ha ampia discrezionalità nell’individuare il

Trattato sull’Unione europea (TUE) che detta i principi più importanti, enunciando anche i fini dell’Unione (art. 3) ed il Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), che riprende i contenuti del Trattato CE ed enuncia le regole di dettaglio sul funzionamento delle istituzioni e sulle competenze dell’unione: G. Gaja - A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell’Unione europea* (Roma-Bari 2010), 3.

Secondo Proto Pisani, *Introduzione sulla atipicità della azione e la strumentalità del processo* cit., 3, l’art. 47 CDFUE, per un verso, conferma il carattere atipico del diritto di azione, e cioè la possibilità di esperire qualsiasi azione, anche non espressamente prevista, necessaria a tutelare una situazione giuridica soggettiva attribuita al privato, per altro verso, in linea con l’idea chiovendiana di « strumentalità del processo » (« il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire »), aggiunge che tale diritto di azione deve essere effettivo.

contenuto del provvedimento più idoneo a preservare un diritto, quando vi è il fondato motivo che durante il tempo occorrente per farlo valere, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile. In pratica, accade che il giudice pur di tutelare un mero bisogno di tutela (non dunque un autentico diritto previsto da una disposizione normativa), si spinga sino a “inventare” un diritto che occorre tutelare con un provvedimento d’urgenza atipico *ex art. 700 c.p.c.*

Oggi, la prospettiva rimediale all’interno dell’ordinamento italiano non può peraltro dirsi più confinata esclusivamente all’ambito della tutela d’urgenza. Basti pensare a quanto si è detto in merito alla tensione verso l’effettività della tutela (ed il principio *ubi remedium ibi ius*) espressa dal Codice del processo amministrativo, emblematicamente racchiusa nella disposizione che consente al giudice una tutela di condanna atipica e cioè di « adottare le misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio » (art. 34, co. 1, lett. c) (15): e così, come si è anticipato, la pubblica amministrazione che illegittimamente si ostini a negare un provvedimento amministrativo, malgrado l’annullamento del diniego, già secondo una giurisprudenza minoritaria (16), ed ora per espressa previsione legislativa (17),

(15) Come osserva Caponigro, *Il principio di effettività nel Codice del processo amministrativo* cit., mentre nel sistema previgente al Codice, all’effetto demolitorio della sentenza di annullamento si accompagnava soltanto un effetto conformativo, potendo il giudice impartire una serie di prescrizioni più o meno stringenti sulla modalità di riesercizio del potere da parte della p.a., nel sistema disegnato dal nuovo Codice, il giudice già in fase di cognizione può disporre misure volte all’attuazione del giudicato, prima riservate al giudice dell’esecuzione e cioè al giudizio di ottemperanza.

(16) Cons. Stato Ad. Plen. 23-3-2011 n. 3; Cons. Stato Ad. Plen. 29-7-2011 n. 15; TAR Lombardia 8-6-2011 n. 1428, Giorn. Dir. amm., 2011, 1187, con nota di L. Torchia, *Condanna ed adempimento nel nuovo processo amministrativo*, con riferimento al caso dell’annullamento di un diniego di trasferimento.

(17) Art. 34, co. 1, lett. c, del Codice del processo amministrativo, così come modificato dal d.lgs. 14-9-2012 n. 160. È appena il caso di notare che l’azione di adempimento (art. 34 c.p.a.), e l’azione di risarcimento

può essere condannata all'adempimento, o meglio all'esatto adempimento, dunque ad una tutela satisfattiva. E la pubblica amministrazione che abbia occupato *sine titulo* un fondo, trasformandolo in modo irreversibile, può essere condannata all'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante *ex art. 42-bis* T.U. sull'espropriazione. Tale tipo di condanna — ad un *facere* discrezionale e dunque in teoria non ammissibile — viene giustificata dalla giurisprudenza amministrativa proprio in ragione del fatto che « il codice del processo amministrativo ha previsto un generale atipico potere di condanna all'adozione delle *misure idonee* a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (art. 34, co. 1, lett. *c*) » (18).

Non è un caso che la nuova tutela atipica appena citata si inserisca nel Codice del processo amministrativo che esplicitamente dichiara la preminenza nel diritto amministrativo proprio del principio di effettività. Ad ulteriore riprova che è proprio quest'ultimo ad alimentarsi di strumenti rimediali che contribuiscono al soddisfacimento di un interesse leso,

in forma specifica non sono sovrapponibili: tra l'altro, la prima non è esercitabile autonomamente, ma può affiancare la tutela di annullamento (e peraltro soltanto rispetto all'attività amministrativa vincolata), mentre la seconda è esperibile autonomamente, come l'azione di risarcimento per equivalente (S. Baccarini, "Scelta" delle azioni a valutazioni della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente, *Dir. proc. amm.*, 2011, 1260; Caponigro, *Il principio di effettività nel Codice del processo amministrativo* cit., 2010). In definitiva, il risarcimento in forma specifica opererebbe rispetto agli interessi legittimi oppositivi, volti cioè alla conservazione di un bene della vita (es. condanna alla ricostruzione del manufatto distrutto in esecuzione di un provvedimento illegittimo di esproprio). Sul punto cfr. A. Travi, *Processo amministrativo e azioni di risarcimento del danno: il risarcimento in forma specifica*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 994.

(18) TAR Puglia, 13-4-2012 n. 722: « Nel caso di specie, in cui la situazione giuridica soggettiva azionata in giudizio coincide con il diritto di proprietà compromesso dalla condotta illecita della pubblica Amministrazione (che ha già prodotto l'effetto della trasformazione irreversibile), il Collegio ritiene che *la tutela più adeguata* si sostanzia nell'ordine di acquisizione dell'area *ex art. 42-bis* con contestuale liquidazione in favore dei proprietari ricorrenti dell'equivalente monetario a titolo di risarcimento secondo le precise disposizioni dell'art. 42-bis stesso e secondo la stessa domanda formulata da parte ricorrente ».

ancorché non vi sia un previa individuazione dei confini e della latitudine della fattispecie oggetto di tutela, né tanto meno dello strumento volto alla tutela stessa, soltanto tratteggiato dal legislatore nel suo carattere essenzialmente atipico, e dunque per definizione, non previamente tipizzato.

2. La tensione verso una tutela soddisfattiva impressa dal principio di effettività è evidente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, e della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, che ha introdotto un sindacato sull'*adeguatezza* della sanzione civile (19).

In questo senso, non può ancora affermarsi che sia consacrata appieno la pretesa di rendere innanzitutto giustiziabili i "diritti" riconosciuti in sede comunitaria e, tuttavia, secondo una formula contenuta pressoché in tutta la normativa europea in materia sociale, il legislatore nazionale è tenuto ad introdurre « le misure necessarie per permettere di far valere i propri diritti per via giudiziaria a tutti coloro che si ritengano lesi » (20).

Secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le *modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali* intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché le dette modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (21).

Si tratta di una prescrizione che evoca la regola già descritta della CDFUE, secondo la quale il rimedio previsto a livello domestico deve essere effettivo: lì la norma convenzio-

(19) Mazzamuto - Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit.

(20) M. Roccella, *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, Riv. it. dir. lav., 1994, I, 71.

(21) Corte eur. giust. 17-6-2004 C-30/02, Dir. e giust., 2004, 37, 123.

nale prevede, infatti, un intervento *sussidiario* dell'ordinamento sovraordinato rispetto all'ordinamento interno o domestico che, appunto, implica una tutela effettiva per il diritto fondamentale della Carta (il ricorso alla giustizia della Corte di Strasburgo è eventuale e sussidiario) (22).

Occorre ricordare che, qualora una normativa comunitaria non contenga alcuna disposizione specifica che preveda una sanzione in caso di trasgressione o faccia rinvio, al riguardo, alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, si impone agli Stati membri di adottare tutte le misure idonee ad assicurare la portata e l'efficacia del diritto comunitario (23). Come rilevato ancora di recente dalla Corte, gli Stati membri, pur conservando la scelta delle sanzioni, devono vigilare affinché le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto nazionale simili per natura e importanza e tali, in ogni caso, da conferire alla sanzione un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo (24). La sanzione civile nazionale, dunque, oltre che "adeguata", deve essere "comparabile", nel senso sin qui descritto (25).

Queste indicazioni sono ora contenute anche nelle più recenti discipline normative di settore, ad esempio nella direttiva sul credito al consumo (dir. 2008/48/CE recepita in Italia con d.lgs. 141/2010), la quale prevede espressamente che: « Gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali (...). Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive » (art. 23). Analogamente, la direttiva in materia di multiproprietà (2008/122/CE) prevede che: « Gli Stati membri provvedono affinché siano commi-

(22) Cfr. M. Chiti, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, Riv. trim. dir. proc., 1991, 819, 73.

(23) V., in particolare, Corte eur. giust. 21-9-1989 C-68/88, Cass. pen., 1992, 1694.

(24) Corte eur. giust. 8-7-1999 C-186/98, Dir. pen. proc., 1999, 1406.

(25) J. Malmberg (editor), *Effective Enforcement of EC Labour Law* (The Hague 2003), 225.

nate sanzioni appropriate qualora l'operatore non rispetti le disposizioni nazionali adottate in conformità della presente direttiva. 2. Tali sanzioni sono efficaci, proporzionate e dissuasive » (art. 15). Così, ancora, la direttiva sulle pratiche commerciali sleali (2005/29/CE): « Gli Stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in applicazione della presente direttiva e adottano tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'applicazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive » (art. 13).

Il diritto di fonte comunitaria conosce, dunque, un sindacato giudiziale della congruità della sanzione adottata dal legislatore nazionale. Tale sindacato consiste nella verifica della "adeguatezza" della sanzione *civile* (ovvero della "proporzionalità" della sanzione penale (26) o di quella amministrativa).

È chiaro che la spinta verso una tutela adeguata, e cioè verso una sanzione effettiva, proporzionata e dissuasiva, conduce ad una più intensa considerazione della soddisfazione dell'interesse sostanziale sotteso alle situazioni giuridiche soggettive dei privati. In tale contesto, la tutela satisfattiva assume un ruolo privilegiato rispetto alla tutela restitutoria o risarcitoria.

La garanzia di un controllo giurisdizionale, pur essendo contenuta in singole normative di settore ed in specie nelle direttive in materia sociale, è stata considerata dalla Corte europea di giustizia come « mera espressione di un principio giuridico generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri » (27). Il sindacato sulla con-

(26) Ad es. Cedu sez. II, sent. 24-9-2013, Belpietro c. Italia, ric. n. 42612/10, ha espresso talune riserve in merito alla punibilità con pena « detentiva » del reato di diffamazione: tale tipo di sanzione comprimerebbe eccessivamente la libertà di opinione. Dopo tale pronuncia potrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 cost. della disposizione normativa sulla responsabilità del direttore di testata giornalistica.

(27) G.F. Mancini, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1989, 9. Cfr. Corte eur. giust. 15-5-1986 C-222/84.

gruità ed adeguatezza della sanzione, adottata dal legislatore nazionale a tutela di un diritto di derivazione comunitaria, in quanto implicito nelle *tradizioni costituzionali* degli Stati membri, diviene, allora, principio generale del diritto comunitario, in armonia con quanto prescritto dal Trattato, secondo cui « L'Unione rispetta i diritti fondamentali [...] quali risultano dalle *tradizioni costituzionali* comuni degli stati membri, in quanto *principi generali del diritto comunitario* » (art. 6 Trattato di Maastricht, 1992).

