

**ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E RESPONSABILITÀ PER
VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA**

REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA

(Maggio 2013)

Dott. Marco MACCHIA

INDICE

- 1. DUE RIMEDI AVVERSO LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO: JUDICIAL REVIEW E ADMINISTRATIVE LIABILITY**
- 2. IL CARATTERE SPECIALE DI QUESTA AZIONE DI RESPONSABILITÀ**
- 3. IL RAPPORTO CON L'INVALIDITÀ AMMINISTRATIVA**
- 4. LA COMPLETEZZA DELLE TECNICHE DI PROTEZIONE DEI DIRITTI EUROPEI**

1. DUE RIMEDI AVVERSO LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO: JUDICIAL REVIEW E ADMINISTRATIVE LIABILITY

Nel diritto amministrativo degli ordinamenti giuridici europei, l'*enforcement* del principio di legalità si ottiene generalmente mediante due strumenti, che sono, da un lato, la *judicial review* e, dall'altro, la *administrative liability*¹. Entrambi presentano specifiche peculiarità nel caso di violazione di norme dell'Unione europea.

Soffermandosi unicamente sulla *liability*, connessa alla violazione di diritti riconosciuti dall'Unione europea, ciò che rileva è l'illecito dello Stato membro, per mancato, ritardato o inadeguato recepimento di una direttiva o per emanazione di una normativa incompatibile con il diritto europeo o ancora per violazione dello stesso da parte di una pubblica amministrazione o del giudice nazionale². La responsabilità per violazione del diritto dell'Unione, affermata dalla Corte di giustizia a partire dalla nota pronuncia *Francovich*, sotto questo profilo integra una particolare figura di responsabilità, basata sull'obbligo, incombente su ogni Stato membro, di dare pieno e corretto adempimento al diritto europeo³.

¹ Per una rapida panoramica dei sistemi amministrativi dei paesi occidentali si v. R. SEERDEN (ed.), *Administrative Law of the European Union, its Member States, and the United States. A Comparative Analysis*, II ed., Antwerpen-Oxford, 2007, 77.

² C. HARLOW, *Francovich and the problem of the Disobedient State*, in *European Law Journal*, 1996, 209, in cui si evidenziano le funzioni dell'illecito dello Stato. Per un verso, la Corte di giustizia ha impiegato lo strumento della responsabilità civile per scoraggiare gli Stati membri ad eludere il diritto dell'Unione europea in funzione di *deterrence*; per l'altro, per garantire la tutela dei singoli in funzione di *compensation* del danneggiato.

³ L'inquadramento della disciplina della responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto dell'Unione ha un'origine giurisprudenziale. La sentenza che ha aperto tale strada è Corte giust., 19 novembre 1991, in cause C-

Si tratta di una forma di responsabilità istituzionale derivante dagli obblighi attribuiti dall'ordinamento europeo alle istituzioni nazionali. Proprio per la sua funzione di rimedio risarcitorio, piegato all'obiettivo di garantire il pieno rispetto della legalità europea, esso presenta profili di particolare interesse. Qualora lo Stato venga meno ad un obbligo ad esso incombente, può essere soggetto alla procedura di infrazione e alla relativa condanna da parte della Corte di giustizia, ma non solo. Si ritiene, infatti, che «se fosse escluso che i singoli potessero ottenere, a talune condizioni, il risarcimento dei danni loro arrecati da una violazione del diritto comunitario», verrebbe posta in dubbio «la piena efficacia delle norme comunitarie che conferiscono simili diritti»⁴.

6/90 e 9/90, *Francovich c. Repubblica italiana*, in cui si riconosce la responsabilità del legislatore per l'omessa trasposizione di una direttiva le cui disposizioni non erano dotate di efficacia diretta. Nella successiva sentenza *Id.*, 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur c. Germania, The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame e a.*, estendendo i confini del principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo, la Corte ha affermato che tale responsabilità non trova applicazione solo quando l'inadempimento consista nel mancato recepimento di una direttiva, bensì anche qualora lo Stato emani o mantenga in vigore una disciplina incompatibile con una norma dell'Unione che riconosce diritti ai singoli, sebbene non immediatamente esecutiva.

In dottrina, R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1169; *Id.*, *Governmental Liability After Francovich*, in *Cambridge Law Journal*, 1993, 272 ss. Sulla natura composita del regime di responsabilità, A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno resp.*, 2001, 223 ss.; R. BIFULCO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea*, in *Digesto*, 2010. In particolare, sull'azione amministrativa come fonte della responsabilità per violazione del diritto dell'Unione, M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 533. Si vedano anche: M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, 155; M. ZAMBELLI, C. ZAMBELLI, *La responsabilità extracontrattuale dello stato nell'implementazione del diritto europeo: il contesto comunitario e l'esperienza inglese*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 857.

