

# La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario

**Autore:** Ilaria Chirillo

**In:** Diritto civile e commerciale

**La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, nell'ambito dell'esercizio del potere legislativo, giudiziario ed esecutivo.**

**Il principio di separazione dei poteri, corollario del principio di legalità.**

Il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto segna il definitivo radicarsi, all'interno del nostro ordinamento giuridico, del principio della separazione dei poteri, in virtù del quale colui che esercita la potestà statale gode di un sistema di poteri decentrato e delegato ad altri organi pubblicistici.

Tale principio è rafforzato dal rispetto della legalità, che impone la divisione dei poteri in quello legislativo, esecutivo e giudiziario. Più specificamente, l'esercizio di un potere viene affidato ad un organo legalmente determinato: il potere legislativo è riconosciuto al Parlamento, il potere esecutivo al Governo e il potere giudiziario alla Magistratura.

Nel sistema delle fonti nazionali il principio di separazione dei poteri gioca un ruolo fondamentale, per favorire il processo di adeguamento delle stesse alle fonti comunitarie.

Il rispetto della primazia del diritto unionale, sancito a livello costituzionale, è reso agevole grazie al contributo degli organi detentori dei pubblici poteri, che, in un sistema di tal guisa, si impegnano a tenere intatto - ciascuno nelle proprie competenze di settore - il corpus legislativo sovraordinato.

Ciò posto, è possibile che l'organo decentrato, delegato all'esercizio di quella mansione, incorra in una violazione del diritto UE.

Può accadere, ad esempio, che l'apparato legislativo non recepisca entro il termine prestabilito una direttiva, oppure che l'apparato giudiziario emetta una sentenza lesiva dei principi comunitari, o che l'apparato amministrativo produca atti contrari, mediatamente o immediatamente, alle fonti sovraordinate.

Alla stregua di quanto precede, occorre interrogarsi circa l'esistenza di una responsabilità e l'inquadramento della stessa nei confronti di coloro che hanno violato i dettami delle fonti comunitarie.

Risulta doveroso porre un'analisi accurata circa la violazione delle norme di diritto comunitario nell'ambito del potere legislativo, giudiziario ed esecutivo.

## **I contatti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario nell'ambito dell'esercizio del potere legislativo. La visione "FRANCOVICH" e il danno in re ipsa.**

Per ciò che concerne l'ambito legislativo, un consolidato orientamento giurisprudenziale (sentenza

Francovich 1992) ha riconosciuto per la prima volta la responsabilità dello Stato e non del singolo organo legislativo, nel caso di mancato recepimento della direttiva, da parte della legge ordinaria entro il termine prestabilito. La lesione della direttiva europea si ha anche nel caso in cui i risultati della dichiarazione di incostituzionalità di una legge nazionale produca contrasti con la fonte comunitaria.

In riferimento al mancato recepimento entro i termini prefissati della direttiva, dibattuta appare la natura della responsabilità dello Stato legislatore.

Difatti il danno prodotto a seguito della violazione della fonte sovraordinata comporta la lesione indiretta delle sfere giuridiche di soggetti, che potranno esercitare, a seconda della natura riconosciuta a tale responsabilità, azione per ottenere un risarcimento oppure un dato indennizzo.

Orbene la citata sentenza Francovich stabilisce quali siano i requisiti, affinché un soggetto possa agire per ottenere un equo ristoro per i danni patiti.

Tali sono: la presenza di un danno rilevante per la fonte comunitaria, la sussistenza di un diritto azionabile in base alla direttiva e la valutazione del nesso causale tra il comportamento dello Stato e il danno subito.

In una situazione di tal guisa, il soggetto potrà ottenere un risarcimento del danno, oggettivamente valutabile, posto che il mancato recepimento della direttiva da parte dello Stato avviene in maniera del tutto inconfutabile. L'orientamento giurisprudenziale citato fa leva su una responsabilità in re ipsa, che fa coincidere il termine per azionare la pretesa risarcitoria col momento in cui il danno è avvenuto, ovvero con l'attimo in cui lo Stato si è adeguato alla direttiva vincolante.

Peraltro il danno in re ipsa presuppone una totale indifferenza per l'elemento soggettivo, in quanto lo

Stato ha disatteso in maniera tangibile il recepimento della direttiva, provocando un danno effettivamente ed obiettivamente valutabile. Nessuna presenza di dolo o di colpa, ma una vera e propria responsabilità oggettiva riconosciuta in seno allo Stato.

