

Dalla “presbiopia” comunitaria alla “miopia” costituzionale?

di Alessandro Pace

1. «La (corretta) presbiopia comunitaria della Corte costituzionale» è il titolo di una breve osservazione di Alfonso Celotto alla recente ord. n. 36 del 2009[1] con la quale la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della q.l.c. di una legge che, dando attuazione alla sent. della CGCE del 1° giugno 2006 - causa C-207/05, aveva disposto il recupero di aiuti di Stato dichiarati incompatibili con l'ordinamento comunitario. Come infatti sottolineato dalla Corte, nell'ordinanza annotata da Celotto, i soggetti beneficiari di un aiuto di Stato «non possono vantare, di regola, alcun legittimo affidamento sugli aiuti incompatibili con l'ordinamento comunitario», in quanto essi «hanno l'onere di diligenza di accertare il rispetto della procedura comunitaria prevista per la concessione dell'aiuto di Stato».

Per la verità, Celotto si è posto qualche dubbio sulla correttezza dell'impostazione della Corte, in conseguenza della quale l'affidamento generato nel soggetto privato dalle norme di legge che avevano previsto l'aiuto di Stato (poi dichiarato illegittimo) sarebbe recessivo di fronte al principio comunitario del non affidamento. Ma una volta che si riconosca, come appunto fa subito dopo lo stesso Celotto, l'assoluta legittimità dell'impostazione comunitaria circa «l'esigenza di recuperare per quanto possibile *ex tunc* gli aiuti di Stati illegittimi», non vedo come si possa ragionare diversamente in termini di affidamento, posto che tale conclusione è la conseguenza della *primauté* comunitaria fatta propria dal legislatore italiano in accordo con l'art. 11 Cost.

In altre parole: ci sono affidamenti e affidamenti, ma solo gli affidamenti legittimi (nella specie: quelli conformi ai principi dell'ordinamento comunitario in tema di aiuti di Stato) non possono essere violati dal successivo legislatore.

2. Nella decisione qui da me annotata la Corte dà invece l'impressione che non si avveda della *primauté* costituzionale: che le sfuggano i contorni dell'«immagine della Costituzione» e della sua forza normativa quale fonte immediata di diritti, doveri ed obblighi.

Questi i fatti del giudizio *a quo*.

In un procedimento civile nel quale un cittadino extracomunitario aveva chiesto ex art. 44 del d.lgs 25 luglio 1998, n. 286 l'accertamento dell'asserita discriminazione posta in essere, ai suoi danni, da parte di un'azienda di trasporti (A.T.C. s.p.a.) che aveva rifiutato di assumerlo adducendo, tra l'altro, la mancanza del requisito della cittadinanza italiana, il Tribunale di La Spezia prospettava la q.l.c. dell'art. 10 comma 1 dell'allegato A al r.d. 8 gennaio 1931 n. 148 con riferimento agli artt. 3 e 4 Cost., osservando che se «il ricorrente non può fondatamente pretendere l'assunzione in via giudiziale», non così è per le «due domande risarcitorie una per il ristoro dei danni non patrimoniali ex art. 44 comma 7 t.u. immigrazione ed una subordinata, per perdita di *chances*»[2]. A parere del Tribunale, pur essendo infondata la domanda principale, le domande risarcitorie avrebbero infatti potuto essere accolte, sempreché tale disposizione venisse dichiarata incostituzionale.

La Corte, nella decisione che si annota, non contesta la rilevanza della q.l.c., ma ne dichiara la manifesta inammissibilità sulla base di tre affermazioni, la prima ambigua e le altre due discutibili:

- la prima: «la condanna non potrebbe comunque essere pronunciata, perché una sentenza di questa Corte non può avere l'effetto di rendere antigiuridico un comportamento che tale non era nel momento in cui è stato posto in essere»;

- la seconda, «come già affermato da questa Corte, la condotta di un soggetto può essere assunta a fonte di responsabilità civile solo se, nel momento in cui essa è stata posta in essere, sussisteva un preciso obbligo giuridico sancito da una norma conoscibile dall'agente, in quanto la colpa specifica, consistente nella inosservanza della norma che pone una regola di condotta, può rilevare nel giudizio *a quo* solo se la disposizione era vigente e conoscibile al tempo del fatto (sent. n. 202 del 1991)»;

- la terza, «coerentemente, il diritto vivente, espresso dalla costante giurisprudenza della Corte di cassazione, esclude che l'efficacia retroattiva delle sentenze di questa Corte valga a far ritenere illecito il comportamento tenuto, anteriormente alla sent. di incostituzionalità, conformemente alla norma successivamente dichiarata illegittima (*ex plurimis*, Cass., sez. lav., 13 novembre 2007, n. 23565)».

3. Il primo argomento posto a fondamento dell'inammissibilità è che una sentenza della Corte costituzionale «non può avere l'effetto di rendere antigiuridico un comportamento che tale non era nel momento in cui è stato posto in essere». Il problema posto all'attenzione della Corte dal Tribunale di La Spezia non era però se la Corte potesse *autonomamente* «rendere antigiuridico un comportamento che tale non era», il che è addirittura ovvio.

