IRIS AperTO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

La responsabilità dello Stato – legislatore: la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available http://hdl.handle.net/2318/123231 since

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

12 October 2024

Centro di Diritto Comparato e Transnazionale

The European Legal Culture Project,
University of Turin

CDCT Working Paper
ISSN 2280-9406
[Online]

European Legal Culture

Lorenzo Bairati

La responsabilità dello Stato - legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali

Suggested citation

Bairati, Lorenzo, "La responsabilità dello Stato – legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali", CDCT working paper 6-2012/ European Legal Culture 5,
available at http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx

Abstract

IT *Con l'introduzione del principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione nei confronti dei soggetti danneggiati, la Corte di giustizia europea ha introdotto un elemento di squilibrio rispetto alla tradizionale irresponsabilità, dal punto di vista patrimoniale, dello Stato – legislatore.*
Il saggio intende analizzare, anche grazie all'esame di esperienze straniere, le coordinate che orientano la comunicazione fra livelli di produzione normativa, nella prospettiva del mutamento dei retaggi culturali nazionali in merito all'accostamento delle categorie dell'illecito aquiliano rispetto all'attività legislativa.

EN *The decisions of the European Court of Justice on the liability of States for breach of European Union law erode the principle of State immunity from civil suit in cases of national legislation infringing rights granted to individuals.*
The paper analyses, in a comparative perspective, mechanisms of interaction between those involved at various levels in the legislative process, and focuses on changing national legal doctrine regarding State liability for damage resulting from national legislation.

Keywords: State liability – damage - breach of European Union law

LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO – LEGISLATORE LA COMPONENTE CULTURALE E GLI IMPULSI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA NELLA RELATIVIZZAZIONE DELLE CATEGORIE NAZIONALI

LORENZO BAIRATI [1]

Introduzione. 1. Il fondamento della pretesa. Implicazioni concettuali e conseguenze operative delle dinamiche di interazione fra ordinamenti. - 2. La responsabilità dello Stato – legislatore in chiave comparata. Resistenze culturali e nuove prospettive di apertura. - 3. Ipotesi applicative della dottrina Francovich. L'interpretazione dei giudici di legittimità fra responsabilità e indennizzo. - 4. Conclusioni.

Introduzione

La sentenza Francovich[2] è una delle pronunce più conosciute della storia delle istituzioni europee. La dottrina vi ha spesso fatto riferimento tramite espressioni immaginifiche: manifesto di dimensione costituzionale, clausola di chiusura del sistema europeo di tutela, tassello fondante la cittadinanza europea[3]. Dapprima se ne è messa in luce la portata dirompente in tema di costruzione dello spazio giuridico europeo attraverso il protagonismo dei cittadini nella tutela della propria sfera giuridica, e in una seconda fase ne sono state segnalate tutte le intrinseche debolezze e difficoltà applicative, con i connessi rischi di marginalizzazione[4]. Negli ultimi anni, l'applicazione di detto principio alla funzione giurisdizionale ha riaperto il dibattito circa le eventuali

---

[1] Lorenzo Bairati, Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino, lorenzo.bairati@hotmail.it

[2] Sent. CGCE, 19 novembre 1991, Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica Italiana.– Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Racc. I-05357.

[3] Ai concetti di europeizzazione e cittadinanza è dedicata gran parte dell'opera di Joseph Weiler. V. J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe,* in *Yale Law Journal,* 100, 1990, (pp. 2403-2483); J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?"*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. V. anche J.S. BELL, *Comparative Administrative Law*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, (pp. 1259 – 1286), pag. 343.

[4] Si tratta, infatti, di uno strumento che nella pratica costituisce un'*extrema ratio* nell'ambito del sistema di tutele: "Quando non sia possibile: a) attribuire efficacia diretta alla direttiva rimasta inattuata, né b) interpretare il diritto interno conformemente alla direttiva medesima, al cittadino danneggiato dalla mancata attuazione della direttiva non resta che chiedere il risarcimento del danno nei confronti dello Stato consistente nel pagamento di una somma di denaro corrispondente al danno subito in conseguenza della mancata possibilità di esercitare i diritti che la tempestiva attuazione della direttiva gli avrebbe attribuito". Cit. da A. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Cedam, Padova, 2008, pag. 126:.

ripercussioni in tema di responsabilità dello Stato per fatto del giudice e di erosione del principio della *res judicata*.

Rinviando all'autorevole dottrina disponibile a riguardo[5], nel presente saggio intendiamo rivolgere l'attenzione su un altro elemento, riassumibile in chiave terminologica con la falsa corrispondenza fra lo strumento elaborato a partire dalla sentenza Francovich e la responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. Come noto, con tale sentenza la Corte di giustizia ha stabilito il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione europea ad esso imputabili. Tuttavia, la disamina della giurisprudenza nazionale mette in luce che la "responsabilità" per violazione del diritto dell'Unione stabilita dalla Corte di giustizia è tale solo se considerata convenzionalmente e con ampi margini di approssimazione. Soprattutto in relazione alla funzione legislativa, non bisogna cedere alla tentazione di considerare i termini utilizzati dalla Corte di giustizia quali "responsabilità", "*liability*", "*responsabilité*", "*responsabilidad*", ecc. secondo i canoni nazionali della responsabilità aquiliana. Come vedremo nel corso della trattazione, i giudici nazionali si sono dimostrati restii ad accostare il concetto di fatto illecito, requisito tipico della responsabilità extracontrattuale, all'attività legislativa. La comparazione con altre esperienze europee dimostra come, a livello nazionale, a tale questione siano state date risposte diverse, e quanto tale aspetto sia lungi dall'essere risolto.

La ritrosia che caratterizza i giudici italiani (perlopiù di vertice) è dimostrata da una certa confusione concettuale, nel caso di danno derivante da tardivo o mancato recepimento di direttiva comunitaria, fra le nozioni di indennità e di risarcimento. Come noto, anche se entrambe implicano un ristoro economico nei confronti di un soggetto danneggiato, vi è una divergenza dal punto di vista sia dogmatico sia rispetto alle corrispondenti conseguenze giuridiche. Benché entrambi gli strumenti perseguano l'obiettivo di porre il danneggiato in una situazione economicamente equivalente a quella sussistente prima che il danno fosse arrecato, la differenza fondamentale consiste nel fatto che il risarcimento si fonda necessariamente sull'ingiustizia del danno; l'indennizzo, invece, ne prescinde totalmente. Questo elemento

[5] V., fra gli altri, G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria,* in *La Nuova giurisprudenza civile commentata,* La nuova giurisprudenza civile commentata, parte 2, 1, 2005, (pp. 1 - 5); R.A. JACCHIA e M. FRIGO, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia,* in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 3, 2008, (pp. 643 - 680); A. LAZARI, *"Là où est la responsabilité, là est le pouvoir". Il nuovo ruolo del giudice nel paradigma comunitario dopo la sentenza Traghetti,* in *Revista Electronica de Estudios Internacionales,* www.reei.org, 2008, (pp. 1 – 16); V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una "case story" in attesa del finale,* in *Rivista diritto privato,* 11, 2, 2006, (pp. 347 - 376); D. SIMON, *Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une jurisdiction nationale devenu définitif,* in *Europe. Actualité du Droit Communautaire,* 10, 2007, (pp. 12 – 14).

appare di particolare rilievo poiché il caso di illecito comunitario riferibile all'attività legislativa consiste in una condotta del soggetto che, secondo l'ordinamento nazionale, esercita il potere sovrano per eccellenza e, quindi, pone in essere una condotta che non può di per sé costituire un illecito.

Prima di approfondire tale aspetto, è opportuno ricordare che questa situazione di confusione concettuale, derivante dalla rilettura in chiave di categorie nazionali degli strumenti elaborati dalla Corte di giustizia, è il risultato di una serie di fattori di origine diversa. In primo luogo, dipende dal fatto che la Corte di giustizia, nell'introdurre tale strumento di tutela, ha inteso risolvere la tensione istituzionale fra centralizzazione delle categorie (volta a rispondere alle esigenze di effettività ed uniformità) e decentralizzazione dei rimedi alla violazione del diritto dell'Unione, tramite una strategia che consiste nell'enunciazione di principi all'interno delle sentenze, e ad una successiva assimilazione e applicazione da parte dei giudici nazionali[6]. La Corte ha dunque imposto agli Stati membri un obbligo di risultati, tramite l'elaborazione di tre condizioni che costituiscono il presupposto perché il risarcimento venga senz'altro accordato: "un diritto al risarcimento è riconosciuto ai singoli lesi sempre che la norma giuridica violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dai singoli"[7]. L'integrazione di tale requisiti, così come la loro interpretazione, è delegata agli Stati membri; dal contributo di questi ultimi, tramite la fondamentale opera dei giudici nazionali, dipenderà in gran parte la fisionomia assunta da questo strumento di tutela nelle sue soluzioni applicative.

Il secondo elemento che contribuisce al falso parallelismo fra la responsabilità dello Stato elaborata dalla Corte di giustizia e le categorie nazionali della responsabilità extracontrattuale consiste nel fatto che, nella maggior parte dei casi, lo strumento risarcitorio per violazione del diritto europeo da parte dello Stato – legislatore soccorre in caso di mancato o tardivo recepimento di direttive europee che impongono agli Stati obblighi di natura patrimoniale che rientrano nella categoria indennitaria. In questo caso, dunque, le categorie dei meccanismi indennitari e dello strumento risarcitorio tendono a mescolarsi, perché alla violazione dell'obbligo, in capo al legislatore, di recepire una direttiva che impone allo Stato prestazioni a contenuto

[6] Tale processo è ben descritto in A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 266.

[7] Cit. da Sent. CGCE, 5 marzo 1996, Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029. Come vedremo nel corso del saggio, la Corte di giustizia, ha contribuito ad avvicinare la fattispecie dell' "illecito comunitario" alla categoria dell'indennizzo, tramite l'evoluzione relativa al secondo presupposto che nel caso di mancato recepimento di direttiva non ha bisogno di essere dimostrato.

patrimoniale nei confronti di determinate categorie di cittadini[8], si sostituisce lo strumento risarcitorio volto alla tutela dei soggetti danneggiati da tale violazione.

Prima di approfondire tali aspetti, che anche in tempi recentissimi hanno subito importanti evoluzioni grazie all'intervento incrociato della Corte di cassazione e del legislatore, bisogna soffermarsi sui principi e fattori che condizionano le epifanie nazionali dell'illecito comunitario. Da un lato, vi sono i principi che regolano l'integrazione fra disciplina comunitaria e ordinamenti nazionali. Dall'altra, vi sono i fattori culturali che incidono sull'applicazione da parte dei giudici nazionali dei presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia.

1. Il fondamento della pretesa. Implicazioni concettuali e conseguenze operative delle dinamiche di interazione fra ordinamenti

Come noto, il sistema multilivello europeo integra un ordine giuridico *sui generis*, in cui opera una pluralità di ordinamenti giuridici su base non gerarchica ma interattiva e cooperativa. Lo schema che meglio sintetizza tale interazione è certamente quello della rete piuttosto che quello della piramide kelseniana che, come noto, raffigura una struttura a gradi basata sul criterio di validità[9]. Il rapporto fra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario risponde, pertanto, ad una subordinazione "gentile", regolata da un bilanciamento fra principi[10].

La costruzione dell'illecito comunitario è avvenuta nel rispetto di questa impostazione, sviluppandosi a partire dai tre presupposti di diritto sostanziale (la violazione di una disposizione attributiva di diritti, la violazione grave e manifesta e il nesso di causalità) la cui interpretazione ed integrazione spetterà ai giudici nazionali nel contesto dei rispettivi ordinamenti. Per questo motivo, ci troviamo di fronte ad una figura complessa e proteiforme[11], né

---

[8] Nel corso del saggio tratteremo dei casi connessi al tardivo recepimento della direttiva 80/987/CEE, relativa alla protezione dei lavoratori salariati in caso di insolvenza dell'imprenditore; delle direttive comunitarie n. 363/75/CEE e n. 76/82/CEE, che riconoscevano ai medici specializzandi il diritto alla corresponsione di borse di studio per la partecipazione ad attività formative; della direttiva 2004/80/CE, che impone agli Stati membri di istituire un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti.

[9] "… il baricentro del sistema si sposta dal criterio verticale di validità delle norme a quello orizzontale del reciproco riconoscimento fra sistemi normativi differenti, in base al quale sistemi diversi si conferiscono reciprocamente autorità normativa nell'ambito di un processo che, per forza di cose, implica reciproco adattamento ed adeguamento (sul piano filosofico il mutuo riconoscimento di status normativo fra sistemi differenti è debitore della dialettica hegeliana del riconoscimento)". Cit. da E. SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria,* in *Danno e Responsabilità,* 7, 2003, (pp. 718 - 727), pag. 725.

[10] Cfr. T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna, 2001.

[11] V. G. ALPA, *La responsabilità civile dello Stato per violazione di obblighi comunitari*, in G. ALPA, *Diritto Privato nel prisma della comparazione*, Giappichelli, Torino, 2004, (pp. 562 - 593). La

compiutamente europea né compiutamente nazionale ma, appunto, derivante dalla compenetrazione di diversi livelli di produzione normativa. Se le tre condizioni costituiscono lo standard minimo imposto dalla Corte di giustizia, spetterà al giudice nazionale applicare le disposizioni dell'ordinamento interno in relazione a fondamentali questioni quali il diritto processuale, l'individuazione del giudice competente, la determinazione del soggetto passivo, i termini di decadenza e prescrizione, la determinazione e quantificazione del danno risarcibile, ecc..

Questa interazione è coordinata secondo tre meccanismi regolatori che si contemperano vicendevolmente[12]. In primo luogo, in forza del principio di autonomia istituzionale, il diritto al risarcimento deve essere soddisfatto attraverso gli strumenti previsti in seno ai singoli ordinamenti nazionali, che predispongono le modalità e i meccanismi di tutela delle posizioni giuridiche attribuite ai singoli dal diritto europeo[13]. D'altra parte, resta fermo il parallelo dovere di assicurare che tutte le istituzioni, legislative, amministrative o giurisdizionali, e tutti i procedimenti di applicazione, garantiscano che il diritto europeo si realizzi in forma piena, effettiva ed uniforme.

Il principio di effettività impone che la legislazione nazionale non possa essere congegnata in modo tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento[14]. Tale principio, seppur non privo di margini di indeterminatezza, in quest'ambito appare particolarmente

---

natura proteiforme dipende dal fatto che ogni Stato membro applica parzialmente le proprie regole, "e così si avranno ordinamenti in cui si applicano regole comuni, altri in cui si applicano le regole speciali, altri ancora in cui vige un sistema misto". V. anche T. TRIDIMAS, *Member State Liability in Damages for Breach of Community Law: An assessment of the Case Law*, in J. BEATSON e T. TRIDIMAS, *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 11 - 33), pp. 27 – 28.