⁴ Corte giust., 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler c. Repubblica austriaca*; in queste sono contenuti cospicui richiami di giurisprudenza. Inoltre, si considerino le sentenze della *Id.*, 4 luglio 2000, in causa C-424/97, *Haim*; nonché *Id.*, 24 marzo 2009, in causa C-445/06, *Danske Slagterier*. Sulla violazione del diritto europeo come sufficientemente caratterizzata, *Id.*, 18 gennaio 2001, in causa C-150/99, *Stokholm Lindopark c. Svezia*. Sugli

È un tema che può essere affrontato da diverse prospettive, il punto di vista prescelto è quello del rapporto con l'attività amministrativa invalida, che, oltre a infrangere norme dell'Unione europea, è allo stesso tempo fonte dell'illecito⁵. I profili più interessanti di tale tipologia di responsabilità sono principalmente due. Su questi si concentrerà la breve indagine, tralasciando gli aspetti più noti che riguardano la responsabilità per violazione del diritto europeo in generale. Essi sono la *specialità* di detto rimedio risarcitorio e il rapporto con l'*invalidità* dell'attività amministrativa.

Merita porre in evidenza che, quando la tutela non sfocia in rimedi soddisfattivi in forma specifica, devono comunque essere salvaguardate le situazioni giuridiche soggettive di vantaggio che i privati traggono dall'ordinamento europeo. L'azione di responsabilità dello Stato per i danni causati da violazioni del diritto europeo, per fatto della pubblica

sviluppi della giurisprudenza italiana a seguito di azioni esperite per violazione del diritto dell'Unione, M.G. PIZZORNI, *La recente evoluzione della giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *Il dir. dell'UE*, 2010, 149 ss.

È quanto recentemente accaduto all'Italia con riferimento alla responsabilità per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, qualora la violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dal giudice medesimo, in Corte giust., 24 novembre 2011, in causa C-379/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*.

⁵ La responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo, da parte di una pubblica amministrazione, si è avuta, per la prima volta, in Corte giust., 23 maggio 1996, in causa C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland)*. La controversia riguardava un mancato provvedimento di autorizzazione per l'esportazione di animali da macello in Spagna. Il ministero dell'agricoltura del Regno Unito aveva violato le norme europee che vietano le restrizioni quantitative all'esportazione, poiché aveva negato la relativa licenza alla società Hedley Lomas, pur non avendo il potere di assumere una scelta discrezionale in merito. La Corte ha condannato lo Stato a ristorare il danno cagionato, mettendo in evidenza, in particolare, come l'autorità pubblica disponeva nel caso di specie di un potere discrezionale molto ridotto. Una vicenda analoga si riscontra in Id., 2 aprile 1998, in causa C-127/95, *Norbrook Laboratories Ltd c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, relativa all'autorizzazione al commercio di farmaci: quando l'ente pubblico è vincolato dai parametri europei, l'infrazione delle norme dell'Unione costituisce una violazione grave e manifesta.

amministrazione, rappresenta allora «un correttivo alla scarsa tutela assicurata ai singoli dalle altre procedure di garanzia, ed in particolare dall'azione di annullamento»⁶. Anticipando in parte le conclusioni cui si perverrà, si dirà subito che la peculiarità è data dal fatto che il giudizio di responsabilità non è aggiuntivo alla tutela demolitoria, ma interviene in via *quasi sostitutiva*, nei casi in cui quest'ultima non sia più utilmente esperibile⁷.

⁶ Come messo in evidenza in M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit., 533. Sulla disciplina dell'esercizio dell'azione di responsabilità per violazione del diritto europeo con riferimento ad atti amministrativi posti in essere in esecuzione di una legge contraria al diritto dell'Unione e sulla differenza con la responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore per atti amministrativi adottati in base ad una legge incostituzionale, Corte giust., 26 gennaio 2010, in causa C-118/08, *Transportes Urbanos*, commentata da F. CORTESE, *Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1304 ss.

⁷ Il tema dei rapporti tra tutela annullatoria (tradizionale) e tutela risarcitoria a fronte dell'azione amministrativa illegittima è di grande attualità nel dibattito scientifico italiano. Anche nel recente codice del processo amministrativo (Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104), ai sensi dell'art. 34 il giudice, in caso di accoglimento del ricorso, può disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato. Oltre a ciò, si prevede che la pronuncia di annullamento non è adottabile quando l'eliminazione dell'atto non è utile ai fini del conseguimento del bene della vita da parte del ricorrente. Il giudice è dunque autorizzato a limitarsi all'accertamento dell'illegittimità per consentire il ristoro del danno; parallelamente si inibisce l'annullamento di atti che hanno esaurito i loro effetti e si consente di convertire un'azione di annullamento in un'azione di accertamento. Secondo questa logica la sanzione dell'annullamento non è più indefettibile, poiché è solo una delle sanzioni dell'illegittimità.

2. IL CARATTERE SPECIALE DI QUESTA AZIONE DI RESPONSABILITÀ

Iniziando dal primo profilo, diversi sono appunto i caratteri di *specialità* di tale azione di responsabilità per infrazione, proprio perché essa è funzionalizzata alla protezione di “interessi europei”. D'altronde, la sua disciplina è il frutto dell'opera interpretativa della giurisprudenza sovranazionale, la quale ha sviluppato sul punto un complesso omogeneo di principi, in parte ricavati dai diritti nazionali, in parte originali.

