

La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea da parte dell'organo giurisdizionale: la cronaca di una morte annunciata
di Michele Miraglia*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. 3. La responsabilità dello Stato per violazione commessa dall'organo giurisdizionale. 4. Le implicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'ordinamento italiano: la responsabilità civile dei magistrati. 5. Conclusione.

1. Premessa

E' recente la pronuncia con cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha nuovamente condannato l'Italia, nell'ambito della causa C-379/10, avente ad oggetto il ricorso proposto, ai sensi dell'art. 258 T.F.U.E., dalla Commissione in data 29 luglio 2010¹.

I giudici del Lussemburgo hanno, infatti, accertato e dichiarato l'inadempimento della Repubblica italiana, per aver escluso qualsiasi responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti o prove dall'organo giurisdizionale medesimo ovvero per aver limitato tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave.

Il riferimento normativo è alla Legge 13 aprile 1988, n. 117, in particolare all'art. 2, commi 1 e 2, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, oggetto già di diverse attenzioni da parte della dottrina e della stessa Corte che poco più di un lustro fa aveva tracciato le linee guida per l'affermazione del principio generale della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione da parte di un suo organo giurisdizionale di ultima istanza².

Non è un caso, infatti, che la sentenza che ha costituito lo spunto del presente scritto sia stata adottata dalla Terza Sezione della C.G.U.E. senza le conclusioni dell'avvocato generale, atteso che trattasi di questione in punto di diritto già affrontata e decisa nella precedente su citata pronuncia della medesima Corte.

La sentenza *de qua*, se da un lato - inserendosi nel solco già tracciato dalla Giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e dalla prassi precedente - ha assunto un notevole rilievo per una più compiuta definizione del perimetro delle condizioni necessarie per dar luogo alla responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto dell'Unione Europea, dall'altro ha imposto a livello

* Dottorando di ricerca in Diritto pubblico dell'economia, Sapienza Università di Roma.

¹ C. Giust. UE, 24-11-2011, C-379/10, *Commissione / Italia*.

² C. Giust. CE, 13-6-2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. in liquidazione / Repubblica italiana*.

nazionale una seria riflessione sull'intero impianto normativo previsto dalla Legge n. 117/1988, anche con riguardo a quei casi che esulano dalla delibazione della Corte di Giustizia ed in cui i giudici commettono errori nell'applicazione del diritto interno *stricto sensu*, anche per evitare situazioni discriminatorie tra individui che vengono a trovarsi di fronte a situazioni analoghe.

Al fine di cercare di comprendere più a fondo la portata se non innovativa quanto meno dirompente della pronuncia in parola con particolare riguardo al nostro sistema nazionale, si renderà opportuno accennare seppur brevemente al percorso tutto sommato recente che ha visto protagonisti i giudici europei³ nel delineare i contorni sostanziali della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione per poi soffermarsi sulle resistenze reiteratamente opposte dai principali organi giurisdizionali italiani che hanno strenuamente affermato e difeso una asserita maggiore indipendenza della magistratura, oggi da contemperare necessariamente con quel principio di leale collaborazione, sancito dall'art. 13 par. 2 del Trattato sull'Unione europea (d'ora innanzi, T.U.E.)⁴.

2. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Sebbene già in pronunce alquanto datate della Corte di Giustizia fossero presenti dei cenni alla responsabilità degli Stati come conseguenza della violazione da parte dei medesimi di obblighi comunitari⁵, è solo con la sentenza *Francoovich*⁶ che può ritenersi iniziata a livello europeo una sistematica ricostruzione dell'istituto in argomento e del relativo regime giuridico⁷.

³ Poiché nel Trattato mancano disposizioni che disciplinano in modo diretto e puntuale e conseguenze delle violazioni del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, la Corte di Giustizia dell'Unione europea, nell'espletamento del compito conferitole dall'ordinamento di garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione e dell'applicazione del Trattato, ha statuito su tale questione avvalendosi dei canoni ermeneutici generalmente accolti, facendo ricorso in particolare ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, ai principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri. D'altronde, in un gran numero di ordinamenti nazionali il regime giuridico della responsabilità dello Stato è stato elaborato, in maniera determinante, in via giurisprudenziale.

⁴ In base al principio di leale collaborazione, "gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario". Il principio di leale collaborazione, che obbliga lo Stato membro in relazione ad ogni sua funzione, ha sostanzialmente posto le basi per l'estensione della responsabilità ad ognuno dei poteri dello Stato membro: sul punto, cfr. R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2010.

⁵ Basti ricordare la sentenza C. Giust. CE, 16-12-1960, C-6/60, *Humblet / Stato belga*, nella quale la Corte, nell'interpretare il protocollo sui privilegi e le immunità CECA – ha sottolineato che uno Stato membro, che violi i principi del suddetto protocollo, ha l'obbligo di ritirare tutti gli atti adottati in violazione del diritto comunitario nonché di eliminare gli effetti anti-giuridici degli atti medesimi. Sulla stessa linea cfr. C. Giust. CE, 22-1-1976, C-60/75, *Russo / AIMA*, secondo cui espressamente "nell'ipotesi che il danno derivi dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello Stato, questo dovrà risponderne, nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla responsabilità della pubblica amministrazione". Per approfondimenti, cfr. A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *DResp*, 2001, 223.

⁶ C. Giust. CE, 19-11-1991, C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francoovich / Repubblica italiana e Danila Bonifaci e altri / Repubblica italiana*. Tale sentenza è relativa alle conseguenze della mancata attuazione di una direttiva da parte di uno Stato membro: nella fattispecie, si trattava di una direttiva, mai trasposta dall'Italia, che, a tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, imponeva agli Stati membri di istituire un meccanismo di garanzia per i crediti retributivi maturati. Con due ordinanze del 1989 la Pretura di Vicenza e la Pretura di Bassano del Grappa proponevano alla Corte di Giustizia questioni pregiudiziali per l'interpretazione dell'art. 189, terzo comma, Trattato CEE, nonché della direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, 80/987/CEE. Al riguardo, come ampiamente illustrato in R. BIFULCO,

Nei Trattati di Roma, infatti, non era prevista alcuna sanzione specifica nell'ipotesi di violazione degli obblighi comunitari da parte di uno Stato membro, essendo peraltro individuate le sole procedure per l'accertamento giurisdizionale delle infrazioni⁸.

E' proprio con il progredire e con il consolidarsi del processo di integrazione che si è avvertita maggiormente l'esigenza di garantire un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione in tutti i Paesi membri e quindi evitare una disfunzione del sistema nel suo insieme e nelle sue articolazioni, nonché una situazione di discriminazioni tra i cittadini.

A ben vedere, la violazione di uno Stato finisce per andare a scalfire la parità di trattamento e la solidarietà all'interno dell'Unione ed a creare uno sbilanciamento disarmonico in un sistema giuridico che vede tra i suoi obiettivi fondamentali quello della interpretazione e della applicazione uniforme delle regole comuni⁹.

Su queste argomentazioni si è innestato il primo suindicato intervento della Corte di Lussemburgo¹⁰ per cui il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili è inerente al sistema dei Trattati, atteso che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto dell'Unione imputabile, beninteso, allo Stato membro medesimo.

Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea, op. cit., a cui si rimanda per approfondimenti, è da segnalare un notevole dibattito giurisprudenziale in Italia, che prende avvio dalla sentenza n. 285/1993 della Corte Costituzionale e vede numerose successive pronunce della Suprema Corte di Cassazione. Cfr., anche, FRANCO, *Individuazione del soggetto tenuto al risarcimento del danno per tardiva attuazione della direttiva Cee n. 80/987 in materia di garanzia dei crediti di lavoro*, in *Giust. civ.*, I, 1383, nota a Cass., sez. lav., 9-9-1995, n. 9547; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1585.

⁷ Quello della responsabilità dello Stato per atti legislativi è un istituto risalente del diritto pubblico in Francia. E' solo in tale Paese che - a partire dal celebre caso *Société La Fleurette*, risalente al 1938 e poi con l'*arrêt Bovero* - si sono registrate condanne giudiziarie dello Stato a causa di atti legislativi che avevano provocato danni ai singoli. Per approfondimenti al riguardo, cfr. R. BIFULCO, *Gli aspetti convenzionali della responsabilità dello Stato per atti legislativi*, in *G. Dir. Amm.*, 2007, 7, 769, che commenta la sentenza *Conseil d'Etat*, 8 febbraio 2007, n. 279522, dalle cui conclusioni emerge che "la responsabilità dello Stato per il fatto del legislatore può essere azionata, in ragione degli obblighi dello Stato diretti ad assicurare il rispetto di convenzioni internazionali, per riparare all'insieme dei pregiudizi derivanti dall'adozione di una legge emanata in violazione degli impegni internazionali della Francia".