La discrezionalità del legislatore nazionale in punto di rimedi e di sanzioni sarebbe, dunque, vincolata persino nel *quomodo*. Ad es. la Corte ha precisato che non può ritenersi conforme alle esigenze del diritto comunitario una normativa nazionale che preveda, in relazione alla violazione del principio di parità di trattamento nell'accesso al lavoro, il diritto ad un risarcimento del danno irrisorio; così come una norma nazionale che imponga un tetto massimo al risarcimento per licenziamento discriminatorio in ragione del sesso: la sanzione del diritto nazionale deve essere "effettiva" e, a tal fine, "adeguata".

Un problema di adeguatezza e congruità del rimedio, almeno in termini di effettività dello stesso, si è posto anche in merito alla responsabilità civile della p.a. in materia di appalti pubblici. In questo caso, la Corte di giustizia dell'Unione europea nel recente caso *Stadt Graz/Strabag AG* (28) ha premesso che: « l'art. 1 n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di adottare le *misure necessarie* per garantire l'esistenza di procedure di ricorso *efficaci* e, in particolare, quanto più *rapide* possibile contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano violato il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici ».

Conseguentemente, ha ritenuto che « la direttiva 89/665

(28) Corte eur. giust. 30-9-2010 C-314/09 *Stadt Graz c. Strabag AG*, in questa *Rivista*, 2011, 313, con nota di L. Guffanti Pesenti; C. Feliziani, *Responsabilità dell'amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia*, *Foro amm.*, 2011, 10, 3015; Cons. Stato sez. V, 14 settembre 2012 n. 4894, *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, con nota di S. Osella, *La colpa delle amministrazioni e l'innovazione nel settore degli appalti pubblici*.

deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere *colpevole* di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata ».

In sostanza, il risarcimento per equivalente, conseguente alla violazione della normativa sugli appalti pubblici deve prescindere dalla valutazione di un comportamento colposo da parte della p.a., poiché l'accertamento e la prova del requisito soggettivo potrebbero rendere eccessivamente difficile la tutela del soggetto leso (29). Poco importa, precisa il giudice di Lussemburgo, che l'onere di provare l'assenza di colpa incomba sul danneggiante, ovvero sull'appaltante che ha leso l'affidamento dell'impresa offerente, poiché vi è comunque « (...) il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante ». In altre parole, non è sufficiente che la disciplina nazionale faccia gravare l'onere di provare l'errore scusabile (e dunque l'assenza di colpa) sulla p.a., poiché soltanto l'irrilevanza dell'elemento soggettivo risponde all'esigenza che, in materia di appalti, l'impresa concorrente (che abbia subito un danno) goda di una tutela efficace ed effettiva.

Questa indicazione della giurisprudenza europea è stata

(29) Nel caso specifico, la p.a. aveva in un primo momento aggiudicato l'appalto ad un'impresa, ma sulla base di un erroneo meccanismo di esclusione delle altre imprese partecipanti. Si era così determinata ad annullare in autotutela l'aggiudicazione, ledendo l'affidamento dell'impresa vincitrice e rendendosi così responsabile in via precontrattuale rispetto a quest'ultima.

accolta dalla nostra giurisprudenza amministrativa (30), ancorché non manchino decisioni poco inclini ad accettare che, anche soltanto nel settore degli appalti pubblici, la responsabilità della p.a. possa considerarsi oggettiva (31).

Non sembra superfluo sottolineare come in questo caso la Corte non si sia limitata a sindacare l'adeguatezza della sanzione, essendosi spinta a riscrivere i requisiti della fattispecie (irrelevanza dell'elemento soggettivo).

In altri casi, la giurisprudenza europea ha persino tratteggiato gli *standard* cui la sanzione deve ispirarsi: nel caso delle discriminazioni meramente patrimoniali ha chiarito, infatti, che la sanzione non può implicare la privazione del beneficio (per il soggetto cui è stato attribuito), ma deve piuttosto determinare un'equalizzazione verso l'alto del trattamento discriminatorio, mediata dalla tecnica della nullità parziale (32).

Come già ricordato, la sanzione civile, oltre che "adeguata", deve essere sottoposta anche al test di *comparabilità*: la violazione del diritto comunitario derivato deve essere analoga a quella prevista per le violazioni del diritto interno simili per natura e importanza (33).

Da ultimo, la Corte di giustizia dell'Unione europea (34) è stata invitata ad esprimersi in merito alla compatibilità con il diritto europeo, e più precisamente con le direttive europee in tema di assicurazione della responsabilità civile, della disciplina italiana limitativa del risarcimento del danno biologico in materia di circolazione stradale (art. 139, d.lgs. 7-9-2005 n. 209, c.d. Codice delle assicurazioni private).

(30) Cfr. Cons. Stato 8-11-2012 n. 5686; TAR Campania 25-9-2012 n. 3923, Danno e resp., 2012, 1257.

(31) Cfr. tra le altre Cons. Stato 25-7-2012 n. 4236; Cons. Stato 23-1-2012 n. 265, Foro amm. - C.d.S., 2012, 1 119, ove si richiama la possibilità di qualificare l'illegittimità dell'atto come presunzione semplice della colpa dell'amministrazione.

(32) M. Roccella, *Sanzioni e rimedi* cit., 78.

(33) J. Malmberg (editor), *Effective Enforcement* cit.; Corte eur. giust. 21-9-1989 C-68/88 cit.

(34) Su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Tivoli del 20 giugno 2012.

3. Una vicenda significativa rispetto a quanto sin qui detto è costituita dal problema dei limiti di utilizzo dei contratti di lavoro a tempo determinato da parte della pubblica amministrazione e delle conseguenze sanzionatorie ricollegabili al superamento di tali limiti (35).

Nel settore privato è prevista *esplicitamente* dal legislatore la sanzione della conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato (ancorché solo) per la prosecuzione del contratto oltre la durata o per la successione illegittima di più contratti (art. 5, d.lgs. 368/2001), mentre in caso di apposizione di termine illegittima (art. 1, d.lgs. 368/2001) alla medesima soluzione si giunge soltanto per interpretazione giurisprudenziale.

L'attuale legislazione lavoristica prevede, infatti, che: « Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune del rapporto di lavoro » (36). In casi tassativamente previsti dalla legge, il contratto di lavoro può essere stipulato a termine: è infatti « consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro » (37).

Se viene apposto un termine in assenza del presupposto indicato dal legislatore, la clausola contenente il termine si considera nulla, ma la nullità del contratto è solo parzia-

(35) Mazzotta, *Diritto del lavoro* cit., 352; L. Menghini, *Il lavoro a termine*, I contratti di lavoro, I, a cura di A. Vallebona, Tratt. Rescigno - Gabrielli (Torino 2009), 1166 s. E più di recente P. Campanella, *Prestazioni di fatto e contratto di lavoro. Art. 2126*, Comm. Schlesinger - Busnelli (Milano 2013); M. Esposito, *Sanzioni e rimedi risarcitori nella disciplina del contratto a tempo determinato: una lettura critica e qualche proposta*, Regole, politiche e metodo. L'eredità di Marco Biagi nelle relazioni di lavoro di oggi, a cura di F. Basenghi - L. Golzio (Torino 2013); P. Saracini, *Contratto a termine e stabilità del lavoro* (Napoli 2013).

(36) Art. 1, d.lgs. 368/2001, così come modificato dalla l. 92/2012 (c.d. Legge Fornero).

(37) Art. 1, co. 1, d.lgs. 368/2001, così come modificato dalla l. 133/2008.

le (38) ed il contratto si *converte* in contratto di lavoro a tempo indeterminato (39).

Nel settore pubblico, invece, la tutela è meramente risarcitoria e sull'adeguatezza, in termini di effettività ed efficacia dissuasiva, della sanzione del *risarcimento* in caso di abuso di contratti di lavoro a tempo determinato da parte della p.a. si è pronunciata di recente ed a più riprese la Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nella sentenza *Adelener* (40) il giudice di Lussemburgo ha ritenuto non compatibile con il diritto comunitario la normativa greca che pone un divieto assoluto nel settore pubblico di trasformazione di una successione di contratti a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato. In altre parole, giudicando su una normativa assai simile a quella italiana — la quale contempla anch'essa il divieto di conversione, pur prevedendo, a differenza della disciplina greca, il risarcimento del danno — i giudici di Lussemburgo si sono spinti non già a ritenere necessaria la sanzione della conversione, ma a considerare come sufficiente ed adeguata una sanzione almeno *equivalente* a quella della conversione.

Questo principio è stato sostanzialmente ribadito nelle sentenze — gemelle nella motivazione — *Marrosu e Vassallo* (41). La Corte di Giustizia ha così precisato, questa volta con riferimento alla normativa italiana, che il diritto comu-

(38) Cass. 21-5-2008 n. 12985, Foro it., 2008, I, 3569 e Riv. it. dir. lav., 2008, II, 891.

(39) A. Gentili, *Le invalidità*, I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, II, Tratt. Rescigno - Gabrielli (Torino 2006), 1548 s.; M. Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, Rimedi, a cura di A. Gentili, Tratt. Roppo, IV (Milano 2006), 110; A. Albanese, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, Diritto civile e diritti speciali, a cura di A. Plaia (Milano 2008), 159; M. Marinelli, *Le conseguenze della violazione della disciplina limitativa dell'impiego del contratto a tempo determinato*, Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008 n. 133, a cura di A. Bellavista - A. Garilli - M. Marinelli (Torino 2009), 51.

(40) Corte eur. giust. 4-7-2006 causa C/212/04, Mass. Giur. lav., 2006, 736.

(41) Corte eur. giust. 7-9-2006 C-53/04 e C-180/04, Lav. giur., 2006, 965. Cfr. altresì Corte eur. giust. 23-4-2009 C-378/07 e C-380/07; Corte eur. giust. 1-10-2010, C-3/10 (ord.); Corte eur. giust. 12-12-2013, C-5013 (ord.)

nitario consente che il diritto interno sanzioni diversamente *l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato nel settore privato ed in quello pubblico*. In tale ultimo settore, infatti, può ritenersi adeguata anche una sanzione diversa da quella della conversione del contratto, in particolare una sanzione risarcitoria, purché tale sanzione possa dirsi *equivalente* rispetto a quella della conversione.

L'indicazione dei giudici di Lussemburgo è stata sostanzialmente accolta dalla giurisprudenza di merito italiana, la quale ha ad esempio ritenuto adeguata, ovvero equivalente alla misura della conversione (42), una quantificazione del danno che si assesti sull'indennità sostitutiva della reintegrazione, pari a quindici mensilità di retribuzione (43), ovvero ancora una quantificazione in misura pari alle retribuzioni spettanti dalla data di messa in mora alla data della sentenza (44).

Nel settore scolastico, invece, per l'ipotesi del ricorso reiterato al contratto a tempo determinato pur in presenza di posti vacanti in organico, si è utilizzato come paradigma per la quantificazione del risarcimento la misura delle retribuzioni che il lavoratore avrebbe potuto percepire sino all'età pensionabile (45). Qui, dunque, le indicazioni della giurisprudenza comunitaria per una tutela *adeguata* hanno spinto

(42) Sulla quale cfr. A. Plaia, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, Studium iuris, 2009, 1186.

(43) Così Trib. Torino 31-8-2011; Trib. Foggia 5-11-2009, D&L, 2010, 453; Trib. Genova 14-12-2006, Riv. giur. lav., 2008, II, 433; ma vedi anche le diverse soluzioni di Trib. Foggia 6-11-2006, Riv. it. dir. lav., 2007, II, 912 e Trib. Rossano Calabro 4-6-2007, Foro it., 2007, I, 2589.

(44) Trib. Milano 14-1-2011 e già Trib. Trapani 30-1-2007, LPA, 2007, 1154.