La prima particolarità è offerta dalla base giuridica di tale titolo di responsabilità. Pur mancando un'espressa previsione normativa, un esplicito riconoscimento nei trattati – anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che non sfrutta tale occasione – tale responsabilità è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza europea, sulla scorta di quello che potremmo definire un “meccanismo di imitazione”. La responsabilità dello Stato che infrange il diritto dell'Unione sorge analogamente a quella delle istituzioni europee per i danni causati da queste nell'esercizio delle loro funzioni⁸. Ciò in sintonia con la lettura che identifica le amministrazioni nazionali come agenti dell'Unione europea, date le competenze a rilevanza sovranazionale da esse esercitate⁹.

⁸ Tale modello di responsabilità è stato previsto sulla falsariga della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni europee per i danni cagionati dagli organi europei e dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. La base normativa della responsabilità extracontrattuale dell'Unione è l'art. 340, comma 2 TFUE. Altrimenti, la responsabilità dello Stato membro per inadempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza alla Unione Europea è tratta dal dovere di *leale collaborazione* degli Stati membri, la cui omissione è tutelata sul piano giurisdizionale con la procedura di infrazione.

⁹ Sulla creazione dei sistemi amministrativi comuni, basati su rapporti di coordinamento e cooperazione tra apparati statali e sovranazionali, L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007. Sul processo di comunione di funzioni amministrative in Europa, S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 291 ss. In una prospettiva più ampia, C. FRANCHINI,

Come più volte ripetuto dalla Corte, la responsabilità dello Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione è inerente al sistema dei trattati e conforme ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri. L'operatività di tale meccanismo di responsabilità è implicita, ossia non abbisogna di una espressa previsione normativa. Altrimenti l'effettività del diritto dell'Unione sarebbe compromessa, qualora i privati non avessero legittimazione ad agire, nei confronti degli Stati, per l'infrazione del diritto europeo medesimo¹⁰. Malgrado allora la carenza di una base giuridica espressa, il riconoscimento della responsabilità risale al primato e all'effettività del diritto dell'Unione.

Un'altra particolarità sta nella regola della indistinzione delle funzioni pubbliche: rilevando per gli interessi europei solo il profilo dell'attuazione del diritto sovranazionale, è recessiva la circostanza se detta attuazione sia riconducibile all'opera del legislatore, dell'autorità amministrativa o del giudice di ultima istanza¹¹. A prescindere dall'organo che esercita il pubblico potere, nei casi di mancata o cattiva esecuzione delle fonti europee, può sorgere un obbligo di risarcire il danno, purché ricorrano determinate condizioni. Per il principio generale della responsabilità per inadempimento ai vincoli europei, sussiste un

Amministrazione nazionale e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario, Padova, 1993; E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*; Padova, 2002; G. CORSO, *Sistemi amministrativi europei e principio di autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 979.

¹⁰ Il principio dell'inerenza è indicato per la prima volta in Corte giust., 19 novembre 1991, in cause C-6/90 e 9/90, *Francovich c. Repubblica italiana*, punto 32. Nella sentenza Corte giust., 5 marzo 1996, in cause C-46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, si indica che la regola della responsabilità non contrattuale «altro non è se non un'enunciazione del generale principio, riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato». Ricorrendone i requisiti, l'amministrazione è responsabile quando non esegue le prestazioni cui è tenuta o quando le prestazioni non sono conformi al dovuto.

¹¹ Finora il settore privilegiato in cui questo titolo di responsabilità ha registrato le maggiori attuazioni è proprio quello dell'adozione di norme generali ed astratte.

obbligo incombente in modo unitario sullo Stato, avente un ambito di applicazione molto vasto a situazioni sconosciute nel diritto interno, poiché è stata la giurisprudenza europea a definire i profili dell'illecito.

Per queste ragioni, la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione è una responsabilità speciale, costruita per rimediare a violazioni delle regole europee¹². I requisiti perché possa essere affermata sono l'infrazione – sufficientemente caratterizzata o qualificata, ossia un *sufficiently serious breach of law* – di una norma preordinata a conferire diritti ai singoli, e l'esistenza di un nesso causale diretto tra violazione e danno subito¹³. Rispetto ad essi, gli Stati non possono aggiungere ulteriori requisiti, magari più rigorosi¹⁴. Lo stesso non può dirsi per la disciplina dell'azione di rivalsa, la quale invece esula dall'ambito interessato dal diritto dell'Unione europea. In ragione di ciò, il regime dei meccanismi di attuazione è lasciato a quanto predisposto dai singoli ordinamenti, a patto che gli stessi non rendano eccessivamente difficile l'esercizio

¹² Si ha diritto al risarcimento dei danni, causati per violazione del diritto dell'Unione, quando ricorrono tre condizioni. Innanzitutto, la norma violata deve essere diretta a conferire diritti ai singoli danneggiati. In secondo luogo, la violazione della norma deve essere sufficientemente grave e manifesta. In terzo luogo, tra la violazione e il danno deve sussistere un nesso di causalità diretta.

¹³ Al riguardo, Corte giust., 5 marzo 1996, in cause C-46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*; Id., 4 luglio 2000, in causa C-424/97, *Haim*; Id., 24 marzo 2009, in causa C-445/06, *Danske Slagterier*.