⁸ La prassi ha progressivamente individuato dei meccanismi che, alla presenza di determinate condizioni, collegavano talune infrazioni degli Stati membri alla perdita del diritto ad un finanziamento dell'Unione. Esempi al riguardo si possono ritrovare nel settore agricolo (cfr. artt. 2 e 3 del regolamento n. 729/70, relativo al finanziamento della politica agricola comune, in G.U.C.E. L 94 del 28 aprile 1970, p. 13) o in tema di normativa sui Fondi strutturali, laddove l'erogazione del finanziamento viene subordinata espressamente alla condizione che le azioni da finanziare siano realizzate in modo conforme alla disciplina dell'Unione (cfr. art. 7 del regolamento CEE n. 2052/88 del 24 giugno 1988, in G.U.C.E. L 189 del 15 luglio 1988, p.9; e art. 7, n.1, del regolamento CE n. 2081/93 del 20 luglio 1993, in G.U.C.E. L 193 del 31 luglio 1993, p. 5). E', peraltro, evidente che tali rimedi hanno una portata limitata e circoscritta, atteso che fanno riferimento solo ad infrazioni collegate ad attività finanziate dall'Unione e non anche alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione in generale.

⁹ Per approfondimenti, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 359; A.A.V.V., *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998, 298. Giova richiamare al riguardo C. Giust. CE, 7.2.1973, C-39/72, *Commissione / Italia*, punto 24, secondo cui testualmente "Nel consentire agli Stati membri di trarre vantaggio dalla Comunità, il Trattato impone loro l'obbligo di osservarne le norme. Il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini, in primissimo luogo di quelli dello Stato che trasgredisce le norme comunitarie".

¹⁰ *Francovich*, sopra citata, punto 35.

In buona sostanza, la Corte di Giustizia, nel richiamare il principio di leale collaborazione di cui all'attuale art. 13, par. 2, del T.U.E., ha risolutivamente affermato che la possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile, qualora la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possono far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto dell'Unione¹¹.

Dopo aver affermato l'esistenza di un vero e proprio principio di responsabilità inerente ai Trattati, la Corte prosegue nel suo *iter* argomentativo affermando le condizioni per dare attuazione concreta a tale principio.

La prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; la seconda è che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva; la terza ed ultima condizione consiste nell'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato membro ed il danno subito dai soggetti lesi, e quindi in un giudizio rimesso all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro per l'individuazione della competenza giurisdizionale e delle modalità operative per giungere alla sostanziale tutela¹².

Tali tre condizioni, secondo *Francovich*, sono sufficienti per far sorgere a vantaggio dei singoli un diritto ad ottenere un risarcimento, che trova direttamente il suo fondamento nel diritto dell'Unione¹³.

E trattasi di una responsabilità ben diversa sia da quella degli Stati sul piano dell'ordinamento internazionale¹⁴ sia da quella dell'Unione Europea¹⁵, come si delineerà meglio

¹¹ Non è qui la sede per approfondire l'importante tematica dell'effetto diretto delle norme dell'Unione e la relativa evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Basti solo ricordare che per effetto diretto si intende l'idoneità della norma comunitaria a creare diritti ed obblighi direttamente ed utilmente in capo ai singoli, sia persone fisiche che giuridiche, senza che lo Stato eserciti quella funzione di diaframma che consiste nel porre in essere una qualche procedura formale per riversare sui singoli gli obblighi o i diritti prefigurati da norme "esterne" al sistema giuridico nazionale. In termini pratici, l'effetto diretto, di cui possono essere provviste le norme sia dei Trattati che di un atto comunitario, si risolve nella possibilità, per il singolo, di far valere direttamente dinanzi a giudice nazionale la posizione giuridica soggettiva vantata in forza della norma comunitaria e, per la pubblica amministrazione, di far sì che il singolo adempia agli obblighi sanciti dalla norma comunitaria medesima ovvero goda direttamente e immediatamente dei diritti che quella norma gli attribuisca. Si segnala, inoltre, che soprattutto in Dottrina e non anche in Giurisprudenza non sono mancati i tentativi di distinguere la nozione di effetto diretto da quella di applicabilità diretta, nel senso che, mentre con quest'ultima si rileva una qualità della norma (che, come il regolamento, non richiede, per produrre effetto, alcun provvedimento interno ulteriore), con la prima intende cogliersi l'incidenza della norma sulla posizione giuridica del singolo, che non è necessariamente il destinatario della norma, in capo al quale vengono a crearsi dei diritti invocabili direttamente dinanzi al giudice nazionale. Per approfondimenti in merito e per una disamina dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si rimanda a G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., 174; R. MASTROIANNI, *Le norme comunitarie non direttamente efficaci costituiscono parametro di costituzionalità delle leggi interne?*, in *Giur. cost.*, 2006, 3520; S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002; A. BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive fra certezze (comunitarie) e fraintendimenti (nazionali)*, in *Foro it.*, 1996, IV, 358.

¹² *Francovich*, sopra citata, punto 40.

¹³ *Francovich*, sopra citata, punto 41. La portata rivoluzionaria della sentenza *Francovich* sta proprio nell'aver sgretolato uno dei dogmi più resistenti dello *jus publicum* europeo, ovvero l'infallibilità del legislatore. E ciò avviene seguendo un percorso di progressiva diminuzione della discrezionalità a cui corrisponde una corrispondente crescente sottoposizione alle regole della responsabilità. In altre parole, quella primazia dell'ordinamento dell'Unione, accettata e riconosciuta dagli Stati membri, ha portato ad una limitazione della sovranità tale da essere garantita con strumenti diretti e pratici, quale appunto la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri.

¹⁴ Sul punto, cfr. R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, op. cit., secondo cui, rispetto al diritto internazionale, una possibile analogia può ravvisarsi nel fatto che è sempre lo Stato il soggetto responsabile. L'eccentricità rispetto alle regole della responsabilità

nella ulteriore giurisprudenza con cui i giudici del Lussemburgo finiscono per costruire l'istituto in esame.

Degna di menzione speciale è la sentenza *Brasserie*¹⁶ che ha perfezionato la trama iniziata dalla sentenza *capostipite*, soprattutto con riguardo al secondo presupposto richiesto ai fini della sussistenza della responsabilità.

Ed infatti, dopo *Francovich*, ci si è interrogati se la responsabilità patrimoniale dello Stato membro potesse essere fatta valere soltanto alla presenza di norme dell'Unione prive di un effetto diretto, per essere cioè queste non invocabili dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale, ovvero se la violazione riguardasse anche norme aventi diretta efficacia e quindi azionabili direttamente innanzi al giudice nazionale.

La Corte di Lussemburgo con la sentenza *Brasserie*, dopo aver compiuto una distinzione tra i casi in cui lo Stato nazionale ha maggiore o minore discrezionalità¹⁷, ha inequivocabilmente

internazionale dello Stato sta però nel fatto che, mentre i cittadini degli Stati membri in quanto destinatari dei diritti e degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione possono chiedere il risarcimento nel caso in cui un organo dello Stato violi le norme comunitarie, a livello del diritto internazionale un tale potere non è riconosciuto ai singoli individui se non nel campo dei diritti umani. Inoltre, mentre nell'ambito internazionale la controversia è risolta da un arbitro o da un giudice appunto internazionale, nell'ordinamento dell'Unione è il giudice dello Stato membro a deliberare i giudizi di responsabilità dello Stato.

¹⁵ L'attuale art. 340, par. 2, T.F.U.E. (già art. 288, par. 2, T.C.E.) sancisce la responsabilità extracontrattuale dell'Unione europea, la quale è tenuta a risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. In merito, cfr. R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, op. cit., secondo cui la disciplina della responsabilità extracontrattuale dell'Unione e quella degli Stati membri non sembrano poggiare sui medesimi presupposti. Se molto non cambia in relazione alla colpa e al danno, le condizioni si distanziano non poco con riferimento al pregiudizio (che nell'ipotesi dell'art. 340, par. 2, T.F.U.E., deve possedere il requisito della importanza e della specialità), al carattere di norma superiore (non richiesto nel caso della responsabilità degli Stati) ed al nesso di causalità. Nonostante più recenti tendenze verso una parificazione dei due regimi di responsabilità, nell'ordinamento dell'Unione, quindi, illecito dell'Unione e illecito degli Stati non conducono ai medesimi esiti, con la conseguenza che l'affermazione di una responsabilità dell'Unione, nelle ipotesi di atti normativi, è molto rara. Per ulteriori approfondimenti, cfr. PECCHIOLI, *La responsabilità pubblica comunitaria come sistema di diritto uniforme*, in *Dir. UE*, 2001, 367; R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, 207; A. TIZZANO – S. FORTUNATO, *La tutela dei diritti*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 1999, 856; F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in *DCI*, 1997, 55; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993, 314; G. VENTURINI, *La responsabilità extracontrattuale delle Comunità europee*, Milano, 1980, 15.

¹⁶ C. Giust. CE, 5-3-1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur SA / Repubblica federale di Germania e The Queen / Secretary of State for Transport (Factortame Ltd e altri)*. Tale sentenza attiene a due procedimenti riuniti: il primo riguarda la *Brasserie du pêcheur SA*, società francese con sede in Alsazia, costretta a sospendere le proprie esportazioni di birra in Germania, in quanto le competenti autorità tedesche avevano accertato che la birra da essa fabbricata non era conforme ai requisiti di genuinità stabiliti dalla legge tedesca; il secondo attiene a diversi soggetti del Regno Unito, sia persone fisiche che giuridiche, che contestavano l'istituzione di un nuovo registro per i pescherecci britannici e la relativa subordinazione ad una immatricolazione secondo particolari requisiti di nazionalità, residenza e domicilio dei proprietari.