Ben diversamente, il giudice *a quo* assumeva l'antigiuridicità del comportamento dell'A.T.C. s.p.a. in quanto posto in difformità degli artt. 3 e 4 Cost. ancorché in conformità con un regio decreto del 1931, manifestamente discriminatorio, di cui chiedeva alla Corte la declaratoria d'incostituzionalità *ora per allora*, perché solo questa pronuncia - allo stato attuale della giurisprudenza (Cass. 13 novembre 2006, n. 24170) - avrebbe consentito al Tribunale di La Spezia di non applicare quel regio decreto e, quindi, di qualificare come antigiuridico il fatto posto in essere, in precedenza, dall'azienda di trasporti. Pertanto il giudice *a quo* non chiedeva alla Corte «di rendere antigiuridico un comportamento che tale non era nel momento in cui è stato posto in essere», ma di dichiarare che la legge, posta a fondamento di quel comportamento, essendo in contrasto con la Costituzione, non aveva più «efficacia non solo come norma dei fatti futuri, ma anche come criterio di valutazione dei fatti passati»[3].

Il che aveva appunto fatto la CGCE, con la sentenza ricordata *supra* al n. 1, allorché, avendo accertato l'illegittimità comunitaria, in quanto «aiuto di Stato», di una serie di esenzioni fiscali, aveva accertato *ora per allora* tanto l'illegittimità comunitaria dell'aiuto di Stato quanto la conseguente illiceità civilistica del comportamento di quanti avevano goduto dell'esenzione. Né la Corte costituzionale, con la citata ord. n. 36 del 2009, aveva avuto alcun dubbio a coonestare l'antigiuridicità comunitaria (e costituzionale) dell'aiuto di Stato.

Ma se la Corte costituzionale ha così ben ragionato con riferimento ad un comportamento che era divenuto *formalmente* antigiuridico solo dopo la sentenza della CGCE, è impensabile che la Consulta possa avere opinato il contrario con riferimento alla Costituzione di cui è organo di garanzia, dopo che, dal 1948 in poi, centinaia e centinaia di fatti pregressi apparentemente leciti sono stati *ora per allora* considerati illeciti dalle magistrature italiane di ogni ordine e grado.

Mi limito a ricordare solo alcune decisioni, peraltro assai note.

Tra le primissime, ricordo la famosissima sentenza della Corte d'appello dell'Aquila del 24 ottobre 1950[4], che dette vita alla storica giurisprudenza secondo la quale, il giudice, dichiarata la nullità ex art. 36 Cost. nella parte in cui prevede una retribuzione non proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque insufficiente ad assicurare al lavoratore e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa, determina egli stesso, ex art. 2099 comma 2 c.c., la retribuzione «adeguata» con riferimento a quanto convenuto in sede di contrattazione collettiva, ancorché il lavoratore non sia iscritto ad alcun sindacato. Ricordo poi la non meno famosa sent. n. 184 del 1986 della Corte costituzionale che, sulla base del collegamento tra gli artt. 32 Cost. e 2043 c.c., «introdusse» (per così dire!) nel nostro ordinamento l'illecito civile per violazione del diritto costituzionale alla salute con conseguente obbligo della riparazione del danno, in caso di violazione del diritto stesso[5], a cui fece seguito la sent. n. 372 del 1994 che ricondusse al combinato disposto dell'art. 32 Cost. e dell'art. 2059 il diritto al risarcimento del danno biologico e il fondamento dell'illecito civile[6]. E ricordo infine la giurisprudenza della Corte di cassazione che, «in virtù del principio della tutela minima risarcitoria spettante ai diritti costituzionali inviolabili», estende la tutela «ai casi di danno non patrimoniale prodotto dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione», e riconduce, ormai da tempo, la violazione del diritto alla riservatezza - da considerare illecito civile - ai «diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità» agli artt. 2 e 3 Cost.[7]

4. Che però, il giorno della decisione dell'ordinanza annotata, una qualche perplessità sull'efficacia diretta della Costituzione sui rapporti interprivati serpeggiasse al Palazzo della Consulta traspare dalla seconda delle tre affermazioni sopra trascritte.

Il secondo motivo di inammissibilità della q.l.c. sollevata dal Tribunale di La Spezia viene infatti individuato dalla Corte costituzionale in ciò, che la condotta di un soggetto potrebbe «essere assunta a fonte di responsabilità civile solo se, nel momento in cui essa è stata posta in essere, sussisteva un preciso obbligo giuridico sancito da una norma conoscibile dall'agente, in quanto la colpa specifica, consistente nella inosservanza della norma che pone una regola di condotta, può rilevare nel giudizio *a quo* solo se la disposizione era vigente e conoscibile al tempo del fatto».

In altre parole, secondo la Corte, l'incostituzionalità di una disposizione di legge che facoltizza un dato comportamento[8] (e cioè quello che il giudice *a quo* assumeva essere antigiuridico in conseguenza della incostituzionalità della legge facoltizzante)[9], in tanto potrebbe essere dichiarata tale, in quanto, all'epoca del comportamento contestato, sussistesse «un preciso obbligo giuridico sancito da una norma conoscibile dall'agente». E quindi, poiché la fattispecie in esame concerne la conoscibilità, da parte dei cittadini, del dovere costituzionale ex artt. 3 e 4 Cost. di trattare paritariamente i lavoratori italiani e quelli stranieri, così come esplicitato dall'art. 2 comma 3 del d.lgs. 25 luglio 1988, n. 286 - secondo il quale «La Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani» -, la Corte, così opinando, sembrerebbe dubitare che anche gli obblighi e i doveri discendenti dalla Costituzione, ancorché esplicitati dallo stesso legislatore, non costituiscano regole di condotta[10].