¹⁴ Come specificato in Corte giust., 5 marzo 1996, in cause C-46/93 e 48/93, *Brasserie du pêcheur*, «le condizioni fissate dalle 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 risarcimento». Esempio in questo senso è quanto accade per lo Stato italiano con riferimento alla responsabilità dei magistrati, il cui organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado generalmente interpreta l'art. 2, commi 1 e 3, della legge 13 aprile 1988, n. 117, in termini non equivalenti alla «violazione manifesta del diritto vigente». Con la conseguenza che diventa possibile affermare che chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento di un organo giurisdizionale, non può essere risarcito dallo Stato, se non in caso di dolo o colpa grave del magistrato.

dell'azione¹⁵. Nondimeno, il ruolo assegnato agli ordinamenti interni è centrale anche in ragione del fatto che la disciplina elaborata dalla Corte di giustizia non risulta esaustiva ma richiede di essere integrata e coordinata con la normativa interna sulla responsabilità.

Nella valutazione di tale illecito non vi è spazio per la considerazione degli stati soggettivi, ossia per la rilevanza del dolo e della colpa¹⁶. Per l'elemento soggettivo è indispensabile accedere ad una nozione oggettiva, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento, nonché, in conformità con quanto emerge dalle indicazioni della giurisprudenza europea, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali ad essa rimesse, dei precedenti giurisprudenziali, delle condizioni concrete e dell'apporto dato dai privati nel

¹⁵ Restando nel campo dell'azione amministrativa e considerando il nostro quadro normativo, è allora necessario che si riscontrino invalidità e illiceità, predicato del comportamento lesivo di una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento, che si ha quando l'illegittimità abbia leso un interesse sostanziale del privato, determinando un danno ingiusto. Sul tema la letteratura è amplissima, si rinvia a R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993; A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo*, Torino, 2005.

¹⁶ Corte giust., 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo/Repubblica italiana*, che specifica «il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente».

Viceversa, il giudice nazionale continua a sostenere necessaria la verifica della colpa al fine di configurare la responsabilità per violazione del diritto dell'Unione. Ad esempio, nel caso di un'amministrazione che ha applicato la normativa italiana senza rilevare il contrasto con una direttiva europea. In Cass., 21 gennaio 2005, n. 20454, l'amministrazione aveva fatto applicazione di un decreto legge, che la Corte di giustizia in un secondo momento ha dichiarato in contrasto con lo scopo di una direttiva precedentemente adottata. Il punto in questione riguarda allora la diretta applicabilità della norma europea. In particolare, non è considerato colpevole il comportamento dell'amministrazione che, adeguandosi alla normativa vigente, non ha sollevato il contrasto con una direttiva che, solo in seguito, la Corte avrebbe dichiarato immediatamente applicabile negli Stati membri.

procedimento¹⁷. Ciò è la spia di come tale responsabilità sia funzionale alla tutela del diritto alla piena protezione dei propri interessi giuridicamente rilevanti. È lo Stato a dover rispondere degli errori dell'amministrazione, nelle ipotesi di danno derivante dalla violazione del diritto dell'Unione. Non si tratta, dunque, di un'ipotesi di responsabilità diretta, come nei casi ordinari di lesione degli interessi legittimi. Ciò significa che agli errori delle amministrazioni pubbliche, causativi di danno risarcibile, deve farsi fronte col rimedio delle impugnazioni.

Mediante l'azione di responsabilità non si mira a modificare la decisione, poiché al contrario se ne presuppone l'intangibilità, ossia che la stessa non possa più essere messa in discussione. All'illegittimità in sé, anche se fonte di un danno risarcibile, si può solo rimediare con l'azione impugnatoria. Tuttavia, a difesa della legalità, l'ordinamento europeo accorda la previsione di un meccanismo per riparare – mediante una soddisfazione indiretta – agli errori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione, in particolare per far fronte ai quei casi in cui il rinvio pregiudiziale non sia stato utilizzato correttamente e l'efficacia della norma europea, attributiva di un vantaggio, sia subordinata all'azione positiva da parte dello Stato-amministrazione¹⁸.

¹⁷ Tar Lombardia Milano, sez. I, 14 giugno 2010, n. 1811.

¹⁸ In Corte giust., 28 giugno 2001, in causa C-118/00, *Gervais Larsy c. INASTI*, l'ente previdenziale belga aveva in via autonoma adottato un provvedimento, a sfavore del sig. Larsy, che vietava il cumulo delle pensioni, quando la stessa era già regolarmente erogata dall'amministrazione francese. Ciò anche se il ricorrente aveva corrisposto i contributi previdenziali in entrambi i paesi e la normativa europea vietava l'adozione di decisioni di riduzione della pensione in caso di duplice versamento dei contributi (art. 46 del regolamento n. 1408/71). Nel caso di specie, non avendo il sig. Larsy impugnato una sentenza sul punto a lui sfavorevole, la Corte condanna lo Stato e ritiene che, «laddove talune disposizioni processuali ostino alla salvaguardia effettiva dei diritti che il sig. Larsy traeva dall'effetto diretto del diritto comunitario, l'Inasti (ossia l'Ente di previdenza belga) avrebbe dovuto disapplicarle. Sebbene dunque vi sia una sentenza con autorità di cosa giudicata, occorre disapplicare le norme processuali nazionali che comportano una violazione sostanziale del diritto dell'Unione europea.

