Judicium
IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA
Pacini Giuridica

Fabio Ciccariello

LA RESPONSABILITÀ DEL LEGISLATORE TRA VECCHI E NUOVI MITI

Sommario: 1. Eterogenesi dei fini: la parabola della Sentenza Francovich. – **2.** Le ricadute interne della giurisprudenza europea. L'ondivago percorso delle corti nazionali tra antiche resistenze e incerte soluzioni. **– 3.** Per la Cassazione "*the king can do wrong*" ma la responsabilità per attività legislativa non esiste. – **4.** L'illecito "interno" del legislatore (per violazione della Costituzione) ed il problema della giustiziabilità delle relative pretese risarcitorie. La responsabilità per atti legislativi tra risarcimento e indennizzo e la necessità di un suo ripensamento in una prospettiva unitaria.

1. ETEROGENESI DEI FINI: LA PARABOLA DELLA SENTENZA FRANCOVICH

In origine vi fu la "Sentenza Francovich", pronuncia simbolo, tra le più conosciute della storia delle istituzioni europee[1], con la quale, secondo la vulgata, si pose il seme di una pianta che sino ad allora aveva stentato ad attecchire nell'ambito comunitario, in ragione di ataviche resistenze – sostanzialmente comuni agli stati membri, seppur con diversità di accenti[2] – storicamente e culturalmente legate al mito della "infallibilità" del legislatore; mito consustanziale al dogma dell'incompatibilità tra responsabilità e potere (sovrano)[3], ancorché confliggente con l'avvento del moderno costituzionalismo[4].

È affermazione comune, invero, che a tale sentenza della Corte di Giustizia si debba l'apertura di «un varco decisivo nel "muro" delle resistenze nazionali»[5] (all'abbattimento del *totem* della sovranità statale)[6], avendo, la stessa, non solo sancito la responsabilità del legislatore per violazione (*recte* inattuazione) del diritto comunitario, ma anche (e

[1] Corte giust. Ce, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich, Bonifaci e altri c. Italia, in *Racc.* I-5357; in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 840 ss., con nota di S. Tassone, *Sulla responsabilità civile dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*; nonché in *Foro it.*, 1992, IV, c. 145 ss., con note di A. Barone-R. Pardolesi, *Il fatto illecito del legislatore*, e di G. Ponzanelli, *L'Europa e la responsabilità civile*. Tra i primi contributi sulla sentenza, si vedano, tra gli altri, L. Antoniolli Deflorian, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1993, p. 1585 ss.; M. Cartabia, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza «Francovich» della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 505 ss.; A. Campesan-A. Del Ferro, *La responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto comunitario alla luce della sentenza Francovich*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 313 ss.; P. Mori, *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giust. civ.*, 1992, pp. 513 ss.

[2] Per una ricognizione del tema nelle esperienze nazionali europee, v. C. Pasquinelli, *Le leggi dannose: Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, Torino, 2013, p. 61 ss.

[3] M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, Torino, 2005, p. 17. Sulla responsabilità dello Stato-amministrazione, cfr. G. Alpa, *L'erosione dei privilegi della pubblica amministrazione e le nuove figure di responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1305 ss. Sull'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in Europa, v. D. Sorace, *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea* Bologna, 1994.

[4] Senz'altro condivisibile è l'affermazione secondo cui la ricerca delle ragioni profonde che militano a favore della responsabilità dello stato-legislatore conduce «alle radici ideali della tradizionale formula Stato-diritto, all'avvento storico delle Costituzioni rigide e all'affermarsi del controllo di costituzionalità delle leggi […]» (così C. Panzera, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in *Politica del diritto*, 2007, 3, p. 359). Sul principio di sovranità nel moderno costituzionalismo, cfr., tra gli altri, G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, XIV, Bologna, 2012, p. 18, laddove ricorda che «a ben vedere, tutta la Costituzione non è che un complesso sistema di limiti attraverso i quali la forza dello Stato viene organizzata, disciplinata, limitata, circoscritta […] in principio dunque la sovranità dello Stato non vuol dire assoluta libertà e arbitrarietà del potere statale»; sul passaggio storico dallo "Stato di diritto" allo "Stato costituzionale", v. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 141; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 21 ss.; M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in Aa.Vv, *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, 2002, p. 19, il quale evidenzia come l'avvento dello Stato costituzionale abbia determinato un distacco "*netto*" dal principio-guida della sovranità politica.

[5] C. Panzera, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, cit., p. 357.

[6] A. Lazari, Paradeigma *e* logos: *la responsabilità dello stato legislatore e i destini dell'Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, pp. 148 ss.

soprattutto) espressamente riconosciuto tutela ai soggetti lesi (così completando la protezione offerta dalla procedura di infrazione)[7].

Indiscutibile, al contempo, è che la pronuncia in parola, accolta dalla dottrina europea quale «manifesto di dimensione costituzionale» e «clausola di chiusura del sistema europeo di tutela»[8], si ponga in naturale continuità con l'evoluzione dei già predicati principi della *primauté communitaire*[9] e della integrabilità degli apparati rimediali, anche mediante l'innesto nelle singole esperienze nazionali, soprattutto per via giurisprudenziale, di modelli giuridici comuni (secondo il fenomeno della *judicial cross-fertilization*)[10].

Costituisce, tuttavia, una piana evidenza che la potenziale *vis espansiva* della regola sancita dalla Sentenza Francovich è rimasta, quantomeno in parte, frustrata dalle, più o meno genuine, difficoltà di recepimento avvertite dai giudici nazionali[11].

Se è vero, infatti, che siffatta regola ha avuto il grande merito di «realizzare un'opera di *enforcement* del diritto comunitario all'interno del diritto nazionale in via "mediata", aggiungendo alla responsabilità *esterna* dello Stato (inadempimento comunitario) anche una responsabilità *interna* (lesione di un diritto) mediante una relazione

---

[7] Cfr. E. Calzolaio, *L'illecito dello stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparata*, Milano, 2004, p. 4; si veda, altresì, M. M. Winkler, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2011, p. 923, il quale, nel ripercorrere i temi della pronuncia sul caso Francovich, ricorda che la "vera novità" «risiede nell'affermazione che il diritto dei singoli al risarcimento del danno da parte dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione europea è "inerente" al diritto dell'Unione, discendendo direttamente dal principio di leale cooperazione». Non sono mancati commenti con accenti critici rispetto all'approccio adottato dalla Corte di Giustizia: cfr. V. Roppo, *La Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contr. impr. Eur.*, 1999, p. 108 s., laddove osserva che: «In materia di responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto comunitario, lo stato dell'arte risulta determinato in modo decisivo dalla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo. Anzi ne risulta determinato in modo che qualche commentatore ha considerato perfino troppo decisivo: i penetranti interventi che la Corte di Giustizia ha svolto in questo campo sono stati additati come emblematici di un eccesso di protagonismi giudiziale, lamentandosi che per tal via la costruzione dell'ordinamento comunitario proceda molto di più *by adjudication*, che non – come sarebbe fisiologico – *by negotiation, by administration* e *by regulation*».

[8] L. Bairati, *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, *http://www.cdct.it/Pubblicazioni.aspx*

[9] Come è noto, la Corte di giustizia, a partire dalla "Sentenza Van Gend en Loos" (Corte giust. Ce, 5 febbraio 1963, causa C-26/62, NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos c. Amministrazione olandese delle imposte, in *Racc.* I-0003), sulla scorta dell'inedita prospettazione di un ordinamento *sui generis* a favore del quale gli stati membri rinunziavano, anche se in settori limitati, alla propria sovranità, ha inaugurato un filone con cui sono stati dettati i principi fondanti del diritto dell'Unione ed evidenziate le peculiarità di un sistema che trova il proprio *ubi consistam* nel principio della prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale e degli effetti diretti del diritto dell'Unione. Ad un solo anno di distanza da ridetta pronuncia, decidendo una questione pregiudiziale sottopostale dal giudice conciliatore di Milano, la Corte di Giustizia, con la famigerata "Sentenza Costa/Enel" (Corte giust. Ce, 15 luglio 1964, causa C-6/64, Costa c. Enel, in *Racc.* I-01129) ha precisato che *primauté* del diritto comunitario sul diritto degli Stati membri trova conferma nell'art. 189 (ora 249) del Trattato, rilevando, altresì, che «questa disposizione, che non è accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento nazionale che prevalesse sui testi comunitari» e, quindi, precisando che «il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione, appunto, della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno, senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità»: nessun tipo di atto, quindi, nemmeno di rango costituzionale, dice la Corte, può resistere al diritto comunitario. L'iter inaugurato con il caso Van Gend en Loos e proseguito con quello Costa/ Enel, verrà portato a compimento con la "Sentenza Simmenthal" (Corte giust. Ce, 9 marzo 1978, causa C-106/67, Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal s.p.a., in *Racc.* I-00629), alla quale si deve la consacrazione del principio della disapplicazione del diritto nazionale posteriore confliggente con il diritto comunitario, principio che ha, tuttavia, fatto fatica ad essere metabolizzato dai giudici.

