

*Alessandro Tomaselli**

PROFILI DELLA RESPONSABILITA' DELLO STATO PER MANCATA ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE DELL'UNIONE EUROPEA.

Sommario: 1. *Premessa*. 2. *L'inerzia del legislatore nazionale nei riguardi di una direttiva dell'Unione Europea: a) il contributo giurisprudenziale. b) Collocazione sistematica della susseguente responsabilità: da fatto illecito o per fatto lecito?*. 3. *Cenni comparatistici: a) Italia; b) Francia; c) Germania; d) Inghilterra.*

1. Premessa.

La responsabilità degli Stati membri per inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione si basa fondamentalmente sull'art. 4, par. 3 della versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea (di seguito Trattato UE), ai sensi del quale "In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di caratte-

* Dottore di ricerca in Profili della cittadinanza nella costruzione dell'Europa e professore a contratto di Diritto privato italiano e comparato presso l'Università Kore di Enna.

re generale o particolare atto ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione"¹.

Tale ipotesi di responsabilità gode, poi, di una specifica forma di tutela giurisdizionale mediante la procedura d'infrazione prevista dagli artt. 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (di seguito TFUE)². Sembra utile a tal proposito specificare

¹ V. www.eur-lex.europa.eu

² Art. 258 Trattato TFUE: "La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea"; art. 259 Trattato TFUE: "Ciascuno degli Stati membri può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea quando reputi che un altro Stato membro ha mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati. Uno Stato membro, prima di proporre contro un altro Stato membro un ricorso fondato su una pretesa violazione degli obblighi che a quest'ultimo incombono in virtù dei trattati, deve rivolgersi alla Commissione. La Commissione emette un parere motivato dopo che gli Stati interessati siano posti in condizione di presentare in contraddittorio le loro osservazioni scritte e orali. Qualora la Commissione non abbia formulato il parere nel termine di tre mesi dalla domanda, la mancanza del parere non osta alla facoltà di ricorso alla Corte di giustizia"; art. 260 Trattato TFUE: "1. Quando la Corte di giustizia dell'Unione europea riconosca che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei trattati, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta. 2. Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso le misure che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione, dopo aver posto tale Stato in condizione di presentare osservazioni, può adire la Corte. Essa precisa l'importo della somma forfettaria o della pena, da versare da parte dello Stato membro in questione, che essa consideri adeguato alle circostanze. La Corte, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfettaria o di una pena. Questa procedura lascia impregiudicate le disposizioni dell'articolo 259. 3. La Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell'articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l'importo della somma forfettaria o della pena da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze. Se la Corte constata l'inadempimento, può comminare allo Stato membro in questione il pagamento di una somma forfettaria o di una pena entro i limiti dell'importo

come, secondo la lettera delle disposizioni da ultimo richiamate, lo Stato condannato per violazione del diritto dell'Unione ne risponderà solo nei confronti dell'Unione, e non verso i singoli cittadini cui ne sia eventualmente derivato un pregiudizio.

Il regime di responsabilità cui possono soggiacere gli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione non si esaurisce, tuttavia, nel contenuto delle indicate fonti scritte, ma si colloca all'interno di un più ampio e variegato contesto, caratterizzato, da un lato, dall'interazione tra diritto transnazionale e previsioni normative dei vari ordinamenti nazionali e, dall'altro, e soprattutto, dall'opera creatrice della giurisprudenza dell'Unione, anche con riferimento ai rapporti ed alla commistione tra le due suddette fonti di diritto.

A tal ultimo proposito, sembra necessario fin d'ora specificare come la Corte di Giustizia dell'Unione abbia preso in considerazione la disciplina sulla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale dell'Unione verso i singoli, di cui agli artt. 268 e 340 del TFUE³, come modello cui conformarsi nel delineare i tratti salienti della responsabilità dello Stato verso la categoria di soggetti in questione: le condizioni individuate dal supremo giudice dell'Unione attraverso l'interpretazione delle disposizioni da ultimo richiamate (illiceità del comportamento dell'istituzione o del suo agente, esistenza di un danno effettivo e nesso causale fra il comportamento commissivo od omissivo ed il danno subito dalla persona danneggiata⁴), infatti, sostanzialmente coincidono con i presupposti dalla stessa Corte individuati, come vedremo (v. oltre punto 2, lett. a)), avuto anche ri-

indicato dalla Commissione. Il pagamento è esigibile alla data fissata dalla Corte nella sentenza”.

³ Articolo 268 TFUE: “La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all'articolo 340, secondo comma”; Articolo 340 TFUE: “La responsabilità contrattuale dell'Unione è regolata dalla legge applicabile al contratto in causa. In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. In deroga al secondo comma, la Banca centrale europea deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni al diritto degli Stati membri, i danni cagionati da essa stessa o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. La responsabilità personale degli agenti nei confronti dell'Unione è regolata dalle disposizioni che stabiliscono il loro statuto o il regime loro applicabile”.

⁴ V., ad esempio, la sentenza del 7 febbraio del 1973, causa n. 39/72, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1973, 101.

guardo alla responsabilità degli Stati membri nei confronti dei singoli.

Sulla scia di tale iniziativa poi, e come avrà modo anche qui di specificarsi con maggiore precisione in seguito, sempre grazie alla Corte di Giustizia la tutela del diritto dell'Unione, attraverso il riconoscimento a favore dei singoli danneggiati dalla violazione dello stesso della possibilità di ricorrere direttamente nei confronti dello Stato inadempiente⁵, ha conosciuto un momento assolutamente decisivo di rafforzamento ed (ulteriore) garanzia, consolidando per tal via il principio di effettività e primazia della normativa dell'Unione rispetto a quella interna eventualmente con essa contrastante.

E ciò con riguardo sia al caso in cui la norma dell'Unione, se contraddistinta dai caratteri della chiarezza, precisione e suscettibilità di applicazione immediata (non condizionata, cioè, dall'emanazione di alcun provvedimento formale da parte dello Stato di riferimento), appaia conseguentemente idonea a creare diritti ed obblighi direttamente in capo ai singoli, sia all'ipotesi delle direttive non direttamente applicabili. In entrambi tali occasioni, i privati cittadini potranno fare valere di fronte al nazionale organo giudicante la posizione giuridica *de quo* che si assume violata o, quantomeno, non riconosciuta. Il privato cittadino, dunque, laddove sostenga e comprovi di avere subito un pregiudizio dalla violazione, errata o mancata attuazione del suddetto diritto dell'Unione, avrà la possibilità di rivolgersi al giudice nazionale al fine di vedere riconosciuta la tutela negatagli a livello interno⁶.

⁵ Analogamente a quanto previsto dal Protocollo n. 11 della Convenzione Europea dei Diritti Umani in tema di ricorso diretto da parte del privato alla Corte Europea di Strasburgo per violazione di diritti fondamentali da parte di uno Stato membro.

⁶ In tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario si veda, tra l'altro, G. Benacchio, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, pagg. 134 e ss., CEDAM, Padova, 2010; A. Sinagra – P. Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, pagg. 353 e ss., Giuffrè, 2009; E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, G. Alpa – Capilli (a cura di), pagg. 597 e ss., CEDAM, 2007; G. Alpa – M. Andenas, *Fondamenti di diritto privato europeo*, in *Trattato Indica – Zatti*, pagg. 476 e ss., Milano, 2005; A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, pagg. 251 e ss., Giappichelli, Torino, 2005; C. Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, pagg. 7 – 107 e pagg. 139 e ss., Giuffrè, Milano, 2004; E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Giuffrè, 2004; A. Saggio, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, pagg. 223 e ss., 3, 2001; L. Fumagalli, *La responsabilità degli stati membri per la vio-*

Per quanto premesso, appare necessario adesso procedere ad un'analisi maggiormente dettagliata con riferimento a quelle pronunce della giurisprudenza dell'Unione rilevanti ai fini che più da vicino ci riguardano ed in conclusione da considerarsi, come già accennato e come avrà modo di rimarcarsi ulteriormente, alla stregua di fonte di diritto a tutti gli effetti.