(45) Trib. Trapani 15-2-2013, la quale si segnala anche perché ricostruisce la responsabilità della p.a. in termini di responsabilità contrattuale da "contatto sociale". Tale ricostruzione, in questo caso, è evidentemente funzionale ad una quantificazione del danno che guardi all'interesse positivo. Poiché, tuttavia, in questo caso l'insegnante avrebbe comunque continuato a lavorare, il danno futuro è stato calcolato nella differenza, quantificata in euro 137.000, tra la retribuzione spettante sino al pensionamento di un insegnante precario (cui non vengono pagati i mesi estivi e che non gode di progressione economica) e quella di un insegnante di ruolo. Sulla disciplina speciale del contratto a termine nel settore scolastico e sanitario cfr. Mazzotta, *Diritto del lavoro* cit., 352.

verso una tutela risarcitoria a contenuto sostanzialmente satisfattivo, in cui cioè il parametro per la quantificazione è rappresentato dalla piena soddisfazione dell'interesse privato più che dalla compensazione del danno subito.

Una giurisprudenza toscana si è spinta sino a dichiarare la nullità parziale del contratto a termine impugnato (ovvero della clausola che prevede il termine) e la sua *conversione* (*ex tunc*) in un contratto di lavoro a tempo indeterminato (46). Il giudice, in questo caso, ha ritenuto di poter "disapplicare" la norma speciale operante nel pubblico impiego (art. 36 T.U. sul pubblico impiego), che vieta esplicitamente la conversione, perché *non conforme al diritto comunitario* e di poter fare applicazione diretta del principio di non discriminazione tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato. Per la conversione si è espressa anche altra giurisprudenza, che tuttavia argomenta non già dalla disapplicazione della disposizione interna che pone il divieto di conversione nel pubblico impiego, bensì dall'applicabilità anche al settore pubblico della regola che impone la conversione *ex nunc* in caso di superamento del limite dei 36 mesi (« il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato ») (47).

Si tratta di una posizione d'avanguardia che apre alla conversione *ex tunc* — o *ex nunc* — del contratto anche di pubblico impiego che tuttavia, ancora di recente, non ha tro-

(46) Trib. Siena 27-9-2010, Lav. giur., 2010, 1107, nonché Trib. Siena 13-12-2010, Riv. it. dir. lav., 2011, II, 360, seguita da Trib. Livorno 26-11-2010.

(47) Trib. Trani 15-3-2012; Trib. Trani, 18-7-2011, Lav. giur., 2011, 1238, in applicazione dell'art. 5, co. 4-bis, d.lgs. 368/2001; Trib. Napoli 18-6-2011 (inedita). La tesi è condivisa da L. Menghini, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con la p.a.: cadono molte barriere*, Lav. giur., 2011, 1245; L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, Riv. giur. lav., 2012, 715, il quale esclude il meccanismo della disapplicazione; M.A. La Notte Chirone, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego? Spunti per una riflessione*, Riv. giur. lav., 2012, 740, che ritiene che nel pubblico impiego il rapporto si trasformi in contratto a tempo indeterminato, non in conseguenza della violazione di una norma imperativa e dunque senza nullità del termine, ma soltanto dopo i 36 mesi ed *ex nunc*.

vato accoglimento presso i giudici di legittimità (48) e ha spinto il legislatore a ribadire il divieto di conversione nel settore pubblico (49).

La questione si è complicata con la recente modifica della disciplina relativa al contratto a termine (art. 32 l. 183/2010) che prevede un termine di decadenza anche per l'azione di nullità del patto che appone un termine al contratto di lavoro. La novella prevede altresì che, nei casi di *conversione* (50) del contratto a tempo determinato, il giu-

(48) Cass. 13-1-2012 n. 392; Cass. 15-6-2010 n. 14350, LPA, 2010, 708. Dal canto suo, la dottrina ha ritenuto che il risarcimento che voglia essere misura sanzionatoria effettiva e dissuasiva, così come richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, debba comprendere, per il passato, le mancate retribuzioni per gli intervalli non lavorati tra un rapporto e l'altro e, per il futuro, con un difficile calcolo ipotetico, le retribuzioni che sarebbero state percepite se il rapporto fosse proseguito oltre la scadenza del termine e sino a quando si può pensare, considerando tutte le circostanze del caso, che lo stesso sarebbe potuto durare (Menghini in *I contratti di lavoro* cit., 1173). Si aggiunge che l'esperienza non garantisce un risarcimento equivalente alla misura della conversione, così come richiesto dalla citata giurisprudenza comunitaria, e tuttavia la soluzione della disapplicazione è preclusa dal carattere orizzontale della disciplina europea. Al contempo, « le norme interne che legittimano i contratti a tempo determinato pur in presenza di occasioni di lavoro palesemente stabili, pongono i lavoratori in una situazione, per quanto concerne la stabilità (sempre relativa) del rapporto di lavoro, ingiustificatamente peggiore di quella in cui sono posti i dipendenti con contratto a tempo indeterminato. Questi ultimi godono della disciplina limitativa dei licenziamenti che, nel lavoro alle dipendenze della p.a., comprende sempre il sistema della reintegra. Per parificare le due situazioni ed applicare il principio europeo di uguaglianza e non discriminazione, il giudice interno, di fronte al ripetuto utilizzo di contratti a termine in presenza di occasioni stabili di lavoro e magari di posti previsti in organico, ma scoperti, deve convertire i rapporti a termine in un rapporto a tempo indeterminato, con conseguente applicazione a tutti della medesima disciplina dei licenziamenti » (Menghini, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con la p.a.: cadono molte barriere* cit., 1248).

(49) Il d.l. 31-8-2013 n. 101 ha infatti modificato l'art. 36 del Testo Unico sul pubblico impiego (d.lgs. 165/2001), introducendo il co. 5-ter, che ribadisce il « divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato » (già previsto al co. 5).

(50) In ragione di tale riferimento alla « conversione », tale quantificazione del danno non si applica ove la conversione non possa operare e cioè nel pubblico impiego: così Trib. Trapani 15 febbraio 2013.

dice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità omnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità. Per un verso, dunque, si delinea un congegno sì invalidante — nullità parziale e conseguente conversione — ma ancorato a rigidi termini di decadenza, che una parte della dottrina lavoristica ritiene incompatibili con l'ordinamento costituzionale e comunitario (51); al contempo, si prevede una "omnicomprensiva" forfettizzazione del danno che ha indotto la Suprema Corte a dubitare della legittimità costituzionale per contrasto con i principi di effettività e ragionevolezza del rimedio giurisdizionale (52).

Una parte della giurisprudenza di merito ha invece ritenuto che la novella non si ponga in contrasto né con l'ordinamento nazionale, né con quello comunitario: sotto quest'ultimo profilo, si osserva che la disposizione normativa prevede una sorta di penale legale che agevola il lavoratore, in passato tenuto a provare il danno, e dunque può ritenersi proporzionata, effettiva e dissuasiva (53). In altri casi, l'esclusione di ogni profilo di incompatibilità con l'ordinamento costituzionale e comunitario si è invece accompagnata ad una lettura della indennità in termini di sanzione *aggiuntiva* e non alternativa rispetto a quella risarcitoria (54).

La questione di legittimità costituzionale è stata però rigettata dalla Corte costituzionale, anche in ragione del fatto che il risarcimento si accompagna e si aggiunge al rimedio della nullità parziale e della conseguente conversione (55). Per altro verso, il legislatore è intervenuto per chiarire che

(51) S. Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella L. 183 del 2010*, Riv it. dir. lav., 2011, 249.

(52) Cass. ord. 28-1-2011 n. 2112, Foro it., 2011, I, c. 1742, con nota di A.M. Perrino, *Contratto a termine e nullità di protezione del datore*.

(53) Trib. Taranto 30-3-2011, Foro it., 2011, I, 1753; Trib. Roma 28-12-2010, Foro it., 2011, I, 1759.

(54) Trib. Busto Arsizio 29-11-2010, Foro it., 2011, I, 1744, nonché Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato cit.*, 247.

(55) Corte cost. 11-11-2011 n. 303, Giust. civ., 2011, I, 2768. E vedi anche la recente Corte eur. giust. 12/12/2013 C-36 che sembra escludere un contrasto di tale misura con il diritto europeo.

l'indennità è *sostitutiva* del risarcimento, non è cioè da intendersi come sanzione aggiuntiva rispetto a quella risarcitoria (56).

In ogni caso, come ha precisato di recente una giurisprudenza di merito (57), l'indennità sostitutiva del risarcimento è prevista solo per il settore privato, in cui opera la conversione, mentre nel settore pubblico il giudice quantifica il danno tendendo a porre il lavoratore nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se la p.a. lo avesse assunto a tempo indeterminato: in tal modo, in assenza della conversione, preclusa nel settore pubblico, il lavoratore ottiene comunque una soddisfazione piena del proprio interesse.

4. La tensione del diritto privato europeo verso la tutela satisfattiva è emblematicamente rappresentata dall'istituto di matrice giurisprudenziale della responsabilità dello Stato per la violazione del diritto comunitario o europeo.

Come è noto, l'unità del mercato europeo è assicurato dalle quattro libertà di circolazione, delle merci e delle persone, dei servizi e dei capitali: e queste libertà di circolazione assicurano lo *scopo* fondamentale e l'esistenza stessa dell'Unione europea, come potere pubblico posto a salvaguardia di un mercato comune. Come si è notato, le libertà di circo-

(56) Art. 1, co. 13 l. 92/2012, c.d. « legge Fornero »: « La disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010 n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro ». In questo senso già P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "Collegato lavoro" alla legge Finanziaria*, Riv. it. dir. lav., 2010, 480.

L'intervento della Corte costituzionale e del legislatore rendono anche non accoglibile l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale secondo cui la sanzione sarebbe stata addirittura sostitutiva sia della conversione che del risarcimento: in questo senso Trib. Milano 9-2-2011, Lav. giur., 2011, 929, e, in dottrina, E. Cassaneti - S. Spataro, *L'indennità risarcitoria in caso di nullità del termine: prime applicazioni giurisprudenziali*, Lav. giur., 2011, 929.

(57) Trib. Trapani 15-2-2013.

lazione sono strumentali all'unità del mercato, le norme sulla concorrenza sono, a loro volta, strumentali alle quattro libertà di circolazione (58).

Peraltro, il legislatore europeo fissa regole comuni per tutti gli attori del mercato, prescindendo dalla loro veste formale (pubblica o privata) (59). Il diritto comunitario riconosce dunque al soggetto pubblico il ruolo di protagonista del mercato, al pari del soggetto privato, con il quale quindi concorre, al contempo il modello concorrenziale si pone in alternativa per il soggetto pubblico a quello caratterizzato da programmi e controlli pubblici, con conseguente affievolimento della distinzione tra pubblico e privato (60). E così, l'intervento comunitario, in generale volto a scongiurare momenti distorsivi della concorrenza, qui è in particolare teso ad evitare il pericolo che il soggetto pubblico si muova secondo logiche di protezione di imprese nazionali o, comunque, non concorrenziali nella scelta del contraente privato (61).

In tale contesto, può affermarsi che il diritto privato europeo conosce una tutela che è attuazione del diritto o dell'interesse così come individuati non già, o meglio non necessariamente, dall'ordinamento nazionale, bensì da un diritto comunitario, o meglio europeo, in senso stretto, afferente ad un ordinamento che è altro rispetto al complesso di norme riconducibili ai singoli ordinamenti nazionali, ancorché integrato con questi ultimi (62).

(58) S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale* (Roma-Bari), 2003, 45.

(59) V. Ricciuto e A. Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Tratt. dir. civ. cons. naz. not., diretto da P. Perlingieri, IV (Napoli 2009), 13.

(60) Ricciuto e Nervi, *Il contratto della pubblica amministrazione* cit., 14, nonché la bibliografia richiamata alla nota 46. Come si è detto, la normativa comunitaria in materia è confluita nel decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, ovvero nel « Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ».