[10] Sul processo di *cross fertilization* quale "esperienza di conversione" al paradigma comunitario di responsabilità dello stato, v. A. Lazari, *Modelli e paradigmi di responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, p. 251 ss., spec. p. 284 ss.; nonché Id., Paradeigma *e* logos: *la responsabilità dello stato legislatore e i destini dell'Europa*,, cit., p. 110, laddove viene definito come frutto della «capacità di insinuarsi negli interstizi lasciati aperti dai corpi giuridici nazionali, per poi scardinare le secolari roccaforti statali»; in argomento, cfr., altresì, E. Autorino, *Diritti fondamentali e* "cross fertilization"*; il ruolo delle Corti supreme*, in *Dir. pubbl. comp. eur*, 2014, IV, p. 2057 ss.

[11] Difficoltà legate alla necessità di depoliticizzare il regime di responsabilità del legislatore, spogliandolo dalla sua funzione totemica di rappresentazione degli interessi nazionali: cfr. A. Lazari, Paradeigma *e* logos: *la responsabilità dello stato legislatore e i destini dell'Europa*, cit., p.148 s.

istaurata "direttamente" con i cittadini, alla fine scavalcando l'autorità nazionale»[12], è parimenti vero che la regola in questione è riferita non già ad una qualsivoglia "violazione" del legislatore nazionale, bensì alla peculiare ipotesi di "tardiva attuazione" del diritto europeo da parte dello stesso e, dunque, in una prospettiva *a speciem ad genus*, ad una sua "omissione". Con la conseguenza che, sebbene – come ci si accinge a dire – generalizzabile, al concorso di alcune precise condizioni, la regola in questione rimane eminentemente riferibile alle condotte omissive, mal conciliandosi sia con le ipotesi di errata attuazione delle direttive sia, più in generale, con tutte quelle riconducibili a comportamenti "commissivi" del legislatore nazionale (*id est*, l'emanazione di leggi contrarie al diritto europeo)[13].

Non solo. Il regime applicativo della regola sancita – a mente della quale, lo si ricorda, i cittadini possono "rivalersi" nei confronti dello Stato della perdita subita in conseguenza della mancata attuazione di una direttiva nel termine previsto (e, dunque, del mancato godimento del diritto dalla medesima attribuito) – prevede l'indefettibile ricorrere di tre condizioni[14]: *i)* l'attribuzione da parte della direttiva di uno specifico diritto; *ii)* l'individuabilità del relativo contenuto sulla base della direttiva medesima; *iii)* l'esistenza di un nesso causale tra l'inadempimento statale e la lesione del diritto. In difetto di tali (concorrenti) condizioni, deve escludersi, dunque, che il cittadino possa ottenere il ristoro del pregiudizio subito, quand'anche riesca a dimostrare che quest'ultimo sia riferibile ad una situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento e sia eziologicamente riconducibile ad una violazione del diritto comunitario imputabile al legislatore nazionale (si pensi, in via di esempio, all'ipotesi in cui sia leso l'affidamento incolpevole del privato, quale diritto soggettivo[15]).

Ed ancora. La Sentenza Francovich, se da un lato "limita" la responsabilità del legislatore al sussistere delle predette condizioni, dall'altro, rinvia alla disciplina interna per ciò che concerne le modalità di risarcimento, affidando ai sistemi di responsabilità dei singoli stati membri le condizioni dell'azione[16]; sì che, può ben affermarsi che comune (ed europea) è la disciplina, diversi (e nazionali) sono invece i rimedi[17]. Ed è proprio in tal ultimo ambito, evidentemente, che lo Stato conserva, anche nelle intenzioni della Corte di Giustizia, la propria sovranità, sebbene "attenuata" da due limiti: anzitutto, le condizioni previste dal diritto nazionale per far valere questo tipo di responsabilità non possono essere meno favorevoli rispetto a quelle interne imposte per azioni analoghe ("regola del trattamento nazionale"); inoltre, dette condizioni non possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente

---

[12] C. Panzera, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, cit., p. 357.

[13] Su tali casi, in verità, la Corte di Giustizia avrà modo di pronunciarsi successivamente: si veda, ad esempio, la "Sentenza British Telecommunications" (Corte Giust. Ce, 26 marzo 1996, causa C-292/93, The Queen c. H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc., in *Racc.* I-01631; nonché *Foro it.*, 1996, IV, c. 321 ss.), concernente un'ipotesi di errata attuazione di una direttiva.

[14] Sulle condizioni stabilite dalla Sentenza Francovich, nell'ambito della dottrina europea, v. O. Dubos, *Le principe de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire*, in *Revue des Affaires européennes*, 1997, 1, p. 209 ss.; J. Steiner, *From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law, in European Law Review*, 1993, 2, p. 3 ss.

[15] È noto che la tutela riconducibile all'affidamento incolpevole riposto dal cittadino sulla legittimità dell'azione pubblica (ivi inclusa quella legislativa) è da tempo riconosciuta dalla Corte di Giustizia come principio cardine del diritto europeo: in tal senso, la "Sentenza Töpfer" del 3 maggio 1978, causa C-12/77, Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commissione, in *Racc.* I-01019, che per la prima volta sancisce che «il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario». Siffatta tutela trova piena collocazione anche nel panorama giurisdizionale italiano, avendo la medesima Cassazione espressamente qualificato l'affidamento quale "diritto soggettivo" (cfr. Cass., Sez. Un., nn. 6594-6595-6596/2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2387, con nota di A. Travi; sull'applicabilità del principio *de quo* nel diritto amministrativo, si veda, tra le altre, Cons. Stato n. 2536/2008: «nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall'art. 97 della Costituzione, l'amministrazione è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento»).

[16] Non a caso si è affermato il superamento della rigida alternativa tra "illecito comunitario" ed "illecito statale" in favore di una impostazione unitaria, che trova espressione nella qualificazione di "illecito interfacciale": E. Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e responsabilità*, n. 7/2003, p. 725 ss.

[17] Tal che, volendo usare le immaginifiche parole di A. di Majo, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa dir. priv.*, 1998, p. 748, si potrebbe dire che «La testa […] si trova nel diritto comunitario, le gambe nei diritti degli Stati membri».

difficile ottenere il risarcimento ("regola dello *standard* minimo comunitario").
Sta di fatto che, al di fuori di tale duplice limite, sostanzialmente riconducibile alla clausola del cosiddetto "effetto utile" [18], indispensabile per assicurare una soglia minimale di effettività alla tutela riconosciuta, la Sentenza Francovich omette di indicare «a quali condizioni sostanziali e formali e secondo quali criteri [...] quella tutela debba essere garantita; e come possa esserlo in tutti gli Stati membri in modo, se non uniforme, almeno omogeneo»[19].
In definitiva, pur considerando l'opera di successiva specificazione compiuta dai giudici europei con riguardo alla regola posta dalla ridetta sentenza, netta è la sensazione che quest'ultima, proprio in ragione di talune sue "rigidità" di fondo – dovute alla precipua riferibilità ad una ipotesi omissiva[20] ed alle prestabilite condizioni cui subordina la regola sancita[21] – nonché della necessaria "approssimazione" del concetto di responsabilità espresso, da declinare nelle singole realtà nazionali, sia venuta paradossalmente a fungere da usbergo all'erosione dell'immunità del legislatore. È noto, infatti, che tale regola è stata utilizzata dai giudizi nazionali (italiani, *in primis*) – evidentemente restii, specie quelli di vertice, ad accostare il concetto di fatto illecito all'attività legislativa – per circoscrivere le ipotesi di responsabilità a quest'ultima connesse ai casi (e con i limiti) immediatamente riferibili alla sentenza in questione, circoscrivendo, come si vedrà, al meccanismo indennitario lo strumento risarcitorio[22].
È pur vero, d'altronde, che la Corte di Giustizia non ha mai inteso affrontare, né avrebbe potuto, la questione della generica "risarcibilità dei danni causati dallo Stato nell'esercizio della funzione legislativa", ponendosi, ben più limitatamente, il compito di verificare, di fronte al mancato recepimento di una direttiva non *self executing*, «il problema dell'esistenza e della portata di una responsabilità dello Stato per danni derivanti dalla violazione degli obblighi che ad esso incombono in forza del diritto comunitario»[23].
In tale prospettiva, pertanto, può ragionevolmente affermarsi che la Sentenza Francovich sia rimasta vittima di un sostanziale fraintendimento, nel momento stesso in cui le sono stati attribuiti significati ed obiettivi ulteriori (e ultronei) rispetto a quelli che le sono propri e che molto hanno a che fare con la violazione del diritto comunitario (attraverso atti normativi interni) e ben poco con la responsabilità del legislatore, intesa *tout court*.
Ed è proprio in ciò che si è appena detto che risiedono, probabilmente, le ragioni della parabola che ha visto come protagonista tale pur fondamentale pronuncia: da una prima fase in cui, non senza enfasi, se ne è affermata la portata "dirompente" in tema di riconoscimento e di affermazione del paradigma della responsabilità legislativa nello spazio giuridico europeo, ad una successiva nella quale «ne sono state segnalate tutte le intrinseche debolezze e difficoltà applicative, con i connessi rischi di marginalizzazione»[24].
In definitiva, sembra potersi affermare che la Sentenza Francovich abbia sì "mostrato la via", «imponendo ai sistemi giuridici nazionali statali di confrontarsi con il tema, a lungo ignorato, dei danni da esercizio del potere