2. L'inerzia del legislatore nazionale nei riguardi di una direttiva dell'Unione europea: a) il contributo giurisprudenziale.

Com'è noto, l'arresto della Corte di Giustizia più rilevante con riferimento all'oggetto del presente lavoro è rappresentato dalla sentenza *Francovich* del 1991⁷, pronunciata nell'ambito di due cause pre-

lazione del diritto comunitario, pagg. 8 e ss. E pagg. 89 e ss., Milano, 2000; G. Alpa, *Problemi attuali in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitario*, in *Contratto e Impresa / Europa*, pag. 83 e ss., 1999; V. Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, in *Contratto e Impresa / Europa*, pagg. 101 e ss., 1999; A. Di Majo, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa dir. Priv.*, II, pag. 476 e ss., 1998; M. Fragola, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. Comun. Scambi internaz.*, 1997, n. 4, pag. 681.

⁷ Sentenza 19 novembre 1991, cause riunite n. C-6/90 e n. C-9/90, *Francovich e a.*, in *Racc.* 1991, I-5357. Al riguardo v., tra gli altri, E. Scoditti, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso "Francovich" in cassazione*, in *Foro it.*, 1996, I, pag. 503; L. Daniele, *L'attuazione in Italia della sentenza "Francovich" all'esame della corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1994, I, pag. 393; L. Antonioli Deflorian, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, pag. 1585; E. Cortese Pinto, *La responsabilità dello Stato per violazione dell'obbligo di dare esecuzione alle direttive comunitarie*, in *Riv. Dir. Impresa*, 1993, pag. 103; A. Barone – R. Pardolesi, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1992, IV, pag. 146; R. Caranta, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, pag. 1169; G. Giacalone, *Vecchio e nuovo nella tutela dei singoli in relazione a norme comunitarie inattuuate*, in *Corriere giur.*, 1992, pag. 53; P. Mori, *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giust. Civ.*, 1992, II, pag. 513; M. Orlandi, *Responsabilità dello Stato membro per danni derivanti ai cittadini dal mancato recepimento di una direttiva comunitaria*, in *Giur. merito*, 1992, pag. 456; G. Ponzanelli, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, IV, pag. 150; G. Romagnoli, *Direttive inattuuate: dalla "diretta applicabilità" al "risarcimento del danno"*, in *Foro it.*, 1992, I, pag. 537; S. Tassone, *Sulla responsabilità dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*, in *Resp. Civ. prev.*, 1992,

giudiziali promosse dai Pretori di Bassano del Grappa e di Vicenza e aventi ad oggetto la qualificazione o meno come direttamente efficaci di alcune disposizioni della direttiva 80/987⁸ che prevedono garanzie specifiche per il pagamento dei crediti di lavoro.

La Corte decideva nel senso che le disposizioni controverse, benché sufficientemente precise e incondizionate per quanto riguarda la definizione della categoria dei beneficiari e del contenuto delle garanzie, non precisavano tuttavia l'identità del soggetto tenuto a garantire le prestazioni dovute in caso di insolvenza del datore di lavoro, identità che doveva essere stabilita dagli Stati membri sulla base di scelte largamente discrezionali. Pertanto, gli interessati non avrebbero potuto far valere i loro diritti nei confronti dello Stato dinanzi ai giudici nazionali in mancanza di adeguati provvedimenti di attuazione della direttiva.

Di fronte al mancato recepimento di una direttiva, le cui disposizioni non possedevano efficacia diretta, sorgeva il «problema dell'esistenza e della portata di una responsabilità dello Stato per danni derivanti dalla violazione degli obblighi che ad esso incombono in forza del diritto comunitario»⁹.

La Corte rispondeva positivamente al quesito, basandosi essenzialmente sul criterio del c.d. effetto utile delle norme di diritto dell'Unione.

In particolare, essa affermava che «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da essa riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro»¹⁰.

La sentenza in esame, in pratica, prende le mosse dalla celebre definizione del diritto dell'Unione come «ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non soltanto gli Sta-

pag. 847; R. Foglia, *Mancata attuazione della direttiva CEE n. 80/97 e risarcibilità dei danni a favore dei lavoratori di fronte all'insolvenza dell'imprenditore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, pag. 649.

⁸ Direttiva 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (*GUCE* L 283 del 20 ottobre 1980, p. 23).

⁹ Sentenza *Franconich*, punto 29 della motivazione.

¹⁰ *Ibidem*, punto 33 della motivazione.

ti membri, ma anche i loro cittadini); «nello stesso modo in cui [il diritto comunitario] impone ai singoli degli obblighi, [esso] attribuisce loro dei diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico; questi diritti sorgono non solo nei casi in cui il trattato espresamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il trattato impone ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie»¹¹.

La Corte, proseguendo, accentuava l'importanza dell'obbligo risarcitorio proprio nell'ipotesi in cui l'efficacia di una norma dell'Unione attributiva di un vantaggio fosse subordinata al relativo recepimento nell'ordine giuridico nazionale, recepimento che lo Stato avrebbe dovuto porre in essere e che invece ha omesso, e cioè nell'ipotesi di carenza da parte dello Stato. Tale ipotesi, nei fatti, è la più insidiosa per gli operatori beneficiari di disposizioni dell'Unione che richiedono, per essere pienamente efficaci, un'azione dello Stato. Ma la responsabilità sussiste anche nel caso inverso, ossia nel caso di adozione, da parte dello Stato, di un atto normativo (o amministrativo) che, contravvenendo a disposizioni dell'Unione, causi un pregiudizio a chi beneficia dei vantaggi che da tali disposizioni derivano. Ciò è inerente al sistema di tutela giuridica instaurato dai Trattati, e costituisce una conseguenza dei principi scaturenti del già citato art. 4, par. 3 del Trattato UE: in tal senso, del resto, si esprime la stessa sentenza *Franco*, che fra gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione pone a carico degli Stati membri anche quello, di carattere generale, di «eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario»¹².

Inoltre, e come già in precedenza accennato, in occasione della sentenza *Franco*, la Corte, ammessa la configurabilità della responsabilità degli Stati verso i singoli per violazioni del diritto dell'Unione, identifica tre condizioni perché questa possa essere riconosciuta: è necessario che la direttiva violata «implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli», che «il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva» e che vi sia «un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi»¹³.

¹¹ Corte Giust., 5 febbraio 1963, N. V. *Algemene Transport-En Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, C.26/62, in *Racc.*, 1963.

¹² *Ibidem*, punto 36 della motivazione.

¹³ *Ibidem*, punto 40 della motivazione.

E' innegabile come l'affermarsi, in sede giurisprudenziale, del principio della responsabilità dello Stato verso i singoli costituisca un elemento di novità nell'ambito del diritto dell'Unione, soprattutto in considerazione del fatto che la sentenza *Franco v. Italy* riconduce il sorgere della responsabilità statale all'ipotesi residuale in cui al singolo non venga offerta dal diritto nazionale alcuna forma effettiva di protezione contro l'inerzia del legislatore nazionale nel provvedere al recepimento di una direttiva priva di effetto diretto, ovvero contro l'azione dello stesso legislatore che risulti confliggente col diritto dell'Unione.