(61) R. Caranta, *I Contratti pubblici*, Sistema del diritto amministrativo italiano, dir. da F. Scoca - F.A. Roversi Monaco - G. Morbidelli (Torino 2004), 415; E. Casetta, *Pubblica amministrazione*, Dig. Disc. Pubbl. (Torino 1997), 271.

(62) G. Greco, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, Tratt. dir. ammin. eur., a cura di M.P. Chiti e G. Greco (Milano 2007), 827;

La vicenda della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è in questo senso emblematica: il principio sancito dalla giurisprudenza comunitaria realizza infatti la soddisfazione per equivalente di un interesse che la norma nazionale, per definizione, ignora e che invece è individuato e considerato apprezzabile dalla norma comunitaria. Il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli per mancata o insufficiente trasposizione di una direttiva comunitaria (indirizzata agli Stati membri) implica, allora, una pretesa risarcitoria che, in luogo della violazione di una situazione di vantaggio previamente individuata dal diritto nazionale (es. diritto di credito ad una remunerazione, diritto di credito risarcitorio), presuppone proprio la mancata individuazione normativa, al livello nazionale, di un interesse privato considerato (invece) giuridicamente apprezzabile da una norma comunitaria.

In questo senso, la tutela risarcitoria in questione si carica di un'inevitabile connotazione *satisfattiva*, almeno nel senso che qui il risarcimento non compensa un danno arrecato ad un diritto, ma è l'equivalente economico del diritto stesso, in quanto diritto negato (63).

vedi anche la ricostruzione più articolata di L. Mengoni, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1997, 528. Una radicale critica alla tesi dualista anche in P. Perlingeri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale* (Napoli 2006), 200.

(63) La misura del risarcimento del danno ha tradizionalmente una funzione c.d. secondaria: il risarcimento del danno si pone cioè come rimedio finalizzato ad offrire tutela ad interessi già giuridicizzati, in quanto previamente qualificati come meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Il risarcimento ha funzione primaria, invece, quando è lo stesso giudice ad attribuire rilevanza giuridica ad interessi ritenuti meritevoli di tutela, ma privi di una consacrazione positiva.

È persino banale osservare che un risarcimento con funzione primaria esprime, ancora una volta, la proiezione rimediale delle tutele in diritto europeo: il risarcimento di un danno rispetto ad un interesse leso non previamente giuridicizzato da una norma interna è in sostanza un rimedio che si pone a ridosso di un mero bisogno sostanziale di tutela, non già, appunto, di un diritto formalizzato o, comunque, di un interesse giuridicamente rilevante (ancorché la giuridica rilevanza possa poi comunque ricavarsi dalla considerazione che l'interesse riceve da parte della norma

Ormai da più di un ventennio, a partire cioè dalla sentenza *Francovich* (1991), la giurisprudenza della Corte di giustizia non dubita che lo Stato debba rispondere dei danni provocati ai singoli per violazione del diritto comunitario, e segnatamente per inattuazione o ritardata attuazione di una direttiva comunitaria. Il principio coniato in *Francovich* viene puntualizzato nelle decisioni *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, in applicazione delle disposizioni del Trattato che impongono allo Stato di adottare tutti i provvedimenti necessari per conseguire il risultato previsto dalla direttiva.

Ma proprio perché tali disposizioni comunitarie impongono un obbligo gravante sullo Stato nei confronti dell'Unione europea e non già nei confronti dei singoli cittadini, la giurisprudenza interna e la dottrina (64) hanno ritenuto che questi ultimi potessero far valere la responsabilità dello Stato solo in via extracontrattuale, non sussistendo un obbligo preesistente che lega Stato e singolo.

Più di recente, la giurisprudenza italiana ha mutato radicalmente posizione asserendo che in ragione dell'autonomia che caratterizza il rapporto tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, nell'ambito del primo il comportamento dello Stato realizza già un illecito (ma non anche nell'ambito del secondo): « il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che

europea). Nella vicenda della responsabilità civile dello stato per violazione del diritto comunitario, il risarcimento svolge un ruolo primario, contribuendo all'emersione di un interesse del privato che a causa dell'illecito dello Stato è rimasto insoddisfatto. Insomma, qui il risarcimento non ha la tradizionale funzione (secondaria) compensativa rispetto ad un pregiudizio economico conseguente alla violazione di un diritto, per la banale considerazione che un diritto ancora non c'è. In sostanza, la Corte di Giustizia è garante dell'effettività della norma comunitaria e, in tale veste, concepisce un risarcimento che valga a compensare la non operatività del diritto soggettivo attribuito dalla norma comunitaria conseguente alla mancata o tardiva attuazione della direttiva.

(64) A. di Majo, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in questa *Rivista*, 1998, 745.

risultano evidenti nella stessa Costituzione » (65). In tal modo, si ricostruisce un rapporto sì autonomo tra i due ordinamenti, ma “forte” e non più debole, nel senso che la norma comunitaria che si assume violata riveste ora un ruolo non più meramente *indiretto* rispetto all’esigenza di riparare il pregiudizio subito dal singolo nell’ordinamento interno.

Come si è infatti criticamente rilevato, la giurisprudenza in sostanza afferma che « il rapporto tra Stato e beneficiario non consegue soltanto al sorgere del danno (come nel torto aquiliano) ma è già tale a far data dalla norma comunitaria, e si qualifica quale diritto e/o pretesa all’adempimento. Il modello è dunque più vicino a quello contrattuale o paracontrattuale, come modello che postula l’esistenza di un diritto all’adempimento di obbligazioni preesistenti » (66). Viene in tal modo « data continuità all’indirizzo della giurisprudenza (...) secondo cui i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell’obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica (...), in modo che sia idonea a porre riparo effettivo ed adeguato al pregiudizio subito dal singolo. La qualificazione in termini di obbligazione indennitaria, del resto, consente di assoggettare allo stesso regime giuridico sia il caso, come quello in esame, di attuazione tardiva di una direttiva senza alcuna previsione di riparazione del pregiudizio per l’inadempimento, sia quello dell’intervento legislativo specifico, preordinato alla disciplina dell’obbligazione risarcitoria (come avvenuto, ad esempio, con l’art. 7, co. 2 d.lgs. 80/1992, in tema tutela dei lavo-

(65) Cass. s.u. 17-4-2009 n. 9147, in questa *Rivista*, 2010, 311, con nota di L. Guffanti Pesenti, *Riflessioni in tema di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*.

(66) A. di Majo, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, *Corr. giur.*, 2009, 1351.

ratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro) » (67).

In effetti, talora il legislatore interno recependo in ritardo una direttiva comunitaria si era preoccupato di disciplinare altresì la tutela dei soggetti che avessero subito un pregiudizio proprio nelle more dell'attuazione della direttiva ed a causa del ritardo, prevedendo un obbligo di indennizzo. Tale obbligazione di indennizzo viene ora ritenuta sussistente anche nelle ipotesi in cui il legislatore interno non si spinga a prevedere un apposito meccanismo riparatorio per i soggetti che non hanno potuto esercitare un diritto o che comunque abbiano subito un pregiudizio economico a causa del ritardo nel recepimento della direttiva.

La teorica dell'obbligazione *ex lege* è stata di recente ribadita dalla giurisprudenza. In particolare, si è precisato che l'obbligazione indennitaria (o risarcitoria) nasce *ex art.* 1173 c.c. in ragione della circostanza che l'inadempimento dello Stato ai propri obblighi comunitari costituisce, nell'ordinamento interno, un *fatto* idoneo a produrre un'obbligazione, quella (risarcitoria o) indennitaria appunto (68). In sostanza, la responsabilità contrattuale sorge non già in ragione di un inadempimento dell'obbligo di attuare la direttiva, bensì dell'obbligo che nasce dall'affidamento che il cittadino europeo ripone sull'attuazione della direttiva da parte dello Stato. La differenza tra le due ipotesi è rilevante: la norma del Trattato non grava lo Stato di un obbligo di adempimento a favore del cittadino. E però l'interesse di quest'ultimo all'adempimento da parte dello Stato all'obbligo comunitario di attuazione della Direttiva non può dirsi meramente fattuale: il cit-

(67) Cass. s.u. 17-4-2009 n. 9147 cit., 311. Per una critica alla nozione di obbligazione *ex lege* di natura indennitaria v. Guffanti Pesenti, *Riflessioni in tema di tardiva trasposizione di direttive comunitarie* cit., 311 s.

(68) Cass. 17-5-2011 n. 10813, in questa *Rivista*, 2012, 656, con breve nota di L. Guffanti Pesenti, e *Corr. giur.*, 2011, 1428, con nota critica di A. di Majo, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*; Trib. Roma 15-3-2011, *La resp. civ.*, 2012, 590, con nota di G. La Malfa Ribolla, *Ritardata attuazione delle direttive comunitarie e adeguata remunerazione dei medici specializzandi: tra prescrizione del diritto ed effettività della tutela*.

tadino nutre infatti un'aspettativa giuridicamente tutelata (69).

In realtà, la riconduzione della responsabilità per violazione del diritto comunitario all'ambito della responsabilità contrattuale suscita talune perplessità (70). In primo luogo,

(69) La posizione da ultimo assunta dalla Suprema Corte evoca in questo senso quella diffusa giurisprudenza che, argomentando dal « contatto sociale » che si realizza tra privato e pubblica amministrazione, ricostruisce la responsabilità civile di quest'ultima in termini contrattuali: da ultimo cfr. TAR Veneto 19-1-2009 n. 87. Tale orientamento si fa risalire a Cons. Stato 6-8-2001 n. 4239, Danno e resp., 2002, 183, con nota di V. Carbone, *Il giudice amministrativo adotta la responsabilità da contatto procedimentale*. In realtà, l'autorevole commentatore non sembra avvedersi della circostanza che la decisione del Consiglio di stato si limita ad elencare le varie tendenze ricostruttive (e tra esse la qualificazione in termini di responsabilità contrattuale da « contatto sociale »), rimanendo tuttavia dell'idea che la responsabilità civile della p.a. debba qualificarsi in termini aquiliani, almeno che non vi sia un impegno specifico assunto dalla p.a. e violato dalla stessa (nel caso di specie, ad esempio, l'annullamento dell'illegittimo diniego di concessione edilizia veniva argomentato in ragione della violazione di una convenzione urbanistica che aveva preceduto l'atto stesso). In argomento cfr. Guffanti Pesenti, *Riflessioni in tema di tardiva trasposizione di direttive comunitarie* cit., 311 s. Sulla responsabilità della p.a. come « responsabilità contrattuale in senso debole » S. Mazzamuto, *Rimedi specifici e responsabilità* (Perugia 2011), 622. Come è stato rilevato da una dottrina — che non condivide la teorica della responsabilità da contatto —, non è forse un caso che la più recente giurisprudenza amministrativa non sembri più convinta della riconduzione della responsabilità della p.a. all'area della responsabilità contrattuale: M. Barcellona, *La responsabilità extracontrattuale* (Torino 2011), 33, 212. Esclude la natura contrattuale della responsabilità della p.a. E. Navarretta, *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, IV, t. III (Milano 2009), 242 e, nella dottrina amministrativistica, Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo* cit., 241. Sul tema cfr. diffusamente M.C. Cavallaro, *Potere amministrativo e responsabilità civile* (Torino 2004).