[18] Per una recente ricognizione sul tema, I. Ingravallo, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, spec. p. 63 ss.
[19] A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13, c. 27.
[20] È pur vero, tuttavia, ma il dato non è stato generalmente valorizzato, che la stessa Sentenza Francovich, nella parte in cui fra gli obblighi derivanti dal diritto comunitario, pone a carico degli Stati membri anche quello, di carattere generale, di «eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario» (punto 36 della motivazione), pare implicitamente affermare che la responsabilità sussiste anche nel caso inverso, ossia nel caso di adozione, da parte dello Stato, di un atto normativo (o amministrativo) che, contravvenendo a disposizioni comunitarie, causi un pregiudizio a chi beneficia dei vantaggi che da tali disposizioni derivano (cfr. A. Saggio, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e resp.*, 3/2001, p. 229).
[21] Per un'analisi critica delle "condizioni" poste dalla Sentenza Francovich, si veda P. Mori, *Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 513.
[22] Cfr. *infra* § 2.
[23] Sentenza Francovich, punto 29 della motivazione.
[24] L. Bairati, *La responsabilità dello Stato-legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, cit., p. 2.

legislativo»[25], ma – anche per una precisa scelta della corte lussemburghese di risolvere «la tensione istituzionale fra centralizzazione delle categorie (volte a rispondere alle esigenze di effettività e uniformità) e decentralizzazione dei rimedi alla violazione del diritto dell'Unione»[26], limitandosi all'enunciazione dei principi da affidare alla successiva assimilazione e applicazione da parte dei giudici nazionali – abbia altresì lasciato margini labili ed incerti[27], specie per quel che concerne le ricadute applicative nel diritto interno degli stati membri della regola di responsabilità sancita[28]. Il che, anche per l'obiettiva difficoltà di ricondurre alle categorie domestiche strumenti di estrazione comunitaria[29], ha ingenerato un'indubbia situazione di incertezza, innanzitutto concettuale, che ha finito per ostacolare l'auspicabile uniformità delle scelte operate dai giudici nazionali chiamati a rendere effettiva la tutela dalla medesima sentenza apprestata.

Il che, anche in conseguenza, probabilmente, di «una lettura affrettata delle pronunce dei giudici di Lussemburgo, se non della sola sentenza *Francovich* sganciata dalla prassi successiva, ha portato alle soluzioni più disparate, il più delle volte confliggenti»[30].

2. LE RICADUTE INTERNE DELLA GIURISPRUDENZA EUROPEA. L'ONDIVAGO PERCORSO DELLE CORTI NAZIONALI TRA ANTICHE RESISTENZE E INCERTE SOLUZIONI.

La disamina delle sentenze nazionali in materia di illecito del legislatore fa emergere con estrema chiarezza un dato che è evidentemente conseguenza della effettiva portata – al di là delle letture tanto "mitizzanti" quanto approssimative – e dei denunziati limiti applicativi della Sentenza Francovich: la tutela giurisdizionale è stata riconosciuta pressoché esclusivamente con riferimento ad ipotesi "omissive", ossia per mancato, tardivo o inesatto recepimento di direttive europee da parte del legislatore interno; ipotesi, appunto, immediatamente riferibili alla fattispecie oggetto della sentenza capostipite della Corte di Giustizia, là dove si sanziona la responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo (sinteticamente defininibile come "illecito UE"). Pronuncia, quest'ultima, che, per la sua forza evocativa, ha finito quasi per oscurare, agli occhi dei giudici intenti a recepire la regola ivi sancita, le importanti indicazioni fornite dalle successive pronunce della Corte di Giustizia che, ponendosi nel percorso di responsabilizzazione degli organi legislativi, ne hanno ampliato l'ambito applicativo, includendo tra le ipotesi sanzionabili di illecito UE anche quelle "commissive"[31].

---

[25] C. Pasquinelli, *Le leggi dannose: Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, cit., p. 61.

[26] L. Bairati, *La responsabilità dello Stato-legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, cit., p. 4.

[27] Sulla difficoltà di tracciare un netto confine tra la regola che definisce la fattispecie (di competenza comunitaria) e quella che ne stabilisce le conseguenza (attribuita ai singoli stati membri), si veda A. di Majo, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, cit., p. 748.

[28] M.F. Scardigno, *Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Aggiornamento, IV, Milano, 2009, p. 445, la quale osserva che lo spazio lasciato alla disciplina interna nella messa in opera della tutela risarcitoria delle posizioni giuridiche individuali «non è irrilevante, anche in ragione del fatto che la disciplina relativa ai presupposti della responsabilità dello Stato non è sufficiente, da sola, ad affrontare e risolvere tutti i problemi con cui il giudice interno è chiamato a confrontarsi ai fini del decidere».

[29] Non a caso Gorla avvertiva che «[i]l pericolo o tentazione più grave per il comparatista è quello di trasferire i concetti e i modi del suo diritto (attività giuridica) nel diritto straniero per inquadrarvelo o intenderlo» (G. Gorla, *Diritto comparato*, in *Enc. giur.*, XII, Milano, 1964, p. 932).

[30] M. M. Winkler, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea*, cit., p. 928.

[31] Il riferimento, ovviamente, è *in primis* alla "Sentenza Brasserie du Pêcheur/Factortame III" (Corte giust. Ce, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri, in *Racc.* I-1029), con la quale, nel confermare che la fonte dell'obbligo dello Stato di risarcire il danno risiede nell'ordinamento comunitario, si statuisce espressamente che il relativo regime di responsabilità è improntato alla disciplina della responsabilità extracontrattuale in vigore per le istituzioni dell'Unione, informata dai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», tra i quali deve ricomprendersi quello in forza del quale «un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno

La prassi giudiziale domestica ci restituisce un quadro di sostanziale "resistenza" verso l'idea di un sindacato giurisdizionale sulla liceità dell'azione legislativa[32]; resistenza che è venuta ad assumere i connotati di una vera e propria "chiusura" verso l'ulteriore prospettiva di un'estensione della responsabilità ad ipotesi di violazione del diritto interno e, segnatamente, della Costituzione[33].

È chiaro, d'altronde, che l'ammissibilità stessa della responsabilità dello stato-legislatore non solo collide radicalmente con la nozione volontaristica del potere politico ma si pone in critica relazione anche con la teoria dei "controlimiti"[34]; il che spiega le resistenze opposte in argomento dalle medesime corti costituzionali[35] (nell'ambito, sia ben inteso, di una più ampia e generale contesa con i giudici europei)[36].

Invero, la «difesa ad oltranza dell'immunità del legislatore»[37] si rintraccia chiaramente nelle argomentazione che la nostra giurisprudenza di legittimità, già nell'immediatezza della Sentenza Francovich e poi nei vent'anni successivi, ha variegatamente addotto, non senza incorrere in una certa confusione sul piano dei concetti, giungendo alla negazione della natura risarcitoria della tutela patrimoniale domandata dal singolo "leso" da una legge violativa del diritto UE ed all'affermazione dell'inconfigurabilità stessa di un "illecito legislativo" per violazione della Costituzione.

Nel declinare la regola sancita dalla Corte di giustizia con la storica pronuncia del 1991, i giudici di merito e quelli di legittimità si sono pronunciati nel corso degli anni seguendo, in linea di massima, orientamenti eterogenei e spesso antitetici. I primi si sono rivelati per lo più disponibili ad accordare forme di risarcimento ai soggetti

---

arrecato». Nella sentenza anzidetta la Corte afferma innanzitutto, in via generale, che l'obbligo risarcitorio sussiste in qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo, legislativo o giurisdizionale, la cui azione od omissione abbia dato origine al danno. Facendo poi espresso riferimento alla responsabilità da attività normativa, la Corte distingue l'ipotesi in cui l'organo che esercita l'attività legislativa dispone di un ampio potere discrezionale dall'ipotesi in cui, viceversa, l'ordinamento gli impone obblighi di risultato, di condotta o di astensione, tali da ridurre il suo margine di valutazione; distinzione è funzionale alla identificazione dei presupposti della responsabilità, intesi a limitare la risarcibilità del danno quando l'attività normativa nazionale è espressione di un potere discrezionale. Con la sentenza *de qua* la Corte precisa altresì che la violazione dalla quale discende il diritto al risarcimento del danno deve essere «sufficientemente caratterizzata», ossia «manifesta e grave», specificando, a titolo esemplificativo, gli elementi da cui può desumersi il carattere manifesto e grave della violazione; con l'ulteriore specificazione che, non esistendo una nozione di colpa con contenuto comune agli Stati membri, al fine dell'affermazione della responsabilità da illecito comunitario non rileva l'elemento soggettivo ma è sufficiente la valutazione del carattere manifesto e grave della violazione.