[12] A tal proposito uno dei testi di riferimento è S. PRECHAL, *Directives in EC law. Second, completely revisited edition*, Oxford University Press, New York, 2006. V., in particolare, pp. 152 – 156.

[13] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger del 19 settembre 1996. - The Queen contro Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton. - Causa C-66/95, R*acc. 1997 pagina I-02163.* **"***67 L'obbligo incombente agli Stati membri di dare piena effettività ai principi comunitari per i quali non sono stati previsti provvedimenti di armonizzazione si realizza quindi, secondo la vostra giurisprudenza, nel rispetto del principio dell'autonomia istituzionale, il quale implica che vengano adottate le misure necessarie all'applicazione delle norme comunitarie, nell'ambito dei sistemi statali, da parte delle istituzioni nazionali e secondo le procedure e i poteri di cui detti sistemi dispongono".*

[14] Sent. CGCE, 14 dicembre 1995. - Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga. - Causa C-312/93. Racc. I-04599: "*Alla luce di detti principi, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento".* Par. 14.

rilevante, perché un semplice rinvio alla disciplina nazionale potrebbe condurre ad una mancanza di tutela per il danneggiato[15]. In questo senso, eventuali disposizioni nazionali che ostacolino l'assolvimento dell'obbligo dei giudici nazionali di assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione garantendo un'effettiva tutela dei diritti dei singoli, devono pertanto essere disapplicate[16]. In altri termini, l'imposizione del principio dell'effettività comporta il necessario rispetto dello standard minimo che tutela il cittadino danneggiato riguardo alle condizioni per il diritto al risarcimento. In questo modo, l'autonomia processuale degli Stati membri, seppur intatta dal punto di vista formale, viene quantomeno indirizzata verso la realizzazione degli obiettivi comunitari[17].

Il terzo meccanismo regolatore è costituito dal principio di equivalenza, in virtù del quale la disciplina in materia di risarcimento dei danni imputabili allo Stato non può essere meno favorevole di quella che nel diritto statale in questione riguarda reclami analoghi di natura interna. L'interprete è pertanto chiamato a svolgere un complesso raffronto che si sviluppa in due fasi: il primo passaggio consiste nell'identificazione della "situazione comparabile" interna alla quale riferirsi, che deve essere seguita dalla verifica relativa all'idoneità dello strumento da utilizzare quale termine di comparazione, cui segue la fase di vero e proprio confronto fra rimedi processuali, in modo da valutare se l'azione di responsabilità per illecito comunitario offra garanzie quantomeno analoghe rispetto ad analoghi reclami di natura interna. Spetta

---

[15] A tal proposito, v. G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* 2, 2008, (pp. 505 – 517), pag. 512.

[16] Cfr. L. FUMAGALLI, *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati,* in *Studium Iuris,* 11, 2000, (pp. 1198 - 1208), pag. 1204. Tale orientamento è stato confermato una volta di più nella sentenza Unibet. Sent. CGCE, 13 marzo 2007, Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contro Justitiekanslern, Causa C-432/05, Racc. 2007 pagina I-02271. A tal proposito, v. G. BO, *La pronuncia della Corte di Giustizia nella causa Unibet tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione,* in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile,* 3, 2008, (pp. 1065 – 1078), pag. 1071.

[17] "La Corte interviene sulle discipline giudiziarie nazionali quando avverte che il disegno originario dei trattati – basato sull'idea dell'autonomia processuale degli Stati – non può tenere il passo dell'evoluzione del sistema comunitario; quando vede i limiti e le disfunzioni di quel disegno e nota che le esigenze del diritto comunitario, che va progressivamente ampliando obiettivi ed aree di competenza ben oltre il dominio dell'economia, rischiano di essere pregiudicati da meccanismi e strumenti di tutela inefficienti o privi di adeguate garanzie. L'opera della Corte non determina la fine dell'autonomia processuale dei Paesi raccolti nella Comunità, ne ridisegna semplicemente i confini e ne rifonda la finalità, accentuando il ruolo strumentale delle norme processuali nazionali rispetto all'esigenza di effettività del diritto comunitario, ove si tratti di dare attuazione a posizioni giuridiche soggettive discendenti da tale ordinamento". Cit. N. TROCKER, *L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici,* in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi,* 2011, (pp. 91 - 128).

dunque in primo luogo al giudice nazionale determinare se, effettivamente, esiste un parallelismo fra il ricorso basato sul diritto europeo e l'azione eventualmente prevista in diritto interno[18]: si tratta, in definitiva, di un raffronto, di carattere oggettivo ed astratto, delle modalità procedurali dei rispettivi ricorsi[19]. In tempi recenti, la Corte ha avuto modo di esprimersi anche in relazione alla responsabilità dello Stato – legislatore precisando che il principio di equivalenza implica la necessità di raffrontare la disciplina del diritto dei singoli (fondato sul diritto europeo) ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento dello Stato con quella interna relativa, in particolare, alla responsabilità aquiliana[20].

Quanto ricordato fin qui ci permette di cogliere le coordinate fondamentali intorno a cui si sono sviluppati gli orientamenti giurisprudenziali e i dibattiti dottrinali sviluppati negli ultimi anni in merito alla natura e al fondamento del rimedio in questione. In termini schematici, riassumiamo le posizioni in campo secondo questi due estremi. Secondo la tesi più nettamente dualista, il diritto previsto dalla giurisprudenza Francovich, in quanto pretesa di origine europea, non necessita di essere riletto secondo le categorie giuridiche nazionali, poiché non vi è analogia con un eventuale corrispondente strumento di diritto interno. Dunque, i giudici nazionali dovrebbero integrarlo in relazione agli elementi privi di specifica disciplina a livello europeo senza ricorrere ad eventuali istituti paralleli. L'orientamento opposto sostiene, invece, un'identificazione sostanziale tra strumenti di tutela al di là del diverso

---

[18] A tal proposito, v. Sent. CGCE, 17 giugno 1997, The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara (C-65/95) e ex parte Abbas Radiom (C-111/95). Cause riunite C-65/95 e C-111/95. Racc. I-03343. Per un riferimento a tale sentenza, v. G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS e J.P. KEPPENNE, *L'incidence du droit communautaire sur le droit national*, *Mélanges en hommage a Michael Waelbroeck*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1999, (pp. 517 – 551).

[19] Sent. CGCE, 16 maggio 2000, Shirley Preston e altri c. Wolverhampton Healthcare NHS Trust e altri e Dorothy Fletcher e altri c. Midland Bank plc. Causa C-78/98. Racc.I-03201. Par. 62. **"***Ne consegue che i vari aspetti delle modalità procedurali non possono essere esaminati singolarmente, bensì devono essere collocati nel loro contesto generale. Inoltre, tale esame non può essere condotto in modo soggettivo in funzione di circostanze di fatto, dovendo invece fondarsi su un raffronto oggettivo ed astratto delle modalità procedurali di cui trattasi".*

[20] In relazione a tale questione, la Corte di giustizia (CGCE, sent. 26-1-2010, causa C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL/Administración del Estado, in G.U.U.E. N. C 063 del 13/03/2010, pp. 4-5) ha affermato che l'azione di responsabilità dello Stato legislatore fondata sulla violazione del diritto dell'Unione Europea e quella per violazione della Costituzione attengono allo stesso oggetto. Per cui, il giudice ha confermato l'orientamento espresso dall'Avvocato Generale, circa l'equivalenza delle due azioni (Cfr. Avv. Gen. M. Poyares Maduro, concl. 9-7-2009, causa C-118/08, Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL., in Racc., pp. 4 - 5). Per un commento mi permetto di segnalare L. BAIRATI, *La responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore in Spagna. Elementi di riflessione per l'osservatore italiano, sulla scorta della recenti pronunce della Corte di giustizia U.E,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo,* IV, 2010, (pp. 1363-1379).

fondamento dei rimedi in esame. Questa seconda tesi conduce, dunque, ad assolutizzare il concetto di ingiustizia del danno, che rimarrebbe sostanzialmente inalterata dalla diversità di fondamento giuridico, europeo o nazionale, della norma giuridica violata.

Come vedremo, si tratta di soluzioni che, di per sé, risultano tutte quante potenzialmente rispettose dei presupposti e dei meccanismi regolatori imposti a livello europeo. Infatti, i giudici nazionali hanno optato per le diverse opzioni senza incorrere in procedure di infrazione o ammonimenti in tal senso. Tuttavia, tale alternativa conduce a conclusioni assai diverse sia sotto il profilo concettuale sia dal punto di vista delle conseguenze giuridiche. Gli esempi specifici che proponiamo nelle pagine a seguire aiutano a meglio comprendere quanto esposto fin qui.

Il primo orientamento, secondo cui il rimedio ex Francovich avrebbe, in nome del fondamento europeo, natura di per sé estranea rispetto alle categorie giuridiche nazionali, impone che non vi siano analogie o parallelismi rispetto a corrispondenti strumenti di tutela previsti a livello nazionale. Dal che deriverebbe che i giudici nazionali dovrebbero integrare la disciplina europea tramite la disciplina di diritto comune, senza applicare quella relativa al "falso parallelo". Questa tesi negli ultimi anni è stata applicata alla responsabilità per violazione del diritto europeo imputabile ai giudici, producendo risultati di cui conviene fare tesoro anche nella riflessione relativa alla funzione legislativa. Autorevole dottrina sostiene che la legge nazionale e il paradigma comunitario applicabile all'attività giurisdizionale riguardano fattispecie diverse e che un raffronto fra le due discipline risulta pertanto impoprio: di conseguenza, l'illecito coniato a livello europeo non si caratterizza in via ontologica quale illecito giudiziario, ma quale illecito dello Stato in senso proprio, "rispetto al quale è un accidente che si tratti di organo legislativo, esecutivo o giudiziario"[21]. Ne consegue che, in tale caso, devono trovare applicazione gli ordinari rimedi processuali, e anche la disciplina relativa all'elemento soggettivo deve essere rinvenuta nella disciplina di diritto comune, e non in quella relativa alla responsabilità civile del magistrato. Tale soluzione è stata adottata nella sentenza del 23 aprile 2008, in cui il Tribunale di Genova, Sez. I, (pur avendo rigettato l'azione) ha deciso nel merito la domanda ex art. 2043, facendo esclusivo riferimento ai parametri individuati dalla giurisprudenza comunitaria[22] e non applicando la legge 117/88 relativa alla responsabilità

[21] Cit. da E. SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario,* in *Danno e Responsabilità,* 1, 2005, (pp. 3-13), pag. 8. Tuttavia, nel primo caso "la gravità è riferita al fatto inteso in senso oggettivo, nell'altro alla colpa come elemento soggettivo della fattispecie". Cit. da T. TORRESI, *La responsabilità dello Stato per violazione del Diritto Comunitario*, in N. LIPARI, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. IV, CEDAM, Padova, 2003, (pp. 644 - 679), pag. 675.

[22] In proposito, soprattutto, si noti che il Giudice richiama non solo il requisito della violazione "grave e manifesta" del diritto comunitario, ma evidenzia altresì due ulteriori

civile del magistrato. Secondo questo approccio, per l'integrazione della fattispecie non si dovrebbe applicare la disciplina ex l. 117/88 nemmeno in relazione a quegli elementi che risulterebbero conformi al principio di effettività, quali per esempio quelli relativi al termine di prescrizione (art. 4) e all'azione di rivalsa (art. 7). Infatti, quest'ultima disciplina risulterebbe inapplicabile non in forza dell'effettività del diritto dell'Unione ma in forza delle diversità di fattispecie e, quindi, nella mancanza dei presupposti di applicabilità della normativa in discorso[23].

In sede di commento, è opportuno avvertire che questa soluzione, al di là delle conseguenze giuridiche prodotte che possono persino risultare più favorevoli ai soggetti danneggiati, si scontra in primo luogo con la giurisprudenza europea, che in riferimento alla responsabilità del legislatore ha stabilito l'analogia rispetto all'illecito comunitario[24]. In secondo luogo, l'analisi delle sentenze straniere dimostra che i giudici nazionali tendono ad applicare la disciplina relativa alla responsabilità dello Stato per fatto del giudice anche in caso di violazione del diritto dell'Unione Europea[25]. Infine, questa soluzione produrrebbe una duplicità di strumenti di tutela a seconda del fondamento, europeo o nazionale, della posizione giuridica violata, e in definitiva una situazione non certo auspicabile sotto il profilo della razionalità del sistema nel suo complesso oltre che difficilmente sostenibile dal punto di vista costituzionale, alla luce del principio di uguaglianza sancito nell'art. 3 Cost.. Infatti, in questo modo si stabilisce una sorta di doppio binario. Nel caso in cui l'illecito dedotto sia la violazione della legge comunitaria, l'unico requisito per l'affermazione della responsabilità dovrebbe essere il carattere manifesto della violazione stessa da parte dell'organo giudiziario; nei giudizi aventi ad oggetto condotte giudiziarie lesive di norme e diritti che si fondano unicamente sul diritto interno, continuerebbe invece a trovare applicazione la legge 117/88. Dunque, anche supponendo che nell'ipotesi di illecito comunitario siano applicabili i presupposti propri dell'art. 2043 c.c. e non quelli della legge

criteri: "la sistematicità della violazione e gli effetti negativi sulla realizzazione degli obiettivi che le norme comunitarie si ponevano". Tali requisiti non risultano esplicitati nella sentenza Köbler (Sent. CGCE, 30 settembre 2003. Gerhard Köbler c. Republik Österreich. Causa C-224/01. Racc. I-10239), né nella sentenza Traghetti del Mediterraneo (Sent. CGCE (grande sezione), 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana. Causa C-173/03. Racc. I-05177): entrambe, infatti, si erano limitate a richiedere che la norma comunitaria violata conferisse diritti ai singoli, che la violazione fosse grave e manifesta e che sussistesse un nesso causale con il danno.

[23] Cfr. E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice,* in *Foro Italiano,* 2006, (pp. 418 - 420), pag. 419.

[24] Rinviamo alla sentenza CGCE, Causa C-118/08 *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL* contro *Administración del Estado*, menzionata in nota 19.

[25] Cfr., Sent. Conseil d'État, ass18 giugno 2008, *Robert Gestas,* n. 295831; Sentencia de la Audiencia Nacional, 10 febbraio 2009, RJCA 2009/224.

117/88, le tensioni fra le due discipline, già denunciate dalla dottrina, non potranno che affiorare anche in sede di applicazione[26].