In pratica, si offre al singolo la possibilità di far valere la responsabilità del legislatore nazionale anche quando quest'ultima non sia prevista dal relativo ordinamento o, nei fatti, risulti impossibile utilizzarne appieno le potenzialità.

Infine, è utile ricordare come, circa il fondamento della responsabilità in questione, nella sentenza in esame la Corte si limiti ad osservare che esso può essere rinvenuto «anche» nel citato art. 4, punto 3 del Trattato sull'Unione Europea (ex art. 5 del Trattato istitutivo della Comunità Europea): tra gli «obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione» viene fatto rientrare anche «quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario».

Per dovere di completamento della breve analisi relativa al decisivo contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea all'identificazione ed alla specificazione dei caratteri dell'illecito statale, ma anche per le implicazioni di indubbio rilievo riconducibili alla peculiare ipotesi dell'illecito dello Stato da mancata attuazione di una direttiva, sembra necessario adesso far cenno di un'altra pronuncia dell'organo giudiziario di cui sopra, e avente per oggetto la violazione di una norma dell'Unione da parte di una legge nazionale.

Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza resa dalla Corte di Giustizia resa in relazione alle cause riunite *Brasserie du Pêcheur – Factortame III*¹⁴.

¹⁴ Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur c. Repubblica federale Tedesca; The Queen c. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd ed a.*, in *Racc.*, 1996, 1029. Al riguardo v., ad es., L. Trifone, *La responsabilità dello Stato in diritto comunitario: le sentenze Brasserie du Pêcheur, Factortame III e Hedley Lomas*, in *Dir. Comun. Scambi interaz.*, 1997, nn. 1-2, pag. 63.

In tale occasione¹⁵, il supremo organo giudicante dell'Unione coglie l'occasione per procedere al perfezionamento e, quindi, all'inevitabile (e necessario) sviluppo, dei principi contenuti nella sentenza *Franco v. Italy*: attraverso la definizione del regime di responsabilità dello Stato per violazione di regole dell'Unione sulla falsariga della disciplina convenzionale prevista in materia di responsabilità della stessa¹⁶, la Corte provvede, infatti, a determinare l'ampiezza della responsabilità dello Stato in funzione del carattere discrezionale o vincolato dell'attività od omissione all'origine del danno ed enuncia una serie di principi e regole relativi soprattutto alla responsabilità dello Stato da attività legislativa ma estensibili, ove possibile, alle altre forme di responsabilità a carico dello stesso configurabili.

Quindi, innanzitutto la Corte precisa con estrema chiarezza che la possibilità da parte dei cittadini degli Stati membri di far valere di fronte ai giudici nazionali disposizioni aventi effetto diretto «costituisce solo una garanzia minima e non è di per sé sufficiente ad assicurare la piena applicazione del Trattato»¹⁷. Il pregiudizio sofferto dal singolo a causa della violazione del diritto dell'Unione da parte del singolo Stato membro sarà dunque risarcibile a prescindere dall'efficacia diretta o meno della norma dell'Unione violata. L'azione di risarcimento del danno, cioè, sarà da considerarsi uno strumento alternativo e concorrente rispetto alla tutela sostanziale e, quindi, non potrà precludersene la relativa proposizione per il solo fatto che la norma violata possa essere direttamente applicata dai giudici nazionali.

In secondo luogo, e di conseguenza, in virtù dell'interpretazione estensiva con riferimento ai principi sulla responsabilità delle istituzioni dell'Unione nella direzione suindicata, e sulla scorta dell'affermazione secondo cui il principio di responsabilità dello Stato, attenendo all'interpretazione del TFUE, rientra tra le proprie competenze, il supremo giudice dell'Unione intanto ribadisce quanto

¹⁵ Originata dalla richiesta di risarcimento avanzata da una società francese esportatrice di birra in Germania nei confronti dello Stato tedesco a seguito del danno subito dalla sospensione all'esportazione imposta dalla restrittiva normativa di quest'ultimo ed in virtù dell'accertato contrasto della stessa con l'art. 36 TFUE (Corte Giust., 4 dicembre 1986, *Commissione c. Germania*, C-179/85, in *Racc.*1986, pag. 3879)

¹⁶ Si è già osservato come tra i due regimi esista una sostanziale unità (v. *supra* punto 1).

¹⁷ Sentenza *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, par. 20 della motivazione.

statuito in occasione della sentenza *Francovich*, e cioè che il legislatore nazionale non sempre dispone di un ampio potere discrezionale con riguardo alle materie disciplinate dal diritto dell'Unione. Potere discrezionale addirittura inesistente, sempre secondo la Corte, laddove lo Stato membro sia tenuto a recepire una direttiva entro un termine prefissato, costituendo, come visto, violazione del diritto dell'Unione il semplice mancato recepimento.

Qualora, invece, il legislatore nazionale, in assenza di una particolareggiata disciplina normativa dell'Unione, goda di ampia discrezionalità in relazione ad uno specifico settore (ed è il caso della decisione *Brasserie du Pêcheur –Factortame*), la Corte poi sottolinea come la responsabilità statale sorgerà solo in presenza di determinate e rigorose condizioni: 1. la norma giuridica violata deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli; 2. la violazione deve essere sufficientemente caratterizzata; 3. deve esistere un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente sullo Stato ed il danno subito dai soggetti.

Con riferimento al primo dei presupposti appena indicati, è sufficiente specificare come, sempre nell'opinione dell'organo giudiziario in questione, non possa ritenersi sussistere coincidenza tra preordinazione della norma dell'Unione al fine di attribuire diritti ai singoli ed efficacia diretta della normativa di matrice extraterritoriale, la prima essendo nozione più ampia della seconda.

Affinché poi una violazione possa ritenersi sufficientemente caratterizzata sarà necessario rifarsi al grado di chiarezza e precisione della norma violata, all'ampiezza del potere discrezionale (eventualmente) riservato dalla norma all'autorità competente ad attuarla, al carattere intenzionale od involontario della violazione, alla scusabilità dell'eventuale errore di diritto al(l'eventuale) concorso delle istituzioni dell'Unione nell'adottare provvedimenti o prassi contrari al diritto della stessa¹⁸.

I giudici del Lussemburgo, infine, elaborano un ulteriore, fondamentale principio: l'obbligo di risarcire il danno causato al singolo dal comportamento inadempiente dello Stato non può limitarsi semplicemente ai danni subiti successivamente ad una sentenza di

¹⁸ Comunque, l'eventuale obbligo risarcitorio susseguente sussisterà, sempre a detta della Corte di Giustizia dell'Unione, qualunque sia l'organo statale la cui azione od omissione abbia dato origine al danno, e quindi anche quando si tratti di un organo legislativo o di una giurisdizione.

condanna da parte della Corte di Giustizia che abbia accertato l'inadempimento da parte dello Stato medesimo.

Ciò in ragione del fatto che subordinare, nell'opinione della Corte, il risarcimento del danno alla preventiva constatazione di un inadempimento mediante (un'ulteriore) sentenza della Corte stessa violerebbe il principio di effettività del diritto dell'Unione (v. sopra) tutte le volte in cui l'inadempimento medesimo non abbia formato oggetto di un ricorso *ad hoc*, seguito, appunto, da relativa pronuncia atta a constatarlo¹⁹.

In conclusione, il giudice nazionale potrà e dovrà condannare lo Stato inadempiente al risarcimento del danno, senza che a tal fine rilevi, in funzione propedeutica, una pronuncia della Corte di Giustizia al riguardo.

b) *Collocazione sistematica della susseguente responsabilità: da fatto illecito o per fatto lecito?*

Problematiche specifiche sembrano sorgere con riguardo all'inquadramento sistemico e alla conseguente qualificazione della responsabilità in oggetto laddove si è tentato di ricondurla alla responsabilità c.d. da atto lecito, volutamente ignorando o forzatamente interpretando le (peraltro piuttosto chiare) indicazioni della Corte di Giustizia UE²⁰ in merito alla considerazione della responsabilità dello Stato da violazione del diritto UE per mancata attuazione di una direttiva come integrante, invece, un'ipotesi di fatto illecito²¹.