[32] Può ben affermarsi, ancora oggi, che «la giurisprudenza della Corte di giustizia europea in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario non ha avuto una buona accoglienza in tutte le corti nazionali» (E. Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, cit., p. 725).

[33] In argomento, già L. Paladin, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, p. 1032 ss. Più di recente, V. Roppo, *Appunti in tema di «illecito comunitario» e «illecito costituzionale» del legislatore*, in *Danno resp.*, 1998, p. 961: «Se una legge intesa a colpire (…) una classe di cittadini, li impedisse o li limitasse nell'esercizio di una loro attività economica, con gravi danni patrimoniali a loro carico, e questa legge venisse dopo qualche tempo fulminata di incostituzionalità, sarebbe giusto lasciare in ultima istanza quei danni a carico delle vittime di un siffatto clamoroso "illecito costituzionale" del legislatore?». Si veda altresì, M. Cartabia, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza Francovich della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, 505 ss. Per ulteriori svoglimenti, cfr. *infra* § 4

[34] Per una panoramica attuale sulla teoria dei "controlimiti", elaborata in Italia dalla Corte costituzionale, analogamente a quanto avvenuto presso altri giudici costituzionali europei, come argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili, v. A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

[35] Tuttavia, da ultimo, una minima apertura da parte della Consulta pare esservi stata nella misura in cui la stessa lascia aperto l'interrogativo circa le conseguenze della pronuncia di incostituzionalità di una legge la cui applicazione abbia causato un danno ad un soggetto privato: cfr. Corte Cost. n. 20/2016, in *Giur. Cost.*, 2016, 1, p. 126 ss. con nota di E. Sparacino, *Legge incostituzionale e responsabilità risarcitoria. Spunti di riflessione a partire dalla sentenza n. 20 del 2016*. È da ricordare, in ogni caso, che già negli anni settanta del secolo scorso autorevole dottrina aveva sollevato il problema del ricorso a rimedi giurisdizionali nel convincimento che l'inattuazione della Costituzione fosse sanzionabile: C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, c. 153 ss.

[36] In argomento, si veda C. Harlow, *Francovich and the Problem of the Disobedient State*, in *Europc v ean Law Journal*, II, 1996, p. 199.

[37] M.F. Scardigno, *Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 445.

danneggiati da una condotta, tanto commissiva quanto omissiva, del legislatore violativa del diritto dell'Unione, chiaramente riconducendo la fattispecie nell'alveo della responsabilità aquiliana[38]. Al contrario, in seno alla Suprema Corte, dopo pronunce contrastanti, si è (definitivamente?) affermato un indirizzo interpretativo di senso opposto, teso ad escludere recisamente l'applicabilità dell'art. 2043 c.c. nell'ipotesi dell'illecito UE, e, più in generale, a negare che nei confronti dell'esercizio del potere politico – e, dunque, della funzione legislativa – siano configurabili situazioni soggettive tutelabili davanti al giudice.

Sta di fatto che l'ondivago percorso della giurisprudenza italiana, nell'intento di individuare «la esatta qualificazione del fondamento giuridico del rimedio»[39] per riparare al pregiudizio conseguente alla violazione comunitaria, 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"»[40].

Un chiaro esempio di tale contrastato "recepimento" della regola posta dalla Sentenza Francovich da parte della Corte di Cassazione si registra nel 2003, allorché, con due sentenze rese dalla medesima sezione, ad appena un mese di distanza l'una dall'altra, i giudici di legittimità sono giunti ad adottare due soluzioni assolutamente antitetiche.

Con la prima delle pronunce in questione[41], la Cassazione, dopo aver ricordato che la Carta Costituzionale, nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato, regola la funzione legislativa quale espressione del potere politico, libero nei fini e sottratto a sindacato giurisdizionale, recisamente esclude che di fronte all'esercizio di siffatto potere siano configurabili situazioni soggettive protette dei singoli e che, dunque, «dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., da imputare allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato-ordinamento»[42].

Con la seconda sentenza[43] la Corte di legittimità ha invece (ri)affermato[44] la risarcibilità del danno subito dal singolo in conseguenza della violazione delle norme comunitarie da parte del legislatore per mancata attuazione di una

---

[38] Cfr., tra i primi arresti, Trib. Caltanissetta, 15 settembre 1997, in *Danno resp.*, 1998, p. 469 ss., con nota di A. Lazari, *«Eppur si muove!»: Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario*; *contra*, Trib. Catanzaro, 20 aprile 2009, in *Danno resp.*, 2010, p. 22 ss., con nota di R. Conti, *La natura «non illecita» dell'illecito comunitario*.

[39] A. di Majo, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Corr. giur*, 10/2009, p. 1353.

[40] L. Bairati, *La responsabilità dello Stato-legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, cit., p. 23.

[41] Si tratta di Cass, 1 aprile 2003, n. 4915, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1193 ss.; nonché in *Foro it.*, 2003, I, c. 2015 ss., con nota di E. Scoditti, *Ancora sull' illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*.

[42] Sul punto la S.C. richiama espressamente il precedente costituito da Cass. 11 ottobre 1995, n. 10617, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 313 ss., ossia la prima delle pronunce intervenute sul caso oggetto della Sentenza Francovich, laddove i giudici di legittimità, nello statuire in ordine ai danni derivanti dalla tardiva attuazione della direttiva 80/987/CEE sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, poi recepita con d.lgs. n. 80/1992, pone (opinabilmente) a carico dell'Inps (e non già dello Stato) un obbligo indennitario, affermando che dalle norme dell''ordinamento comunitario, come interpretate dalla Corte di Giustizia, non può farsi derivare, in ambito interno, «il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c. […] 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». Per una lettura critica delle argomentazioni a fondamento di tale pronuncia, si veda V. Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contr. impr. Eur.*, 1999, 1. p. 117.

[43] Cass. 16 maggio 2003, n. 7630, in *Resp. civ. prev.*, 2003, p. 1362 ss. (ove anche la precedente Cass. n. 4915/2003), con nota di M. Poto, *La responsabilità del legislatore: la Cassazione a confronto*.

[44] Tra le conformi pronunce, di poco precedenti, cfr. Cass., Sez. Un., 10 aprile 2002, n. 5125, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2394 ss., laddove, seppur con formula incerta, la fattispecie si afferma riconducibile al paradigma dell'art. 2043 c.c.

direttiva comunitaria non autoesecutiva, «in ambedue le ipotesi di lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo», subordinatamente al ricorrere delle condizioni previste dalla Sentenza Francovich.

Sta di fatto che proprio la soluzione adottata dalla prima delle decisioni in questione, non a torto definita come «un passo indietro»[45] o «un anacronistico salto nel passato»[46], è stata quella fatta propria dalle Sezioni Unite della Cassazione nella successiva sentenza del 2009[47], con la quale, nel ricordare che «la giurisprudenza della Corte, nelle numerose decisioni rese sulla questione, riconduce con assoluta prevalenza il c.d. illecito del legislatore alla fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. »[48], si dà atto però dell'esistenza di «un altro orientamento giurisprudenziale che, all'esito dell'analisi del fenomeno giuridico, esclude che il danno derivante dalla mancata attuazione nei termini prescritti di una direttiva Cee […] costituisca la conseguenza di un fatto imputabile come illecito civile (art. 2043 cod. civ., e segg.) allo Stato inadempiente»[49] e si dichiara di voler dare continuità a tal ultimo indirizzo giurisprudenziale, secondo cui i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'*obbligazione* ex lege *dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antigiuridica*.

Sennonché, proprio tal ultima soluzione è quella che la Suprema Corte ha successivamente ribadito – pur con incertezze singolari (in talune sentenze si riconosce a favore del danneggiato un credito di natura sì «indennitaria» ma per effetto del «c.d. fatto *illecito* del legislatore»)[50] – con le pronunce a seguire, avvertendo peraltro l'esigenza di chiarire gli intendimenti espressi nella sentenza delle Sezioni Unite, anche in risposta alle critiche provenienti dalla dottrina[51] in merito alla negata illiceità ed antigiuridicità del comportamento riferibile al legislatore nazionale[52].

Ed è in questa direzione che si pone, altresì, una sentenza del 2011[53], avente ad oggetto la questione della pretesa dei medici relativa alla mancata remunerazione per l'attività prestata nell'ambito dei corsi di specializzazione, con la quale i giudici di legittimità, nell'osservare che la dottrina «sembra avere frainteso l'affermazione della non illiceità ed antigiuridicità di tale comportamento, perchè le ha attribuito un carattere assoluto, invece che relativo alla sola fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., e segg.», hanno premura di precisare «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 c.c., e segg., ma è dall'ordinamento ricollegata direttamente alla violazione di un obbligo precedente, che ne costituisce direttamente la fonte. Si vuoi dire, cioè che il concetto di responsabilità

---

[45] C. Panzera, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, cit., p. 371, nota 39.

