

**Consiglio Superiore della Magistratura
Ufficio dei Referenti per la Formazione Decentrata
del Distretto di Brescia - Settore Diritto Europeo**

BRESCIA, 21 settembre 2012, ore 14,30

Incontro di studio sul tema

Gli strumenti a disposizione del giudice nazionale per l'applicazione del diritto europeo

***IL RINVIO PREGIUDIZIALE INNANZI LA CORTE DI GIUSTIZIA:
LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO NAZIONALE E QUELLA DEL
GIUDICE***

Dott. Roberto Conti
Consigliere della Corte di Cassazione

INDICE

1. IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA. 1.1. Gli effetti delle pronunzie rese dalla Corte di Giustizia. 1.2. Il dialogo *ascendente* e *discendente* tra giudice nazionale e Corte di giustizia. 1.3. Perché dialogare con la Corte di Giustizia. 1.4. La metafora della rete ed il dialogo fra giudice nazionale e Corte di Giustizia. 1.5. I dubbi del Consiglio di Stato –sent. Cons. Stato 5 marzo 2012 n. 4584– sul rinvio pregiudiziale alla Corte UE del giudice di ultima istanza. 1.6.1. Perché il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia– obbligatorio e facoltativo– rimane centrale per la corretta attuazione del diritto UE. 1.6.2. Tornando all’ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia: il sistema è *chiaro* od *oscuro*? 1.6.3. Rischio di irragionevole durata del processo per effetto del rinvio pregiudiziale? 1.6.4. Rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza e responsabilità dello Stato (giudice). **2. CAPIRE IL RUOLO DELLA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL’UNIONE EUROPEA.** 2.1. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario: da *Francoovich* a *Carbonari*. 2.2. Cass. S.U. 9147/2009 in tema di specializzandi. Una sentenza da non dimenticare quanto alla natura della responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE. 2.2.1. Alla ricerca di un *distinguishing* problematico nell’illecito comunitario. 2.2.2. Qualche critica a Cass. S.U. n. 9147/09. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante dal funzionario pubblico e da provvedimento giurisdizionale. 2.3. Lo Stato Giudice responsabile per la violazione del diritto eurounitario ascrivibile al giudice di ultima istanza. Il caso *Köbler*. a) La controversia nazionale che ha originato la sentenza della Corte di giustizia. 2.3.1. La posizione dell’Avvocato Generale nei tre procedimenti incardinati innanzi alla Corte di giustizia. 2.3.2. La motivazione del caso *Köbler*. 2.3.3. Alcuni brevi approfondimenti: la violazione grave e manifesta. 2.3.4. Le ricadute sul sistema interno. 2.3.5. La competenza e la giurisdizione sull’azione di responsabilità. 2.4. Il seguito di *Köbler*: Corte giust. 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*. Una sentenza annunciata per l’Italia. 1) Le critiche della dottrina ai principi della *Köbler*. 2.4.1. Il caso *Traghetti del Mediterraneo*. 2.4.2. Le conclusioni dell’Avvocato Generale Léger presentate l’11 ottobre 2005. 2.4.3. La sentenza della Grande Sezione del 13 giugno 2006. 2.4.4. La risposta italiana al problema: la responsabilità disciplinare del giudice. 2.4.5. L’alternativa proposta dalla Corte di giustizia: la responsabilità dello Stato *per equivalente*. 2.4.6. Un cambiamento epocale del ruolo del giudice nazionale. 2.5. L’ultimo tassello in tema di responsabilità dello Stato Giudice: Corte Giust. 24 novembre 2011, n. C-379/10, *Commissione c. Italia*. 2.5.1. Qualche considerazione. 2.5.2. Che fare? 2.5.3. Non si può ammettere la responsabilità diretta del giudice in nome dei principi espressi dalla Corte di giustizia. 2.5.4. I *confini* della sentenza della Corte di giustizia. 2.5.5. Responsabilità dello “Stato Giudice” per i casi non regolati dal diritto dell’Unione europea. 2.5.6. Conclusioni sul tema. **3. A MO’ DI CONCLUSIONI FINALI.** Riflessioni sui confini. Perché è necessario conoscere i rapporti fra il sistema del diritto EU, il sistema ordinamentale interno e quello della CEDU?

1. IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA.

Il procedimento di rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 267 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE») -già art. 234 CE-¹ ha natura incidentale e non contenziosa. Più dettagliatamente, la Corte di Giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'UE e sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni, dagli organi e organismi dell'UE, alla stregua dei poteri conferiti dall'art. 19, par. 3, lett. b), TUE e dall'art. 267 TFUE e, sul versante procedurale, dagli artt. 23 e 23 bis Statuto CE e 103, 104, 104 bis² e 104 ter³ reg.

¹ Sul rinvio pregiudiziale, in generale, v. TIZZANO-FORTUNATO, *La tutela dei diritti*, in TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, 1271 ss; TESAURO, *Diritto comunitario*, Milano, 2002, 302; ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997; RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003; BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, 403 ss. BORRACCETTI-REALE, *Da giudice a giudice: il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008; CONDINANZI-MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 186 ss. Di recente, FRANCHI, *Commento all'art. 267*, in *Codice dell'Unione europea*, diretto da CULTI GIALDINO, Napoli, 2012, 1926 ss.

² In circostanze particolari, comprovate da una reale urgenza, il presidente della Corte, su domanda del giudice a quo e sentito l'avvocato generale, può in via eccezionale decidere di trattare la domanda pregiudiziale secondo un procedimento accelerato. In questi casi, la data dell'udienza viene fissata immediatamente e comunicata alle parti della causa principale ed agli altri interessati contestualmente alla notifica del provvedimento di rinvio. Le osservazioni scritte potranno essere depositate dalle parti o dagli altri interessati nel termine ridotto, comunque non inferiore a 15 giorni, fissato dal presidente.

³ Procedura nota come PPU. Cfr. DOMENICUCCI, op. ult. cit.: "Tale procedimento (che può essere deciso anche d'ufficio) può essere richiesto, ad es., nel caso di una persona detenuta o privata della libertà, qualora la soluzione data alla questione sollevata sia determinante per valutare la situazione giuridica di tale persona, ovvero in una controversia relativa alla potestà dei genitori o alla custodia dei figli, qualora la competenza del giudice adito in base al diritto dell'UE dipenda dalla soluzione data alla questione pregiudiziale. La domanda deve esporre le circostanze di diritto e di fatto che comprovano l'urgenza e, in particolare, i rischi in cui si incorrerebbe qualora il rinvio seguisse il rito normale. Nei limiti del possibile, il giudice del rinvio è invitato a precisare sinteticamente il suo punto di vista sulla soluzione da dare alla questione o alle questioni proposte. Tale precisazione agevola infatti la presa di posizione delle parti e degli altri interessati che partecipano al procedimento, nonché la decisione della Corte, e contribuisce quindi alla rapidità dello stesso." V. anche p. 37 Nota informativa Corte di Giustizia: "Il procedimento in questione può essere pertanto richiesto solo laddove sia assolutamente necessario che la Corte si pronunci sul rinvio nel più breve tempo possibile. Senza che in questa sede sia possibile elencare tassativamente tali situazioni, in particolare a motivo del carattere diversificato ed evolutivo delle norme dell'Unione che disciplinano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, un giudice nazionale potrebbe decidere di presentare una domanda di procedimento pregiudiziale d'urgenza in presenza, ad esempio, delle seguenti situazioni: nel caso, di cui all'art. 267, quarto comma, del TFUE, di una persona detenuta o privata della libertà, qualora la soluzione data alla questione sollevata sia determinante per valutare la situazione giuridica di tale persona, ovvero, in una controversia relativa alla potestà dei genitori o alla custodia dei figli,

proc.)⁴.

Con esso il giudice nazionale può o deve⁵ sottoporre alla Corte di Lussemburgo un quesito circa l'interpretazione o la validità di una norma dell'UE⁶, la cui soluzione sia determinante per decidere la controversia dinanzi a lui pendente.

In dottrina (Domenicucci, cit.) si è osservato che “L’art. 267 del TFUE si connota dunque come una norma fondata su una netta ripartizione di competenze tra Corte e giudice nazionale: alla prima è riservato il compito di fornire la risposta ermeneutica ai quesiti sottoposti, mentre al secondo spetterà in via esclusiva il compito di apprezzarne la pertinenza con riguardo alla soluzione concreta della controversia dinanzi a lui pendente”, aggiungendosi puntualmente che “...La pronuncia della Corte si configura così pregiudiziale sia in senso temporale, poiché precede la sentenza del giudice nazionale, sia in senso funzionale, poiché è strumentale rispetto all’emanazione di quest’ultima. L’oggetto del procedimento pregiudiziale risulta così delineato dal giudice nazionale attraverso la formulazione dei quesiti rimessi alla Corte, anche se quest’ultima, nell’ottica della massima collaborazione con i giudici nazionali, ed al dichiarato fine di rendere una pronuncia utile per la soluzione della causa principale, non ha esitato, in più di un’occasione, ad intervenire direttamente sugli stessi.” Se, in astratto, è assai chiaro il campo di applicazione in cui opera la Corte, appunto limitato al diritto UE e non al diritto interno- sia esso di diretta attuazione o meno di quel diritto- i “confini” del terreno nel quale opera il giudice di Lussemburgo vanno progressivamente attenuandosi. Ritenere, che la Corte si limita a fornire al giudice interno gli elementi di interpretazione ricavabili dal diritto dell’Unione ed idonei a consentirgli di pronunciarsi su tale compatibilità per la decisione della causa principale e non valuta la compatibilità con il diritto dell’Unione della legge nazionale apparentemente con esso in conflitto è sicuramente corretto dal punto di vista istituzionale ma non descrive appieno la reale situazione nella quale opera la Corte di Giustizia che, soprattutto dopo l’avvento della Carta dei diritti fondamentali e la sua riconosciuta piena vincolatività porta la Corte ad operare un sindacato incidentale sulla validità e compatibilità del diritto interno con quello eurounitario. Ciò fa utilizzando formule del tipo: “la disposizione x del Trattato (o del regolamento o della direttiva) osta ad una disposizione di legge nazionale che preveda...”. Ciò dimostra che il meccanismo del rinvio pregiudiziale consente al giudice di Lussemburgo un giudizio, sia pure indiretto, sulla compatibilità della norma interna con il diritto dell’Unione, affiancandosi al meccanismo di controllo sancito dall’art.258 TFUE.

1.1. Gli effetti delle pronunzie rese dalla Corte di Giustizia.

Si è sottolineato (Domenicucci) come “...L’efficacia delle pronunce pregiudiziali non è condizionata ad alcun meccanismo deliberatorio. In assenza di precisazioni del Trattato al riguardo, essa va esaminata sotto un duplice profilo: i) a livello endoprocessuale, con riferimento cioè al medesimo giudizio nel quale è stata sollevata la questione ed ai suoi eventuali gradi successivi; ii) a livello extraprocessuale, vale a dire nei confronti di tutti gli altri processi nazionali in cui trovi applicazione la normativa dell’Unione esaminata

qualora la competenza del giudice adito in base al diritto dell’Unione dipenda dalla soluzione data alla questione pregiudiziale.”

⁴ Sugli aspetti sostanziali e procedurali del rinvio estremamente completo è il contributo di DOMENICUCCI- referendum presso la Corte di giustizia-*Il meccanismo del rinvio pregiudiziale*, Relazione svolta all’incontro di studio organizzato dal CSM a Roma, 25-27 ottobre 2010, in www.csm.it. e *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali* », Relazione tenuta a Trier all’interno del seminario su “Le direttive contro la discriminazione 2000/43 e 2000/78 nella pratica”, 9-10 maggio 2011.

⁵ Il *discrimen* fra potere e dovere di ricorso alla Corte è dato dalla natura di giudice nazionale di ultima istanza al quale unicamente la Corte richiede obbligatoriamente di attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Ma sul punto si tornerà nel prosieguo, spettando invece al giudice “non” di ultima istanza una mera facoltà di rivolgersi alla Corte di Lussemburgo.

⁶ la Corte di Giustizia ha statuito che nessuna autorità giudiziaria ha la competenza a dichiarare invalido un atto comunitario, dovendo sempre chiedere alla Corte di accertarne la validità. Ciò perché «l’esistenza di divergenze fra i giudici degli Stati membri sulla validità degli atti potrebbe compromettere la stessa unità dell’ordinamento giuridico ed attentare alla fondamentale esigenza della certezza del diritto»-cfr. Corte giust., sent. 22.10.1987, Foto-Frost, 314/85, Racc. p. 4199; Corte Giust., sentt. 6.12.2005, C-461/03, Gaston Schul, Racc. p. I-10513; 10.1.2006, C-344/04, IATA e ELFAA, Racc. p. I-403

dalla Corte. Sotto il primo profilo, è pacifico che la sentenza spieghi la sua efficacia vincolando in maniera assoluta il giudice a quo (nonché le altre giurisdizioni eventualmente chiamate a conoscere del medesimo litigio, in caso di appello o di ricorso per cassazione) ed in via mediata anche le parti. In tal caso l'unica possibilità per il giudice a quo è di adire nuovamente la Corte per chiedere ulteriori chiarimenti, per sottoporle una nuova questione di diritto o nuovi elementi di valutazione suscettibili di indurla a risolvere diversamente una questione già sollevata, ma non per contestare la validità della sentenza".

Non sembra potersi dubitare- ma v. in dottrina, per alcuni precisi distinguo in relazione all'efficacia del rinvio endo o extraprocessuale Franchi, 1953 ss.- dell'efficacia *erga omnes* delle pronunzie rese dalla Corte di Giustizia⁷, né della loro portata *retroattiva*-che dunque risale all'epoca dell'adozione del testo eurounitario⁸- chiarendo la Corte il significato e la portata della norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti prima della sentenza interpretativa⁹.

Questo "vincolo", a ben considerare, riguarda il giudice della causa *a quo* che sarà tenuto a non conformarsi all'eventuale diversa interpretazione offerta alla stessa normativa dal giudice nazionale di ultimo grado.

Sul punto Corte Giust. 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, ha chiarito che il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione. In altre parole, secondo la Corte di Lussemburgo, il giudice nazionale, che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'art. 267, secondo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione, potendo all'occorrenza disapplicare, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale¹⁰.

Occorre ancora sottolineare che tale vincolo riguarda non solo il giudice nazionale che ha sollevato il rinvio, ma anche gli altri giudici che saranno chiamati a statuire sulla medesima causa nei diversi gradi del giudizio¹¹, i quali, eventualmente, potranno sollecitare una nuova pronunzia in via pregiudiziale della Corte di Giustizia ove intendano offrire elementi nuovi non esaminati

⁷ Corte cost., sentt. 19.4.1985, n. 113 e 11.7.1989, n. 389; Corte di Cassazione, sentt. 28.3.1997, n. 2787 e 3.10.1997, n. 9653. Talvolta si parla anche di effetti *ultra partes*: Cass.sez.trib. 29 agosto 2007 n.18219; Cass.sez.trib.15 gennaio 2008 n.21530. Sul punto v.ancora Domenicucci, op. cit., ove ricorda che "La natura sostanzialmente vincolante del precedente nei confronti di tutti i giudici nazionali, di prima o di ultima istanza, è peraltro indirettamente confermata dall'art. 104, par. 3, reg. proc., che prevede una modifica del procedimento avanti la Corte proprio in relazione alle ipotesi di rimessione di una questione "manifestamente identica" ad altra già risolta in passato. In tali casi, la Corte, previo contraddittorio, e dopo aver informato il giudice del rinvio, potrà infatti «statuire con ordinanza motivata contenente riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente» (la stessa procedura può essere seguita «qualora la soluzione della questione pregiudiziale non dia adito a dubbi ragionevoli»)."

⁸ Sono rari i casi in cui la Corte di Giustizia si avvale del potere di limitare la portata retroattiva delle sue decisioni tanto in punto di interpretazione che di invalidità, correlandosi tali ipotesi a ricadute finanziarie stimate dalla Corte stessa estremamente rilevanti- cfr. Corte giust., sentt. 10.3.1992, Lomas e a., C-38/90 e C-151/90, Racc. p. I-1781; 9.11.2010, Schecke e a., C-92/09 e C/93/09; Corte giust., sent. 27.2.1985, Société des produits de maïs, 112/83, Racc. p. 719.

⁹ Corte giust., sentt. 27.3.1980, Denkavit italiana, 61/79, Racc. p. 1205; 3.10.2002, Barreira Pérez, C-347/00, Racc. p. I-8191.

¹⁰ Così p.31 sent. cit. nel testo e Corte Giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, Racc. pag. 629, punto 24, nonché 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, Racc. pag. I-11049, punto 81.

¹¹ Corte Giust. 5 marzo 1986, causa C-69/85, p.12

precedentemente dal giudice di Lussemburgo o comunque indurre la Corte di Giustizia ad un *revirement*.

1.2. Il dialogo *ascendente* e *discendente* tra giudice nazionale e Corte di giustizia.

Il tema dell'interpretazione eurounitariamente conforme già trattato dal Presidente Onedei consente ora di svolgere alcune considerazioni sul principio di cooperazione diuturnamente che caratterizza, anche, il rapporto tra giudice comunitario e giudice domestico secondo tipiche scansioni dialogiche.

Piero Gaeta, rifacendosi al filosofo Grice¹² ha di recente tracciato in modo davvero incisivo il contenuto intrinseco e la finalità di ogni forma di "dialogo" -rendere più efficace lo scambio di informazioni o raggiungere lo scopo della comunicazione- riconoscendo che tra giudice nazionale e giudice eurounitario- più che tra giudice nazionale e CEDU- possono comporsi le rime di un "dialogo" in senso pieno, improntato ad un fine comune e cementato da un principio cooperativo, attuato in base a regole condivise.

Ciò perché giudice *ascendente* (Corte di Giustizia) e giudice *discendente* (giudice nazionale) appaiono ispirati da regole condivise¹³.

E' dunque il caso di fermarsi un attimo sulla trama del dialogo, ascendente e discendente, tra giudice comunitario e giudice nazionale, non potendosi disconoscere che tale «dialogo» non può prescindere da una chiara ripartizione dei rispettivi ruoli dei dialoganti.

Ciò si farà per (tentare di) dimostrare quanto l'affermazione del "primato" del giudice di Lussemburgo su quello nazionale meriti ben più attenta ponderazione di quella generalmente riservata, ad essa dovendosi affiancare una serie di precisazioni capaci di plasmare il concetto di primazia, orientandolo verso tratti di più marcata complementarietà, cooperazione ed integrazione capaci, infatti, di ricondurre tale rapporto su parametri di equiordinazione.

E' *communis opinio* che quando è in discussione la portata di una normativa comunitaria - ora eurounitaria- l'influenza ed il "potere" della Corte di Lussemburgo si atteggiavano con tratti di *sovraordinazione* rispetto al giudice nazionale.

In questa direzione milita, per un verso, la *naturale* capacità delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia di orientare i giudici nazionali nell'applicazione del diritto eurounitario, secondo un meccanismo che assegna al *diritto vivente* del giudice eurounitario il ruolo di "precedente vincolante" per qualunque giudice nazionale, anche territorialmente diverso da quello che ha suscitato il rinvio pregiudiziale.

Quel che tuttavia caratterizza in modo pregnante il rapporto di complementarietà fra giudice interno e giudice di Lussemburgo è l'esistenza del meccanismo del rinvio pregiudiziale che, proprio per il suo atteggiarsi quale strumento preventivo che "parte" dal giudice nazionale non intende né eliderne le prerogative né travolgere il suo operato, esula da un meccanismo di tipo gerarchico.

In questo senso non è superfluo sottolineare, anzitutto, la "libertà" del giudice(non di ultima istanza) di attivare tale meccanismo¹⁴ e, con essa, la "centralità" del giudice nazionale, essendo

¹² GRICE, Logica e conversazione. Su intenzione, significato e comunicazione.

¹³ GAETA, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le Corti nazionali e sopranazionali", Roma, 22-24 giugno 2009, in www.csm.it, pag.4 del dattiloscritto:<< In particolare, Grice individua quattro regole che dovrebbero improntare il dialogo in modo da soddisfare il principio di cooperazione: 1) la regola della quantità (ovvero, dare la quantità di informazione richiesta); 2) la regola della qualità (dare un contributo veritiero al dialogo); 3) la regola della pertinenza (dire solo cose pertinenti); 4) infine, la regola della modalità (esprimersi in forma chiara, non ambigua, concisa ed ordinata)>>

¹⁴ Corte giust., sent. 17.4.2007, A.G.M.-COS.MET, C-470/03, Racc. p. I-2749. Corte giust., sent. 22.6.2010, Melki e Abdeli, C-188/10 e C-189/10 ha poi ribadito la libertà del giudice nazionale, in ogni fase del procedimento innanzi allo stesso ed anche al termine di un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, di sottoporre alla Corte di giustizia qualsiasi questione pregiudiziale precisando che l'art. 267 TFUE non osta ad una normativa nazionale che

questi non soltanto l'unico ad avere piena conoscenza dei fatti di causa, ma anche trovandosi nella situazione più idonea a valutare la pertinenza delle questioni di diritto sollevate e la necessità di una pronuncia pregiudiziale per poter emettere la propria sentenza (Domenicucci).

Questa *libertà*, peraltro, nasconde dei doveri precisi del giudice nazionale che si traducono, in caso di non corretto esercizio delle prerogative attribuitegli, in ipotesi di irricevibilità del rinvio.

Proprio la centralità del giudice del rinvio determina, nella giurisprudenza eurounitaria, declaratorie – ancorché prudenti (Franchi, op.cit. 1947) di irricevibilità delle questioni pregiudiziali nelle quali il giudice *a quo* omette di definire il contesto di fatto e di diritto in cui si inserivano le questioni sollevate o di spiegare l'ipotesi di fatto su cui tali questioni erano fondate¹⁵ ovvero solleva una questione all'interno di una controversia fittizia¹⁶. Ma che finisca comunque col prevalere, nei rapporti fra giudice nazionale e Corte di Giustizia, lo spirito di cooperazione, è dimostrato dalla tradizionale elasticità con la quale la Corte di Giustizia interpreta le condizioni di ricevibilità dei rinvii pregiudiziali (Franchi, 1947).

La particolare "competenza" del giudice nazionale si misura, peraltro, sia nella stesura delle ordinanze di rinvio pregiudiziale, sicuramente agevolata dalla *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali* – reperibile sul sito della Corte¹⁷ e ancor di più nella capacità di non investire la Corte dell'esame di questioni che esulano dalla loro "competenza".

Salvo a ritornare sul tema dei *confini* nel prosieguo della discussione, è importante che il giudice nazionale *non* attivi il meccanismo pregiudiziale quando la controversia innanzi a lui pendente non riguarda questioni di competenza della Corte – *id est* non è lambita neppure indirettamente dal diritto dell'UE¹⁸ e che *attivi* il rinvio seguendo alcune regole di base¹⁹.

instaura un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, purché gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi: i) di adire la Corte, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale; ii) di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e iii) di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione (cfr. sul punto, Domenicucci).

¹⁵ Corte giust., sent. 19.4.2007, C-295/05, Asemfo, Racc. p. II-2999.

¹⁶ Corte giust., sentt. 11.3.1980, Foglia/Novello I, 104/79, Racc. p. 745; 16.12.1981, Foglia/Novello II, 244/80, Racc. p. 3085.

¹⁷ fr. Corte giust., ord. 13 gennaio 2010, *Calestani e a.*, C-292/09 e C-293/09, punto 28, in cui la Corte ha fatto riferimento per la prima volta alla Nota informativa. La lettura di tali istruzioni, pur non vincolante, appare elemento indefettibile per la corretta redazione dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale le stesse contenendo preziosi consigli sulle modalità di redazione del provvedimento. E' ancora la lettura di tali istruzioni a rendere chiara la finalità della comunicazione del rinvio agli altri Stati UE.

¹⁸ Si intende fare riferimento alle controversie "puramente interne".

¹⁹ Cfr. punti 21 e 22 Note informative, cit.: "La necessità di tradurre la domanda richiede una redazione semplice, chiara e precisa, senza elementi superflui. Una lunghezza che non supera una decina di pagine è spesso sufficiente per esporre il contesto di una domanda di pronuncia pregiudiziale in maniera adeguata. Pur rimanendo succinta, la decisione di rinvio deve tuttavia essere sufficientemente completa e contenere tutte le informazioni pertinenti in modo da consentire alla Corte, nonché agli interessati legittimati a presentare osservazioni, di intendere correttamente l'ambito di fatto e di diritto della controversia nel procedimento nazionale. In particolare, la decisione di rinvio deve:

- contenere una breve esposizione dell'oggetto della controversia, nonché dei fatti pertinenti quali sono stati constatati, o, quanto meno, chiarire le ipotesi di fatto sulle quali la questione pregiudiziale è basata;
- riportare il contenuto delle disposizioni nazionali che possono trovare applicazione ed identificare, eventualmente, la giurisprudenza nazionale pertinente, indicando ogni volta i riferimenti precisi (ad esempio, pagina di una Gazzetta ufficiale o di una determinata raccolta; eventualmente con riferimento su Internet);
- identificare con la maggiore precisione possibile le disposizioni di diritto dell'Unione pertinenti nella fattispecie;
- esplicitare i motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a sollevare questioni sull'interpretazione o la validità di talune disposizioni di diritto dell'Unione nonché il nesso che esso stabilisce tra queste disposizioni e la normativa nazionale che si applica alla causa principale;
- comprendere, eventualmente, una sintesi della parte essenziale degli argomenti pertinenti delle parti nella causa principale.

Per facilitarne la lettura e la possibilità di farvi riferimento, è utile che i vari punti o paragrafi della decisione di rinvio siano numerati.

1.3. Perché dialogare con la Corte di Giustizia.

All'interrogativo proposto nel paragrafo sembra rispondere in maniera estremamente chiara il compianto Avvocato Generale Colomer che, nelle Conclusioni presentate il 28 giugno 2007 nella Causa C-262/06, *Deutsche Telekom AG*, chiarisce che il rinvio pregiudiziale<< lungi dal costituire un interrogatorio in cui un giudice si limita a formulare quesiti aspettando che l'altro giudice gli fornisca una risposta, si presenta come un autentico dialogo, una conversazione in cui i partecipanti esprimono le loro considerazioni, sebbene l'ultima parola, per ragioni istituzionali e di uniformità del sistema, spetti ad uno solo di essi, che impone la propria opinione tenendo conto del parere degli altri>>

Come osserva l'Avvocato Generale Maduro nelle Conclusioni presentate il 22 maggio 2008 nella causa C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, la possibilità, per un organo giurisdizionale di grado inferiore in ogni Stato membro, di interagire direttamente con la Corte di giustizia è essenziale ai fini dell'uniforme interpretazione e dell'effettiva applicazione del diritto comunitario.

Attraverso la domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice nazionale diventa parte di una discussione di diritto eurounitario senza dipendere da altri poteri o da altre autorità giudiziarie nazionali, le quali nemmeno possono limitare od opporsi a tale scelta, anche se strutturate in posizione gerarchica superiore rispetto al giudice che intende sollevare il rinvio.

Comincia, così, a delinearsi la portata del dialogo di cui qui si discorre.

Utile appare, ancora una volta, il rinvio alle Conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer presentate il 25 giugno 2009 nella causa C-205/08, ove si intravede nel dialogo pregiudiziale uno strumento straordinario per il <<rafforzamento della voce istituzionale di un potere degli Stati membri: la giustizia>>.

Ciò che, in definitiva, significa valorizzare il ruolo fondamentale dei giudici nello spazio costituzionale europeo.

E' dunque la giurisdizione <<in quanto potere basato sull'indipendenza - sull'imparzialità *n.d.r.*-, sul rispetto della legge e sulla risoluzione delle controversie>> a godere di <<una voce singolare, staccata dallo scenario politico e legata unicamente alla volontà del diritto>>.

Può, a ragione affermarsi che << *L'autorevolezza dell'ordinamento europeo è quindi intrisa di una forte componente giudiziaria. Non è esagerato ritenere che la Corte di giustizia sia il responsabile ultimo del diritto dell'Unione grazie ai giudici nazionali*>>.

Ed è sempre Colomer a sottolineare che <<grazie al *dialogo* tra giudici sono stati definiti, uno ad uno, i tratti genetici del nuovo ordinamento: l'effetto diretto, il primato del diritto comunitario, la responsabilità, l'effettività, l'equivalenza e molti altri principi che articolano il sistema giuridico dell'Unione >>.

Importante è dunque comprendere il ruolo del *dialogo* pregiudiziale.

Per far ciò ci sia consentito usare, ancora una volta, le parole dell'Avvocato Colomer, quando afferma che <<la giurisprudenza comunitaria ha introdotto tali giudici nel dialogo pregiudiziale, non tanto allo scopo di aumentare il numero dei rinvii, quanto piuttosto per preservare l'autonomia istituzionale degli Stati membri.>>

Ed è proprio questo il punto nodale del dialogo visto che proprio la richiesta di rinvio crea un percorso virtuoso di avvicinamento del diritto comunitario a quelle tradizioni culturali comuni che costituiscono, come è noto, una delle basi fondamentali dei principi generali dell'ordinamento comunitario conati, ancora una volta, dalla Corte di Giustizia.

Per questo, il punto 23 delle *Note informative* chiarisce che "il giudice del rinvio, se si ritiene in grado di farlo, può indicare succintamente il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte." Questa notazione, apparentemente marginale, risulta di notevole importanza se si riflette sul fatto che con essa la Corte di Giustizia ha a cuore le valutazioni espresse sulla questione controversa dal giudice nazionale. Valutazioni e tesi che vengono dunque a costituire anch'esse un anello della catena che condurrà alla soluzione del quesito per mano della Corte.

Ha dunque ragione Colomer nel ritenere che è proprio il rinvio pregiudiziale ad alimentare il *dibattito giudiziario europeo*. E sotteso a tale rinvio non è il desiderio della Corte di giustizia di esercitare un controllo sull'affluenza di procedimenti sottoposti alla sua giurisdizione quanto

l'intenzione di rispettare e mostrare una certa deferenza nei confronti della concezione della funzione giurisdizionale in ciascuno Stato membro.

La portata europea del dialogo, d'altra parte, si percepisce non appena si riflette sul fatto che l'ordinanza di rinvio del giudice nazionale appena pervenuta nella cancelleria della Corte viene notificata della stessa non solo alle parti del processo *a quo*, ma anche agli Stati membri ed alla Commissione, nonché al Consiglio ed al Parlamento, quando l'atto di cui si chiede l'interpretazione emani da questi ultimi. Ciò dà il senso della portata del rinvio pregiudiziale al quale sono "invitati" a partecipare tutti i Paesi dell'UE! La vicenda così attivata dal giudice nazionale esce, in tal modo, dagli ambiti asfittici della controversia, non si limita nemmeno ad avere refluenza all'interno dei confini nazionali, ma va oltre questi, per porsi come elemento indefettibile e tassello fondamentale della piena, armonica ed uniforme interpretazione del diritto dell'Unione.