3. IL RAPPORTO CON L'INVALIDITÀ AMMINISTRATIVA

Se, come si è anticipato, l'esclusione della risarcibilità dei danni arrecati in conseguenza di una violazione del diritto dell'Unione europea, equivale, per la Corte di giustizia, a porre in discussione «la piena efficacia delle norme comunitarie che conferiscono simili diritti», non vi è allora chi non veda come analoga conseguenza si determini, qualora si neghi la responsabilità dello Stato in conseguenza di un'attività amministrativa manifestamente erronea.

Per garantire l'effettività del diritto dell'Unione si riscontrano allora, come nel sistema interno, regole di invalidità e regole di responsabilità¹⁹. Le prime sono dirette a garantire che non vi siano divergenze tra la fattispecie provvedimento concreta e quella astratta prevista dal legislatore dell'Unione, implementata dai principi giuridici che presiedono all'esercizio del potere pubblico. Le seconde, invece, presuppongono che sia stato arrecato un pregiudizio patrimoniale al soggetto coinvolto e sono volte a garantire il bene della vita che si intende conservare o acquisire.

Premesso ciò, la violazione di una norma europea può influire sulla validità del provvedimento amministrativo, ma può anche costituire fonte di responsabilità risarcitoria. Può sia condizionare il giudizio di legittimità, sia costituire la fonte di una responsabilità risarcitoria, quando l'amministrazione abbia agito in maniera illogica, arbitraria o

¹⁹ Questa espressione è utilizzata in G.P. CIRILLO, *L'azione amministrativa sospesa tra regole di invalidità e regole di responsabilità*, in *Cons. St.*, 2005, 1137. Come ribadito dalla Corte costituzionale, la tutela risarcitoria è uno «strumento di tutela ulteriore rispetto a quella classico - demolitoria». In base al principio di equivalenza, quando l'attività amministrativa è difforme dal paradigma normativo dell'Unione, ciò può dar luogo sia a meccanismi volti a promuovere la tutela demolitoria, come visto, sia a sistemi di tutela risarcitoria, a prescindere dalla caducazione o meno dell'atto provvedimento. Si tratta delle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006. Non si viene ad applicare l'art. 2043, ma la regola pubblicistica ora trasfusa nell'art. 30 del Codice del processo amministrativo.

manifestamente irragionevole. La responsabilità dello Stato, infatti, non è altro che un tassello del più ampio impegno della giurisprudenza europea nello sforzo di garantire l'effettività del diritto dell'Unione e della tutela per i singoli.

L'azione di responsabilità per violazione del diritto europeo è un'azione autonoma rispetto all'accertamento dell'invalidità amministrativa, non condizionata da concomitanti mezzi di annullamento²⁰. Il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica dell'annullamento dell'atto, richiedendosi per esso la positiva verifica di tutti i requisiti previsti. Si tratta di un rimedio unicamente destinato a riparare i danni causati ai privati dall'atto definitivo incompatibile.

Tale azione non può essere un'azione con cui si cerchi di recuperare un rimedio demolitorio non tempestivamente attivato. Essa tende ad ottenere non l'eliminazione di un atto, ma il risarcimento del danno causato da un'autorità nell'esercizio dei suoi compiti. L'atto non è disapplicato, per cui non può essere considerato *tamquam non esset* ed esplica i suoi effetti, salva la responsabilità dell'autorità che lo abbia posto in essere²¹.

Non solo. Non si applicano nemmeno meccanismi di pregiudizialità. La richiesta di risarcimento può essere iniziata anche se non è stato preventivamente impugnato il provvedimento, nei termini di ricorsi previsti dalla legge²². Con la conseguenza che

²⁰ L'autonomia dell'azione di responsabilità è un principio sviluppato sin dalle prime sentenze in materia, come Corte giust., 15 luglio 1963, in causa C-25/62, *Plaumann*; Id., 28 aprile 1971, in causa C-4/69, *Lueticke*; Id., 2 dicembre 1971, in causa C-5/71, *Schoeppenstedt*.

²¹ Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2005, n. 2566.

²² In generale, il risarcimento del danno deve essere chiesto allo Stato – che è il soggetto legittimato passivo all'azione danni – e non all'amministrazione che ha adottato il provvedimento, ma ciò che non esclude che l'ordinamento possa far gravare l'obbligo di risarcimento anche sulla amministrazione. Corte giust., 4 luglio 2000, in causa C-424/97, *Haim*, il diritto dell'Unione «non osta a che la responsabilità gravante su un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario possa sorgere oltre a quella dello Stato membro stesso».

l'eventuale illegittimità dell'atto, contrario al diritto europeo, può essere dedotta in teoria davanti al giudice nazionale, anche una volta che sia trascorso il termine di impugnazione, se ricorrono i presupposti per la responsabilità. Seppur finalizzato al risarcimento, al giudice spetta così un controllo sull'esercizio del potere. Anche se l'attività dell'amministrazione diviene definitiva, pur tuttavia la stessa continua ad essere oggetto di valutazioni sotto l'aspetto della liceità a fini risarcitori. E la validità del provvedimento diviene contestabile, perché la lesione del diritto del privato permane ingiustificata in forza della rilevanza del diritto extrastatale.