[46] Così E. Calzolaio, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttiva comunitaria,* in *Giur. it.*, 1, 2004, p. 49.

[47] Cass., Sez. Un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Resp. civ.*, 2010, 5, p. 346 ss., in *Danno e resp.*, 2010, 1, p. 19 ss., in *Giur. it.*, 2010, 3, p. 691 ss.

[48] Tra le pronunce immediatamente precedenti, favorevoli all'applicabilità dell'art. 2043 c.c., v. Cass. 11 marzo 2008, n. 6427 e Cass. 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1578 ss., con nota di C. Pasquinelli.

[49] Cfr., in particolare, Cass. 7 luglio 1998, n. 6613, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2790 ss., con nota di G. Ricci; Cass. 10 febbraio 1998, n. 1366 e Cass. 9 febbraio 1997, n. 133, entrambe in *Foro it.*, 1998, I, c. 1469 ss.; Cass. 5 ottobre 1996, n. 8739, in *Danno e resp.*, 1997, p. 254 ss., nonché in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, p. 1031 ss.; Cass. 11 ottobre 1995, n. 10617, cit.; Cass. 19 luglio 1995, n. 7832, in *Mass. Giur. lav.*, 1995, suppl., p. 56.

[50] Così Cass. 10 marzo 2010, n. 5842, in *Foro it.*, 2011, 3, p. 862 ss., nonché in *Giust. civ.*, 2011, 6, p. 1583 ss. (corsivo aggiunto).

[51] Cfr., tra gli altri, E. Calzolaio, *La violazione del diritto comunitario non è antigiuridica: l'illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contr. Impr.*, 2010, p. 71 ss., spec. p. 97 ss.

[52] C. Pasquinelli, *Le leggi dannose: Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, cit, p. 69.

[53] Cass. 18 aprile 2011, n. 10813, in *Foro it.*, 2011, 6, 1, c. 1650 ss, nonché in *Corr. giur.*, 2011, 10, p. 1411 ss., e in *Giur. it.*, 2011, 10, p. 2109 ss.

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.».

Sta di fatto che tali argomentazioni, non solo rivelano una certa «confusione concettuale nel sovrapporre piani tra loro distinti»[54], ma di fatto non sciolgono il vero *punctum dolens*, il quale sta (non solo e) non tanto nella qualificazione "contrattuale" della responsabilità del legislatore, quanto nell'affermazione della liceità della relativa condotta, reputata *ex se* legittima e non antigiuridica, con consequenziale configurabilità di un mero obbligo di indennizzo.

Sennonché, è proprio tal ultima soluzione che, nel lustro successivo, è stata fatta propria dalla Cassazione[55], sino al più recente pronunciamento del 2016[56], con il quale i giudici di legittimità, ripercorrendo gli argomenti sviluppati dalla sentenza del 2008 resa a Sezioni Unite, dichiarano *expressis verbis* che, al di fuori delle ipotesi di "illecito UE" (omesso o tardivo recepimento di una direttiva non *self executing*) – nel qual caso il diritto degli interessati alla rifusione dei danni va ricondotto, appunto, «allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività non antigiuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come antigiuridica nell'ordinamento comunitario, connotato da primazia rispetto a quello del singolo Stato membro, ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno» – deve escludersi qualsivoglia forma di «responsabilità per atti legislativi».

Sul punto, la sentenza è cristallina: «a fronte della libertà della funzione politica legislativa (art. 68 Cost., comma 1, art. 122 Cost., comma 4), non è ravvisabile un'ingiustizia che possa qualificare il danno allegato in termini di illecito, e arrivare a fondare il diritto al suo risarcimento»[57].

Deve escludersi, pertanto, la configurabilità stessa di una responsabilità (dello Stato) per "illecito legislativo" e individuarsene un'altra «diversamente fondata sulla sovraordinazione gerarchica tra ordinamenti prima che tra fonti (al netto di valvole ermeneutiche di salvaguardia quali quelle sottese alla c.d. teoria dei controlimiti, riferite alla tutela dei diritti ritenuti imprescindibili per l'assetto costituzionale nazionale)».

Ed è così che, sotto i colpi di maglio della Suprema Corte, definitivamente cade il *nuovo mito* secondo cui la Sentenza Francovich avrebbe definitivamente abbattuto il *vecchio mito*, variamente radicato negli stati membri, della "intoccabilità" del legislatore, in quanto organo libero ed irresponsabile[58].

---

[54] C. Pasquinelli, *Le leggi dannose: Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, cit, p. 70.

[55] Cfr. Cass. 9 gennaio 2014, n. 307, in *Giust. civ. Mass.*, 2014.

[56] Cass. 22 novembre 2016, n. 23730, in *iurisprudentia.it*, con nota di M. Caputo, *La responsabilità dello Stato per attività legislativa non esiste.*

[57] Il principio, d'altronde, era già stato espresso da Cass. n. 10617/1995, cit., e Cass. n. 4915/2003, cit., ed era già stato accolto con preoccupazione da una parte della dottrina, costituendo un passo indietro di tale portata da risultare «certo preoccupante» ed evidentemente disallineato rispetto alla giurisprudenza comunitaria dei primi anni novanta (così C. Panzera, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, cit., p. 371, nota 39).

[58] I giudici di legittimità hanno premura di giustificarsi di fronte alla dottrina che, invero già da epoca ben antecedente alla Sentenza Francovich, si è spesa per il superamento di una tale anacronistica riserva di immunità a favore dello Stato-legislatore: «[è] vero che gli studi, non solo italiani, in cui è stato partitamente affrontato il tema della responsabilità (ex art. 2043 c.c.) da atto legislativo (che in tesi potrebbe essere, come logico, anche quello statale di cui poi sia risultata accertata l'illegittimità costituzionale) ha ritenuto di poter trarre sollecitazioni espansive dalle fattispecie relative ai rapporti con gli ordinamenti sovranazionali, ma si tratta di riflessioni che si pongono esse stesse in termini, allo stato delle norme positive, di pura problematicità speculativa». È curioso, peraltro, osservare come la Suprema Corte, in tempi non troppo risalenti, avesse riservato ben diversa considerazione alle sollecitazioni della dottrina: con la nota sentenza n. 500/1999, le Sezioni Unite espressamente dichiarano, infatti, di «di dover riconsiderare il proprio orientamento», di segno negativo, in ordine al

3. PER LA CASSAZIONE "*THE KING CAN DO WRONG*" MA LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER ATTIVITÀ LEGISLATIVA NON ESISTE.

La pronuncia del 2016 della Cassazione ha una rilevanza (e, da essa, riverbera un impatto) ben maggiore rispetto a quella che le si potrebbe attribuire di primo acchito, non limitandosi a ribadire la tesi accolta dai giudici di legittimità – in modo peraltro coerente, almeno in parte, con l'indirizzo espresso dalla Corte di Lussemburgo – in ordine all'illecito UE, figlia di una "concezione forte" del rapporto tra ordinamenti, secondo cui – dato per assunto che la violazione «si realizzi nell'ordinamento comunitario e nell'ambito di esso» ed essendo «così stabilito il fondamento giuridico della responsabilità» – lo Stato risulterà già gravato «di una obbligazione *congruente* destinata a riparare il pregiudizio subito dal singolo (a seguito della inattuazione della norma comunitaria)»[59].

Invero, facendo leva su tale concezione, la Suprema Corte "forza la mano" e giunge ad affermare che nella fattispecie si discorrerebbe non già di responsabilità per atti legislativi, bensì di «altra [forma di responsabilità] diversamente fondata sulla sovraordinazione gerarchica tra ordinamenti prima che tra fonti (al netto di valvole ermeneutiche di salvaguardia quali quelle sottese alla c.d. teoria dei controlimiti, riferite alla tutela dei diritti ritenuti imprescindibili per l'assetto costituzionale nazionale)»; ed è per tale via che la Cassazione perviene all'enunciazione della *regula juris*, quantomeno discutibile, secondo cui l'inesatta azione ovvero l'omissione legislativa «sono un fatto antigiuridico» dal punto di vista del diritto comunitario, «mentre tali non sono per l'ordinamento nazionale»[60].

Orbene, non v'è dubbio che «considerare il mancato recepimento di una direttiva come una "attività non antigiuridica" costituisce un equilibrismo dettato dalla necessità di adempiere agli obblighi comunitari, senza intaccare principi assunti dogmaticamente (quale, appunto, quello dell'irresponsabilità del legislatore), che appare poco convincente sotto il profilo ordinamentale»[61].