(70) Cfr. Trib. Torino 3-5-2010, Resp. Civ. prev, 2011, 918, con nota di M. Winkler, *Obbligo risarcitorio dello Stato per mancato o inesatto recepimento di direttiva europea*, il quale in astratto non condivide la ricostruzione in termini contrattuali della fattispecie in esame, né le conclusioni cui in concreto perviene il tribunale piemontese. Quest'ultimo infatti condanna lo Stato italiano per inadempimento della Direttiva 2004/807/CE, relativa all'indennizzo delle vittime di reato. Nel caso di specie la vittima di un reato non aveva potuto ottenere alcun risarcimento.

tale vicenda non sembra (sempre) assimilabile a quella della responsabilità della p.a., per la banale considerazione che solo in quest'ultimo caso sussiste una *relazione* tra Stato e privato (71) che può dirsi sorgere nel momento in cui il pro-

(71) Cfr. di recente Castronovo, *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2013, 637, il quale ribadisce l'idea, già formulata venticinque anni prima, secondo cui la natura contrattuale della responsabilità della p.a. nasce dalla violazione di un'obbligazione senza prestazione: e cioè dalla "violazione" (non già dall'inadempimento, che presuppone un obbligo di prestazione) di un tipo di obbligazione (di protezione reciproca tra i soggetti della relazione) nata dalla generalizzazione della *culpa in contrahendo* e, in questo caso, dall'affidamento che « trova fondamento non nel contatto con la p.a. ma nel contatto qualificato dallo *status* della p.a. » (p. 640).

In giurisprudenza vedi invece, per un riferimento proprio al "contatto sociale": Cass. 21-11-2011 n. 24438 e Cass. 20-12-2011 n. 27648, secondo cui questo "contatto sociale" non consente di inquadrare la responsabilità nella categoria della responsabilità extracontrattuale. Si tratterebbe piuttosto di responsabilità precontrattuale. Si badi, qui non ci si riferisce alla classica ipotesi di lesione dell'interesse legittimo (es. impresa illegittimamente pretermessa da una gara), ma alla lesione di un affidamento (dell'aggiudicatario che vede invalidare l'aggiudicazione sulla quale aveva fatto affidamento). Un riferimento al « contatto sociale » anche in Trib. Trapani 15-2-2013, rispetto al danno lamentato da un'insegnante precaria assunta ripetutamente con contratti a tempo determinato pur essendovi una vacanza in organico.

La tesi è condivisa anche dalla giurisprudenza amministrativa (oltre alla giurisprudenza citata alle note precedenti, cfr. ora Cons. Stato 15-7-2013 n. 3831), la quale tuttavia ritiene che la mancata promozione dell'azione di annullamento dell'atto illegittimo possa rilevare in sede di quantificazione del danno: l'art. 30, co. 3, c.p.a. prevede infatti che « (...) il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli *strumenti di tutela previsti* (...) ». Cfr. Cons. Stato Ad. Plen. 23-3-2011 n. 3. Tale affermazione è criticata da Castronovo, *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione* cit., 659, il quale osserva che « (...) la diligenza del danneggiato inizia lì dove cessa quella del danneggiante (...) » e contesta che in tal modo possa essersi ripristinata di fatto la c.d. pregiudizialità amministrativa, spettando piuttosto alla p.a. la revoca in autotutela del provvedimento illegittimo. La dottrina amministrativistica — a proposito dell'espressione, utilizzata nel c.p.a. « *strumenti di tutela previsti* » (art. 30, co. 3, c.p.a. — ha d'altro canto (opportunamente) ritenuto che, al più, si può valutare la diligenza del cittadino nello stimolare un intervento in

cedimento amministrativo viene instaurato. D'altro canto, se si ritenesse sussistente un rapporto obbligatorio tra Stato e privato, dovrebbe conseguentemente ammettersi che la norma comunitaria è *de facto* direttamente applicabile anche al di là delle ipotesi sin qui riconosciute (72).

Non a caso anche chi (73) propende per la natura contrattuale della responsabilità dello Stato e ritiene che l'aspettativa del cittadino faccia sorgere un affidamento che innesci il precetto di buona fede e, dunque, un rapporto protettivo tra stato e cittadino, ipotizza la sussistenza di un'obbligazione senza prestazione non preceduta, tuttavia, da alcuna relazione qualificata.

Sembra dunque preferibile ritenere che la responsabilità per violazione del diritto comunitario, e segnatamente per inattuazione di una direttiva, debba essere ricondotta alla responsabilità extracontrattuale, in cui tuttavia il risarcimento è sostanzialmente l'equivalente monetario non già di un danno arrecato al diritto, ma del diritto stesso. Si è replicato che la tesi della natura extracontrattuale della responsabilità non potrebbe accogliersi in ragione dell'assenza del requisito dell'ingiustizia del danno richiesto dall'art. 2043

autotutela della p.a., non certo nell'impugnare l'atto ritenuto illegittimo: E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia (Milano 2013), 916.

(72) Come opportunamente rileva di Majo, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente* cit., 1428. Per una ricostruzione del percorso giurisprudenziale che ha sancito la diretta applicabilità delle direttive comunitarie c.d. verticali cfr. G. Benacchio, *Diritto privato dell'Unione europea*⁵ (Padova 2010), 112 e 134. La non applicabilità della norma comunitaria non esclude invece che la stessa renda comunque giuridicamente rilevante l'interesse sotteso al diritto negato. Se poi il *quantum* del risarcimento aquiliano equivale al valore del bene della vita di cui si è privati, del diritto negato dall'ordinamento interno, allora la tutela risarcitoria si carica inevitabilmente di un'inedita funzione satisfattiva, poiché il risarcimento non è correlato al danno ma direttamente al diritto negato.

(73) F. Piraino, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno*, in questa *Rivista*, 2012, 760.

c.c. (74). Tuttavia, se l'integrazione tra ordinamento europeo ed ordinamento interno è tale da legittimare una ricostruzione che attribuisce all'obbligo dello Stato di attuare la direttiva una valenza anche privatistica, non si vede perché l'aspettativa e l'affidamento del cittadino rispetto all'attuazione della direttiva non *self-executing* non possa considerarsi alla stregua di un interesse giuridicamente rilevante, la cui lesione reca con sé l'ingiustizia del danno (75).

Come anticipato, la prospettiva contrattuale tradisce un indebito accostamento tra la vicenda qui analizzata, quella della responsabilità civile dello stato per violazione del diritto comunitario, e l'ipotesi della responsabilità civile della p.a. e trascura che la *ratio* sottesa alla prima fattispecie è, per così dire, meramente pragmatica, risolvendosi in un'esigenza di effettività della norma comunitaria (76), mentre la

(74) Piraino, *L'inadempimento dello Stato all'obbligo di attuazione delle direttive europee e il problema del risarcimento del danno* cit., 760.

(75) Come si è osservato, tendenzialmente il danno non può essere risarcito integralmente. L'illecito qui consiste infatti nel mancato o cattivo esercizio di un potere ed è dunque con l'esercizio del potere e cioè dalla corretta attuazione della direttiva che il privato potrà attingere al bene della vita atteso. Andrebbe dunque risarcito integralmente il danno temporaneamente subito, in altre parole il danno da ritardo. Ovviamente, ove il potere non possa essere più esercitato il *quantum* del risarcimento non potrà che essere equivalente al danno integrale (è il caso della remunerazione degli specializzandi, in cui il legislatore interviene in ritardo senza prevedere un ristoro per le posizioni pregresse). Cfr. il ragionamento di Barcellona, *La responsabilità extracontrattuale* cit., 216, rispetto all'attività vincolata della p.a.: « quel che al privato è stato tolto in forza del provvedimento adottato dalla p.a. gli può, e deve, essere restituito in virtù del suo annullamento così come quel che gli è stato negato gli può, e deve, essere fatto conseguire attraverso l'annullamento dell'atto che gli ha impedito di conseguirlo ». Ed in effetti la giurisprudenza amministrativa non consente un giudizio prognostico in merito alla fondatezza della pretesa sottesa all'interesse pretensivo quando l'attività amministrativa è discrezionale: in tal caso, infatti, il riconoscimento della spettanza del bene della vita consegue all'esercizio del potere in senso favorevole per il privato (es. concessione edilizia), sicché qui il danno può semmai essere da ritardo.

(76) Basti guardare alla giurisprudenza europea che, rispetto a questa vicenda, si è occupata del problema della decorrenza del termine prescrizione. In generale, i termini di prescrizione e decadenza sono stabiliti dai legislatori nazionali e sono compatibili con il principio di effettività

vicenda della responsabilità civile della p.a. è il corollario del definitivo declino del dogma dell'irresponsabilità del potere

comunitario in quanto non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto: Corte eur. giust. 19-5-2011 C-452/09, Foro it., 2011, IV, 281.

La Corte di Giustizia ha avuto in più occasioni l'opportunità di pronunciarsi sul tema della prescrizione dei diritti, in particolare con riferimento al *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario con le sentenze *Emmott* (Corte eur. giust. 25-7-1991 C-208/90, Foro it., 1993, IV, 324) e *Slagterier* (Corte eur. giust. Grande Sezione 14-3-2009 C-445/06). Nel caso *Emmott*, si è stabilito che « finché una direttiva non è stata *correttamente trasposta* nel diritto nazionale, i singoli non sono in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti. Tale situazione d'incertezza per i singoli sussiste anche dopo una sentenza con cui la Corte ha dichiarato che lo Stato membro di cui trattasi non ha soddisfatto gli obblighi che ad esso incombono ai sensi della direttiva, e anche se la Corte ha riconosciuto che l'una o l'altra delle disposizioni della direttiva è sufficientemente precisa ed incondizionata per essere fatta valere dinanzi ad un giudice nazionale. Solo la corretta trasposizione della direttiva porrà fine a tale stato d'incertezza e solo al momento di tale trasposizione si è creata la certezza giuridica necessaria per pretendere dai singoli che essi facciano valere i loro diritti. Ne deriva che, fino al momento dell'esatta trasposizione della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni di tale direttiva, e che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento ».

Di recente invece, in *Slagterier*, la Corte ha affermato che « il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia *antecedente alla corretta trasposizione* della direttiva in parola ».

La giurisprudenza comunitaria, se ben letta, mostra anche in questi casi di disinteressarsi della questione del *dies a quo* se non in punto di ragionevolezza dello stesso: se le singole decisioni sembrano dare indicazioni diverse — decorrenza dal giorno della corretta trasposizione o decorrenza dal giorno dell'attuazione della direttiva, ancorché non corretta —, in realtà, le stesse contengono un'unica preoccupazione ed un'unica identica indicazione, quella secondo cui, considerate le circostanze concrete del caso, i tempi e le modalità di intervento attuativo, la chiarezza dello stesso, al cittadino sia consentito di esercitare il diritto senza eccessive difficoltà. Così se nel caso *Emmott* i giudici di Lussemburgo si sono spinti

pubblico proprio dello stato assoluto. Ovviamente, non può escludersi che in taluni settori del diritto amministrativo (proprio in punto di responsabilità della pubblica amministrazione), talora riemerge un'esigenza di effettività di tutela: quest'ultima allora può celarsi anche dietro l'affermazione della responsabilità civile della p.a., quando ci si muove in un contesto normativo europeo, come accade ad esempio in materia di appalti pubblici (77).

In ogni caso, nella vicenda della responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario, la tutela risarcitoria assume inequivocabilmente una connotazione "satisfattiva", poiché la funzione del risarcimento qui non è secondaria, e cioè compensativa di un danno arrecato ad un diritto (che per definizione non è ancora sorto), ma è invece primaria: in punto di quantificazione, ciò si traduce in un risarcimento sganciato dalla misura effettiva del danno, e parame-trato invece al valore del diritto negato.

ad affermare una soluzione particolarmente favorevole per i destinatari dei diritti riconosciuti — decorrenza soltanto dal momento della corretta trasposizione della direttiva — ciò è accaduto perché in quel caso i tempi e le modalità di intervento del legislatore nazionale erano stati tali da impedire l'esercizio dei diritti riconosciuti: sicché la soluzione non può essere generalizzata, così come non può esserla quella espressa successivamente secondo cui il termine decorre dal momento della trasposizione, ancorché la stessa non possa ritenersi corretta (in questo senso cfr. Corte eur. giust. 19-5-2011 C-452/09).