A tale orientamento - tipico della visione integralista tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario - si contrappone quello di chi è fedele alla visione pluralista, incentrata sulla separazione dei due ordinamenti.

### **La parola alla Corte di legittimità e il danno antigiuridico per l'ordinamento comunitario.**

Orbene un recente orientamento della Corte di Cassazione Civile a Sezioni Unite (2009) sancisce il principio di diritto secondo cui il danno da mancato recepimento, da parte della legge ordinaria della direttiva comunitaria entro i termini prestabiliti, non genererebbe una responsabilità dello Stato:

lo stesso provocherebbe un danno considerato antigiuridico per l'ordinamento comunitario e non per il proprio ordinamento d'appartenenza. Ciò in virtù della separazione dei due ordinamenti, di ordinamenti posti in un campo applicativo distinto e operanti in ambiti differenti. E la mancata adesione al diritto comunitario - e quindi l'assenza di un legame sostanzialmente contrattualistico tra gli ordinamenti - costituisce per il cittadino il riconoscimento ex lege di un indennizzo ristoratore e non di risarcimento, essendo i due ordinamenti posti in una perfetta scissione normativa.

L'idea di uno Stato legislatore privo di responsabilità, ma che riconosce un indennizzo al soggetto leso, appare paradossale e necessita di alcuni chiarimenti.

In primo luogo il riconoscimento ex lege del ristoro indennitario richiede infatti la presenza, a monte, di un rapporto obbligatorio ex art. 1173 c.c., più propriamente inquadrabile nell'assetto contrattuale. Tale ricostruzione spingerebbe a considerare la vicinanza ed unitarietà dei due ordinamenti, con contestuale insorgenza di un danno antigiuridico, non solo per l'UE, ma anche per l'ordinamento nazionale e

conseguente dichiarazione di responsabilità dello Stato stesso.

In secondo luogo l'elemento soggettivo viene, in tal caso, preso in considerazione e segna la differente valutazione del comportamento posto in essere dallo Stato legislatore.

### **L'intervento legislativo del 2012 e il danno extracontrattuale.**

Con la legge di Stabilità 2012 si giunge però ad un cambio di rotta, in quanto l'art. 4 co. 43 della predetta legge, ferma la responsabilità dello Stato legislatore, riconosce alla stessa natura ex art. 2043 c.c., con valutazione di nesso causale ed elemento soggettivo e con azione esperibile dal momento in cui è avvenuto il fatto, oggetto di violazione comunitaria.

Tale inversione valutativa è apparente, in quanto alcuni insegnamenti postumi della Cassazione arrivano a sostenere che la natura ex art. 2043 c.c. della responsabilità dello Stato legislatore si applicherebbe solo a partire dall'emanazione della legge di Stabilità, mentre per le violazioni precedenti varrebbe inconfutabilmente una responsabilità di tipo contrattuale.

L'odierno orientamento, pertanto, è nel senso di ritenere vigente la responsabilità dello Stato, di considerarne la natura contrattuale, di concedere al soggetto leso un indennizzo ex lege, di valutare l'elemento soggettivo della condotta e di abbracciare una visione ormai integralista del rapporto tra Stato ed UE.

## **Responsabilità dello Stato Giudice.**

In riferimento all'ambito giudiziario, si è assistiti ad una importante modifica legislativa, circa il riconoscimento della responsabilità dello Stato e dei suoi magistrati. Ferma l'azione di risarcimento esperibile dai soggetti lesi nei confronti dei magistrati, e per quest'ultimi, l'azione di regresso nei confronti dello Stato, occorre valutare il passaggio dalla L.Vassalli 117/88 alla nuova legge 18/15, sulla responsabilità dei magistrati.

Orbene si giunge alla modifica legislativa poiché secondo la previgente disciplina, i magistrati rispondevano solo nel caso di dolo o colpa grave, senza considerare ulteriori negligenze causate dagli stessi a discapito del diritto comunitario.

La legge del 2015 allarga le maglie della responsabilità dei giudici, i quali sono oggi ritenuti responsabili nel caso di mancata disapplicazione della norma ordinaria, in contrasto con il diritto unionale; nel caso di mancata interpretazione di principi comunitari, utili ai fini della decisione e della valutazione delle prove e nel caso di mancato rispetto delle competenze del giudice di ultima istanza, relativamente alla risoluzione delle questioni pregiudiziali di carattere comunitario.

In situazioni di tal guisa sarà preso in considerazione l'elemento soggettivo della colpa lieve del giudice e sarà prevista, oltre all'azione di risarcimento, anche l'azione di reintegra in forma specifica a colui che ha visto pregiudicata la propria situazione giuridica.