Il che, già di per sé, suscita non poche perplessità.

5. E' però la lettura della sent. n. 202 del 1991, richiamata dall'ordinanza annotata, che fa comprendere appieno l'abbaglio in cui è caduta la Corte. La quale, così facendo, ha confuso il problema dell'incostituzionalità di una legge con il problema della colpevolezza di chi applica una legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità.

La fattispecie sottoposta alla Corte in tale occasione concerneva l'asserita incostituzionalità, prospettata da un'associazione di difesa dei consumatori, dell'art. 1, lett. a), della legge 11 novembre 1975, n. 584, per contrasto con l'art. 32 Cost., nella parte in cui tale articolo prevedeva il divieto di fumare solo in taluni ambienti e non in altri.

La Corte respinse la questione per evidente irrilevanza, sottolineando giustamente, tra l'altro, che la dedotta lesione del diritto costituzionale alla salute provocato da «fumo passivo» avrebbe potuto «fondare da sola il richiesto risarcimento dei danni ex art. 2043 del codice civile» in quanto «l'art. 32 della Costituzione, in collegamento con l'art. 2043 del codice civile pone il divieto primario e generale di ledere la salute», come già statuito dalle sentenze nn. 184 del 1986 e 307 del 1990.

Tuttavia, la Corte fece anche un altro rilievo – peraltro non necessario nell'economia della decisione - con riferimento alla situazione di liceità che avrebbe contraddistinto il comportamento dei convenuti. In accoglimento dell'abile - ma fuorviante - rilievo di uno dei difensori[11], la Corte affermò che introducendo, con sentenza, un obbligo in precedenza insussistente (vale a dire: estendendo il divieto di fumo anche a luoghi non previsti dalla legge contestata), essa avrebbe reso «retroattivamente sanzionabile un comportamento considerato lecito dalla legge del tempo in cui (era) stato posto in essere». Il che non le era consentito. Infatti, aggiunse la Corte, «la condotta di un soggetto può essere assunta a fonte di responsabilità civile per il risarcimento dei danni solo se al momento in cui è stata posta in essere sussisteva un preciso obbligo giuridico sancito da una norma conoscibile dall'agente. La colpa specifica, consistente nella inosservanza della norma che pone la regola di condotta, può rilevare nel giudizio *a quo* solo se la disposizione fosse stata vigente e conoscibile al tempo del fatto».

Così facendo, la Corte finiva però per confondere, come appunto ha fatto anche l'ordinanza annotata, il problema dell'incostituzionalità di una legge (nella specie, non penale) con il problema della colpevolezza di chi applica una legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità: un problema che è logicamente successivo, e di cui, in caso di accoglimento della questione, il giudice civile dovrà farsi carico nel processo *a quo* utilizzando i consueti schemi civilistici per l'accertamento della responsabilità nella concreta fattispecie a lui sottoposta.

Del pari, secondo l'insegnamento della fondamentale sent. n. 148 del 1983, è il giudice penale che deve preoccuparsi di verificare le conseguenze sul processo *a quo* della declaratoria d'incostituzionalità della norma penale più favorevole, con il limite invalicabile, ribadito in quella stessa pronuncia, che «nessun soggetto, imputato di aver commesso un fatto del quale una norma penale abbia escluso l'antigiuridicità, potrebbe venire penalmente condannato per il solo effetto d'una sent. di questa Corte, che dichiarasse illegittima la norma stessa».

In tale sentenza la Corte costituzionale non mancò infatti di sottolineare che altro «è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; *altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile*»[12].

Tralascio la problematica delle norme penali più favorevoli perché né la fattispecie di cui alla sent. n. 202 del 1991, né la fattispecie dell'ord. n. 71 del 2009 concernevano problematiche penalistiche. Ma lo faccio con un'avvertenza. Poiché i principi costituzionali di legalità e d'irretroattività dei reati e delle pene non venivano in considerazione né nel caso della sent. n. 202 del 1991 né nel caso in commento, ciò che la Corte statui con la sent. n. 148 del 1983 avrebbe dovuto essere seguito *a fortiori* là dove quei principi costituzionali non sono coinvolti.

In conclusione, condizionare l'ammissibilità di una q.l.c. di una norma di legge (il cui annullamento implicherebbe la possibilità di qualificare *ex post* un fatto come illecito *non penale*) alla configurabilità di una *specifica colpa* (consistente nella inosservanza di una disposizione «vigente e conoscibile al tempo del fatto») implica, per la Corte, la impossibilità, una volta per tutte, di dichiarare l'incostituzionalità di norme civili o amministrative costitutive di poteri, diritti e facoltà.

6. Fermo restando che è al giudice del merito, e solo su di lui, che, a seguito di una dichiarazione d'incostituzionalità di una norma facoltizzante, incombe il dovere istituzionale di accertare la responsabilità nel caso concreto, deve comunque sottolinearsi come la concretizzazione di una siffatta responsabilità, mentre è certamente esclusa nei giudizi penali a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità di una norma più favorevole, come appunto chiarito nella sent. n. 148 del 1983[13], non è invece esclusa in materia civile, come sembra aver ritenuto la Corte nella decisione annotata e, già prima, il Tribunale di La Spezia nell'ordinanza di rinvio.