Ci si riferisce a quella dottrina che, prendendo le mosse da un arresto della Corte di Cassazione italiana del 1995²² e da alcuni passaggi della citata sentenza *Francovich*, esclude che all'interno del nostro ordinamento possa configurarsi «responsabilità civile dello Stato per “illecito del legislatore” consistente nella mancata attuazione di

¹⁹ *Ibidem* parr. 94 e 95.

²⁰ V. sopra.

²¹ Opinione, oltretutto, da considerarsi ormai pacifica anche a livello giurisprudenziale (v. oltre) e dottrinario interni.

²² Sez. lavoro, n. 10617, in *Foro Italiano*, 1996, pag. 503.

direttive comunitarie²³» e, di conseguenza, considera il privato danneggiato come titolare di diritto di credito al conseguimento di un indennizzo inteso a ristorarlo del pregiudizio sofferto²⁴.

L'opinione dottrina in questione, in particolare, articola le proprie argomentazioni nei seguenti punti: 1) la sentenza *Francovich* della Corte di Giustizia UE, nel momento stesso in cui riconduce il principio della tutela del soggetto danneggiato direttamente alle norme e principi dell'ordinamento UE, lascia ampia discrezionalità in capo ai singoli ordinamenti nazionali in merito all'individuazione dei mezzi giuridici, materiali e formali, necessari per conseguire in pratica detta tutela; 2) come sottolineato dall'arresto della Cassazione di cui sopra, l'ordinamento UE non contempla la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi o di fatto: di conseguenza, solo all'apparato di diritto interno spetta la qualificazione delle situazioni soggettive dei privati cui corrispondono forme di tutela; 3) la Suprema Corte osserva, oltretutto, come le norme costituzionali sul funzionamento ed organizzazione dello Stato configurino la funzione legislativa come espressione di potere politico libero, sia nella determinazione dei fini che da qualsiasi sindacato giurisdizionale: di conseguenza, «deve [...] escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario, come interpretate dalla Corte di Giustizia, possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo al singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato-ordinamento²⁵»; 4) la tutela del soggetto danneggiato dalla tardiva attuazione di direttive comunitarie, dunque, si risolve non in un diritto soggettivo (all'esercizio del potere legislativo), ma in un diritto di credito a conseguire un indennizzo per le lesioni occorse a seguito dell'esercizio di un potere non sindacabile dagli organi della giurisdizione (interna e non); 5) quindi, lo Stato sarà sì responsabile per il danno procurato al singolo, ma tale forma di responsabilità sarà da intendersi come nascente da fatto lecito, da distinguersi dalla fattispecie risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c. incentrata sul concetto di ingiustizia del danno, ed assimilabile ad altre ipotesi di atti e compor-

²³ Così V. Roppo, *Appunti in tema di illecito «comunitario» e illecito «costituzionale» del legislatore*, in *Danno e responsabilità*, 1998, 961.

²⁴ Così C. Buonauro, *cit.*, 143

²⁵ Così ancora Cass., n. 10617/95, *cit.*, pag. 503.

tamenti leciti da cui discende un (mero) obbligo di indennizzo a carico del soggetto pubblico: ad esempio, l'espropriazione e gli atti ad essa equiparabili.

Le peculiarità della fattispecie di responsabilità in questione andrebbero, infine, individuate nell'assenza di antiggiuridicità dell'atto o del comportamento dannoso, nella tipicità delle corrispondenti ipotesi pregiudizievoli e nell'individuazione del principio di solidarietà come proprio fondamento etico ispiratore²⁶.

Tali posizioni non sembrano, tuttavia, del tutto convincenti.

Sorge il dubbio, infatti, che richiamare proprio la sentenza *Franconich* al fine di negare la sussistenza di un obbligo risarcitorio a carico del singolo Stato nazionale a seguito della mancata attuazione di una direttiva UE rappresenti in realtà un estremo tentativo di snaturarne la *ratio* più essenziale e di svilirne, quindi, la "rivoluzionaria" portata con l'obiettivo di porre un argine contro la dirompente intromissione della giurisprudenza della Corte UE nei confronti degli ordinamenti interni.

Non sembra un caso, cioè, che, con riguardo all'ipotesi dannosa che ci riguarda, si sia fatto ricorso ad un istituto capace, perlomeno *prima facie*, di conciliare l'esigenza del riconoscimento di un ristoro a favore del soggetto danneggiato con il principio di libertà e autonomia del singolo legislatore nazionale.

Infatti, innanzitutto la discrezionalità che l'arresto in questione comunque riconosce al legislatore interno ai fini dell'individuazione degli strumenti giuridici cui in concreto affidare la tutela del soggetto danneggiato dalla violazione o dal mancato riconoscimento dei diritti di derivazione UE non può certo intendersi come possibilità di negare arbitrariamente allo stesso tali diritti. E richiamare in tal senso la pronuncia n. 10617/95 della Cassazione sembra confermare tale tesi: come avrà modo di vedersi in seguito (v. oltre punto 3, lett. a)), infatti, l'arresto della nostra Corte di Cassazione è da inserirsi nel

²⁶ A tal proposito, v. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, pag. 189, secondo cui «la ragione dell'istituto risiede in un principio di giustizia distributiva in base al quale l'onere collegato alla produzione di un'utilità collettività va proporzionalmente distribuito tra tutti i membri della collettività. E' dunque ben chiaro che la responsabilità per atti leciti trova il proprio fondamento nella sfera dell'equità» e A. Lazari, «Eppur si muove»: *Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 1998, pag. 338, che individua il fondamento dell'istituto in esame in «una sorta di giustizia sostanziale ed in un principio generale del diritto: l'arricchimento senza causa».

solco della tradizionale (e peraltro comprensibile), quanto anacronistica, corrente conservativa nei riguardi dei tentativi “d’invasione” con riguardo alle competenze dei singoli legislatori nazionali²⁷: sottolineare che solo all’ordinamento nazionale spetti “la qualificazione delle situazioni soggettive dei privati cui corrispondono forme di tutela”, infatti, tradisce palesemente l’ispirazione essenzialmente “reazionaria” cui si è accennato, e negare quindi che dall’ordinamento dell’UE possano derivare diritti a favore dei singoli non può che rappresentare un’inevitabile risvolto di tale impostazione teorico-concettuale.

Come statuito proprio dalla Corte di Giustizia UE a partire dalla sentenza *Francovich*, è ormai pacifico che fare parte dell’UE significhi anche (e soprattutto) subordinazione delle legislazioni nazionali ai suoi atti normativi e alla giurisprudenza delle sue corti: conseguentemente, il singolo legislatore dovrà (suo malgrado) attenersi alle norme e regole di cui all’ordinamento giuridico europeo, senza potere opporre ambiti di competenza “esclusiva” di sorta con riferimento alla creazione e al riconoscimento di diritti di derivazione UE a favore dei consociati in nome di una presunta libertà nell’esplicazione del potere legislativo.

Quindi, lo Stato sarà da considerarsi responsabile a titolo aquiliano qualora abbia consapevolmente arrecato un danno al singolo rifiutandosi di dare attuazione o contravvenendo alle disposizioni di cui al diritto UE: un comportamento od un’omissione in tal senso, infatti, non potranno che integrare gli estremi di un vero e proprio illecito.