Tale esperienza risulta utile anche in relazione alla responsabilità dello Stato – legislatore, che si pone in termini ancora più estremi in ragione del fatto che l'ordinamento interno non prevede alcun regime in tal senso. In quest'ambito, il doppio binario consiste nel fatto che, semplicemente, il cittadino danneggiato da mancato, tardivo o scorretto recepimento di una direttiva, troverà tutela grazie al rimedio elaborato a livello europeo, mentre rimarrà senza tutela nel caso di danno derivante da legge incostituzionale (a meno di uno specifico intervento da parte del legislatore). Rispetto a tale situazione, parallela a quella appena descritta relativa alla responsabilità per fatto del giudice, sarebbe auspicabile un nuovo intervento legislativo, volto a correggere la discriminazione di fatto derivante da questa differenziazione fra strumenti di tutela a fronte di posizioni giuridiche interessate da forti elementi di analogia. In alternativa, sulla medesima constatazione potrebbe fondarsi una pronuncia della Corte Costituzionale in relazione al fatto che le posizioni giuridiche di derivazione europea vengono tutelate maggiormente rispetto a quelle fondate sul diritto interno[27].

La soluzione opposta mette in luce il fondamentale elemento di contraddizione del sistema soprattutto negli ordinamenti, come quello italiano, che non prevedono una forma di responsabilità del legislatore secondo il diritto interno. Nel sistema italiano non si trova uno strumento corrispondente al risarcimento derivante da violazione del diritto europeo da parte del legislatore, per cui, in relazione a detta funzione, questa seconda opzione non può darsi[28]. Secondo questa prospettiva, il conflitto fra attività legislativa e principio di responsabilità aquiliana appare in tutta la sua evidenza, e

---

[26] L'opportunità di svolgere questa riflessione è stata offerta dalla sentenza Traghetti del Mediterraneo, in cui il giudice comunitario si è pronunciato sulla compatibilità di alcune previsioni contenute nella legge con il paradigma comunitario di responsabilità dello Stato per illecito imputabile all'autorità giurisdizionale o, per meglio dire, "la giurisprudenza comunitaria ha scardinato l'impianto della legge n° 117 del 1988". Cit. F. BIONDI, *Dalla Corte di giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati,* in *Quaderni Costituzionali,* 4, 2006, (pp. 839 - 842), pag. 841.

[27] In relazione alla responsabilità per fatto del giudice parte della dottrina si è riferita ad una forma di "discriminazione alla rovescia" fra gli stessi cittadini italiani qualora l'ordinamento interno disponga un grado di protezione più basso di quello accordato per le violazioni del diritto dell'Unione. Cfr. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una "case story" in attesa del finale,* in , pag. 375; C. DI SERI, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* 6, 2006, (pp. 1116 - 1131), pp. 1130 – 1131.

[28] In relazione alla pubblica amministrazione e ai giudici, invece, il problema non si pone in questi termini, poiché i giudici nazionali dovrebbero applicare le rispettive discipline, disapplicando, puntualmente, gli elementi che entrano in conflitto con la giurisprudenza europea.

costituisce una delle cause dell'orientamento ondivago della giurisprudenza italiana di cui daremo conto nelle prossime sezioni. La confusione fra le categorie del risarcimento e dell'indennizzo è dovuta, in primo luogo, al fatto che il principio elaborato dalla Corte di giustizia non trova un corrispondente in diritto interno. D'altra parte, come vedremo nel corso della trattazione, le ultime pronunce della Corte di Cassazione offrono delle sollecitazioni di cui fare tesoro, in relazione alla relativizzazione delle categorie nazionali all'interno di un spazio giuridico complesso e multilivello come quello europeo[29].

Prima di dedicarci a tale questione, riteniamo opportuno dedicare una sezione all'influenza, in chiave comparata, dell'elemento culturale, a proposito dell'accostamento delle categorie della responsabilità aquiliana alla funzione legislativa.

2. La responsabilità dello Stato – legislatore in chiave comparata. Resistenze culturali e nuove prospettive di apertura.

Il secondo fondamentale fattore di mutamento della conformazione dell'illecito comunitario attiene agli elementi culturali e di comunicazione informale fra i giudici operanti ai diversi livelli[30].

In termini generali, in relazione alle conseguenze patrimoniali del cattivo esercizio dell'attività legislativa, il panorama europeo è tradizionalmente caratterizzato da una certa resistenza culturale, e la ritrosia nel riconoscere tale fattispecie è ancora oggi tutt'altro che scomparsa. Perciò, a seconda delle esperienze nazionali considerate, sono state adottate soluzioni diverse, che hanno prodotto conseguenze di estremo rilievo sia per quanto riguarda l'applicazione del principio di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione sia in relazione alla configurazione di una forma di responsabilità dello Stato legislatore in diritto interno. In questo senso, ruolo fondamentale è

[29] Sent. Cass., Sez. III civile, n. 10813 del 17 maggio 2011, Par. 3: "Il Collegio non ignora che l'arresto delle Sezioni Unite è stato da parte della dottrina criticato con riferimento all'affermazione del non potersi collocare il comportamento dello Stato, di inadempimento dell'obbligo di attuazione di una direttiva, sul piano dell'illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c., per non essere qualificabile come comportamento antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento interno, ma solo in quello comunitario. La critica, peraltro, sembra avere frainteso l'affermazione della non illiceità ed antigiuridicità di tale comportamento, perché le ha attribuito un carattere assoluto, invece che relativo alla sola fattispecie di cui all'art. 2043 e ss. c.c. Viceversa, l'intento delle Sezioni Unite, là dove hanno fatto quella affermazione sembra da relativizzare, cioè si deve intendere parametrato esclusivamente alla qualificazione di illiceità ed antigiuridicità alla stregua di quelle norme e secondo le note identificative delle fattispecie da esse previste".

[30] "*The national legal order tries to find the most appropriate way to accomodate the new insight into its own conceptual structure and legal culture. As a result, the national solutions are not identical in form, even if they may be broadly similar in result*". Cit. da J. BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in J. BEATSON e T. TRIDIMAS, *New directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 147 - 165), pag. 161.

stato ricoperto dai giudici nazionali, chiamati a giudicare in merito alle azioni dei soggetti danneggiati dalla violazione del diritto dell'Unione, e protagonisti nel dialogo con la Corte di giustizia tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. I giudici nazionali, dunque, protagonisti della comunicazione fra livelli, sono al contempo arbitri dell'operatività di detto strumento e della sua configurazione in fase di applicazione[31]. D'altra parte, sotto il profilo delle ripercussioni nello sviluppo delle categorie nazionali della responsabilità pubblica, i legislatori nazionali, pur in una fase di desacralizzazione della legge come fonte del diritto, sono sollecitati ad intervenire in modo da assicurare un'armonica tutela delle posizioni giuridiche fondate su diversi livelli di produzione normativa.

La possibilità che lo Stato sia condannato al risarcimento del danno per fatto del legislatore ha sollevato un intenso dibattito collegato al fatto che nelle democrazie classiche, caratterizzate da una rigida separazione dei poteri, il legislatore non può, strutturalmente e concettualmente, essere condannato al risarcimento del danno nei confronti dei soggetti danneggiati dalla sua attività[32]. Infatti, il dogma dell'infallibilità del legislatore, sintetizzato tramite

---

[31] In relazione all'illecito comunitario, il peso dell'elemento culturale in relazione all'interpretazione dei giudici nazionali è stato evidente in relazione all'applicazione del secondo requisito elaborato dalla Corte di giustizia, ovvero alla violazione sufficientemente caratterizzata. Tale requisito, dai contenuti volutamente ambigui, consente ai giudici nazionali un certo margine di discrezionalità. Infatti, pur trattandosi di un presupposto che tende all'oggettivizzazione della responsabilità in esame, non pregiudica completamente la possibilità per il giudice nazionale di richiedere la prova dell'elemento soggettivo, seppur declinato secondo le categorie della responsabilità pubblica. In questo modo, la Corte, adotta una soluzione eclettica, che costituisce una soluzione di compromesso fra i modelli di responsabilità soggettivo ed oggettivo, e quindi è in grado di incardinarsi nei diversi ordinamenti nazionali, che prevedono regimi di responsabilità pubblica molto dissimili fra loro. La previsione di un sistema di responsabilità oggettiva sarebbe risultato contrario a quanto previsto nella maggioranza degli ordinamenti giuridici nazionali e, dall'altra, avrebbe portato ad un trattamento più severo dello Stato violatore rispetto all'Istituzione comunitaria inadempiente. D'altro canto, non prevedendo il requisito autonomo della colpa, la Corte ha evitato di prevedere espressamente la soggettivizzazione del sistema, il che avrebbe costituito un grosso ostacolo alla tutela effettiva dei diritti dei cittadini danneggiati dal comportamento degli Stati inadempienti. In ogni caso, come precedentemente accennato, la questione non riguarda il mancato recepimento di direttiva comunitaria, in cui il danneggiato non ha bisogno di dimostrare la sussistenza del secondo presupposto, che risulta *in re ipsa*.

[32] "… *the idea that the State could not be held liable in damages for acts or omissions of the primary Legislature was, and still is, a widespread dogma. The immunity of the King as Sovereign has been taken over by the State acting as the primary legislature, the expression of the Sovereign Will of People, or by Parliament itself. Among the arguments against liability of the State for acts or omissions by Parliament are the most fundamental principles of democracy, separation of powers, absence of judicial review of primary legislation, and the notion that the courts should not interfere with law-making. Other arguments include the more practical idea that the law-making power must not be hindered by the threat of damage claims, the idea that Acts of Parliament are general and abstract, or the claim that primary legislation will hardly ever directly cause damage to individuals, and finally the floodgate argument. The risk for wrongful legislation, or*

l'antica formula "*the King can do no wrong*", implica necessariamente "la difficoltà di un accostamento tra le categorie civilistiche della responsabilità aquiliana e la sfera di estesa discrezionalità che compete al legislatore, deputato a compiere scelte politiche nell'interesse della collettività"[33].

L'eventualità che un legislatore possa essere condannato al risarcimento dei danni è conseguenza della progressiva erosione del dogma dell'infallibilità dei poteri legislativi nazionali, a seguito del diffondersi delle Costituzioni rigide del XX secolo, ovvero di un paradigma di legalità vincolante non solo per i poteri esecutivo e giudiziario, ma anche per il legislatore ordinario[34]. Parallelamente, la formazione del diritto dell'Unione Europea ha introdotto un nuovo parametro di legalità, che limita lo Stato nella propria discrezionalità e pone le premesse per prefigurare una forma di responsabilità patrimoniale nei confronti di soggetti che soffrano un danno che, secondo il diritto sopranazionale, non avrebbero il dovere di sopportare[35]. A tal proposito, nelle

---

legislation which overwise causes damage, thus lies not with the State, but with the individuals or companies suffering harm. In some systems, liability for legislative wrong may be excluded on grounds of a theoretical conception or rights which the citizen may have against the legislating State or of the duties which the legislating State has vis-à-vis individual citizens; or the fact that the legislative State acts in the "general interest'"". Cit. da M. CLAES, *The National Courts Mandates in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006cit., pp. 286 – 287.

[33] Cit. da C. PASQUINELLI, *Illecito "comunitario" del legislatore e art. 2043 c.c.: la Cassazione interviene ancora,* in *Responsabilità civile e previdenza,* 07/08, 2008, (pp. 1578-1590), pag. 1580. Tale formula appare in testi fondamentali della letteratura giuridica inglese, fra i quali ricordiamo gli *Institutes of the Laws of England* di Edward Coke e i *Commentaries on the Laws of England* di Edward Blackstone. A tal proposito, v. H. BARRY, *The King can do no wrong,* in *Virginia Law Review,* 11, 5, 1925, (pp. 349 - 371).

[34] "… la ricerca delle ragioni profonde che militano a favore della responsabilità dello Stato per il fatto del legislatore conduce … alle radici ideali della tradizionale formula Stato-di-diritto, all'avvento storico delle Costituzioni rigide e all'affermarsi del controllo di costituzionalità delle leggi: frontiere del diritto moderno dalle quali è irrealistico pensare di poter regredire". Cit. da C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti,* in *Politica del diritto,* XXXVIII, 3, 2007, (pp. 347 - 376), pag. 359. A tal proposito, Giorgio Lombardi ha affermato che "il rapido modificarsi degli eventi, in seguito all'irrompere della giurisprudenza comunitaria, benché ancora in fase embrionale, è però stato possibile proprio in quanto proveniente da "altro" ordinamento, là dove l'alterità è forse elemento ancora più importante della sovraordinazione. Le frontiere esterne del diritto sono più facilmente riconoscibili – e ad esse ci si adegua con minore difficoltà e forse, con maggiore rassegnazione – di quelle interne, che richiedono uno sforzo assai più importante, perché implicano la necessità di riflessione al proprio interno". Cit. da G. LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore,* in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana,* parte 1, fasc. 11, 2000, (pp. 1099-1104), pp. 1103 – 1104.

[35] "Quando il legislatore sia tenuto, nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali, all'osservanza di determinati vincoli imposti da norme e principi superiori (norme costituzionali o comunitarie), osservanza che pure è sottoposta a controllo, sia di costituzionalità che di compatibilità comunitaria, non v'è ragione alcuna di teoria giuridica generale o norma scritta o non scritta per negare che il danno eventualmente prodotto dalla violazione di quei vincoli debba essere risarcito. D'altra parte, se si ammette che l'esercizio legittimo della funzione

conclusioni alla sentenza Francovich, l'Avvocato Generale Mischo ha affermato che "non è esagerato affermare che, per quanto riguarda la trasposizione delle direttive, il legislatore si trova in una posizione analoga a quella dell'amministrazione incaricata dell'esecuzione di una legge"[36]. Da questo punto di vista, l'elaborazione di un parametro mediante il quale valutare l'attività del legislatore nazionale, da cui può derivare la condanna al risarcimento dei danni, costituisce un forte elemento di discontinuità rispetto a quanto stabilito negli ordinamenti nazionali, che tradizionalmente non prevedono un illecito dello Stato legislatore, fonte di obblighi risarcitori[37]. Prima dell'avvento della giurisprudenza Francovich, la questione della responsabilità dello Stato legislatore, sollevata non solo in Europa[38], ha conosciuto nei diversi sistemi un'evoluzione difforme. Prima di dedicarci al caso italiano, dedichiamo un passaggio alle esperienze francese e spagnola, che sotto questo profilo costituiscono casi notevoli nel panorama europeo.

In Francia il principio di responsabilità dello Stato legislatore si è affermato tardivamente e con estrema difficoltà. La dottrina statual-legalista, che impone il rispetto del monopolio della produzione del diritto da parte di ciascun legislatore nazionale, si è affermata, come noto, nel periodo dei nazionalismi e vede il suo più esplicito manifesto nel *Code Civil des Français*[39]. Esso non costituisce solo la più alta affermazione della statualità del diritto, ovvero della relazione biunivoca fra Stato nazionale e ordinamento giuridico, ma è il documento che meglio esprime la prospettiva di un diritto di formazione prettamente legislativa, in cui il giudice e la dottrina svolgono un ruolo del tutto secondario. Analogamente ad altri Stati europei, in Francia

---

legislativa possa dar luogo ad indennizzo (si pensi a una legge di nazionalizzazione o di esproprio), francamente non si capisce dove risieda l'ostacolo giuridico a che un esercizio illegittimo della funzione legislativa dia luogo a risarcimento del danno". Cit. da G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006, pp. 27 – 28.