Non è infatti condivisibile l'opposta tesi, ancorché autorevolmente sostenuta, secondo la quale in via assoluta non è «configurabile una responsabilità a carico di chi si sia conformato alla legge, pur se questa venga in un momento successivo riconosciuta costituzionalmente illegittima»[14]. Tale tesi finisce infatti per privilegiare l'obbligo di osservare la legge ordinaria rispetto all'obbligo di osservare la Costituzione, con una surrettizia, ma chiaramente percepibile, inversione dell'ordine gerarchico delle fonti.

Il che tuttavia non significa, all'incontrario, che la risarcibilità dei danni provocati in conformità di una legge non penale (poi dichiarata) incostituzionale sia addirittura automatica. Tale automatismo è infatti da escludere quanto meno con riferimento agli illeciti extracontrattuali, come nel caso di specie, dovendo la pronuncia del giudice del merito «passare» attraverso il previo accertamento dell'eventuale colpa del convenuto. La quale consegue (o viene esclusa) dalla maggiore (o minore) evidenza del contrasto della norma di legge con la Costituzione[15], che dipende, a sua volta, sia dall'enunciato costituzionale (che non sempre contiene regole) sia dalla formulazione delle disposizioni dichiarate incostituzionali la cui interpretazione potrebbe dar luogo a notevoli perplessità.

In altre parole l'incostituzionalità di una legge può essere diversamente percepibile sia oggettivamente sia soggettivamente. E quindi più l'incostituzionalità è oggettivamente e soggettivamente percepibile, più aumenta la possibilità per i privati di essere chiamati a rispondere per l'avvenuta applicazione della legge successivamente dichiarata incostituzionale.

E' poi del tutto ovvio che l'incostituzionalità fino a che non sia stata dichiarata è sempre un «fatto ipotetico»[16], ma ci sono ipotesi e ipotesi, e quindi, dal fatto che si tratti di ipotesi non è logico implicare che tutte siano egualmente di difficile o di impossibile realizzazione[17] e che non esistano casi-limite, come a me sembra quello deciso dalla Corte con l'ordinanza qui commentata.

Quanto infine alla responsabilità extracontrattuale dello Stato e degli enti pubblici è giusto prospettare una differenza. Mentre nei giudizi contro gli enti pubblici indipendenti è sostenibile che per la condanna al risarcimento, non diversamente dai privati, sia doverosa la ricorrenza della colpa (accertabile con riferimento alla persona del funzionario responsabile), invece nei giudizi contro lo Stato la disamina dei vizi di volontà del legislatore non ha senso, ogni discussione sulla presenza di colpa, psicologicamente intesa, dovendosi ritenere assorbita dall'acclarata illegittimità costituzionale della legge[18]. Il che vale anche per i giudizi nei confronti della pubblica

amministrazione statale, essendo speciosa una eventuale differenziazione della struttura organica dalla persona giuridica di riferimento[19].

7. Con la terza e ultima affermazione la Corte sostiene infine, in coerenza con la seconda affermazione, che «il diritto vivente, espresso dalla costante giurisprudenza della Corte di cassazione, esclude che l'efficacia retroattiva delle sentenze di questa Corte valga a far ritenere illecito il comportamento tenuto, anteriormente alla sentenza di incostituzionalità, conformemente alla norma successivamente dichiarata illegittima (*ex plurimis*, Cass., sez. lav., 13 novembre 2007, n. 23565)».

Mi chiedo: compete davvero alla Corte di cassazione, e non alla Corte costituzionale, di delimitare la forza normativa della Costituzione, negando aprioristicamente la illiceità del comportamento di chi applichi una legge (successivamente) dichiarata incostituzionale? Dobbiamo quindi ritenere, sulla falsariga di quel che scrisse Leopoldo Elia con riferimento alla sent. n. 49 del 1970 - con la quale si chiuse lo scontro tra Corte costituzionale e Corte di cassazione penale a proposito della c.d. retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento nel campo processualistico - che anche sul problema della qualificazione, come illecito civile, dei comportamenti in contrasto con la Costituzione la Corte costituzionale abbia «chiuso un occhio (e forse tutti e due)»?[20]

So benissimo che è il giudice ordinario a dover stabilire, alla luce delle norme civili, quando un danno sia risarcibile e quando no. Ma nella specie il problema di fondo atteneva alla forza normativa della Costituzione. E' per questa sola ragione che il rinvio puro e semplice alla giurisprudenza della Cassazione non può essere condiviso.

Lascio comunque in sospeso la domanda analoga a quella posta a suo tempo da Leopoldo Elia e passo alla disamina della sentenza n. 23565 del 2007 richiamata sul punto dall'ordinanza annotata.

In essa la S.C. afferma che gli effetti del licenziamento effettuato in forza di un potere attribuito al datore di lavoro da una disposizione di legge successivamente dichiarata incostituzionale (dalla sent. n. 60 del 1991) avrebbero dovuto essere apprezzati «secondo la disciplina civilistica dell'inadempimento», per cui «non compete il diritto al risarcimento del danno derivato dalla mancata percezione delle retribuzioni *medio tempore* maturate, sia che si riconduca il recesso datoriale all'inadempimento ex art. 1218 c.c., sia che lo si configuri come una fattispecie di *mora credendi*, atteso che per entrambi tali titoli di responsabilità difetta il presupposto dell'imputabilità, di modo che, se il diritto si riconoscesse, si farebbe luogo ad una responsabilità oggettiva».