Sennonché, è proprio tal ultima esigenza (ossia quella di assicurare la "intoccabilità della funzione legislativa") che risulta in definitiva "valorizzata" e garantita dalla sentenza in questione e che rende, quest'ultima, particolarmente interessante in quanto perfettamente descrittiva della "parabola" che ha interessato la responsabilità del legislatore, il cui punto di caduta è, appunto, nella sua recisa negazione da parte della Cassazione.

Le conclusioni cui giunge la sentenza del 2016 sono tanto più interessanti, laddove solo si consideri che il *casus*

«problema della configurabilità della responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., della P.A. per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o di provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo», anche in considerazione del «radicale dissenso sempre manifestato dalla quasi unanime dottrina, che ha criticato i presupposti dell'affermazione, individuati nella tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c. e denunciato come iniqua la sostanziale immunità della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica che essa determina» (Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487 ss., con nota di A. Palmieri - R. Pardolesi e commenti di R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età* della *responsabilità*, di F. Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, e di E. Scoditti, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*; nonché in *Giur. cost.*, 1999, p. 4045 ss., con note di F.G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, e di G. Azzariti, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*; tra i molti commenti: G. Alpa, *Il* revirement *della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 907 ss.; C. Castronovo, *Le Sezioni Unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1241 ss.; E. Navarretta, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 949 ss.).

[59] A. di Majo, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, cit., p. 1354 (da cui anche i precedenti virgolettati). In tal senso, d'altronde, autorevole dottrina non ha mancato di osservare che "la fattispecie di responsabilità di diritto interno per illecito UE" deve essere intesa «nel significato di fattispecie di derivazione comunitaria»: G. Alpa, *Problemi attuali in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitario*, in *Contr. impr. Eur.*, 1999, p. 95.

[60] Così Cass. 22 novembre 2016, n. 23730, cit. (da cui anche il precedente virgolettato).

[61] L. Bairati, *La responsabilità dello Stato-legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, cit., p. 35.

decisus non è quello – ampiamente arato – della responsabilità dello Stato-legislatore per omesso, tardivo o erroneo recepimento di direttive (ossia di illecito UE), bensì quello, senz'altro nuovo per la giurisprudenza di legittimità, della risarcibilità del danno conseguente ad un "illecito interno per violazione della Costituzione"[62].

Proprio tale evidenza consente di avvedersi del fatto che il richiamo all'elaborazione della giurisprudenza europea e nazionale in ordine all'illecito comunitario viene a costituire un pretesto argomentativo, un mero *escamotages*, adottato dalla Suprema Corte, per "giustificare", in prima battuta, l'affermazione della "non giustiziabilità" delle pretese risarcitorie fondate sull'illecito "interno" del legislatore.

In altri e più chiari termini, la Cassazione, ancorché pienamente consapevole che il caso portato al suo vaglio non concerneva affatto un'ipotesi riconducibile all'illecito UE, così come enucleato a partire dalla Sentenza Francovich, non di meno sembra fondare, sulla mancanza dei relativi presupposti e condizioni, il rigetto delle istanze di tutela avanzate dal soggetto leso dalla violazione del legislatore (consistente nell'emanazione di un atto normativo contrario alla Costituzione). Così, neppur tanto implicitamente, affermando il principio secondo cui quello del legislatore "o è illecito per violazione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione o non è illecito". Con la conseguenza, invero paradossale[63], che, al di fuori dell'ambito di tutela apprestato dalla giurisprudenza europea, il privato viene a trovarsi sfornito di qualsiasi protezione di fronte a leggi "dannose" (in quanto contrarie alla Costituzione)[64].

Si è giunti, così, ad una situazione "pre-Francovich", con l'attività legislativa (nuovamente) sottratta dall'ambito di applicazione del principio per cui i pubblici poteri rispondono della lesione di diritti causata da propri atti o comportamenti, per essere ricondotta, come in passato, in una sfera di sostanziale immunità[65].

Dunque, una restaurazione in piena regola dell'*ancien régime* e del principio di irresponsabilità dello Stato di kelseniana memoria, secondo cui la proposizione anglosassone "*the king can do no wrong*", non deve intendersi nel senso che «la Legislazione e la Amministrazione debbono affannarsi ad evitare l'illecito statale, ma che *la giurisprudenza non può riconoscere in nessun atto un illecito dello Stato*»[66].

Coerente con un tale "assetto", è la strenua resistenza da ultimo opposta dai nostri giudici di legittimità all'applicazione dell'art. 2043 c.c., quale paradigma di responsabilità dell'agire del legislatore[67]: l'affermazione

---

[62] Il caso portato al vaglio della Suprema Corte merita di essere velocemente ripercorso e può così compendiarsi: la curatela fallimentare di una società citava in giudizio la Regione Marche chiedendo al Tribunale di Ancona l'accertamento della responsabilità dell'ente *ex* art. 2043 c.c. e, per l'effetto, la sua condanna al risarcimento del danno, per aver emanato una legge regionale (la n. 25/2011) – introduttiva di norme restrittive che avrebbero cagionato un improvviso arresto dell'attività produttiva, con conseguenti perdite e pregiudizi economici – poi dichiarata incostituzionale dalla Consulta (Sent. n. 307/2013); la domanda attorea, accolta in primo grado, veniva rigettata in sede di gravame, pur ravvisando la Corte d'Appello una responsabilità dell'ente regionale assimilabile a quella dello Stato per mancata, inesatta o tardiva trasposizione di direttive dell'UE, in quanto non sarebbe stato sussistente nel caso di specie un diritto tutelabile in giudizio; avverso la sentenza di secondo grado la curatela proponeva ricorso per Cassazione deducendo, in particolare, che la Corte d'Appello, sebbene avesse ravvisato la sussistenza di una responsabilità legislativa della regione Marche, avrebbe poi motivato illogicamente l'inapplicabilità del disposto dell'art. 28 Cost. alla fattispecie concreta.

[63] Cfr. M. Cartabia, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza Francovich della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, cit., p. 513, laddove – già anteriormente all'arresto del 2016 – denunziava «una situazione asimmetrica e forse un po' paradossale» per la quale i cittadini, nei confronti del legislatore nazionale, «godono di una maggiore tutela contro le violazioni del diritto comunitario rispetto a quella garantita loro contro le violazioni arrecate alle supreme norme dell'ordinamento, cioè a quelle contenute nella Costituzione innanzitutto».

[64] Cfr. V. Roppo, *La Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, cit., p. 116: «di fronte all'illecito comunitario del legislatore, il cittadino gode comunque, dello scudo protettivo del diritto comunitario, onde può ottenere riparazione anche in caso di atteggiamento preclusivo del diritto interno (in disapplicazione di questo), una siffatta seconda linea manca quando il danneggiato […] si dolga di un illecito costituzionale del legislatore».

[65] C. Panzera, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, cit., p. 348.

[66] H. Kelsen, *L'illecito dello Stato*, 1913, trad. it. (a cura di A. Abignente), Napoli, 1988, p. 119 (corsivo aggiunto).

[67] Così come, più in generale, del potere pubblico, sia esso giurisdizionale, legislativo o amministrativo.

stessa di una "responsabilità contrattuale" nell'ipotesi di illecito UE – intesa, per espressa ammissione della Suprema Corte, «nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto», ma in mera contrapposizione all'obbligazione da illecito extracontrattuale[68] – è il risultato dell'accidentato percorso intrapreso dalla Cassazione pur di non intaccare il dogma dell'intangibilità del legislatore; in tale prospettiva, lo si può ben comprendere, i concetti di "colpa", "condotta antigiuridica" e "risarcimento" sono da rifuggire ad ogni costo.

Al contempo, non potendo, neppure i Supremi Giudici, disconoscere che essi stessi hanno, in passato, peraltro a seguito di uno storico *revirement*[69], "accolto" l'illecito aquiliano quale generale modulo di responsabilità idoneo a soddisfare le rinnovate istanze di tutela dei privati rispetto ad ingiustificate sacche di immunità statali – espressamente affermando il principio della responsabilità dell'agire amministrativo laddove lesivo di una situazione giuridica protetta (ancorché qualificabile come interesse legittimo) – blindano oggi l'intangibilità dell'azione legislativa, precludendo la declinabilità di tale principio con riferimento alle ipotesi di "leggi dannose"; e, nel far ciò, utilizzano argomenti in cui pare addirittura riecheggiare l'idea del *princeps legibus solutus*[70]. Né, d'altronde, potrebbe diversamente intendersi l'affermazione secondo cui l'esercizio del potere legislativo «è libero nei fini e sottratto perciò a *qualsiasi sindacato giurisdizionale*»[71].

4. L'ILLECITO "INTERNO" DEL LEGISLATORE (PER VIOLAZIONE DELLA COSTITUZIONE) ED IL PROBLEMA DELLA GIUSTIZIABILITÀ DELLE RELATIVE PRETESE RISARCITORIE. LA RESPONSABILITÀ PER ATTI LEGISLATIVI TRA RISARCIMENTO E INDENNIZZO E LA NECESSITÀ DI UN SUO RIPENSAMENTO IN UNA PROSPETTIVA UNITARIA.