Ecco che questo dialogo attivato dal giudice nazionale si amplia enormemente, coinvolgendo altri protagonisti, ai quali viene data l'opportunità, attraverso il deposito di osservazioni, di offrire alla Corte il proprio contributo sui punti controversi e di esporre le tesi a sostegno delle soluzioni prospettate.

Così facendo il meccanismo scelto a livello comunitario dimostra di essere non solo estremamente democratico, ma anche improntato ad un corretto uso dei meccanismi di confronto²⁰.

Per questo l'ordinanza di rinvio non ha essa solo valenza endoprocessuale, ma si risolve in un tassello extraprocessuale parimenti indefettibile. La Corte di Giustizia ha infatti chiarito che l'ordinanza di rinvio e le informazioni ivi contenute hanno anche la finalità di fornire ai governi degli Stati membri la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 20 dello Statuto, rientra nella sua competenza «provvedere affinché tale possibilità sia salvaguardata, tenuto conto del fatto che, a norma della disposizione citata, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio. Quindi, è indispensabile che il giudice nazionale che solleva la questione fornisca un minimo di spiegazioni sulle ragioni della scelta delle norme [dell'UE] di cui chiede l'interpretazione e sul rapporto che egli ritiene esista fra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia» (ex multis, Corte giust., sent. 8.11.2007, Schwibbert, C-20/05, Racc. p. I-9447).

Sembrano dunque essere quelle sopra esposte le ragioni che inducono la Corte di giustizia ad attribuire al giudice nazionale non di ultima istanza il ruolo di "giudice comunitario di diritto comune" -senza obbligarlo al rinvio pregiudiziale-.

Ma anche la fase discendente, successiva alla decisione della Corte di Giustizia, non è meno rilevante, questa volta attribuendo al giudice nazionale il compito, non meno decisivo, di "calare" nella vicenda concreta il *dictum* del giudice di Lussemburgo. La portata endoprocessuale della pronuncia della Corte dunque non rappresenta il tassello finale ed ultimo della vicenda. Per dirla in termini pratici, la causa non è chiusa, ma anzi è per effetto della pronuncia della Corte che si apre una nuova fase innanzi al giudice nazionale.

In questo senso, il continuo ricorso, nelle pronunzie della Corte di Lussemburgo, alla formula "spetta al giudice nazionale verificare" dimostra quanto sia la stessa Corte ad avere ben presente il ruolo, fondamentale ed ineliminabile, riservato al giudice nazionale nella fase di attuazione concreta delle decisioni di Lussemburgo.

E ciò non soltanto per l'ovvia prossimità di quel giudicante alla controversia ed al sistema nazionale interno, ma proprio per una precisa scelta di condizione di ruoli voluta, prima di ogni

²⁰ Cfr. sul punto SCLAVI, Relazione tenuta all'incontro di studio svolto a Roma ed organizzato dal CSM sul tema, *L'Ascolto del minore, 20 – 24 giugno 2011: Il modello decisionale democratico*, affermatosi in Occidente a metà del 19mo secolo, si basa su tre principi: 1. il diritto di ogni partecipante ad esprimere le proprie idee, interessi e proposte; 2. Il diritto al contraddittorio, per cui chiunque altro partecipante al processo decisionale può e deve valutare i pro e contro di queste idee dal suo punto di vista;... L'approccio del Confronto Creativo si prefigge di ampliare la strumentazione per le decisioni democratiche in modo da garantire un senso di comune appartenenza basato sulla comune capacità di prendere decisioni che siano polifoniche, efficaci, nel rispetto e nel potenziamento delle identità multiple dei soggetti in causa. Per poter connotare un processo come "confronto creativo" sono necessarie una serie di condizioni, così riassumibili: 1. inclusione di una cerchia più ampia e completa possibile di tutti i portatori di interessi, di preoccupazioni e di punti di vista relativi al tema in discussione..."

altro, proprio dal giudice di Lussemburgo.

Ulteriore conferma dell'equiordinazione esistente fra giudice comunitario e domestico si trae dalla facoltatività dello strumento del rinvio che sta, in definitiva, a dimostrare e giustificare la peculiare posizione del giudice nazionale.

Quest'ultimo, infatti, se non decide di rivolgersi al giudice di Lussemburgo, gode del potere diretto di fare applicazione della normativa comunitaria, pur risultando tenuto a conformarsi alla cornice del *diritto vivente* della Corte di giustizia all'interno della quale esso si colloca.

E' vero che questa scelta di fondo del sistema dei rapporti fra giudice eurounitario e giudice nazionale potrebbe essere spiegata non in termini qualitativi, ma secondo una logica quantitativa e di *sopravvivenza* (della Corte), immaginandosi che l'obbligatorietà del rinvio farebbe *impazzire* il giudice di Lussemburgo, depotenziando quel requisito di *effettività* posto a fondamento dell'intero sistema di tutela giurisdizionale proprio dalla Corte di giustizia.

Né può tacersi che secondo taluni la formula "giudice comunitario - ora eurounitario *n.d.r.* - di diritto comune", spesso utilizzata dagli Avvocati generali della Corte di giustizia²¹, non va intesa letteralmente, ma piuttosto in maniera simbolica, posto che quando il giudice nazionale si occupa del diritto comunitario, lo fa come organo di uno Stato membro²² e non come organo comunitario in seguito a un'operazione di sdoppiamento funzionale²³. Ciò che renderebbe comunque marcata, accentuandola, la differenza fra le due Istituzioni giurisdizionali confermando il tratto sovraordinato di cui si è detto.

Sembra tuttavia che la condivisione integrale di tale ultimo postulato rischia di far perdere l'essenza dei rapporti esistenti fra giudice nazionale e comunitario che proprio la Corte di Lussemburgo sa essere caratterizzati in termini di integrazione, in quanto rivolti ad un organismo nazionale voluto come *parte sui generis* della stessa Corte e, dunque, non come "altro", diverso o gerarchicamente sottordinato. Se così fosse, lo si ribadisce, il rinvio pregiudiziale si imporrebbe come regola, il che si è visto non è.

Si può quindi concludere che il promovimento del rinvio pregiudiziale, quando è sperimentato, costituisce espressione, da parte del rimettente, di autonomia, dallo stesso derivando una pronunzia del giudice di Lussemburgo dotata di efficacia vincolante per il giudice nazionale - anche diverso da quello che ha sollevato il rinvio -.

La conferma della residualità dei tratti di gerarchia e della centralità della regola dell'integrazione sembra riposare nel fatto che gli effetti della pronunzia resa in sede pregiudiziale dalla Corte **non esaurisce** il potere decisionale del giudice (nazionale) *a quo* che sarà tenuto a coniugare la decisione comunitaria con il diritto interno, operando appunto secondo i meccanismi dell'interpretazione conforme o della disapplicazione (*rectius* non applicazione) ovvero, ove tale ultimo meccanismo non possa operare (rapporto orizzontale, direttiva non *self-executing*), del rinvio alla Corte costituzionale ex art.117 primo comma Cost.²⁴ - almeno secondo il paradigma coniato nel nostro ordinamento -.

Attribuire efficacia vincolante alle sentenze interpretative della Corte esalta, in definitiva, più che la sovraordinazione del giudice di Lussemburgo il meccanismo dialogico del rinvio, senza il quale la Corte comunitaria non può operare.

Utili appaiono le conclusioni rese dall'Avvocato Generale Colomer nella causa C-14/08, Roda Golf & Beach Resort SL, ove si sottolinea che <<Il rinvio pregiudiziale si articola come una cooperazione tra giudici, finalizzata alla ricerca di una soluzione uniforme che sia adatta al caso concreto e alla necessità di coerenza dell'ordinamento comunitario. Tale strumento instaura pertanto un rapporto costruttivo *da giudice a giudice* e non *da caso a caso* - p.52-.

²¹Concl. Avv. gen. Saggio presentate il 16 dicembre 1999, Cause riunite da C-240/98 a C-244/98 Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA.

²²Corte giust. 1° dicembre 1965, n. C-16/65, Schwarze in Racc.. 910; Corte giust. 9 marzo 1978, n. C-106/77, Simmenthal in Racc., 629, p. 16.

²³Concl. Avv. gen. Leger 8 aprile 2003 a Corte giust. n. C-224/01, Köbler.

²⁴Si rinvia a Conti, Test di costituzionalità e direttive non *self executing*: un dialogo ancora aperto con la Granital, in Corr.giur., 2007, 12, 1665.

1.4. La metafora della rete ed il dialogo fra giudice nazionale e Corte di Giustizia.

Va a tal punto ricordato che già altre volte questo atteggiarsi dei rapporti fra organi giudiziari eurounitari ed interni, è stato tratteggiato facendo ricorso alla metafora delle rete²⁵.

In questo sta, in definitiva, il “sale” del rapporto tra giudice di Lussemburgo e giudice nazionale ed in definitiva fra i due sistemi normativi di base- nel quale il *dialogo* trova nel rinvio pregiudiziale un suo momento essenziale ma non esclusivo, tanto più quando la normativa eurounitaria non si propone come totalizzante ma, per sua stessa ammissione, ammette che quella nazionale possa offrire margini di tutela differenti (*in melius*) rispetto a quelli fissati, in funzione armonizzatrice e non di uniformazione piena.

Il terreno dell'interpretazione conforme per come lo ha confezionato la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra essere, dunque, il luogo elettivo nel quale i giudici(di Lussemburgo e nazionali) operano insieme con il comune obiettivo di garantire la piena ed effettiva efficacia del diritto dell'Unione.

Il mutuo ricorso ai “metodi” di interpretazione del diritto interno per garantire comunque la piena efficacia delle norme dell'Unione nei rapporti orizzontali che la Corte ha ripetutamente predicato, almeno in tempi recenti, sembra dimostrare come nel processo interpretativo si innestano elementi tra loro inizialmente spuri, provenienti da sistemi diversi e che, però, raggiungono attraverso il ricorso al canone dell'interpretazione conforme una nuova e diversa organicità che, sicuramente, produce un risultato concreto nuovo rispetto a quello ottenibile attraverso l'applicazione al caso concreto del diritto interno <<non influenzato>> da quello dell'Unione.

Il contributo offerto a tale processo è dunque giocato “alla pari” dal giudice nazionale e dal giudice di Lussemburgo, senza che possa individuarsi uno schema gerarchico.

Del resto, tali considerazioni si inseriscono in una linea di tendenza, più volte esternata dal giudice di Lussemburgo, in ordine allo spirito di collaborazione cui dev'essere informato il funzionamento del rinvio pregiudiziale²⁶ – proprio per garantire l'autonomia dei giudici nazionali nelle materie di diritto interno²⁷.

Ciò non ha impedito, però, alla Corte eurounitaria di fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che possono essergli utili per la valutazione della disposizione nazionale²⁸, restando in ogni caso riservato al giudice nazionale il potere di ponderare le conseguenze, nella concreta controversia, derivanti dall'applicazione del diritto comunitario²⁹.

Per spiegare, dunque, la presa di posizione del giudice di Lussemburgo occorre ancora una volta

²⁵CASSESE, La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale, in

<http://www.irpa.eu/public/File/Articoli/CasseseLa%20funzione%20costituzionale%20dei%20giudici%20non%20statali.pdf>; Id., La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale, in Riv. trim. dir. pubbl., 2007, 622; Id., Lo spazio giuridico globale, Bari, 2003, 21: «...Rete è un attrezzo costituito da fili intrecciati e annodati, usato per catturare pesci e uccelli .Il termine indica anche una struttura risultante da elementi che si intersecano e formano una trama con maglie, rami, nodi....Anche l'uso del termine “rete” nel diritto e nelle scienze organizzative rappresenta una figura retorica. Qui esso indica una figura organizzativa composta di uffici pubblici e caratterizzata dai seguenti due elementi o tratti: appartenenza a entità o apparati diversi e collaborazione o interdipendenza. Questi elementi possono avere gradi o misure diverse....La collaborazione può essere volontaria o imposta»; A. Sandulli, La corte di giustizia europea ed il dialogo competitivo tra le corti, in <http://www.irpa.eu/public/File/Articoli%20Novit%202009/Sandulli%20-20Corte%20di%20giustizia%20europea.pdf>; Scoditti, La costituzione senza popoli, Bari, 2001, 26; Id., Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM in Roma 22-24 giugno 2009, sul tema “I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le corti nazionali e sopranazionali”, in www.csm.it. V. pure Gaeta, Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale, cit. Per i rapporti fra Corte di giustizia e Corti costituzionali v. Fontanelli - Martinico, Alla ricerca della coerenza: le tecniche del “dialogo nascosto” fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multi-livello, in Riv. trim. dir. pubbl., 2008, 3, 351 ss.

²⁶Corte giust. 16 dicembre 2002, n. C-343/90, Lourenço Dias, in Racc., I-4673, p. 17.

²⁷Corte giust. 15 luglio 1968, n. 6/64, Costa, in Racc., 1129, in particolare, 1171.

²⁸Corte giust. 5 marzo 2002, cause riunite C-515/99, da C-519/99 a C-524/99 e da C-526/99 a C-540/99 Hans Reisch e altri c. Bürgermeister der Landeshauptstadt Salzburg, e altri; Corte giust., 3 marzo 1994, cause riunite C-332/92, C-333/92 e C-335/92, Eurico Italia e altri, in Racc. I-711, p. 19.

²⁹Corte giust. 17 luglio 2008, n. C-94/07, Raccanelli c. Max-Planck-Gesellschaft.

ricorrere alla metafora della rete che qui vede alcuni nodi intrecciati *solo* dal giudice nazionale e non riavvolti o riannodati dal giudice di Lussemburgo il quale, invece, tesse *insieme* al giudice nazionale i bordi della stessa rete e che, in ogni caso, non disdegna forme di dialogo pur sempre orientate ad impedire risultati sfavorevoli al titolare dei diritti (siano essi di matrice comunitaria od interna).

In altri termini, la Corte ha ben chiara la sfera di autonomia del giudice nazionale al quale essa non intende in alcun modo sovrapporsi, proprio perché il suo ruolo è quello di risolvere le questioni che le sono state sottoposte dal giudice del rinvio, e non di sostituire la propria interpretazione delle norme di diritto nazionale a quella del giudice nazionale³⁰.

In tali casi è, piuttosto, il giudice nazionale a godere di quelle prerogative di pienezza interpretativa rispetto alla legislazione nazionale che rimane impermeabile rispetto all'efficacia della sentenza resa dalla Corte di giustizia.

Esce dunque ancora una volta confermato il ruolo chiave del giudice nazionale per quanto riguarda l'affermazione del diritto eurounitario nell'ordinamento giuridico nazionale, *mediante la verifica e la rettifica degli atti del legislatore e dell'amministrazione nazionali*.

Come ha sottolineato l'Avvocato Generale Geelhoed nelle conclusioni rese il 3 giugno 2003 nella causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, p.57, "...E' questa una funzione che, nell'ambito delle organizzazioni giudiziarie nazionali, i giudici di ogni settore hanno svolto in collaborazione con la Corte di giustizia nell'ambito dei procedimenti pregiudiziali fin da quando è entrato in vigore il Trattato che istituisce le Comunità europee. Grazie a tale collaborazione le istanze giudiziarie nazionali hanno dato un contributo determinante allo sviluppo e alla realizzazione del diritto comunitario."³¹

Il tutto, ancora una volta seguendo quel principio di effettività della tutela giurisdizionale - espresso già nella sentenza *Francovich* e, da ultimo, nelle sentenze *Unibet* e *Kadi* - che irradia l'intero sistema dell'Unione.

1.5. I dubbi del Consiglio di Stato -sent. Cons.Stato 5 marzo 2012 n.4584- sul rinvio pregiudiziale alla Corte UE del giudice di ultima istanza.

Ha destato notevole interesse l'ordinanza con la quale il Consiglio di Stato ha rivolto alcuni quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia -ord.5.3.2012 in proc. 4584 del 2011, in http://www.giustizia-amministrativa.it/DocumentiGA/Consiglio%20di%20Stato/Sezione%206/2011/201104584/Provvedimenti/201201244_18.XML-.

Il provvedimento, che pure solleva in via subordinata questioni pregiudiziali in ordine al regime concorrenziale e degli aiuti di stato che non saranno oggetto della presente analisi, svolge numerose considerazioni sul ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia affermando, in estrema sintesi, che:

1) la giurisprudenza comunitaria, rispetto all'obbligo del giudice di ultima istanza di rimettere alla Corte di Giustizia il rinvio pregiudiziale, ha tra l'altro affermato che lo stesso va escluso quando la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata

2) in caso di obbligo del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, il mancato rispetto di tale prescrizione determinerebbe secondo la giurisprudenza di Lussemburgo la responsabilità degli Stati membri, che sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione riconducibili ad organi giudiziari- si richiamano, in particolare, Corte giust. CE, 30

³⁰ Corte giust. 1° dicembre 1965, n. C. 16/65, *Schwarze*, in Racc., 910.

³¹ E nella stessa occasione (p.59) si chiarì ulteriormente che "...Attraverso i principi fondamentali dell'effetto diretto di determinate disposizioni del Trattato CE e delle normative derivate, della prevalenza del diritto comunitario sulle norme nazionali con esso incompatibili, della responsabilità degli Stati membri - a determinate condizioni - per la violazione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario e l'obbligo di interpretare il diritto nazionale alla luce delle pertinenti norme di diritto comunitario, ai giudici nazionali spetta il compito di provvedere affinché i singoli possano avvalersi dei diritti loro conferiti dal diritto comunitario. Sotto questo aspetto i giudici costituiscono allo stesso tempo una garanzia e un contrappeso nell'ambito dello Stato membro, qualora altri organi dello Stato non adempiano agli obblighi derivanti dal Trattato."

settembre 2003 C-224/01, *Köbler*; Corte giust., 13 giugno 2006 C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; Id., sez. III 24 novembre 2011, causa C-379/10 *Commissione europea c. Repubblica italiana*].

3) le questioni pregiudiziali sollevate dall'appellante erano state formulate in termini generici o con riferimento a norme comunitarie palesemente non pertinenti al caso specifico, tanto da essere dichiarata irrilevante o inammissibile, ovvero da imporre un'integrale riformulazione da parte del giudice.

4) secondo il diritto processuale amministrativo la richiesta di rinvio pregiudiziale andrebbe inquadrata nell'ambito dei motivi di ricorso, vigendo il principio della domanda di parte, il principio della specificità dei motivi di ricorso con conseguente inammissibilità dei motivi generici, il divieto di modifica dei motivi in corso di causa; in ossequio al principio della domanda, il giudice non può modificare una domanda di parte, pena la violazione del principio del contraddittorio. Alla luce delle regole del processo amministrativo sopra enunciate, la "domanda pregiudiziale" proposta dall'appellante come primo motivo di appello, dovrebbe essere valutata, anzitutto, come "motivo di ricorso" alla stregua delle regole processuali nazionali. Inoltre, secondo le regole processuali nazionali, la censura di contrasto dell'atto amministrativo impugnato con il diritto comunitario andrebbe trattata come un ordinario motivo di ricorso, e dunque andrebbe proposta dalla parte entro i termini di impugnazione dell'atto amministrativo, con motivo specifico, da articolarsi sin dal primo grado di giudizio, non potendo tale censura essere formulata per la prima volta in appello. Per tali ragioni sarebbe stato necessario affermare che il motivo di ricorso era inammissibile per genericità, in quanto, in relazione alla dedotta censura di contrasto dell'atto amministrativo impugnato con il diritto comunitario, sollevava una questione d'interpretazione del diritto comunitario limitandosi a elencare norme nazionali e disposizioni comunitarie, e a dichiarare che vi è una "questione d'interpretazione", ma non chiarisce in cosa consisterebbe siffatta questione d'interpretazione.

5) l'art. 267, par. 3, TFUE, né la giurisprudenza della Corte di giustizia CE che lo ha interpretato forniscono chiarimenti sul rapporto tra l'obbligo di rinvio pregiudiziale e le regole processuali nazionali.

6) non è chiara la portata e l'ambito del giudizio di "rilevanza" della sollevata questione pregiudiziale, ai fini del decidere: la Corte di Giustizia CE non avrebbe indicato in modo univoco se il giudizio di rilevanza sia riservato al giudice nazionale, o possa essere sindacato dalla stessa Corte di Lussemburgo. Né sarebbe chiaro qual è l'ambito del potere del giudice nazionale di escludere la rilevanza, se per valutare la rilevanza occorra comunque stabilire se il diritto comunitario è o no applicabile al caso concreto, né quali sono le conseguenze giuridiche, anche in termini di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, se il giudice *a quo* esclude la rilevanza della questione d'interpretazione del diritto comunitario, errando nel valutare se il diritto comunitario è o meno applicabile al caso concreto.

7) l'art. 267, par. 3, TFUE configura un obbligo di rinvio pregiudiziale sulla interpretazione del diritto comunitario, quando una tale questione "è sollevata". Secondo il giudice remittente la formulazione della disposizione sembra pertanto configurare un obbligo di rinvio ogni qual volta una questione sia sollevata da una o più delle parti di causa. La giurisprudenza della Corte, sopra citata, ha ipotizzato una sorta di "filtro", per il caso di questioni non rilevanti, o già decise, o già chiare oltre ogni ragionevole dubbio. Sembra trattarsi di un filtro a maglie larghe che lascia poco margine ad un sindacato valutativo del giudice nazionale, atteso che, da un lato, il dato testuale dell'art. 267, par. 3, TFUE sembra prevedere un "obbligo" incondizionato, sicché eventuali deroghe devono essere tassative, e atteso che le questioni interpretative "chiare" sono evenienza rara e che la stessa valutazione di "rilevanza" della questione può presupporre la soluzione di questioni interpretative del diritto comunitario. Invece, nel sistema del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sembra esclusa, in capo al giudice nazionale di ultima istanza, qualsiasi competenza ad interpretare il diritto comunitario, potendo il giudice nazionale escludere il rinvio pregiudiziale solo se la norma comunitaria sia chiara al di là di ogni ragionevole dubbio.

8) Nel sistema del processo amministrativo italiano, come risulta dal codice del processo amministrativo, vigendo il principio della domanda di parte, il principio della specificità dei motivi di ricorso con conseguente inammissibilità dei motivi generici, il divieto di modifica dei

motivi in corso di causa; in ossequio al principio della domanda, il giudice non può modificare una domanda di parte, pena la violazione del principio del contraddittorio. Alla luce delle regole del processo amministrativo sopra enunciate, la “domanda pregiudiziale” proposta dall’appellante come primo motivo di appello, dovrebbe essere valutata, anzitutto, come “motivo di ricorso” alla stregua delle regole processuali nazionali.

9) l’attuale giurisprudenza della Corte di Giustizia non consentirebbe di individuare la portata stessa del rinvio pregiudiziale con riguardo alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell’UE, dovendo essere “...chiarito dalla Corte di giustizia CE, alla luce della interpretazione dell’art. 267, par. 3, TFUE, in quali casi il mancato rinvio pregiudiziale dà luogo a “manifesta violazione del diritto comunitario” [Corte giust. CE, 30 settembre 2003 C-224/01, *Köbler*; Id., sez. III 24 novembre 2011 C 379/10 *Commissione europea c. Repubblica italiana*] e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell’azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988 n.117 per “risarcimento danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati” e dell’azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario, e tanto, anche al fine di evitare che i giudici nazionali, nel timore di incorrere in violazione del diritto comunitario, aggravino la Corte di Giustizia CE con rinvii puramente “difensivi” finalizzati a prevenire azioni di responsabilità civile contro i magistrati.

Dopo avere formulato i quesiti pregiudiziali che saranno di seguito riportati, il Consiglio di Stato offre alla Corte di Giustizia la propria opinione, affermando che “...l’art. 267, par. 3 TFUE non dovrebbe ostare alle regole processuali nazionali in tema di termini di ricorso, specificità dei motivi di ricorso, principio della domanda, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di soccorso della parte nella formulazione delle domande, in violazione della parità delle armi, sicché quando la parte solleva una questione pregiudiziale comunitaria davanti al giudice nazionale dovrebbe farlo in termini sufficientemente chiari e specifici, e coerenti con i parametri richiesti dalla Corte di giustizia CE.”

Inoltre, secondo il giudice rimettente, in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo, divieto di abuso del diritto di difesa, lealtà processuale, l’art. 267, par. 3 TFUE andrebbe interpretato nel senso che l’obbligo di rinvio pregiudiziale non impedisce un vaglio critico da parte del giudice *a quo* della questione d’interpretazione del diritto comunitario, e consente al giudice *a quo* di non rinviare la questione non solo nel caso di “assoluta chiarezza” della norma comunitaria, ma anche nel caso in cui il giudice nazionale ritenga, in base ad un parametro di ragionevolezza e diligenza professionale, che la norma comunitaria sia “ragionevolmente chiara” e non necessita di ulteriore chiarificazione.>>

1.5.1. Perché il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia- obbligatorio e facoltativo- rimane centrale per la corretta attuazione del diritto UE.

E’ utile soffermarsi su un recente provvedimento del Consiglio di Stato che ha formulato alcuni quesiti in ordine alla portata del rinvio pregiudiziale rispetto al giudice nazionale di ultima istanza, consentendo una riflessione di più ampio raggio che riguarda, ancora una volta il meccanismo del rinvio disciplinato dall’art.267 TFUE.

Ed invero, sull’efficacia del rinvio pregiudiziale si è già detto sopra con riguardo ai rapporti giudici non di ultima istanza. Certo, potrà dirsi che tratti in parte diversi assume il sistema dei rapporti fra giudice di ultima istanza e la Corte UE.

La *ratio* principale dell’obbligo di rinvio pregiudiziale ora disciplinato dall’art.267 3^a par.TFUE è quella di impedire il formarsi o il consolidarsi di una giurisprudenza nazionale che rechi errori di interpretazione o un’erronea applicazione del diritto comunitario³².

Tale obbligo è commisurato alla posizione strategica di cui godono le corti supreme negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, nel rispetto del loro tradizionale ruolo di unificazione del diritto, dette corti sono tenute ad assicurare il rispetto, da parte degli altri giudici nazionali, della corretta ed effettiva applicazione del diritto comunitario. Inoltre, esse si occupano degli ultimi ricorsi destinati a garantire la tutela dei diritti che il diritto comunitario conferisce ai singoli³³.

³² Corte giust. 15 settembre 2005, causa C-495/03, *Intermodal Transports* (Racc. pag. I-8151, punto 29).

³³ Concl.Avv. Gen Yves Bot presentate il 24 aprile 2007 nella Causa C-2/06.

Secondo la Corte comunitaria-sentenza 6 ottobre 1982, *Cilfit e a.* - i giudici nazionali le cui decisioni non possono costituire oggetto di ricorso giurisdizionale di diritto interno «sono tenuti, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essi, ad adempiere il loro obbligo di rinvio, salvo che non abbiano constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi»

Di ciò si ha la misura esaminando l'ipotesi "limite" che la stessa giurisprudenza di Lussemburgo - sentenze *Köbler e Traghetti del Mediterraneo* - ha ammesso, facendo risalire allo Stato la responsabilità per violazione di ultima istanza ascrivibile al giudice nazionale di ultima istanza che non si è avvalso del rinvio pregiudiziale.

Nella prospettiva disegnata dalla Corte di giustizia «un organo giurisdizionale di ultimo grado costituisce per definizione l'ultima istanza dinanzi alla quale i singoli possono far valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto comunitario», per cui la violazione di tali diritti prodotta da una decisione non più impugnabile impone la responsabilità dello Stato proprio per evitare che i singoli siano privati della possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti»> (Corte di giustizia 30 settembre 2003, n. C- 224/01 *Köbler c. Repubblica d'Austria* p.34).

In questa visuale il rinvio pregiudiziale ex art.234 par. 3 CE -ora art.267 par.3 TFUE-costituisce al contempo *obbligo* e misura della responsabilità, se è vero che la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale viene dalla stessa Corte individuata come una delle condizioni nelle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili- (p.51 sent. *Köbler*).

1.5.2. Tornando all'ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia: il sistema è *chiaro* od *oscuro*?

Quattro sono stati i quesiti sottoposti dal Consiglio di Stato alla Corte di Giustizia che vale la pena di riportare testualmente:

"a) se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, la disciplina processuale nazionale che preveda un sistema di preclusioni processuali, quali termini di ricorso, specificità dei motivi, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di modificare la domanda di parte;

b) se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, un potere di filtro da parte del giudice nazionale in ordine alla rilevanza della questione e alla valutazione del grado di chiarezza della norma comunitaria;

c) se l'art. 267, par. 3, TFUE, ove interpretato nel senso di imporre al giudice nazionale di ultima istanza un obbligo incondizionato di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, sia o meno coerente con il principio di ragionevole durata del processo, del pari enunciato dal diritto comunitario;

d) in presenza di quali circostanze di fatto e di diritto l'inosservanza dell'art. 267, par. 3, TFUE configuri, da parte del giudice nazionale, una "violazione manifesta del diritto comunitario", e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988 n.117 per "risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati" e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario."

Orbene, rispetto alla complessità delle questioni poste dal giudice amministrativo si intende qui offrire al lettore alcune riflessioni "a prima lettura".

E' allora necessario ribadire la finalità e le ragioni del rinvio pregiudiziale ex art.267 par.3 TFUE - già art.234 TCE-.

Esso, come già detto, mira essenzialmente a garantire uniformità di applicazione del diritto eurounitario, al fine di evitare che tutti i protagonisti - e dunque tutti i giudici comuni del diritto eurounitario - possano offrire tutele diverse rispetto ad un unico dato normativo. Si spiega così la

particolare attenzione riservata dal Trattato al giudice di ultima istanza, godendo la giurisprudenza delle corti supreme un capacità maggiore di consolidarsi con maggior forza ed autorità³⁴.

In questa prospettiva l'intervento della Corte di Giustizia, normativamente chiamata a fornire l'interpretazione del diritto anzidetto con efficacia vincolante per tutti i Paesi membri, è destinato a salvaguardare l'unità del sistema all'interno di un circuito di cooperazione "fra giudici" che solo sullo sfondo ha riguardo alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nel giudizio pendente innanzi al giudice nazionale. Se, d'altra parte, come notato in dottrina, dal rinvio anche le parti del procedimento avranno giovamento nel caso concreto, il meccanismo di cui si discute sembra comunque sganciato dalla piena ed esclusiva disponibilità delle parti, se è vero che è sempre e solo il giudice nazionale a potere rinunciare al rinvio³⁵.