Affermazione, questa, indiscutibilmente autorevole, confermata da altre decisioni, ma che non persuade. Infatti, anche a non voler richiamare l'opposta tesi, sostenuta a suo tempo, da Livio Paladin, secondo la quale è a titolo di rischio e non di colpa, che si risponde per l'inadempimento di un obbligo contrattuale conseguente ad una pronuncia di incostituzionalità[21] - dal che consegue che, argomentando come ha argomentato, la S.C. ha trasferito sul creditore (e cioè sul lavoratore illegittimamente licenziato) un rischio che invece gravava sul debitore (il datore di lavoro che aveva esercitato un potere incostituzionalmente attribuitogli) -, non mi sembra che si sarebbe surrettiziamente creata un'ipotesi di responsabilità oggettiva qualora si fosse riconosciuto ai dipendenti illecitamente licenziati il diritto al riconoscimento del danno derivato dalla mancata percezione delle retribuzioni *medio tempore* maturate.

Proprio perché nessuna legge impone ai privati e alla p.a. di osservare le leggi incostituzionali[22], ma, tutt'al contrario, è la rigidità costituzionale, già di per sé sola, a imporre il rispetto della

Costituzione e delle sole leggi ad essa conformi[23] («altrimenti le costituzioni scritte costituirebbero degli assurdi tentativi, da parte del popolo, di limitare un potere illimitabile per sua natura»)[24], il datore di lavoro non era affatto *costretto*, nella specie, ad applicare la norma poi dichiarata incostituzionale. E la sua *consapevole scelta* in favore dell'applicazione della legge (poi dichiarata) incostituzionale, è avvenuta nonostante l'*evidente irrazionalità* della disposizione da lui applicata, come ha successivamente rilevato la Corte costituzionale nella sent. n. 60 del 1991[25] dei cui effetti si è poi occupata la S.C. nella sentenza testé citata.

L'applicazione della norma (poi dichiarata) incostituzionale configurava quindi un comportamento non conforme «ad obiettivi canonici sociali e professionali di condotta» e non improntato alla diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.)[26].

8. In conclusione, a me sembra che nella decisione annotata la Corte abbia errato tre volte: la prima, nel non affermare esplicitamente che la Costituzione costituisce la fonte diretta di diritti, doveri e obblighi; la seconda, nel confondere il problema dell'incostituzionalità di una legge con quello della colpevolezza di chi applica una legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità; la terza, nel demandare alla Corte di cassazione la determinazione dei limiti all'efficacia retroattiva delle sentenze d'accoglimento quanto alla qualificazione *ora per allora* di un fatto come illecito.

Di questi tre errori, quello maggiormente pregiudizievole nel giudizio *a quo* è stato il secondo.

Se infatti la Corte, seguendo l'insegnamento della sent. n. 148 del 1983, avesse ritenuto ammissibile la q.l.c. sollevata dal Tribunale di La Spezia, non credo che successivamente avrebbe incontrato rilevanti ostacoli alla pronuncia di accoglimento. M.R., come risulta dall'ordinanza di rinvio, era infatti «regolarmente soggiornante in Italia», e quindi a lui era senz'altro applicabile il già citato d. lgs. n. 286 del 1988 che impone alla Repubblica italiana di garantire «a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani». Ne derivava quindi la illegittimità dell'art. 10 comma 1 del cit. allegato A al r.d. n. 148 del 1931 alla luce degli artt. 3 e 4 Cost. evocati dal giudice *a quo*, anche in considerazione della violazione della convenzione OIL n. 143 del 24 giugno 1975, richiamata dal d. lgs. n. 286 del 1998, qualificabile come «norma interposta» ai sensi sia dell'art. 10 comma 2 Cost. (a cui pure aveva accennato il Tribunale di La Spezia nell'ordinanza di rinvio), sia dell'art. 117 comma 1 Cost.

All'esito della decisione della Corte sarebbe poi spettato al giudice *a quo* di accertare *ora per allora* se, nel comportarsi come si era comportata, l'A.T.C. s.p.a., in persona del suo responsabile, aveva posto in essere un illecito civile nella fase precontrattuale, nella quale, com'è noto, gli artt. 1337 e 1338 c.c. richiedono che le parti agiscano in buona fede, e non siano ingannate o favorite da una situazione apparente, non conforme a quella vera[27], come appunto la situazione delle leggi incostituzionali prima della loro declaratoria d'incostituzionalità.

[1] A. Celotto, *La (corretta) presbiopia comunitaria della Corte costituzionale*, in questa Rivista, *supra* 287 ss.

[2] Si veda l'ordinanza di rinvio del Tribunale di La Spezia sul ricorso proposta da Rajagui Mohamed contro A.T.C. s.p.a., del 29 maggio 2008, in G.U., serie speciale, n. 42 del 2008.

[3] Così **C. Esposito** ne *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi* (1950), ora in **Id.**, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 270

[4] In *Riv. giur. lav.*, 1951, II, 1 ss., con osservazione di **R. Nicolò**, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*.

[5] In questa *Rivista* 1986, parte I, 1443.

[6] In questa *Rivista* 1994, 3137 ss.

[7] Cass. Sez. un. civ. 11 novembre 2008, n.26972. Ma v. anche la n. 26793 in pari data.

[8] ... nella specie, il potere di rifiutare l'assunzione di R.M. in ragione della sua cittadinanza non italiana.

[9] ... nella specie, l'art. 10 comma 1 dell'allegato A al r.d. 8 gennaio 1931 n. 148.