Si riaccende dunque – ammettendo che si fosse, anche per un momento o anche parzialmente, sopito – il dibattito sull'ammissibilità di un "illecito costituzionale" e sulla possibilità di risarcire i danni provocati da leggi o da omesso esercizio della funzione legislativa in conflitto con le norme della Costituzione[72].

Dovendosi, a tal proposito, rilevare che la nostra giurisprudenza, nel muoversi evidentemente nell'ambito della (incerta) dicotomia tra responsabilità per attività legislativa difforme dalle norme comunitarie (il c.d. "Illecito UE"), da un lato, e responsabilità per attività legislativa non conforme alle norme interne (il c.d. "Illecito costituzionale"), dall'altro, non considera neppure che vi possano essere ipotesi che si pongono, per così dire, "a cavallo".

È questo, ad esempio, il caso di una legge emanata al fine di dare attuazione al diritto europeo e dichiarata incostituzionale dalla Consulta in ragione di una manifesta violazione dell'art. 117 Cost. per contrasto con la recependa direttiva: venendo il diritto UE (violato dal legislatore) a rilevare quale parametro interposto di costituzionalità, l'interprete si troverebbe di fronte a quello che può definirsi un "illecito costituzionale conseguente ad illecito comunitario".

Laddove, pertanto, volesse procedere secondo lo schematico "dualismo" che pare emergere dalle decisioni della Suprema Corte, il giudice chiamato a decidere sulla domanda risarcitoria del privato leso dalla legge incostituzionale perché contraria al diritto dell'Unione Europea, si verrebbe a trovare di fronte ad una fattispecie non compiutamente sussumibile né nella figura dell'illecito Ue né in quella dell'illecito Costituzionale, con l'ovvio imbarazzo di dover scegliere se applicare il regime della "responsabilità contrattuale", pur in presenza di una violazione del diritto

[68] Cfr. Cass. 18 aprile 2011, n. 10813, cit., da cui anche il precedente virgolettato.
[69] Cfr. Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.
[70] Sottoposto a revisione critica già dalla dottrina italiana di fine ottocento: cfr., tra gli altri, M. Vacchetti, *La responsabilità delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1892; V. E. Orlando, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità*, in *Arch. dir. pubbl.*, III, 1893, p. 251; O. Ranelletti, «*Della responsabilità degli enti pubblici per atti illeciti*», in *Foro it.*, XXIII, 1898, c. 83 ss.
[71] Così, appunto, Cass. 22 novembre 2016, n. 23730, cit. (corsivo aggiunto).
[72] C. Pasquinelli, *Le leggi dannose: Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, cit., p. 74.

interno, ovvero dichiarare non giustiziabile la pretesa risarcitoria dal privato, ancorché la lesione denunziata nasca da una violazione del diritto comunitario da parte del legislatore nazionale.

Ed è senz'altro questo un caso in cui, imponendosi l'esigenza di trovare «un fondamento giuridico capace di giustificare le pretese risarcitorie del cittadino danneggiato a fronte di una violazione tanto del diritto europeo quanto della Costituzione»[73], il pervicace rifiuto di utilizzare l'art. 2043 c.c. ai fini della ricostruzione di un modello generale di responsabilità civile dello Stato per i suo atti normativi mostra tutti i suoi limiti, non solo concettuali ma anche applicativi.

Una soluzione, in tale direzione, potrebbe allora trarsi dal condivisibile indirizzo interpretativo che, da tempo, propone di superare il sistema bipolare fondato sulla netta quanto incerta distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, in quanto «inutile complicazione della disciplina»[74], e tra risarcimento e indennizzo, in favore di una prospettiva unitaria dell'illecito che, andando oltre le tradizionali ed anguste distinzioni dogmatiche, si riveli idonea a garantire effettiva tutela dei concreti interessi coinvolti[75].

Auspicabile, in tal senso, sarebbe una lettura del sistema in una nuova prospettiva «che lo sprigioni dai preconcetti quali risarcimento-fatto illecito, da un lato, e indennizzo-attività dannosa, dall'altro»[76], restituendo all'ingiustizia del danno il ruolo di unitario fondamento della responsabilità civile[77].

Sicché una volta accertato che il fatto (colposo) del legislatore sia tale da arrecare un danno ingiusto al privato, poiché lesivo di un interesse (al bene della vita) meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, non sussistono ragioni di ordine generale per escludere la configurabilità di una responsabilità dello stesso.

D'altronde, la possibilità che lo Stato sia condannato al risarcimento del danno per fatto del legislatore deve oggi reputarsi un'ineludibile realtà, frutto di una lettura del rapporto tra potestà legislativa pubblica e tutela del privato condotta alla luce dei valori costituzionali, nell'ambito del sistema italo-europeo delle fonti.

Il dogma dell'infallibilità del legislatore, frutto di una obsoleta concezione dello Stato come soggetto forte che si autoafferma in ragione del perseguimento di obiettivi trascendenti l'orizzonte privato del singolo cittadino, tradisce un'atavica resistenza ad accostare le categorie civilistiche della responsabilità aquiliana alla sfera di estesa discrezionalità che compete al legislatore e deve oggi reputarsi definitivamente superato: il legislatore può, strutturalmente e concettualmente, essere condannato al risarcimento del danno nei confronti dei soggetti danneggiati dalla sua attività. Ciò, oltretutto, è pienamente coerente ad un paradigma di legalità vincolante non solo per i poteri esecutivo e giudiziario, ma anche per quello legislativo.

Come autorevolmente sostenuto, quando il legislatore è 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

---

[73] C. Pasquinelli, *Le leggi dannose: Percorsi della responsabilità civile tra pubblico e privato*, cit., p. 213.

[74] M. Allara, *L'eccesso di norme nel diritto vigente*, in *Riv. trim.*, 1959, p. 243 ss.

[75] In tal senso, P. Perlingieri, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1061 ss., spec. p. 1063 ss. Sul rapporto tra le due forme di responsabilità restituiteci dal diritto positivo e sul tema della relativa *reductio ad unum*, cfr., altresì, A. Lepre, *Responsabilità aquiliana e contrattuale: un unico modello di responsabilità*, in *Giur mer.*, 2007, p. 30263 ss. F. Giardina, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, p. 79 ss.; G. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1977 ss.

[76] P. Perlingieri, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., p. 1066.

[77] Sulla centralità del giudizio di ingiustizia del danno, si veda già R. Sacco, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I, p, 1420 ss.; cfr., altresì, S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

della funzione 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»[78].

Diversamente opinando, dovrebbe concludersi che il cittadino non abbia tutela alcuna di fronte alla condotta antigiuridica del legislatore, a favore del quale continuerebbe a riconoscersi un'inammissibile sfera di immunità anche nell'ipotesi di cattivo e colpevole esercizio delle sue funzioni, lesive di situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento; il che è del tutto incompatibile con le frontiere del diritto moderno «dalle quali è irrealistico pensare di poter regredire»[79].

Se è vero, infatti, che la funzione legislativa è "libera nei fini", ciò non significa che il legislatore è esente da responsabilità quando emana un atto illegittimo: in tal caso, infatti, «non si tratta di sindacare l'opportunità dell'atto normativo ma «solo di pretendere che il legislatore (come la p.a.) debba rispondere quando con un proprio atto leda i diritti e gli interessi delle parti che trovano origine in altre disposizioni di legge o anche costituzionali»; né può ancora dubitarsi che la responsabilità del legislatore «è pur sempre una responsabilità per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica che, da Cass. n. 500/1999 in poi, prescinde dalla qualificazione dell'interesse sostanziale leso come diritto o interesse legittimo o interesse giuridicamente qualificato. Così come è invalido l'atto amministrativo contrario alla legge ordinaria, così è invalido l'atto legislativo dichiarato incostituzionale (in quanto contrario alla Legge costituzionale) […]»[80].

Del resto, l'assunto secondo cui l'attività legislativa sarebbe frutto di discrezionalità assoluta è del tutto incompatibile con gli ordinamenti a "costituzioni rigida" (quale il nostro): se è vero che il dogma dell'infallibilità del legislatore determina «la difficoltà di accostamento tra le categorie civilistiche della responsabilità aquiliana e la sfera di ampia discrezionalità, che compete al legislatore, deputato a compiere scelte politiche, nell'interesse della collettività»[81], è parimenti vero che la «nozione volontaristica di potere politico che esso evoca, con il riferimento ad una discrezionalità libera ed assoluta del legislatore, si pone in stridente contrasto non solo con il trasferimento di competenze su un complesso di materie alle istituzioni comunitarie, ma anche, e soprattutto, con la stessa idea di costituzione rigida che caratterizza il costituzionalismo contemporaneo, secondo la quale il potere non è più concentrato in un onnipotente legislatore ma è diffuso in una pluralità di poteri separati ed in rapporto di reciproco bilanciamento e controllo, al punto che, secondo la letteratura più recente, è la stessa idea di sovrano a dileguare nell'ambito dello Stato costituzionale»; con la conseguenza che «[i]l far dipendere poi la conclusione negativa in punto di responsabilità civile dall'inesistenza di un diritto soggettivo all'esercizio del potere legislativo, vuol dire assumere la concezione della responsabilità extracontrattuale, come lesione di diritti soggettivi, definitivamente superata dalla giurisprudenza di legittimità con l'approdo alla lettura dell' art. 2043 c.c. nei termini della clausola generale del danno ingiusto, secondo quanto testimoniato dalla ormai celebre sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Cassazione»[82].