¹⁷ Ai punti 46 e 47 la sentenza *Brasserie*, sopra citata, chiarisce, infatti, che si deve constatare che il legislatore nazionale, così come del resto le istituzioni comunitarie, non dispone sistematicamente di un ampio potere discrezionale quando di tratti di un settore disciplinato dal diritto dell'Unione. Quest'ultimo può imporgli obblighi di risultato o di condotta o di astensione che riducono, anche in maniera considerevole, il suo margine di valutazione. In tal caso, come in quello oggetto della sentenza *Francovich*, la circostanza che i provvedimenti da adottare incombono al legislatore nazionale è, ai fini del sorgere della responsabilità dello Stato membro per la mancata attuazione della direttiva, priva di pertinenza. Diversamente, allorché uno Stato membro opera in un settore nel quale dispone di un ampio potere discrezionale, paragonabile a quello del quale si avvalgono le istituzioni comunitarie per l'attuazione delle politiche

sottolineato come sia presente, tanto nell'ordinamento dell'Unione quanto in quello dei singoli Stati membri, il principio in forza del quale un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato.

Da ciò consegue l'obbligo, incombente alla pubblica autorità, qualunque sia l'organo di quest'ultima la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione¹⁸, di risarcire i danni cagionati nell'esercizio delle sue funzioni, a prescindere dalle norme interne dello Stato membro sulla ripartizione delle competenze tra i poteri costituzionali¹⁹.

Nel riprendere le condizioni necessarie perché possano soddisfarsi le esigenze della piena efficacia delle norme dell'Unione e dell'effettiva tutela dei diritti da esse garantiti e nel precisare la seconda di tali condizioni, la Corte afferma che deve trattarsi di una violazione sufficientemente caratterizzata, laddove il criterio decisivo per considerare una simile sufficiente caratterizzazione della violazione consiste nella violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro, dei limiti posti al suo potere discrezionale.

Orbene, al riguardo, fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata²⁰, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali²¹, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno cagionato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto dell'Unione²².

comunitarie, i presupposti della sua responsabilità debbono essere, in via di principio, i medesimi di quelli dai quali dipende il sorgere della responsabilità della Comunità in una situazione analoga. Al riguardo, appare opportuno segnalare la più recente C. Giust. CE, 4-7-2000, C-424/97, *Haim*, secondo cui "la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie è modulata in relazione all'ampiezza del potere discrezionale di cui dispongono. In presenza di ampi poteri discrezionali, la responsabilità può essere riconosciuta solo nel caso di violazione manifesta e grave di una norma preordinata a garantire dei diritti soggettivi ai singoli, mentre in assenza di discrezionalità o in presenza di margini di discrezionalità ridotti, la responsabilità deriva dalla semplice violazione della norma", con nota di R. CARANTA, *La responsabilità per fatto illecito delle istituzioni comunitarie è in funzione dei margini di discrezionalità di cui dispongono*, in *Giur. it.*, 2001, 147.

¹⁸ Quindi non solo l'organo deputato alla funzione legislativa e normativa, ma anche quello preposto alla funzione esecutiva ed amministrativa e, come si vedrà meglio *infra*, anche l'organo giurisdizionale.

¹⁹ *Brasserie*, sopra citata, punti 29, 32 e 33.

²⁰ L'elemento della chiarezza e precisione della norma violata appare riguardare l'ipotesi in cui la medesima disposizione dell'Unione consenta più di una interpretazione. La condizione è stata esclusa, ad esempio, nella misura in cui una plausibile interpretazione alternativa era possibile: cfr. C. Giust. CE, 24-9-1998, C-319/96, *Brinkmann*, nonché C. Giust. CE, 18-1-2001, C-150/99, *Stockholm Lindöpark*. La chiarezza della norma, inoltre, deve essere intesa in senso oggettivo, non essendo sufficiente il dubbio interpretativo di un giudice nazionale, magari tradotto in rinvio pregiudiziale alla Corte, per rendere oscura la norma e non manifesta la sua violazione. Sul punto, per ulteriori chiarimenti, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., 372.

²¹ Cfr. C. Giust. CE, 2-4-1998, C-127/95, *Norbrook Laboratories*, secondo cui "nell'ipotesi in cui lo Stato membro... non si fosse trovato di fronte a scelte normative e disponesse di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta". Sembrerebbe che un tale principio possa trovare applicazione anche con riguardo al giudice nazionale di ultima istanza, nell'ipotesi in cui non disponga di alcuna discrezionalità quanto al rinvio pregiudiziale e sia quindi obbligato ad effettuarlo. In tal caso, infatti, la posizione del giudice di ultima istanza sembra paragonabile a quella degli organi legislativi e amministrativi di uno Stato membro che non sono chiamati ad effettuare scelte normative, in quanto si trovano di fronte ad una competenza vincolata. In tal senso, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., 373.

²² Al riguardo, si noti come in un certo senso non sembrerebbe escluso del tutto un riferimento ad elementi soggettivi, nonostante la Corte avesse voluto costruire l'istituto della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione in maniera oggettiva, e quindi svincolato da una subordinazione al requisito psicologico della colpa.

Sono questi dei veri e propri indici che la Corte fornisce, in grado di incidere sull'accertamento dell'elemento soggettivo, come risulterà più chiaro fra breve, ed adeguati anche in relazione all'organo interno che ha prodotto il danno.

In ogni caso, una violazione del diritto dell'Unione è manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato²³, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione²⁴.

Sulla terza condizione relativa al nesso causale, anche la sentenza *Brasserie* rimanda ai giudici nazionali²⁵: fermo restando il diritto al risarcimento che trova direttamente il suo fondamento nel diritto dell'Unione, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato, restando inteso che le norme nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento²⁶.

²³ A ben vedere è proprio il caso della sentenza che ha dato spunto al presente scritto, C. Giust. UE, 24-11-2011, C-379/10, *Commissione / Repubblica italiana*, con la quale, in buona sostanza, i giudici del Lussemburgo ribadiscono la precedente condanna dell'Italia avuta con la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, sopra citata. Un tale principio, oltre che in *Brasserie*, sopra citata, è affermato anche in C. Giust. CE, 28-6-2001, C-118/00, *Larsy*.

²⁴ La nozione di "violazione manifesta e grave" è stata ulteriormente elaborata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Per aver un quadro un po' più completo, si possono ricordare C. Giust. CE, 23-5-1996, C-3/94, *Hedley Lomas*, secondo cui costituisce violazione grave e manifesta anche la semplice trasgressione del diritto dell'Unione, se lo Stato membro, al momento della trasgressione, dispone di scarsa o poca discrezionalità (e ciò non solo con riguardo alla funzione legislativa, ma anche con riferimento alla funzione amministrativa); C. Giust. CE, 26-3-1996, C-392/93, *British Telecommunications*, che sancisce il principio che, anche se non ricorrente nel caso di specie, la trasposizione non corretta di una direttiva integra gli estremi della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione ed ancora il principio secondo cui l'analisi delle modalità dell'inottemperanza implica che è necessario stabilire il grado di chiarezza e di precisione della normativa violata; C. Giust. CE, 15-6-1999, C-140/97, *Rechberger*, in base alla quale "la mancanza di qualsiasi provvedimento di attuazione di una direttiva per raggiungere il risultato prescritto da quest'ultima entro il termine a tal fine stabilito costituisce di per sé una violazione grave e manifesta del diritto comunitario". Ed ancora C. Giust. CE, 1-6-1999, C-302/97, *Konle*, con nota di TORRESI, in *Giur. It.*, 2000, 902, che ha statuito espressamente che "spetta ai giudici nazionali se una violazione del diritto comunitario sia manifesta e grave, così da far sorgere la responsabilità extracontrattuale di uno Stato membro nei confronti dei singoli. Negli Stati membri a struttura federale, al risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario non deve necessariamente provvedere lo Stato federale purchè gli obblighi comunitari dello Stato membro interessato siano adempiuti". Su quest'ultimo aspetto, cfr. A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e Resp.*, 2001, 3, 235.

²⁵ Si noti che, mentre in *Brasserie*, sopra citata, così come in C. Giust. CE, 22-4-1997, C-66/95, *Sutton*, si è formalmente lasciato al giudice il compito di verificare la sussistenza delle condizioni, pur con una dettagliata indicazione degli elementi di valutazione; in *British Telecommunications*, sopra citata, invece, la Corte di Giustizia non ha lasciato al giudice nazionale il merito di escludere la ricorrenza delle condizioni della responsabilità del Regno Unito.