[10] Al qual proposito non si possono non evidenziare gli effetti pregiudizievoli sulla «tenuta» della Costituzione che discendono dalle tesi dottrinali che, forzando la lettera degli enunciati costituzionali concernenti diritti, sostengono che essi prevederebbero principi e non regole.

[11] Si trattava del compianto amico e collega Carlo Mezzanotte.

[12] Corsivo mio. E' però opportuno ricordare gli ulteriori argomenti in favore della tesi, allora enunciata dalla Corte in tale storica sentenza (rel. Livio Paladin): «Né giova replicare che un tale inconveniente é imposto dalla logica del processo costituzionale, vale a dire dalla necessaria incidenza delle decisioni di questa Corte sugli esiti dei giudizi in cui siano stati promossi gli incidenti di costituzionalità. Indipendentemente dalla sorte degli imputati, é indubbio che nella prospettiva del giudice a quo, cioè del promotore degli incidenti in questione, anche le pronunce concernenti la legittimità delle norme penali di favore influiscano o possano influire sul conseguente esercizio della funzione giurisdizionale.

«In primo luogo, l'eventuale accoglimento delle impugnative di norme siffatte verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali: i quali dovrebbero imperniarsi, per effetto della pronuncia emessa dalla Corte, sul primo comma dell'art. 2 cod. pen. (sorretto dal secondo comma dell'art. 25 Cost.) e non sulla sola disposizione annullata dalla Corte stessa. E conviene aggiungere che la pronuncia della Corte non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sent. penale assolutoria, modificandone la *ratio decidendi*: poiché in tal caso ne risulterebbe alterato - come é stato esattamente notato in dottrina - il fondamento normativo della decisione, pur fermi restando i pratici effetti di essa.

«In secondo luogo, le norme penali di favore fanno anch'esse parte del sistema, al pari di qualunque altra norma costitutiva dell'ordinamento. Ma lo stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire all'annullamento di norme del genere, non é un quesito cui la Corte possa rispondere in astratto, salve le implicazioni ricavabili dal principio d'irretroattività dei reati e delle pene; sicché, per questa parte, va confermato che si tratta di un problema (ovvero di una somma di problemi) inerente all'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che i singoli giudici dovranno dunque affrontare caso per caso, nell'ambito delle rispettive competenze.

«In terzo luogo, la tesi che le questioni di legittimità costituzionale concernenti norme penali di favore non siano mai pregiudiziali ai fini del giudizio a quo, muove da una visione troppo

semplificante delle pronunce che questa Corte potrebbe adottare, una volta affrontato il merito di tali impugnative. La tesi stessa considera, cioè, la sola alternativa esistente fra una decisione di accoglimento, nei termini indicati dall'ordinanza di rimessione, ed una decisione di rigetto, pronunciata sulla base dell'interpretazione fatta propria dal giudice a quo. Ma questa Corte non é vincolata in assoluto dalle opzioni interpretative del giudice che promuove l'incidente di costituzionalità. In altre parole, non può escludersi a priori che il giudizio della Corte su una norma penale di favore si concluda con una sent. interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di rimessione: donde una serie di decisioni certamente suscettibili d'influire sugli esiti del giudizio penale pendente».

[13] Sul punto, anche per indicazioni, v. la mia *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 283 ss.

[14] **V. Crisafulli**, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol.II, V ed., Padova, 1984, 391. Accede a tale tesi, quanto alla possibilità di dover rispondere del danno provocato a terzi nell'applicazione della legge (poi) dichiarata incostituzionale **A. Cerri**, *Corso di giustizia amministrativa*, Milano, 2008, 256, il quale però riconosce l'ammissibilità di azioni ripristinatorie e restitutorie. Ritengono che non possa mai rispondere a titolo di illecito, per mancanza di colpevolezza, chi applichi una legge poi dichiarata incostituzionale **G. Guzzetta** e **F.S. Marini**, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, Torino, 2006, 526. Ma sul punto v. *infra* la nota 15.

[15] Questa tesi è stata da me sostenuta sin dalla nota *Espropri incostituzionali: restituzioni e responsabilità civile della pubblica amministrazione per l'applicazione di leggi illegittime*, in questa *Rivista*, 1962, 1240 ss.; e poi in *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale del diritto di agire nei rapporti pendenti*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento all'esperienze straniere*, Atti del seminario svolto presso il palazzo della Consulta il 23 e il 24 novembre 1988, Milano, 1989, 53 ss. e nella *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 283 ss. Nel medesimo senso **A. Pizzorusso**, Art. 136, in *Commentario della Costituzione* a cura di Gius. Branca, Bologna, 1981, 196, nonché **G. Zagrebelsky**, *La giustizia costituzionale*, II ed., Bologna, 1988, 181, allorché riconosce che «la disobbedienza è invece giuridicamente doverosa nei casi più gravi in cui i singoli si rappresentino con piena consapevolezza l'indiscutibile incostituzionalità della legge».

Tale tesi, nella successiva elaborazione, dà atto, sia pure in parte, del rilievo di Carlo Esposito, secondo il quale all'«efficacia» a cui allude l'art. 136 Cost. con riferimento alle leggi poi dichiarate incostituzionali bisogna pur dare un significato, che non è quello della loro obbligatorietà nei confronti dei privati e, a mio avviso, nemmeno quello dell'esecutorietà nei confronti della p.a. (come invece sostenuto da **C. Esposito** ne *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, cit., 270), ma quello della non disapplicabilità da parte delle autorità giurisdizionali (così **C. Esposito**, *Illegittimità e abrogazione*, in questa *Rivista*, 1958, 831, che così modificava in parte la precedente sua opinione nel saggio precedentemente citato, che si limitava ad affermare l'esecutorietà nei confronti della p.a.).