[36] Conclusioni, n° 47.

[37] A tal proposito, segnaliamo che la responsabilità dello Stato legislatore trova applicazione discontinua e sottoposta a condizioni restrittive anche negli ordinamenti in cui trova qualche fondamento costituzionale o legislativo, fra cui ricordiamo la Spagna (cui dedicheremo un passaggio), il Portogallo (Articolo 21, paragrafo 1, della Costituzione del 2 aprile 1976 (art. 22 dopo la revisione del 30 settembre del 1982)), i Paesi Bassi (Sentenza del Tribunale di Hoge Raad dell'11 ottobre 1992, Van Hilten, NJ/AB 1992, 62 e sentenza del tribunale dell'Haya del 18 luglio 1984, Roussel Laboratoria e.a./Stato olandese (Minidoc n° QP/01013-P1) e la Grecia (Art. 105 della legge di introduzione al codice civile). Cfr. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, , pag. 300. Un'esauriente panoramica relativa a diversi sviluppi nazionali della teoria responsabilità del legislatore è offerta in CLAES, *The National Courts Mandates in the European Constitution*, cit., pp. 286 – 301.

[38] Un breve cenno all'esperienza degli Stati Uniti è offerto in LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore,* in *,* pag. 1104.

[39] Per una disamina relativa alla codificazione civile francese, v. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2008, pag. 219 e ss.

l'idea che il potere legislativo potesse commettere un illecito aquiliano si è scontrata con principi e valori costituzionali relativi alle prerogative della funzione legislativa ed allo *status* della legge come principale fonte del diritto[40]. Secondo la concezione del tutto dominante durante il XIX e buona parte del XX secolo, il legislatore era considerato giuridicamente "irresponsabile": i poteri del Parlamento erano senza limiti, e i suoi atti, per quanto pregiudievoli per le posizioni giuridiche individuali, non potevano condurre ad alcuna forma di risarcimento. Infatti, la legge era di per sè "intoccabile", e in quanto espressione della volontà generale, non sembrava suscettibile di arrecare danni risarcibili[41]. Inoltre, nessun giudice ("*Bouche de la loi*", secondo la celeberrima espressione coniata da Montesquieu) era competente per giudicare l'attività del Parlamento, e la legge era considerata come un atto sovrano, che i giudici erano chiamati ad applicare senza possibilità di modifica o giudizio in relazione alla condotta del legislatore.

L'enfasi posta sulla libertà della funzione legislativa è alla base del diverso ruolo svolto dal *Conseil Constitutionnel* rispetto ai rispettivi tribunali costituzionali europei[42]. È questa la ragione per la quale, fino a tempi non lontani, l'illecito costituzionale non era nemmeno configurabile, poiché tradizionalmente l'ordinamento francese è stato caratterizzato da un controllo di costituzionalità esclusivamente preventivo ed astratto[43].

---

[40] Cfr. L. DUBOUIS, *La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté,* in *R.F.D.A.,* 3, 1996, (pp. 583 - 601), pp. 583-595.

[41] Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931, pag. 20.

[42]M.R. FERRARESE, *Dal "verbo"legislativo a chi dice l'"ultima parola": le Corti costituzionali e la rete giudiziaria,* in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi,* 2011, (pp. 63 - 89), pag. 74.

[43] Come noto, la situazione è cambiata a seguito della *LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution,* di applicazione della *LOI constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République*, che ha introdotto anche in Francia un controllo di costituzionalità a posteriori. Vi è chi sostiene che tale riforma possa essere considerata almeno in parte conseguenza di una sollecitazione proveniente dal diritto comunitario e dagli altri ordinamenti nazionali. A tal proposito, la dottrina francese già da diversi anni perorava l'introduzione di un controllo di costituzionalità a posteriori, sostenendo che il meccanismo di controllo di costituzionalità esclusivamente astratto e a priori costituisse una soluzione antiquata e eccentrica rispetto al modello progressivamente affermatosi in Europa. Inoltre, la dottrina francese, prima della recente riforma, ha a più riprese richiamato la dottrina europea anche a questo proposito, affermando che, se il *Conseil Constitutionnel* avesse potuto svolgere un controllo di costituzionalità a posteriori, sarebbe stato del tutto ammissibile per il giudice ordinario applicare il regime di responsabilità per colpa anche in un caso di legge incostituzionale. A tal proposito, v. P. BON, *La responsabilité du fait des lois pour les dommages causés par des animaux appartenant à des espèces protégées,* in *Revue Française de Droit Administratif,* 2004, (pp. 151 - 155), pag. 155, secondo cui "*Le droit comparé montre d'ailleurs que la question de la responsabilité de l'État législateur est devenue l'un des grands problèmes d'actualité du droit publique, provoquant ou laissant entrevoir des évolutions considérables. Il serait étonnant qu'il n'en aille pas bientôt de même en France*". V.

Per quanto riguarda la responsabilità del legislatore in diritto interno, l'ordinamento francese prevede solamente una forma di indennizzo, che ben poco ha a che vedere con i canoni tipici dell'illecito aquiliano. Il primo riconoscimento della c.d. "*responsabilité du fait des lois*" fu operato dal *Conseil d'État* (in seguito, CDE), fortemente orientato ad un'idea di equità, come applicazione del principio di uguaglianza davanti ai pubblici poteri. Il CDE, con l'*arrêt* La Fleurette, ha introdotto il principio secondo cui la responsabilità per fatto del legislatore si fonda non sul carattere colpevole della sua condotta, ma sull'esistenza di un danno derivante da una "*rupture d'égalité devant les charges publiques*"[44]. Di conseguenza il giudice non valutava direttamente l'attività legislativa, ma accordava l'indennizzo al mero fine di ristabilire l'uguaglianza dei cittadini dinanzi ai pubblici poteri, tramite un giudizio circa il danno sofferto dalla vittima. La successiva evoluzione giurisprudenziale, in ossequio al principio della separazione dei poteri, lungi dall'estendere al legislatore le categorie della responsabilità pubblica, ha lasciato intatta la sua irresponsabilità a livello dogmatico, introducendo qualche forma di correttivo rispetto a particolari casi concreti[45]. Di conseguenza, la giurisprudenza che prende avvio dalla sentenza *La Fleurette* conduce sostanzialmente a negare la titolarità di un diritto al risarcimento dei danni imputabili alla funzione legislativa[46].

In questo quadro, risulta estremamente significativo l'esame delle soluzioni adottate dai giudici francesi per contemperare il dovere di rispettare la giurisprudenza europea e la necessità di lasciare intatto il dogma

---

anche F. CHALTIEL, *D'une pierre, deux coups: primauté et responsabilité renforcées,* in *La Loi/Le Quotidien Juridique,* 43, 2007, (pp. 5 - 9)

[44] Secondo alcuni, la soluzione adottata dal CDE costituiva una vera e propria rivoluzione, che sovvertiva il principio di irresponsabilità. Altri, invece, sostenevano che la sentenza *La Fleurette* avesse introdotto nient'altro che una "irresponsabilità limitata" o "*une pseudo-responsabilité de l'État législateur*". La prima posizione è espressa in C. CHAUMONT, *La responsabilité extra-contractuelle de l'État dans l'exercice de la fonction législative,* in *Revue du Droit Publique et de la Science Politique en France et a l'etranger,* 1940, (pp. 202 - 217), pag. 200. La tesi opposta è invece sostenuta in G. MORANGE, *L'irresponsabilité de l'État legislateur – Evolution et avenir*, Dalloz, Paris, 1962.

[45] In talune occasioni, tale principio è stato richiamato anche in tempi recenti per negare che il giudice amministrativo possa condannare lo Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario. V. ad es. la sentenza del *Tribunal administratif de Paris* (*France nature environnement*, 7 maggio 2004), secondo cui la separazione dei poteri impedisce al giudice di condannare al risarcimento del danno conseguente alla mera elaborazione e approvazione di un testo legislativo. La conseguente formula del "*coupable non responsable*" è stata oggetto di aspre critiche da parte della dottrina. V., ad es., G. ALBERTON, *Le législateur francais transgressant le Droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable?,* in *A.J.D.A.,* 2006, (pp. 2155 - 2162), pag. 2258.

[46] Cfr. M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'elaboration du droit de la responsabilitè administrative*, L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 174 - 175; S. BELAID, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, L.G.D.J., Paris, 1974, pag. 214; R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2007, pag. 1426.

dell'irresponsabilità del legislatore. A partire dalla celebre sentenza *Arizona Tobacco*[47], il CDE ha inaugurato un orientamento volto a far slittare, per quanto possibile, la responsabilità imputabile alla funzione legislativa verso l'amministrazione, in modo da riaffermare l'irresponsabilità del legislatore riconoscendo ai soggetti danneggiati una forma di risarcimento. Il giudice ha così sostenuto che la violazione del diritto comunitario fosse effettivamente imputabile al legislatore, ma che il fatto generatore del pregiudizio risiedesse nell'illegalità degli atti amministrativi di applicazione della legge[48]. Questa teoria, detta del "*règlement-écran*"[49], ebbe grande successo, tanto che ancora attualmente vi si fa ricorso per ridurre il più possibile le ipotesi di responsabilità del legislatore, tramite un parallelo allargamento delle ipotesi di responsabilità dell Pubblica amministrazione[50].

In questo modo, il giudice, senza ammettere che vi possa essere un illecito legislativo, dichiara che la legge incompatibile col diritto dell'Unione ha esercitato un'influenza preponderante sulla legalità degli atti amministrativi che, pur non costituendo il fatto generatore del danno, rappresentano il principale elemento di diritto interno che ha concorso alla sua realizzazione. Il giudice francese, tuttavia, sostiene che l'illegalità della decisione amministrativa non deriva direttamente dall'applicazione di una legge incompatibile con il diritto dell'Unione, perché se così fosse, il giudice riconoscerebbe, quanto meno implicitamente, la colpa del legislatore. Invece, "*l'illégalité résulte de ce que l'administration a appliqué une disposition législative qui est inapplicable parce qu'inconventionnelle*"[51]. In definitiva il giudice francese, che cerca di tenere il più possibile distinte le nozioni di contrarietà al diritto dell'Unione e di illegalità amministrativa, si esprime circa la mancanza di fondamento giuridico dell'atto

---

[47] CE, 28 febbraio 1992, *Société Arizona Tobacco Products et Société Anonyme Philip Morris France*, RDP 1505. Rec. 78. FINES, *Notes sous* CE, 28 fevrier 1992, S*ociété Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, RD publ. 1992, pag. 1504, note 105

[48] In questo modo, "*le fait générateur du préjudice se trouve dans un acte règlementaire (le décret de 1976 habilitant le ministre à fixer le prix des tabacs manufacturés) et non dans une loi. Si la loi de 1976, qui pose le principe du prix unique des tabacs manufacturés, avait été à l'origine du préjudice, alors le régime de la responsabilité du fait des lois, responsabilité sans faute, aurait dû s'appliquer*". Cit. da C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problemes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1995, pag. 477.

[49] Formula coniata da L. DUBOUIS, *Directive communautaire et loi française: primauté de la directive et respect de l'interprétation que la Cour de justice a donnée de ses dispositions,* in *R.F.D.A.,* 8, mai-juin 1992, (pp. 425 - 433).

[50] Tale *escamotage* è assecondato dai cittadini danneggiati che, interessati ad ottenere il risarcimento del danno anche a scapito della corretta individuazione del soggetto autore dell'illecito, tendono ad allegare una violazione imputabile alla Pubblica Amministrazione piuttosto che al legislatore, nella certezza che rivolgendosi nei confronti della prima, la propria domanda avrà maggiori probabilità di essere accolta.

[51] Cit. da C. BROYELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 2003, pag. 258.

amministrativo riferendosi all'atto normativo come atto "*dont il y a lieu d'écarter l'application*"[52].

Solo in tempi recenti, in tema di responsabilità del legislatore, il CDE ha affermato che il soggetto danneggiato a seguito di violazione del diritto dell'Unione ha diritto ad un risarcimento, non essendo applicabile il tradizionale regime di responsabilità senza colpa[53]. Tuttavia, le affermazioni del giudice hanno lasciato margini di incertezza, circa il fondamento di tale nuovo regime, a proposito del quale sono state formulate due diverse interpretazioni. Secondo una prima interpretazione, ci troveremmo di fronte ad un regime autonomo rispetto alle tradizionali categorie di responsabilità "*sans faute*" e "*fautive*". Si tratterebbe, dunque, di un regime speciale, *sui generis* e di natura oggettiva, applicabile solo nel caso in cui si verifichino le tre condizioni imposte dalla giurisprudenza comunitaria. Tale posizione, espressa dal Comissario del Governo L. Derepas, propone la sussistenza di un terzo regime di responsabilità nella specifica ipotesi di violazione del diritto comunitario [54]. Secondo una diversa interpretazione, ci troveremmo di fronte ad un caso in cui si applica, eccezionalmente, il regime di responsabilità per colpa[55]. Questa seconda soluzione provoca un'evidente forzatura delle tradizionali categorie,
poiché mette in discussione il classico assetto fra regimi di responsabilità.

Tuttavia, permette, coerentemente con il paradigma comunitario, di introdurre un'ipotesi speciale di responsabilità colposa del legislatore, senza configurare alcun "terzo regime" di responsabilità. Secondo una terza posizione, tale fattispecie potrebbe rientrare nella responsabilità senza colpa,

---

[52] Nelle sue conclusioni alla sentenza Rothmans, Philip Morris del 28 febbraio 1992, Martine Laroque segnala che le autorità amministrative "*doivent, dans l'exercice du pouvoir règlementaire, appliquer une novelle hiérarchie des normes*", e che "*si elles ne s'y conforment pas, elles commettent (…) une illegalité de nature á engager la responsabilité de l'État*". Cit. da CE, 28 febbraio 1992, *Soc. Rothmans, Philip Morris*, A.J.D.A., 1992, pag. 210, concl Laroque. Ibidem , pag. 275 e ss. ; V. anche H. LABAYLE, *L'effectivité de la protection jurisdictionnelle des particuliers – Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne,* in *R.F.D.A.,* 1992, (pp. 619 - 642), pag. 619 e, specialmente, pag. 636.

[53] Cfr. CE, 8 febbraio 2007, *Gardedieu*, JCP A 2007, act. 150.

[54] Tale tesi si fonda sul principio per cui il giudice è ancora oggi "*bouche de la loi*", e quindi non può, se non grazie ad un'espressa investitura, emettere un giudizio circa la condotta del legislatore. Tuttavia, se il giudice francese non può applicare al legislatore un regime di responsabilità per colpa in quanto giudice interno, può tuttavia applicare il diritto dell'Unione (e quindi, ovviamente, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia), in quanto giudice decentrato di diritto comunitario o "*juge européen de la responsabilité*". A tal proposito, v. F. CHALTIEL, *Le juge administratif, juge européen,* in *Revue de droit Publique en France et a l'étranger,* 6, 2008, (pp. 283 - 290).