²⁶ Una tale conclusione si può intravedere anche nella precedente C. Giust. CE, 9-11-1983, C-199/82, *San Giorgio*. In tema di nesso di causalità, giova richiamare C. Giust. CE, 8-10-1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C.190/94, *Dillenkofer*, con nota di BASTIANON – CATALANO, in *Danno e Resp.*, 1997, 6, 680, che, nel compiere un'importante sintesi della giurisprudenza in materia, afferma espressamente il seguente principio: "posto che a) il diritto dei singoli al risarcimento sorge qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni: che la norma giuridica comunitaria violata sia diretta a conferire diritti ai cittadini, che la violazione sia sufficientemente grave e manifesta e che esista un nesso di causalità diretto tra violazione e danno, b) non si può subordinare il risarcimento del danno alla previa constatazione di un inadempimento del diritto comunitario da parte dello Stato, né all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale cui è imputabile il risarcimento e c) la mancanza di qualsiasi provvedimento di attuazione di una direttiva costituisce di per sé una violazione grave e manifesta del diritto comunitario, va risarcito il danno subito dai cittadini di uno Stato membro che non abbia attuato una direttiva comunitaria entro il termine a tal

E' evidente, quindi, come con la sentenza *Brasserie* la Corte abbia modificato il proprio indirizzo giurisprudenziale passando a sanzionare lo Stato, non più soltanto per il mancato esercizio della sua discrezionalità e quindi per una condotta omissiva come nella sentenza *Francovich*, ma ora anche per il cattivo esercizio della sua discrezionalità e quindi per una vera e propria condotta commissiva.

Continuando ad analizzare l'*iter* logico-argomentativo dei giudici del Lussemburgo, emerge subito un ulteriore carattere della responsabilità extracontrattuale dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione, ossia quello della sua oggettività²⁷.

In termini più espliciti, l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa.

La prescrizione, infatti, di una simile condizione, ulteriore rispetto a quella della sussistenza di una violazione manifesta e grave, si risolverebbe nel rimettere in discussione l'intero regime giuridico del diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento dell'Unione.

Come si noterà meglio *infra* anche con riguardo alla recente giurisprudenza in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione commessa dall'organo giurisdizionale, la nozione di colpa non ha il medesimo contenuto nei diversi ordinamenti giuridici.

Alla luce di ciò, la costruzione dell'istituto in parola risentirebbe di una profonda alterazione, qualora venisse subordinato alla volatilità e/o comunque alla difficoltà di definire i contorni della nozione di colpa nei vari Stati, con evidente detrimento per l'uniforme applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione in tutti i Paesi membri dell'Unione e per quei due fattori di equilibrio del sistema comunitario che sono la parità di trattamento all'interno dell'Unione e la solidarietà dell'Unione medesima.

fine stabilito, qualora il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti ai cittadini ed esista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito". Come si nota, la Corte non ha sentito l'esigenza di precisare nel dettaglio cosa debba intendersi per nesso di causalità, rimandando al giudice nazionale l'individuazione dei principi ricavabili in materia dagli ordinamenti nazionali. Per approfondimenti, cfr. F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008, 84; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 541; A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, op. cit., 233.

²⁷ La Corte di Giustizia si sofferma anche a statuire come il risarcimento dei danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto comunitario deve essere adeguato al danno subito, così da garantire una tutela effettiva dei loro diritti. Nell'assenza di disposizioni europee in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento. Inoltre, non è conforme al diritto dell'Unione una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni individuali specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli. Cfr. *Brasserie*, sopra citata, punto 90. Ed ancora, con riguardo al profilo più squisitamente temporale, prosegue la Corte di Giustizia ai punti 94 e 95, ammettere che l'obbligo di risarcimento a carico dello Stato membro interessato possa essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte che abbia accertato l'inadempimento di cui trattasi equivarrebbe peraltro a rimettere in discussione il diritto al risarcimento riconosciuto dall'ordinamento giuridico dell'Unione. D'altronde il subordinare il risarcimento de danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto dell'Unione imputabile ad uno Stato membro urterebbe contro il principio dell'effettività del diritto dell'Unione, poiché tale presupposto porterebbe ad escludere qualsiasi risarcimento tutte le volte che il preteso inadempimento non abbia costituito oggetto di un ricorso proposto dalla Commissione a norma del Trattato. In altri termini, i diritti conferiti ai singoli da norme europee aventi efficacia diretta nell'ordinamento interno degli Stati membri non possono dipendere dalla valutazione della Commissione. Questo limite, infatti, considerata la discrezionalità di cui gode la Commissione al riguardo, si sarebbe trasformato in una vera e propria violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, principio da ultimo ribadito da C. Giust. UE, 26-1-2009, C-118/08, *Transportes Urbanos*.

Altro corollario dell'esigenza di garantire una tutela effettiva ed uniforme del principio in esame è che non rileva a quale organo nazionale sia imputabile la violazione così come è irrilevante l'organizzazione interna di ciascuno Stato membro.

Pertanto, se la violazione viene commessa nel rispetto delle condizioni enucleate dalla giurisprudenza della Corte, si perfeziona in capo al singolo il diritto al risarcimento²⁸ da azionare innanzi al giudice nazionale nei confronti dello Stato in via principale o in via sussidiaria, anche in concorrenza con la responsabilità di altri soggetti o altri enti²⁹.

E ciò sia con riguardo all'attività legislativa, che indubbiamente rappresenta la massima espressione della sovranità³⁰, che con riferimento al potere esecutivo, come avviene nelle ipotesi in cui il danno sia provocato da un comportamento illegittimo imputabile all'amministrazione centrale o periferica dello Stato membro medesimo.

All'esito di questa rapida ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia e prima di passare ad esaminare più da vicino gli aspetti rilevanti che caratterizzano la sentenza del 24 novembre 2011, appare opportuno ribadire come i giudici del Lussemburgo, pur mantenendo distinta l'ipotesi in cui lo Stato goda di un ampio potere discrezionale (come nella fattispecie di cui alla sentenza *Brasserie*) da quella in cui ne ha poco o nulla (a titolo esemplificativo, si considerino i casi di cui alle sentenze *Francovich* e *Dillenkofer*), abbiano inteso riconoscere una portata generale tanto al principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, quanto alle tre condizioni della responsabilità medesima.

3. La responsabilità dello Stato per violazione commessa dall'organo giurisdizionale.

²⁸ Quanto alle caratteristiche del risarcimento del danno, si è già detto che esso deve essere adeguato; è opportuno, inoltre, sottolineare come la Corte ha statuito che la persona lesa deve dimostrare di aver agito con ragionevole diligenza per limitare il danno; *contra*, A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, op. cit., 233. Inoltre, il risarcimento non può essere limitato ai soli danni arrecati a determinati beni tutelati in modo speciale e non possono essere escluse dal risarcimento medesimo determinate perdite patrimoniali, come il lucro cessante, che, soprattutto con riguardo alle controversie di natura economica o commerciale, rappresenta un elemento importante senza il quale si vanificherebbe la tutela. Quanto alle diverse teorie avanzate dalla Dottrina in tema di natura dell'illecito, si rimanda a R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, op. cit. .

²⁹ Al riguardo, cfr. R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, op. cit., secondo cui la Corte ha gioco facile nell'affermare che non necessariamente al risarcimento dei danni provocati a singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto dell'Unione debba provvedere lo Stato membro stesso. Ciò vale in particolare per gli Stati membri, a struttura federale o meno, nei quali talune funzioni legislative e amministrative sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato. In tali Stati membri il risarcimento può essere garantito dall'ente di diritto pubblico che esercita le funzioni legislative o amministrative; nulla esclude che possa essere previsto tale tipo di responsabilità accanto od oltre a quella dello Stato membro. Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo alla violazione determinata dalle dichiarazioni rese dal funzione di uno Stato membro, se ed in quanto imputabili a tale Stato. In tal caso la responsabilità principale è dello Stato membro, cui può aggiungersi, se la normativa nazionale lo prevede, quella del funzionario. In merito, di recente, cfr. C. Giust. CE, 17-4-2007, C-470/03, A.G.M.-COS. MET.

³⁰ Al riguardo, cfr. R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, op. cit., secondo cui "lo sviluppo del principio di responsabilità dello Stato per violazione de diritto dell'Unione, oltre ad aver riflessi profondi sulla posizione del legislatore nei confronti dei singoli, finisce per avere ricadute più ampie sulla stessa funzione legislativa in rapporto alle altre funzioni dello Stato. Infatti, per il modo in cui sono state costruite le modalità di funzionamento del principio, la responsabilità dello Stato, e in particolare del legislatore, viene concretamente valutata dal giudice nazionale il quale, quindi, finisce per esercitare un controllo sul legislatore medesimo".

Alla luce di una giurisprudenza sviluppatasi nell'ultimo decennio, il discorso non sembra cambiare se la violazione viene commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza.

Con la nota sentenza *Köbler*³¹, i giudici del Lussemburgo estendono, infatti, l'istituto sopra enunciato anche all'attività dell'organo giurisdizionale di ultimo grado, così concludendo la ricostruzione della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione³².

Afferma, infatti, la Corte di Giustizia che, in considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme dell'Unione, la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti vengono lesi da una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro³³.

L'organo giurisdizionale di ultima istanza costituisce, infatti, per definizione, l'ultimo grado dinanzi al quale i singoli possono far valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto dell'Unione³⁴.

³¹ C. Giust. CE, 30-9-2003, C-224/01, *Köbler / Repubblica d'Austria*. Trattasi di una domanda di pronuncia pregiudiziale portata all'attenzione della Corte dal Sig. Gerhard Köbler, professore universitario di ruolo a Innsbruck, il quale aveva intentato un'azione per responsabilità della Repubblica austriaca per violazione del diritto dell'Unione da parte di una sentenza del *Verwaltungsgerichtshof*, giudice supremo amministrativo, il quale, non ottemperando al proprio obbligo di rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 T.F.U.E. (già art. 234 T.C.E.) e quindi così violando il diritto dell'Unione anche in ordine al principio della libera circolazione dei lavoratori, non aveva accolto la domanda del Sig. Köbler di ottenere un'indennità speciale di anzianità di servizio.