Seguendo tale prospettiva sembra chiaro che, a livello comunitario, il giudice nazionale abbia un "dovere di soccorso" rispetto alla questione pregiudiziale inammissibile o mal posta dalla parte, riguardando il meccanismo pregiudiziale uno strumento che riguarda la cooperazione fra giudici nell'interesse dei soggetti coinvolti e, più in generale, dell'uniforme e corretta interpretazione del diritto eurounitario³⁶.

Ammettere, così, l'esistenza di un meccanismo di preclusione nei termini prospettati dal Consiglio di Stato finirebbe col tradire, a sommosso avviso di chi scrive, l'essenza stessa del rinvio pregiudiziale.

Soccorre, in questa prospettiva, oltre alla giurisprudenza evocata nel precedente paragrafo, anche la recente sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - Corte dir.uomo 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*, ric. 3989/07 38353/07³⁷-.

Nel caso esaminato era venuto in discussione il carattere asseritamente iniquo dei due procedimenti svoltisi innanzi alle giurisdizioni di ultima istanza ordinaria ed amministrativa del Belgio che avevano entrambe rifiutato di sollevare il rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia. In quella vicenda la Corte non ha escluso che il mancato rispetto dell'obbligo del rinvio potesse in astratto determinare un processo iniquo ai sensi dell'art.6 par.1 CEDU, tuttavia ritenendo insussistente tale ipotesi nel caso concreto, poiché le due giurisdizioni di ultima istanza avevano dato conto nelle loro motivazioni delle ragioni che rendevano irrilevante la questione pregiudiziale sollevata³⁸.

Tale decisione, tralasciando qui i profili, a dire il vero complessi, che la stessa lascia trasparire in ordine al rapporto fra le due Corti sovranazionali- di Lussemburgo e di Strasburgo- soprattutto dopo l'adesione dell'UE alla CEDU³⁹ sembra confermare autenticamente le finalità del rinvio pregiudiziale ed il ruolo del giudice nazionale, al quale viene conferito il potere-dovere di rimettere la questione alla Corte di Giustizia proprio nell'ambito di quel meccanismo di cooperazione finalizzato a garantire la legalità nell'applicazione e nell'interpretazione delle norme eurounitarie - cfr. Corte giust.16 dicembre 1981, causa C 244/1080, *Foglia c. Novello*, p.16-.

³⁴ TESAURO, op.cit., 316.

³⁵ il punto è ben sviluppato in D'ALESSANDRO, op.cit., 131.

³⁶ cfr. Tesaurò, op.cit., 319: "...sebbene nella maggior parte dei casi siano certamente le parti a sollecitare il rinvio ed a suggerire i termini dei quesiti da sottoporre alla Corte, è pur sempre il giudice che provvede alla loro formulazione; le parti non possono né modificarne il tenore, né integrarli con altri". Osserva, sul punto, D'ALESSANDRO, Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia, Torino, cit., che "...è lo stesso art. 19, n. 3, lett. b), Trattato UE (cui adde l'art. 267 Trattato FUE) a costruire questo procedimento come incidentale, lasciando al giudice nazionale (e non alle parti, come si sarebbe dovuto fare se effettivamente fosse stato un processo su diritti) il compito di stabilire se la questione interpretativa sia rilevante per la controversia, i. e. il compito di ponderare l'opportunità ovvero la necessità del rinvio."

³⁷ RUGGERI, Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema (Nota minima su una questione controversa), in RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Studi dell'anno 2011, Torino, 2012, 505.

³⁸ V., sulle conseguenze del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in altri Paesi rispetto all'Italia TESAURO, *Diritto comunitario*, Milano, 2002, 318, sub nota 299.

³⁹ - per le quali v. su tutti, RUGGERI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit. e TIZZANO, *Les cours europeennes et l'adhesion de l'Union a la CEDH*, in www.europeanrights.eu

Tale affermazione impone, dunque, secondo la appena ricordata sentenza *Foglia*, di considerare che “i problemi che possono derivare dall’esercizio da parte del giudice nazionale del suo potere di valutazione nonché i rapporti che egli ha con la Corte nell’ambito dell’art.177 sono *esclusivamente* disciplinati dalle norme del diritto comunitario”- cfr.punto 16 sent.ult. cit.-.

E’ la stessa sentenza a chiarire che spetta al giudice nazionale il compito di specificare i motivi per i quali essi ritengano necessaria alla definizione della controversia la soluzione delle questioni loro proposte- cfr.p.17 sent.ult. cit.- sicchè alla Corte di giustizia è riservato il compito “non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche, ma di contribuire all’amministrazione della giustizia negli stati membri. Ad essa non compete pertanto la soluzione di questioni di interpretazione che le siano proposte nell’ambito di schemi processuali precostituiti dalle parti al fine di indurla a pronunciarsi su taluni problemi di diritto comunitario non rispondenti ad una necessità obiettiva inerente alla definizione di una controversia”-cfr.p.18 sent. ult. cit.-

E’ dunque lo spirito di collaborazione che presidia le funzioni assegnate al giudice nazionale ed alla Corte di giustizia - ora vieppiù confermato dalla richiesta al giudice *a quo* di offrire una possibile soluzione al quesito pregiudiziale proposto⁴⁰ - ad imporre, per un verso, l’obbligo di rispettare le competenze del giudice nazionale, ma anche la funzione specifica di cui la Corte è investita, che riguarda “non soltanto gli interessi delle parti in causa, ma altresì quelli della comunità e quelli degli Stati membri”-cfr. pp. 18 e 19 sent. ult. cit.-

Se così è, i quesiti pregiudiziali sollevati dal Consiglio di Stato paiono destinati ad essere superati da una giurisprudenza sufficientemente *chiara* della Corte di Giustizia che non sembra potersi “inceppare” per effetto di un sistema processuale nazionale, qual è quello che emergerebbe dalla ricostruzione operata dal giudice remittente, tutto rivolto ad espropriare il giudice nazionale del meccanismo del rinvio pregiudiziale condizionandolo al potere delle parti.

Agganciare, allora, come sembra fare il Consiglio di Stato, il meccanismo del rinvio pregiudiziale ai motivi di ricorso della parte, addirittura ponendo in discussione il “dovere di soccorso” del giudice rispetto alla questione mal posta dalla parte epperò dallo stesso ritenuta (eventualmente) rilevante finirebbe col mettere in discussione l’essenza e la funzione del rinvio pregiudiziale, tanto più se tale inquadramento del rinvio pregiudiziale a livello interno finisse col determinare un obbligo del giudice nazionale di rimanere soggetto alla volontà delle parti rispetto al sollevare o meno la questione pregiudiziale. Non si spiegherebbe, a seguire la prospettiva del remittente, il perchè secondo la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo il giudice di ultima istanza può avvalersi del rinvio anche quando la questione sollevata è apparentemente chiara⁴¹.

Se davvero questo fosse l’effetto prodotto dalle disposizioni processuali nazionali evocate dal giudice remittente, non potrebbe allora che derivare la contrarietà delle stesse al meccanismo del rinvio pregiudiziale che verrebbe fortemente limitato per effetto di una disposizione interna (e non è dato comprendere come tanto possa essere tollerato dalla Corte di Giustizia, se è vero che il meccanismo di cui si discute esula dalla competenza dei Paesi membri ed è invece regolato a livello di Trattato sul funzionamento dell’Unione europea).

Ed è appena il caso di rammentare che proprio la Corte di Giustizia ha affermato, di recente, che “...secondo la giurisprudenza costante della Corte, al fine di garantire il primato del diritto

⁴⁰ v., sul punto, la Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali, in <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:160:0001:0005:IT:PDF>, punto 23: “...Infine, il giudice del rinvio, se si ritiene in grado di farlo, può indicare succintamente il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte.”

⁴¹cfr.Corte giust., 11 settembre 2008, causa C-428/06 a C-434/06, Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja), pp.42 e 43: “...Quanto all’asserita chiarezza della soluzione della questione sollevata, occorre ricordare che, quando la soluzione di una questione pregiudiziale può essere chiaramente dedotta dalla giurisprudenza o quando essa non dà adito ad alcun ragionevole dubbio, da un lato, il giudice le cui decisioni non sono impugnabili non ha l’obbligo, in talune circostanze, di sollevare una questione pregiudiziale (v., in questo senso, sentenze 6 ottobre 1982, causa 283/81, Cilfit e a., Racc. pag. 3415, punti 14 e 16-20) e, dall’altro, la Corte può statuire con ordinanza motivata conformemente all’art. 104, n. 3, del regolamento di procedura.Tuttavia tali circostanze non vietano in alcun modo al giudice nazionale di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale (v., in tal senso, citata sentenza Cilfit e a., punto 15) e non hanno per effetto di rendere la Corte incompetente a statuire su una siffatta questione.

dell'Unione, il funzionamento del detto sistema di cooperazione esige che il giudice nazionale sia libero, in ogni fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, di sottoporre alla Corte di giustizia qualsiasi questione pregiudiziale che ritenga necessaria.”-cfr. Corte giust., 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki*, p.52-.

Il rischio, nemmeno velato, sarebbe poi quello di appannare il ruolo della Corte di giustizia quale “artefice di prima grandezza del processo d’integrazione sovranazionale”⁴².

Sembra allora di poter ritenere che anche solo un’operazione di mera “interpretazione conforme” della normativa processuale interna ai sistema previsto dall’art.267 TFUE avrebbe consentito al giudice remittente di risolvere le questioni prospettate alla Corte, non ostando alla soluzione qui sinteticamente prospettata la lettera delle disposizioni interne, se appunto si muove dalle finalità del rinvio pregiudiziale. Chè se così non dovesse essere, sembra obbligato il dovere del giudice nazionale di non applicare la normativa interna contrastante con le disposizioni in tema di rinvio pregiudiziale. Per tali ragioni è stato sostenuto che “l’art. 267 TFUE costituisca una parte integrante dell’ordinamento giuridico degli Stati membri, ove prevale sulle norme di diritto nazionale se queste sono con esso incompatibili”, aggiungendosi, ancora, che qualsiasi giudice può e deve applicare integralmente l’art. 267 TFUE e, in caso di conflitto tra questo articolo e una norma di diritto interno, disapplicare quest’ultima, se necessario, di propria iniziativa in una causa pendente dinanzi a lui-cfr.Concl. Avv.gen. Mazàk, 7 giugno 2010, *cause riunite C-188/10 e C-189/10, Aziz Melki e Sélim Abdeli*.

D’altra parte, ad opinare nel senso prospettato dal giudice remittente si finirebbe con l’imporre alla Corte di Giustizia di pronunziarsi su questioni inconsistenti sollevate dalle parti:evenienza espressamente esclusa dalla Corte di giustizia stessa anche nel caso *Foglia* già evocato.

In questo contesto si spiega dunque la giurisprudenza *Cilfit* che, per il giudice di ultima istanza, prevede che l’obbligo del rinvio pregiudiziale non pare nè assoluto né incondizionato, come per contro affermato dal giudice remittente. Per l’appunto, non può in alcun modo ritenersi che le giurisdizioni nazionali di ultima istanza siano tenute al rinvio quando constatano che la questione non è “rilevante” o che la disposizione comunitaria pertinente è già stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia o, infine, quando “l’applicazione corretta del diritto comunitario è così evidente da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio”.

Secondo la giurisprudenza di Lussemburgo, nell’ambito di un procedimento ex art. 267 TFUE, il giudice nazionale è l’unico competente a conoscere e valutare i fatti della controversia di cui alla causa principale nonché ad interpretare ed a applicare il diritto nazionale. Parimenti spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell’emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate riguardano l’interpretazione del diritto dell’Unione, la Corte di Giustizia, in via di principio, è tenuta a pronunciarsi.

Allora, delle due l’una: o la richiesta di rinvio è palesemente inconsistente ed allora il giudice non farà luogo al rinvio, motivandone le ragioni ovvero la questione pone dei dubbi anche solo limitati circa la portata della disposizione eurounitaria che tali considera lo stesso giudice⁴³. Ed allora il rinvio sarà dovuto in base alla giurisprudenza *Cilfit*- evenienza che sembrerebbe ricorrere quanto ai quesiti pregiudiziali sollevati dall’appellante del procedimento, avendo il giudice remittente ritenuto che gli stessi importavano “...questioni sulle quali la corretta applicazione del diritto comunitario non si impone con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alle questioni sollevate.”(p.9.8 ord.)-

⁴² cfr. RUGGERI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 507.

⁴³ E’ pacifica la giurisprudenza della Corte di Giustizia allorchè afferma che “...secondo una costante giurisprudenza, nel contesto della cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali prevista dall’articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell’emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la pertinenza delle questioni che sottopone alla Corte- da ultimo Corte giust. 15 marzo 2012, causa C-157/11, *Sibilio*, p.27-.

In definitiva, l'assenza di alcun ragionevole dubbio in ordine alla corretta applicazione del diritto eurounitario che la Corte di giustizia richiede per esonerare il giudice di ultima istanza dal rinvio pregiudiziale sembra evocare una prospettiva che guarda non solo alla vicenda posta al vaglio del giudice nazionale, ma ad un approccio che vede potenzialmente coinvolti anche gli altri giudici dei Paesi membri, dovendo il giudice di ultima istanza essere convinto che "la stessa evidenza si imporrebbe ai giudici degli altri Stati membri" (Tesauro, 317). Il giudice di ultima istanza dovrebbe farsi carico di verificare la chiarezza obiettiva della disposizione eurounitaria.

Certo, può sembrare oneroso comprendere cosa intenda dire la Corte di giustizia quando precisa che l'assenza di ragionevole dubbio va determinata "in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze all'interno della Comunità".

Ma non v'è dubbio che a tale formula non può che derivare una restrizione delle ipotesi di omesso rinvio che dunque andrà operato proprio per evitare che la definizione del procedimento possa produrre un irrevocabile danno ad una delle parti⁴⁴. E' dunque all'autorità giudiziaria che deve assumere la responsabilità dell'emananda sentenza e che meglio di ogni altro può giudicare la necessità del rinvio pregiudiziale che spetta il compito di verificare se ricorra o meno l'obbligo del rinvio.

1.5.3. Rischio di irragionevole durata del processo per effetto del rinvio pregiudiziale?

Secondo il Consiglio di Stato dalla giurisprudenza *Cilfit* potrebbe derivare un *vulnus* al principio della ragionevole durata del processo, ora direttamente vigente nell'ordinamento UE per effetto dell'entrata in vigore della Carta di Nizza- art.47-.

Ma ancora una volta, questo meccanismo del rinvio pregiudiziale non pare in alcun modo poter determinare un *vulnus* al canone della ragionevole durata del processo, in quanto rivolto ad offrire ai soggetti dialoganti uno straordinario elemento di vivacità che ha consentito alla Corte di giustizia di disegnare in modo straordinario i pilastri del diritto dell'Unione europea. E d'altra parte, la stessa introduzione dei procedimenti accelerati e d'urgenza (art. 267 TFUE ultimo comma)⁴⁵ rende evidente come il sistema dell'UE abbia avuto la capacità di cogliere l'esigenza di immediatezza di decisione di questioni pregiudiziali e di approntare uno strumento capace di offrire una risposta della Corte di Giustizia in tempi assai contenuti.

Il carattere fondamentale dell'obbligo del rinvio sul quale non a caso insiste la giurisprudenza della Corte di Giustizia mette certamente al riparo l'attivazione del meccanismo dal pericolo di divenire concausa del ritardo, trattandosi di istituto disciplinato dal diritto UE proprio per garantire la pluralità di obbiettivi che esso persegue e che si è cercato di evidenziare sopra.

In questa direzione sembrano, del resto, deporre i dati statistici dei rinvii pregiudiziali consultabili sul sito della Corte di giustizia che, tanto con riferimento alle questioni pregiudiziali sollevate dall'Italia che al numero complessivo dei ricorsi proposti, non sembrano dimostrare quei rischi che il giudice remittente sembra ipotizzare per effetto dell'espansione del rinvio pregiudiziale.

Tali dati, lungi dall'orientare verso un'esplosione dei rinvii dimostrano, quanto alla situazione italiana, che gli stessi sono attestati nell'ultimo decennio fra i 50 dell'anno 2000 ai 49 dell'anno 2010, mentre avendo a base l'intero periodo compreso dal 1952 al 2010 i 1056 procedimenti pregiudiziali proposti sono stati attivati in numero di 109 dalla Corte di Cassazione e 64 dal Consiglio di Stato- ai quali si aggiunge un solo (e ben noto) ricorso della Corte costituzionale non in sede di questione incidentale- e 883 ricorsi proposti da altre autorità giudiziarie interne.

⁴⁴ V., del resto, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák, 7 giugno 2010, cause C-188/10 e 189/10, p.68, ove si afferma che "... A questo riguardo, emerge chiaramente dalla sentenza *Cilfit* e a. che gli organi giurisdizionali nazionali avverso le cui decisioni non sono esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno sono tenuti, qualora una questione di diritto dell'Unione sia sollevata dinanzi ad essi, ad adempiere il loro obbligo di rinvio, salvo che abbiano constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui trattasi abbia già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi".

⁴⁵ Si fa riferimento al procedimento è disciplinato agli articoli 23 bis del protocollo (n. 3) sullo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea nonché al procedimento accelerato, alle condizioni previste dagli articoli 23 bis di detto protocollo e 104 bis del regolamento di procedura.

Ora, è indubbiamente vero che, a livello generale, si riscontra un certo incremento del numero dei casi di rinvio pregiudiziale, essendosi passati dai 224 del 2000 ai 385 del 2010, ma non pare meno vero che tale incremento, oltre ad essere in qualche modo condizionato dalle nuove adesioni all'UE, non sembra affatto preconizzare la necessità di una modifica dell'attuale sistema, né sul piano legislativo né su quello giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia, risultando il tempo medio della definizione dei ricorsi pregiudiziali pari a circa 16 mesi.

In definitiva, i dubbi prospettati dal Consiglio di Stato nei quesiti pregiudiziali non pare possano essere risolti nel modo ipotizzato dal remittente⁴⁶, al più potendo la Corte di Giustizia chiarire che, ferma la competenza esclusiva dell'ordinamento dell'Unione europea e delineare i meccanismi di operatività del rinvio pregiudiziale e l'impossibilità da parte delle legislazioni nazionali di incidere su tale meccanismo riducendo i poteri riservati al giudice nazionale, compete certamente a quest'ultimo - al quale è riservata la responsabilità di decidere la controversia posta al suo vaglio - a) applicare i criteri fissati dalla giurisprudenza *Cilfit*; b) dare in ogni caso adeguata giustificazione delle proprie scelte tenendo in considerazione la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sopra evocata; c) attivare o non attivare il meccanismo del rinvio a seconda della rilevanza o meno della questione secondo una valutazione di sua pertinenza e dell'esistenza o meno di un ragionevole dubbio in ordine alla soluzione da dare alla questione.

1.5.4. Rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza e responsabilità dello Stato(giudice).

Passando all'esame del quarto quesito, assume il Consiglio di Stato che dall'omesso rinvio potrebbe derivare responsabilità dello Stato ed a tal fine richiama numerosi precedenti della Corte di giustizia. Ed in questo ambito chiede alla Corte di giustizia di chiarire <<in presenza di quali circostanze di fatto e di diritto l'inosservanza dell'art. 267, par. 3, TFUE configuri, da parte del giudice nazionale, una "violazione manifesta del diritto comunitario", e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988 n.117 per "risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati" e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario.>>

Tale quesito si collega all'affermazione, contenuta nella parte motiva, secondo la quale "...Laddove si configuri un obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE, la sua violazione è ritenuta dalla Corte di Giustizia CE sanzionabile mediante la responsabilità degli Stati membri, che sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione riconducibili ad organi giudiziari, e in particolare quando questi ultimi omettano di ottemperare all'obbligo di rinvio pregiudiziale [Corte giust. CE, 30 settembre 2003 C-224/01, *Köbler*; Id. 13 giugno 2006 C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; Id., sez. III 24 novembre 2011 C 379/10 *Commissione europea c. Repubblica italiana*]."

Orbene, è sufficiente evidenziare, anticipando quanto si andrà di seguito esponendo sul tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'UE, che tre sono le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto al risarcimento dei danni causati ai singoli per violazione del diritto dell'Unione al medesimo imputabile, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente

⁴⁶ Secondo il Consiglio di Stato -che, è doveroso evidenziare, nel redigere l'ordinanza di remessione si è perfettamente conformato alle istruzioni rese dalla Corte di Giustizia in ordine alle modalità di redazione dei rinvii - <<...l'art. 267, par. 3 TFUE non dovrebbe ostare alle regole processuali nazionali in tema di termini di ricorso, specificità dei motivi di ricorso, principio della domanda, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di soccorso della parte nella formulazione delle domande, in violazione della parità delle armi, sicché quando la parte solleva una questione pregiudiziale comunitaria davanti al giudice nazionale dovrebbe farlo in termini sufficientemente chiari e specifici, e coerenti con i parametri richiesti dalla C. giust. CE. Inoltre secondo il giudice rimettente, in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo, divieto di abuso del diritto di difesa, lealtà processuale, l'art. 267, par. 3 TFUE andrebbe interpretato nel senso che l'obbligo di rinvio pregiudiziale non impedisce un vaglio critico da parte del giudice a quo della questione di interpretazione del diritto comunitario, e consente al giudice a quo di non rinviare la questione non solo nel caso di "assoluta chiarezza" della norma comunitaria, ma anche nel caso in cui il giudice nazionale ritenga, in base ad un parametro di ragionevolezza e diligenza professionale, che la norma comunitaria sia "ragionevolmente chiara" e non necessiti di ulteriore chiarificazione.>>

caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

Il che val quanto dire che l'omesso rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza in tanto, a parte i rimedi previsti da ciascuno Stato a livello interno⁴⁷, potrà dare luogo a responsabilità, in quanto l'attività dello stesso giudice di ultima istanza abbia dato luogo ai presupposti appena ricordati.

In altri termini, sembrano proprio le coordinate che governano il sistema dei rapporti fra "giudice comune del diritto eurounitario di ultima istanza" e Corte di giustizia a rendere palese che la mancata attivazione del meccanismo del rinvio pregiudiziale, solo *se correlata ad un'ipotesi di violazione del diritto eurounitario*, contribuirà ad integrare il presupposto della violazione manifesta per le ipotesi in cui la mancata attivazione del meccanismo del rinvio, obbligatorio per il giudice di ultima istanza, abbia dato luogo ad una soluzione giurisprudenziale non in linea con la tutela offerta in via astratta ed in concreto dalle istanze eurounitarie⁴⁸.

Ed è per questo motivo, ci sembra, che l'Avvocato Generale Lèger ebbe a chiarire, nelle Conclusioni presentate nel procedimento *Traghetti del Mediterraneo*, che "...L'inadempimento di siffatto obbligo rischia infatti di condurre il giudice di cui trattasi a commettere un errore che rientra in una delle dette ipotesi, indipendentemente dal fatto che si tratti di errore nell'interpretare il diritto comunitario applicabile o nel dedurre le conseguenze che se ne devono trarre per l'interpretazione conforme del diritto interno o per la valutazione della compatibilità di quest'ultimo con il diritto comunitario"-p.66-, poi aggiungendo che "...l'inadempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale costituisce *uno dei criteri* da prendere in considerazione per stabilire se sussista una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario, imputabile ad un organo giurisdizionale supremo, che si aggiunge a quelli che la Corte aveva già formulato nella citata sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, e nella successiva giurisprudenza, riguardo alla responsabilità dello Stato per fatto del legislatore o dell'amministrazione" -p.69-⁴⁹.

Corre ancora una volta la necessità di ricordare che l'obbligo di rinvio pregiudiziale a carico delle giurisdizioni di ultima istanza mira in particolare ad evitare che in uno stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale contraria al diritto dell'UE-Corte giust.4 giugno 2002, causa C-99/00, *Lyckeskog* (Racc. pag. I-4839, punto 14), e 22 febbraio 2001, causa C-393/98, *Gomes Valente* (Racc. pag. I-1327, punto 17).

Se dunque questa violazione non c'è stata, sembra davvero difficile ipotizzare una responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE, semmai potendosi ipotizzare un *vulnus* all'art.6 CEDU nei termini indicati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza sopra ricordata. Si vedrà, dunque, qual è la risposta che offrirà la Corte di Giustizia.

Quanto all'ulteriore richiesta di chiarimenti che il Consiglio di Stato rivolge alla Corte di Lussemburgo -...quali sono le conseguenze giuridiche, anche in termini di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, se il giudice *a quo* esclude la rilevanza della questione d'interpretazione del diritto comunitario, errando nel valutare se il diritto comunitario è o meno applicabile al caso concreto...- occorre considerare la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e le conclusioni dell'Avvocato Generale Legèr rese nella causa *Traghetti del Mediterraneo*, le quali

⁴⁷ Cfr.CONDINANZI-MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Milano, 2009, 214.

⁴⁸ Così ci eravamo espressi nel commentare la sentenza del Novembre 2011 resa nel procedimento Commissione c. Italia già ricordato. Nello stesso senso, sembrano orientati CONDINANZI-MASTROIANNI, op.cit., 215 e 216, i quali hanno peraltro ricordato Corte Giust.9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, che confermerebbe la possibilità di sollevare con successo un procedimento di infrazione a carico dello Stato che, a mezzo dei suoi giudici, non abbia sperimentato il rinvio pregiudiziale.

⁴⁹ E' tuttavia vero che lo stesso Avvocato Generale aggiunge, nel prosieguo delle Conclusioni, che "... In effetti, come ho già indicato al paragrafo 144 delle mie conclusioni nella causa conclusasi con la citata sentenza *Köbler*, non può escludersi a priori che la responsabilità dello Stato sorga per il solo fatto di una manifesta inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, anche se, come ho del pari già sottolineato (nei paragrafi 149 e 150 delle dette conclusioni), in tale ipotesi mettere in causa la responsabilità dello Stato rischia di scontrarsi con serie difficoltà per apportare la prova del nesso di causalità diretta tra l'inadempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e l'asserito danno."

sembrano orientate a ritenere la responsabilità dello Stato Giudice ogni volta che l'attività interpretativa del diritto interno sia rivolta a bypassare l'ordinamento UE⁵⁰.

In conclusione, non è dato sapere se l'ordinanza di rimessione offra spunti di tale novità da modificare l'attuale quadro del diritto vivente della Corte di Giustizia, semmai potendo contribuire a mettere in chiaro che la portata del rinvio pregiudiziale non può essere circoscritta per mano dei legislatori nazionali, a pena di fare perdere quei connotati che hanno consentito alla Corte di Giustizia e, soprattutto, ai diritti di matrice eurounitaria, di progressivamente affermarsi, proprio grazie al rinvio pregiudiziale in maniera armonica ed uniforme a livello europeo.

2. CAPIRE IL RUOLO DELLA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.

Affrontare il tema, complesso ed indaginoso, della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'UE significa comprenderne non solo i contenuti e la portata ma, soprattutto, la genesi, la natura e, in definitiva, le ragioni che indussero a suo tempo la Corte di Giustizia a forgiarne l'esistenza stessa.

Sintetizzando al massimo può dirsi, senza tema di smentita, che la responsabilità di cui discutiamo si iscrive fra i *rimedi* che l'ordinamento UE contempla sulla via di una sempre più piena, concreta ed effettiva tutela dei diritti riconosciuti al suo interno ancorchè disciplinati da strumenti normativi che, secondo le regole di quell'ordinamento, non sono idonee ad offrire ai titolari mezzi "diretti" di tutela.

Può ancora dirsi, in seconda approssimazione, che l'evoluzione del diritto comunitario ed eurounitario ha seguito un indirizzo particolarmente attento a rimuovere le *ineffettività* prodotte dalla particolare conformazione di alcuni strumenti di quel sistema, capaci di operare solo attraverso la *cooperazione* delle legislazioni dei Paesi membri. A fronte dell'inattività e/o della inesatta cooperazione nella fase discendente, la Corte di Giustizia ha inteso dedicare energie vitali al tema dell'attuazione del diritto dell'Unione. Capitali per comprendere i passaggi seguiti dalla Corte di Lussemburgo rimangono, ad avviso di chi scrive, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot rese nella Causa C-555/07, *Kücükdeveci* il 7 luglio 2009, ove si osserva che il sistema è tutto costruito su tre "palliativi" rivolti ad arginare gli effetti della mancata cooperazione dello Stato nell'attuazione del diritto comunitario.

Il primo è notoriamente rappresentato dall'interpretazione conforme del diritto interno al diritto comunitario del quale ha diffusamente ed organicamente riferito il Presidente Onsei e che la dottrina ha ormai esaminato in modo organico, completo ed appropriato⁵¹.

Tale principio esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di

⁵⁰ Cfr. Concl. Avv. Gen. Legèr, sopra ricordate, p. 62: "... possiamo anche prospettare l'ipotesi in cui un organo giurisdizionale supremo applichi una normativa nazionale che esso ritenga conforme all'ordinamento giuridico comunitario, pur se avrebbe dovuto disapplicarla in forza del principio della preminenza del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale, in ragione della sua irriducibile contrarietà con il diritto comunitario (escludente qualunque possibilità di interpretazione conforme). La violazione del diritto comunitario che ne consegue può essere connessa ad un esercizio interpretativo del diritto nazionale e/o del diritto comunitario consistente, per esempio, nell'interpretare il diritto nazionale al fine di renderne l'applicazione compatibile con il diritto comunitario, allorché quest'ultimo è probabilmente mal interpretato giacché, nell'ipotesi in esame, sarebbe appunto impossibile conciliarli."

⁵¹ RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in http://allegati.unina.it/postlaurea/perf/DCOM_IntConf.pdf. Tale obbligo di interpretazione conforme costituisce, come è stato più volte chiarito - v. Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 30 giugno 2005 nella causa 144/04-, uno degli effetti "strutturali" della norma comunitaria che consente l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario - v. da ultimo Corte giust. 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, in *Corr. giur.*, 2005, 2, 185 (p. 113, 115, 116 e 118) - . Esso ha finito con l'irradiare l'intero diritto di matrice comunitaria, avendone la Corte di giustizia a più riprese riconosciuto la valenza a proposito delle norme primarie - sentenza 4 febbraio 1988, causa 157/86, *Murphy* (Racc. pag. 673, punto 11) - o di diritto derivato - in particolare, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall* (Racc. pag. 723, punto 48); 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori* (Racc. pag. I-3325, punto 20); 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells* (non ancora pubblicata in Raccolta, punto 56); e 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, 391/02 e 403/02, *Berlusconi* (non ancora pubblicata in Raccolta, punto 73) - e addirittura per le raccomandazioni - Corte giust. 13 dicembre 1989, causa 322/88, *Grimaldi* (Racc. pag. 4407, punto 18).

cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima (Corte Giust. nel proc. C-378/07, *Angelidaki*).