D’altra parte, non sembra rimanere spazio per ulteriori forme di responsabilità, ed in particolare per quella derivante da atto lecito.

Si ripete come il ricorso a tale ipotesi di responsabilità, infatti, appaia più come un tentativo di individuare una sorta di compromesso tra, da un lato, le istanze di tutela del singolo danneggiato e, dall’altro, la gelosa demarcazione delle prerogative proprie del legislatore nazionale cui imputare il danno in questione.

Ciò che a tal ultimo proposito in tale sede si contesta non riguarda, tuttavia, semplicemente la configurabilità del fatto dannoso in esame come derivante da atto lecito, non fosse altro per la pacifica considerazione da parte di giurisprudenza e dottrina maggioritaria

²⁷ Non a caso, l’ultima sentenza richiamata è stata ben presto superata, rappresentando niente più che un caso isolato.

dello stesso come integrante un'ipotesi di illecito a tutti gli effetti, ma la stessa configurabilità della responsabilità nascente da atto lecito. Tale forma di responsabilità lascia adito a più di una perplessità, in particolare, laddove, pur riconoscendo l'esistenza di un pregiudizio eziologicamente riconducibile al fatto di un soggetto determinato, tuttavia nega l'esistenza di un illecito, giustificandone il relativo risarcimento unicamente in considerazione delle sofferenze patite dal danneggiato e, in ultima analisi, del richiamo al principio di solidarietà.

Ciò che vuole a proposito evidenziarsi riguarda, anzitutto, la contraddizione insita nel concetto stesso di "responsabilità da atto lecito", espressione logicamente e terminologicamente da intendersi, a parere di chi scrive, come un nonsenso giuridico: l'esistenza di un determinato soggetto ritenuto responsabile di un danno causalmente riconducibile ad un suo atto o fatto e il riconoscimento, in base ad una valutazione giuridico-sociale, della risarcibilità del pregiudizio medesimo sembrano rappresentare, infatti, gli elementi peculiari di un'ipotesi di illecito a tutti gli effetti, senza che sia necessario ricorrere ad acrobazie giuridiche tanto sterili quanto infondate.

In altri termini, delle due l'una:

- o si ammette che un soggetto, condannato a risarcire un danno "degno" di tutela risarcitoria e, quindi, ingiustamente arrecato, sia responsabile per avere commesso un illecito;
- oppure, qualora la coscienza etico-giuridica dell'ordinamento non consideri un determinato pregiudizio meritevole di ristoro (danno non antiggiuridico), il danneggiante non sarà da considerarsi responsabile, a nessun titolo.

Tertium non datur, né nella esclusiva prospettiva del danneggiato, né volendo ricondurre all'alveo della responsabilità da atto lecito altri istituti quali, ad esempio, l'espropriazione.

Dal primo punto di vista, se l'esclusivo elemento cui rifarsi al fine di condizionare il riconoscimento della risarcibilità di un determinato pregiudizio fosse rappresentato unicamente dalle sofferenze (economiche e non) patite, dovrebbero essere di conseguenza risarciti anche tutti quei danni che l'ordinamento non ritiene meritevoli di tutela in tal senso in quanto "socialmente" (e dunque giuridicamente) ammessi: ad esempio, i danni subiti da un imprenditore da atti di concorrenza leale posti in essere da un altro imprenditore.

Oltretutto, il richiamo, in tale prospettiva, al principio di solidarietà appare fuori luogo, considerato che tale principio può considerarsi come ispiratore dell'intero sistema di responsabilità²⁸.

Dal secondo dei punti di vista indicati, non sembra che l'istituto dell'espropriazione possa realmente rappresentare un'ipotesi tipica di responsabilità da atto lecito in virtù dell'obbligo d'indennizzo gravante sullo Stato a fronte del singolo atto espropriativo.

In tale ipotesi, la pubblica amministrazione, nell'esercizio legittimo della sua attività d'imperio, non potrà innanzitutto considerarsi giuridicamente "responsabile" semplicemente in considerazione della mera corrispondente restrizione del diritto di proprietà sofferta dal privato: è vero che la compressione del diritto proprietario sarà causalmente riconducibile all'iniziativa statale, ma è anche vero che il concetto di responsabilità giuridica rimanda ad un istituto e ad un relativo insieme di disposizioni riguardanti i criteri d'identificazione dei soggetti tenuti al risarcimento di un danno ingiustamente sofferto e ai requisiti richiesti al fine di riconoscere tale risarcimento.

In carenza di tali requisiti e, dunque, nell'impossibilità di configurare una corrispondente fattispecie risarcitoria, etichettare come giuridicamente "responsabile" il soggetto che abbia arrecato un danno non antiggiuridico appare come una insanabile contraddizione.

In secondo luogo, e conseguentemente, l'obbligo d'indennizzo non sarà da considerarsi contraddistinto da una natura risarcitoria, ma potrebbe, più semplicemente, essere inserito all'interno di una prospettiva para-contrattuale, in forza della quale identificarlo o come un onere gravante sulla pubblica amministrazione ai fini della validità ed efficacia del singolo atto espropriativo oppure come una sorta di corrispettivo del valore (non necessariamente di mercato) del singolo bene espropriato.

²⁸ Così come, in tale ottica, non potrebbe condividersi neanche un'eventuale accostamento, in base all'assenza del requisito della colpa, all'istituto della responsabilità oggettiva, atteso che la *ratio* ispiratrice di tale ultimo istituto richiamato è finalizzata a prevedere comunque una forma di ristoro a favore di un soggetto che ha subito un danno da ritenersi, in base ad una valutazione effettuata "a monte" dal legislatore, degno di tutela in quanto ingiustamente arrecato (e sofferto) e rispetto al quale l'ordinamento decide di "trasferire" la responsabilità dello stesso da un soggetto ad un altro. Al pari della responsabilità da atto illecito, quindi, anche le norme sulla responsabilità oggettiva sono finalizzate a risarcire un pregiudizio ritenuto ingiusto: muta semplicemente il criterio d'identificazione del responsabile e della ricostruzione del nesso causale esistente tra atto (o fatto) e danno.

3. Cenni comparatistici: a) Italia.

Con riferimento al nostro ordinamento, ed in aggiunta a quanto appena esposto a proposito dell'inquadramento sistemico della responsabilità oggetto del presente studio (v. *supra* punto 2, lett. b)), è da dire come l'affermazione del principio della responsabilità dello Stato nei confronti del cittadino in conseguenza della mancata attuazione di una direttiva dell'Unione europea non sia stata dalla giurisprudenza pacificamente riconosciuta fin dall'inizio: la Corte di Cassazione, infatti, ha dimostrato di non condividere da subito la consolidata posizione della Corte di Giustizia nei termini in precedenza esposti²⁹.

Attraverso la suindicata sentenza n. 10617/95, ad esempio, la Cassazione civile si pronunciava nel senso di escludere espressamente che la mancata attuazione di una direttiva nei termini costituisse un illecito nei confronti dei privati danneggiati a seguito del comportamento inerte da parte del legislatore nella direzione in oggetto, rimarcando la «libertà e piena discrezionalità» della attività legislativa nazionale e conseguentemente escludendo l'applicabilità della disciplina sulla responsabilità aquiliana prevista dal nostro codice civile (art. 2043) a carico dello Stato.

Tali resistenze venivano fortunatamente (e opportunamente) superate, tuttavia, dalla stessa Corte di Cassazione a far data, innanzitutto, da un proprio arresto del 1998³⁰, in occasione del quale la responsabilità del legislatore per violazione del diritto dell'Unione (e quindi anche nell'ipotesi mancato recepimento dello stesso) viene espressamente ricondotta all'art. 2043 c. c., con la non trascurabile conseguenza, tra l'altro, di potere valutare, da parte del giudice interno, come “ingiusto” il pregiudizio derivante dall'illecito in questione.