³² Il tema di cui alla sentenza *Köbler* è stato affrontato, anche se in un'ottica parzialmente diversa, in altre due pronunce; C. Giust. CE, 9-12-2003, C-129/00, *Commissione / Italia*; C. Giust. CE, 13-1-2004, C-453/00, *Kühne & Heitz* e C. Giust. CE, 16-3-2006, C-234/04, *Kapferer / Schlank & Schick GmbH*.

³³ *Köbler*, sopra citata, punto 33. Il riferimento all'organo giurisdizionale di ultima istanza e non a qualunque organo giurisdizionale non è casuale, ma trova ragione nel disposto dell'art. 267 T.F.U.E. (già art. 234 T.C.E.), che recita testualmente: "La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione del presente trattato, b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e della BCE, c) sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia". Pertanto, a differenza di un giudice di grado inferiore che ha la mera facoltà, il giudice di ultima istanza di uno Stato membro ha l'obbligo di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale. Sembra, quindi, pacifico che le conclusioni alle quali sono pervenuti i giudici del Lussemburgo non dovrebbero applicarsi in linea di principio alle violazioni del diritto dell'Unione riconducibili a decisioni di un giudice nazionale non di ultima istanza, sia perché su di esso non grava un obbligo di rinvio pregiudiziale, sia per la possibilità di impugnare la sua decisione dinanzi ad un giudice di grado superiore. C'è comunque chi ha ipotizzato che, in presenza di una violazione sistematica del diritto dell'Unione da parte di un giudice non di ultima istanza possa sorgere una responsabilità dello Stato membro, soprattutto nei casi di un'interpretazione consolidata della giurisprudenza della Corte di Giustizia: in tal senso, cfr. Avv. gen. L.A. Geelhoed, in C. Giust. CE, 9-12-2003, C-129/00, *Commissione / Italia*, sopra citata, conclusioni del 3-6-2003, punto 63. Per chiarimenti, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., 369.

³⁴ Non è qui la sede per approfondire in dettaglio tutta la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di previsione dell'obbligo di rinvio gravante sulle giurisdizioni di ultima istanza. Giova solo affermare, seppur schematicamente, che i giudici nazionali di ultima istanza possono considerarsi sollevati dall'obbligo di adire la Corte di Lussemburgo in via pregiudiziale quando: a) la questione non è pertinente, vale a dire nel caso in cui la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della lite; b) la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale; c) la soluzione della questione sia ricavabile da una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le

Di conseguenza, poiché normalmente non può costituire oggetto di riparazione una violazione di questi diritti in una decisione di un tale organo giurisdizionale che è divenuta definitiva, i singoli non possono essere privati della possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti.

Una tale ricostruzione, se da una parte contribuisce a rendere più concreta, uniforme ed effettiva la tutela dei singoli, dall'altra appare porsi in contrasto con alcuni principi che rappresentano la struttura portante degli ordinamenti di molti Stati membri e con i quali la Corte ha dovuto fare i conti per meglio definire il regime e prima ancora il fondamento del principio esposto nella sentenza *Köbler*.

La stessa Corte afferma, infatti, che l'importanza del principio della cosa definitivamente giudicata non può essere contestata³⁵.

Tuttavia, il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione. Un procedimento, infatti, inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata³⁶.

Ed ancora, anche sulla scia delle obiezioni formulate da alcuni Stati, la Corte ha dovuto chiarire come l'istituto *de quo* non si pone in contrasto né con il principio della certezza del diritto, né con quello dell'indipendenza del potere giudiziario³⁷ e della sua collocazione all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea³⁸.

materie del contendere; d) la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata.

³⁵ Un tale principio è stato affermato chiaramente da C. Giust. CE, 1-6-1999, C-126/97, *Eco Swiss*, e riveste un ruolo fondamentale nei sistemi giuridici basati sulla preminenza del diritto e sul rispetto delle decisioni giudiziarie, per garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici e per consentire una buona amministrazione della giustizia.

³⁶ *Köbler*, sopra citata, punto 39, secondo cui, in ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico dell'Unione richiede un risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. Al riguardo, per approfondimenti, si può segnalare C. Giust. CE, 9-3-1994, C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, nonché C. Giust. CE, 18-7-2007, C-119/05, con nota di B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 2008, 2, secondo cui "il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c. italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva". Anticipando uno sguardo sull'ordinamento italiano, ha concluso per l'incompatibilità della cosa giudicata con la responsabilità dello Stato anche Trib. Roma, 28-1-2001, in *Giur. di merito*, 2002, 350.

³⁷ *Köbler*, sopra citata, punti 42 e 43. Per quanto riguarda l'indipendenza del giudice, occorre precisare che il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato. Così come, per quanto riguarda l'argomento relativo al rischio che l'autorità di un giudice di ultimo grado sia pregiudicata dal fatto che le sue decisioni divenute definitive possano essere rimesse in discussione implicitamente mediante un procedimento che consente di far dichiarare la responsabilità dello Stato a causa di tali decisioni, occorre constatare che l'esistenza di un rimedio giuridico che consenta, a talune condizioni, la riparazione degli effetti dannosi di una decisione giurisdizionale erronea potrebbe senz'altro essere considerata nel senso che corrobora la qualità di un ordinamento giuridico e quindi in definitiva anche l'autorità del potere giurisdizionale. Al riguardo, cfr. R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, op. cit. .

³⁸ La Corte di Giustizia, inoltre, precisa come spetta agli Stati membri consentire agli interessati di far valere questo principio mettendo a loro disposizione un rimedio giuridico adeguato e che l'attuazione del detto principio non può essere compromessa dall'assenza del foro competente: cfr. *Köbler*, sopra citata, punto 45.

Orbene, così precisato il fondamento del principio della responsabilità dello Stato, la sentenza *Köbler* riprende la trattazione delle condizioni della responsabilità medesima³⁹, che, anche alla luce della precedente giurisprudenza sopra citata, si ribadisce che attengono a che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

Per quanto riguarda più in particolare la seconda di queste condizioni e la sua applicazione al fine di stabilire un'eventuale responsabilità dello Stato, occorre tener conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto.

I giudici di Lussemburgo, pertanto, hanno statuito che la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione cagionata da un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice interno abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente ovvero, in ogni caso, allorché la decisione di cui trattasi sia intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte nella materia⁴⁰.

Ed al fine di determinare se questa seconda condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale, a cui è rimessa tale valutazione in quanto investito di una domanda di risarcimento dei danni, dovrà tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato, tra i quali, in particolare, la Corte segnala il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo comma, T.F.U.E.⁴¹.

Nonostante le resistenze di alcuni Stati, in particolare del Regno Unito, la Corte ha concluso la propria costruzione affermando, come già *supra* anticipato, che spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative al detto risarcimento del danno.

4. Le implicazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'ordinamento italiano: la responsabilità civile dei magistrati.

³⁹ Come si vedrà meglio *infra*, nel caso di specie della sentenza *Köbler*, la Corte, pur precisando che l'applicazione dei criteri che consentono di stabilire la responsabilità degli Stati membri per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione deve essere operata dai giudici nazionali, ha ritenuto opportuno – disponendo di tutti i relativi elementi – stabilire se siano soddisfatte le condizioni per la contestazione della responsabilità medesima alla Repubblica austriaca. Come noto, la Corte conclude il suo *iter* logico-argomentativo, escludendo la responsabilità per carenza della seconda condizione, ossia non considerando la violazione commessa dal *Verwaltungsgerichtshof* come manifesta. E' da notare che, singolarmente, la Corte non si sofferma affatto, nella fattispecie, sull'altro requisito della gravità della violazione: sul punto, cfr. R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, op. cit., secondo cui "è probabile che ciò sia dovuto all'intenzione della Corte di evitare che l'esigenza relativa alla gravità della violazione venga interpretata come un'esigenza attinente alla natura della norma di diritto violata".

⁴⁰ *Köbler*, sopra citata, punti 53-56.

⁴¹ Si noti come, nell'elencazione degli indici di cui al punto 55 della sentenza *Köbler*, sopra citata, non compare "l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali" di cui al punto 56 della sentenza *Brasserie*, sopra citata. Secondo G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., 373, non sembra eccessivo applicare tale principio anche al giudice nazionale di ultima istanza, nell'ipotesi in cui non disponga di alcuna discrezionalità quanto al rinvio pregiudiziale e sia quindi obbligato ad effettuarlo. Ed infatti, in tale caso la posizione del giudice interno di ultimo grado sembra paragonabile a quella degli organi legislativi e amministrativo di uno Stato membro che non sono chiamati ad effettuare scelte normative, in quanto si trovano di fronte ad una competenza vincolata.

L'impianto sopra illustrato e costruito nel corso degli anni dai giudici di Lussemburgo è stato oggetto di attenzione da parte della Suprema Corte di Cassazione, che ha adottato una linea interpretativa non certamente appiattita sul dettato della Corte di Giustizia.