Il punto decisivo è che la cristallizzazione del rapporto amministrativo, dovuta al trascorrere del termine o al passaggio in giudicato della relativa sentenza, non è di ostacolo alla domanda di risarcimento del danno. Qualora ricorrano i relativi presupposti, l'azione è comunque ammissibile.

In altri termini, nel caso di atto invalido, esauriti i rimedi di risarcimento in forma specifica, è possibile ricorrere al risarcimento per equivalente. Ciò perché, pur se non si è arrivati all'annullamento dell'atto contrario al diritto europeo, devono comunque essere salvaguardate le situazioni giuridiche di vantaggio di derivazione sovrastatale²³. Sotto questo profilo, tale risarcimento è *sostitutivo*, ossia interviene al posto della prestazione in forma specifica mancata.

²³ Ciò presuppone che la *causa petendi* e il *petitum* della domanda di risarcimento non siano identici a quelli della domanda su cui si è formato il giudicato, si v. Trib. Roma, 28 giugno 2001, in *Giur. merito*, 2002, 359 ss., con nota di F. GIANFILIPPI, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato*. Difatti, un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquistato l'autorità definitivamente giudicata. Tale sistema binario è ripreso dal diritto tedesco delle obbligazioni in cui si distingue tra due diverse tipologie di strumenti risarcitori: un risarcimento "al posto" della prestazione mancata e un risarcimento "accanto" ad essa.

Come affermato nella sentenza *Wells*²⁴, nei limiti del principio di autonomia procedurale, gli Stati possono revocare o sospendere un'autorizzazione carente della valutazione di impatto ambientale, anche se non impugnata. In ogni caso, lo Stato ha l'obbligo di risarcire i danni causati dalla mancata valutazione dell'impatto. Si impone, dunque, la necessità di risarcire i danni causati al singolo dal provvedimento in questione.

È assimilabile, perciò, ad un mezzo di chiusura che sanziona la violazione del precetto sopranazionale. Qualora non sia possibile rimuovere giuridicamente l'atto invalido, lo Stato deve in ogni caso risarcire i singoli dei danni cagionati dalla relativa azione amministrativa, qualora ne ricorrano le condizioni. Inoltre, un tale sistema di responsabilità può rappresentare un rischio per l'autorità che non si conformi al diritto sovranazionale. È evidente, infatti, il pericolo che la stessa sia condannata a pagare i danni, a fronte di un'attività illegittima divenuta inoppugnabile, nel momento in cui l'azione di risarcimento è fruttuosamente esperita.

Così delineata, l'azione di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione è uno strumento che completa il sistema dei controlli di conformità degli atti nazionali alle previsioni dell'Unione, per il tramite di un rimedio di carattere riparatorio. Ai sensi del quale, il cittadino danneggiato assume il ruolo di *private attorney* del diritto dell'Unione nell'architettura giudiziale del sistema europeo²⁵.

²⁴ Corte giust., 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, *Delana Wells*, la Corte ha sancito l'obbligo per tutti gli Stati membri di «eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario», spettando alle autorità dei singoli Stati predisporre le misure necessarie per attivare tale potere di autotutela.

Si potrebbe avanzare l'ipotesi di tutelare l'affidamento con un ristoro economico del danno nella misura dell'interesse negativo. In fondo – dal punto di vista dell'analisi economica – l'inoppugnabilità è una soluzione poco costosa rispetto ad un problema reale che è la disgiunzione tra validità ed efficacia.

²⁵ D. NASSIMPIAN, *And we keep on meeting: (de-)fragmenting State liability*, in *European Law Review*, 2007, 2 ss. S. MOREIRA DE SOUSA, W. HEUSEL, *Enforcing Community Law from Francovich to Köbler: twelve years of the State liability principles*, Koln, Bundesanzeiger, 2004.

4. LA COMPLETEZZA DELLE TECNICHE DI PROTEZIONE DEI DIRITTI EUROPEI

Se ai giudici nazionali è rimesso l'obbligo di garantire l'effettività dei diritti europei, la tutela offerta da questi ultimi è di immediata disposizione per i privati che si ritengono lesi dall'azione amministrativa. Nondimeno, le relative tecniche di protezione sono condizionate dal fatto che ad essere violate siano norme sovranazionali.