(77) Corte eur. giust. 30-9-2010 C-314/09. Si è già detto, infatti, che la Corte di giustizia dell'Unione europea, nel caso *Stadt Graz/Strabag*, ha ritenuto che « la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione (...) ». In sostanza, a fronte di un'aggiudicazione illegittima e dell'impossibilità di un'aggiudicazione disposta con sentenza, il risarcimento per equivalente, conseguente alla violazione della normativa sugli appalti pubblici, deve prescindere dalla valutazione di un comportamento colposo da parte della p.a., poiché l'accertamento e la prova del requisito soggettivo potrebbero rendere eccessivamente difficoltosa la tutela del soggetto leso. Come osserva Castronovo, *La "civiltà" della pubblica amministrazione* cit., 651, ciò significherebbe, tuttavia, tradurre una regola di responsabilità in una regola di garanzia.

5. È noto che uno dei dogmi della dottrina liberista consiste nella circostanza che lo scambio produce ricchezza, quantomeno in termini di soddisfazione dei bisogni: ciascuno infatti si arricchisce perché consegue beni la cui utilità è per lui maggiore di quella dei beni che cede. Tendenzialmente, dunque, la validità del contratto, cioè dell'accordo di scambio, è insindacabile: in ragione dell'arricchimento che produce, un ordinamento liberista guarda con favore alla validità dello scambio e, conseguentemente, considera un'eccezione l'ipotesi dell'invalidità dello stesso. Così è ad esempio per la disciplina delle invalidità del codice borghese del 1942, che si colloca appunto nella prima fase del capitalismo, c.d. liberista. Ma poiché il diritto privato interno, ma in una certa misura anche il diritto privato europeo, ha conosciuto ed in parte assecondato dottrine economiche e politiche diverse nel tempo — dal liberismo puro sino a forme di dirigismo in senso tecnico —, la disciplina dell'invalidità degli attuali codici europei non può dirsi certamente omogenea, in termini di politica del diritto, ma è invece « composita » (78).

La massima soddisfazione dei bisogni presuppone ovviamente che gli attori dello scambio siano in grado di misurare i bisogni e di individuare i mezzi più idonei per soddisfarli, siano in altre parole in grado di effettuare una scelta *razionale* e dunque libera e consapevole: le tradizionali invalidità codicistiche si incaricavano appunto di sindacare la scelta dei contraenti (soltanto) ove vi fosse un *deficit* di volontà. Insomma, la dottrina economica asserisce che la scelta razionale che consente uno scambio in grado di accrescere il valore è in realtà condizionata da asimmetria d'informazione, propensione psicologica, suggestioni pubblicitarie, distanza, pratiche aggressive (79). E così l'autonomia dei privati ha conosciuto, nel passaggio ai vigenti codici e poi alla legislazione speciale — diritto del lavoro, agrario, disciplina delle locazioni — limitazioni prima ignote, tutte, o quasi

(78) A. Gentili, *Invaldità e regole dello scambio*, Le invalidità nel diritto privato, a cura di A. Bellavista e A. Plaia (Milano 2011), 79.

(79) Gentili, *Invaldità e regole dello scambio* cit., 79 s.

tutte, tese a ripristinare la razionalità della scelta dei contraenti (80).

Sicché, nell'attuale terza fase del capitalismo, c.d. neoliberista, la norma giusprivatistica imperativa non si limita a fissare le condizioni di ricevibilità dell'atto negoziale, come accadeva nel diritto del primo capitalismo "liberista" del codice borghese del 1942, ma impone ai privati una serie di obblighi, in questo modo chiamandoli a cooperare attivamente nella costruzione del mercato, a questo punto non più semplice presupposto ma *obiettivo* esplicito di politica del diritto. Come è stato efficacemente notato, la relazione legge-autonomia privata, strutturata prima su un modello « mimetico » — in cui la legge è *ausiliare* rispetto all'autonomia privata — e poi, nella seconda fase del capitalismo, quella

(80) Nel diritto del lavoro, diritto denso di congegni normativi paradigmatici del secondo capitalismo (c.d. del *welfare state*), si realizza una felice convergenza tra tutela della persona e tutela del mercato. Nel diritto del lavoro però la tensione verso la « socialità » è l'essenza mentre le ragioni del mercato sono un accidente (A. Plaia, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, Arg. dir. lav. 2008, 705). Al contrario, nel diritto civile la "socialità" rimane un accidente, mentre l'essenza è il mercato e l'individuo (v. invece Benacchio, *Diritto privato dell'Unione europea* cit., 273, il quale asserisce che in materia di tutela del consumatore acquisiscono sempre maggior peso istanze a carattere sociale). In taluni settori poi, non solo le modalità procedimentali, ma lo stesso contenuto del contratto si confronta con nuovi modelli di eterogolazione: in particolare con l'imponente fenomeno « conformativo » dell'autonomia dei privati imposto dalla regolazione delle autorità amministrative indipendenti, secondo macro-obiettivi e modalità d'intervento definiti a livello europeo [G. Gitti - P. Spada, *La regolazione del mercato come strategia, L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. Gitti (Bologna 2006), 16]. V'è da chiedersi tuttavia, ancora una volta, in che misura tale eteroregolazione possa accostarsi a quella del contratto di lavoro: sino a che punto cioè la compressione dell'autonomia privata, nell'uno e nell'altro caso, sia funzionale alle ragioni del mercato o invece a quelle del contraente debole. Non sembra infatti che il diritto civile abbia obiettivi altri rispetto a quello di garantire che il mercato reale sia il più possibile quello ideale: il diritto qui non sovrappone affatto una *ratio* politica ad una *ratio* mercantile (Gitti, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti, L'autonomia privata e le autorità indipendenti* cit., 106, il quale ritiene che « la normazione delle autorità indipendenti non solo è in grado di convivere con l'autonomia privata, ma ne riconferma e ne esalta la funzione »).

del *welfare state* (es. legge sull'equo canone), secondo un modello « correttivo », asseconda ora un modello di tipo « costruttivo/omeopatico », che contempla regole prescrittive di condotte (norme imperative) coerenti con l'obiettivo della *creazione* e conservazione dell'assetto concorrenziale del mercato (81).

Questa, in poche battute, la storia ed il senso della disciplina delle invalidità, e tale significato sembra ancora mantenere il nostro istituto anche nel diritto privato europeo — nel diritto cioè dell'odierno “terzo” capitalismo c.d. neoliberista —, ora rivolgendosi in particolare l'attenzione del legislatore al ripristino della razionalità perduta dai contraenti (questa volta) in ragione dei noti fenomeni distorsivi della concorrenza, a monte dell'offerta (concentrazioni, abuso di posizione dominante, intese restrittive) o a valle della domanda (clausole abusive, contratti a distanza, ecc.) (82).

Un ripristino della razionalità, si badi, non sempre confinato nell'ambito angusto della mera trasparenza, come accade nella disciplina consumeristica: le regole impositive di doveri di informazione assumono talora come obiettivo, specie nei servizi di investimento, credito ed assicurazione, non già la mera trasparenza contrattuale e la scelta informata, ma la creazione delle condizioni necessarie per una scelta (oltre che informata) *adeguata* alle esigenze del soggetto debole (83). Nei servizi finanziari il ripristino della razionalità non è sufficiente, non ponendosi qui un problema di scelta consapevole e di asimmetria informativa, ma di *deficit cogni-*

(81) Dunque, una relazione legge-autonomia privata non più ispirata ad un'idea di ausiliarità della prima rispetto alla seconda (com'è nell'impianto del codice del '42): la norma imperativa assume un ruolo dominante e prevalente sull'autonomia privata, questa volta però in funzione dell'obiettivo della creazione del mercato concorrenziale, e non più (come accadeva nel secondo capitalismo del *welfare state*) della creazione di uno stato sociale a tutela dei soggetti più deboli (es. locatari), e dunque di singoli ambiti in cui l'autonomia privata si pone in posizione subalterna rispetto alla legge (così L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo* (Napoli 2010), 29, 31, 36 e 44).

(82) Gentili, *Invalidità e regole dello scambio* cit., 79 s.

(83) R. Natoli, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione* (Milano 2012), 21.

tivo e dunque di asimmetria cognitiva: occorre che il soggetto sia guidato verso la scelta più *adeguata* alle sue esigenze, ai suoi scopi e la valutazione di coerenza tra l'esigenza del cliente ed il bene negoziato, non più dunque un mero dovere di informazione, è rimessa dall'ordinamento giuridico agli intermediari (84).

In sintesi, può dirsi che nel diritto privato europeo o, se si vuole, nel diritto civile del terzo capitalismo c.d. neolibertista, il ripristino della razionalità in presenza di un'asimmetria informativa — o l'esigenza di compensazione del deficit cognitivo del contraente debole — non necessariamente passa per la caducazione del contratto. Quando invece ciò accade, come si dirà più avanti, la nuova nullità si colloca non più sul piano degli effetti della fattispecie (illegale o illecita), bensì su quello rimediabile: la nullità non è più l'*effetto* riconnesso dall'ordinamento all'illegalità del contratto, cioè all'assenza di un elemento strutturale del contratto (accordo, causa, forma, oggetto), o all'illiceità del contratto, ovvero al contrasto dell'autonomia dei privati con valori fondamentali dell'ordinamento (norme imperative, buon costume, ordine pubblico). La nullità diviene *rimedio* nella disponibilità di un soggetto debole e, per tale ragione, si connota come *relativa e parziale*.

Il soggetto debole può dunque sollecitare l'espunzione della clausola nulla, beneficiando così *in modo pieno* delle utilità derivanti dal contratto: in questo senso, è agevole comprendere come il rimedio della nullità abbia carattere *satisfattivo*. La nullità, cioè, non è più mera caducazione (totale ed assoluta) dell'atto negoziale, ma strumento di controllo dell'esercizio dell'autonomia privata, così come, nel nuovo processo amministrativo, l'annullamento dell'atto amministrativo non è più soltanto caducazione dell'atto, ma strumento di controllo e conformazione dell'esercizio del potere pubblico.

La tensione imposta dal diritto privato europeo verso l'ottica rimediabile e l'effettività può apprezzarsi dunque anche

(84) Natoli, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione* cit., 52, 57, 132.

sul piano delle tecniche civilistiche di invalidazione dei contratti. Anche qui, come anticipato, c'è un allontanamento dall'*effetto* (della fattispecie) in rapporto ad una rinnovata attenzione rispetto alla soddisfazione dell'interesse: le tradizionali tecniche di invalidazione del contratto rivestono ora i panni del *rimedio* a protezione di interessi che l'ordine europeo intende preservare (es. tutela del mercato concorrenziale).

Così, la nullità è rimedio nelle mani dell'interessato (il quale è libero di farlo valere o meno, es. art. 36 cod. cons.) (85), con il possibile esito di recupero parziale del contratto (86), e non più invece *effetto* automatico riconnesso dall'ordinamento all'illegalità o all'illiceità della fattispecie contrattuale: ma soprattutto è rimedio che esibisce una forte connotazione "satisfattiva", perché volto al recupero di tutte le utilità ottenibili dal contratto mediante l'espunzione della clausola nulla.

Tale funzione *satisfattiva* si lega alla necessaria parzialità della nullità in questione e deve dunque escludersi quando la nullità implica la caducazione totale del contratto, come accade ad es. quando nei contratti bancari non venga osservata la forma scritta o comunque la forma prescritta (art. 117 TUB).

(85) Non condividono l'idea che la nullità europea possa considerarsi rimedio: P. Sirena - Y. Hadar, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, Riv. dir. civ., 2012, 365. In argomento vedi anche la riflessione più generale di P. Perlingieri, *Il « giusto rimedio » nel diritto civile*, Il giusto processo civile, 2011, 1.