[55] Si tratta della soluzione ampiamente sostenuta dalla dottrina francese. A tal proposito, v., fra gli altri, C. DEFFIGIER, *L'eventuelle responsabilité de l'Etat pour faute du fait de l'inconventionnalité de la loi,* in *A.J.D.A.,* 59, 18, 2003, (pp. 955 - 958).

fondata sull'anomalia del fatto generatore, consistente nell'approvazione di una legge anticomunitaria[56].

Nel panorama europeo, l'ordinamento spagnolo è generalmente indicato come quello che più apertamente riconosce la responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore. Tale strumento di tutela non è previsto esplicitamente dalla Costituzione (mentre un riconoscimento implicito consiste nell'art. 9.3[57]), e non è regolato da alcuna disposizione legislativa organica ed unitaria. Circa il formante legale, l'unico riferimento è presente nell'art. 139.3 della LRJAP-PAC, secondo cui: "*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*"[58]. Tuttavia, è opinione comune che la redazione di tale disposizione sia equivoca, e che richiami principi giuridici discutibili, presentando profili di dubbia costituzionalità[59]. Inoltre, alle tesi dottrinali favorevoli alla risarcibilità dei danni derivanti direttamente imputabili

---

[56] Cfr. G. CLAMOUR, *Le sens des responsabilités...à propos de l'arrêt Gardedieu,* in *Recueil Dalloz,* 2007, (pp. 1214-1220). Lo stesso autore che propone questa tesi, ne sottolinea gli elementi di debolezza: "*Retenir une responsabilité sans faute revient donc à ruiner non seulement l'unité de la categorie, mais aussi la logique d'ensemble de la responsabilité administrative. Retenir une responsabilité sui generis, c'est preserver, un temps, l'architecture existante tout en déstabilisant simultanément le pilier de la responsabilité pour faute fondé sur l'anormalité du fait générateur*" (pag. 1220).

[57] Art. 9.3: "*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*".

[58] Ciò significa che, in evidente conflitto con quanto stabilito dalla Corte di giustizia, la possibilità di risarcire i soggetti danneggiati dipende dalla volontà del legislatore stesso. Peraltro, la legittimità costituzionale di tale articolo è stata oggetto di intenso dibattito.

[59] Questa tesi è ben sintetizzata in F. GARRIDO FALLA, *La Responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre,* in *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo,* 77, 1993, (pp. 125 – 132). L'autore (a pag. 128 – 129) a tal proposito afferma: "*La Ley debería haber admitido al menos, redactada en forma positiva: a) el derecho a indemnización por los daños causados por los actos de aplicación de una ley que luego sea declarada inconstitucional (equivalente al mal funcionamiento del servicio o, si se prefiere, a la indemnización por ilegalidad del acto administrativo); y b) asimismo el derecho a indemnización por aplicación de leyes cuyos efectos dañosos rompan el principio de igualdad de cargas ante la Ley (por ejemplo, si por consecuencia de directivas comunitarias europeas se ordena por ley que se arranquen una parte de los viñedos españoles). Claro que el legislador tuvo otra opción que no aprovechó: callarse y dejar el tema del Estado-legislador en manos del Tribunal Constitucional)*".

alla funzione legislativa si sono opposte alcune delle voci più autorevoli della dottrina pubblicistica spagnola[60].

Ciò detto, a partire dal 1990, il *Tribunal Supremo* ha inaugurato un orientamento favorevole (cui hanno contribuito anche alcune importanti pronunce e dichiarazioni del *Tribunal Constitucional*) al riconoscimento della responsabilità dello Stato legislatore[61], e nel corso di un decennio si è fatto sempre più strada in giurisprudenza il principio secondo cui la mancata clausola di responsabilità all'interno di una legge non impedisce di agire con successo per ottenere il ristoro di eventuali danni[62]. Attualmente, la giurisprudenza spagnola riconosce sia una forma di responsabilità senza colpa, ovvero per attività costituzionalmente legittima, sia una vera e propria forma di responsabilità per atto illecito, in caso di condotta (attiva o omissiva) incompatibile con la Costituzione[63]. Di conseguenza, l'applicazione della

---

[60] V., rispettivamente: G. ARIÑO ORTIZ e F. VELASCO CABALLERO, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: el caso de la futura Ley del sector eléctrico*, in A. CALONGE VELÁZQUEZ e J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, (pp. 87 - 134), pag. 103; J.F. MESTRE DELGADO, *La responsabilidad del Estado Legislador*, in J. DÍAZ DELGADO, *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez,* Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2004, (pp. 97 – 179), pag. 179. La tesi contraria è sostenuta da E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de "la responsabilidad de los poderes públicos" según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado legislador,* in *Revista Española de Derecho Constitucional,* 67, 23, 2003, (pp. 15 – 48), pag. 26; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador,* in *Estudios de Derecho Público Económico,* 159, 2002, (pp. 173-208).

[61] Alle posizioni espresse dal TS a proposito della responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore è dedicato un passaggio in F. GARRIDO FALLA, *La Responsabilidad patrimonial del Estado por actos de Gobierno*, in J.M. BAÑO LEON e J. CLIMENT BARBERÁ, *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en Homenaje al Profesor José M.ª Boquera Oliver*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, (pp. 137 - 154).

[62] Cfr. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Responsabilidad del estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 139.3 de la Ley 30/1992,* in *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo,* 104, 1999, (pp. 633 – 641), pag. 638.

[63] Il *TS* negli ultimi decenni si è pronunciato diverse volte sul punto, e non di rado ha accordato un risarcimento per danni derivanti dall'applicazione di leggi successivamente dichiarate incostituzionali (TS, sent. 22-2-2000, Ar. 2329; sent. 29-2-2000, Ar. 2730; sent. 13-6-2000, Ar. 5939; sent. 15-7-2000, Ar. 7423). Il giudice a tal proposito ha affermato che "*en los casos donde la Ley vulnere la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar*". Cit. da TS, sent. 11-10-1991 (orientamento confermato in TS, sent. 29-2-2000). In questo caso, il *TS* non ha subordinato il risarcimento ad alcuna prova relativa all'elemento soggettivo, fatta salva la possibilità, per il TC, di limitare o modificare tale principio nelle rispettive dichiarazioni di incostituzionalità. Completamente diverso è il caso di responsabilità per attività compatibile con la Costituzione, il cui fondamento è costituito dai principi generali del diritto quali la buona fede e il legittimo affidamento, la cui violazione è oggetto di valutazione del giudice, secondo le circostanze di ogni caso (TS, sent. 11-10-

dottrina Francovich in Spagna è stata sicuramente meno traumatica, e accolta dalla dottrina maggioritaria come un logico corollario dei principi di primato e applicabilità diretta del diritto dell'Unione. Per cui, in mancanza di una disciplina legislativa specificamente dedicata alla responsabilità derivante da atto normativo contrario al diritto dell'Unione, si applica il regime relativo alle conseguenze, in termini patrimoniali, della dichiarazione di incostituzionalità di una legge, in ragione di quanto disposto negli artt. 93 e 96.1 Cost. esp., ed in applicazione del principio di integrazione del diritto dell'Unione negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri[64].

3. Ipotesi applicative della dottrina Francovich. L'interpretazione dei giudici di legittimità fra responsabilità e indennizzo.

Un ulteriore elemento che contribuisce all'ambiguità della fattispecie secondo la dicotomia risarcimento – indennizzo riguarda l'ambito in cui la responsabilità dello Stato - legislatore per violazione del diritto dell'Unione

1991). "*Se trata de una actividad lícita que, sin dejar de serlo, comporta la obligación de resarcir el daño que esa actividad lícita hubiere causado; en el segundo (derivada la inconstitucionalidad de la Ley), se trata de la responsabilidad necida de una actividad antijurídica del Poder Legislativo*". Vi è infine una terza ipotesi (TC, sent. 11-6-1987, n. 99), relativa agli effetti in termini patrimoniali della riforma che riduceva l'età pensionabile di alcuni pubblici dipendenti dai 70 ai 65 anni: "*junto a la responsabilidad nacida de la norma de contenido exporpiatorio o la causada por la inconstitucionalidad de la Ley, se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado-legislador cuando merezcan algún género de compensación de los perjuicios económicos – graves y ciertos – que irrogue al particular una ley constitucional y no exporpiatoria*". Cit. da TS, sent. 11-10-1991. Rimandando all'abbondante dottrina disponibile, segnaliamo che il criterio della violazione del legittimo affidamento è molto discusso dalla dottrina spagnola. Infatti, tale principio proviene dalla disciplina comunitaria relativa alla responsabilità della comunità nei confronti dei cittadini, che prevede anche il requisito della violazione sufficientemente caratterizzata di una regola di diritto, concetto che non trova corrispondenze nel diritto spagnolo. È quindi logico che i tribunali spagnoli abbiano applicato tale criterio con particolare cautela. A tal proposito, v., ad es., TS, sent. 13-2-1997, relativa alla soppressione dell'attività professionale degli agenti doganali, come conseguenza dell'adesione alla Comunità europea.

[64] A tal proposito, la dottrina segnala che l'art. 93 della Costituzione è stato approvato negli anni '70, ovvero in un periodo in cui il processo di integrazione aveva un contenuto pressoché esclusivamente economico, per cui, attualmente, sembra non offrire sufficienti garanzie in riferimento alla partecipazione ad uno spazio europeo dal contenuto sempre più politico e ad una struttura sovranazionale le cui competenze abbracciano sempre più elementi relativi alla sovranità. A tal proposito, v., fra gli altri, P. PÉREZ TREMPS, *Constitución española y Unión Europea, in Revista Española de Derecho Constitucional,* in Año 24, Núm. 71, Mayo-Agosto 2004, (pp. 103 – 121), pag. 121. Gli autori lamentano la mancanza, nella Costituzione, di un richiamo formale all'Unione Europea, il che costituisce un elemento di eterogeneità rispetto alla grande maggioranza delle Costituzioni degli altri Stati membri. Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *Hacia la europeización de la Constitución española: la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2006, par. 6.3; F. BALAGUER CALLEJÓN, *El sistema de fuentes en la Constitución Europea,* in *Revista de derecho constitucional europeo,* 2, 2004, (pp. 61 – 80), pag. 69.

trova più frequente applicazione. Come ricordato in precedenza, il caso per eccellenza consiste nel mancato o scorretto recepimento di direttive europee che impongono ai pubblici poteri di stabilire meccanismi di compensazione nei confronti di cittadini che si trovano in particolari condizioni. L'esame della giurisprudenza italiana dimostra tutte le difficoltà dogmatiche ed applicative che contribuiscono a confondere la fisionomia del rimedio in questione, oscillando fra ipotesi di risarcimento da responsabilità extracontrattuale, di indennizzo e di responsabilità "contrattuale"[65].

In Italia, solo in dottrina è stata sollevata la questione relativa alla possibilità, in casi del tutto eccezionali, di prefigurare una forma di responsabilità patrimoniale del legislatore in diritto interno[66], mentre i giudici si sono sempre pronunciati in senso contrario. Ad oggi, in caso di applicazione di legge successivamente dichiarata incostituzionale, la Corte Costituzionale ha riconosciuto, tuttalpiù, a favore dei cittadini, il diritto ad un equo indennizzo,

[65] "Ribadito, dunque, che la responsabilità dello Stato per l'inadempimento di una direttiva comunitaria che riconosca in modo sufficientemente specifico un diritto, ma non sia *self-executing*, dà luogo ad una fattispecie di responsabilità "contrattuale", v'è da rilevare che le Sezioni Unite, con la qualificazione "contrattuale", hanno chiaramente inteso riferirsi al concetto di "responsabilità contrattuale" non già nel senso di una responsabilità da contratto, il che sarebbe nella specie fuor di luogo, ma nel senso in cui di una responsabilità "contrattuale" si è sempre parlato tradizionalmente per significare che l'obbligazione risarcitoria non nasce da un fatto illecito alla stregua dell'art. 2043 e ss. c.c., ma è dall'ordinamento ricollegata direttamente alla violazione di un obbligo precedente, che ne costituisce direttamente la fonte. Si vuol dire, cioè che il concetto di responsabilità contrattuale è stato usato dalle Sezioni Unite palesemente nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso - comune alla dottrina in contrapposizione all'obbligazione da illecito extracontrattuale - di responsabilità che nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, considerato dall'ordinamento interno, per come esso deve atteggiarsi secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, come fonte dell'obbligo risarcitorio, secondo la prospettiva scritta nell'art. 1173 c.c.". Cit. da Corte di Cassazione Sezione 3 Civile, Sentenza del 17 maggio 2011, n. 10813, commentata in C. AMALFITANO e F. PERSANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria,* in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 1, 2012, (pp. 111 - 132).

[66] In particolare, alcuni autori hanno sostenuto la possibilità di prevedere una forma di responsabilità patrimoniale a carico del legislatore per i danni causati da leggi ordinarie in un secondo tempo dichiarate incostituzionali. Tali posizioni sono descritte in S. UGOLINI, *L'abuso del potere legislativo e la responsabilità aquiliana dello Stato,* in *Contratto e impresa,* 3 Maggio-Giugno, 2008, (pp. 646-667). Nonostante il diverso fondamento a seconda che derivi da condotta incostituzionale o incompatibile con il diritto con il diritto comunitario, l'analogia fra le due figure ha suscitato un rinnovato interesse a tale proposito. A tal proposito, v. 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,* fasc. 1, 1999, (pp. 101 - 123), pp. 115 – 121.

qualora il legislatore avesse adottato norme che, direttamente o indirettamente, si fossero poi rivelate in grado di cagionare danni ai singoli[67].

Per quanto riguarda l'applicazione del principio ex Francovich, i giudici di merito e quelli di legittimità si sono pronunciati seguendo orientamenti divergenti quando non antitetici. I primi si sono sempre rivelati più disponibili ad accordare forme di risarcimento ai soggetti danneggiati da una condotta (attiva o omissiva) del legislatore contraria al diritto dell'Unione; più volte, i giudici di primo e secondo grado hanno riconosciuto tale diritto, inquadrandolo secondo la disciplina della responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c.. Fino ad anni piuttosto recenti[68], invece, la Corte di Cassazione si è pronunciata in senso opposto, affermando non solo che tale fattispecie non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2043 c.c., ma che, più in generale, nei confronti dell'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive tutelabili davanti al giudice; in definitiva, dunque, le azioni dei soggetti che lamentavano una lesione imputabile al legislatore in diverse occasioni sono state rigettate, oppure accolte, ma qualificate in modo ondivago[69].