Inoltre qualora si formi il giudicato della sentenza, esso sarà considerato tangibile (Lucchini 2007 - Pizzarotti 2009) se contrasterà con i dettami del diritto comunitario.

**L'ambito più controverso: un'attenta analisi relativa ai contrasti diritto comunitario e atti pubblici.**

Per quanto attiene l'ambito amministrativo ed esecutivo, lo Stato è considerato responsabile nel caso in cui l'amministrazione emetta atti pubblici direttamente contrari al diritto dell'Unione Europea, con violazione immediata dello stesso - oppure sia la legge che l'atto amministrativo siano contrari alla fonte comunitaria, con conseguente disapplicazione della legge che invade l'ambito applicativo dell'atto. La responsabilità dello Stato sussiste anche nel caso in cui l'amministrazione emetta atti non direttamente violativi della stessa legge sovraordinata.

In questo ultimo caso, la lesione mediata della fonte comunitaria avviene implicitamente da parte dell'atto amministrativo: è la legge ordinaria ad essere contraria alla fonte comunitaria, mentre l'atto amministrativo risulta conforme alla fonte sovraordinata.

Ciò posto, sarà necessaria la disapplicazione della legge, che non intaccherà la validità dell'atto amministrativo, ma la sua conformità al diritto comunitario.

Appare quindi necessario rimuovere gli effetti dell'atto pubblicistico e ricercare un rimedio diverso dalla disapplicazione della legge, efficace solo per le fonti primarie del diritto.

Occorre pertanto ricercare tali rimedi negli strumenti generali che contrastano la patologia dell'atto amministrativo: si potrà utilizzare il sistema della nullità o quello dell'annullabilità.

Chi aderisce al sistema della nullità è il fedele sostenitore della separazione tra ordinamenti, colui che

ritiene la violazione indiretta del diritto comunitario da parte dell'atto amministrativo come una super violazione, sanabile solo attraverso il vizio maggiormente pregnante: la nullità.

A seguito della disapplicazione della legge, l'atto amministrativo sarebbe privo della sua forza di legittimità, essendo la legge stessa, secondo il principio di legalità, a definire i contenuti dell'atto de quo. Si incorrerebbe nel difetto assoluto di attribuzione, il cui rimedio è previsto dall'art. 21 septies della L.241/90.

Contrariamente al rimedio più significativo, vi è chi vede nella violazione del diritto comunitario da parte dell'atto pubblicistico una violazione di legge, vizio per il quale è necessario il rimedio, ex art. 21 octies della 241/90, dell'annullabilità.

A sostegno di tale tesi vi sono i fedelissimi adepti dell'integrazione dei due ordinamenti, che criticano il ricorso al vizio della nullità, anche in virtù del dato letterale dell'art. 21 septies, non arricchito, a seguito della modifica legislativa del 2005, del riferimento al diritto comunitario. Inoltre una volta cessata l'esistenza della legge, l'attribuzione dell'atto pubblicistico deriverebbe direttamente dalla fonte comunitaria.

Il soggetto leso potrà quindi esercitare azione di annullamento, con ricorso al Tar, entro 60 giorni dalla notifica del ricorso stesso.

## **E in tema di appalti.**

Occorre però chiedersi che tipo di rimedio sia esercitabile dal soggetto, qualora lo stesso abbia



manifestato la sua volontà di impugnare il provvedimento oltre i termini di decadenza.

Sebbene l'amministrazione possa annullare discrezionalmente il provvedimento, oltre i termini, in autotutela, nel caso in cui l'atto sia illegittimo o contrario all'ordine pubblico, tale rimedio non è vincolante per sanare l'eventuale violazione della fonte comunitaria.

Invero non si è in grado, in tale sede, di sostenere la presenza dei presupposti di illegittimità e di contrarietà all'ordine pubblico del provvedimento amministrativo lesivo del diritto comunitario.

Data quindi la mancanza di uno strumento di autotutela vincolata o l'impossibilità di rifarsi al rimedio di nullità che prevede un termine decadenziale maggiore (180 giorni), si è fatta avanti l'idea di eliminare dal codice del processo amministrativo la previsione di decadenza, per evitare scadenze repentine. Ciò posto, si è però osservato che l'eliminazione del termine suddetto intaccherebbe l'interno sistema processuale che si fonda sul principio di certezza dei termini decadenziali.