(86) Il carattere "relativo" e "protettivo" della nullità di cui all'art. 36 cod. cons. non è unanimemente condivisa, in ragione dell'equivoca formula secondo cui la nullità « opera soltanto a vantaggio del consumatore »: si tratterebbe, in realtà, secondo una parte della dottrina, di una nullità assoluta: cfr. S. Pagliantini, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti* (Torino 2012), 15. In altri casi, invece, il legislatore delinea in modo inequivoco il carattere relativo della nullità, ad esempio in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: « I diritti attribuiti al consumatore dalla presente sezione sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione che abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dalle disposizioni della presente sezione. *La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice* » (art. 67-*octiesdecies*, co. 1, cod. cons.).

L'obiettivo del riequilibrio della disparità di forza contrattuale tra le parti carica, in altre parole, l'istituto della nullità di una inedita funzione di protezione, il che finisce inevitabilmente col piegare la sua disciplina alla natura degli interessi protetti: non più soltanto generali, ma anche particolari (87).

La prima conseguenza di ciò consiste nell'affidare prioritariamente al contraente debole la scelta in ordine all'invalidazione o meno del contratto (88). La seconda conseguenza si appunta sull'estensione degli effetti della nullità, non più volti, per regola generale, a colpire il contratto nella sua interezza, salva l'eccezione dell'invalidità di singole clausole o di singoli vincoli (artt. 1419 e 1420 c.c.), ma, tutt'al contrario, mirati specificatamente al segmento del contenuto del contratto imposto dalla parte più forte, senza con ciò travolgere l'intero accordo (art. 36, co. 1, cod. cons.).

Il carattere relativo e parziale rende la nullità mezzo di tutela altamente flessibile e ne accentua la finalità di protezione del contraente debole e la vocazione rimediale e *satisfattiva*, poiché il contraente che esperisce il rimedio in questione ottiene la piena soddisfazione dell'interesse materiale e comunque un incremento delle utilità potenzialmente ottenibili dal contratto comprensivo delle clausole inique ora espunte. Ma il passaggio dalla nullità-sanzione alla nullità-rimedio ha anche comportato talune forzature interpretative che occorre a questo punto segnalare: in primo luogo, quell'orientamento della giurisprudenza italiana, di merito (89) e

(87) V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in questa *Rivista*, 2001, 199 s.; Id., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo* (Milano 2011). Conseguentemente, anche l'integrazione del contratto acquisirebbe una nuova funzione conformativa, come suggerisce A. Federico, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, *Le invalidità nel diritto privato cit.*, 346.

(88) *Contra* Pagliantini, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti cit.*, 15.

(89) Trib. Genova, 18-4-2005, *Danno resp.*, 2005, 604; V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, *Contr. impr.*, 2005, 896 s.

di legittimità (90), che ha ritenuto di applicare la nullità c.d. virtuale, ossia per violazione di norme imperative *ex art.* 1418 c.c., alle ipotesi di contratti nella cui esecuzione una delle parti abbia violato regole di condotta attinenti non al piano dei requisiti strutturali della fattispecie, ma allo svolgimento del sinallagma contrattuale. La dottrina ha stigmatizzato la creazione pretoria dell'inedita e discutibile figura della « nullità da inadempimento », generata dall'improvvido ricorso alla categoria della nullità a fronte dell'inattuazione o dell'inesatta attuazione di obblighi di condotta deputati a governare la fase dell'esecuzione del contratto, i quali, una volta violati, dovrebbero, assai più correttamente, innescare i rimedi contro l'inadempimento: vale a dire, l'azione di adempimento, la risoluzione ed il risarcimento del danno (91).

L'erronea invocazione del carattere imperativo delle norme violate per giustificare l'applicazione della nullità c.d. virtuale a fattispecie in realtà di inadempimento è favorita dagli interventi comunitari che impongono obblighi di condotta (anche) in fase di esecuzione del rapporto (92), e talora

(90) Cass. 15-6-1999 n. 5917, Giust. civ., 2000, I, 135; G. Sicchiero, *L'inadempimento del contratto è causa di nullità del contratto?*, Contr. impr., 2000, 613 s.

(91) Cfr. Mazzamuto - Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., 123 s.; M. Barcellona, *Problemi delle invalidità: le nullità virtuali*, *Le invalidità nel diritto privato* cit., 75. L'equivoco nasce dall'invocazione del carattere imperativo delle norme contenenti gli obblighi di condotta in discorso, che ha indotto la giurisprudenza a mettere in campo lo strumento della nullità per violazione di norme imperative di cui all'artt. 1418 c.c., senza comprendere che la natura cogente della norma non costituisce di per sé indice sufficiente per l'applicazione del rimedio invalidante, dovendosi altresì verificare se l'imperatività della norma sia finalizzata ad imporre all'autonomia privata un determinato assetto della fattispecie contrattuale od a scongiurare uno squilibrio del contenuto normativo del contratto dovuto alla forza contrattuale preponderante di una delle parti.

(92) Cfr. G. D'amico, *Nullità virtuale — nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, *Le forme della nullità*, a cura di Stefano Pagliantini (Torino 2009), 8; Basti pensare, ad es., agli artt. 47, 52, 53, 64 e 65 cod. cons., in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e di contratti a distanza; agli artt. 70 s. cod. cons., in materia di contratti di acquisto della c.d. multiproprietà; agli artt. 3-6 d.lgs. 129/2004 sull'affilia-

prevedono espressamente la nullità relativa ovvero la nullità *tout court* per la violazione degli stessi (93).

Ma come hanno precisato le sezioni unite più di recente, il legislatore « può isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto » (94). Ed è appunto ciò che è accaduto

zione commerciale (c.d. *franchising*); agli artt. 131, 182, 183, 185 s. d.lgs. 209/2005, codice delle assicurazioni; agli artt. 3-11 d.lgs. 190/2005, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari (tali discipline nazionali recepiscono talune direttive ora abrogate dalla Direttiva 2011/43/UE del 25-10-2011).

(93) Cfr. Mazzamuto - Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo* cit., 123 s. Si pensi all'art. 30, co. 7, d.lgs. 58/1998 (TUF), che commina la nullità relativa del contratto di collocamento presso il pubblico di strumenti finanziari realizzato fuori sede che non indichi nei moduli o formulari la facoltà di recesso dell'investitore; l'art. 2 d.lgs. 122/2005, sulla tutela dell'acquirente di immobili da costruire, che commina la nullità relativa del contratto finalizzato al trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire, qualora il costruttore non adempia l'obbligazione di rilascio della fideiussione a garanzia degli acconti da questi ricevuti; l'art. 76 cod. cons., che commina la nullità del contratto di acquisto di multiproprietà che non contenga espressa menzione della fideiussione cui è obbligato il venditore a garanzia dell'esecuzione del contratto e dell'ultimazione dei lavori, ove il contratto abbia ad oggetto un immobile da costruire; l'art. 52, co. 3, cod. cons., che commina la nullità del contratto a distanza concluso mediante comunicazione telefonica, qualora il venditore non abbia adempiuto, all'inizio della conversazione, all'obbligo di dichiarare in modo inequivocabile l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata; l'art. 16, co. 4, d.lgs. 190/2005, sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari, che commina la nullità relativa del contratto nel caso in cui il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsi le somme da questi eventualmente pagate o, ancora, violi gli obblighi di informativa precontrattuale in modo tale da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto medesimo.

(94) Cass. sez. un. 19-12-2007 n. 26725, *Contratti*, 2008, 225. La previsione di una nullità testuale per l'ipotesi di violazione di una regola di condotta è dunque compatibile con l'idea che tale violazione implichi *normalmente* una risposta dell'ordinamento in termini meramente risarcitori. In letteratura cfr. almeno C. Scognamiglio, *Regole di validità e di comportamento. I principi ed i rimedi*, in questa *Rivista*, 2008, 613; Castrovino, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, *Le invalidità nel diritto privato* cit., 45; R. Natoli, *Sul dialogo tra diritto civile e diritto dei mer-*

nelle citate norme speciali che espressamente prevedono la nullità per la violazione di obblighi imposti dalla legge, ma attinenti alla condotta delle parti in sede di esecuzione del rapporto e, quindi, in definitiva riconducibili all'inadempimento.

6. Si è già constatato come il principio di effettività operi a più livelli e conosca una dimensione interna ed una sovranazionale. Di recente è stata ad esempio sollevata questione di legittimità costituzionale delle disposizioni del nuovo codice del processo amministrativo (art. 30 d.lgs. 104/2010) che prevedono un breve termine di decadenza per l'azione risarcitoria promossa avverso un provvedimento illegittimo della Pubblica Amministrazione (95). La nuova disciplina ritiene non più necessaria la caducazione dell'atto amministrativo ai fini del promovimento dell'azione di risarcimento del danno (c.d. pregiudizialità amministrativa), al contempo però l'azione risarcitoria è sottoposta ad un termine decadenziale. Questa circostanza, unita al fatto che la p.a. non è tenuta a risarcire il danno evitabile, ha spinto la dottrina amministrativistica a ritenere che « la pregiudizialità

cati finanziari in punto di validità e regole di responsabilità, ivi, 424; L. Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, Banca borsa tit. cred., 1997, I, 11; G. Vettori, *Il controllo del contratto da parte del giudice*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo e Mazzamuto, II (Milano 2007), 598; C. Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, Manuale di diritto privato europeo cit., 343; Pagliantini, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti cit.*, 114.

(95) TAR Sicilia 7-9-2011 n. 1628, Foro amm. - Tar, 2011, 2564. Ma v. CGUE 30-9-2010 C-314/09, in questa *Rivista*, 2011, 313 e Foro amm. - C.d.S., 2010, 1803, la quale ha confermato il proprio costante indirizzo per cui gli « Stati membri, pur essendo tenuti a prevedere mezzi di ricorso che consentano di ottenere l'annullamento di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice contraria alla normativa sugli appalti pubblici, sono legittimati, in vista dell'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 89/665, a prevedere per questo tipo di ricorsi termini ragionevoli da osservarsi a pena di decadenza, e ciò per evitare che i candidati e gli offerenti possano in qualsiasi momento allegare violazioni della normativa suddetta, obbligando così l'amministrazione aggiudicatrice a riprendere l'intera procedura al fine di rimediare a tali violazioni ».

lità amministrativa, superata nella forma, riemerge surrettiziamente nella sostanza»: da qui i forti dubbi di costituzionalità dell'art. 30 c.p.a. (96).

E per ragioni analoghe si è dubitato della compatibilità delle disposizioni normative in materia di mediazione civile (artt. 8 e 5, co. 6, d.lgs. 28/2010) — che prevedono che l'interruzione dei termini di prescrizione (e la sospensione di quelli di decadenza) deriva non dal deposito della domanda di mediazione (e quindi da un'attività riconducibile all'attore) ma dalla comunicazione della fissazione del primo incontro davanti al mediatore (fissazione che non dipende dall'istante, così come può non dipendere dall'istante, se non a lui delegata dall'organismo di mediazione, la comunicazione del primo incontro) — con l'art. 8, co. 1 della direttiva 2008/52/CE e con il considerando n. 24 della stessa. Secondo le previsioni europee, infatti, il procedimento di mediazione, a partire dalla sua instaurazione (con il deposito della domanda di mediazione), non deve comportare alcun pregiudizio con riferimento alla scadenza dei termini di decadenza e prescrizione (97).

Ed allora, proprio in merito al principio di effettività nel diritto privato europeo, si impone una duplice considerazione.

In primo luogo, la giurisprudenza costituzionale più recente sembra accogliere un'idea del rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario in termini di "integrazione", almeno dal momento in cui ha ritenuto, per la prima volta, di sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia (98), con ciò manifestando l'esigenza di ac-

(96) M. Clarich, *Le azioni*, Il nuovo codice del processo amministrativo, *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1127 e 1128.