Ad un primo atteggiamento di chiusura⁴² a cui ha fatto seguito una successiva apertura⁴³ nel senso di un possibile inquadramento della responsabilità dello Stato nella prospettiva dell'art. 2043 c.c.⁴⁴, sembra registrarsi di recente un ritorno sulle iniziali posizioni⁴⁵, affermando una responsabilità di natura indennitaria dello Stato inadempiente, con prescrizione decennale, fondata sulla convinzione che il diritto dell'Unione non può che imporre agli Stati membri un mero risultato, essendo la qualificazione della posizione giuridica soggettiva dei singoli un compito esclusivo dell'ordinamento nazionale.

E ciò nonostante il presupposto che lo Stato abbia violato un preciso obbligo che trova il suo fondamento in chiare disposizioni dei Trattati, nonché nell'art. 11 della Carta Costituzionale⁴⁶.

L'analisi delle ricadute nell'ordinamento nazionale italiano della giurisprudenza dell'Unione sulla responsabilità aquiliana degli Stati membri non può, inoltre, prescindere dal prendere in considerazione la legge 13 aprile 1988, n. 117⁴⁷, riguardante il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e la responsabilità civile dei magistrati⁴⁸.

⁴² Cass., 11-10-1995, n. 10617, in *Foro it.*, 1996, I, 503, secondo cui, di fronte all'attività o inattività del legislatore non si può parlare di responsabilità da illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., né si può configurare un diritto del singolo al risarcimento del danno per mancata attuazione di una direttiva, ma solo un diritto ad essere indennizzati delle diminuzioni patrimoniali subite in conseguenza dell'esercizio di un potere non sindacabile dalla giurisdizione.

⁴³ Un'apertura, dettata soprattutto dall'esigenza di sintonia tra i principi dell'Unione europea e quelli di diritto interno, si è avuta in Cass., 11-6-1998, n. 5846, in *Foro it.*, 1998, I, 2790, secondo cui la fattispecie è riconducibile al dettato dell'art. 2043 c.c. e che il credito dei lavoratori ha natura risarcitoria, trovando origine diretta ed immediata nella responsabilità dello Stato per inadempimento. In senso conforme a tale principio, cfr. anche Cass., 9-4-2001, n. 5249, in *Foro it.*, 2002, I, 2663; Cass., 16-5-2003, n. 7630, in *Foro it.*, 2003, I, 2015. Di recente, si segnala Cass., SS.UU., 17-4-2009, n. 9147.

⁴⁴ Per comodità e completezza, si riporta di seguito espressamente il dettato del vigente art. 2043 c.c.: "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

⁴⁵ Cass., 1-4-2003, n. 4915, in *Foro it.*, 2003, I, 2015, secondo cui "deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo – che è libero nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale -, e che possa comunque qualificarsi in termini di illecito da imputare allo Stato-persona, ai sensi dell'art. 2043 c.c., una determinata conformazione dello Stato-ordinamento".

⁴⁶ A ciò si aggiunga la giurisprudenza in tema di risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi, inaugurata da Cass., SS.UU., 22-7-1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, che ha segnato una svolta storica e che certamente chiude il cerchio sulle possibilità per il giudice di affermare la responsabilità dello Stato legislatore per atti normativi. Per chiarimenti, cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, op. cit., 377.

⁴⁷ In G.U. n. 88 del 15-4-1988.

⁴⁸ Non è qui la sede per affrontare l'ulteriore tema della responsabilità disciplinare dei magistrati. Basti solo ricordare che con la legge n. 150/2005 ed il relativo d.lgs. n. 109/2006, corretto poi dalla legge n. 269/2006, si è inciso complessivamente sulla definizione della natura della responsabilità disciplinare, sui presupposti di essa, nonché su rilevanti aspetti procedurali. In particolare, costituiscono due importanti elementi di novità della suddetta riforma del 2005, da un lato, l'introduzione del principio di obbligatorietà dell'azione del Procuratore generale della Cassazione e, dall'altro, la predeterminazione degli illeciti disciplinari. Per approfondimenti, sul tema, cfr. F. BIONDI, *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2012, 1; N. ZANON – F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Torino, 2011, 204; D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011, 84; M. PATRONO, *Eterogenesi dei fini? Se non si pone un rimedio, la (nuova) normativa degli illeciti disciplinari dei magistrati sembra destinata al fallimento*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia* (a cura di S. Bartole, A. Pace, R. Romboli), Napoli, 2010, 37; E.M. CESQUI, *Gli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni*, in *La responsabilità dei magistrati* (a cura di M. Volpi), Napoli, 2008, 69; F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006, 236.

Tale legge, per le ragioni che si vedranno più ampiamente *infra*, è stata dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione, con due sentenze della Corte di Giustizia, la prima avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E.⁴⁹ e la seconda avente ad oggetto un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 258 T.F.U.E.⁵⁰.

La legge italiana sulla responsabilità dei magistrati⁵¹ è stata censurata a Lussemburgo con riguardo principalmente al suo art. 2⁵², dal momento che la valutazione dei fatti e delle prove nonché l'interpretazione delle norme di diritto sarebbero inerenti all'attività giurisdizionale e, quindi, l'esclusione, in tali casi, della responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito dell'esercizio di tale attività equivarrebbe, in pratica, ad esonerare quest'ultimo da ogni responsabilità per violazioni del diritto dell'Unione imputabili al potere giudiziario⁵³.

Come visto *supra*, infatti, tanto nella sentenza *Brasserie* quanto in quella *Köbler*, la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione è svincolata dal requisito soggettivo della colpa, essendo ancorata a criteri meramente oggettivi.

Peraltro, secondo la Corte, la limitazione di detta responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice (come stabilito dalla legge italiana n. 117/1988) sarebbe tale da condurre ad un'esenzione di fatto da ogni responsabilità dello Stato, anche atteso che la nozione stessa di "colpa grave" non sarebbe lasciata alla libera valutazione del giudice chiamato a statuire su un'eventuale domanda di risarcimento dei danni causati da una decisione giurisdizionale, ma sarebbe

⁴⁹ *Traghetti del Mediterraneo*, sopra citata.

⁵⁰ E' la sentenza *Commissione / Italia* del 24-11-2011, sopra citata. Per comodità e completezza, si riporta il testo dell'art. 258 T.F.U.E. (già art. 226 T.C.E.): "La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia". Il successivo art. 260 T.F.U.E. (già art. 228 T.C.E.) stabilisce gli effetti della pronuncia dichiarativa della Corte di Giustizia resa all'esito di una procedura di infrazione *ex art. 258 T.F.U.E.*, che può comprendere anche una sanzione pecuniaria proposta dalla Commissione e disposta dalla Corte di Giustizia all'esito, quindi, di una seconda condanna per il medesimo inadempimento.

⁵¹ Sul tema della responsabilità civile dei magistrati, cfr. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Atti del seminario 209, Napoli, 2010; V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. privato*, 2006, 347.

⁵² Per comodità e completezza, l'art. 2 della legge n. 117/1988 recita espressamente "1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale, 2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove. 3. Costituiscono colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione". L'art. 3, primo comma, della legge n. 117/1988 statuisce testualmente che "costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria. Se il termine non è previsto, debbono in ogni caso decorrere inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento".

⁵³ *Traghetti del Mediterraneo*, sopra citata, punto 25.

rigorosamente delimitata dal legislatore nazionale, che enumererebbe preliminarmente – ed in modo tassativo – le ipotesi di colpa grave⁵⁴.

Ferma restando, beninteso, l'esigenza di realizzare un giusto equilibrio tra la necessità di preservare l'indipendenza del potere giudiziario e gli imperativi della certezza del diritto da un lato e l'effettività della tutela dei singoli per violazione del diritto dell'Unione dall'altro, la Corte di Giustizia ha preso atto della restrittiva lettura fornita dalla Suprema Corte di Cassazione circa le nozioni di "colpa grave" e "negligenza inescusabile" contenute nella legge n. 117/1988, che non appaiono essere state interpretate nel senso di identificarle ai casi di una violazione sufficientemente caratterizzata e manifesta del diritto vigente dell'Unione⁵⁵, come richiesto dalle istituzioni europee.

Pertanto, se non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri relativi alla natura o al grado della violazione, tali criteri non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del vigente diritto dell'Unione⁵⁶.

Alla luce di ciò, sembra pacifico che il diritto dell'Unione osta alla legislazione di uno Stato membro che limiti la sussistenza della responsabilità in parola ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione vada ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato

⁵⁴ *Traghetti del Mediterraneo*, sopra citata, punto 26. Non è un caso che, per il modo in cui è stata formulata e per come è stata interpretata dalla stessa magistratura, la legge n. 117/1988 non ha quasi mai trovato applicazione. Tra i pochissimi casi, si può ricordare il caso di un pubblico ministero che aveva disposto la perquisizione nello studio legale di un avvocato, senza darne comunicazione al Presidente del Consiglio dell'ordine forense, ex art. 103 c.p.p. (Cass., 30-7-1999, n. 8260, in *Foro it.*, 2000, I, 2671), conclusosi con l'accoglimento della domanda di risarcimento. Per un altro caso, che non ha visto l'accoglimento della domanda, cfr. Trib. Brescia, 29-4-1998, in *Danno e resp.*, 1998, 1020.