La stessa sentenza Francovich riguardava un caso relativo ad una domanda di risarcimento promossa nei confronti dello Stato italiano per

---

[67] A tal proposito, v. Sent. Corte Cost., Oprandi c. Ministero della Sanità, 22 – 6 – 1990, n° 307, FI, 1990, I, 2694, che ha sancito l'illegittimità costituzionale della legge 4 febbraio 1965 n° 51, sull'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica, "nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia casualmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomelitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo". In quell'occasione il legislatore, non provvedendo con un'adeguata informazione o altri mezzi utili, non aveva adottato misure idonee ad impedire che fosse leso il diritto alla salute nei confronti della ricorrente nel giudizio *a quo*, la quale era stata contagiata dal contatto col figlio appena vaccinato, non essendo stata informata sulle precauzioni da adottare nell'accudirlo.

[68] La prima implicita applicazione dell'art. 2043 c.c. a tale fattispecie risale alla sentenza, Sez. Un. Civ., 10 aprile 2002, n. 5125, in *Giur. It.*, 2002, 2395; in *Foro It.*, 2002, con nota di CIPRIANI, *Sui ricorsi per Cassazione decisi con due sentenze,* in *Foro Italiano,* 1, 2002, (pp. 2394 - 2401).

[69] Si pensi alla già citata sentenza n. 10617, 11 ottobre 1995, in cui la Suprema corte, pur di evitare ogni riferimento all'illiceità del comportamento statale, ha qualificato la posizione del lavoratore danneggiato dal mancato recepimento della direttiva 80/987/CEE come "credito di lavoro", e, cosi facendo, ha fondato il riconoscimento degli interessi e della rivalutazione in forza dell'art. 429 c.p.c. (relativo, appunto, agli interessi e rivalutazione dei crediti del lavoratore) e non in forza della disciplina di diritto comune. Questo orientamento è stato implicitamente confermato anche successivamente, quando la Corte di Cassazione è stata chiamata a determinare la natura del credito azionato dai lavoratori, ai fini della riconoscibilità o meno di interessi e rivalutazione monetaria. Tale soluzione è stata aspramente criticata da G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, nota 2, (310 – 311) e parzialmente giustificata da V. ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore* in *Danno e Responsabilità,* 11, 1998, (pp. 961 - 971), 964.

mancata attuazione della direttiva 80/987/CEE, relativa alla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro. In seguito alla ben nota pronuncia della Corte di giustizia, il legislatore italiano è intervenuto espressamente per porre rimedio ai danni derivanti ai singoli da tale violazione: pertanto, con il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80[70], ha recepito la direttiva in questione e, al contempo, ha disciplinato i procedimenti che i singoli cittadini avrebbero dovuto attivare per far valere il loro diritto al risarcimento del danno in esecuzione della sentenza del giudice comunitario[71].

La prima delle sentenze della Corte di Cassazione a proposito del caso Francovich risale al 1995[72]. In via principale, la Corte ha individuato nell'Inps il soggetto obbligato al pagamento, in forza dell'art. 2, comma 7 del d.lgs. 80/97[73]. In via incidentale, il giudice si è pronunciato in merito all'applicazione dell'illecito comunitario in diritto interno negando la configurabilità di un'azione ex art. 2043 c.c., e affermando che "di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli (cfr. Cass., Sez. U., 8 gennaio 1993 n. 124). Deve perciò escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario, come interpretate dalla Corte di giustizia, possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di

[70] In Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n° 36 del 13 febbraio 1982, suppl. ord. A tal proposito facciamo notare, che l'inadempimento dello Stato italiano, accertato dalla Corte di giustizia con sentenza del 2 febbraio 1989 in causa n° 22/87, Commissione c. Italia (in *Raccolta*, 1989, pag. 143), si è protratto fino al momento dell'approvazione del decreto. Il D.Lgs. n° 80/1992 è oggetto di analisi in G. ZAMPINI, *Direttiva comunitaria 80/987 inattuata e risarcimento del danno: prescrizione del diritto,* in *Il lavoro nella giurisprudenza,* 3, 2003, (pp. 265 - 270).

[71] Più precisamente, "il legislatore italiano ha riconosciuto ai lavoratori dipendenti il diritto ai crediti di lavoro non corrisposti dal datore di lavoro divenuto insolvente, e ha posto i relativi oneri a carico di un fondo di garanzia gestito dall'Inps. Ha stabilito poi le modalità di intervento del fondo di garanzia nei casi in cui lo stato di insolvenza sia intervenuto successivamente all'entrata in vigore del decreto e, ciò che più ci interessa, ha riconosciuto al lavoratore la possibilità di ottenere "un'indennità" per danni derivanti dalla mancata attuazione della direttiva n° 80/987/CEE". Cit. da S. MARINAI, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario,* in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali,* 4, 2002, (pp. 689 - 720), pag. 693.

[72] Ricordiamo che in appello il Tribunale di Firenze aveva confermato la decisione di primo grado con cui era stata accertata la legittimazione passiva dello Stato italiano e respinto la domanda proposta nei confronti dell'Inps. Il giudice d'appello nella motivazione ha sottolineato la differenza "tra l'azione di adempimento promossa contro il fondo di garanzia e la natura risarcitoria, ex art. 2043 cod. civ., della pretesa derivante dalla mancata attuazione della direttiva".

[73] Tale ricostruzione non pare condivisibile in quanto, se i danni cagionati dalla mancata attuazione di una norma (superiore) comunitaria da parte del legislatore nazionale, unico soggetto internazionale cui possa individuarsi la legittimazione passiva del correlativo onere risarcitorio è lo Stato, in quanto soggetto autore della violazione che ha determinato l'insorgere del danno poiché resosi inadempiente rispetto agli obblighi a lui derivanti dall'appartenenza alla Comunità europea, e dunque, civilmente responsabile.

illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato - persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato - ordinamento. Ne discende che, alla stregua dell'ordinamento giuridico italiano, la pretesa dei singoli ad ottenere il risarcimento dei danni che siano stati loro provocati a seguito della mancata attuazione di una direttiva comunitaria, sussistendo le condizioni individuate dalla sentenza della Corte di giustizia, non può essere altrimenti qualificata che come diritto ad essere indennizzati delle diminuzioni patrimoniali subite in conseguenza dell'esercizio di un potere non sindacabile dalla giurisdizione" [74]. In questo caso la Suprema Corte ha pertanto mantenuto l'impostazione secondo cui non è configurabile una responsabilità civile dello Stato per illecito del legislatore consistente nella mancata attuazione di direttive comunitarie, poiché le norme della Costituzione regolano la funzione legislativa quale espressione di potere politico, "libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale"[75]. Ne consegue che "l'indennità attribuita a coloro che hanno subito un danno dalla mancata attuazione della direttiva CEE non ha la natura giuridica del risarcimento conseguente a una fattispecie di responsabilità civile"[76]. Pur di evitare ogni riferimento all'illiceità del comportamento statale, la Corte ha qualificato la posizione del lavoratore come "credito di lavoro" e, così facendo, ha fondato il riconoscimento degli interessi e della rivalutazione in forza dell'art. 429 c.p.c. (relativo, appunto, agli interessi e rivalutazione dei crediti del lavoratore) e non in forza della disciplina di diritto comune[77]. Richiamiamo l'attenzione sugli aspetti paradossali di questa soluzione, che ha sollevato numerose critiche, collegate al fatto che, in tal caso, un credito derivante dal mancato recepimento di una direttiva da

[74] Quindi la Corte di Cassazione ha smentito l'orientamento del giudice d'appello, che nella motivazione aveva sottolineato la differenza fra l'azione di adempimento promossa contro il fondo di garanzia e la natura risarcitoria, ex art. 2043 cod. civ., della pretesa derivante dalla mancata attuazione della direttiva. Dalla configurabilità di una responsabilità civile da illecito extracontrattuale conseguiva l'attribuzione in capo all'autore dell'illecito (ovvero allo Stato) dell'obbligo di risarcire i danni.

[75] Alla funzione legislativa è dedicata la Sezione II del Titolo I della Parte 11 della Costituzione Italiana (artt. 70 – 82).

[76] Questo orientamento è stato implicitamente confermato anche successivamente, quando la Corte di Cassazione è stata chiamata a determinare la natura del credito azionato dai lavoratori, ai fini della riconoscibilità o meno di interessi e rivalutazione monetaria. Tale soluzione è stata aspramente criticata da TESAURO, *Diritto comunitario*, cit, nota 2, pag. 310 – 311. Parzialmente giustificata da ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore* in , pag. 964. Nel corso del capitolo dedichiamo una sezione al tema della natura della tutela garantita ai singoli contro l'inadempimento dello Stato. Come si vedrà più avanti, le Sezioni Unite della Suprema Corte sono ritornate sul punto in tempi recentissimi.

[77] Art.1282 c.c., "Interessi nelle obbligazioni pecuniarie"; art. 1284 c.c., "Saggio degli interessi".

parte dello Stato è stato forzatamente fatto rientrare nella categoria dei crediti di lavoro[78].

Con questa pronuncia la Corte di cassazione ha inaugurato un percorso interpretativo particolarmente accidentato. Evidentemente, l'impostazione originaria era destinata ad essere superata, quanto meno nella misura in cui conduceva ad una negazione *tout court* di una qualsiasi riparazione per il soggetto danneggiato da una violazione dell'obbligo di puntuale recepimento di una direttiva. Tuttavia, il tragitto ha conosciuto diverse inversioni di rotta. Il giudice ha ancora applicato la soluzione tradizionale in Cass. Civ., n° 401/1996[79] e, da ultimo, in Cass. Civ., sez. III, n° 4915/2003. D'altra parte, a partire dalla fine degli anni '90, la Suprema Corte si è espressa in termini

[78] Questo stesso orientamento è stato confermato dalla Cassazione in altre due occasioni (Sez. Lav., 9 gennaio 1997, n° 133 e 10 febbraio 1998, n° 1366), in cui è stato ribadito che la fattispecie non può essere ricondotta allo schema del risarcimento del danno per fatto illecito dello Stato, avendo propri caratteri indennitari a contenuto riparatorio della perdita subita dal lavoratore nel contesto del rapporto di lavoro (da cui il riferimento alla disciplina prevista dagli artt. 409 e 429 c.p.c., in riferimento al rapporto di lavoro). Cit. da P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2008, pag. 650. La Suprema Corte, nella sentenza n° 5249 del 2001, ha ricondotto la fattispecie all'ambito della responsabilità civile, sostenendo che il diritto al risarcimento era tutelabile già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n° 80 del 1992 direttamente nei confronti del governo italiano per il solo fatto della mancata attuazione della direttiva comunitaria. Inoltre, ha ritenuto applicabile il termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 c.c..

[79] Quest'ultimo caso riguardava un consumatore che aveva acquistato alcuni libri da un rappresentante di una casa editrice, e due giorni dopo aveva comunicato di voler recedere dal contratto a norma degli art.. 4 e 5 della direttiva n° 577/85/CE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali. La casa editrice contestò tale diritto di recesso e quindi il consumatore la convenne in giudizio per ottenere la risoluzione del contratto. La domanda fu rigettata in primo grado, poi accolta in appello e, infine, cassata senza rinvio dalla Suprema Corte, che accolse la tesi della Presidenza del Consiglio secondo cui la condanna dello Stato al risarcimento del danno da tardiva attuazione della direttiva, avrebbe costituito una violazione del principio generale secondo cui l'attività legislativa di spettanza di organi costituzionali non può essere sindacata dall'autorità giudiziaria. Per un commento alla sentenza della Suprema Corte, v. G. GIACALONE, *Mancata attuazione di direttive comunitarie e responsabilità dello Stato nei confronti del singolo: un ripensamento della Cassazione?,* in *Giustizia Civile,* 6, 2003, (pp. 1193 - 1196). Già Cass. Civ., sez. un., 8 gennaio 1993, n° 124 aveva affermato la non configurabilità di situazioni soggettive protette dei singoli di fronte all'esercizio del potere politico non sindacabile dalla giurisdizione. A tal proposito, tuttavia, la dottrina ha fatto notare che mentre "le pronunce degli anni '90 inserivano la motivazione in un *obiter dictum* giacché *ratio decidendi* era l'identificazione del soggetto legittimato passivo al risarcimento non nello Stato, bensì nell'INPS; nella pronuncia del 2003, il precedente corollario motivazionale diviene *ratio decidendi* stessa, in contrasto con una serie di situazioni che nel frattempo si sono verificate che rendono anacronistica una tale ricostruzione dell'istituto della responsabilità extracontrattuale dello Stato". Cit. da F. IPPOLITO, *Responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario: osservazioni sulla prassi giurisprudenziale interna,* in *Il Diritto del commercio internazionale,* 3-4, 2005, (pp. 561-577), pag. 574.

opposti[80]. Nella sentenza 11 giugno 1998, n. 5846, la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi nuovamente sulla questione circa l'indennità per il danno derivante dalla mancata attuazione della direttiva 80/987/CEE, dovuta, ai sensi dell'art. 2, settimo comma, d.lgs. n. 80 del 1992, al dipendente delle imprese assoggettate a procedura concorsuale, ha finalmente riconosciuto in modo esplicito la natura risarcitoria dell'indennizzo e pertanto affermato la riconducibilità della fattispecie al dettato dell'art. 2043 c.c.. In questo caso, dunque, al credito dei lavoratori è riconosciuta natura risarcitoria, poiché trova fondamento "nella responsabilità dello Stato per inadempimento della direttiva CEE/80/987 che aveva imposto, entro un preciso termine, agli Stati della Comunità, e pertanto anche all'Italia, di dare attuazione a detta direttiva". In questo modo la Corte si è espressa in termini netti circa la configurabilità della responsabilità per fatto del legislatore, considerato altresì il richiamo al primato del diritto dell'Unione su quello interno, come riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale[81].

In relazione al tema in oggetto, di particolare interesse risultano le sentenze della Suprema Corte relative alla questione dei medici specializzandi[82]. In sintesi, la questione riguardava il "diritto" dei medici specializzandi, ammessi alle scuole negli anni fra il 1983 e il 1991, a vedersi riconosciuta la corresponsione di borse di studio per la partecipazione di attività formative nel periodo precedente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 257/1991[83]. I medici specializzandi reclamavano tale diritto, che non avevano potuto esercitare a causa del tardivo recepimento delle direttive comunitarie n. 363/75/CEE del 16 giugno 1975 e n. 76/82/CEE del 26

[80] Tra l'altro, a seguito della sentenza n. 500/99, con cui la Corte di cassazione aveva dichiarato la risarcibilità degli interessi legittimi, l'originaria posizione della Corte di cassazione appariva sempre meno giustificabile anche dal punto di vista del diritto interno.

[81] Cfr. Corte cost., 10 novembre 1994, n° 384, in Foro it., 1995, I, 2050; 30 marzo 1995, n° 94, in Foro It., 1995, 1081. Tale orientamento sarà confermato tramite altre sentenze della Suprema Corte: Cass. Lavoro 18 giugno 1998, n° 6113; 23 giugno 1998, n° 6223; Cass. Civ., III, 9 aprile 2001, n° 7630.