Il giudizio di accertamento dell'invalidità dell'azione amministrativa diventa allora un presupposto, da cui possono scaturire una serie di conseguenze diverse. Non solo demolitorie dell'atto illegittimo, ma anche consistenti nell'obbligo di riparare i danni subiti ovvero di risarcire la relativa lesione, in base a regole peculiari diverse da quelle ordinarie. Sembra emergere così una forma di tutela differenziata, poiché a una diversità di rapporti giuridici corrisponde una diversità di tutela giurisdizionale. Il carattere differenziato della tutela appare in una pluralità di regole speciali e derogatorie rispetto alla normalità e generalità dei procedimenti tipo²⁶. L'azione di annullamento sembra aver perso la sua

²⁶ M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 3 ss., nota come il campo delle controversie con la pubblica amministrazione appare come «un mosaico di tutele differenziate», pur condizionato da gravi carenze. L'origine di queste sta nell'amministrazione per atti, giacché «l'ideologia dello stato liberale ha imposto l'estrazione (anzi l'astrazione) dalla realtà amministrativa di questo modello organizzativo, secondo il quale l'amministrazione vive giuridicamente solo attraverso l'atto amministrativo, come momento di realizzazione di una sintesi puntuale e immediata, fra la autorità della stessa e la libertà del cittadino». Coerentemente «il processo amministrativo consente quella (sola) giustiziabilità che è reclamata da un modello in cui l'atto amministrativo è l'unica espressione e l'unico risultato giuridicamente riconoscibile dell'azione amministrativa: la giustiziabilità inerente alla validità ed alla sorte dell'atto». Sui tratti comuni del processo amministrativo nell'esperienza comparata, che contemplano un ricorso per annullamento, una situazione soggettiva «ad utilità condizionata» e un'azione per inattività, D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1 ss.; R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 848.

tradizionale posizione di prevalenza. L'istanza di tutela, che viene soddisfatta di norma principalmente mediante l'azione costitutiva, nelle ipotesi considerate diventa più articolata, poiché organizzata in diverse forme rimediali, come il risarcimento in forma specifica o per equivalente, tese ad assicurare la piena riparazione delle pretese del ricorrente. Il relativo regime giuridico diverge da quello ordinario. La ragione di tale mutamento può essere individuata anche nel fatto che «è socialmente ed economicamente in contrasto con il principio di proporzionalità, quale anche delineato dall'ordinamento europeo, che l'annullamento debba costituire l'unica statuizione che il giudice amministrativo può adottare in sede di giudizio di legittimità»²⁷.

Se ne evince che la tutela dei diritti sovranazionali richiede l'adozione di una logica rimediale completa, tipica dei modelli processuali di piena giurisdizione. Non a caso, in Francia, sono proprio i diritti a consentire tuttora la distinzione tra *contentieux de pleine jurisdiction* e *contentieux d'annulation*. Laddove, nel primo caso l'azione *en annulation* è circoscritta alla richiesta di rimozione giurisdizionale, mentre nel secondo l'azione *de pleine jurisdiction* permette al giudice, oltre all'annullamento, di condannare l'amministrazione ad una specifica azione, tra cui il pagamento di una somma pecuniaria ovvero l'adozione di un determinato provvedimento²⁸. Quest'ultimo tipo di azione presenta un limitato campo di applicazione che si basa sulla necessità di proteggere diritti soggettivi.

Allo stesso modo, la protezione dei diritti europei è garantita mediante il ricorso a diverse sanzioni giuridiche. In primo luogo, la tutela eliminativa (o caducatoria); in

²⁷ S. GIACCHETTI, C. GIACCHETTI, *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione «a matrioska» del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1093.

²⁸ Sulla conformità del contenzioso di piena giurisdizione francese rispetto alle esigenze europee, R. TINIERE, *La notion de «pleine jurisdiction» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif*, in *Revue française de droit administratif*, 2009, 729 ss. Sul principio della piena garanzia giurisdizionale, S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1221 ss.

secondo luogo, la tutela reintegratoria (o restitutoria), con la quale si richiede il conseguimento dei beni di cui si è stati spogliati; in terzo luogo, la tutela risarcitoria, sotto varie forme. Alcune di esse colpiscono l'atto, a causa della sua difformità dallo schema normativo. Altre colpiscono l'amministrazione in quanto autore dell'azione illegittima, quando vi sia un'illiceità a cui si collega il risarcimento del danno.

A ben vedere, tale connotazione presenta analogie con un particolare disegno di tutela giuridica individuale, simile a quello tedesco, denominato *Systementscheidung für den Individualrechtsschutz*, caratterizzato da un largo spettro di tipi di azione esperibili nei confronti delle autorità pubbliche, al quale appartiene l'azione di condanna, nonché da un forte controllo della discrezionalità²⁹.

In particolare, se è vero che la violazione dei diritti sovranazionali conduce all'invalidità del provvedimento amministrativo, è altrettanto vero che in tale ipotesi si evidenzia una sorta di discrezionalità sanzionatoria. La menzionata illegittimità può dare vita a diverse conseguenze, a seconda dei casi e della fonte violata. Si conferma allora la tendenza in base alla quale l'invalidità non riguarda un atto giuridico da considerare nella sua staticità, ma si appunta sul potere e sulle norme che ne vincolano lo svolgimento, inteso come «situazione che si esplica per la produzione di effetti giuridici, conseguenti agli atti che costituiscono il suo esercizio»³⁰. Anche perché grazie al portato dei processi di integrazione tra regimi extrastatali – che investono pure la funzione giurisdizionale – sempre meno le tecniche e i metodi si arrestano di fronte agli steccati della forma giuridica.