⁵⁵ Nella sentenza *Commissione / Italia* del 24-11-2011, sopra citata, punto 16, la Corte di giustizia, facendo proprie le tesi sostenute dalla Commissione, ha rilevato come la Suprema Corte di Cassazione abbia interpretato la nozione di "colpa grave" in termini estremamente restrittivi, il che, in contrasto con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia medesima, determina una limitazione della responsabilità dello Stato italiano in generale. Al riguardo, viene richiamata Cass., 5-7-2007, n. 15227, secondo cui, ai fini della risarcibilità del danno cagionato dal magistrato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie la responsabilità prevista dalla Legge n. 117/1988, è incentrata sulla colpa grave del magistrato stesso tipizzata secondo ipotesi specifiche ricomprese nella legge citata, all'art. 2, le quali sono tutte riconducibili al comune fattore della negligenza inescusabile, che implica un *quid pluris* rispetto alla colpa grave di cui all'art. 2236 c.c. (in senso analogo, cfr. anche Cass., 6-12-2006, n. 26060; Cass., 27-11-2006, n. 25113; Cass., 2-3-2006, n. 4642; Cass., 29.11.2002, n. 16935; Cass., 6-10-2000, n. 13339; Cass., 26-7-1994, n. 6950). Di tenore ancora più forte e contrario all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, cfr. Cass., 18-3-2008, n. 7272, secondo cui espressamente "i presupposti della responsabilità dello Stato per grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile nell'esercizio di funzioni giudiziarie, ai sensi dell'art. 2 comma 3 lett. a) della L. n. 117/88, devono ritenersi sussistenti allorquando nel corso dell'attività giurisdizionale, spesso caratterizzata da opzioni tra più interpretazioni possibili di una norma di diritto, si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura d'essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero". Ancora può segnalarsi Cass., 16-11-2006, n. 24387, secondo cui, in tema di responsabilità civile dei magistrati, l'inexcusabile negligenza si concretizza non nell'errore in cui sia incorso il giudice nel valutare il materiale probatorio a sua disposizione, bensì solo nel fatto che il giudice abbia posto a fondamento del suo giudizio elementi del tutto avulsi da contesto probatorio di riferimento, posto che il concetto di negligenza inexcusabile postula la sussistenza di un *quid pluris*, rispetto alla colpa grave disciplinata da codice civile. Anche, di recente, riprendendo pedissequamente la legge n. 117/1988 e non sembrando minimamente fare eco alla sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, sopra citata, Cass., 5-5-2011, n. 9910, ribadisce che, nel giudizio per l'affermazione della responsabilità civile dei magistrati, fatto costitutivo è il singolo comportamento, atto o provvedimento (o diniego di giustizia) posto in essere dal magistrato, con dolo o colpa grave, nell'esercizio delle sue funzioni.

⁵⁶ *Commissione / Italia* del 24-11-2011, sopra citata, punto 42, che a sua volta richiama *Traghetti del Mediterraneo*, sopra citata, punto 44, e *Köbler*, sopra citata, punti 53-56.

membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente.

Ma la Corte di Giustizia va oltre e travolge anche il secondo comma dell'art. 2 della Legge n. 117/1988, laddove la legislazione nazionale esclude, in maniera generale ed a prescindere dal requisito psicologico del dolo o della colpa grave, la responsabilità di uno Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale.

Orbene, tanto l'attività di interpretazione delle norme di diritto quanto quella inerente alla valutazione dei fatti e delle prove rientrano nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale, atteso che il giudice, posto di fronte a tesi antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme interne e/o dell'Unione, al fine di decidere la controversia sottoposta alla sua attenzione, che dipenderà peraltro anche dalla normale valutazione che egli avrà compiuto sui fatti di causa così come sul valore e sulla pertinenza dei mezzi di prova allegati a tal fine dalle parti.

Dato per assodato ciò, ossia che l'attività ermeneutica e quella valutativa di fatti e prove rappresentano il nucleo caratteristico della funzione giurisdizionale, segue il naturale corollario – secondo il ragionamento dei giudici di Lussemburgo – che escludere, in tali casi, ogni possibilità di sussistenza della responsabilità dello Stato equivarrebbe a privare di effetto utile il principio sancito nella sentenza *Köbler*⁵⁷.

Alla luce di quanto finora illustrato, in buona sostanza per i giudici del Lussemburgo, lo Stato membro resta responsabile per la violazione del diritto dell'Unione commessa da un organo giurisdizionale di ultima istanza, nei limiti e alle condizioni sopra precisate, a nulla rilevando se e come quello Stato membro abbia regolamentato internamente la responsabilità dei giudici.

Prima di passare ad individuare qualche riflessione conclusiva, non si può prescindere dal fare un seppur rapido richiamo alle ormai ben note pronunce nn. 102 e 103 del 2008 con cui la Corte Costituzionale ha, per la prima volta, utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 T.F.U.E., compiendo così quel passo che le ha fatto varcare la soglia della Corte di Giustizia.

Queste decisioni hanno rappresentato in buona sostanza l'abbandono, da parte della Consulta, di quella posizione di rigida chiusura nei confronti della possibilità di considerarsi organo legittimato a richiedere direttamente l'intervento pregiudiziale dei giudici di Lussemburgo che aveva finora rappresentato il principale ostacolo alla possibilità di instaurare un dialogo diretto con il supremo giudice dell'Unione europea⁵⁸, laddove la Corte Costituzionale ha invece di recente

⁵⁷ *Commissione / Italia* del 24-11-2011, sopra citata, punto 37, che a sua volta richiama *Traghetti del Mediterraneo*, sopra citata, punti 36 e 40. E' singolare notare come sul piano interno Cass., 31-5-2006, n. 13000, coeva a *Traghetti del Mediterraneo*, sopra citata, si pone in termini diametralmente opposti a quest'ultima, ribadendo in sostanza la clausola di esclusione della responsabilità, affermando appunto che si "esclude possa dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto, ovvero di valutazione del fatto e della prova".

⁵⁸ La Consulta aveva, infatti, a più riprese affermato – forse con l'unica eccezione rappresentata dalla sentenza n. 168 del 1991 – di non essere tenuta ad utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E., poiché essa, esercitando "essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni (...) non poteva essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali" (cfr. ordinanza n. 536 del 1995, la quale cita, a sua volta, la sentenza n. 13 del 1960).

espressamente affermato che essa “*pur nella sua peculiare posizione di organo di giustizia costituzionale, ha natura di giudice, e in particolare di giudice di ultima istanza*”⁵⁹.

Con una motivazione dalla matrice, per così dire, puramente comunitaria⁶⁰, la Corte costituzionale italiana, dopo il *Verfassungsgerichtshof* austriaco e la *Cour constitutionnelle* belga, è entrata a far parte di quelle giurisdizioni costituzionali nazionali che utilizzano il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di cui all’art. 267 T.F.U.E.⁶¹.

Un tale orientamento derivante dalla decisione di rivolgersi direttamente al supremo giudice dell’Unione, se da una parte ha contribuito a rompere quell’isolamento che la Corte costituzionale si era auto-inflitta rispetto alle questioni del diritto comunitario, dall’altra – sebbene nella consapevolezza della necessità di calibrare bene un tale rimedio che potrebbe correre il rischio di esporre la Consulta a soggiacere in modo troppo diretto all’obbligo del rinvio pregiudiziale – ha segnato comunque un passo fondamentale nella costruzione di un’ulteriore forma di collaborazione tra le Corti nel quadro del sistema giurisdizionale europeo.

5. Conclusione.

La ricostruzione sopra seppur rapidamente effettuata, lungi dal voler avere obiettivi di completezza e di esaustività, porta a stendere alcune riflessioni conclusive, pur nella consapevolezza di trovarsi di fronte ad una materia certamente non esente da ulteriori approfondimenti e trasformazioni.

In primo luogo, non si può tacere che la recente sentenza della Corte di Giustizia del 24 novembre 2011, *Commissione / Italia*, ha avuto e continuerà ad avere un impatto alquanto dirompente sul piano interno, soprattutto se si va a considerare il comportamento che sarà chiamato ad assumere il giudice nazionale chiamato a delibare una richiesta di risarcimento dei danni per responsabilità aquiliana derivante dalla violazione del diritto dell’Unione da parte della Suprema

⁵⁹ Cfr. Corte Costituzionale, pronunce nn. 102 e 103 del 2008. Si noti che la questione sollevata dalla Corte Costituzionale con l’ordinanza n. 103 del 2008 è risultata fondata dalla Corte di Giustizia.

⁶⁰ Ad ulteriore sostegno delle conclusioni di cui alle pronunce nn. 102 e 103 del 2008, la Consulta ha affermato che il suo eventuale rifiuto di effettuare il rinvio “*comporterebbe un’inaccettabile lesione del generale interesse all’uniforme applicazione del diritto comunitario*”, ossia all’interesse dell’Unione europea. Si può notare come, a prescindere dalla condivisione o meno di una tale impostazione, l’ottica comunitaria o forse anche la “sensibilità europea” compenetra tanto la riflessione della Corte che essa si pronuncia come un giudice pienamente calato all’interno di un più ampio sistema giurisdizionale ed opera per la prima volta in prima volta (operando il rinvio alla Corte di Lussemburgo *ex art. 267 T.F.U.E.*).