[82] Sent. Cass., 10 aprile 2002, n. 5125, in Giur. It., 2002, 2395; in Foro It., 2002, 2394, con nota di CIPRIANI, *Sui ricorsi per Cassazione decisi con due sentenze,* in cit.. Per un quadro più generale dei profili interessati da tale pronuncia, v. R. CONTI, *Medici specializzandi e vademecum delle S.U. sull'applicazione del diritto comunitario. Il commento,* in *Danno e Responsabilità,* 10, 2005, (pp. 964 - 967).

[83] Per mezzo di tale decreto è stata recepita la direttiva 75/363/CEE relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative attinenti alle attività di medico. Per una descrizione del quadro normativo (nazionale e comunitario) relativo all'esercizio di stabilimento e della libera prestazione dei servizi dei medici, v. V. ADOBATI, *Medici specializzandi: sulle domande di riconoscimento del diritto alla borsa di studio è competente a decidere il giudice ordinario,* in *Diritto comunitario degli Scambi internazionali,* 2, 2005, (pp. 295 - 300), pp. 295 – 296.

gennaio 1982, il cui termine di attuazione scadeva il 31 dicembre 1983[84]. Gli attori, costretti a frequentare corsi di specializzazione senza percepire alcun emolumento, proposero domanda di risarcimento nei confronti della Repubblica italiana per violazione del diritto dell'Unione, deducendo che se le direttive fossero state tempestivamente recepite, essi avrebbero potuto beneficiare della retribuzione. Nel caso di specie la Repubblica italiana, costituitasi in giudizio, aveva eccepito il difetto di giurisdizione (e l'improponibilità della domanda), sostenendo che la posizione giuridica riferibile all'attore rientrasse nella categoria degli interessi legittimi e che in quanto tale non potesse essere applicato l'art. 2043 c.c. La Suprema Corte, riunita in Sezioni Unite, ha respinto le eccezioni sollevate dallo Stato ed ha aderito, seppur implicitamente, alla tesi della riconducibilità della fattispecie nell'ambito dell'art. 2043 c.c. Tanto che, nel giudizio che ne è seguito dinanzi alla sezione semplice, la Cassazione ha argomentato in modo netto in tal senso[85].

Nel 2003, quindi, anche la Suprema Corte è giunta a ritenere che il soggetto danneggiato a seguito di una condotta del legislatore nazionale contraria al diritto dell'Unione avesse diritto ad un risarcimento ex art. 2043 c.c[86]. Al contempo, è stato agevole rendersi conto di quanto tale posizione non fosse del tutto assestata. Basti pensare che la stessa III sezione della Suprema corte, chiamata ad applicare la dottrina Francovich, è giunta a distanza di un mese a conclusioni opposte. Con una sentenza emessa il 1 aprile, la Cassazione, richiamando la c.d. teoria dei controlimiti[87], ha escluso

---

[84] Per questa ragione, lo Stato italiano fu condannato ex art. 226 TCE. A tal proposito, v. CGCE, 7 luglio 1987, C-48/86, Commissione c. Italia, in Racc., 1987, 2995.

[85] Ci riferiamo a Sent. Cass. Civ., sez. III, 16 maggio 2003, n° 7630, in Giur. It., 2004. Cfr E. SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria,* in *Foro Italiano,* I, 2003, (pp. 2015 - 2019). Per la prima volta, inoltre, le Sezioni Unite hanno affermato la competenza del giudice ordinario a conoscere delle questioni relative ad azioni di responsabilità dello Stato per tardivo recepimento di direttive comunitarie, e in questo modo è stato superato l'orientamento, sostenuto anche da una parte della dottrina, secondo cui la natura del diritto al risarcimento dipendeva dalla natura del rapporto disciplinato dal diritto comunitario violato.

[86] Ci riferiamo alla già citata sentenza 16 maggio 2003, n. 7630, *cit.*, 44. Per un commento a tale sentenza, v. M POTO, *La responsabilità dello Stato legislatore: la Cassazione a confronto,* in *Responsabilità civile e previdenza,* 6, 2003, (pp. 1363 - 1370). Tuttavia, come precedentemente ricordato, la Suprema corte aveva aderito a tale impostazione, seppur in termini impliciti, l'anno precedente, con la Sent. Cass., Sez. lav., 10 aprile 2002, n. 5125 (in *Giur. It.,* 2002, 2395; in *Foro It.,* 2002, con nota di CIPRIANI, *Sui ricorsi per Cassazione decisi con due sentenze,* in (pp. 2394 - 2401).

[87] Per un approfondimento sui c.d. controlimiti, v. V ONIDA, *"Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario,* in *Quaderni Costituzionali,* 2002, (pp. 549 - 557). Si tratta di una teoria elaborata dalla giurisprudenza costituzionale italiana e da quella tedesca, secondo cui le norme comunitarie ricadono nel controllo di costituzionalità che le corti nazionali esercitano dal punto di vista

che di fronte all'esercizio del potere politico siano configurabili situazioni soggettive tutelabili davanti al giudice[88].

Con sentenza 16 maggio 2003, n. 7630 la Corte ha invece riaffermato la risarcibilità ex art. 2043 c.c. del danno subito dal singolo in conseguenza della violazione delle norme comunitarie da parte del legislatore per mancata attuazione di una direttiva comunitaria, condizionandola al verificarsi delle condizioni previste dalla giurisprudenza Francovich[89]. Se la collocazione temporale della pronuncia, immediatamente successiva alla sentenza con cui la stessa sezione aveva sancito l'impossibilità di ravvisare in capo al singolo un diritto all'esercizio del potere legislativo in quanto discrezionale e insindacabile, consente di coglierne la portata innovativa, la novità più significativa attiene sicuramente al riconoscimento del titolo comunitario della responsabilità. In questo modo la Suprema Corte ha avviato un dialogo con la giurisprudenza comunitaria, fondando le proprie conclusioni sull'efficacia di precedente delle sentenze della Corte di giustizia. La Cassazione, infatti, ha in primo luogo distinto tra la natura del diritto al risarcimento del danno e quella della posizione giuridica soggettiva dalla cui lesione deriva il danno ingiusto. In secondo luogo, ha affermato quanto sarà confermato dalle Sezioni Unite,

---

dei principi fondamentali della Costituzione nazionale. Cfr. SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria cit.,* pag. 721.

[88] Tale sentenza non fa che riprodurre il precedente del 1995, ed è stata definita come "un anacronistico salto nel passato" e "un passo falso" (V. E. CALZOLAIO, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttiva comunitaria,* in *Giurisprudenza italiana,* 1, 2004, (pp. 46 - 53), pag. 49 e pag. 52). A tal proposito vi è chi ha sostenuto che la Suprema Corte "rifiutandosi di assumere la giurisprudenza Francovich e Brasserie du Pêcheur e Factortame, mina il principio costituzionale del diritto comunitario, il conferimento di reciproca autorità normativa fra sistemi differenti". Cit. da SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria,* in *,* pag. 727. Tale posizione, e la nozione volontaristica di potere politico che essa evoca, non tiene conto del fatto che dalla partecipazione all'Unione europea discende un consistente trasferimento di competenze in favore delle istituzioni comunitarie. Si pensi all'art. 247 comma 3 TCE che obbliga gli ordinamenti nazionali a prendere tutti i provvedimenti necessari al conseguimento del risultato prescritto nella direttiva e, dunque, inevitabili limitazioni alla sua libertà d'azione nel campo di applicazione del diritto comunitario. Tale orientamento appare peraltro in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale interno in tema di risarcibilità degli interessi legittimi. Infine, secondo la stessa idea di Costituzione rigida, che caratterizza il costituzionalismo contemporaneo, il potere non è più concentrato nelle mani di un onnipotente legislatore, ma diffuso in una pluralità di poteri separati ad in un rapporto di reciproco bilanciamento e controllo. In precedenza è già stato segnalato che tale posizione era già stata espressa con la sentenza Cass. 11 ottobre 1996, n° 10617, ma, mentre in quel caso la tesi sull'insindacabilità dal punto di vista giurisdizionale dell'esercizio della funzione legislativa a fini risarcitori costituiva un mero *obiter dictum*, in questa sentenza è diventata *ratio decidendi.*

[89] V. massima, in Giurisprudenza italiana, vol. 1, 2004, pag. 44. La domanda di risarcimento era stata dapprima respinta dal Tribunale di Firenze e poi accolta dalla Corte d'Appello, con sentenza infine confermata dalla Cassazione.

ovvero che è indifferente che la posizione giuridica in questione rientri, secondo la classificazione nazionale, nella categoria del diritto soggettivo, dell'interesse legittimo o di un interesse comunque rilevante per l'ordinamento[90]. Inoltre, ha ancorato il diritto al risarcimento al verificarsi dei presupposti elaborati dalla Corte di giustizia stessa, il che depone, finalmente, nel senso del dialogo tra corti nazionali e corti comunitarie, nella prospettiva di integrazione degli ordinamenti nazionali in quello comunitario voluta dai giudici di Lussemburgo sin dalle origini del processo comunitario[91].

Questa soluzione, che sembrava aver posto un punto fermo rispetto alla questione della natura (risarcitoria o indennitaria) dell'illecito comunitario imputabile al legislatore, è stata sostanzialmente ribaltata con la Sentenza della Cassazione, SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147, in cui la Suprema Corte ha negato che al c.d. "illecito legislativo" sia applicabile la disciplina di diritto comune di cui all'art. 2043 c.c. Ad avviso del giudice, infatti, il danno derivante dalla mancata attuazione, nei termini prescritti, di una direttiva, non costituisce fatto imputabile come illecito civile, perché il comportamento del legislatore è antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno. Questo ragionamento si fonda sul carattere autonomo dei due ordinamenti[92], nonché sul principio secondo cui

---

[90] La Corte di Cassazione (a Sezioni Unite) si è nuovamente espressa sulla questione degli ex specializzandi con la sentenza 4 febbraio 2005, n. 2203, pronuncia particolarmente importante perché relativa a diverse questioni centrali a proposito del rapporto fra ordinamento italiano e diritto comunitario, e alle funzioni del giudice nazionale come giudice comunitario decentrato. Il giudice italiano si è pronunciato a seguito delle due sentenze della Corte di giustizia che si erano occupate in via pregiudiziale di vicende analoghe a quelle della causa di merito. Ci riferiamo a CGCE 25 febbraio 1999, causa C-131/97, Carbonari e altri, in Racc., 1999, I-1103 e CGCE 3 ottobre 2000, causa C-371/97, Gozza c. Univ. Studi Padova, in Foro it., 2001, IV, 69. Note commentate, rispettivamente, in R. CONTI, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. Rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?,* in *Danno e Responsabilità,* 8-9, 2003, (pp. 836-843) e A. BARONE, *Nota,* in *Foro Italiano,* IV, 1989, (pp. 69 - 71). Per un'analisi relativa ai rapporti fra l'azione diretta (con cui il privato chiede il riconoscimento della posizione giuridica soggettiva di matrice comunitaria tramite l'applicazione della norma comunitaria o di quella interna interpretata conformemente al diritto comunitario) e quella risarcitoria, v. M. RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive,* in *Europa e Diritto Privato,* 2006, (pp. 1407 - 1464).

[91] Si pensi, in particolare, alla sentenza CGCE., 15 luglio 1964, Costa c. E.N.E.L., causa 6/64, in Racc., pag. 1127.

[92] Tale impostazione coincide, dunque, con il tradizionale orientamento della Corte Costituzionale, che, "dualista al pari della consorella Corte tedesca di Karlsruhe, ritiene, …, che i due ordinamenti rimangono distinti e reciprocamente autonomi, anche se essi devono collegare in conformità dei trattati concernenti l'integrazione europea". Cit. da A. LA PERGOLA, *Il Giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio,* in *Giurisprudenza costituzionale,* 4, 2003, (pp. 2419 - 2441), pp. 2429 – 2430. Cfr. sentenze n° 170/1984 e n° 113/1985 Corte Costituzionale. Autorevole dottrina segnala che la Corte, sebbene abbia anche di recente ribadito tale tesi, si sia in realtà ulteriormente avvicinata alla posizione della Corte di giustizia, che propugna, viceversa, il

l'incompatibilità del diritto nazionale con il diritto dell'Unione "non implica fenomeni né di caducazione, né di abrogazione della norma statale confliggente con quella comunitaria". Ci troviamo di fronte, pertanto, ad un "illecito" solamente in senso lato, poiché si tratta di una condotta del tutto lecita secondo il diritto interno e, quindi, non riconducibile all'art. 2043 c.c., relativo, come noto, alla responsabilità patrimoniale da illecito extracontrattuale.

Tale approdo, dunque, può apparire come un ritorno alle originarie reazioni del giudice di legittimità alla giurisprudenza comunitaria, che consistevano in un aperto rifiuto di qualsiasi forma di riparazione nei confronti del cittadino danneggiato a seguito di violazione del diritto dell'Unione[93]. Tuttavia, non vi è dubbio che, attualmente, le corti nazionali siano ormai del tutto consce del loro ruolo di giudici comunitari decentrati, per cui tali forme di resistenza tendono ormai a scomparire. In realtà, l'orientamento della Suprema Corte inaugurato con la sentenza SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147, e ribadito nella sentenza Sez. III civile, n. 10183 del 17 maggio 2011, cerca di conciliare i due aspetti tramite il ricorso ad una diversa qualificazione giuridica della posizione giuridica soggettiva: la riparazione del danno derivante dal mancato o tardivo recepimento delle direttive europee va ricondotto allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività non antigiuridica (da determinare in base alle condizioni imposte dalla Corte di giustizia) e non a quello dell'illecito aquiliano[94].

---

monismo ordinamentale, secondo cui il diritto comunitario si integra in quello interno e ne condiziona le fonti di produzione giuridica. Tale posizione monista è stata sostenuta a partire dalla Sent. CGCE, 15 luglio 1964, Flaminio Costa c. E.N.E.L.. Causa C-6/64. Racc., edizione italiana pagina 01129) e poi, più compiutamente, con la Sent. CGCE, 9 marzo 1978, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SPA Simmenthal. Causa C-106/77. Racc. 00629. A tal proposito, v. M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* 2, 2008, (pp. 477 - 503), pp. 479 – 480.

[93] Ci riferiamo, ad esempio, alla già citata sentenza della Cassazione, 1 aprile 2003, n° 4915, ma anche, prima ancora, alla Sent. Cass., sez. lavoro, 11 ottobre 1995, n° 10617.