(97) Trib. Palermo ord. 16-8-2011, Guida al dir., 2011, 43, 18. Come è noto, Corte cost. 272/2012 ha dichiarato parzialmente incostituzionale la disciplina della mediazione (art. 5, che ne prevede l'obbligatorietà), ma il d.l. 69/2013, convertito in l. 9-8-2013 n. 98, ha reintrodotta l'obbligatorietà della mediazione.

(98) Corte cost. 15-4-2008 n. 103, *Giur. cost.*, 2008, 1292, con nota di M. Cartabia, *La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia: atto primo*.

cogliere l'interpretazione che del diritto di derivazione comunitaria viene data dai giudici di Lussemburgo (99).

Ciò implica, ed è questa la seconda considerazione, che anche il principio di effettività non può essere letto in chiave meramente interna, ma deve essere considerato nella dimensione per così dire « integrata ». Con la conseguenza che effettività, anche in una prospettiva domestica, si ha nel momento in cui sussiste piena disponibilità del rimedio e tutelabilità dei diritti: non a caso, a fronte di un diritto che non è esercitabile, la giurisprudenza comunitaria ha elaborato quella sorta di “norma di chiusura” che è il risarcimento del danno (non già per violazione di un diritto ma) per mancata attribuzione di un diritto (responsabilità dello Stato per inattuazione di una direttiva): in tal modo non si è in realtà ammessa la risarcibilità di un nuovo diritto, ma si è semplicemente assecondata un'esigenza di « completezza » dell'ordinamento ed una lettura, proprio in tale chiave, del principio di effettività. *L'integrazione* tra ordinamento interno e comunitario segna dunque una mutazione del linguaggio dell'*effettività* nel diritto interno, ora coerente con quello operante a livello sovranazionale.

Emblematica in questo senso la codificazione del principio di effettività nel codice del processo amministrativo (art. 1): il giudice deve assicurare « una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo » (100).

Come si è rilevato, « la codificazione del principio porta a compimento e, allo stesso tempo, rende pienamente visibile, un percorso lungo il quale gli strumenti necessari ad assicurare una tutela piena ed effettiva sono stati forgiati, affinati ed ampliati dallo stesso giudice amministrativo, dalla giurisprudenza della Cassazione, dagli interventi del legisla-

(99) S. Bartole, *Pregiudiziale comunitaria e “integrazione” fra ordinamenti*, Le regioni, 2008, 898.

(100) L. Torchia, *I principi generali*, Il nuovo codice del processo amministrativo, Giorn. dir. amm., 2010, 1117.

tore e, *last but not least*, dall'influenza del diritto europeo » (101).

Insomma, rileva la dottrina amministrativistica, l'art. 1 del c.p.a. ribadisce la valenza costituzionale del principio di effettività ma, soprattutto, ancora il processo amministrativo al diritto europeo.

Il giudice amministrativo ha già utilizzato il principio di effettività come strumento di estensione della tutela rispetto a questioni per le quali lo stesso giudice non disponeva di una norma positiva specifica, e tale tendenza si è andata rafforzando via via che il diritto europeo ha stabilito « un nesso sempre più stretto fra la propria effettività e l'effettività della tutela giurisdizionale contro gli atti degli Stati e delle amministrazioni nazionali » (102).

Ad esempio, proprio in ragione del principio di effettività, desumibile oltre che dall'art. 24 cost. anche dagli artt. 6 e 13 della CEDU, si è ritenuto che il giudice amministrativo possa emettere una sentenza di condanna idonea a divenire titolo per l'esecuzione forzata (ai sensi degli artt. 389 e 474 c.p.c.) (103).

Insomma, la codificazione del principio di effettività nel codice del processo amministrativo « rafforza la centralità nel processo della pretesa sostanziale prospettata dal ricorrente »: il giudice amministrativo « deve accertare l'effettiva consistenza di questa pretesa e assicurare la soluzione più *satisfattiva* fra quelle in concreto disponibili » (104). Certo, la tutela demolitoria dell'atto illegittimo mantiene la sua centralità anche nel nuovo processo amministrativo: tuttavia, ha osservato la dottrina amministrativistica, non è ormai un azzardo affermare che il privato disponga di un sistema *atipico* di azioni, sicché ad esempio, alla tipica azione di annullamento può accompagnarsi una (tipica) azione risarcitoria, ma anche un'azione di accertamento e, soprattutto, un'azione generale di condanna, e dunque, per quanto con-

(101) Torchia, *I principi generali* cit., 1119.

(102) Torchia, *I principi generali* cit., 1119.

(103) Cons. Stato 2-3-2010 n. 1220.

(104) Torchia, *I principi generali* cit., 1119.

cerne gli interessi pretensivi, anche un'azione di esatto adempimento, ove l'attività amministrativa sia vincolata, ovvero si sia comunque esaurita la discrezionalità della pubblica amministrazione (105). Questa opinione dottrinale è stata nel tempo supportata dall'apertura della giurisprudenza amministrativa rispetto alla risarcibilità degli interessi pretensivi ed all'ammissibilità dell'azione di condanna all'adempimento (106), e ha poi trovato definitivo riscontro nella previsione esplicita, introdotta nel c.p.a., di un'azione di adempimento a tutela degli interessi pretensivi (107). Si conferma, in tal modo, quel mutamento del *linguaggio dell'effettività* frutto del dialogo sempre più intenso tra diritto interno e diritto europeo: l'atipicità delle azioni esercitabili dal privato avverso la pubblica amministrazione, riscontrabile nel nuovo codice del processo amministrativo, è infatti implicazione necessaria di un principio di effettività che deve essere inteso sempre più come "completezza del sistema dei rimedi" nella disponibilità del privato.

La tensione verso una tutela satisfattiva impressa dal principio di effettività (e dunque verso la soddisfazione dell'interesse sostanziale e la verifica della fondatezza nel merito della pretesa del privato), si è manifestata anche rispetto alla tutela *formalmente risarcitoria*.

Di recente, infatti, la giurisprudenza amministrativa si è spinta ad ammettere la risarcibilità dell'interesse legittimo pretensivo in relazione ad un'attività (originariamente) discrezionale (consistente nella concretizzazione dello *ius aedificandi*), nell'ipotesi dell'impossibilità di un nuovo eserci-

(105) Clarich, *Le azioni cit.*, 1123; Baccharini, "Scelta" delle azioni a valutazioni della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente cit., 1260. L'azione di adempimento è stata poi espressamente introdotta con una novella al c.p.a. (art. 34).

(106) Cons. Stato Ad. Plen. 23-3-2011 n. 3; e soprattutto TAR Lombardia 8-6-2011 n. 1428, *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1187.

(107) Cfr. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 913, il quale ritiene che la tipizzazione della « azione di condanna al rilascio di un provvedimento » non consente la proposizione della stessa al di fuori dei limiti tracciati dall'art. 34 c.p.a.: l'azione non è cioè autonoma, né può essere esperita in relazione ad attività per la quale residuino margini di discrezionalità.

zio del potere amministrativo (108): si è così ritenuto possibile, innovando rispetto all'orientamento precedente, un giudizio prognostico in merito alla spettanza del bene della vita anche rispetto ad un'attività non vincolata.

Poiché a tale risultato si è pervenuti in ragione di una attività sì discrezionale, ma di fatto non più esercitabile (il diniego di concessione è illegittimo, ma il provvedimento ampliativo è ormai impedito dalla sopravvenienza di un nuovo piano regolatore), a questo punto il danno risarcibile coincide sostanzialmente con il valore del bene della vita e la tutela risarcitoria esibisce una *funzione satisfattiva*: la quantificazione del danno è infatti calibrata non già sulla lesione del bene della vita auspicato, quanto sul valore dello stesso bene negato.

Ad ulteriore conferma di quanto si qui asserito, può guardarsi al dialogo tra la giurisprudenza comunitaria ed amministrativa in tema di responsabilità civile della p.a. negli appalti pubblici. In questo caso, la Corte di giustizia dell'Unione europea in *Stadt Graz* contro *Strabag AG* si è spinta verso una responsabilità civile sostanzialmente oggettiva, inaugurando un orientamento ora accolto anche da una parte della nostra giurisprudenza amministrativa (109).

(108) Cons. Stato Ad. Plen. 3-12-2008 n. 13, *Giorn. Dir. amm.*, 2009, 147, ha infatti ritenuto risarcibile l'interesse pretensivo all'ottenimento di un permesso di costruire, la cui lesione sia stata (in ragione dell'impossibilità di una nuova riedizione del potere, a causa dell'introduzione di un nuovo piano regolatore) *irreversibilmente* cagionata dal duplice diniego illegittimamente opposto da un'amministrazione comunale. Nel senso invece che rispetto ad un'attività discrezionale, l'interesse pretensivo è risarcibile *solo* in seguito all'emissione del provvedimento (eventualmente anche in fase di ottemperanza) che riconosce la spettanza del bene della vita (e dunque *soltanto* per il ritardo): Cons. Stato Ad. Plen. 15-9-2005 n. 7, *Foro. it.*, III, 1.

(109) Da ultimo cfr. Cons. Stato 8-11-2012 n. 5686, ma vedi in senso contrario: Cons. Stato 25-7-2012 n. 4236; Cons. Stato 23-1-2012 n. 265, *Foro amm. - C.d.S.*, 2012, 1, 119. Secondo la Corte di Giustizia, il risarcimento per equivalente, conseguente alla violazione della normativa sugli appalti pubblici, deve prescindere dalla valutazione di un comportamento colposo da parte della p.a., poiché l'accertamento e la prova del requisito soggettivo potrebbero rendere eccessivamente difficoltosa la tutela del soggetto leso.

In definitiva, dunque, il Codice del processo amministrativo rivela una spiccata tensione verso l'effettività che si traduce emblematicamente nella previsione di strumenti idonei alla piena soddisfazione dell'interesse sostanziale, offrendo al privato un inedito controllo conformativo dell'esercizio del pubblico potere.

E tale spinta verso strumenti conformativi dell'azione amministrativa sembra replicare la vocazione alla conformazione dell'autonomia dei privati delle nuove nullità civilistiche coniate dal legislatore europeo (relative e parziali), ma anche il risarcimento "satisfattivo" del lavoratore a tempo determinato (alternativo ed "equivalente" alla conversione): su entrambi i fronti, infatti, si assiste ad una regressione della tutela demolitoria (annullamento dell'atto illegittimo o nullità meramente caducatoria del contratto), ora affiancata, o addirittura soppiantata, da una tutela pienamente satisfattiva dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio.

ABSTRACT

The Satisfying Invalidity of Private Autonomy Act and of Administrative Act

The present article analyzes the evolution of remedies beyond the traditional civil law's field, focusing on labour law, private law of public administration and other close fields. A remedy may be defined as the legal enforcement of an interest, which has not been voluntarily satisfied.

In labour law, when an employment's contract is null and void because provides an unlawful expiration term, it is automatically converted in a contract with no expiration term. This is a satisfactory remedy, since the employee obtains the highest satisfaction of his or her interest and economical benefits. Considering that governmental employments' contracts cannot be converted, according to European jurisprudence the employee must be awarded with damage calculated on the amount of salaries that he or she would have been entitled had the contract been converted. Therefore, also in this case the employee obtains the highest satisfaction of his or her interest.

In governmental law, according to Article 34 of the new Italian Administrative Proceeding Code, when the government adopts an unlawful act, the courts may condemn it to adopt the lawful one,

instead of just declaring its annulment. Hence, the courts have the power to directly satisfy the interest not voluntarily satisfied by the government, giving to it the instructions to be followed when adopting the lawful act.

Therefore, both in private and public law, the remedy is not just the annulment of the contract or act, but its modification (« conformation ») in order to satisfy the parties' interest, similarly to the « protection nullity » of the law of contracts, as European law indicated to assure competitive market's efficiency and protection.