Non può qui che accennarsi al terzo palliativo correlato al c.d. *effetto di esclusione* della norma interna in tutto o in parte contrastante con la direttiva che intende non già dare applicazione alla disposizione dell'Unione, ma soltanto espungere dall'ordinamento nazionale la disposizione che appare in contrasto con la normativa dell'Unione⁵².

E' invece qui necessario soffermarsi sul secondo palliativo, appunto rappresentato dalla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione che, come è noto, surroga la pretesa del titolare per come viene riconosciuta a livello comunitario, riconoscendo una tutela sostitutiva e per ciò stesso non completamente soddisfattiva nei casi in cui viene accertato un deficit fra la protezione riconosciuta a livello dell'Unione e tutela apprestata a livello interno dal legislatore, dal giudice e/o dal potere esecutivo.

Dice testualmente Bot che " *Il secondo palliativo all'assenza di effetto diretto orizzontale delle direttive può essere attivato proprio nel caso in cui il risultato prescritto da una direttiva non può essere conseguito mediante interpretazione. Il diritto comunitario impone, infatti, agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati ai singoli a causa della mancata attuazione di tale direttiva, purché siano soddisfatte tre condizioni...* ".

Quel che qui importa subito osservare è che tale "rimedio" soccorre quando il canone dell'interpretazione conforme non viene ritenuto idoneo allo scopo di conseguire il risultato di una direttiva.

Sul punto, particolarmente nitide appaiono le conclusioni dell'avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 27 aprile 2004 nelle cause da C-397/01 a C-403/01 *Pfeiffer* : «Orbene, non posso essere d'accordo neanche con chi sostiene che, in un caso come quello in esame, i singoli possono solo invocare la responsabilità dello Stato per i danni cagionati dall'inadempimento degli obblighi che gli incombono in forza del diritto comunitario, in quanto, nelle intenzioni della Corte, questa soluzione ha carattere sussidiario e nel caso di specie verrebbe in considerazione solo qualora le altre disposizioni nazionali adottate per recepire la direttiva 93/104 non potessero essere interpretate conformemente alla lettera e allo scopo della direttiva medesima».

2.1. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario: da *Francovich* a *Carbonari*.

Solo per sintesi saranno di seguito esposti i principi espressi dalla giurisprudenza di Lussemburgo in tema di illecito dello Stato per violazione del diritto UE, soffermando invece l'analisi su una recente decisione delle Sezioni Unite che tuttavia consente di sviscerare alcuni nodi fondamentali per chi dovesse imbattersi sul tema.

La Corte di giustizia ha più volte avuto modo di chiarire che nel caso in cui il risultato prescritto da una direttiva non può essere conseguito mediante interpretazione, il diritto comunitario - ora eurounitario - impone agli Stati membri di risarcire i danni causati ai singoli dalla mancata attuazione di una direttiva purché siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che: a) la norma violata abbia lo scopo di attribuire diritti a favore dei singoli il cui contenuto possa essere identificato; b) la violazione sia sufficientemente grave; c) esista un nesso di causalità diretta tra la violazione dell'obbligo imposto allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi⁵³.

Il che impone, come già ricordato dal collega Onidei, al giudice nazionale di interpretare il proprio diritto nazionale *quanto più possibile* alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima.

⁵² V. volendo, sulla distinzione fra *effetto di sostituzione* ed *effetto di esclusione*, CONTI, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, in http://www.federalismi.it/AppI MostraDoc.cfm?Artid=16194&content_auth=

⁵³ cfr. punto 52 sent. *Carbonari*. In giur. v. Corte giust. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*, 1994, pag. I-3325, punto 27, e Corte giust. 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/97, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, *Dillenkofer* e a., in *Racc.* pag. I-4845, punti 21 e 23)

La Corte eurounitaria, tuttavia, esaminando la nota vicenda dei *medici specializzandi*, non ha mancato di precisare - Corte giust.CEE 25 febbraio 1999 C-131/97, *Annalisa Carbonari* e altri, in in *Racc.*,1999, pag. I-1103 - che, «(...) nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare le disposizioni di una legge che - come nella causa a qua - sono state introdotte specificamente al fine di garantire la trasposizione di una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato CE (...)» La Corte ha quindi invitato il giudice del rinvio a «(...) valutare in quale misura l'insieme delle disposizioni nazionali - più in particolare, per il periodo successivo alla loro entrata in vigore, le disposizioni di una legge promulgata al fine di trasporre la direttiva 82/76 - possa essere interpretato, fin dall'entrata in vigore di tali norme, alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, al fine di conseguire il risultato da essa voluto»⁵⁴.

E' in questo stesso contesto che il giudice comunitario delimita in modo rigoroso l'eventuale responsabilità dello Stato escludendola quando *l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una direttiva permettono di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione*⁵⁵.

L'unica possibilità di profilare la responsabilità dello Stato poteva dunque riguardare l'eventuale pregiudizio, *ulteriore*, patito dai beneficiari che, malgrado l'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione, non avevano comunque potuto fruire per tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva.

I principi da ultimo ricordati rappresentano un'evoluzione della giurisprudenza comunitaria rispetto ai principi espressi dalla sentenza *Francovich*⁵⁶.

Ed invero, in quella occasione il giudice del rinvio aveva proposto una serie di quesiti volti ad acclarare l'efficacia immediata "verticale" - o meno - della dir.80/987/CEE relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, non attuata dall'ordinamento italiano.

Venivano poste in modo piuttosto chiaro le base per l'affermazione del principio dell'alternatività del rimedio risarcitorio rispetto all'ipotesi dell'efficacia diretta della direttiva sufficientemente precisa ed incondizionata.

In particolare, giova ricordare che la dir. 80/987/CEE imponeva agli Stati membri la creazione di fondi di garanzia tenuti a versare parte delle retribuzioni non recuperabili attraverso gli ordinari strumenti volti alla tutela del credito retributivo.

Orbene, il giudice rimettente italiano aveva chiesto di sapere se le norme che individuavano la garanzia minima desumibili dalla direttiva fossero sufficientemente chiare ed incondizionate ovvero se era possibile "rivendicare il risarcimento dei danni subiti relativamente alle disposizioni che non godono di tale prerogativa".

La Corte ritenne che la garanzia fissata dalla direttiva in favore dei lavoratori fosse sufficientemente precisa ed incondizionata quanto alla determinazione dei beneficiari ed al suo contenuto minimo. Era invece l'identità del soggetto tenuto alla prestazione che invece non era da ritenere preciso e determinato, essendo rimessa allo Stato membro la scelta dell'organizzazione finanziaria del fondo di garanzia.

Secondo la Corte, pertanto, la direttiva non poteva operare per effetto della mancata attuazione della stessa ad opera dello Stato italiano che non consentiva di individuare il soggetto obbligato nei confronti del lavoratore. Da qui, l'affermazione di responsabilità dello Stato chiamato

⁵⁴ cfr. sent. Carbonari, punto 49

⁵⁵ cfr. sentenza Carbonari, cit., p. 53.

⁵⁶ Corte giust. 19 novembre 1991, causa riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Foro it.*, 1992, IV, 145, con nota di BARONE, PARDOLESI e PONZANELLI, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1992, 147 con nota di Cafagno ed in *Corr. giur.*, 1992, 53 con nota di GIACALONE.

a risarcire i danni dei singoli lavoratori per non avere potuto godere delle erogazioni parzialmente compensative dell'insolvenza del datore di lavoro.

Nelle sentenze *Carbonari* e *Gozzo*, per converso, il limite della responsabilità dello Stato viene ridotto nel senso che l'eventuale attuazione tardiva della norma comunitaria da parte dello Stato membro può consentire al giudice nazionale di dare attuazione al diritto comunitario interpretando retroattivamente la norma di recepimento. La Corte, con tali decisioni, sembra mettere a frutto gli insegnamenti precedentemente espressi ancora a proposito del tardivo recepimento italiano della dir.80/987/CEE, traspunta solo con il d.lgs.27 gennaio 1992 n.80.

Già nella sentenza *Bonifici, Palmisano e Maso*⁵⁷, la Corte aveva dichiarato che l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una direttiva permette di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione di tale direttiva, a condizione che la direttiva stessa sia stata regolarmente recepita.

Il che val quanto dire che non si profila più la responsabilità dello Stato, se non per il caso in cui i beneficiari dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere anch'essi risarciti.

A questa precisazione, di particolare rilievo, se ne aggiunge un'altra, già espressa nella sentenza *Francovich*.

Ed infatti, un diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato esige che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti in favore dei singoli, *il cui contenuto possa essere individuato sulla sola base delle disposizioni della direttiva*⁵⁸.

Il che val quanto dire che vi è una incompatibilità di fondo tra un rimedio che, all'interno dello Stato, consente al beneficiario di ottenere la soddisfazione dell'interesse tutelato dal diritto comunitario – anche attraverso una norma di trasposizione tardiva- e l'azione risarcitoria, avente valenza residuale, sperimentabile solo quando non vi è alcuna altra possibilità di tutela e, per altro verso, la normativa comunitaria – *e solo quella* - consente il riconoscimento preciso del diritto reclamato.

In buona sostanza, la massima che pare possibile astrarre dalla pronunzie della Corte di giustizia in tema di responsabilità per violazione del diritto comunitario pone una netta divaricazione fra i poteri del giudice nell'ambito della corretta applicazione del diritto comunitario e quelli che lo stesso deve svolgere ove sia chiamato a condannare lo Stato per violazione del diritto comunitario.

Mentre nella prima ipotesi – interpretazione conforme- vengono riconosciuti all'autorità giudiziaria degli ambiti operativi estremamente ampi, proprio in ragione dell'obbligo, incombente su tutti i soggetti tenuti all'applicazione del diritto UE, di adottare i provvedimenti generali e particolari atti a garantire il rispetto delle norme dei Trattati, estremamente ristretti appaiono i margini del sindacato giurisdizionale nei confronti della condotta inadempiente dello Stato che condurranno il giudice ad acclarare la condotta illecita nella ricorrenza dei rigorosi requisiti rappresentati dalla tardiva e/o incompleta attuazione della direttiva comunitaria integrante una grave violazione, dall'esistenza di un diritto individuato in base al *solo* diritto comunitario e del nesso eziologico.

Tale ricostruzione, del resto, appare assai logica nella visione della Corte che, introducendo la responsabilità dello Stato, aveva avuto come obiettivo principale non certo quello di instillare all'interno dei singoli ordinamenti una quanto meno inusuale contesa fra poteri istituzionali- legislativo e giurisdizionale-, quanto piuttosto quello di favorire *in ogni modo* l'applicazione corretta del diritto comunitario, anche a costo di sanzionare la condotta dello Stato inadempiente

⁵⁷ 10 luglio 1997, cause riunite C-94/95 e C-95/95, Bonifacio, Palmisani e Maso, in *Racc.* 1997, pag. I-3969.

⁵⁸ v. Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Foro it.*, 1992, IV, 145, con note di BARONE- PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, e PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*..v. anche Corte giust. 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-190/94, *Dillenkofer* e a., in *Racc.*, 1996, pag. I-4845, punti 22 ed in particolare punto 43 ove la Corte, al fine di valutare l'esistenza di una responsabilità dello Stato chiarisce che occorre “*esaminare se il contenuto dei diritti di che trattasi possa essere individuato sulla sola base delle norme della direttiva*”.

vuoi con la ben nota procedura di infrazione, vuoi con meccanismi di prossimità esperibili direttamente dal cittadino.

Ed è ben chiaro che le linee interpretative della Corte di Lussemburgo confermano quella linea di pensiero sempre più favorevole ad implementare le ipotesi di immediata efficacia delle direttive comunitarie fino al punto di pervenire ad una sostanziale assimilazione di tale strumento normativo ai regolamenti.

In questa direzione si coglie la portata del principio che riconosce al giudice nazionale il potere di dare applicazione alla normativa eurounitaria alla luce della normativa interna successivamente introdotta fino al punto da provocarne una sua applicazione retroattiva, resa necessaria proprio per evitare la disapplicazione della stessa per contrasto con la norma comunitaria.

Correttamente la Dottrina (RUVOLLO, cit.) osserva dunque che “la Corte di giustizia considera ormai del tutto sussidiario il rimedio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, prediligendo invece un meccanismo interpretativo che fornisca direttamente al destinatario della direttiva una tutela pienamente soddisfacente.”

2.2. Cass.S.U.9147/2009 in tema di specializzandi. Una sentenza da non dimenticare quanto alla natura della responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE

La sentenza resa dalle Sezioni Unite nell'aprile 2009- Cass. S.U. 9147/09- (poi seguita da numerose altre pronunzie del giudice di legittimità anche in tema di c.d. specializzandi), si diceva, merita di essere esaminata autonomamente.

E ciò non tanto per la soluzione finale cui la stessa è giunta- commendevole se si orienta l'analisi sposando la posizione dei medici specializzandi che lamentavano di avere subito un torto e, dunque, in termini sostanziali adeguata all'affermazione di giustizia in favore di chi si era visto negare a livello nazionale il riconoscimento di un diritto alla retribuzione incondizionato e preciso quanto all'esistenza, ma indeterminato quanto all'individuazione del debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata ed all'importo - quanto per le ricadute di *sistema* che da tale pronunzia potrebbero derivare sia in ordine al tema dei rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario che su territori “limitrofi” che le Sezioni Unite non hanno mostrato minimamente di considerare e che, invece, avrebbero forse imposto un'analisi forse più completa del fenomeno (di matrice giurisprudenziale) della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario per come declinato dalla Corte di Giustizia.

Si cercherà quindi di esporre, in modo sintetico, le ragioni che portano a non condividere la posizione espressa dal giudice di legittimità, rimandando a precedenti approfondimenti sul tema, controverso, della mancata attuazione della direttiva comunitaria che prevedeva la remunerazione dei medici specializzandi⁵⁹.

Poco dunque resterà da dire specificamente sull'opposta condivisibile scelta resa dalla pronunzia del Tribunale di Catanzaro che pure si riporta, le cui posizioni, favorevoli alla qualificazione in termini di illecito extracontrattuale dell'illecito comunitario appaiono infatti pienamente conformi a quanto si andrà dicendo nel prosieguo.

2.2.1. Alla ricerca di un *distinguishing* problematico nell'illecito comunitario.

La sentenza delle Sezioni Unite muove da un postulato, espresso al punto 4.6 della motivazione, rappresentato dal fatto che <<il trattamento giuridico del caso di specie è attratto(ratione materiae) nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, in modo che al giudice è demandato il controllo dell'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, adeguamento che diviene così automatico, dovendo la normativa interna cedere il passo a quella comunitaria ove risulti essere con quest'ultima contrastante. Ne segue che, per risultare adeguato al diritto comunitario, il diritto interno deve assicurare una congrua riparazione del pregiudizio

⁵⁹CONTI, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. Rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?*, in *Danno resp.*, 2003, f.8-9;idem, *Medici specializzandi e vademecum delle S.U. sull'applicazione del diritto comunitario.*, commento a Cass. S.U. 4 febbraio 2005, n. 2203, ibidem, 2005,10,961.

subito dal singolo per il fatto di non avere acquistato la titolarità di un diritto in conseguenza della violazione dell'ordinamento comunitario>>.

Da ciò fa discendere la necessità di dare continuità ad un indirizzo giurisprudenziale minoritario emerso nella giurisprudenza di legittimità secondo il quale, invece di qualificare la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario in termini di illiceità, << i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività antigiuridica, che il giudice deve determinare in base ai presupposti oggettivi sopra indicati, in modo che sia idonea a porre riparo effettivo ed adeguato al pregiudizio subito dal singolo>>.

In effetti, il reticolato motivazionale espresso dalle Sezioni Unite si risolve nella riproposizione, per larghi tratti testuale, delle ragioni esposte da Cass.n.9739/05- riportata integralmente nei punti 8 e 9- e da Cass.10617/07 - che indussero la Cassazione ad escludere la natura illecita della responsabilità di cui si discute.

Di ciò vi è conferma testuale nel punto 4.5 della motivazione, ove la Corte, nel ricordare l'esistenza di un orientamento che riconduce "con assoluta prevalenza" il c.d. illecito del legislatore alla fattispecie di cui all'art.2043 c.c., dava invece conto del "minoritario indirizzo" che era favorevole alla natura indennitaria "in base alla considerazione che, stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione>>.

E' vero, infatti, che dopo il punto 4.5 le Sezioni Unite hanno dedicato un ampio paragrafo ai principi fissati dalla Corte di Giustizia in materia. Tali principi, tuttavia, nulla aggiungono alla tesi espressa dalla Cassazione che, come si è detto, al punto 4.8 si è riportata integralmente all'indirizzo minoritario, soltanto aggiungendo che la conclusione espressa sarebbe coerente con i casi in cui il legislatore interno decide di regolare normativamente le conseguenze della violazione del diritto comunitario per fatto del legislatore.

Le Sezioni Unite non riportano, invece, il passo di Cass.n.10617/05 nel quale la Sezione Lavoro della Corte riteneva che "...Le norme della Costituzione, nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e il funzionamento dello Stato, regolano la funzione legislativa, ripartendola tra il Governo e il Parlamento, quale espressione di potere politico, libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale (cfr. art. 31 R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato). Di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli (cfr. Cass., sez. un., 8 gennaio 1993 n. 124). Deve perciò escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario, come interpretate dalla Corte di Giustizia, possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato-ordinamento. Ne discende che, alla stregua dell'ordinamento giuridico italiano, la pretesa dei singoli ad ottenere il risarcimento dei danni che siano stati loro provocati a seguito della mancata attuazione di una direttiva comunitaria, sussistendo le condizioni individuate dalla sentenza della Corte di Giustizia, non può essere altrimenti qualificata che come diritto ad essere indennizzati delle diminuzioni patrimoniali subite in conseguenza dell'esercizio di un potere non sindacabile dalla giurisdizione." Affermazioni, quelle appena riportate, non solo state apertamente contestate dalla dottrina, ma anche nettamente contrastanti con i principi affermati dalla Corte di Giustizia in materia e che finivano per dare linfa alla teoria dualista, in definitiva sfavorevole a riconoscere il "primato" del diritto comunitario sul diritto interno.

2.2.2. Qualche critica a Cass.S.U. n.9147/09.

Poco convincenti appaiono gli argomenti esposti dalle Sezioni Unite.

V'è anzitutto da dire che la tesi delle Sezioni Unite sembra contenere elementi di contraddittorietà laddove si afferma, in tesi, che il trattamento giuridico della vicenda "è attratto ...nell'ambito di applicazione del diritto comunitario" poi però affermandosi che spetta

all'ordinamento nazionale regolamentare le modalità di attuazione della responsabilità posto che l'ordinamento comunitario impone "soltanto il raggiungimento di un determinato risultato".

Certo, non si può disconoscere la difficoltà di inquadramento di un istituto di creazione giurisprudenziale – qual è appunto quello dell'illecito comunitario- nel quale è stata la stessa Corte di Giustizia a fissare le coordinate ed anche a ritagliare ambiti di operatività riservati al diritto comunitario ed aspetti invece di esclusiva pertinenza del diritto interno.

Specificità e complessità dell'argomento tutta compresa, del resto, nella felice espressione di "illecito interfacciale" cara ad Enrico Scoditti⁶⁰ proprio per sottolineare che tale fenomeno non è né compiutamente comunitario, né compiutamente nazionale, lo stesso vivendo attraverso il reciproco riconoscimento operato da queste due fonti interconnesse.

Né può sottacersi che le difficoltà di inquadramento sistematico aumentano se si passa a ricercare il fondamento normativo della disciplina interna che il singolo Stato, secondo il noto principio dell'autonomia procedurale, ha il potere di adottare ed adattare per tracciare le modalità concrete di attuazione del diritto di matrice comunitaria.

E' in effetti arduo chiarire se esiste, dunque, un netto *discrimen* fra ciò che di "comunitario" vi è nella responsabilità di cui si discute e ciò che invece attiene all'ambito riservato ai singoli Stati.

In verità, l'analisi della giurisprudenza della Corte comunitaria sembrerebbe indurre ad una netta demarcazione fra ciò che è *comunitario* e ciò che non rientra nel perimetro del sistema sovranazionale per rimanere riservato agli ordinamenti domestici.

E' vero, infatti, che tale demarcazione viene edificata sul principio di ordine generale per cui, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v. Corte giust. 16 dicembre 1976, Rewe, causa 33/76, Racc. pag. 1989, punto 5; 45/76, Comet, Racc. pag. 2043, punto 13; 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, Racc. pag. 501, punto 25, Francovich e a., cit., punto 42, e 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 12).

Ed è vero che da tale affermazione, anche di recente ribadita dalle sentenze *Kobler*-Corte Giust.30 settembre 2003- e *Traghetti del Mediterraneo* -Corte Giust.13 giugno 2006- si fa discendere l'ulteriore corollario secondo il quale il giudice nazionale deve fare riferimento alle regole del diritto interno per la determinazione dell'entità del risarcimento, la designazione del soggetto passivo dell'obbligo, l'identificazione della procedura (determinazione del giudice competente, disciplina dei mezzi di ricorso e dei correlativi termini di decadenza), e la fissazione dei termini di prescrizione del diritto all'indennizzo- salvo a garantire che il sistema rimediale sia improntato al rispetto dei principi -generali dell'ordinamento comunitario- di effettività e non discriminazione.

Sicché è proprio da questo presupposto che sembra essere partita Cass. S.U. 9147/09 per delineare la "struttura" della responsabilità dello Stato per la non corretta trasposizione di una direttiva comunitaria.

E tuttavia, le "aperture di credito condizionate" che la corte euromunitaria ha inteso riconoscere ai sistemi nazionali non riguardano affatto le "basi" della responsabilità che la Corte di Giustizia ha sempre ricondotto ad un'obbligazione *ex delicto* direttamente ascrivibile all'ordinamento nazionale, appunto ritenuto responsabile per una specifica inosservanza di norme contenute nei Trattati istitutivi della Comunità.

Fu, infatti, la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 19 novembre 1991 (cause riunite C-6-90 e C9-90), *Francovich*, p.36, a rilevare che era proprio dalla violazione degli art. 5 e 189 del Trattato istitutivo della Comunità, in forza dei quali gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione dei doveri derivanti del diritto comunitario, che discende l'obbligo dello Stato inadempiente di risarcire il danno subito dai singoli cui l'attuazione della direttiva ha attribuito diritti.

⁶⁰SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno resp.*, 2007,1,8."

Ed è da ricondurre alle stesse “basi” comunitarie l’affermazione, esplicitata nella sentenza *Kobler*⁶¹- che pure richiama a sostegno le sentenze *Brasserie du pêcheur e Factortame*-punto 32-, *Konle*- sent.1° giugno 1999, causa C-302/97, punto 62, e *Haim*, punto 27 e che, successivamente, sarà richiamata da Corte giust. 16 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, p.30- per cui il principio della responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili non solo è inerente al sistema del Trattato, ma ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione.

Ciò perché “l’obbligo di risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario non può dipendere da norme interne sulla ripartizione delle competenze fra i poteri costituzionali” venendo “lo Stato del pari in considerazione nella sua unità senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario ed esecutivo-cfr. p.32.33 e 34 sent.*Brasserie*”.

Ed era stato proprio l’avvocato generale a sottolineare nelle conclusioni nella citata causa *Brasserie du pêcheur e Factortame*, «in *Francoovich* la Corte non si è limitata a lasciare al diritto nazionale di trarre tutte le conseguenze giuridiche della violazione della norma comunitaria, ma ha ritenuto che lo stesso diritto comunitario imponesse allo Stato un obbligo risarcitorio nei confronti del singolo»-p.22-. Inoltre, precisava l’Avvocato Generale Leger nelle conclusioni rese nel caso *Kobler*, che “questo obbligo risarcitorio costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario, fondamentale come quello del primato del diritto comunitario o dell’efficacia diretta. Infatti, così come questi due principi, l’obbligo per lo Stato di risarcire i danni causati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario contribuisce a garantire la piena efficacia del diritto comunitario mediante una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che ai singoli derivano dall’ordinamento giuridico comunitario.”-p.34-

La stessa sentenza *Kobler* ulteriormente chiariva che “...Se nell’ordinamento giuridico internazionale lo Stato, la cui responsabilità sorgerebbe in caso di violazione di un impegno internazionale, viene considerato nella sua unità, senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo, tale principio deve valere a maggior ragione nell’ordinamento giuridico comunitario, in quanto tutti gli organi dello Stato, ivi compreso il potere legislativo, sono tenuti, nell’espletamento dei loro compiti, all’osservanza delle prescrizioni dettate dal diritto comunitario e idonee a disciplinare direttamente la situazione dei singoli”.

In definitiva, la Corte di Giustizia non ha in alcun modo nascosto il proprio *favor* per la riconducibilità della violazione del diritto comunitario ad ipotesi di responsabilità da atto illecito, anzi rinvenendo direttamente nel Trattato le norme di riferimento dell’analoga responsabilità della Comunità Europea.

Sul punto, è sufficiente rinviare a quanto affermato da Corte giust. 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, *Bergaderm e Goupil/Commissione*⁶².

In questo senso, non è nemmeno superfluo richiamare Corte giust., 17 aprile 2007, C-470/03, *A.G.M.-Cos.Met*, ove è stato ribadito che “... quando le condizioni cui è soggetto il diritto al risarcimento sono soddisfatte, spetta allo Stato membro riparare il danno provocato, nell’ambito delle

⁶¹ V. la sentenza in *Danno resp.*, 2004,1,23 ss, con commento di chi scrive, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*.

⁶² In questo senso bene aveva osservato Scoditti, commentando Cass.4915/03, che “La definizione della fattispecie di responsabilità è per intero imputabile al diritto comunitario, e l’ accertamento della ricorrenza dei presupposti della stessa è pertanto svolto alla stregua delle norme comunitarie (ad esempio, il nesso di causalità fra la violazione dell’ obbligo ed il danno non deve essere apprezzato secondo le regole del diritto interno, ma mediante il riferimento al diritto comunitario, ed in particolare alla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di responsabilità extracontrattuale della Comunità - FUMAGALLI, *op. loc. cit.*, 263 ss.). Ciò che invece rientra nelle competenze dell’ ordinamento interno sono le conseguenze da ricollegare alla fattispecie di responsabilità.V. anche DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e dir. privato*, 1998, 745 che parla di una ripartizione di competenze fra diritto comunitario che fissa la fattispecie, e diritto interno che fissa l’ effetto, tuttavia confermando che il paradigma contratto delitto, pur con i dovuti distinguo, sia quello da utilizzare per inquadrare l’illecito comunitario.

norme del diritto nazionale relative alla responsabilità.” L’inciso in corsivo sopra riportato lascia chiaramente fuori dalla regolamentazione riservata ai singoli Stati la qualificazione dei fatti che è stata la Corte di Giustizia a porre sotto lo stigma dell’illecito extracontrattuale e, come tale, assume efficacia vincolante per i Paesi membri, secondo le ordinarie regole di efficacia vigenti per le pronunzie della Corte di Giustizia, potendo però lo Stato applicare la normativa interna applicabile nell’ambito della responsabilità da fatto illecito.

Tale conclusione sembra obbligata se anche si considerano le ragioni che la Corte di Giustizia esplicitò per inquadrare la condotta nello stigma del fatto illecito, appunto direttamente collegate all’esigenza di equiparare quella vicenda alla responsabilità extracontrattuale della Comunità disciplinata dall’art.340 TFUE⁶³-, alla stregua delle quali “*l’Unione deve risarcire conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi organi nell’esercizio delle loro funzioni*”- in quanto “ la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell’organo che ha cagionato il danno-sent.Brasserie, cit.,p.42-.

Deve dunque ricordarsi che la responsabilità extracontrattuale indicata dalla Corte di giustizia a proposito della condotta dello Stato è stata espressamente codificata sulla base di un’interpretazione sistematica dell’art.288 Tr.CE- al quale è subentrato il ricordato art.340 TFUE-, da Corte giust.,12 settembre 2006, causa C-300/04, *Eman e Sevinger*, in Racc.I-8055 ove si chiarisce che “...Il principio della responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato e uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati allorché la norma giuridica violata abbia lo scopo di conferire diritti agli individui, la violazione sia sufficientemente qualificata ed esista un nesso causale diretto tra la violazione dell’obbligo posto a carico dello stato e il danno subito dai soggetti lesi; non si può tuttavia escludere che la responsabilità dello stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive sulla base del diritto nazionale; con riserva del diritto al risarcimento che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario, nel caso in cui le condizioni indicate al paragrafo precedente siano soddisfatte, è nell’ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato, fermo restando che le condizioni stabilite dalle legislazioni 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 congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento”.

E non pare potersi revocare in dubbio che quella operata dal giudice comunitario non fu certo scelta casuale, piuttosto riscontrandosi una ben precisa distinzione del giudice comunitario che, nel forgiare l’istituto dell’illecito statale, fece per un verso chiaro ed inequivoco riferimento ad una forma di responsabilità extracontrattuale disegnata su un modello “ unico comunitario” (art.288 tr.CE) sganciato da quello previsto nei singoli ordinamenti - e per questo motivo insensibile a possibili variabili presenti all’interno dei singoli Stati- e correlato indefettibilmente al carattere antigiuridico della condotta e ad un termine di prescrizione già inusitatamente lungo rispetto agli altri ricorsi(TOMAC, sub art.268 TFUE, 1961).

D’altra parte, anche a voler ammettere che l’istituto forgiato dalla Corte di giustizia debba necessariamente sorreggersi su un regime interno di responsabilità previsto dai singoli ordinamenti, non pare potersi allo stato disconoscere che proprio gli elementi codificati dalla Corte di Giustizia a proposito dell’illecito comunitario si adeguano perfettamente al quadro della responsabilità extracontrattuale previsto dall’art.2043 c.c. capace, per l’elasticità che lo caratterizza, di costituire adeguato parametro di attuazione, in una logica di cooperazione e non di primato, della “regola” fissata dalla Corte di Giustizia, per come la giurisprudenza comunitaria ha dimostrato con le sentenze *Kobler* e *Traghetti del Mediterraneo*.

A ben considerare, infatti, la violazione di una norma attributiva di un diritto che costituisce il punto di partenza dell’illecito comunitario è dato osmotico rispetto all’antigiuridicità che sta alla base della responsabilità extracontrattuale interna. Analogamente, il nesso causale fra violazione e

⁶³ v.TOMAC, *Commento all’art.340*, in *Codice dell’Unione europea*, cit.,2289 ss.

danno costituisce base comune delle due forme di responsabilità- nazionale e comunitaria- mentre l'elemento soggettivo della colpa, come ci era già capitato di osservare scorrendo dell'illecito comunitario ascrivibile al giudice di ultima istanza, è sostanzialmente analogo al canone della "violazione grave e sufficientemente caratterizzata".