²⁹ D'altra parte, non poteva essere diversamente, atteso che il riconoscimento in capo ai singoli di un diritto risarcitorio nel caso di inerzia del legislatore nazionale nei confronti di una direttiva implica un rilevante ridimensionamento del principio di libertà e della discrezionalità del potere legislativo interno.

³⁰ Cass. Civ., sez. Lav., 11 giugno 1998, n. 5846, in *Giust. Civ.*, 1998, I, pag. 2469. In tal senso v., tra le altre, anche Cass. Civ., SS. UU., 10 aprile 2002, n. 5125, in *Foro it.*, 2002, I, pag. 2394; *contra* ad es. Cass. Civ., sez. III, 1 aprile 2003, n. 4915, in *Giur. It.*, 2004, pag. 46.

Con la pronuncia del 16 maggio 2003³¹, poi, la Corte di Cassazione faceva proprie le tesi espresse dalla Corte di Giustizia al fine di riconoscere il credito risarcitorio riconducibile al danno di cui al suindicato omesso comportamento del legislatore (nonostante qualche settimana prima la medesima sezione della Cassazione (sent. n. 4915), considerato che la nostra Carta costituzionale ha ripartito la funzione legislativa tra il Governo ed il Parlamento quale «espressione di potere politico, libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale», avesse affermato come di fronte all'esercizio del potere politico non siano configurabili situazioni soggettive protette dei singoli e che dalle norme comunitarie non possa, quindi, derivare a favore degli stessi il diritto all'esercizio del potere legislativo).

I principi appena esposti venivano confermati, e dunque consolidati, ancora da un arresto della Corte di Cassazione, le cui Sezioni Unite in data 17 aprile 2009 (sent. n. 9147³²) hanno ribadito il diritto al risarcimento del danno a favore del cittadino che provi essere stato danneggiato nell'ipotesi di omessa o tardiva trasposizione di una direttiva *self-executing* da parte del legislatore nazionale³³.

Infine, sembra necessario citare anche la “storica” sentenza n. 500/99 pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁴, non fosse altro per le indiscutibili e rivoluzionarie implicazioni che ne caratterizzano il contenuto con riferimento al rafforzamento della tutela del singolo nei confronti dell'apparato pubblico attraverso l'estensione della risarcibilità, e quindi del concetto di danno ingiusto, oltre i confini del diritto soggettivo, nonché per i suoi inevitabili riflessi anche sulla corrispondente azione normativa (v. oltre).

Parallelamente alla indicata evoluzione giurisprudenziale, nel corso degli anni si è anche assistito ad una contestuale azione legislativa interna che, quantomeno in via indiretta, in qualche modo riguarda anche il contesto della responsabilità statale per mancata attuazione del diritto dell'Unione.

³¹ *Cass. Civ.*, sez. III, n. 7630.

³² Commentata, tra gli altri, da G. Rapisarda, *La responsabilità dello Stato per omessa o tardiva attuazione di direttiva comunitaria: l'ultimo approdo delle Sezioni Unite*, in *Comm. Internaz.*, 2009, n. 3, pag. 709 e ss.

³³ Pretesa risarcitoria da ricondurre, sempre secondo i giudici della Cassazione, all'alveo della responsabilità contrattuale.

³⁴ Anche pubblicata in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487 e *Giust. Civ.*, 1999, I, pag. 2261.

I principali interventi di rilievo del nostro legislatore in tale direzione possono innanzitutto individuarsi nell'art. 11, c. 4, lett. g) della legge 15 marzo 1997, n. 59 (la c.d legge Bassanini I), recante delega al Governo ai fini della estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi per oggetto diritti patrimoniali consequenziali, anche con riferimento a quelle relative al risarcimento del danno in materia edilizia, urbanistica e dei servizi pubblici, e nel relativo decreto legislativo d'attuazione n. 80/98, il cui art. 35 attribuisce al giudice amministrativo il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto con riguardo alle materie rientranti, *ex* artt. 33 e 34 dello stesso decreto, nella sua giurisdizione esclusiva. E' bene ricordare, tuttavia, come le disposizioni legislative appena indicate non abbiano superato il vaglio di legittimità nei confronti della nostra Carta Suprema, atteso che la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi in riferimento alla compatibilità del suddetto d. lgs. 80/98 con la corrispondente legge delega, ne ha amputato proprio le novità suindicate e riguardanti la devoluzione alla cognizione del giudice amministrativo di importanti materie³⁵.

In conseguenza del vuoto causato dall'intervento della Consulta e sulla spinta dirimpente delle novità contenute della decisione della Corte di Cassazione n. 500/99, il legislatore è intervenuto nuovamente attraverso l'approvazione della legge del 21 luglio 2000, n. 205, contenente, infatti, disposizioni in materia di giustizia amministrativa.

Per quello che maggiormente interessa l'oggetto del presente studio, è da segnalare come tale provvedimento normativo affidi al giudice amministrativo la cognizione delle controversie relative alle pretese risarcitorie nelle materie di giurisdizione esclusiva, eliminando la riserva di giurisdizione in favore del giudice ordinario con riguardo alla cause attinenti i diritti patrimoniali consequenziali. Inoltre, la legge attribuisce al giudice amministrativo tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e agli altri diritti patrimoniali, senza più confinarle semplicemente all'ambito della giurisdizione esclusiva dello stesso.

³⁵ Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 292, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2392.

b) *Francia.*

La responsabilità dell'apparato pubblico in Francia è una responsabilità speciale, l'obiettivo principale delle cui regole è costituito dalla necessità di conciliare i diritti dello Stato con quelli dei singoli: i pubblici poteri, dunque, saranno sì da considerarsi responsabili, e ciò anche a fronte di spinte innovative particolarmente pressanti quali quelle originate dalla giurisprudenza europea, ma comunque in base ad una disciplina particolare e quindi autonoma, anche nella prospettiva dell'organo giudicante, rispetto alle regole proprie di diritto comune vigenti in ambito extracontrattuale.

In particolare, la disciplina della responsabilità dell'apparato pubblico all'interno dell'ordinamento francese si articola in due differenti momenti: la regola generale, costituita dalla responsabilità per colpa (*responsabilité pour faute*), e i due casi particolari disciplinati da un regime di responsabilità oggettiva, o senza colpa (*responsabilité sans faute*), riguardanti l'ipotesi di danno come conseguenza di un rischio al quale si ritiene equo riconoscere il risarcimento e l'eventualità in cui sia turbato il principio di uguaglianza di fronte al potere pubblico.

Nel caso di responsabilità per colpa, la giurisprudenza del *Conseil d'Etat* è saldamente attestata su posizioni che ne riconoscono l'equivalenza con la illegittimità: ogni provvedimento ritenuto illegittimo sarà, cioè, da considerarsi colposo³⁶.

Viceversa, in ipotesi di responsabilità senza colpa la pubblica amministrazione potrà essere obbligata a risarcire il danno anche laddove derivi da un provvedimento legittimo. Ed è questa l'ipotesi che viene in considerazione con riferimento alla responsabilità del legislatore, principio affermato dal Consiglio di Stato transalpino già nel 1938³⁷, e che l'ordinamento francese conosce quindi già da tempo, pur applicandolo piuttosto di rado³⁸.

Con specifico riferimento ai rapporti tra l'ordinamento francese e il diritto, *latu sensu* inteso, dell'Unione, e con peculiare riguardo all'introduzione di nuove ipotesi di illecito da parte della giurispru-

³⁶ *Conseil d'Etat*, 6 ottobre 1976, in *Rec. Lebon*, 1976, pag. 297.