⁶¹ Beninteso, la legittimazione della Corte costituzionale a sollevare la questione pregiudiziale non è assoluta, ma è legata all’esercizio di una specifica competenza, quella, cioè, di controllo delle leggi in via d’azione, non essendovi, in questo caso, un giudice comun cui la Corte possa delegare l’onere di provvedere al rinvio pregiudiziale. L’apertura operata con l’ordinanza n. 103 del 2008, pur essendo per ora limitata al caso del giudizio in via principale, porta a chiedersi se, in presenza di circostanze particolari, sia possibile o meno ammettere che il rinvio pregiudiziale possa essere disposto dalla Corte Costituzionale anche nell’ambito di un giudizio in via incidentale, in deroga a quella impostazione secondo cui a sollevare la questione dinanzi alla Corte di Giustizia sia il giudice comune. Le particolari circostanze a cui si accennava poc’anzi potrebbero essere rappresentata anche dalla presunta esistenza di un controlimite che si ponga in conflitto con il diritto dell’Unione: in tal caso, senza voler escludere la facoltà del giudice comune di poter adire la Corte di Giustizia per la risoluzione dell’ipotetico contrasto tra il diritto dell’Unione e le norme nazionali espressive di principi fondamentali, si potrebbe ritenere più opportuno che, trattandosi di contro limiti, fosse la stessa Consulta a pronunciarsi, e cioè fosse tale organo costituzionale a rappresentare alla Corte di Lussemburgo le ragioni interne che legittimerebbero la presenza di un eventuale *vulnus* alla uniforme applicazione del diritto dell’Unione nel territorio europeo, nell’ottica di un sempre maggiore ampliamento del processo di integrazione tra ordinamenti degli Stati membri e ordinamento dell’Unione, proprio con preminente riferimento al problema dei valori.

Corte di Cassazione, per non aver questa – ad esempio – adempiuto all'obbligo, vigente nell'ordinamento italiano, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia stabilito dall'art. 267 T.F.U.E. .

In tal caso, stante il chiaro dettato della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, tale giudice sarà tenuto a disapplicare le norme della Legge n. 117/1988 ormai chiaramente considerate incompatibili con il diritto dell'Unione e quindi liquidare i danni patrimoniali e non patrimoniali in favore del singolo leso dall'organo giurisdizionale di ultimo grado senza che sia raggiunta la prova circa il dolo o la colpa grave dell'organo giurisdizionale ovvero anche se la sua istanza riguardi casi relativi all'attività di interpretazione delle norme e di valutazione dei fatti.

Se, però, sul piano teorico una tale soluzione ermeneutica potrebbe apparire quella immediatamente accettabile e coerente (anche se meno rigorosa e definitiva stante la non vincolatività nel nostro sistema dei precedenti giudiziari), su quello pratico non sono pochi i dubbi circa la sua effettiva portata, atteso che, malgrado la chiarezza delle conclusioni della sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, non risulta che si sia verificata alcuna disapplicazione nella giurisprudenza italiana.

Non v'è chi non veda nella recente sentenza *Commissione / Italia* una ferma risposta (forse scontata, ma sicuramente netta) della Commissione europea al perdurare di un indirizzo restrittivo della Suprema Corte di Cassazione, laddove la "colpa grave" è stata considerata a Lussemburgo come una condizione molto più rigorosa di quella derivante dalla "violazione manifesta del diritto vigente".

La risposta italiana a questa condanna da parte delle istituzioni dell'Unione, pertanto, non potrà che essere più complessa e, presumibilmente, dovrebbe riguardare una vera e propria modifica, per via parlamentare, dell'intero impianto normativo della Legge n. 117/1988⁶², abrogando in buona sostanza i limiti soggettivi e le clausole di esclusione della responsabilità ivi contenute e ripensando l'istituto in argomento nell'alveo del quadro costituzione di riferimento, muovendo in particolare dall'art. 28 Cost.⁶³.

Una tale soluzione, che sarebbe certamente più apprezzata a livello europeo, richiede l'intensificarsi di un dibattito già avviato in Dottrina da qualche tempo, in ordine al contemperamento dell'interesse alla effettiva tutela del singolo leso sulla base delle condizioni articolate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con i principi della cosa definitivamente giudicata e della indipendenza ed autonomia della magistratura.

C'è, infatti, chi ha manifestato una certa rigidità di fronte alla prospettiva di una modifica della Legge n. 117/1988, già frutto di delicati equilibri, ed è apparso più propenso ad accettare la sussistenza di un doppio registro di tutela che farebbe emergere maggiormente i diritti dei singoli di origine europea rispetto a quelli di origine nazionale, a cui non è tuttora riconosciuta una tutela risarcitoria nei confronti della responsabilità dell'organo giurisdizionale di ultima istanza.

⁶² Già all'indomani della sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, sopra citata, c'è stato chi in Dottrina ha affermato che la Legge n. 117/1988 era in crisi, poiché non sarebbe ragionevole, nel concedere o meno il risarcimento, distinguere tra danni provocati da decisioni emesse da organi giurisdizionali di ultimo grado e danni provocati da pronunce di organi giurisdizionali di grado inferiore, né, soprattutto, trattare differentemente l'interpretazione del diritto dell'Unione rispetto all'interpretazione del diritto interno, cui continuerebbero ad applicarsi le disposizioni limitative della responsabilità. In tal senso, cfr. F. BIONDI, *Dalla Corte di Giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 839-842.

⁶³ In senso conforme, cfr. anche F. BIONDI, *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, op. cit. .

Una tale deriva, se da un canto potrebbe avere il pregio di tenere più basso il livello di un già acceso e quanto mai attuale dibattito sulla responsabilità dei magistrati⁶⁴, dall'altro rischierebbe di condurre ad un'inflazione del contenzioso innanzi alla Corte di Giustizia che si vedrebbe così investita di tutte le questioni di rinvio pregiudiziale da parte dei magistrati nazionali che, seppur al costo di un ridimensionamento della loro funzione giurisdizionale⁶⁵, sarebbero maggiormente incentivati ad adire i colleghi di Lussemburgo al fine di evitare di incorrere in possibili responsabilità e conseguenti condanne risarcitorie per violazione del diritto dell'Unione.

Certamente l'Italia dovrà dare un riscontro all'Europa.

Un'inerzia al riguardo⁶⁶, oltre a far esporre il nostro Paese all'eventualità di una doppia condanna ai sensi dell'art. 260 T.F.U.E., potrebbe innescare un pericoloso meccanismo di discriminazione tra cittadini di diversi Stati membri che vengono a trovarsi in una situazione analoga perché lesi dalla non corretta applicazione del diritto.

Con il possibile rischio di finire per arrivare dinanzi alla Corte Costituzionale o addirittura innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁶⁴ Da ultimo è da segnalare la recentissima proposta emendativa n. 30.052, presentata dal deputato Gianluca Pini ed approvata alla seduta n. 580 del 2-2-2012 della Camera dei Deputati, riferita al C-4623-A e pubblicata nell'allegato A del 2-2-2012, riguardante una proposta modificativa della Legge n. 117/1988, nel senso di modificare l'art. 2 nel seguente modo, testualmente: "a) il comma 1 è sostituito dal seguente: <<1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato *in violazione manifesta* o con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato e contro il soggetto riconosciuto colpevole per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale. *Costituisce dolo il carattere intenzionale della violazione del diritto.*>>; b) il comma 2 è sostituito dal seguente: <<2. *Salvo i casi previsti dai commi 3 e 3-bis nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di valutazione del fatto e delle prove.*>>; c) dopo il comma 3, è inserito il seguente: <<3-bis. *Ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste una violazione manifesta del diritto ai sensi del comma 1, deve essere valutato se il giudice abbia tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato con particolare riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto. In caso di violazione del diritto dell'Unione europea, si deve tener conto se il giudice abbia ignorato la posizione adottata eventualmente da un'istituzione dell'Unione europea, non abbia osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché se abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*>> (il corsivo è di chi scrive e sta ad indicare le proposte di modifica alla Legge n. 117 del 1988).

⁶⁵ E' evidente che, con il meccanismo della disapplicazione, il giudice nazionale mantiene giurisdizione, ma al contempo si espone a maggiori responsabilità.

⁶⁶ C'è anche chi ha ipotizzato di mantenere la L. n. 117/1988 ed affiancarle una responsabilità oggettiva dello Stato per i danni causati dai provvedimenti c.d. abnormi, sulla falsariga di ciò che viene previsto in Francia e Spagna in caso di "funzionamento anomalo della giustizia": cfr. N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. privato*, 2006, 305-306. Una tale soluzione, ben lungi dal trovare un approdo analogo a quello della Legge n. 89/2001, c.d. Legge Pinto (che ha prodotto molto contenzioso ed è molto onerosa per lo Stato), renderà necessario definire i casi di responsabilità con grande attenzione. Giova, *in limine*, richiamare l'attenzione anche sulla possibilità di prevedere forme di responsabilità personale dei magistrati ovvero sull'opportunità di mantenere il giudizio di ammissibilità della domanda; in tal senso, anche alcuni pdl presentati nel corso della XVI legislatura alla Camera dei Deputati, nonché il DDL costituzionale C-4275.