Sicché, non vi è alcuna ragione – di ordine né assiologico né sistematico – valida ad escludere che il giudice

---

[78] Così G. Tesauro, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, ESI, Napoli, 2006, p. 27 s.
[79] C. Panzera, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, cit., p. 359.
[80] Così Trib. Ancona, 20 gennaio 2012, n. 98, *ined.* (da cui anche i precedenti virgolettati); al riguardo è interessante osservare che si tratta della pronuncia di primo grado che è stata poi riformata dalla Corte di Appello di Ancona con sentenza poi impugnata innanzi alla S.C., la quale ha deciso con la citata Cass. 22 novembre 2016, n. 23730 (cfr. *retro* nota 62). In dottrina, per analoghe considerazioni, v. A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro it.*, V, 2003, c. 176 ss.
[81] C. Pasquinelli, *Illecito "comunitario" del legislatore e art. 2043 c.c.: la Cassazione interviene ancora*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1580.
[82] E. Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, cit., p. 727.

nazionale possa affermare la ricorrenza della responsabilità del legislatore interno laddove quest'ultimo emani leggi lesive, non già di un "generico interesse alla correttezza dell'azione legislativa", bensì, come nella fattispecie, di un diritto primario del singolo ovvero del legittimo affidamento[83].

Senza dire che la stessa giurisprudenza UE ha da tempo accolto le istanze di tutela dell'affidamento ingenerato nel cittadino dall'esercizio della funzione normativa (inclusa quella delle istituzioni comunitarie), riconducendo a principio generale dell'ordinamento vere e proprie fattispecie di responsabilità extracontrattuale[84].

D'altronde, escludere in radice che la violazione delle norme costituzionali da parte del legislatore interno – vieppiù quando conseguenza di una violazione della normativa UE di riferimento – non possa in nessun caso dar luogo a lesione di una situazione soggettiva meritevole di tutela risarcitoria, finirebbe per essere discriminatorio e gravemente lesivo del principio di uguaglianza: se si afferma la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario la si deve affermare pure nell'ipotesi di violazione della Costituzione, vieppiù se conseguenza della prima[85].

Non è più ragionevolmente differibile, dunque, il momento di rimeditare il sistema della responsabilità civile del legislatore; *in primis*, da parte di colui che è il principale attore di tale processo ermeneutico: il giudice. Dovendo lo stesso interrogarsi, nel caso di una legge marchianamente illegittima, fonte di pregiudizi incidenti sulla sfera giuridica del privato e lesivi di situazioni soggettive, se sia ammissibile «continuare a lasciare in ultima istanza quei danni a carico delle vittime di un clamoroso "illecito costituzionale" del legislatore»[86].

Né ha senso continuare a distinguere l'illecito del legislatore rispetto al diritto interno anziché a quello comunitario posto che, in considerazione dell'adesione all'UE, l'interprete si trova oggi di fronte ad un unitario quanto complesso ordinamento giuridico al cui interno coesistono le norme interne con quelle sovranazionali (e tra queste, appunto, quelle europee); sì che il rapporto tra le une e le altre è esprimibile non già come rapporto tra distinti sistemi giuridici bensì tra componenti di un unitario sistema ordinamentale, essendo configurabile una coessenzialità strutturale che si risolve in una completa integrazione, per cui ogni norma è parte di uno stesso ed unico sistema, ferma la diversa collocazione gerarchica nel sistema delle fonti[87].

Così stando le cose, evidentemente inaccoglibile si rivela l'opzione ermeneutica fatta propria dalla Cassazione per cui quella del legislatore (per violazione del diritto UE) sarebbe una responsabilità "di natura indennitaria per

---

[83] Cfr., in argomento, C. Pasquinelli, *La responsabilità dello Stato-legislatore tra illecito «comunitario» e «illecito costituzionale». Prime riflessioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2009, pp. 163 ss. e spec. p. 190 ss.; sulla responsabilità da affidamento, oltre alla giurisprudenza precedentemente richiamata, si veda, altresì, F. Busnelli, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 2/1991, p. 561 ss.

[84] Cfr., *ex plurimis*, Trib. I grado, 8 maggio 2007, causa T-271/04, *Citymo SA c. Commissione*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, C 140, 23 giugno 2007.

[85] Cfr. F. Galgano, *I fatti illeciti*, Padova, 2009, p. 56, secondo il quale, posto il necessario rispetto – da parte del legislatore ordinario – delle disposizioni costituzionali, deve coerentemente ritenersi «anche se mancano a tutt'oggi, in Italia almeno, pronunce giudiziarie in tal senso, che sia qualificabile come fatto illecito, produttivo di responsabilità dello Stato, anche l'«illecito costituzionale», ossia la violazione dei principi costituzionali che, al pari della violazione delle direttive comunitarie, abbia arrecato danni ai cittadini, cui compete il diritto al risarcimento nei confronti dello Stato».

[86] V. Roppo, *Appunti in tema di «illecito comunitario» e «illecito costituzionale» del legislatore*, cit., p. 961; sul tema, v. anche G. Silvestri, *Il problema degli effetti delle leggi in contrasto con la Costituzione: la responsabilità dello Stato e i diritti dei cittadini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 583.

[87] Cfr. P. Perlingieri, *Complessità ed unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, pp. 188 ss., spec. p. 203 e 207, laddove si legge che «le norme comunitarie si integrano con l'ordinamento statale e ne fanno parte […] il diritto europeo non è esterno all'ordinamento costituzionale ma si compenetra in esso»; nonché Id., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 26. La stessa Consulta ha, da tempo, avuto modo di evidenziare come i principi enunciati nelle decisioni della Corte di Giustizia e le norme europee in generale si inseriscano nell'ordinamento nazionale (cfr. Corte Cost. 20 aprile 2004, n. 125, in *Foro It.*, 2004, cc. 2299 ss.).

attività non antigiuridica", in quanto si tratta evidentemente di una soluzione fondata sull'(erroneo) assunto secondo cui una medesima condotta del legislatore può essere considerata *non iure* sul piano sovranazionale e "lecita" su quello interno. Assunto che, a sua volta, poggia le sue basi sulla criticabile distinzione tra ordinamenti.

A parte il fatto che una tale ricostruzione non è neppure in linea con la disciplina della corrispondente azione esercitabile nei confronti dell'Unione ai sensi degli artt. 268 e 340, 2° par., TFUE, di certo non è corretto, da un punto di vista teorico, qualificare una violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione da parte del legislatore "interno" come attività non antigiuridica, prefigurando in tal modo una forma di responsabilità da atto lecito o, comunque, escludendo in radice la ricorrenza di un'ipotesi di responsabilità aquiliana[88].

Né, è bene chiarirlo, una tale qualificazione della responsabilità del legislatore è attribuibile alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, tutt'al contrario, ha costantemente inteso ricondurre la fattispecie alla disciplina dell'illecito extracontrattuale in vigore per le istituzioni dell'Unione; disciplina che, com'è noto, si rifà «ai principi comuni ai diritti degli Stati Membri», tra i quali deve ricomprendersi il principio in forza del quale «un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato»[89]. In questo senso, può ben dirsi che «la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non varia in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno»[90].

Ciò, del resto, è quanto inequivocabilmente emerge dal dato positivo offerto dal citato art. 340, 2° par., TFUE, in materia di responsabilità extracontrattuale, a mente del quale «l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle sue funzioni».

Né priva di significato può ritenersi la circostanza che, con la "Legge di stabilità" del 2011, lo stesso legislatore italiano abbia sentito l'esigenza di ricondurre la fattispecie in esame nell'alveo dell'illecito extracontrattuale, espressamente qualificando il diritto della parte lesa (dall'illecito comunitario) di natura risarcitoria anziché indennitaria e coerentemente prevedendo che la relativa azione soggiace al termine prescrizionale quinquennale, tipicamente connesso alla tutela aquiliana[91].

---

[88] Così F. Ferraro, *Responsabilità dello Stato* [dir. UE], in *www.treccani.it/enciclopedia*; cfr., altresì, M. Condinanzi, *La responsabilità dello Stato per violazione del Diritto dell'Unione Europea: prime applicazioni dei recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 3063.

[89] Sentenza Brasserie du Pêcheur/Factortame III, cit.

[90] L. Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario,* Milano, 2000, p. 244.

[91] Cfr. art. 43, l. n. 183/2011, nella parte in cui dispone che «la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari 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».