³⁷ *Conseil d'Etat*, 14 gennaio 1938, in *Rec. Lebon*, 1976, pag. 297.

³⁸ La ragione che spiega l'esistenza di una disciplina basata sulla responsabilità oggettiva del legislatore è probabilmente da individuarsi nella necessità di contemperare due principi tra loro in naturale antitesi: la risarcibilità dei danni cagionati *versus* l'intangibilità e l'insindacabilità dell'azione del legislatore.

denza della Corte di Giustizia, è da dire come l'orientamento del *Conseil d'Etat* oscilli, nonostante la sentenza *Francoovich*, tra la tesi che riconduce la responsabilità del legislatore all'esistenza di un comportamento colposo e quella che invece richiama i principi della *responsabilité sans faute*, anche se il reale problema dei rapporti con l'ordinamento dell'Unione non sembra in realtà risiedere in tale alternativa.

Il punto principale nel confronto con l'Europa, infatti, sembra da individuarsi nella "strenua" resistenza dei giudici transalpini, e dell'ordinamento francese nel suo insieme, nel riconoscere la superiorità del diritto dell'Unione. Espressione sintomatica di tale ostruzionistica e protezionistica condotta da parte della giurisprudenza d'oltralpe è costituita dalla pronuncia del *Conseil d'Etat* relativamente al caso *Société Arizona Tobacco* del 1992³⁹, ove, pur di non dichiarare illegittimità di una legge nazionale per violazione di obblighi imposti da una direttiva dell'Unione, sono stati ritenuti illegittimi i provvedimenti ministeriali adottati in conformità alla legge medesima.

Sembrano, tuttavia, schiudersi dei confortanti spiragli in merito al pieno accoglimento del primato del diritto dell'Unione anche all'interno dell'ordinamento giuridico francese: possono ritenersi chiare testimonianze in tal senso, tra le altre, la decisione del *Conseil d'Etat* pronunciata il 20 ottobre 1989⁴⁰ e, soprattutto, l'arresto della Corte amministrativa d'appello del 1 luglio 1992⁴¹, in cui si è espressamente affermato il diritto di un cittadino francese di ottenere dal suo Stato il risarcimento del danno cagionato dalla mancata trasposizione di una direttiva dell'Unione nei termini stabiliti, qualificando la condotta inadempiente dello Stato transalpino come illecita, optando quindi verso una precisa connotazione in senso soggettivo del giudizio attraverso un deciso orientamento per il modello di *responsabilité pour faute*⁴².

³⁹ *Conseil d'Etat*, 28 febbraio 1992, in *Rev. Dr. Public*, 1992, pag. 1505.

⁴⁰ Sent. Nicolò, in *Actualité juridique*, 1989, pag. 756.

⁴¹ *Société J. Dangeville*, in *Actualité juridique*, 1992, pag. 768.

⁴² A tal proposito, tuttavia, v. C. Buonauro, *cit.*, secondo cui "tale rivoluzione copernicana nel tradizionale approccio della giurisprudenza d'oltralpe alla materia dei danni derivanti dalla legge trova il proprio punto di origine nei nuovi assetti giuridico-istituzionali derivanti dai fenomeni di interrelazione tra diritto comunitario ed ordinamenti nazionali. La matrice prima della nuova giurisprudenza francese è, infatti, costituita da una diversa ricostruzione dei rapporti tra le fonti del diritto: superando la tradizionale posizione della supremazia ed insindacabilità (*ex post*) della fonte-legge, il *Conseil d'Etat* con l'*arret Nicolò* (v. nota 32 – *nda*) rivendica la

c) *Germania*.

Sebbene solo formalmente, l'inquadramento e la conseguente disciplina della responsabilità dell'apparato pubblico all'interno del sistema tedesco si distingue dalla specialità di regolamentazione di cui all'appena esaminato ordinamento francese, risolvendosi interamente nell'ambito delle norme di diritto comune⁴³: il principio cardine alla base della disciplina dell'ipotesi di responsabilità in esame, in particolare, è infatti rappresentato dalla *ratio* ispiratrice del rapporto contrattuale di mandato. Il funzionario che, cioè, si sia reso protagonista di uno o più comportamenti illeciti ne risponderà in prima persona, avendo esorbitato dall'intesa negoziale stessa.

In realtà, la realtà dei fatti è ben diversa.

Il sistema tedesco, in nome di una sorta di "sacra" intangibilità ed insindacabilità dell'operato dei pubblici poteri, riduce, infatti, i casi di responsabilità dello Stato (o dell'ente pubblico di cui il singolo funzionario è dipendente) a residuali ipotesi eccezionali, operando in tal senso una sorta di pregiudiziale amministrativa direttamente riconducibile alla distinzione dei mezzi di tutela nei confronti della pubblica amministrazione in mezzi diretti ed indiretti: l'azione risarcitoria, per ciò che maggiormente ci interessa, viene relegata al secondo raggruppamento, potendo il privato ricorrervi, di conseguenza, solo in via sussidiaria. Nell'opinione della Corte federale di giustizia⁴⁴, in particolare, il soggetto danneggiato sarà legittimato a proporre legittimamente la richiesta di risarcimento danni solo laddove abbia già tempestivamente esperito tutti gli altri mezzi di tutela previsti dall'ordinamento tedesco.

propria competenza a sindacarne la validità, verificandone la compatibilità con norme di carattere inter o sovra-nazionale. In particolare, la primazia del diritto comunitario determina la prevalenza delle sue norme rispetto alle leggi nazionali con esse contrastanti, ancorché emanate successivamente alla sua entrata in vigore. Questo nuovo assetto della gerarchia delle fonti rende, pertanto, concettualmente possibile una qualificazione della condotta legislativa in legislativa in termini di anti-giuridicità e colpa, dando corso in tal modo ad una nuova stagione di riflessione ed approfondimento delle tematiche connesse alla risarcibilità dei danni da legge".

⁴³ Specificamente, l'art. 839 BGB in combinato disposto con l'art. 34 della Legge Fondamentale Tedesca.

⁴⁴ *Bundesverfassungsgericht*, 29 marzo 1971, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1971, pag. 1695.

In riferimento all'influenza esercitata dalla giurisprudenza dell'Unione Europea in materia di illecito dello Stato tedesco, e senza dimenticare che già da tempo la Corte di Giustizia UE si è pronunciata nel senso della contrarietà con il diritto dell'Unione dell'accennato necessario per l'ordinamento teutonico previo esperimento di un'azione finalizzata a contestare l'illegittimità di un atto⁴⁵, è da rilevare come fin dalla sentenza della Corte Federale di Giustizia tedesca emessa a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia UE *Brasserie* (v. *supra* punto 2, lett. a)) lo Stato tedesco sia stato considerato non responsabile⁴⁶: né in un'ottica di compatibilità con le norme interne, né percorrendo la via di un'applicazione analogica con altri mezzi di tutela, né, infine, seguendo le indicazioni della Corte di Giustizia UE (violazione sufficientemente caratterizzata del diritto dell'Unione Europea) la Corte Federale ha infatti identificato, *rectius* ha voluto identificare lo Stato tedesco con il legittimato passivo di un'azione risarcitoria, eludendo in pratica la questione della non compatibilità del diritto interno con i dettami della giurisprudenza UE.