Ora, se sono vere le superiori considerazioni, non pare condivisibile l'opinione di chi intravede nella scelta delle Sezioni Unite una concezione forte del rapporto tra diritto comunitario e diritto interno⁶⁴.

A sommosso avviso di chi scrive, infatti, la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite costituisce, in realtà, riaffermazione della vecchia teoria dualista, perpetuando l'idea di un *primato* del diritto interno che, certo, ha il pregio, nel caso concreto, di individuare una soluzione più favorevole rispetto a quella che sarebbe derivata se si fosse seguito il canone della responsabilità aquiliana. E tuttavia così facendo il giudice comune non solo viaggia in controtendenza rispetto alle logiche di dialogo e di cooperazione che governano ormai i rapporti fra diritto comunitario e diritto interno⁶⁵, ma sembra andare oltre l'ambito dell'interpretazione delle norme interne, in definitiva edificando, in assenza di norme giuridiche di riferimento, un sistema di tutela del soggetto colpito da una condotta dello Stato violativa del diritto comunitario "più favorevole" di quello che sarebbe derivato se si fosse applicato l'istituto per come delineato dalla Corte di Giustizia.

In rotta di collisione con le considerazioni appena espresse le S.U., riprendendo le affermazioni espresse da Cass.n.8739/1996 secondo le quali "... stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antiggiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione", sembrano dunque propendere verso una ricostruzione della responsabilità dello Stato per atto lecito -rectius *non antiggiuridico*- che non sembra in perfetta simmetria con la giurisprudenza comunitaria sopra richiamata⁶⁶ rendendo ancora attuali le critiche a suo tempo svolte dalla dottrina avverso l'indirizzo oggi riproposto dalle Sezioni Unite⁶⁷.

D'altra parte, le Sezioni Unite fondano la conclusione adottata in relazione al "carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno".

Dato, quest'ultimo, che consentirebbe di valutare il comportamento del legislatore come "suscettibile di essere qualificato come antiggiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione".

Ma a ben considerare proprio tale affermazione sembra collocare Cass. S.U. 9147/09 in un periodo storico ormai superato- e non a caso collegato al risalente indirizzo giurisprudenziale minoritario che la Corte di legittimità decide di riesumare-.

Affermare, infatti, che l'ordinamento interno si delinea come "autonomo e distinto" al dichiarato fine di giustificare la ricostruzione in termini di fatto lecito di una condotta considerata

⁶⁴Sia consentito il rinvio a Conti, *Il dialogo tra giudice nazionale e Corte Ue*, in *Corr.giur.*, 2009,8,1053.

⁶⁵In questo senso bene aveva osservato Scoditti, commentando Cass.4915/03, che "La definizione della fattispecie di responsabilità è per intero imputabile al diritto comunitario, e l' accertamento della ricorrenza dei presupposti della stessa è pertanto svolto alla stregua delle norme comunitarie (ad esempio, il nesso di causalità fra la violazione dell' obbligo ed il danno non deve essere apprezzato secondo le regole del diritto interno, ma mediante il riferimento al diritto comunitario, ed in particolare alla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di responsabilità extracontrattuale della Comunità - FUMAGALLI, *op. loc. cit.*, 263 ss.). Ciò che invece rientra nelle competenze dell' ordinamento interno sono le conseguenze da ricollegare alla fattispecie di responsabilità.V. anche di Majo, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e dir. privato*, 1998, 745 che parla di una ripartizione di competenze fra diritto comunitario che fissa la fattispecie, e diritto interno che fissa l' effetto, tuttavia confermando che il paradigma contratto delitto, pur con i dovuti distinguo, sia quello da utilizzare per inquadrare l'illecito comunitario.

⁶⁶SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in questa *Danno resp.*, 2007,1,8."

⁶⁷La decisione delle S.U. in rassegna riprende, parimenti , le mosse da Cass. 11 ottobre 1996, n. 10617 (*Foro it.*, 1996, I, 503, con nota di SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso "Francovich" in Cassazione* e di CARANTA, *In materia di conseguenze della mancata tempestiva trasposizione di una direttiva comunitaria nell' ordinamento italiano*, in *Resp. civ.*, 1996, 313) e quelle di Cass.1 aprile 2003 n.4915.

nell'ordinamento comunitario come illecita significa spezzare, pericolosamente, un'evoluzione normativa e giurisprudenziale che, negli anni recenti, si è progressivamente indirizzata verso ben diverse forme di integrazione, sempre più marcate ed incisive.

In questa direzione, il riconoscimento del canone dell'interpretazione conforme al diritto comunitario⁶⁸-a più riprese propugnato dal giudice comunitario ed ormai recepito dal giudice di legittimità(cfr.tra le ultime, Cass. 20543/2008)- e l'introduzione dell'art.117 1^a comma Cost. e la recente questione pregiudiziale sollevata per la prima volta dalla Corte costituzionale (ord.n.103/2008) appaiono all'osservatore come dati orientati univocamente a realizzare un sostanziale superamento di quella *autonomia* e *separatezza* che aveva fatto da sfondo alla nota sentenza Granital e che oggi Cass.S.U. n.9147/09 "resuscita".

Come è stato osservato⁶⁹, "se....nella famosa sentenza La Pergola del 1984 (n. 170 del 1984) si parlava di sistemi «configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato»; e se, nella sentenza n. 389 del 1989 si parlava di «ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti(...)», nell'ordinanza n. 103 del 2008 si fa un ulteriore passo in avanti terminologico, allorquando si dice che l'Italia, ratificando i Trattati comunitari, «è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario e cioè di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno»."

Ora, proprio la scelta del 2008 di sollevare la questione pregiudiziale operata dalla Corte costituzionale non va riduttivamente interpretata come mera operazione in discontinuità rispetto al passato.

Essa piuttosto si inserisce autorevolmente ed apertamente in quel movimento culturale favorevole a rimodulare i rapporti fra i due sistemi comprimendo la c.d. tesi dualista ed invece spingendo sull'acceleratore dell'integrazione.

Ecco che l'aggiunta degli aggettivi "integrato" e "coordinato" nel tracciato motivazionale dell'ordinanza n.103/08 segna una frattura particolarmente grave fra la sentenza in rassegna e le posizioni espresse dal giudice costituzionale che sembra doversi, nell'immediato futuro, rimarginare per mano delle S.U. che hanno già commendevolmente manifestato la capacità di operare dei vistosi *revirement*.

D'altra parte, che le stesse S.U., in altra occasione, abbiano avuto ben presente l'importanza del principio della coordinazione dei due sistemi, indubbiamente contraria alla scissione che invece la sentenza che si annota sembra voler legittimare, trova conferma in Cass.,S.U. n.30254/08 ove, per riformulare il concetto di giurisdizione alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme, i giudici di legittimità richiamarono l'evoluzione nel tempo subita dall'ordinamento ponendo al primo posto fra i fattori qualificanti il rapporto tra diritto comunitario ed ordinamento interno ed il ruolo della giurisdizione nel rendere effettivo il *principio del primato del diritto comunitario*.

Il che finisce con l'emarginare la presa di posizione in materia di specializzandi espressa dal giudice di legittimità, se ancora si considera che proprio l'impianto motivazionale di Cass.8739/1996,10617/21995 e 7832/1995- richiamate al punto 4.5 da Cass.n.9147/09- si era fondato sulla (postulata) inconciliabilità di una responsabilità da fatto illecito del legislatore in relazione ai canoni costituzionali interni e, quindi, alla libertà dei fini riservata al potere legislativo.

⁶⁸ Sia consentito il rinvio a Conti, *L'effettività del diritto comunitario ed il ruolo del giudice*, in Eur.dir.priv., 2007,2,480;.

⁶⁹ ANDRONIO-GAETA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione EDU e nell'ordinamento comunitario: àmbiti di applicazione e prerogative del giudice nazionale*, relazione tenuta all'incontro di studio sul tema «Il sistema integrato delle fonti e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo», Roma, 23 - 25 settembre 2009.

Come si è visto, era stata, appunto la *sfortunata*⁷⁰ Cass.n.10617/1995 ad escludere – e non ad ammettere, come sembra voler affermare oggi Cass.S.U. n.9147/09- che dalle norme dell'ordinamento comunitario, come interpretate dalla Corte di giustizia, potesse derivare il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo. Affermazione che non rimaneva isolata, se è vero che nel 2003 la Cassazione, proprio richiamando il precedente sull'inconfigurabilità di un diritto soggettivo all'esercizio del potere legislativo quale effetto della normativa comunitaria escludeva, sulla base dello stesso impianto argomentativo espresso dalla sezione lavoro della Cassazione, la risarcibilità del danno derivante dalla mancata attuazione nei termini della direttiva sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali⁷¹, ponendosi così in controtendenza rispetto a ben più convinenti e persuasive decisioni della Cassazione che avevano espressamente fondato sul paradigma dell'art.2043 c.c. la responsabilità dello Stato per illecito comunitario proprio in materia di specializzandi⁷².

Posizioni, queste ultime, che intendevano apertamente disconoscere la vincolatività delle sentenze della Corte di Giustizia e dell'intero "sistema" della responsabilità dello Stato fondato espressamente dalla Corte di Giustizia sul parametro di cui all'art.288 del Trattato. In questo senso è utile rinviare alle perspicue osservazioni critiche già espresse dalla dottrina⁷³.

Nemmeno persuasivo sembra, poi, l'argomento fondato sull'omogeneità di trattamento con le forme in cui il legislatore sia intervenuto successivamente per porre rimedio alla pregressa violazione del diritto comunitario nascente da mancata trasposizione di una direttiva.

A ben considerare, infatti, l'ipotesi richiamata non presenta alcun elemento di omogeneità con quello generale, se è vero che la stessa Corte di Giustizia, proprio esaminando la l.n.80/1992, non ha affatto escluso che il danneggiato potesse agire per ottenere il risarcimento del danno eventualmente non coperto dalla misura fissata a livello normativo-cfr.Corte giust.10 luglio 1997, *Bonifaci, Palmisani e Maso*. Il che dimostra come la prospettiva del giudice comunitario muove dalla riconducibilità della fattispecie ad una condotta illecita che merita un'integrale risarcimento.

D'altra parte, non si vuole qui certo negare che sia in corso, da tempo, un avvicinamento della giurisprudenza di legittimità a forme alternative a quella tradizionale fondata sull'art.2043 c.c. In questo senso, potrebbe risultare utile il richiamo a Cass.n.157/03⁷⁴ ed alla particolare attenzione ivi serbata alla tematica degli effetti del comportamento inosservante degli obblighi assunti dalla p.a. laddove abbia prescelto il modulo convenzionale in sostituzione del sempre più recessivo meccanismo provvedimentale.

Ed invero, l'apertura della Cassazione a forme di responsabilità amministrativa sganciate dall'illecito aquiliano ed invece orientate a fare prevalere gli obblighi comportamentali – e le connesse responsabilità- cui la p.a. è tenuta laddove si avvale di accordi procedurali, pur non trovando, nella fattispecie concreta, l'aggancio rappresentato dall'art.11 della legge n.241/1990-inapplicabile *ratione temporis*- evoca il concetto di una responsabilità *da contatto*⁷⁵.

⁷⁰ Così LAZARI, *Eppur si muove: Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario*, in *Danno resp.*, 1998, 5, 476.

⁷¹ Cass. 1 aprile 2003 n. 4915, *Danno e responsabilità*, 2003, p. 718, con nota di E. Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria* ed in *Foro it.*, 2003, I, 2015, con nota di E. SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*.

⁷² Cass., 16 maggio 2003, n. 7630, su cui sia consentito il rinvio a CONTI, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno resp.*, 2003, pp. 836-843.

⁷³ Così LAZARI, *Eppur si muove: Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario*, in *Danno resp.*, 1998, 5, 477 ss. V. anche CARANTA, *In materia di conseguenze della mancata tempestiva trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano*, in *Resp. civ. e previd.*, 2 (1996), pp. 313-319; SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato*, cit., p. 722 e PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, 154; cfr. MENGONI, *Note sul rapporto fra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1997, 2, 527; Lajolo, *Responsabilità dello stato, adesso basta una parola*, in www.europeanrights.it.

⁷⁴ V. su *Danno resp.*, 2003, 477, con nota di chi scrive, *Lesione dell'interesse legittimo oppositivo: la Cassazione a tutta birra sulle ali della "500" del 1999*.

⁷⁵ C.G.A.- 8 maggio 2002 n. 267, in www.giust.it, anche in *Corr.giur.* 2002, 7, 880, con nota di CARBONE, *Quale tutela garantisce al cittadino il g.a. in tema di risarcimento del danno nei confronti della P.A.?*, aveva rimesso all'Adunanza

Ma questo non significa che il campo dell'illecito comunitario sia da considerare terreno elettivo per eventuali ulteriori approfondimenti di siffatta tematica. In conclusione, la decisione della Corte di Cassazione si discosta significativamente dai paradigmi fissati dalla Corte di Giustizia se è vero che secondo la giurisprudenza risalente e prevalente di quel giudice comunitario.

In conclusione, persuasiva appare la ricostruzione del sistema dell'illecito comunitario che in esso intravede *"un'ipotesi di illecito che non riceve disciplina esaustiva in sede comunitaria, ma che è destinata ad essere recepita ed adattata nei singoli Stati membri"*, poi aggiungendo che *"la dottrina e la giurisprudenza dominante ritengono che l'unico modo in cui l'illecito comunitario può trovare ingresso nel nostro ordinamento, che accoglie un sistema di atipicità dell'illecito, è attraverso l'art.2043 c.c." 77.*

D'altra parte, la pronunzia in rassegna traslascia completamente di occuparsi delle ricadute "di sistema" che la conclusione prospettata in ordine alla natura della responsabilità dello Stato può avere rispetto alla responsabilità per violazione ascrivibile al potere giurisdizionale ed esecutivo.

Ed invero, la connotazione in termini di “fatto non antigiuridico” della responsabilità dello Stato, al di là del carattere anodino di tale formula, entra in chiara ed inequivoca rotta di collisione rispetto alle ipotesi di responsabilità dello Stato per atto del giudice e dell’amministrazione che, a livello interno, pur nell’ambito di problematiche sicuramente mobili e ancor oggi non definitive mai, *allo stato*, potrebbero essere inquadrare in un ambito diverso da quello dell’illecito extracontrattuale, in questa direzione ponendosi non solo la legge n.117/1988⁷⁸ o comunque

⁷⁸ Cfr. Art. 2 l.n. 117/1988: 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

l'art.2043 c.c. se si concorda con la dottrina che non ritiene rilevante ai fini dell'illecito comunitario per atto del giudice la legge nazionale(Scoditti)⁷⁹- per quel che riguarda la responsabilità da atto del giudice- ma anche il combinato disposto degli art.28 Cost. e 2043 c.c. per la responsabilità derivante da condotta del pubblico dipendente o funzionario⁸⁰, essendo semmai in discussione solo l'inquadramento della responsabilità da atto amministrativo che produce un'illiceità comunitaria. E che il sistema dell'illecito civile, proprio per l'ampia mobilità dei suoi confini, sia il più adatto per tutelare il cittadino di fronte alla p.a. è del resto confermato dal recente intervento normativa in tema di danno da ritardo⁸¹.

Non può infatti revocarsi in dubbio che per nessuno degli ambiti appena indicati possono richiamarsi quelle "somme ragioni" che sono alla base della scelta intrapresa dalle Sezioni Unite. Anzi, proprio i riferimenti normativi appena ricordati rendono palese la piena configurabilità della responsabilità ed i suoi connotati intrinsecamente illeciti.

Il punto è, allora, di capire se l'ordinamento interno può "tollerare" una diversità strutturale tra le ipotesi di responsabilità per violazione del diritto comunitario appena menzionate e tale, in definitiva, da qualificare in termini di fatto *lecito* - non antigiusuridico- la condotta del legislatore e di costruire come *illecita* la condotta correlata al fatto del giudice e/o del funzionario.

Siffatta dicotomia non sembra poter resistere ad un vaglio di ragionevolezza, risultando per contro produttiva di effetti discriminatori affatto comprensibili e giustificabili.

Ed invero, la violazione del diritto comunitario che costituisce il dato unificante delle tre condotte per come è stata posta dalla Corte di Giustizia non sembra poter meritare un diverso trattamento a seconda che a porla in essere sia il legislatore o il giudice o il funzionario, tanto risultando impedito dagli stessi *paletti* fissati dalla Corte di Giustizia nelle sentenze sopra ricordate che, in definitiva, Cass.n.9147/09 omette di considerare nella loro completezza.

In definitiva, la costruzione fondata sul fatto non antigiusuridico e sul carattere indennitario della responsabilità dello Stato mal si attaglia ai casi di danno cagionato da attività del giudice e/o del pubblico funzionario che ha mal applicato il diritto comunitario, risultando in tali casi il nocciolo della responsabilità nel contegno *contra ius* dell'agente che, con il suo operato, ha impedito al titolare di godere della posizione giuridica riconosciutagli dal diritto comunitario. In tali casi, infatti, il nesso eziologico tra condotta ed evento lesivo vede come protagonista "in negativo" lo *Stato amministrazione* e lo *Stato Giudice* che assorbe in sé la condotta illecita dei suoi organi⁸².

Ecco perché l'ordinamento comunitario non sembra ammettere una diversità di trattamento all'interno della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario fondata sulla qualità- legislativa, giurisdizionale o esecutiva(per la quale v.la sentenza *Brasserie* già cit.)- dell'organo che l'ha originata allorché non vi siano rilevanti scostamenti fra le diverse ipotesi.

Si tratterebbe, all'evidenza, di una disparità di trattamento capace di minare quel principio dell'unità dello Stato - di ispirazione internazionalistica-⁸³ rispetto al diritto comunitario e peraltro difficilmente sostenibile nel momento in cui essa consentisse regimi procedurali differenti in punto

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.

⁷⁹ V., invece, ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. privato*, 2006, 347, il quale ipotizza un *vulnus* della normativa interna (l.n.117/1985) rispetto ai canoni di eguaglianza e ragionevolezza nella parte in cui riserva la danneggiato un trattamento deteriore rispetto a quello garantito in via generale dalla disciplina comunitaria.

⁸⁰ Cass. n. 12282 del 27/05/2009; Cass. n. 21850 del 17/10/2007; Cass. n. 19359 del 18/09/2007; Cass. . 6005 del 15/03/2007.

⁸¹ ZERMAN, *Il risarcimento del danno da ritardo: l'art. 2 bis della legge 241/1990 introdotto dalla legge 69/2009*, in www.giustiziazia-amministrativa.it.

⁸² Si tratta di vicende che poco si discostano da quella connessa al fatto del legislatore che non traspone correttamente una normativa comunitaria, essendo il minimo comun denominatore rappresentato dalla lesione prodotta alla posizione del soggetto correlata ad un agire *contra ius* dello Stato.

⁸³ TESAURO, *Responsabilité des Etats Membres pour violation du droit communautaire*, in *Rev. Marché un. eur.*, 1996, 27.

di responsabilità, se è appunto vero che lo Stato viene preso in considerazione “senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo”.

In questa direzione, del resto, si muove la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*⁸⁴ che, valutata nel suo complesso, ha avuto il senso di ricondurre –malgrado alcune apparenti diversità terminologiche - la responsabilità dello Stato per atto del giudice a quella generale già tratteggiata dalla stessa Corte comunitaria, ritenendo incompatibile il quadro normativo italiano che riduceva la sfera di responsabilità per atto del giudice ad un ambito più limitato rispetto a quello in generale ricostruito sul tema generale della responsabilità per violazione del diritto comunitario.

D'altra parte, sembra evidente che i profili di responsabilità correlati alla violazione del diritto comunitario dei quali si è detto appaiono tutti sovrapponibili quanto al loro oggetto, alla loro finalità e ai loro elementi essenziali, avendo in comune lo stesso oggetto (risarcimento del danno) e la stessa finalità (illiceità del comportamento lesivo), nemmeno ravvisandosi che l'azione per responsabilità dello Stato fondata sulla violazione di carattere giurisdizionale differisca, nei suoi elementi essenziali, dall'azione per responsabilità dello Stato per fatto del legislatore o del pubblico dipendente.

Certo, è indiscutibile che gli Stati possano, in mancanza di una normativa comunitaria, “...disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi diretti a garantire la piena tutela dei diritti conferiti ai soggetti dal diritto comunitario, norme sulla prescrizione incluse”-cfr.Concl.Avv.Generale Piores Maduro, 9 luglio 2009, causa C- C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*-.Ma rimane pur sempre chiaro il principio per cui tali modalità devono rispettare i principi di equivalenza e di effettività e non toccano, comunque, la base stessa della responsabilità che sta, appunto a monte e non può essere disciplinata dal singolo Stato per le stesse argomentazioni già esposte sopra parlando della responsabilità per fatto del legislatore.

In questa prospettiva, l'unica alternativa potrebbe essere quella di ritenere che i sistemi previsti per la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario per atto del giudice e del funzionario, caratterizzandosi per modalità procedurali diverse da quelle proprie del caso di responsabilità statale per atto del potere legislativo, si pongono in antitesi con il canone comunitario fondamentale dell'equivalenza e possano, così, essere rimodulati attraverso la non applicazione delle relative discipline e l'applicazione della disciplina più favorevole al danneggiato- quella appunto tratteggiata dalle Sezioni Unite-.

Resta tuttavia l'anomalia di siffatta conclusione se solo si considera che il sistema normativo interno previsto sul tema sembra essere “unicamente” quello regolato dalle normative sopra richiamate, a fronte di una ipotizzata responsabilità da fatto non antiggiuridico che, pur senza trovare agganci normativi precisi ma semmai su un'idea di rigetto del modello comunitario della responsabilità statale⁸⁵, si snoda su un percorso ad ostacoli, come si è detto palesemente contrario al quadro comunitario indicato.

Certo, rispetto a quanto appena detto potrebbe sostenersi che le ipotesi di violazione del diritto comunitario ascrivibili a giudici di ultima istanza integrano fattispecie non comparabili con quelle della violazione commessa dal legislatore e dal funzionario, così da giustificare regimi procedurali nazionali diversi, pienamente compatibili con i principi di equivalenza e non contraddizione.

Ma si tratta di affermazioni che pare si scontrino con la sovrapponibilità, ai fini risarcitori, del danno provocato da un atto legislativo piuttosto che una condotta di un funzionario e/o del giudice di ultima istanza. Fermo restando che esulano dal campo d'indagine le eventuali previsioni interne destinate a regolare le vicende interne al rapporto Stato giudice e/o Stato amministrazione.

In definitiva, l'appunto principale che sembra doversi muovere all'ermetica pronunzia delle S.U. -prendendo a prestito l'espressione utilizzata da Adolfo di Majo nel suo commento alla

⁸⁴ Corte giust.13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Corr.giur.*, 2006,11,1515, con commento di chi scrive, *Responsabilità per atto del giudice legislazione italiana e Corte Ue.Una sentenza annunciata*.

⁸⁵ Così ancora LAZARI, *Eppur si muove:Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario*,cit., 477.

medesima decisione- è quello di avere riproposto, attraverso un'operazione ermeneutica che sembrava ormai definitivamente archiviata, un'analisi del problema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario che solo in apparenza tende ad avvicinarsi alle esigenze del cittadino danneggiato e che, invece, priva il soggetto danneggiato di quei parametri che la Corte di Giustizia aveva inteso fissare in funzione unificante proprio per evitare che il regime di responsabilità fosse affidato "ai vari e variegati sistemi nazionali, perciò provocando una chiara disuguaglianza tra i cittadini dei vari Stati membri" ⁸⁶.

In questa prospettiva il tema della prescrizione più favorevole al danneggiato che le Sezioni Unite enfatizzano per giustificare la bontà della soluzione espressa si dimostra argomento solo suggestivo ed affatto solido.

Ed in effetti, il 3 giugno 2009, pochi giorni dopo la sentenza delle Sezioni Unite, la Sezione Lavoro della Cassazione (sent.n.12814/09) affermava placidamente che in materia azione promossa dagli specializzandi per ottenere la retribuzione fissata a livello comunitario nel periodo anteriore al 1991 "...trattandosi di azione di risarcimento del danno, la prescrizione è quinquennale ed inizia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere." ⁸⁷

Il tutto con buona pace della giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo secondo la quale "...il principio della certezza del diritto, implicito nel sistema della Convenzione, osta a che l'organo giurisdizionale di ultimo grado e dotato di funzione nomofilattica adotti pronunce contrastanti sulla medesima questione di diritto, così violando l'art. 6 CEDU"-cfr.Corte dir.uomo, 6 dicembre 2007,*Beian c.Romania*-.

Per altro verso, Cass.S.U. n.9147/09, guardando solo alla violazione ascrivibile al legislatore derivante da omessa o non corretta trasposizione del diritto comunitario, senza darsi carico di esaminare il tema generale dell'illecito comunitario, all'interno del quale vanno pure inserite sia le ipotesi di vigenza di una normativa nazionale contrastante con il diritto comunitario sopravvenuto che, come si è visto, quelle dell'illecito dello *Stato-Giudice* e dello *Stato-legislatore*, non sembra distinguersi per chiarezza e completezza argomentativa, sposando la tesi *minoritaria* senza aggiungere perspicui argomenti capaci di sovvertire quello che, a detta delle Sezioni Unite, era indirizzo maggioritario espresso "*senza particolari approfondimenti del problema di qualificazione*". Non può tacersi, alla fine, anche solo un cenno al recente art.4 comma 43 della legge n.183/2011, a tenore del quale «*La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato.*»

Senza volere e potere qui esaminare il tema dell'efficacia di tale previsione normativa nell'ordinamento interno, della sua compatibilità con il diritto eurounitario e della sua portata - innovativa o meno⁸⁸- non pare potersi porre in discussione che l'affermata natura illecita della responsabilità patrocinata dal legislatore sembra andare in controtendenza rispetto all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione⁸⁹.

2.3. Lo Stato Giudice responsabile per la violazione del diritto eurounitario ascrivibile al giudice di ultima istanza. Il caso Köbler. a) La controversia nazionale che ha originato la sentenza della Corte di giustizia

Il sig. Köbler, professore universitario presso l'Università di Innsbruck dal 1° marzo 1986 aveva chiesto l'attribuzione dell'indennità speciale di anzianità di servizio prevista per i professori universitari che la legislazione austriaca subordina ad un'esperienza di 15 anni maturata

⁸⁶ LAZARI, *Eppur si muove: Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario*, cit., 481.

⁸⁷ Cass. 3 giugno 2009, n.12814, in *Corr.Giur.*, 2009, 10, 1348

⁸⁸ Va solo ricordato che, di recente, Cass. 8 febbraio 2012 n.1850, in <http://www.marinacastellaneta.it/wp-content/uploads/2012/03/specializzandi.pdf>, ha ritenuto tale disposizione, in quanto priva di elementi letterali dai quali inferirne l'efficacia retroattiva e comunque in relazione alla necessità di fornirne un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente (ex art.6 CEDU) orientata, applicabile ai soli fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore, valendo per i fatti anteriori alla novella la prescrizione decennale indicata dalle Sezioni Unite della Cassazione.

⁸⁹ Cfr. da ultimo, Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813, in *Corr.giur.*, 2011, 10, 1411 con nota di DI MAJO.

esclusivamente nelle università austriache. Poiché il sig. Köbler poteva far valere questi 15 anni di esperienza solo computando gli anni di servizio effettuati nelle università di altri Stati membri, la relativa domanda veniva respinta dalla Verwaltungsgerichtshof - Corte suprema amministrativa austriaca - il 24 giugno 1998 in quanto l'indennità speciale di anzianità di servizio costituiva un "premio di fedeltà" che giustificava obiettivamente una deroga alle disposizioni di diritto comunitario relative alla libera circolazione dei lavoratori.

Il docente austriaco ha quindi presentato un ricorso per risarcimento danni contro la Repubblica d'Austria affinché fosse riparato il danno che egli aveva subito a causa del mancato versamento dell'indennità speciale di anzianità di servizio che la sentenza del *Verwaltungsgerichtshof* aveva escluso in violazione di disposizioni di diritto comunitario direttamente applicabili.

Con ordinanza 7 maggio 2001 il Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Tribunale civile di Vienna) ha proposto alla Corte di giustizia cinque questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 48 del Trattato CE (ora art. 39 CE) e della giurisprudenza della Corte stessa⁹⁰.

Il quesito principale rivolto ai giudici di Lussemburgo era quello di acclarare se l'eventuale violazione del diritto comunitario ascrivibile all'organo supremo di una giurisdizione nazionale potesse determinare la responsabilità dello Stato di appartenenza alla stregua dei principi espressi nelle sentenze *Franovich* e *Brasserie du pêcheur*. In caso di risposta affermativa il rimettente chiedeva di sapere se la giurisprudenza della Corte, secondo cui spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere liti vertenti sui diritti soggettivi scaturenti dall'ordinamento comunitario, sia applicabile anche nel caso in cui il comportamento asseritamente contrario al diritto comunitario sia costituito dalla sentenza di un organo giurisdizionale supremo nazionale.

2.3.1. La posizione dell'Avvocato Generale nei tre procedimenti incardinati innanzi alla Corte di giustizia

La sentenza *Köbler* ha affrontato per la prima volta nella storia della Corte di giustizia, il delicato tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario ascrivibile a giurisdizioni nazionali superiori.

Per comprendere appieno la portata storica della sentenza *Köbler*, sembra utile riassumere le conclusioni rese l'8 aprile 2003 dall'Avvocato Generale Lèger nello stesso procedimento.

Peraltro, risultano pendenti quasi in contemporanea innanzi alla Corte di giustizia altri due procedimenti nei quali si discute dello stesso argomento, seppur sotto diversa prospettiva.

In particolare, nella causa C-453/00, *Kühne & Heitz* il giudice *a quo* ha sollevato la questione se un organo amministrativo nazionale sia obbligato a riprendere in esame una decisione definitiva e non più impugnabile quando da una successiva sentenza della Corte risulti che la decisione e la pronuncia che l'ha confermata riposavano su un'errata interpretazione del diritto comunitario. Nella causa C-129/00 *Commissione c. Italia* il procedimento promosso dalla Commissione nei confronti dell'Italia per violazione del Trattato, ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE, ha riguardo all'art. 29, comma 2, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, il quale, così come interpretato in sede amministrativa e giudiziaria, consente di applicare alla ripetizione dei tributi percepiti in violazione delle norme comunitarie un regime probatorio che rende l'esercizio del diritto al rimborso di tali tributi praticamente impossibile o, comunque, eccessivamente difficile per i contribuenti.