[16] In questo senso v. ancora **G. Zagrebelsky**, *La giurisdizione costituzionale*, in **G. Amato** e **A. Barbera** (cur.), *Manuale di diritto pubblico*, vol. II, V ed., Bologna, 1997, 495; **A. Celotto** e **F. Modugno**, *La giustizia costituzionale*, in **F. Modugno** (cur.), *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2008, 676).

[17] Lo riconosce lo stesso **G. Zagrebelsky**, *La giustizia costituzionale*, cit., 181, con riferimento ai casi limite (v. *supra* la nota 15).

[18] **R. Bifulco**, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, 126 ss.; **M. Cartabia**, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni* (A proposito della sent. “Francovich” della Corte di giustizia delle Comunità europee), in questa *Rivista*, 1982, 505 ss.; **A. Pace**, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 284 s. Sul punto v. anche **A. Pizzorusso**, *Art. 136*, cit., 197. Invece **G. Guzzetta** e **F.S. Marini**, *Diritto pubblico italiano ed europeo*, cit., 526, parlano ancora di irresponsabilità per l’adozione degli atti normativi, ancorchè l’art. 77 comma 1 Cost., la espliciti: sul punto v. **A. Pace**, *Decreti legge non convertiti e responsabilità giuridica dei ministri*, in *Studi in onore di A. Amorth*, vol. II, Milano, 1982, 415 ss.).

[19] In fondo anche a questa ovvia constatazione può ricondursi l’obbligo di disapplicazione delle leggi contrastanti con la normativa europea e il conseguente effetto diretto delle direttive *self executing* (che però ha una ricaduta più ampia di quella prospettata nel testo). V. per tutte il *leading case* della CGCE, sent. 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo s.p.a. c. Comune di Milano*, causa 103/88, in *Raccolta*, 1989, 1839.

[20] **L. Elia**, *La Corte ha chiuso un occhio (e forse tutti e due)*, in questa *Rivista*, 1970, 946 ss.

[21] **L. Paladin**, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili, per l’applicazione di leggi incostituzionali*, in questa *Rivista*, 1960, 1035 s., di cui ritengo opportuno riportare le articolate argomentazioni: «...la dimostrazione che qui difetta la colpa non fa che riproporre l’annoso problema se l’obbligo di risarcire il danno per inadempimento si fonda o meno sulla colpa stessa. L’esonero da ogni responsabilità di chi attui la legge incostituzionale si ottiene, infatti, solo riprendendo la tradizionale opinione che confonde in un unico concetto di illecito la responsabilità contrattuale e quella aquilana; che intende come sinonimo di non-colpa il caso fortuito; e che integra l’art. 1218 cod. civ., relativo ai limiti della responsabilità del debitore, a mezzo dell’art. 1176, dove s’impone al debitore stesso, nell’adempiere all’obbligazione, una diligenza che non eccede quella del buon padre di famiglia. Ma, inversamente, la responsabilità in questione si fa piena, qualora si accolga l’idea che il principio attualmente ispiratore delle norme sulla responsabilità contrattuale non sia la colpa ma il rischio e che, di conseguenza, il risarcimento dei danni sia dovuto per il semplice fatto del non adempiere o del tardare ad adempiere, salvo solamente il caso dell’impossibilità oggettiva e non colpevole della prestazione. Ed è quest’ultima, fra le due tesi, che appare preferibile, poiché saldamente fondata sui lavori preparatori, sulla lettera e sull’interpretazione sistematica dell’articolo 1218. Del resto, l’erroneità di uno degli assiomi dell’opposta concezione, ossia dell’asserita coincidenza fra «casus» e «non culpa», si mostra evidente proprio dal punto di vista del presente studio, poiché, certamente, l’inadempimento delle proprie obbligazioni, poggiante su una norma di legge incostituzionale, è al tempo stesso alcunché di incolpevole e di volontario, frutto cioè di libera scelta del soggetto obbligato».

Aggiungo soltanto che, in favore dell’interpretazione sistematica dell’art. 1218 c.c. da lui condivisa, Livio Paladin si richiamava a studiosi di autorevolezza indiscussa quali **E. Betti**, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 130 ss, **L. Mengoni**, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.* 1954, 281, 299 s., e **D. Barbero**, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1955, 50 ss. Sottolineava che accenni conformi li aveva rinvenuti in **E. Casetta**, *L’illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 7, nota 1 e che ad analoghi risultati – sebbene con diversa impostazione – perveniva **N. Osti**, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 601 ss.

In tal senso v. successivamente anche Cass. sez. III, 7 febbraio 1979, n. 845 e **F. Galgano**, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 1, Padova, 1990, 50 ss.

E' bensì vero che la giurisprudenza ora prevalente sembra operare un temperamento della teoria secondo la quale il debitore sarebbe liberato solo in presenza dell'«impossibilità della prestazione», sostenendosi piuttosto che l'inadempimento dovrebbe essere fondato sulla colpa obiettiva, intesa come violazione della diligenza di cui all'art. 1176 c.c. da parte del debitore» (così **B. Grasso**, *Art. 1218*, in **P. Perlingieri**, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, II ed., Napoli, 1991, 43), ma a parte le critiche cui tale tesi è tuttora sottoposta, deve essere assorbitamente rilevato che anche la diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c. è più che sufficiente, in linea di principio, per poter contestare l'eventuale colposa disapplicazione delle norme costituzionali che prevedano regole di condotta (v. *infra* la nota 26).