Concludendo, può sostenersi che (anche) l'ordinamento tedesco, in nome di un fondamentale garantismo nei confronti dell'azione dei pubblici poteri e, quindi, di una sostanziale irresponsabilità del legislatore, si contraddistingua per un atteggiamento eufemisticamente definibile fin troppo "cauto" ed estremamente geloso delle proprie prerogative in sede di confronto con le istituzioni e la giurisprudenza dell'Unione Europea.

d) *Inghilterra.*

Anche all'interno dell'ordinamento inglese il principio di responsabilità del legislatore per violazione del diritto dell'Unione Eu-

⁴⁵ In occasione della sentenza resa nel caso *Aktien Zuckerfabrik Schoppenstedt c. Consiglio* del 2 dicembre 1971 (5/71 in *Racc.*, 1971, pag. 975), infatti, la Corte di Giustizia UE ha ribadito come l'azione di responsabilità contro le istituzioni facenti parte dell'Unione Europea ai sensi degli artt. 268 e 340 TFUE sia da considerarsi autonoma.

⁴⁶ BGH, 24 ottobre 1996, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, pag. 761.

ropea fatica ad essere pacificamente ammesso: in nome, infatti, della (presunta) infallibilità (anche qui!) dell'organo deputato alla produzione normativa⁴⁷ l'irruzione delle regole derivanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE non poteva che incontrare resistenze ed ostacoli di varia natura.

Con una avvertenza, però: il tema della responsabilità del legislatore inglese per violazione del diritto UE risente dell'inesistenza all'interno dell'ordinamento d'oltremarica di un apparato di norme etichettabili come "diritto amministrativo", e ciò vale, almeno in questa visuale, a distinguere il sistema giuridico di Sua Maestà dalle altre esperienze continentali⁴⁸. Ciò che, di conseguenza, viene inteso come *administrative law* non può identificarsi con il diritto amministrativo caratterizzante, ad esempio, l'ordinamento italiano, la prima espressione riferentesi ai temi e alle problematiche inerenti ai rapporti tra privati ed apparato pubblico sì, disciplinati però dalle regole proprie di cui al c.d. *private law*.

Su queste premesse, è necessario adesso rimarcare come, nel modello inglese di responsabilità, per agire contro la pubblica amministrazione a fini risarcitori e, dunque, all'interno di una prospettiva essenzialmente aquiliana, sarà necessario che ricorrano le specifiche condizioni richieste per la configurazione di una fattispecie di illecito⁴⁹.

E, con riferimento specifico alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, si è, in un primo momento, tentato di ricorrere al *tort of negligence*, ispirato e costruito sul vago concetto di dovere giuridico di diligenza (*legal duty of breach*), e le cui ampie possibilità applicative sembravano potere rappresentare l'ideale appiglio giuridico attraverso il quale costringere il legislatore d'oltremarica a rispondere del suo illegittimo operato nei riguardi di una norma o di un principio di derivazione continentale. Tuttavia, le reali possibilità applicative di tale figura di illecito all'ipotesi di responsabilità di cui all'oggetto del presente lavoro si sono da subito presentati piuttosto

⁴⁷ "The King can do no wrong".

⁴⁸ In particolare, il concetto alla base di tale anomalia può individuarsi nell'idea che tanto i privati quanto i rappresentanti dei pubblici poteri siano soggetti alle regole di matrice giurisprudenziale identificabili come *common law*.

⁴⁹ Fattispecie di illecito (*torts*) che costituiscono per l'ordinamento di *common law* in esame una categoria chiusa, caratterizzata dalla tipicità e non riconducibile, quindi, ad un principio generale quale quello previsto, ad esempio, dall'art. 2043 del codice civile italiano.

ridotte, non fosse altro per la già indicata riluttanza dei giudici inglesi di configurare una qualche forma di *negligence* a carico del Parlamento e di utilizzare tale figura di illecito con riguardo alle controversie promosse contro una pubblica amministrazione.

Stessa sorte è toccata al (tentativo di costruzione del) *innominate tort*, che, in virtù dell'efficacia diretta del diritto UE, avrebbe dovuto consentire l'ingresso all'interno del sistema giuridico di Sua Maestà delle nuove figure di illecito nate in seno allo stesso ordinamento europeo, idea che però non ha riscosso consensi tra le corti inglesi.

Le ultime due figure di *torts* cui si è fatto ricorso ai fini che ci riguardano sono rappresentate dal *tort of statutory duty* e dal *tort of misfeasance in public office*.

La prima (la cui applicabilità è fondata sulla previsione del diritto risarcitorio da parte della stessa norma violata, sull'accertamento dell'inadempimento del relativo onere, sulla corrispondenza tra danno effettivamente sofferto e danno astrattamente tutelato dalla stessa legge violata e sul nesso di causalità tra violazione e danno) permette di agire per il risarcimento dei danni causati dalla violazione di un obbligo previsto dalla legge e, perlomeno, in un primo tempo, sembrava finalmente costituire quel riferimento giuridico su cui fondare la responsabilità dello Stato inglese per violazione del diritto UE⁵⁰.

Tuttavia, gli incoraggianti auspici di cui sembrava foriero l'illecito in questione non hanno trovato seguito, né quindi attuazione, in conseguenza della sentenza resa, in particolare, dalla *Court of Appeal* in relazione al caso *Bourgoin s.a. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*⁵¹, in occasione della quale i giudici d'oltremania hanno specificato che l'azione di risarcimento del danno nei confronti di un pubblico potere può essere esperita solo sul presupposto di un atto (legislativo o amministrativo) emanato in mala fede, e cioè il *tort of misfeasance in public office*. Appare palese come, così facendo, la tutela del singolo nei confronti della pubblica amministrazione subisca una decisa restrizione, sol che si consideri, oltretutto, i caratteri peculiari di tale seconda figura di *tort*, di cui alla pronuncia *Three Rivers District Council and Others v. Bank of England*⁵² della *House of Lords*: atto adotta-

⁵⁰ V. al riguardo il caso *Garden Cottage Foods Ltd. v. Milk Marketing Board*, [1983] 3 CMLR 43.

⁵¹ [1985] 3 All E.R. 585 e 602.

⁵² [2000] 3 All E.R.1.

to da una pubblica amministrazione nell'esercizio di un potere pubblico con l'intenzione, o comunque la consapevolezza, di arrecare dei danni, risarcibili solo se previsti dal soggetto pubblico ed eziologicamente riconducibili al di lui atto illecito medesimo.

Anche il *tort of misfeasance in public office* si dimostrava però inadeguato ad essere utilizzato e, dunque, a costituire la base giuridica su cui fondare la responsabilità dello Stato di Sua Maestà per violazione del diritto UE, in derivazione dell'elemento dell'intenzionalità delle conseguenze pregiudizievoli dell'adozione di un atto pubblico: il necessario ricorrere di tale elemento soggettivo, a ben guardare, restringe eccessivamente le fattispecie di illecito pubblico contro le quali sia possibile ammettere una reintegrazione in termini economici.

Successivamente alla sentenza *Factortame* (v. sopra), è sembrato infine riprendere vigore l'opinione giurisprudenziale che individua(va) nella fattispecie di *tort for breach of statutory duty* la figura di illecito più idonea all'individuazione del titolo giuridico legittimante la richiesta di risarcimento per violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato inglese. In sede di pronuncia, poi confermata anche dalla *Court of Appeal* e dalla *House of Lords*⁵³, relativa al caso *R. v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd and others*, infatti, i giudici espressamente riconducevano la responsabilità dello Stato all'alveo della tutela aquiliana, considerando, di conseguenza, l'ultima ipotesi di illecito indicata come la più adatta a ricomprenderla.

In conclusione, è innegabile come all'interno dell'ordinamento inglese, accanto ed in conseguenza delle "ordinarie" resistenze ad ammettere una qualunque forma di influenza restrittiva da parte dell'ordinamento dell'Unione Europea, sussistano parecchie incertezze di matrice ideologica, prima che applicative, relativamente alla configurazione e disciplina della responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE.

⁵³ [1999] 4 All E.R. 906.