E proprio tale ultimo procedimento, recentemente definito con sentenza del 9 dicembre 2003, ha consentito alla Corte di ribadire che "l'inadempimento di uno Stato membro può essere in via di principio dichiarato ai sensi dell'art. 226 CE indipendentemente dall'organo dello Stato la cui azione o inerzia ha dato luogo alla trasgressione, anche se si tratta di un'istituzione costituzionalmente indipendente (sentenza 5 maggio 1970, causa 77/69, *Commissione/Belgio*, in *Racc.*, pag. 237, punto 15)". Ne è derivato che la Repubblica italiana, non avendo modificato l'art.

⁹⁰ Corte giust. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e, in *Racc.*, I, 1029; Corte giust. 19 giugno 1990, causa 213/89, *Factortame Ltd.*, in *Racc.*, I, 2433 e Corte giust. 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Racc.*, I, 4961.

29, secondo comma, della legge n. 428/1990, che viene interpretato e applicato in sede amministrativa e da una parte significativa degli organi giurisdizionali - compresa la Corte suprema di cassazione - in modo tale da rendere l'esercizio del diritto al rimborso di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario eccessivamente difficile per il contribuente, è stata ritenuta responsabile per la mancata osservanza agli obblighi ad essa incombenti in forza del Trattato CE. Occorrerà allora considerare in maniera analitica anche le conclusioni assunte nei due giudizi rispettivamente dall'Avv. Generale Lèger 17 giugno 2003 e dall'Avv. Generale Geelhoed il 3 giugno 2003, apparendo queste ulteriormente esplicative dell'indirizzo poi espresso dalla sentenza in commento.

Muovendo l'indagine dalle conclusioni dell'8 aprile 2003 nella causa Köbler, l'Avv. Lèger ricorda che dalla sentenza *Brasserie* emergeva come uno Stato membro può essere responsabile per violazione comunitaria qualunque sia l'organo statale responsabile della violazione. Non rileva dunque che questo organo sia legislativo, esecutivo o giurisdizionale. Né è praticabile l'idea che la responsabilità sia limitata agli atti delle Corti ordinarie con esclusione delle Corti Supreme, poiché ciò permetterebbe ai singoli Stati di organizzare i loro sistemi giudiziari in modo da evitare tutte le responsabilità cui invece sono tenuti.

L'Avv. Generale Léger passava poi in rassegna le posizioni assunte dai singoli Paesi membri. Ricordava che l'Austria aveva sostenuto che la legge comunitaria non può precludere l'esistenza di una legge nazionale che esclude la responsabilità dello Stato per le violazioni delle sue Corti Supreme. Se infatti si stabilisse un simile principio ciò presupporrebbe che anche la Comunità può essere responsabile per atti o omissioni della Corte di giustizia. Il che rendeva difficoltoso pensare che la Corte fosse contemporaneamente giudice e parte del processo. D'altra parte, l'art. 234 Tratt. CE non aveva per oggetto quello di conferire diritti ai singoli, per il che mancherebbe, a monte, la possibilità di configurare una responsabilità dello Stato membro.

Analoghe considerazioni critiche avevano espresso, seppur con accenti diversi, Francia e Regno Unito secondo i quali il principio della cosa giudicata impedirebbe di ritenere la responsabilità dello Stato.

La *res iudicata*, secondo questa impostazione, doveva prevalere sulla riparazione in favore del singolo, a meno di scalfire l'autorità e la reputazione del potere giudiziario che fondava la sua legittimazione sul principio dell'indipendenza avvertito comunemente come valore fondante dalla comunità dei Paesi membri. D'altra parte, come rilevato dalla dottrina italiana, i sistemi di *common law* propugnano espressamente il principio di quasi totale immunità giudiziale in ragione del ruolo creativo della giurisprudenza che deve essere tutelato in misura massima non solo con riguardo al giudice, ma anche allo Stato in base al noto principio "*The King cannot do wrong*"⁹¹.

In ogni caso, secondo il governo francese, una soluzione opposta avrebbe comunque richiesto una regolamentazione speciale contenente principi particolarmente restrittivi e comunque radicalmente diversi da quelli che disciplinano la responsabilità dello Stato per atti legislativi o amministrativi contrari al diritto comunitario in ragione della specifica natura delle funzioni giudiziarie. Quanto alla Germania ed all'Olanda, tali Stati non si erano opposti all'idea della responsabilità per atti e omissioni delle Corti Supreme, ma avevano caldeggiato una decisione che limitasse ai casi eccezionali la responsabilità per violazioni degli organi giurisdizionali interni.

Era invece l'art. 10 del Tratt. CE, unitamente ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 249 a costituire, secondo la Commissione, la piena riprova del principio della responsabilità statale per violazione degli organi giurisdizionali supremi.

Nell'ambito di un così variegato panorama di soluzioni prospettate a livello dei Paesi membri interessati non poco alla vicenda - a differenza dell'Italia che non risulta essere intervenuta nel procedimento *Köbler* - l'Avv. Generale Lèger, esaminando lo stato delle legislazioni dei Paesi membri sul tema, era condotto a ritenere che gli Stati membri accettano il principio della

⁹¹ SERIO, *Riflessioni sulla responsabilità giudiziale in alcuni ordinamenti europei*, in Eur. dir. priv., 1998, 1154; PICARDI, *Responsabilità del giudice*, Scritti in onore di A. Falzea, Milano, 1991, III, 2, 699 sub nota 6, che ricorda come il Crown Proceedings Act del 1947 esclude espressamente dall'ambito della responsabilità dello Stato gli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

responsabilità per la violazione di qualunque regola da parte dei loro organi⁹². Solo la Grecia e la Svezia, pur ammettendo la responsabilità per atti delle giurisdizioni, la escludono per i fatti ascrivibili alle Corti Supreme. Ma ciò non incrina l'esistenza del principio di responsabilità tanto nei paesi di *civil law* che in quelli di *common law*.

Proprio con riferimento all'esperienza italiana veniva evocato un precedente del tribunale di Roma⁹³ in cui, nel ribadire che il diritto comunitario si arresta di fronte al giudicato interno, costituendo questo principio di ordine pubblico interno ai sensi dell'art. 30 Tratt. CE, si precisava poi che la responsabilità dello Stato che si configura con riferimento all'esercizio della funzione giurisdizionale è regolata dalla legge n. 117/88.

Dall'esame delle legislazioni l'Avv. Léger traeva la conclusione che esiste l'obbligo di riparazione individuale per violazione del diritto comunitario prodotto da una Corte Suprema. Deponeva a favore di questa tesi lo scopo del principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, del ruolo essenziale svolto dalla Corte di giustizia nello sviluppo del diritto comunitario e della necessità di tutelare i diritti fondamentali.

La sentenza *Franovich* aveva chiaramente riconosciuto che fosse un principio fondamentale quello che lo Stato è obbligato a risarcire i danni causati agli individui da violazioni del diritto comunitario. Tale principio è *consustanziale* al sistema del Trattato. Per garantire una protezione dei diritti nascenti dal diritto comunitario non è sufficiente che l'individuo possa invocare il diritto innanzi al giudice di diritto comune o che sia richiesto al giudice di applicare correttamente il diritto comunitario. E' più utile, piuttosto, che se la Corte rende una decisione contraria al diritto comunitario, l'individuo sia messo in condizione di ottenere una riparazione. Da qui la necessità dello strumento dell'azione di responsabilità dello Stato.

Anche la sentenza *Brasserie* conduceva, secondo l'Avv. Léger, ad analoghe conclusioni poiché questa professava la responsabilità dello Stato qualunque fosse l'organo dello Stato abbia ha omesso o compiuto un atto che abbia determinato la violazione. Tali principi, pur essendo stati sviluppati di volta in volta in contesti diversi, partivano tutti dalle stesse considerazioni di base e in particolare dall'idea che lo Stato membro è responsabile, in quanto entità, dell'esecuzione degli impegni comunitari e di ogni ritardo, a prescindere dall'organo che, nell'ambito della sua organizzazione interna, è risultato inadempiente, derivando tale obbligo dal principio di lealtà comunitaria sancito dall'art. 10 Tratt. CE⁹⁴.

Ed era sempre la sentenza *Brasserie* - punto 26 - a chiarire che l'obbligo di responsabilità non può dipendere dalle regole interne che disciplinano la divisione dei poteri. Il che significava che il diritto comunitario impone il rispetto tanto da parte delle autorità parlamentari come da parte di quelle giurisdizionali.

Era comunque il ruolo delle Corti nell'applicazione del diritto comunitario ad apparire decisivo.

Come precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Rewe*⁹⁵, "è alle giurisdizioni nazionali che è affidato il compito di assicurare la protezione giuridica che discende, per i singoli, dall'effetto diretto delle disposizioni comunitarie".

⁹² Sul punto può essere utile rinviare agli approfondimenti di PICARDI, *Responsabilità del giudice*, cit., 697 ss. a proposito della legislazione francese e spagnola in tema di responsabilità giudiziale, di SERIO, op. ult. cit., e di VIGORITI, *Professionalità e responsabilità del magistrato: sistemi dei paesi anglosassoni e dell'Europa continentale*, in Foro it., 1986, V, 452, a proposito della legislazione inglese.

⁹³ Trib. Roma 28 giugno 2000, in *Giur. merito*, 2002, 360 che ha accolto l'eccezione di giudicato avanzata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri nel giudizio diretto ad ottenere la condanna al risarcimento del danno pari all'importo di una sanzione amministrativa ritenuta legittima dal giudice ordinario nell'ambito di un procedimento definito in modo irrevocabile. In quella circostanza il giudice capitolino ritenne che di fronte al giudicato formatosi "il diritto comunitario si arresta", trovando applicazione la sola disciplina interna - legge n. 117/1988 - che "essendo posta a tutela del sovraordinato principio costituzionale di autonomia e indipendenza della magistratura, prevale sulla contrastante normativa comunitaria, almeno nel senso che la tutela del privato a fronte di una decisione dell'organo giurisdizionale che si reputi non abbia realizzato in modo effettivo il diritto comunitario, deve trovare necessaria attuazione in quei modi ed in quelle forme".

⁹⁴ V. concl. Avv. Geelhoed, cit.

⁹⁵ Corte giust. 16 dicembre 1976, causa 33/76, in Racc., I, 1989.

E' noto che il giudice nazionale è chiamato ad interpretare il diritto nazionale alla luce del diritto comunitario ed eventualmente a disapplicarlo. Orbene, nella sentenza *Brasserie* il giudice è visto come organo dello Stato membro e non come organo della Comunità. Secondo l'Avv. Generale Léger sarebbe stata paradossale un'esclusione di responsabilità per l'organo chiamato ad applicare correttamente il diritto comunitario. Né a diverse conclusioni era possibile giungere considerando la specifica natura delle funzioni giudiziarie che, se comparate a quelle amministrative e legislative, non poteva comunque giustificare una riduzione della responsabilità.

Un'interpretazione e applicazione del diritto comunitario non corretta da parte dei giudici nazionali ha come conseguenza che ai singoli viene negato il godimento dei diritti derivanti dal diritto comunitario e che possono insorgere regole e prassi incompatibili con il diritto comunitario. La possibilità di derogarvi in casi in cui si tratta di un «atto chiaro» era peraltro soggetta a rigorose condizioni⁹⁶. Il che avrebbe potuto ulteriormente ripercuotersi sulla posizione delle persone fisiche e giuridiche nel mercato interno e portare quindi a distorsioni nella vita economica.

Tale conclusione si conciliava, peraltro, col ruolo apicale ricoperto dalle Corti Supreme che, tenute a controllare la corretta applicazione del diritto comunitario da parte degli altri organi giurisdizionali erano esse stesse tenute, alla stregua dell'art. 234 Tratt. CE, a rinviare obbligatoriamente alla Corte di giustizia le questioni dubbie in ordine all'interpretazione del diritto comunitario. L'obbligo del rinvio pregiudiziale, come chiarito fin dalla sentenza *Cilfit*, aveva la finalità di evitare contrasti tra giurisdizioni nazionali nell'applicazione del diritto comunitario.

Estremamente importante è poi l'analisi svolta dall'Avv. Generale Geelhoed⁹⁷ a proposito della possibilità che la responsabilità dello Stato sia ricondotta alle decisioni dei giudici di grado inferiore.

Viene ricordato, a tal proposito, che proprio la differenziazione fra rinvio facoltativo e rinvio obbligatorio che caratterizza i rapporti fra Corte di giustizia, giudici di merito e giudici di ultima istanza dimostra che singole decisioni di organi giurisdizionali di grado inferiore che applichino in modo inesatto il diritto comunitario possano non solo essere corrette nell'ambito della gerarchia degli organi giudiziari nazionali, ma sono generalmente in grado di minare l'effetto utile delle disposizioni di diritto comunitario considerate nell'ambito dello Stato membro. Discorso diverso occorre fare allorché la giurisprudenza nazionale incompatibile sia promossa dai supremi giudici nazionali, le cui indicazioni giurisprudenziali fissano comunque un orientamento per i giudici di grado inferiore nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale.

Detto questo, l'Avv. Generale Geelhoed non ritiene, però, di potere escludere che, se i giudici di grado inferiore interpretano e applicano *sistematicamente* in modo erroneo determinate parti del diritto comunitario, ciò possa scoraggiare gli interessati sia dall'agire in giudizio sia dal ricorrere in appello. Con la conseguenza che anche in tali casi sarebbe possibile ravvisare elementi che consentono di accertare una violazione del Trattato.

Il carattere sistematico della violazione sarebbe poi, secondo l'Avv. Generale Geelhoed, indice rilevatore della responsabilità statale per l'operato giudiziario, nel senso che l'eventuale novità della questione potrebbe giustificare la posizione incompatibile assunta dal giudice di merito, ma non quella della Corte Suprema anche in ragione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale che sulla stessa incombe⁹⁸.

⁹⁶ Corte giust. 6 ottobre 1982, causa 238/81, CILFIT, in Racc., 1982, 3415, punti 14-20.

⁹⁷ L'Avv. Geelhoed ricorda nelle sue conclusioni – p. 48 – la dottrina straniera che si è occupata del tema – von der Groeben, Thiesing, Ehlermann (Hrsg), Kommentar zum EU/CE Vertrag (Commenti al Trattato CE/UE), 5ª ed., Nomos-Verlag 1997, 4/518; Kapteyn and VerLoren van Themaat, Introduction to the Law of the European Communities, 3ª ed. (edito e rivisto da LW Gormley), Londra, l'Aia, Boston, 459; H.A.H., Audretsch, Supervision in European Community Law, North-Holland, 2ª ed., 1986, 100-105.

⁹⁸ Va tuttavia rammentato che in alcune sentenze aventi ad oggetto azioni di responsabilità extracontrattuale nei confronti della Comunità, la Corte ha affermato il principio del previo esaurimento dei rimedi offerti dal diritto nazionale contro l'atto interno esecutivo di un atto comunitario illegittimo – cfr. Corte giust. 29 settembre 1987, causa C-81/86, De Boer Buizen, in Racc., 3689; Corte giust. 26 febbraio 1986, causa C-170/84, Krohn, in Racc., 753; Corte giust. 12 aprile 1984, causa C-281/82, Unifrex, in Racc., 1969; Corte giust. 15 dicembre 1977, causa C-126/76, Dietz,

Quanto al concetto di indipendenza, secondo l'Avv. Generale Geelhoed lo stesso non era in grado di escludere la responsabilità dello Stato. L'indipendenza stava a significare che le istanze giudiziarie devono dirimere i concreti casi controversi senza essere influenzate dall'esterno, specialmente dagli altri organi dello Stato. Per il resto, il potere giudiziario funziona come un ramo dell'apparato ordinamentale entro i limiti posti dalla Costituzione e dalle leggi nazionali, di guisa che se una normativa nazionale fornisce lo spunto per un'interpretazione giurisprudenziale contrastante con gli impegni comunitari, si può e si deve trovare una soluzione modificando tale normativa. Né può sostenersi che lo Stato membro, ai sensi dell'art. 228, n. 1, Tratt. CE, non disporrebbe della possibilità di porre termine alla violazione in esame in ragione dell'indipendenza della funzione giudiziaria. In tali casi, infatti, dovrebbe essere l'esercizio della funzione legislativa a ridurre la possibilità di interpretazioni giurisprudenziali non in linea col diritto comunitario, tanto che la mancata adozione di provvedimenti normativi potrebbe poi costituire essa stessa la base per un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato.

2.3.2. La motivazione del caso *Köbler*

La Corte ricorda di avere già dichiarato che il principio della responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato CE - art. 10⁹⁹ e che tale principio vale rispetto a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione¹⁰⁰.

Il riconoscimento che anche nell'ordinamento giuridico internazionale lo Stato viene considerato nella sua unità, senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo, conduce il giudice di Lussemburgo a ritenere che nell'ordinamento giuridico comunitario deve valere il medesimo principio, essendo tutti gli organi dello Stato tenuti, nell'espletamento dei loro compiti, all'osservanza delle prescrizioni dettate dal diritto comunitario e idonee a disciplinare direttamente la situazione dei singoli.

D'altra parte, il ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario - e segnatamente dall'organo giurisdizionale di ultimo grado - nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme comunitarie, fa dire alla Corte che un'eventuale violazione del diritto comunitario perpetrata da tale organo metterebbe il privato nell'impossibilità di far valere in altra sede il proprio diritto.

Da qui la necessità che ai singoli venga garantita la possibilità di ottenere dinanzi ai giudici nazionali la riparazione del danno originato dalla violazione di questi diritti in seguito a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado.

Le eccezioni a tale conclusione espressa da alcuni Stati - e segnatamente Austria, Francia e Regno Unito - fondate sul principio di certezza del diritto e dell'autorità della cosa giudicata che verrebbero vulnerati, unitamente all'indipendenza e all'autorità del giudice, sono state integralmente disattese dalla Corte, come anche la postulata assenza di disciplina interna circa il giudice competente a statuire sulle controversie relative alla responsabilità dello Stato per tali decisioni.

Quanto all'autorità di cosa giudicata la Corte, pur non disconoscendone l'importanza all'interno dell'ordinamento nazionale, ha osservato che 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 quella di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di

in Racc., 2432. Se tale giurisprudenza dovesse applicarsi anche con riferimento all'attività giurisdizionale, l'eventuale responsabilità potrebbe derivare solo dalla decisione delle giurisdizioni superiori.

⁹⁹ Corte giust 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90, C-9/90, Francovich e a., in Racc., I-5357, punto 35; Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 31; 26 marzo 1996, causa C-392/93, British Telecommunications, in Racc., I-1631, punto 38; 23 maggio 1996, causa C-5/94, Hedley Lomas, in Racc., I-2553, punto 24; anche in Riv. dir. pubbl. com., 1996, 1003 con nota di Caranta; 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, Dillenkofer e a., in Racc., I-4845, punto 20; anche in Corr.giur., 1997, 680, con nota di Bastianon e Catalano; 2 aprile 1998, causa C-127/95, Norbrook Laboratories, in Racc., I-1531, punto 106, e Haim, cit., punto 26.

¹⁰⁰ Corte giust. Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 32; 1° giugno 1999, causa C-302/97, Konle, in Racc., I-3099, punto 62, e Haim, cit., punto 27.

una tale decisione. L'oggetto della pretesa risarcitoria non è infatti identico a quello definito nel giudizio che ha dato luogo alla responsabilità.

Analogamente, l'indipendenza e l'autorità del giudice non possono rimanere in alcun modo vulnerati, non essendo in discussione la responsabilità del giudice quanto quella dello Stato.

Del resto, il rimedio rappresentato dalla responsabilità statale in favore del cittadino leso nelle prerogative riconosciute dall'ordinamento comunitario, lungi dal costituire una revisione del procedimento, conferma la civiltà di un ordinamento giuridico e quindi anche l'autorità del potere giurisdizionale.

Nemmeno le postulate difficoltà relative alla designazione di un giudice competente prospettate dai governi sono risultate decisive, spettando ai singoli ordinamenti l'individuazione di un rimedio giuridico adeguato ad elidere gli effetti dannosi prodotti dalla violazione ed a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario¹⁰¹. Non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza che può sollevare, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario¹⁰².

Colpisce, la simmetria che viene più volta prospettata dal giudice comunitario con la posizione dello Stato rispetto alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Sembra infatti che la Corte, oltre ad avere valorizzato il concetto unitario di Stato, ha inteso recepire quell'orientamento giurisprudenziale espresso dalla Corte dei diritti dell'uomo che ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno per la violazione di un diritto fondamentale allorché la violazione deriva dal contenuto di una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado¹⁰³.

Risolto in termini generali il problema dell'astratta configurabilità della responsabilità dello Stato, occorre individuare con precisione i presupposti per l'insorgere di tale responsabilità, essendo stata la Corte investita anche di questo problema.

Il giudice di Lussemburgo ricorda che le tre condizioni nelle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili - vale a dire 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 - sono applicabili anche nel caso posto al suo vaglio¹⁰⁴.

Non apparendo in questa sede necessario soffermarsi sul primo requisito, se non per dire che la Corte ha superato il rilievo - espresso dall'Austria - che la responsabilità dello Stato si fondasse sull'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 234 Tratt. CE cui non può riconnettersi un diritto soggettivo del privato, ma piuttosto sull'inosservanza del diritto comunitario, per valutare la quale potrà eventualmente anche venire in considerazione il mancato rinvio dell'organo di ultima istanza alla Corte di giustizia, va invece rilevato, quanto al requisito della violazione manifesta, che il giudice di Lussemburgo ha tenuto conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto, concludendo che la responsabilità dello Stato potrà sussistere solo *"nel caso eccezionale in cui il giudice ha violato in maniera manifesta il diritto vigente"*.

Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento dei danni dovrà tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato e fra questi 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

¹⁰¹ V. Corte giust. 16 dicembre 1976, Rewe, causa 33/76, in Racc., 1989, punto 5; Corte giust. 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, in Racc., 501, punto 25, Francovich e a., cit., punto 42, e Corte giust. 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, in Racc., I-4599, punto 12.

¹⁰² Corte giust. 18 gennaio 1996, causa C-446/93, SEIM, in Racc., I-73, punto 32 e Dorsch Consult, cit., punto 40.

¹⁰³ V. Corte eur. dir. uomo 21 marzo 2000, Dulaurans/Francia.

¹⁰⁴ v. in generale su tale tema SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Corr. giur.*, 2001, 3, 223 ss.

pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE. Anzi, proseguendo nel parallelismo proposto dal giudice di Lussemburgo con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, può ricordarsi la decisione di irricevibilità adottata dalla Commissione dei diritti dell'uomo il 12 maggio 1993¹⁰⁵ in un procedimento nel quale era stata lamentata la violazione dell'art.6-1 C.E.D.U. perché il giudice spagnolo di ultima istanza, benché richiesto, aveva omesso di rinviare alla Corte di Giustizia la decisione su una questione pregiudiziale in ordine alla compatibilità di un atto amministrativo con le norme del Trattato CE. In quell'occasione la Commissione, per escludere la paventata violazione, fece riferimento alla teoria dell'*atto chiaro* rilevando che il giudice di ultima istanza aveva motivatamente disatteso la richiesta di rinvio, tuttavia riconoscendo la possibilità di una lesione del diritto al giusto processo se il rifiuto fosse stato "*comme antichè d'arbitraire*".

Estremamente importante è poi il rilievo che una violazione del diritto comunitario deve ritenersi sufficientemente caratterizzata allorché la decisione giudiziale sia intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia¹⁰⁶.

Viene inoltre chiarito che i presupposti della responsabilità appena ricordati sono necessari e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, ma non escludono che la responsabilità dello Stato possa essere accertata, a condizioni meno restrittive, sulla base del diritto nazionale¹⁰⁷. Ciò peraltro consente alla Corte di ribadire il c.d. principio dell'*autonomia procedurale*¹⁰⁸, spiegando il sistema di reciproca collaborazione e complementarietà fra ordinamento comunitario e ordinamento interno. Il primo si limita a riconoscere al privato il diritto al risarcimento del danno per effetto della violazione comunitaria ascrivibile all'organo giurisdizionale che dovrà però essere fatto valere, in sede nazionale, seguendo le regole sostanziali e processuali dettate dall'ordinamento interno. Ma ancora una volta il giudice comunitario ribadisce il limite all'autonomia di ciascuno Stato più volte espresso per cui le modalità procedurali dettate da tali ordinamenti "non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario"¹⁰⁹.

E non va dimenticato, per quanto si dirà in seguito l'intervento della Corte in ordine alle esimenti dalla responsabilità civile¹¹⁰; ed ai termini di prescrizione e decadenza¹¹¹.

Facendo applicazione di tali parametri la Corte, nell'intento di fornire al giudice nazionale gli elementi attinenti all'interpretazione del diritto comunitario che possano consentirgli di risolvere il problema giuridico sottopostogli¹¹², ha preso atto che la normativa austriaca relativa all'attribuzione dell'indennità speciale di anzianità di servizio dei professori di università era incompatibile con il diritto comunitario né poteva essere giustificata in nome di un superiore interesse pubblico dello Stato austriaco integrando, nella parte in cui imponeva il rilievo esclusivo all'esperienza professionale maturata in Austria, un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori vietata dal Trattato CE.

Tuttavia il giudice di Lussemburgo ha ritenuto che l'organo giurisdizionale supremo austriaco non aveva commesso una violazione manifesta e, quindi, sufficientemente caratterizzata del diritto

¹⁰⁵ Comm. Eur.dir.uomo, 12 maggio 1993, Sté Divagsa c. Spagna, in <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=1105195340&Notice=0&Noticemode=&RelatedMode=0>.

¹⁰⁶ V., in tal senso, sent. Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 57.

¹⁰⁷ V. sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 66.

¹⁰⁸ Cfr. Mastroianni, Ordinamento comunitario. Corretta applicazione delle norme comunitarie, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal C.S.M. sul tema "Il controllo degli atti da parte degli organi di giustizia costituzionale e comunitaria" tenutosi a Roma 7-9 aprile 2003.

¹⁰⁹ V. anche sent. Peterbroeck, cit. Secondo Corte giust. 12 marzo 1996, causa C/441, Pafitis, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1997, 1000 spetta alla Corte, quando sono in gioco diritti fatti valere da un singolo sulla base di disposizioni comunitarie, verificare l'adequatezza della tutela giurisdizionale prevista dagli ordinamenti giuridici nazionali.

¹¹⁰ Corte giust. 8 novembre 1990, causa 177/88, Dekker, in Racc., 1990, I-3941.

¹¹¹ Corte giust. 25 luglio 1991, causa C-208/90, Emmott, in Racc. pag. I-4269

¹¹² In precedenza già Corte giust. 24 settembre 1998, causa C-319/96, Brinkmann Tabakfabriken GmbH, in Racc., I, 5255, si era sostituita al giudice del rinvio escludendo la responsabilità dello Stato in caso di erronea sottoposizione di una impresa produttrice di tabacco da fumo al pagamento di un'imposta prevista per le sigarette.

comunitario. La Corte di giustizia, infatti, non aveva avuto l'occasione di pronunciarsi sull'eventuale giustificazione, relativamente al diritto comunitario, di una misura intesa a favorire la fedeltà di un lavoratore verso il proprio datore di lavoro (premio di fedeltà). Di conseguenza, la soluzione non era ovvia e l'operato della Corte Suprema austriaca, ancorché condizionato da un'erronea interpretazione di un precedente della Corte di giustizia, non poteva implicare la responsabilità dello Stato austriaco. E ciò malgrado la Corte austriaca avesse in un primo momento deciso di investire la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale che però aveva successivamente ritirato ritenendo, erroneamente, che una precedente decisione della Corte¹¹³ aveva qualificato come premio di fedeltà giustificato dall'interesse pubblico l'indennità speciale di anzianità reclamata dal docente universitario.

2.3.3. Alcuni brevi approfondimenti: la violazione grave e manifesta

Dopo l'affermazione di principio, volta a parificare le condizioni per l'insorgenza della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario dipendente da organo giurisdizionale supremo a quelle indicate dalla stessa Corte di giustizia in via generale, è il concetto di "violazione manifesta" a giocare nella decisione che si commenta un ruolo essenziale.

Ma a ben vedere, ancorché una lettura sommaria del punto 53 della motivazione possa far pensare al contrario allorché vi si legge un riferimento al carattere *eccezionale* di tale responsabilità proprio in considerazione del ruolo affatto peculiare svolto dai giudici supremi nazionali nell'ordinamento interno, tale requisito in poco o nulla si differenzia da quello circoscritto dalla stessa in via generale nei precedenti già ricordati, ove hanno rilievo centrale il grado di chiarezza e precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità dell'errore, l'esistenza di precedenti esplicativi del significato della norma resi dalla Corte di giustizia. L'unico riferimento realmente nuovo è rappresentato dalla mancata osservanza dell'obbligo di rinvio contenuto nell'art. 234, comma 3, Tratt. CE che intende sanzionare in modo pesante la mancata cooperazione fra giudice nazionale e giudice comunitario laddove questa abbia prodotto una lesione della posizione garantita al singolo dal diritto comunitario.

Rimane, in ogni caso, forte la sensazione che la responsabilità sia caratterizzata in termini fortemente oggettivi fino al punto da prescindere dall'esistenza di una condotta - dolosa o - colposa che può essere utile per la valutazione del carattere manifesto della violazione, ma non integrare un requisito essenziale - o costitutivo che dir si voglia - della fattispecie¹¹⁴.

2.3.4. Le ricadute sul sistema interno.

All'indomani della sentenza *Kobler* ci si è chiesti se tale sentenza fosse destinata in qualche ad mutare il sistema di tutela risarcitorio disciplinato dalla legge n.117/1988.

Se è così subito compresa la necessità di compiere uno *screening* della legislazione italiana in tema di azione di responsabilità civile per fatto dei magistrati e del diritto vivente espresso dalla Cassazione per valutare non solo se questa preveda una disciplina più gravosa di altre norme interne relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale- ed a tale quesito si è già risposto negativamente- ma anche se il sistema di tutela così disciplinato non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

I punti nevralgici sono dunque subito apparsi quelli relativi alla previsione di un giudizio a cognizione sommaria di ammissibilità, alla necessaria esistenza di un coefficiente soggettivo- sub specie di dolo o colpa-, alla previsione di un termine di decadenza ed all'insussistenza di responsabilità per attività interpretativa.

¹¹³ Il riferimento è a Corte giust. 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Kalliope Schöning-Kougebetopoulou, in Foro it., 1998, IV, 89, nella quale il giudice comunitario non si era però pronunciato sulla questione se e a quali condizioni potesse essere giustificato l'ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori che un premio di fedeltà comporta. Il giudice austriaco, infatti, aveva dapprima sollevato la questione pregiudiziale, ritirandola dopo che il Cancelliere della Corte di giustizia gli aveva inviato la sentenza Schöning-Kougebetopoulou al fine di consentirgli di esaminare se disponesse di elementi di interpretazione del diritto comunitario necessari per risolvere la questione controversa - punto 110 sent. - .