²⁹ Tale disegno garantisce l'effettività della tutela giuridica, allorquando l'attore sia leso in un proprio diritto, non essendo sufficiente un mero interesse, secondo quanto previsto dall'art. 19 della *Grundgesetz*.

³⁰ A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 312. Sullo spostamento dell'attenzione dall'atto alla funzione, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.

Nella relativa disciplina tali tecniche di protezione sono diverse al loro modello ordinario. Bensì esse risultano “funzionalizzate”, nel senso che nei meccanismi di funzionamento possono essere parzialmente divergenti rispetto al normale funzionamento. Sotto questo profilo, i rimedi sono piegati alle esigenze di pieno rispetto della legalità sovranazionale ovvero sono intesi come strumento per assicurare l’attuazione del diritto stesso «per equivalente ove si verificano resistenze da parte di pubblici poteri nazionali»³¹. La combinazione di tali due elementi conduce a una logica rimediale completa e soddisfacente. Completa perché corredata di tutte le forme di tutela, soddisfacente perché volta a soddisfare in pieno gli interessi del privato. Qualora la demolizione dell’atto non possa che essere solo eventuale, la sanzione giuridica connessa alla violazione di tali norme colpisce sia l’atto sia l’amministrazione che ha compiuto l’atto: con il risarcimento si salvaguarda il carattere della completezza della riparazione rispetto al pregiudizio lamentato³².

³¹ C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, 181.

³² In coerenza con quanto affermato in Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204. Si può affermare che nella legalità non statale tende ad attenuarsi la distinzione tra norme che creano doveri e norme che attribuiscono poteri. Generalmente si afferma che la devianza in cui incorre la pubblica amministrazione è la violazione delle norme che rientrano nella seconda categoria. Laddove le prime, imponendo un dovere o un obbligo, danno vita ad una illiceità, quando si registra un comportamento difforme. Mentre le seconde stabilendo presupposti, forme e limiti all’esercizio del potere, producono invalidità. Ora le norme sovranazionali non si riconoscono in questa dicotomia, esse attribuiscono poteri, ma la sanzione giuridica connessa alla violazione di tali norme colpisce sia l’atto sia l’amministrazione che ha compiuto l’atto. Per cui, impiegando i termini di lettura classici, producono comportamenti sia invalidi sia illeciti. Inoltre, occorre rilevare come l’atto che è espressione del potere amministrativo non è esposto alla unica sanzione possibile dell’annullamento, il quale presuppone la qualificazione di invalidità. Nel senso che, stando alla configurazione propria degli ordinamenti extrastatali, la sanzione del risarcimento o della reintegrazione diventa alternativa all’annullamento, in particolare quando quest’ultimo non è esperibile. Per la precisione, anche la pubblica amministrazione ha doveri o obblighi di agire, ma il punto è che si ritiene che la violazione di questi obblighi – contenuti in norme non distinguibili dalle norme che attribuiscono il potere – «non possiede un autonomo rilievo: è l’atto costituente invalido esercizio del potere che viene colpito, a prescindere dal fatto che col suo comportamento l’autorità amministrativa (e il funzionario che ha agito per essa) abbia violato anche la norma impositiva di un dovere», in G. CORSO, *L’attività amministrativa*,

Se ne trae che i rimedi a disposizione degli aventi diritto sono numerosi e, seguendo una logica anglosassone, ciò qualifica i diritti stessi. I diritti, dotati di supremazia, impongono di adattare l'annullamento, la regola del principio dispositivo agli *standards* di protezione più garantisti. Un obbligo analogo sorge anche in base al principio di effettività della tutela, che viene a condizionare il momento processuale³³. Emerge un approccio di tipo sostanziale, teso a riparare il privato dei danni subiti. Alla tutela demolitoria si affianca un obbligo generalizzato per lo Stato di risarcire i danni causati ai singoli dalla violazione del diritto sovranazionale, il che contribuisce a custodire la piena efficacia dei diritti che ai singoli derivano dai rispettivi ordini giuridici.

Su questo particolare aspetto, è il sistema dell'Unione europea il primo ad inverte tali caratteri e a perfezionare questa pluralità di tecniche di tutela. Anche se un percorso con caratteri simili si riscontra pure rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), basta soffermarsi sulle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, nelle quali si supporta la tesi della equivalenza fra ordinamento convenzionale e sistema europeo e in cui l'esercizio del potere, non conforme alla Convenzione, è sanzionato con il rimedio del ristoro pecuniario del danno³⁴.

Torino, 1999, 246. È tuttavia vero che, in certi casi, è configurabile autonomamente un illecito che si affianca all'atto invalido.

³³ Su questo principio, in sede di teoria generale, quale «termine di una ricorrente e insoluta antinomia tra momento esistenziale e momento deontologico del diritto», C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica* (1969), ora in *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Milano, 2002, 35 ss.

³⁴ Tale profilo è esplorato, in modo particolare, nella sentenza Corte EDU, 30 giugno 2005, n. 45036/98, *Bosphorus*, commentata da M. PACINI, *Il controllo della Cedu sugli atti nazionali in funzione comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 21 ss.