[22] In altre parole le leggi incostituzionali non sono obbligatorie, né potrebbero esserlo a pena di contraddire la supremazia della Costituzione. In tal senso v. **V. Onida**, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti e decorso del termine di decadenza*, in questa *Rivista* 1965, 527; **Id.**, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967, 94 ss., 152 ss., **G. Zagrebelsky**, *La giustizia costituzionale*, cit., 178 ss.,

[23] Come del resto si evince dall'art. 54 comma 1 Cost. In questo senso v. già il mio *Espropri incostituzionali*, cit., 1240, a proposito del quale v. però i rilievi critici di **V. Onida**, *Illegittimità costituzionale di leggi limitatrici di diritti*, cit., 549 nota 48.

[24] Com'è noto, questa sarebbe la conseguenza cui si dovrebbe giungere, secondo il C.J. Marshall, in *Marbury v. Madison*, 1 *Cranch* 137, 2 *L.Ed.* 60 (1803), qualora si ammettesse che le leggi possano modificare una costituzione scritta. V. sul punto il mio *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, II ed., Padova, 2003, 52 ss., 57 nota 121.

[25] «Appare invero irrazionale nel quadro stesso della logica che presiede al provvedimento censurato - disse infatti in quella sentenza la Corte costituzionale -, che questo si riferisca indiscriminatamente a tutti i lavoratori solo in quanto siano stati dichiarati inidonei prima del 1986, senza alcuna considerazione della loro attuale utilizzazione. // Se infatti il criterio ispiratore della norma è anche quello di evitare che le aziende siano gravate da costi ingiustificati perchè non corrispondenti alle prestazioni attualmente rese dal lavoratore, è anche a queste ultime che occorre guardare per valutare se il prepensionamento obbligatorio sia giustificato o arbitrario.// Non si può allora non ritenere illegittima la norma impugnata nella parte in cui non esclude dal pensionamento obbligatorio i lavoratori che svolgono mansioni equivalenti o superiori a quelle precedentemente rivestite e in relazione alle quali sono stati dichiarati inidonei».

[26] Infatti anche non volendo seguire l'indirizzo interpretativo condiviso da **L. Paladin**, *Cenni*, cit., 1035 ss. (v. *supra* la nota 21) - in forza del quale il debitore risponderebbe sempre per l'avvenuta applicazione di una legge (poi dichiarata) incostituzionale - e volendo invece seguire l'opposta tesi, oggi dominante (*ex plurimis* v. Cass. civ., sez. lav., 3 febbraio 1999, n. 941; Cass. civ., sez. lav., 10 febbraio 1999, n. 1138; Cass. civ., sez. lav., 26 luglio 1996, n. 6744; Cass. civ., sez. II, 12 giugno 1987, n. 5143), secondo la quale la responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. dovrebbe ruotare intorno al concetto di colpa obiettiva la quale «implica uno «sforzo volitivo e tecnico normalmente adeguato al soddisfacimento dell'interesse del creditore» (così **C.M. Bianca**, *Diritto civile*, V, Milano 1994, 15), si deve ritenere che non è escluso, in via di principio, che il debitore della prestazione - nella specie, il datore di lavoro - possa rispondere per l'avvenuta applicazione della legge (poi dichiarata) incostituzionale. Infatti la diligenza richiesta dalla legge al debitore deve conformarsi «ad obiettivi canonici sociali e professionali di condotta» (così ancora **C.M. Bianca**, *Diritto civile*, cit., 15).

[27] «Le norme degli art. 1337 e 1338 c.c. mirano a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o fuorviato dalla ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta e che non era nei suoi poteri conoscere; ne consegue che, se vi è stata colpa da parte sua, se cioè egli avrebbe potuto, con l'ordinaria diligenza, venire a conoscenza della reale situazione e, quindi, della causa di invalidità del contratto, non è più possibile applicare le norme di cui sopra» (Cass. civ., sez. I, 7 marzo 2001, n. 3272); «Le norme degli art. 1337 e 1338 c.c. mirano a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o favorito da una situazione apparente, non conforme a quella vera, e, comunque, dall'ignoranza della causa d'invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta, ma se vi è colpa da parte sua, se cioè egli avrebbe potuto, con l'ordinaria diligenza, venire a conoscenza della reale situazione e, quindi, della causa di invalidità del contratto, non è più possibile applicare le norme di cui sopra». (Cass. civ., sez. II, 14 marzo 1985, n. 1987). «La responsabilità ex art. 1337 c.c. è circoscritta alla fase precontrattuale ed è incentrata sul fatto obiettivo che il contratto non è stato più concluso. Essa deriva dall'attività illecita lesiva della buona fede e della correttezza contrattuali che inficia l'aspettativa della parte. All'ignoranza inescusabile della norma può opporsi l'errore scusabile, influente sulla formazione della volontà, che possa derivare dalla inesatta conoscenza di un complesso intricato di leggi, che richiederebbe una profonda erudizione» (Trib. Pescara, 4 marzo 1978, *Soc. Alba c. Comune Città Sant'Angelo*).

(27 luglio 2009)