¹¹⁴ Così del resto si era espressa la Corte di giustizia nella già ricordata sentenza *Brasserie*.

Si è già visto come la giurisprudenza di legittimità abbia escluso l'esistenza di *vulnus* tra principi costituzionali, previsione del vaglio di ammissibilità e congruità del termine di decadenza¹¹⁵.

Tali risultati, a ben vedere, sembrano utilizzabili anche al fine di vagliare l'effettività della tutela garantita al danneggiato per violazione del diritto comunitario, anche se qualche problema potrebbe sorgere in ordine all'ipotesi di inammissibilità per manifesta infondatezza. Va comunque rammentato che in tema di decorrenza del termine di decadenza andrebbe sempre considerato il momento dell'adozione del provvedimento da parte del giudice di ultima istanza che è, per l'appunto causa ultima della violazione.

Non sembrava preoccupare la disciplina relativa alla legittimazione attiva e passiva rispetto all'azione risarcitoria. Restavano da esaminare i due momenti forse più delicati, correlati alla sussistenza dell'elemento soggettivo ed all'esclusione della responsabilità per attività interpretativa.

Si è detto, infatti, che la sentenza Kobler, in linea con la giurisprudenza di Lussemburgo, esclude che il dolo o la colpa possano integrare presupposti sostanziale ai fini dell'accoglimento della domanda, piuttosto considerandoli come elementi dai quali potere eventualmente inferire la gravità della condotta. Il che imponeva di ritenere che se il vaglio funzionale all'accertamento della responsabilità è di natura prioritariamente *obiettiva*, la normativa interna non avrebbe potuto trovare applicazione laddove richiedeva necessariamente l'elemento soggettivo come elemento costitutivo della responsabilità.

Assai più delicato era l'esclusione della responsabilità per l'interpretazione di norme di diritto.

Qui si tocca il punto nevralgico del sistema di tutela che la Corte di Lussemburgo ha inteso affermare con la sentenza *Köbler*.

Quella che tra le condotte dell'organo supremo è parsa più pericolosa per l'attuazione del diritto comunitario è appunto quella della mancata corretta applicazione del diritto soggettivo garantito a livello comunitario e/o della omessa disapplicazione dell'ordinamento interno ritenuto – a torto – compatibile con l'ordinamento sovranazionale.

Ora, sembra di poter dire che laddove la violazione anzidetta sia stata il frutto di una errata interpretazione della norma comunitaria e/o della giurisprudenza della Corte di giustizia, questa non possa *ex se* sottrarsi ad un giudizio di dannosità che dovrebbe quindi condurre, nella ricorrenza dei già ricordati presupposti che caratterizzano la responsabilità per violazione del diritto comunitario, alla responsabilità dello Stato.

Sicché dal complesso sistema di tutela che viene a crearsi combinando le regole della responsabilità scolpite dalla Corte di Giustizia con il sistema di diritto interno, il principio dell'irresponsabilità per erronea interpretazione di norme di diritto dovrebbe essere interpretato in modo conforme ai principi fondamentali del diritto comunitario- e fra questi vi sarebbe appunto quello di evitare ingiuste limitazioni alle azioni fondate sull'inosservanza del diritto comunitario-¹¹⁶.

¹¹⁵ va ricordato che la giurisprudenza della Corte di giustizia è ferma nel ritenere che aveva affermato il principio secondo cui Il diritto comunitario si oppone a che le autorità competenti di uno Stato membro facciano valere le norme di procedura nazionali relative ai termini di ricorso nell'ambito di un'azione avviata nei loro confronti da un singolo dinanzi ai giudici nazionali, al fine della tutela dei diritti riconosciuti dal diritto comunitario - V. Corte giust. 25 luglio 1991 C-208/90, Emmot, in Foro it., 1993, IV, 324 -. Successivamente lo stesso Giudice, nell'affermare che il diritto comunitario non osta all'applicazione, ad una domanda basata sull'efficacia diretta di una direttiva comunitaria, di una norma di diritto nazionale che si limita a circoscrivere il periodo, anteriore alla presentazione della domanda, per il quale possono essere ottenute delle prestazioni pecuniarie, anche se la direttiva considerata non sia stata correttamente traspunta entro i termini nello Stato membro considerato- cfr. Corte giustizia 6 dicembre 1994, n. 410, C-410/92, Johnson, in Foro it., 1996, IV, 272-. In tema di tassa di concessione dovuta dalle società per l'iscrizione nel registro delle imprese sempre la Corte di Giustizia, con la sentenza Ansaldo, 15 settembre 1998, nn. C-279/96, C-280/96 e C-281/96, in Corr.giur., 1998, 1467, ha ritenuto non contrastante con i principi comunitari la previsione di un termine triennale di decadenza, riconoscendo allo Stato nazionale il diritto di stabilire, per il recupero delle imposte dichiarate in contrasto con la normativa comunitaria, termini per l'azione di ripetizione diversi da quelli previsti in materia di indebito civile decorrenti a prescindere dall'epoca in cui lo Stato si è adeguato ai principi comunitari.

¹¹⁶ E' noto tuttavia che, soprattutto con riferimento alla tematica dei rapporti fra direttiva comunitaria e diritto interno di trasposizione, si è chiarito che il rimedio dell'"interpretazione conforme" delle disposizioni dell'ordinamento nazionale

2.3.5. La competenza e la giurisdizione sull'azione di responsabilità .

Un discorso a sé merita, ancora, il tema dell'individuazione del giudice chiamato a pronunciarsi su un'azione di responsabilità per violazione del diritto comunitario riconducibile agli organi di giurisdizione superiori abbia ricondotto la tematica ai singoli ordinamenti nazionali.

Già si è detto che l'ordinamento comunitario favorisce una regolamentazione autonoma di tali aspetti individuando a carico dei legislatori nazionali i limiti della effettività della tutela e della uniformità di tutela tra violazione del diritto comunitario ed altre omologhe violazioni disciplinate a livello interno.

Ecco che il problema dell'individuazione del giudice chiamato a decidere siffatte controversie va affrontato alla stregua dei parametri costituzionali in atto vigenti.

Esaminando il sistema interno, l'art.4 della legge n.117/1998 prevedeva che competente a decidere l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato è il tribunale del luogo ove ha sede la corte d'appello del distretto più vicino a quello in cui è compreso l'ufficio giudiziario al quale apparteneva il magistrato al momento del fatto, salvo che il magistrato sia venuto ad esercitare le funzioni in uno degli uffici di tale distretto. In tale evenienza, secondo l'originaria previsione, era competente il tribunale del luogo ove ha sede la corte d'appello dell'altro distretto più vicino, diverso da quello in cui il magistrato esercitava le sue funzioni al momento del fatto. Il comma 3^o dello stesso articolo aggiunge che per determinare il distretto della corte d'appello più vicino si applica il disposto dell'art. 5 della legge 22 dicembre 1980, n. 879.

I commi 1 e 2 del ricordato art.4 sono stati però modificati di recente dalla legge 2 dicembre 1998, n. 420 recante "Disposizioni per i procedimenti riguardanti i magistrati". In particolare, è stato previsto che l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato deve essere esercitata nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri. Competente è il tribunale del capoluogo del distretto della corte d'appello, da determinarsi a norma dell'articolo 11 del codice di procedura penale e dell'articolo 1 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. Inoltre, l'art. 4 della legge n.420/1998 ha previsto che l'azione di rivalsa dello Stato deve essere proposta davanti al tribunale del capoluogo del distretto della corte d'appello, da determinarsi alla stregua di quanto previsto dal comma 1 dello stesso articolo.

L'esame congiunto di tali disposizioni consente di ritenere che il legislatore interno, nell'affrontare il tema delle azioni involgenti la responsabilità dello *Stato-giudice*, ha individuato nell'autorità giudiziaria ordinaria il giudice chiamato a *ius dicere* fissando una disciplina idonea a regolamentare anche gli aspetti della competenza territoriale. Tale meccanismo può ritenersi in via generale applicabile anche al contenzioso relativo alla responsabilità per violazione del diritto comunitario.

Non può certo porsi in dubbio che tale scelta non pone in discussione l'imparzialità del giudice solo perché si discuta di una responsabilità riconducibile all'organo -giudiziario- di nomofilachia. La previsione che impedisce l'istituzione di un giudice speciale -art.102 comma 2 Cost.- impedisce di profilare soluzioni diverse, a meno di rinunciare a forme di tutela giurisdizionale che finirebbero col radicare ed approfondire ulteriormente gli effetti negativi delle violazioni del diritto comunitario.

Va poi rammentato che le Sezioni Unite, seppur in un contesto più generale- derivante da tardivo recepimento, in sede legislativa, di direttiva comunitaria- hanno recentemente ritenuto che l'azione di responsabilità per violazione del diritto comunitario è correttamente proposta innanzi al giudice ordinario¹¹⁷.

Tale affermazione si è fondata, tuttavia, su una lettura dei principi espressi da Cass.S.U.

rispetto al diritto comunitario trova un limite invalidabile nel contrasto fra i diversi testi normativi. V. infatti MASTROIANNI, *Directive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza*, in *Il Dir.dell'Unione Europea*, 1998, I, 567 che ricorda come l'obbligo dell'interpretazione conforme non può aversi qualora la norma interna sia assolutamente incompatibile con il contenuto di una direttiva "non potendosi consentire un'interpretazione *contra legem*" richiamando a conforto, sub nota 10, Corte Giust. CE26 settembre 1996, Arcaro, in *Foro it.* 1997, IV, 93.

¹¹⁷ Cass.S.U. 10 aprile 2002 n.5125, in *Foro it.*, 2002, I, 2394.

500/99 con riferimento al regime previgente alle innovazioni del sistema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo apportate con il d.lgs. n. 80 del 1998 e dalla successiva legge n. 205 del 2000. In quel contesto normativo fu agevole per la Corte rilevare che al giudice ordinario spetta, in linea di principio, la competenza giurisdizionale a conoscere delle questioni di diritto soggettivo, avendo appunto tale natura il diritto al risarcimento del danno, come tale distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto che, ricorda la Cassazione, può avere indifferentemente natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nelle sue varie configurazioni, o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento.

Sembra peraltro che il mutato quadro dei principi in tema di riparto di giurisdizione prodotto dalla legge appena ricordata non abbia la capacità di modificare le conclusioni appena ricordate in punto di giurisdizione. A volere estremizzare il riferimento fatto al d.lgs. n. 80/98, potrebbe concludersi che ove anche fosse il Consiglio di Stato ad avere violato il diritto comunitario la conseguente domanda risarcitoria andrebbe comunque spiegata innanzi al giudice ordinario.

Ma tale conclusione risulta viziata per più ordini di ragioni.

Ed infatti, il sistema dei "blocchi di materia" che ha attribuito al giudice amministrativo una rilevante mole di contenzioso già riservato al giudice ordinario non sembra in alcun modo comprendere, nella modifica dei plessi giurisdizionali, il contenzioso concernente la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, qualunque sia l'organo statale responsabile della ricordata violazione¹¹⁸.

In questo senso, perde di consistenza non solo l'autorità giudiziaria - ordinaria, amministrativa o contabile - cui è ascrivibile la violazione ma anche la posizione giuridica soggettiva violata - diritto soggettivo, interesse legittimo o interesse giuridicamente protetto dall'ordinamento. L'oggetto del giudizio risarcitorio, del resto, non si porrà in linea di continuità con quello definito innanzi alla giurisdizione superiore in modo da rappresentarne una riedizione idonea a porre in discussione l'autorità di giudicato, ma intenderà, piuttosto, elidere le conseguenze dannose che quella decisione ha prodotto attraverso forme di tutela che potranno andare dalla *restituito in integrum*¹¹⁹ al ristoro patrimoniale dei danni.

Il tema, peraltro è prepotentemente tornato di attualità¹²⁰ per effetto della recente decisione di ricevibilità dell'azione risarcitoria proposta da Telecom nei confronti dello Stato italiano in esito ad una pronunzia resa dal Consiglio di Stato (sent. n. 7506/2009) decisa dalla Corte di appello di Roma - ord. 31 gennaio 2012 - che ha negato il diritto della società ad ottenere il rimborso di 520 milioni di euro che si assumevano indebitamente corrisposte allo Stato italiano a titolo di canone

¹¹⁸ V. del resto Cass. 6 ottobre 2000, n. 13339 in Giust. civ. Mass. 2000, 2107, in cui la domanda ai sensi dell'art. 4 della legge 13/4/1988 n. 117 - azionata prima dell'entrata in vigore dei nuovi criteri di riparto di giurisdizione, era diretta ad ottenere la condanna al risarcimento dei danni asseritamente cagionati dai magistrati del Consiglio di Stato. V. in senso analogo Cass. 13 dicembre 2002, n. 17843

¹¹⁹ cfr. Corte giust. 10 luglio 1997, causa C-94/95 e 95/95, Bonifici, Corte giust. 10 luglio 1997, causa 261/95, Palmisani, Corte giust. 10 luglio 1997, causa 373/95, Maso, in Racc., 1995, I, 3969, 4025, 4051 ed in Foro it., 1998, IV, 213.

¹²⁰ CHITI, *La messa in discussione del riparto di giurisdizione attraverso il "Cavallo di Troia" della riforma della responsabilità civile dei giudici*, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/CHITI_CdS_responsabilita.htm: *Atti relativi all'audizione dell'Associazione tra i magistrati del Consiglio di Stato davanti alla Commissione Giustizia del Senato nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle problematiche connesse alla responsabilità civile dei magistrati*, in http://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/comm02/documenti_acquisiti/I.C.%20RESPONSABILITA%20CIVILE%20DEI%20MAGISTRATI%20-%20CONSIGLIO%20DI%20STATO.pdf: "Tali considerazioni avvalorano anche sotto tale profilo i rischi derivanti dall'eventuale approvazione della proposta in esame, il cui contenuto è idoneo a limitare la libertà di giudizio del giudice. Le sentenze del giudice amministrativo verrebbero peraltro sottoposte ad una valutazione sulla corretta interpretazione del diritto da parte del giudice civile, che interverrebbe, anche in composizione monocratica, così con ulteriori tre gradi di giudizio su materie che la Costituzione riserva alla giurisdizione amministrativa. Da un lato, si determinerebbe una ulteriore, e non tollerabile, dilatazione dei tempi della risposta ultima di giustizia e, sotto altro profilo, nel settore del diritto amministrativo, attribuito dal legislatore alla G.A., si verificherebbe l'irragionevolezza dello svolgimento, in sede di azione di responsabilità, di un processo (civile) al già svolto processo (amministrativo)."

di concessione per l'anno 1998 dopo che il giudice di primo grado, che aveva sollevato una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, aveva parimenti disatteso la domanda con una motivazione peraltro diversa da quella utilizzata dal Consiglio di Stato. Le preoccupazioni manifestate ai più alti livelli della giurisdizione amministrativa in ordine al fatto che riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario in simili vicende finirebbe con lo stravolgere i meccanismi del riparto di giurisdizione non sembrano, dunque, convincenti.

Va infine chiarito che il compendio di norme interne appena ricordato -l.n.117/1988- non dovrebbe trovare applicazione, almeno con riferimento ai criteri di competenza territoriale, con riguardo alla responsabilità della Corte di Cassazione e in genere delle giurisdizioni superiori per violazione del diritto comunitario.

Ed infatti, il giudice di legittimità ha chiarito che l'art. 4 comma 1 l. 13 aprile 1988 n. 117 non trova applicazione, quanto al criterio territoriale, ove venga dedotta la responsabilità di componenti della Corte di cassazione, con la conseguenziale operatività per la relativa domanda delle regole comuni, tenendosi conto che la Corte di cassazione, per organizzazione e compiti funzionali, opera a livello nazionale e non è "ufficio compreso" in distretto di corte d'appello¹²¹. Analogo discorso sembra infatti doversi fare con riguardo al Consiglio di Stato che operando a livello nazionale non può considerarsi operante in un distretto¹²².

In ogni caso, dalla previsione normativa surricordata dovrebbe desumersi che anche per i giudizi risarcitori promossi nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario ascrivibile alle giurisdizioni superiori la giurisdizione spetta al giudice ordinario che andrà individuato territorialmente secondo i criteri di collegamento ivi specificati.

2.4. Il seguito di Kobler: Corte giust. 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*. Una sentenza annunciata per l'Italia.1) Le critiche della dottrina ai principi della Kobler.

Dopo la storica sentenza del settembre 2003 autorevole dottrina¹²³ non ha mancato di stigmatizzare i risultati espressi dalla Corte di giustizia, in particolare osservando che il superamento, di fatto, del principio della cosa giudicata "non solo incide sull'indipendenza del giudice, ma anche sulla sua autorevolezza, minata alla base dalla valutazione critica della Corte." Ed ancora si è aggiunto che "se si consente all'interessato di rivolgersi al giudice ordinario per poter affermare la responsabilità dello stato per atti giudiziari compiuti dalla corte superiore.... implicitamente si consente al giudice di grado inferiore di avallare la premessa, cioè <<l'errore>> compiuto dal giudice superiore.conseguenza che scardina il sistema giurisdizionale interno".

Né si è mancato di bollare come *risibile* la seconda premessa del ragionamento della Corte, tesa a differenziare la posizione del giudice- che non può essere evocato in giudizio per rispondere in via diretta dell'errore- da quella dello Stato nella quale è incardinato, essa comunque muovendo dal presupposto che il giudice abbia compiuto un illecito di cui lo Stato deve rispondere. E non meno *risibile* sarebbe poi risultata la giustificazione offerta dal giudice di Lussemburgo circa il fatto che tale responsabilità, invece di incrinare l'immagine del corpo giudiziario interno la avrebbe rinvigorito, posto che "il timore di poter cagionare la responsabilità dello Stato per errata interpretazione e applicazione del diritto avrebbe finito col minare la libertà di valutazione del giudice e minerebbe la sua autorevolezza". Tale critica si chiudeva con un *dilemma*: tra due forme

¹²¹ Cass.6 aprile 1996 n.3243, in Giust.civ.mass.,1996,518. Analogamente l'art. 30 bis c.p.c. -introdotto dall'art.9 della legge n.420/1998 in tema di foro per le cause in cui è parte un magistrato, non può estendere il proprio ambito di operatività al caso del magistrato parte del giudizio che eserciti le funzioni come consigliere di cassazione, allorché di fronte al giudice di legittimità sia proposta impugnazione, atteso che lo speciale foro derogatorio indicato in tale disposizione si fonda sul presupposto dell'esistenza nell'ordinamento interno di una pluralità di giudici di merito con eguale competenza per valore o per materia, mentre tale presupposto della concorrente competenza non si ravvisa per la fase di legittimità.

¹²² Cass.4 febbraio 2003 n.1653 a proposito di un giudizio per ottenere l'equa riparazione per irragionevole durata del processo amministrativo definito dal Consiglio di Stato ha stabilito la competenza territoriale- ex art.3 l.n.89/2001-della Corte di appello di Roma, facendo applicazione dei principi generali contenuti nell'art.25 c.p.c.

¹²³[13] ALPA, *Postilla*, in *Casi scelti in tema di diritto privato europeo*, Padova, 2005,465.

estreme di garantismo- quella volta a preservare comunque i diritti di matrice comunitaria e quella intesa a salvaguardare l'ordine giuridico attraverso l'indipendenza del giudice quale preferire?

Interrogativo al quale l'Autore non forniva diretta risposta ma sembrava, comunque, orientato a prediligere la seconda possibilità.

Si tratta, più in generale, di un atteggiamento che sembra serpeggiare anche oltre i confini italiani, soprattutto dove il rapporto fra ordinamento comunitario e sistema interno è più rigidamente improntato al rispetto di quell'impostazione monista che la stessa Corte di giustizia ha inteso affermare. In questa prospettiva, infatti, potrebbe apparire complicato conciliare il principio dell'autorità di cosa giudicata interna con il riconoscimento di un'azione risarcitoria rivolta a sanzionare gli esiti del giudicato medesimo.

Diverse sono le ragioni per non condividere le critiche alle decisioni del giudice di Lussemburgo che si cercherà di esporre.

2.4.1. Il caso *Traghetti del Mediterraneo*.

Dopo il caso *Köbler* fu subito chiaro che quello della Corte di giustizia era stato un primo e delicato passo rispetto ad una tematica di forte impatto emotivo, al quale sarebbero seguite altre pagine destinate a focalizzare con maggiore attenzione le ipotesi di responsabilità statale per violazione ascrivibile alle Corti supreme.

Nell'ordinamento interno, del resto, non è mancata qualche pronuncia che ha ritenuto ammissibile l'azione risarcitoria nei confronti dello Stato per la violazione di principi comunitaria operata dai giudici amministrativi nell'ambito di una vicenda concernente l'esonero dal servizio di leva¹²⁴. Ed è particolarmente significativo che quest'orientamento sdi sia affermato proprio presso il Tribunale di Roma che, come si è visto, si era fatto, come si è detto, antesignano di ben altro indirizzo ermeneutico.

Ed in effetti, la Corte di giustizia, già prima della sentenza *Köbler*, è stata investita del tema in una vicenda che toccava proprio la legislazione italiana in materia, riguardando un'azione promossa da una società marittima innanzi al Tribunale di Genova nei confronti dello Stato italiano per avere, secondo la prospettazione attorea, ingiustamente ritenuto la legittimità degli aiuti di stato concessi ad altra società marittima concorrente che operava i collegamenti fra l'Italia continentale.

Nel giudizio *a quo* la parte attrice ha sostenuto l'erroneità della sentenza della Cassazione - Cass.n. 5087/2000- che aveva definitivamente respinto la domanda risarcitoria iniziata contro la società beneficiaria degli aiuti per i danni provocati dalla politica dei prezzi bassi mantenuta dalla convenuta grazie agli aiuti di Stato, aveva violato il diritto comunitario.

In quella circostanza la Corte suprema di cassazione aveva escluso sia la violazione degli artt. 90 e 92 del Trattato in tema di aiuti che quelli di cui agli artt. 85 e 86 del Trattato relativi alla disciplina sulla concorrenza.

Quanto alla prima ipotesi, era stato ritenuto che gli artt. 90 e 91 permettono di derogare, a certe condizioni, al divieto generale degli aiuti di Stato al fine di favorire lo sviluppo economico di regioni svantaggiate o di soddisfare domande di beni e servizi che il gioco della libera concorrenza non permette di soddisfare pienamente. Condizioni che ricorrevano nel caso concreto in quanto, nel corso del periodo contestato i trasporti di massa tra l'Italia continentale e le sue isole maggiori potevano essere assicurati, attesi i loro costi, solo per via marittima, cosicché sarebbe stato necessario soddisfare la domanda, sempre più pressante, per tale tipo di servizi affidando la gestione di tali trasporti ad un concessionario pubblico che praticava una tariffa imposta. Né poteva ipotizzarsi una distorsione della concorrenza, posto che l'attribuzione di una concessione di servizio pubblico avrebbe pur sempre comportato, implicitamente, un effetto distorsivo della concorrenza, mentre la *Traghetti del Mediterraneo* non era riuscita a dimostrare che la Tirrenia avesse tratto vantaggio dall'aiuto accordato dallo Stato per realizzare utili connessi ad attività diverse da quelle per cui le sovvenzioni erano state effettivamente concesse. Anche il motivo relativo alla violazione degli artt. 85 e 86 del Trattato era stato respinto dalla Corte, in quanto

¹²⁴ Cfr. Trib. Roma, in *Diritto e giustizia*, 2004, 41, 76.

all'epoca dei fatti della controversia, l'attività di cabotaggio marittimo non era ancora stata liberalizzata e la natura ed il contesto territoriale limitati di tale attività non avrebbe consentito di individuare chiaramente il mercato rilevante ai sensi dell'art. 86 del Trattato. Se poi risultava difficile identificare detto mercato, una concorrenza reale avrebbe potuto nondimeno esercitarsi nel settore interessato, in quanto l'aiuto concesso nella fattispecie riguardava solamente una delle attività tra quelle, numerose, tradizionalmente svolte da un'impresa di trasporto marittimo e che era per di più limitata ad un solo Stato membro.

Orbene, secondo la prospettiva della società marittima Cass.n. 5087/2000¹²⁵, ritenendo che gli aiuti perseguivano l'obiettivo di favorire lo sviluppo regionale, aveva ritenuto la piena conformità degli aiuti concessi ad una società concessionaria pubblica che praticava tariffe imposte per i servizi erogati e negato l'esistenza di un abuso di posizione dominante, fondandosi su un'errata interpretazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza e di aiuti di stato e rifiutando, poi, di sollevare una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia sul falso presupposto che esisteva in materia una giurisprudenza costante. Se fosse stato sperimentato tale rinvio, la Corte di giustizia, verosimilmente, avrebbe fornito un'interpretazione favorevole a quella sostenuta nel giudizio risarcitorio dalla parte attrice, avendo già la Commissione emanato una decisione che confortava quanto asserito da detta società in quel procedimento. La parte attrice aveva in particolare richiamato la decisione della Commissione delle Comunità europee 21 giugno 2001, 2001/851/CE, relativa agli aiuti di Stato corrisposti dall'Italia alla compagnia marittima Tirrenia¹²⁶; decisione quest'ultima che, pur riguardando sovvenzioni concesse successivamente al periodo controverso nella causa principale, era stata adottata al termine di un procedimento avviato dalla Commissione prima dell'udienza dibattimentale della Corte di cassazione nella causa conclusasi con la sentenza n.5087/2000. Sicchè era ragionevole ritenere che se la Cassazione si fosse rivolta alla Corte di Giustizia, questa avrebbe rilevato la dimensione comunitaria delle attività di cabotaggio marittimo così come le difficoltà inerenti alla valutazione della compatibilità di sovvenzioni pubbliche con le norme del Trattato in materia di aiuti di Stato, il che avrebbe portato la Corte di cassazione a dichiarare illegittimi gli aiuti concessi alla Tirrenia. Il nucleo della questione preliminare, sollevata dal giudice genovese prima che fosse stata pubblicata la sentenza *Köbler* resa dalla Grande Sezione della Corte di giustizia, è dunque quello della compatibilità della legge n.117 del 1988 che disciplina le ipotesi di responsabilità dello Stato per gli atti compiuti dall'autorità giudiziaria con i principi espressi dalla Corte di giustizia in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario. Il giudice remittente, infatti, informato della sopravvenuta definizione del procedimento Kobler ha ribadito le ragioni del rinvio pregiudiziale chiedendo alla Corte di pronunziarsi, «anche alla luce dei principi affermati (...) nella sentenza Köbler», sulla questione se «osti all'affermazione della responsabilità dello stato per violazioni imputabili a un organo giurisdizionale nazionale una normativa nazionale in tema di responsabilità dello stato per errori del giudice che, come quella italiana, esclude la responsabilità in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove rese nell'ambito dell'attività giudiziaria e limita la responsabilità dello stato ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice».

2.4.2. Le conclusioni dell'Avvocato Generale Lèger presentate l'11 ottobre 2005.

Va rammentato, *in limine*, che nell'esaminare la vicenda, l'Avvocato generale Lèger, nelle conclusioni presentate l'11 ottobre 2005, si è attestato sull'interpretazione fornita dal giudice genovese, a tenore della quale la responsabilità dello Stato derivante dall'attività giurisdizionale è esclusa quando il comportamento addebitato ad un organo giurisdizionale è connesso ad un'operazione di interpretazione delle norme di diritto, anche laddove tale operazione abbia condotto a commettere una violazione grave della legge risultante da una negligenza inescusabile.

¹²⁵ Tale decisione può leggersi in Foro it., 2000,I,2825, con osservazioni critiche di Pardolesi.

¹²⁶ (GU L 318, pag. 9)

E ciò ha fatto ritenendo che l'opera interpretativa della norma interna spetta unicamente ai giudici nazionali e non alla Corte di giustizia¹²⁷.

Eppe   va dato atto della posizione assunta dal Governo italiano nel corso del procedimento pregiudiziale, allorch   si   sostenuto che, in realt  , una corretta esegesi dei commi 2 n.2 e 3 lett.a) dell'art.2 l.n.117/1988¹²⁸ avrebbe condotto ad affermare principi diversi da quelli divisati dal giudice emittente. In buona sostanza, si   ritenuto che il principio derogatorio – di irresponsabilit   contenuta nel comma 2 n.2 dell'art.2 con specifico riguardo all'attivit   di interpretazione del diritto non potesse valere laddove il giudice, nella sua attivit   interpretativa, avesse dato luogo ad una violazione di legge determinata da negligenza inescusabile- art.2 n.3-.

In tale ipotesi, infatti, avrebbe dovuto riespandersi il principio generale della responsabilit   dello Stato contemplato dall'art.2 n.1.

Orbene, nel corso del procedimento innanzi alla Corte la Traghetti del Mediterraneo e la Commissione si erano schierate per l'incompatibilit   del sistema interno col quello della responsabilit   del giudice sancita dalla sentenza *Kobler*.

Infatti, la valutazione dei fatti e delle prove nonch   l'interpretazione delle norme di diritto erano inerenti all'attivit   giurisdizionale e l'esclusione, in tali casi, della responsabilit   dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito dell'esercizio di tale attivit   equivaleva ad un'inammissibile esonero dello Stato da ogni responsabilit   per violazioni del diritto comunitario imputabili al potere giudiziario. Anche la limitazione di detta responsabilit   ai soli casi del dolo o della colpa grave del giudice, sarebbe di natura tale da condurre ad un'esenzione di fatto da ogni responsabilit   dello Stato, poich  , da un lato, 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 rigorosamente delimitata dal legislatore nazionale, che enumererebbe preliminarmente – ed in modo tassativo – le ipotesi di colpa grave.