[94] Del resto, si tratta di una soluzione del tutto compatibile con la disciplina italiana relativa alle fonti delle obbligazioni; si pensi, in particolare, all'art. 1173 c.c., ai sensi del quale "Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico". In relazione alla diffusione, negli ultimi anni, di obbligazioni ex lege, v. V. CARBONE, *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità ex artt. 1218 o 2043 c.c.?,* in *Danno e Responsabilità,* 7, 2012, (pp. 736 - 745), pag. 741. Nell'appena citata sentenza Cass., Sez. III civile, n. 10183 del 17 maggio 2011, par. 3, il giudice risponde direttamente alle critiche dottrinali indicando che il referimento delle Sezioni Unite alla responsabilità contrattuale non è volto ad escludere in assoluto il carattere antigiuridico ed illecito sul piano dell'ordinamento interno del comportamento statale. Viceversa, hanno considerato la pretesa degli specializzandi "come riconducibile al concetto generale di obbligazione e, dovendo individuare sul sul piano dell'ordinamento intermo la

Per completezza, ricordiamo in ultimo che a fronte di tale ondivaga tandenza dei giudici di legittimità, i giudici di merito hanno dimostrato anche in tempi recenti una certa coerenza nel ricondurre l'illecito comunitario nell'alveo della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043. Richiamiamo, a tal proposito, le recenti sentenze relative al mancato recepimento della direttiva sulle vittime dei reati violenti. Anche in questo caso, si tratta del mancato recepimento di una direttiva che impone una forma di indennizzo, che dimostra quanto l'interazione fra ordinamenti dia luogo alla confusione concettuale fra i diversi meccanismi di riparazione. Con la sentenza n.3145, del 3 maggio 2010, il Tribunale di Torino (Sezione IV civile) ha condannato la Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento di 90.000 euro a titolo di risarcimento del danno nei confronti di una cittadina vittima di reato che non ha potuto esercitare il diritto all'indennizzo a seguito della mancata attuazione della direttiva 2004/80/CE[95]. Il Tribunale penale di Torino (con sentenza confermata dalla Corte d'Appello) aveva condannato due soggetti, che nell'ottobre del 2005 avevano commesso diversi reati violenti e intenzionali nei confronti di una cittadina rumena. In un secondo tempo, l'attrice aveva agito nei confronti della Presidenza del Consiglio in modo da ottenere a titolo di risarcimento il ristoro economico che le sarebbe spettato a titolo di indennizzo se la direttiva fosse stata correttamente recepita. Per la risoluzione della controversia, il giudice fa riferimento alla sentenza della Corte di giustizia che ha dichiarato l'inadempimento da parte dell'Italia, persistente anche dopo il decreto legislativo n. 204/2007, che disciplina gli aspetti formali della procedura senza individuare i reati intenzionali e violenti cui ricollegare il sistema di indennizzo[96]. Ne deriva, ad avviso del giudice, la violazione della direttiva, che all'art. 12.2 impone agli Stati di prevedere un meccanismo indennitario per le vittime di reati intenzionali e violenti[97].

Come detto in apertura, la questione dogmatica merita di essere affrontata, soprattutto, in considerazione delle conseguenze in materia di tutela dei diritti dei cittadini. Fra le questioni connesse a questo aspetto, spicca quella relativa al termine di prescrizione dell'azione di risarcimento per mancata

---

fonte di quest'ultima e la sua collocazione alla stregua dell'art. 1173 c.c., hanno considerato il comportamento dello Stato di inadempimento della direttiva come un fatto idoneo a produrre sul piano interno, nei confronti dei soggetti cui in base alla direttiva si sarebbe dovuto riconoscere un certo diritto, un'obbligazione risarcitoria".

[95] Tale sentenza è stata parzialmente riformata da *Corte d'appello di Torino, sez. III Civile, 23* gennaio 2012, n. 106.

[96] Cfr. E. SACCHETTINI, *Una riforma attuata solo a metà a cui manca l'"autorità di decisione",* in *Guida al Diritto,* 24, 2009, (pp. 40 – 42).

[97] Infatti, l'art. 12.2 stabilisce: "Tutti gli Stati membri provvedono a che le loro normative nazionali prevedano l'esistenza di un sistema di indennizzo delle vittime di reati intenzionali violenti commessi nei rispettivi territori, che garantisca un indennizzo equo ed adeguato delle vittime".

attuazione delle direttive europee, che in tempi recenti è stato oggetto di interventi legislativi e giurisprudenziali incrociati[98]. A tal proposito, fin'ora, a seconda della qualificazione della pretesa, talvolta è stato ritenuto applicabile l'art. 2947 c.c. (prescrizione quinquennale) e talvolta ha trovato applicazione il termine (decennale) di prescrizione ordinaria (ex. art. 2946 c.c.)[99]. Con la sentenza SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147, l'orientamento della Corte si era assestato su questa seconda soluzione, in ragione della non riconducibilità della pretesa dei medici specializzandi alle categorie dell'illecito aquiliano[100]. Successivamente, è intervenuto il legislatore, che con l'art. 4, comma 43, della legge n. 183 del 2011 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012) - ha stabilito che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento delle direttive soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato.

In questo modo, il legislatore ha definitivamente stabilito l'applicazione del termine quinquennale, a prescindere dai futuri approdi giurisprudenziali. Tuttavia, le conseguenze in merito alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive non si limita a questo campo[101]. La questione è sviluppata in sede di conclusioni.

---

[98] Il tema è stato recentemente trattato in M. TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento di direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012,* in *Rivista di diritto privato,* 2, 2012, (pp. 195 - 206).

[99] V., rispettivamente, le sentenze Cass. 9 aprile 2001, n° 5249 e Cass. 4 giugno 2002, n° 8110.

[100] Questo orientamento, decisamente garantista nei confronti della tutela delle posizioni giuridiche soggettive, è stato ribadito dalla citata sentenza Sez. III civile, n. 10813 del 17 maggio 2011, che ha applicato una soluzione favorevole ai soggetti danneggiati anche in relazione alla questione del *dies a quo*: "Nel caso di direttiva comunitaria sufficientemente specifica nell'attribuire diritti ai singoli, ma non self-executing, l'inadempimento statuale alla direttiva determina una condotta idonea a cagionare in modo permanente un obbligo di risarcimento danni in favore dei soggetti che successivamente si vengano a trovare in condizioni di fatto tali che, se la direttiva fosse stata adempiuta, avrebbero acquisito i diritti da essa riconosciuti, con la conseguenza che la prescrizione decennale del relativo diritto risarcitorio non corre, perché la condotta di inadempimento statuale cagiona l'obbligo risarcitorio de die in die". V anche Sent. Cass., sez. III civile, 31 agosto 2011, n. 17868.

[101] Ad es., la Corte di Cassazione è recentemente intervenuta con la Sent. Sez. Lavoro, 19 gennaio – 8 febbraio 2012, n. 1850, stabilendo che, in applicazione del criterio generale fissato dall'art. 12 delle Preleggi al Codice Civile, l'art. 4, comma 43, della legge n. 183 del 2011 potrà spiegare effetti soltanto per la prescrizione di diritti "insorti successivamente alla sua entrata in vigore e, quindi, derivanti da fattispecie di mancato recepimento verificatesi dopo l'intervento del legislatore del 2011" (Par 14). In questo modo la sentenza ha stabilito che i diritti dei medici che hanno frequentato le scuole di specializzazione negli anni

4. Conclusioni

Negli ultimi anni è apparso con sempre maggiore chiarezza che le corti nazionali, chiamate ad operare in un ordinamento aperto, risultante dall'interdipendenza e dalla contaminazione di diversi livelli di produzione normativa, siano sempre più avvezze ad applicare correttamente il diritto dell'Unione, la cui efficacia diretta non può essere ostacolata da comportamenti attivi o omissivi da parte di organi statali esplicanti funzioni sovrane (quella legislativa, in questo caso). Anche grazie all'opera della Corte di giustizia, vi è stata una progressiva compressione dell'autonomia degli Stati membri, i cui atti hanno trovato nelle fonti di rango sovranazionale un nuovo paradigma di legalità. Se l'ultimo fronte consiste nella rivisitazione del principio della *res judicata* nazionale in caso di conflitto col diritto dell'Unione, per quanto riguarda gli atti normativi nazionali, il fenomeno di ridimensionamento appare ancora più evidente e complessivo. La dottrina segnala costantemente che il ruolo stesso dei legislatori nazionali è mutato. Soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona i poli di produzione normativa si sono moltiplicati, per cui la funzione dei Parlamenti nazionali ha perso centralità. A fianco del rafforzamento delle competenze legislative a livello europeo, possiamo ricordare lo sbilanciamento del binomio Parlamento – Governo nell'ambito dell'iniziativa legislativa, il massiccio ricorso alla decretazione d'urgenza e l'accresciuta rilevanza dei legislatori regionali.

Questa relativizzazione della funzione di quello che tradizionalmente era l'organo di produzione normativa per eccellenza non può che produrre effetti anche in relazione alla riparazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'attività normativa, nelle ipotesi in cui quest'ultima si possa definire "ingiusta". In questo senso, considerare il mancato recepimento di una direttiva come una "attività non antigiuridica" costituisce un equilibrismo volto ad adempiere agli obblighi comunitari, senza intaccare principi assunti dogmaticamente (quale, appunto, quello dell'irresponsabilità del legislatore), che appare poco convincente sotto il profilo ordinamentale. Produce, in definitiva, quella confusione di categorie che si sviluppa non solo a livello concettuale, ma anche in termini pratici, in relazione alla disciplina applicabile al caso concreto (art. 2043 c.c., obbligazione *ex lege* dello Stato, "responsabilità contrattuale"?). Come abbiamo visto, il recente intervento legislativo tende a ridurre le conseguenze giuridiche della qualificazione del diritto alla riparazione, imponendo in ogni caso un termine di prescrizione quinquennale. In questo senso, dunque, la corretta qualificazione diventa meno urgente quanto meno riguardo a tale singolo aspetto. Tuttavia, rimane in piedi la

1982/1991 e 1993/2007, non sono prescritti e ha salvato tutti i rimborsi loro spettanti. Orientamento confermato in Sent. Cass., Sez. III civile, 22 marzo 2012, n.4538.

questione circa il falso parallelismo rispetto all'illecito costituzionale, a cui la dottrina negli ultimi anni ha dedicato maggiore attenzione.

A nostro avviso, l'applicazione delle categorie della responsabilità aquiliana alla funzione legislativa è alla lunga inevitabile, oltre che del tutto auspicabile. Per giungere a questo approdo, è però necessario abbandonare gli assiomi collegati alla funzione tradizionale dei Parlamenti nazionali, e trarre le debite conseguenze dallo Stato di diritto applicato in un sistema reticolato e complesso. Nel corso del saggio abbiamo fatto riferimento all'esperienza francese a dimostrazione di come i giudici d'oltralpe abbiano conciliato gli obblighi comunitari con gli assestati orientamenti circa l'irresponsabilità del legislatore e come, a seguito della sentenza Gardedieu, il tema rimanga irrisolto e aperto a nuove evoluzioni anche in uno dei sistemi europei di riferimento. Il caso spagnolo, d'altra parte, dimostra come anche in Europa continentale si possano adottare soluzioni di apertura in tal senso, che assicurino una tutela armonica delle posizioni giuridiche soggettive a prescindere dal fondamento della norma giuridica violata. D'altra parte, l'esame di questa esperienza dimostra anche che si tratta, in ogni caso, di uno strumento la cui applicazione non può che essere episodica, in ragione delle criticità strutturali ed istituzionali che lo caratterizzano.

Le ultime pronunce della Suprema Corte contengono, tuttavia, un insegnamento importante, poichè, invitando la dottrina a non considerare le rispettive categorie concettuali in senso assoluto, individuano l'essenza stessa della struttura reticolare del diritto dell'Unione. Il rapporto fra la responsabilità per violazione del diritto dell'Unione elaborato dalla Corte di giustizia e la responsabilità da fatto illecito ex art. 2043 c.c. non sono corrispondenti, poichè il loro diverso fondamento ne ostacola un'identificazione *tout court*. Infatti, il giudice europeo non ha fatto altro che imporre uno standard di tutela delle posizioni giuridiche soggettive che l'applicazione dele discipline nazionali deve aiutare a perseguire. Di conseguenza, una volta rispettati i principi di effettività ed equivalenza, è del tutto ammissibile che a livello nazionale le posizioni giuridiche possano trovare tutela attraverso qualificazioni distinte. In questo senso, il caso in questione è da considerare un fenomeno su cui riflettere, piuttosto che un'anomalia da risolvere.

Questa considerazione ci permette di concludere con una annotazione di carattere generale. A prescindere dalle soluzioni adottate dai singoli ordinamenti, sembra evidente che l'illecito comunitario, in quanto strumento di tutela dei cittadini europei, abbia dimostrato una certa inefficacia. Per meglio dire, la riflessione svolta in queste pagine dimostra che il rimedio ex Francovich è utile come *extrema ratio* nel quadro di un sistema di tutele, ma anche che il ruolo dei legislatori nazionali rimane insostituibile. Infatti, l'illecito comunitario esalta la funzione dei giudici nazionali in materia di tutela delle posizioni giuridiche soggettive. Tuttavia, a nostro avviso, l'esame dei casi dimostra anche che i legislatori nazionali recuperano un ruolo fondamentale

sia in relazione all'applicazione stessa del principio di responsabilità patrimoniale per violazione del diritto dell'Unione, sia in relazione all'efficacia dei sistemi di indennizzo. Sono infatti i titolari del potere legislativo gli unici in grado di esprimere l'ultima parola circa gli standard di tutela dei diritti dei cittadini, a prescindere dai diversi approdi giurisprudenziali, nazionali ed europei.

Nel silenzio del legislatore, le criticità non riguardano solamente le conseguenze giuridiche connesse alle categorie secondo le quali i giudici nazionali interpretano ed applicano il rimedio in oggetto. Più in generale, le difficoltà applicative dimostrano l'inadeguatezza intrinseca della funzione giurisdizionale, soprattutto quando è chiamata ad applicare disposizioni dall'efficacia diretta assai dubbia. In mancanza di un punto fermo costituito dalla legge, i cittadini, che non si vedono riconosciute forme di indennizzo cui avrebbero diritto, si trovano a sfidare non solo una giurisprudenza ondivaga in quanto alle categorie concettuali. Il calcolo del *quantum*, gli eventuali mezzi di prova richiesti, la natura del procedimento di liquidazione, sono tutti temi valutati discrezionalmente dal giudice nazionale. Di conseguenza, ad una forma di indennizzo presumibilmente rapida e certa si sostituisce, dunque, un giudizio dai tempi lunghi e dagli esiti incerti.

Il fatto che le fonti di produzione normativa si siano moltiplicate non significa che il ruolo dei legislatori nazionali sia diventato marginale e il principio di responsabilità dello Stato-legislatore non pone quest'ultimo alla stregua di un mero esecutore delle politiche europee. Nello spazio giuridico integrato, i legislatori assumono un ruolo ben più importante e centrale, nel senso che devono contribuire all'architettura europea tramite un intervento al contempo puntuale e consapevole delle nuove sfide in tema di integrazione attraverso la tutela dei diritti. In caso contrario, la cittadinanza europea, intesa nel senso dell'effettività delle posizioni giuridiche soggettive, apparirà inevitabilmente come un orizzonte lontano, quando non come un accorgimento retorico dal contenuto evanescente.