Orbene l'unico strumento ipotizzabile e autonomamente innescabile, anche oltre i termini di annullamento, è quello risarcitorio ex art. 30 c.p.a. , che permette al soggetto di ottenere un equo ristoro per la lesione dei propri diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Occorre, in ultima analisi, porre la nostra attenzione sulla responsabilità della pubblica amministrazione, in caso di violazione delle norme di diritto comunitario in materia di appalti. Difatti appare tangibile un contrasto di veduta tra l'orientamento del Consiglio di Stato e quello della Corte di giustizia dell'Unione europea.

La Corte di giustizia tende a qualificare tale responsabilità come oggettiva, soprattutto al fine di tutelare la concorrenza; la giurisprudenza del Consiglio di Stato sembra ammettere la possibilità per la pubblica

amministrazione di provare la scusabilità dell'errore per esimersi dalla responsabilità.

Il caso Stadt Graz (sentenza del 30 settembre 2010, causa C-314/09) costituì il mezzo più eloquente attraverso il quale la Corte di Giustizia fu chiamata a interpretare il diritto dell'Unione europea, per stabilire se una norma nazionale - che subordini il diritto ad ottenere un risarcimento, per violazione della disciplina degli appalti pubblici, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole della violazione - fosse o meno contrastante con la direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 (la c.d. "direttiva ricorsi", modificata per ultimo dalla direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007).

La direttiva ricorsi prevedeva specifiche norme di armonizzazione, di modo che fosse lasciato agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nella sua applicazione. Potevano in tal senso gli Stati membri stabilire come si articolassero, tra le altre, le azioni volte ad ottenere un risarcimento dei danni ai soggetti che fossero lesi da un provvedimento illegittimo, in materia di appalti pubblici, posto che ciascun ordinamento nazionale poteva quindi prevedere il proprio strumento di azione risarcitoria.

Orbene, con tale sentenza, la Corte ha sancito il riconoscimento del principio di diritto secondo cui la discrezionalità degli Stati membri non può contrastare con le finalità ed il contesto generale della direttiva, né con i principi di equivalenza e di effettività, al fine di assicurare l'uniforme applicazione della disciplina in tutto il territorio dell'Unione.

Secondo la Corte, obiettivo della direttiva consiste nel garantire che sia effettivo il ricorso a mezzi efficaci e rapidi contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici.

L'effettività del rimedio risarcitorio è mantenuto in auge soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento, in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici, non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione

aggiudicatrice. Invero riconoscere alla p.a. la possibilità di superare una presunzione di colpevolezza genererebbe il rischio che il soggetto pregiudicato dalla decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice sia privato del diritto ad ottenere un risarcimento, anche in considerazione della lunghezza dei tempi che possono rendersi necessari per l'accertamento del carattere colpevole della violazione violata.

Tradizionalmente, invece, la nozione di responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi è legata, nella giurisprudenza italiana, al concetto di responsabilità extracontrattuale. Perciò, al fine di rilevare la responsabilità della pubblica amministrazione occorrerebbe individuare tutti e tre gli elementi tipici dell'illecito, compreso l'elemento soggettivo che, nel caso della p.a., si risolverebbe nella colpa.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha confermato la natura extracontrattuale della responsabilità pubblica amministrazione, legando l'elemento soggettivo al concetto di "errore scusabile" ed al meccanismo delle presunzioni semplici.

In particolare, il Consiglio di Stato rileva che la colpa della p.a. può essere presunta anche dall'illegittimità del provvedimento, la quale costituirebbe solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza. Tale forma di responsabilità deve quindi essere considerata unitamente ad altri criteri quali, il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione esaminata, il carattere vincolato o la bassa discrezionalità dell'azione amministrativa. Ne consegue che il privato danneggiato dal provvedimento può limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto, dalla quale la colpa è presunta. Spetta quindi alla pubblica amministrazione provare l'assenza di colpa, attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile, ovvero l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita.

Da ciò si evince che la discordanza delle visioni, tanto della Corte di Giustizia quanto del Consiglio di Stato.

Difatti la Corte di giustizia tende a sottolineare il carattere oggettivo della responsabilità, eliminando non solo la necessità per il ricorrente di provare la colpa della pubblica amministrazione, ma persino la possibilità per questa di provare la scusabilità del proprio errore. Non v'è chi non veda il clamoroso vantaggio per il privato ricorrente, qualora decidesse di ottenere un risarcimento pecuniario, a fronte dell'illegittimo comportamento della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici.

<https://www.diritto.it/la-responsabilita-dello-stato-per-violazione-del-diritto-comunitario-2/>