Diametralmente opposta la posizione assunta dal governo italiano, sostenuto dall'Irlanda e dal governo del Regno Unito, favorevole a ritenere che la normativa italiana era perfettamente conforme ai principi stessi del diritto comunitario, realizzando un giusto equilibrio tra la necessit   di preservare l'indipendenza del potere giudiziario e gli imperativi della certezza del diritto, da un

¹²⁷ p.44 e 46 concl.Leger: "...  vero che, di primo acchito, ci si pu  chiedere in che misura i casi di violazione della legge contemplati dall'art. 2, n. 3, lett. a), della normativa nazionale controversa possano non essere collegati all'attivit   di interpretazione delle norme di diritto che rientra nell'ipotesi del n. 2 dello stesso articolo, cosicch   il detto n. 3 non introdurrebbe alcuna deroga alla regola dettata con tale n. 2. E' solo se cos  fosse che tale normativa procederebbe, nel contempo, ad un'esclusione della sussistenza alla responsabilit   dello Stato in certi settori dell'attivit   giurisdizionale (che rientrano nell'ambito del detto n. 2) e ad una limitazione di tale responsabilit   in altri settori dell'attivit   giudiziaria (che rientrerebbero nel detto n. 3). In effetti, nell'ipotesi in cui i settori di attivit   rientranti in ciascuno dei detti numeri non fossero del tutto distinti, ma coincidessero completamente tra loro, potremmo effettivamente intendere la normativa nazionale controversa solo in termini di limitazione della sussistenza della responsabilit   dello Stato e non anche in termini di esclusione di tale responsabilit  ..... Conformemente all'interpretazione dell'art. 2, n. 2, della normativa nazionale controversa che   stata prospettata dal giudice del rinvio, suppongo che, ai sensi del detto articolo, la sussistenza della responsabilit   dello Stato derivante dall'attivit   giurisdizionale sia esclusa quando il comportamento addebitato ad un organo giurisdizionale   connesso ad un'operazione di interpretazione delle norme di diritto, anche laddove tale operazione abbia condotto a commettere una violazione grave della legge risultante da una negligenza inescusabile. In altri termini, suppongo che l'art. 2, n. 3, lett. a), della normativa nazionale controversa sia destinato ad essere applicato ad ipotesi di violazione della legge diverse da quelle previste al n. 2 dello stesso articolo."

¹²⁸ Art. 2. l.n.117/1988 (*Responsabilit   per dolo o colpa grave*) 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 pu  agire contro lo stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libert   personale. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non pu  dar luogo a responsabilit   l'attivit   di interpretazione di norme di diritto n  quella di valutazione del fatto e delle prove. Costituiscono colpa grave: la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza   incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; l'emissione di provvedimento concernente la libert   della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

lato, e la concessione di una tutela giurisdizionale effettiva ai singoli nei casi più evidenti di violazioni del diritto comunitario imputabili al potere giudiziario.

In tale ottica, ove dovesse essere riconosciuta, la responsabilità degli Stati membri per i danni risultanti da tali violazioni dovrebbe dunque essere limitata ai soli casi in cui si possa identificare una violazione sufficientemente grave del diritto comunitario. Tuttavia, essa non potrebbe sussistere qualora un organo giurisdizionale nazionale abbia deciso una controversia sulla base di un'interpretazione degli articoli del Trattato che si rispecchi adeguatamente nella motivazione fornita da tale organo giurisdizionale.

Orbene, confermando le coordinate fissate nel caso *Köbler*, l'Avvocato generale ha ribadito che i principi dell'autorità di cosa giudicata e dell'indipendenza dei giudici, anche se rivestono una valenza costituzionale- come accade nell'ordinamento nazionale(cfr.Corte cost.n.18/1989) non possono giustificare l'esclusione della responsabilità di uno Stato nell'ipotesi in cui la violazione del diritto comunitario ad opera di un organo giurisdizionale supremo sia connessa all'interpretazione di norme di diritto.

Ammettere il contrario "equivarrebbe a privare di sostanza o di effetto utile il principio della responsabilità dello Stato per fatto degli organi giurisdizionali supremi" -sancito dalla sentenza *Köbler*- ed a comprometterne seriamente la portata. Anzi, proprio i compiti di nomofilachia riservati alle Corti supreme in tema di interpretazione del diritto indirizzavano verso l'affermazione della responsabilità dello Stato *anche* in tali ipotesi, ricoprendo la funzione interpretativa un ruolo essenziale nell'attività giurisdizionale. Tali conclusioni, del resto, si coniugano all'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale che l'art.234 Tr.CE impone proprio e solo alle Corti supreme.

E' a questo punto che l'Avvocato generale si prende carico di esemplificare talune forme di responsabilità che possono derivare dall'attività interpretativa delle Corti supreme ove questa abbia dato luogo ad una violazione manifesta del diritto comunitario, in una sorta di *Case law* particolarmente interessante.

Viene anzitutto ipotizzato il caso dell'interpretazione del diritto nazionale in modo "non conforme al diritto comunitario applicabile, contrariamente all'obbligo di interpretazione conforme che incombe, secondo una giurisprudenza costante, su tutti gli organi giurisdizionali nazionali".Ed il richiamo, ovvio e quasi scontato, è al caso *Pfeiffer* esaminato dalla Corte di giustizia nel settembre 2003.

Non meno significativo risulta il richiamo operato al caso *Commissione c.Italia* del 9 dicembre 2003, ove si era ritenuta la responsabilità dello Stato italiano perché i giudici supremi avevano dato luogo ad un'interpretazione della norma interna che regolamentava il diritto di rimborso di crediti tributari tale da far gravare sul contribuente l'onere di provare che i tributi erano stati trasferiti su altri soggetti, in palese dissonanza con la giurisprudenza della Corte di giustizia¹²⁹. In quel caso, l'aver interpretato la norma interna in modo da rendere particolarmente gravoso il diritto di ripetere somme indebitamente versate a titolo di imposta sui consumi- onerando l'agente a provare di non avere riversato sul consumatore finale l'onere del tributo preteso dallo Stato in violazione del diritto comunitario- aveva concretato la violazione del diritto comunitario ascrivibile non al legislatore nazionale- la cui disciplina poteva dirsi neutra rispetto al contrasto con il diritto sopranazionale - ma direttamente alla Cassazione.

L'ulteriore caso evocato dall'Avvocato Leger è quello, classico, in cui il giudice supremo applica la normativa nazionale ritenendola conforme al diritto comunitario "pur se avrebbe dovuto disapplicarla in forza della preminenza del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale, in ragione della sua irriducibile contrarietà con il diritto comunitario(escludente qualsiasi possibilità di interpretazione conforme). Qui la violazione viene individuata in ragione dell'attività interpretativa operata per "conciliare l'inconciliabile" e cioè per avere interpretato in modo apparentemente conforme il diritto nazionale a quello comunitario senza invece giungere alla sua disapplicazione - o non applicazione che dir si voglia - stante la sua irriducibile contrarietà al diritto comunitario.

¹²⁹ Sia consentito il rinvio a CONTI, *Autorità di cosa giudicata diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove Autonomie*, 2005,3,373.

E' questa, probabilmente, l'ipotesi maggiormente complessa, volta che si ipotizza, in buona sostanza, che l'attività di interpretazione conforme compiuta dal giudicante nazionale abbia contravvenuto al diritto comunitario, in modo tale da pregiudicare la posizione giuridica soggettiva presa invece in considerazione e tutelata in quell'ordinamento.

Quando, dunque, il processo ermeneutico utilizza in maniera distorta il canone dell'interpretazione conforme, operando - nell'apparente rispetto delle *regole* fissate dalla giurisprudenza di Lussemburgo - un'interpretazione della norma interna distonica rispetto al diritto comunitario, verrebbe comunque in gioco la responsabilità dello Stato per lesione della posizione giuridica del soggetto destinatario della tutela sovranazionale. Ciò vuol dire che il giudice, di fronte all'alternativa fra l'applicazione della norma interna in modo non conforme al diritto comunitario e la disapplicazione della stessa, dovrà sempre e comunque optare per tale ultima possibilità.

A tali esemplificazioni, alle quali è aggiunta quella dell'errata interpretazione di una norma di diritto comunitario applicabile alla fattispecie, l'Avvocato Leger accosta quella del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Tale inadempimento rischia di condurre il giudice a commettere un errore che rientra in una delle ipotesi sopra ricordate.

Anzi, viene ricordato come tale inosservanza sia stata indicata nel caso *Köbler* come uno degli elementi da prendere in considerazione per valutare se la violazione del diritto comunitario sia avvenuta in modo manifesto- gli altri erano quelli del grado di chiarezza e precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, della posizione eventualmente adottata da un'istituzione comunitaria - e che, anzi esso assume un'importanza particolare.

Infatti, per valutare la scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto è estremamente importante valutare l'atteggiamento del giudice supremo rispetto all'obbligo del rinvio.

Secondo l'Avvocato Leger l'errore di diritto, tanto nel caso in cui la norma di diritto violata sia poco chiara e precisa, quanto nella diversa evenienza in cui la norma appaia chiara e precisa, non può ritenersi scusabile.

Nel primo caso, l'assenza di elementi chiari in ordine alla portata del precetto ovvero l'assenza di giurisprudenza comunitaria sul punto dovrebbe comunque sollecitare il rinvio pregiudiziale.

Nel diverso caso della norma chiara, l'errore si colorerebbe di più evidenti profili di non scusabilità, posto che se il giudicante avesse ritenuto di non dovere applicare il precetto chiaro in ragione del suo contrasto con altri principi, il rinvio pregiudiziale sarebbe apparso vieppiù obbligato, soprattutto nel caso in cui la decisione del giudicante fosse rivolta a non conformarsi alla giurisprudenza comunitaria.

E' a questo punto che l'Avvocato Lèger individua un ulteriore profilo di contrasto tra la legge n.117/1998 ed i principi in tema di responsabilità dello Stato laddove la disposizione interna esclude la responsabilità nell'ambito dell'attività interpretativa quando l'inosservanza dell'obbligo del rinvio è frutto di una non corretta interpretazione del diritto comunitario o della giurisprudenza della Corte di giustizia. Tanto che "il solo inadempimento dell'obbligo del rinvio pregiudiziale" sarebbe in grado di ingenerare la responsabilità dello Stato, pur ponendosi in tale evenienza problemi evidenti in ordine alla prova del nesso di causalità tra l'inadempimento dell'obbligo di rinvio e l'asserito danno.

L'Avvocato Lèger è quindi passato ad esaminare la compatibilità della norma che escluda la responsabilità dello Stato in caso di violazione del diritto comunitario connessa alla valutazione dei fatti e delle prove, giungendo ad analogo giudizio di incompatibilità.

L'iter motivazionale si è anche in tale occasione fondato sulla sottesa attività interpretativa alla quale il giudice è chiamato per valutare le prove ed i fatti, precisando peraltro che tale responsabilità può sussistere nei limitati casi in cui il giudice supremo valuti anche i fatti e segnatamente quando è chiamato a valutare il rispetto delle norme in materia di prova e l'esattezza della qualificazione giuridica dei fatti stessi.

Anche in tali casi si può profilare, secondo l'Avvocato Lèger, un errore di diritto.

Infatti, il diritto comunitario ha interesse, nel primo caso, a garantire che il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri venga comunque attuato nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, costituenti principi generali del diritto comunitario.

In tale prospettiva il giudice supremo ha l'obbligo di verificare che i giudici di merito si siano conformati al rispetto di tali canoni.

E sul punto Lèger ha buon gioco nel rilevare che con riguardo al tema degli aiuti di stato di cui si discuteva nel giudizio a quo viene in rilievo l'attività qualificatoria riservata al giudice supremo che ha l'obbligo di valutare se il provvedimento controverso costituisca un aiuto, se esso rientri fra quelli vietati ex art.92 n.1 Tr.CE e se, in caso di accertato divieto dell'aiuto, lo stesso sia sottoposto alla procedura di controllo prevista dall'art.93 n.3 Tr.CE.

E' allora possibile che anche in tale verifica dell'errore di diritto riservata al giudice supremo questi commetta, a sua volta, un errore di qualificazione rilevante ai fini della responsabilità dello Stato.

Passando a considerare il caso della limitazione di responsabilità ai casi di dolo o colpa grave pure previsto dall'art.2 n.1 della legge n.117/1988, l'Avvocato Lèger ha ritenuto di individuare una particolarità nelle ipotesi di responsabilità per l'attività giudiziaria di ultima istanza rispetto alle altre ipotesi di responsabilità derivanti da organi non giurisdizionali, avendo la sentenza *Köbler* insistito sul fatto che tale responsabilità sorge solo nel "caso eccezionale in cui quest'ultimo ha violato in maniera manifesta il diritto vigente".

Al di là dei problemi connessi al fatto che tale espressione si differenzerebbe da quella utilizzata in altre occasioni dalla Corte ove si era parlato di *violazione manifesta e grave*, Lèger prende atto che l'introduzione di un coefficiente psicologico in aggiunta ai requisiti fissati dalla Corte di giustizia per l'insorgenza della responsabilità dello Stato "equivarrebbe a rimettere in discussione il diritto al risarcimento che trova il fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario".

Se è infatti possibile che i singoli ordinamenti possano prevedere condizioni più favorevoli rispetto a quelle fissate come parametro limite dalla Corte di giustizia in tema di responsabilità, non è ammissibile il contrario- *id est* l'adozione di misure più onerose per affermare la responsabilità dello Stato-.

Epperò, tale postulato non conduce l'Avv.Lèger a riconoscere l'automatica contrarietà del criterio soggettivo previsto nell'ordinamento italiano col diritto comunitario.

Infatti, alcuni degli elementi per definire tali categorie appaiono rilevanti per valutare se un organo giurisdizionale supremo abbia violato in modo manifesto il diritto applicabile. Viene allora chiarito che la condizione ulteriore attinente alla nozione di dolo o colpa grave non è conforme al diritto comunitario *ma solo se* "va oltre la violazione manifesta del diritto applicabile". Il che sembra, davvero, coincidere con quanto avevamo ipotizzato nel commentare la sentenza *Köbler*, considerando che il carattere soggettivo della violazione poteva essere ammesso nei soli limiti in cui lo stesso integrasse una violazione manifesta, così caldeggiando l'idea di una sostanziale omogeneità del concetto di negligenza inescusabile richiamata nell'art.2 n.3 della legge 117/1988, in cui si sostanzia la colpa grave, con quello della violazione manifesta del diritto comunitario.

Laddove dunque si interpretasse il diritto interno in tema di responsabilità dello Stato nascente dall'attività dei giudici supremi nel senso di richiedere ulteriori coefficienti psicologici- in aggiunta ai presupposti che integrano la negligenza inescusabile- tale interpretazione finirebbe con l'entrare in rotta di collisione con il diritto comunitario, dando così luogo ad un'ulteriore violazione idonea a produrre una nuova ipotesi di responsabilità dello Stato nel caso in cui il giudice nazionale chiamato a dover vagliare la sussistenza della responsabilità dello Stato correlata all'attività delle corti supreme non si attenga al canone interpretativo che la Corte di giustizia dovesse così individuare.

2.4.3. La sentenza della Grande Sezione del 13 giugno 2006.

L'analisi svolta sulle conclusioni espresse dall'Avvocato generale rende estremamente agevole l'esame della pronunzia resa dalla Grande Sezione della Corte di giustizia.

Quest'ultima, proseguendo il cammino intrapreso con la sentenza *Kobler*, ha focalizzato ancor di più le coordinate del ragionamento sul quale poggia l'affermazione di principio della responsabilità per attività giurisdizionale.

Va tuttavia evidenziato un *vuoto* nella decisione del giudice comunitario, laddove – diversamente dalle conclusioni espresse dall'Avvocato generale - esso ha omesso di prendere posizione sul significato da attribuire alla legislazione interna ed in particolare sui rapporti tra le lett.1, 2 e 3 dell'art.2 comma 2 l.n.117/1988.

Ma non può farsi a meno di rilevare che tale scelta del giudice di Lussemburgo, seppure ineccepibile- come è noto quel giudice interprete il dato comunitario e non quello nazionale- sembra avere preso atto dell'interpretazione prescelta dalla giurisprudenza di legittimità che si è più volte espressa in termini particolarmente ampi in ordine alla clausola di salvaguardia introdotta a proposito dell'attività interpretativa .

Ed invero, Cass.5 dicembre 2002, n. 17259, in modo più dettagliato, ha ricordato che l'art. 2 della legge n. 117 del 1988, nello stabilire i presupposti della domanda risarcitoria contro lo Stato per atto commesso con dolo o colpa grave dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, esclude che possa dare luogo a responsabilità l'attività d'interpretazione di norme di diritto, ovvero di valutazione del fatto e della prove (secondo comma), e poi comprende in detta colpa, fra l'altro, la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile (terzo comma, lett. a), senza eccezioni per le norme processuali, e dunque includendo quelle che fanno carico al giudice d'esaminare i temi in discussione influenti per la decisione e di dare contezza delle ragioni della decisione stessa. Dal coordinamento delle riportate disposizioni si è quindi tratta la conclusione che il momento della funzione giurisdizionale riguardante l'individuazione del contenuto di una determinata norma e l'accertamento del fatto, con i corollari dell'applicabilità o meno dell'una all'altro, *non* può essere fonte di responsabilità, nemmeno sotto il profilo dell'opinabilità della soluzione adottata, dell'inadeguatezza del sostegno argomentativo, dell'assenza di un'esplicita e convincente confutazione di opposte tesi. Ciò perché l'affermazione della responsabilità dovrebbe passare attraverso una non consentita revisione di un giudizio interpretativo, o valutativo.

In questa prospettiva la Grande Sezione ha superato - implicitamente- le difese espresse dal Governo italiano per arginare il pericolo di una soluzione di merito da parte del giudice di Lussemburgo scegliendo una strada diversa da quella tracciata dall'Avvocato generale.

Orbene, il giudice di Lussemburgo ha ancora una volta individuato nel ruolo essenziale svolto dal giudice nazionale chiamato ad applicare- direttamente o in via mediata- il diritto comunitario uno dei tasselli fondamentali per la costruzione del sistema di responsabilità civile dello Stato per l'attività giurisdizionale(di ultima istanza).

Se, infatti, il potere giudiziario rappresenta l'avamposto finale nella tutela dei diritti che derivano ai singoli dalle norme comunitarie e se l'organo giurisdizionale di ultimo grado costituisce l'ultima istanza dinanzi alla quale essi possono far valere i diritti che il diritto comunitario conferisce loro" la mancata previsione di una responsabilità dello Stato per l'operato giurisdizionale indebolirebbe la piena efficacia delle norme comunitarie che conferiscono simili diritti.

La specificità della funzione giurisdizionale e le legittime esigenze della certezza del diritto, proseguono i giudici della Corte, impongono di ritenere che tale responsabilità può sussistere solo nel caso eccezionale in cui l'organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente; ciò che si verificherà in rapporto al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, alla posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché alla mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE.

Ecco che rispetto al quesito pregiudiziale sollevato dal giudice genovese, la Corte non ha difficoltà a sostenere che quelle stesse esigenze di effettività della protezione giurisdizionale dei diritti non sono compatibili con una disciplina normativa che esclude la responsabilità dello Stato per il solo motivo che una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale

nazionale di ultimo grado risulti dall'interpretazione delle norme di diritto dal medesimo effettuata.

Infatti, l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti o antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti – nazionali e/o comunitarie – al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta.

Dall'altro lato, non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa nell'esercizio di tale attività interpretativa. Ciò che si verifica tutte le volte in cui il giudice dà a una norma di diritto sostanziale o procedurale comunitario una portata manifestamente erranea, in particolare alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte in tale materia o se interpreta il diritto nazionale in modo da condurre, in pratica, alla violazione del diritto comunitario vigente.

E' il punto 36 della decisione a chiarire come nelle ipotesi di erronea attività interpretativa escludere ogni responsabilità dello Stato "equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio sancito dalla Corte nella citata sentenza *Köbler*."

Affermazione, quest'ultima che sembrerebbe, a prima lettura, estendere i principi in tema di responsabilità anche alle giurisdizioni inferiori, se si considera che è la stessa Corte a precisare che tali considerazioni valgono, "a maggior ragione, per gli organi giurisdizionali di ultimo grado, incaricati di assicurare a livello nazionale l'interpretazione uniforme delle norme giuridiche." Ma tale linea interpretativa potrebbe al più responsabilizzare nel suo complesso il corpo giudiziario dei singoli Paesi rispetto al tema della corretta applicazione del diritto comunitario¹³⁰. Senza dire che essa sembra smentita dal punto 24 della motivazione, ove la Grande Sezione sembra avere riformulato il quesito pregiudiziale in modo da limitarne l'ambito all'attività delle giurisdizioni di ultima istanza.

A conclusioni analoghe è giunta la Corte rispetto alla legislazione italiana, nella parte in cui esclude, in maniera generale, la sussistenza di una qualunque responsabilità dello Stato allorché la violazione imputabile ad un organo giurisdizionale di tale Stato risulti da una valutazione dei fatti e delle prove.

La Corte coglie, infatti, uno stretto nesso di collegamento fra valutazione di fatti e prove ed attività interpretativa delle norme giuridiche, poiché l'applicazione di una norma al caso di specie dipende generalmente dalla valutazione sui fatti del caso concreto così come sul valore e sulla pertinenza degli elementi di prova prodotti a tal fine dalle parti in causa.

Ed è anche tale valutazione- a volte assai complessa- che, secondo la Grande Sezione, può condurre ad una manifesta violazione del diritto vigente, vuoi nell'ambito dell'applicazione di specifiche norme relative all'onere della prova, vuoi in ordine al valore di tali prove o all'ammissibilità dei mezzi di prova, vuoi, infine, nell'ambito dell'applicazione di norme che richiedono una qualificazione giuridica dei fatti.

Diversamente opinando si finirebbe col privare di effetto utile il principio sancito nella sentenza *Köbler*.

Ciò che appare intollerabile alla Corte soprattutto nella materia degli aiuti di stato, ove il riconoscimento delle posizioni giuridiche riconosciute dal Trattato, dipende in larga misura da successive operazioni di qualificazione giuridica dei fatti. Sicché, prosegue la Corte, nell'ipotesi in cui la responsabilità dello Stato fosse esclusa in maniera assoluta, a seguito delle valutazioni operate su determinati fatti da un organo giurisdizionale, tali singoli non beneficerebbero di

¹³⁰ In effetti, già l'Avvocato generale aveva colto la peculiarità del quesito pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Genova, nel quale non si faceva alcuna distinzione fra giurisdizioni di ultima istanza e decisioni adottate da altri giudici, tanto che si era proposto di riformulare il quesito: v. p. 39 conc. cit. Nel modo in cui è stata formulata, la questione pregiudiziale ha ampia portata poiché si estende a tutta l'attività giurisdizionale, vale a dire tanto quella degli organi giurisdizionali supremi quanto quella dei giudici ordinari. Orbene, si deve constatare che l'azione per responsabilità dello Stato, che è oggetto della causa principale, mette in discussione unicamente una decisione di un organo giurisdizionale supremo avverso le cui decisioni non è proponibile ricorso, e non quelle dei giudici ordinari che si sono in precedenza pronunciati nel medesimo senso nella stessa causa. Occorre quindi riformulare la questione pregiudiziale nel senso di limitare la portata della soluzione fornita dalla Corte a quanto strettamente necessario per la risoluzione della controversia di cui è investito il giudice del rinvio."

alcuna protezione giurisdizionale ove un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado commettesse *un errore manifesto* nel controllo delle operazioni di qualificazione giuridica dei fatti. Quanto alle limitazioni della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o di colpa grave del giudice, la Grande Sezione non ha fatto altro che ricordare i principi scolpiti dalla *Kobler* nella parte in cui era stato individuato, quale metro per l'insorgenza della responsabilità dello Stato, di una violazione manifesta del diritto vigente, da valutare in relazione al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso, o alla mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE.A questi casi si aggiunge, poi, quello più macroscopico in cui *la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia*¹³¹. Ma l'introduzione, in aggiunta ai parametri sopra individuati, di ulteriori limitazioni alla responsabilità non può dirsi in linea con il diritto comunitario, essendo i singoli Stati abilitati a precisare i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione ma non ad imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente, quale precisata dalla sentenza *Köbler*.

2.4.4. La risposta italiana al problema: la responsabilità disciplinare del giudice.

Già prima della sentenza *Traghetti del Mediterraneo* il legislatore nazionale ha deciso di procedere ad una radicale modifica dell'ordinamento giudiziario realizzata, per quel che qui interessa, attraverso la tipizzazione degli illeciti disciplinari.

Nel fissare i criteri di ordine *generale* aveva previsto che dovesse integrare l'illecito "...3) la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile; il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile", poi aggiungendo che "... fermo quanto previsto dai numeri 3), 7) e 9), non può dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale"- art.2 comma 6 l.150/2005-.

La disposizione appena ricordata¹³² è stata trasfusa senza rilevanti modifiche nel decreto legislativo di attuazione - art.2 comma 2 d.lgs.23 febbraio 2006 n.109 -.

Orbene, secondo l'interpretazione offerta *a caldo* di tali previsioni dovrebbe ritenersi che incorre in sanzione disciplinare il giudice che, nell'interpretare il diritto, non si attiene ai canoni di cui all'art.12 disp.att. c.c., a tenore del quale "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato"¹³³.

Si tratta di una previsione normativa *antistorica* che pretende di attribuire, all'interno del percorso interpretativo del giudice, un ruolo primario all'interpretazione letterale della norma, perdendo di vista i consolidati risultati raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di interpretazione costituzionalmente conforme, ma anche i rapporti intercorrenti fra diritto interno e

¹³¹ Tale ipotesi viene dalla Grande Sezione qualificata, addirittura, come caso di responsabilità presunta, proprio per scardinare ulteriormente la gravità, accentuando il principio espresso nella sentenza *Kobler* ove si era preferito utilizzare l'inciso in ogni caso per disgiungere l'ipotesi di cui al testo dai criteri in precedenza tratteggiati.

¹³² Va solo evidenziato che anche all'interno del d.lgs.n.109/2006 che ha dato attuazione alla legge delega si colgono alcuni problemi di coordinamento interno in parte sovrapponibili a quelli già esaminati a proposito delle lett.n.1, 2 e 3 dell'art.2 l.n.117/1988, ove si consideri che è stato espressamente codificato quale illecito disciplinare "la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile" ed il "travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile"-lett g ed h dell'art.2 comma 1 d.lgs.n.109/2006- prevedendo l'esonero da responsabilità per il caso di attività interpretativa compiuta in modo conforme all'art.12 disp.att.c.c.

¹³³ Sul contenuto precettivo della legge delega v.ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

diritto comunitario¹³⁴ e fra diritto nazionale e norme promananti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo¹³⁵.

Il rimedio disciplinare, secondo la normativa voluta dal legislatore delegante nell'anno 2005 ed attuata nel 2006, non sembra dunque rappresentare una risposta coerente al problema della responsabilità del giudice, esponendolo ingiustamente a profili di responsabilità in ambiti che, per converso, rappresentano *l'in se* dell'attività giurisdizionale e che, oggi più che mai, marginalizzano l'art.12 delle preleggi al codice civile.

Esso, d'altra parte, si pone in chiara linea di controtendenza proprio con i principi del diritto comunitario, improntati ad un tasso di *effettività* della tutela che il quadro disciplinare surricordato finirebbe inevitabilmente per ingessare, imponendo al giudice di fare applicazione della norma sulla base del suo significato letterale, tralasciando di considerare quel *diritto vivente*, ampiamente avallato dalla Corte costituzionale e dalle giurisdizioni sovranazionali, espressamente rivolto ad implementare le soglie di tutela dei diritti fondamentali.

2.4.5. L'alternativa proposta dalla Corte di giustizia: la responsabilità dello Stato per equivalente.

La sentenza *Traghetti del Mediterraneo* inciderà in modo rilevante sull'impianto della legge n.117/1988, anche se sono già state sottolineate le difficoltà che il legislatore dovrà affrontare per modificarne le linee portanti¹³⁶.

Si è, infatti, già avuto occasione di sottolineare quanto rigida sia stata la lettura della disciplina interna da parte della Corte di Cassazione e quanto risulti difficile pervenire ad un giudizio di responsabilità dello Stato per atto del giudice¹³⁷.

Si è già visto come l'area di risarcibilità rimanga riservata agli angusti confini della negligenza inescusabile individuati dal giudice di legittimità che finiscono con lo scriminare *tout court* l'attività interpretativa, oltre la quale non vi è possibilità di una revisione dell'operato del giudice nell'ottica peculiare che l'azione risarcitoria consente.

Anche se la Cassazione non lo afferma espressamente, essa muove dal convincimento che la *saedes materiae* dell'interpretazione sia dunque *il processo* nel quale la norma trova applicazione, non potendosi ipotizzare l'esistenza di un altro luogo, pur esso processuale, nel quale si torni a discutere dell'operato interpretativo del giudice¹³⁸.

Tale prospettiva non sembra compatibile con l'ottica prescelta dal giudice di Lussemburgo, non certo interessata a colpire l'organo giurisdizionale interno, quanto a far sì che le conseguenze negative prodotte da un errato comportamento di quell'autorità non rimangano a carico del titolare di un diritto garantito a livello comunitario.

Sono ora le coordinate fissate dal giudice comunitario in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno ad evidenziare che i problemi sollevati dalla sentenza *Traghetti del Mediterraneo* dovranno immediatamente trovare composizione all'interno del giudizio risarcitorio promosso dal soggetto che lamenta una lesione delle prerogative tutelate a livello comunitario ascrivibile alla giurisdizione nazionale di ultima istanza anche se si è formato un giudicato irrevocabile nell'ordinamento interno ad opera della giurisdizione di ultimo grado.

La sentenza *Traghetti* supera, forse definitivamente, il convincimento che "il processo" nel quale si discute della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal suo titolare sia il *luogo* elettivo, esclusivo e definitivo nel quale acclarare la fondatezza della pretesa. Essa, tuttavia, continua a

¹³⁴ sia consentito, sul punto, il rinvio a CONTI, *Il ruolo del giudice civile e il sistema europeo delle fonti*, in *Nuove Autonomie*, 2006, 127 ss. V. anche BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006, 87 ss.

¹³⁵ v. volendo, CONTI, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006,

¹³⁶ BIONDI, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati. (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)* in www.forumcostituzionale.it V., in modo più dettagliato, BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006, 220 ss.

¹³⁷ v. CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, cit.

¹³⁸ Tale conclusione, del resto, era in perfetta sintonia con la posizione espressa dall'Autogoverno della Magistratura che ha, tradizionalmente e costantemente, escluso la responsabilità disciplinare del magistrato per attività interpretativa del giudice confinandola, ancora una volta, alle ipotesi di interpretazione abnorme connessa a negligenza inescusabile.

riservare ai singoli Stati il potere di disciplinare il *processo* teso all'accertamento della responsabilità, fissando i caratteri ineludibili per l'affermazione di responsabilità ma *non* le *regole* di quel processo, affidate esclusivamente allo Stato membro purchè questo rispetti i principi di equivalenza ed effettività.

La Corte, infatti, se per un verso sottolinea, ancora una volta, la centralità della funzione giurisdizionale, non manca di considerare che l'errore interpretativo che si risolve in un'ingiustificata lesione del diritto non può essere *definitivamente* posto a carico del soggetto attivo, dovendo lo Stato farsi carico della responsabilità di chi ha scorrettamente applicato il diritto, conculcando le prerogative del portatore di quell'interesse, quando, appunto, si accerti: a) che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; b) che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato; c) il danno subito dai soggetti lesi la violazione del diritto - v. p. 51 sent. *Kobler* -.

E se sarà ancora una volta la sede giurisdizionale a dover acclarare siffatta responsabilità, essa prenderà le mosse proprio dall'operato giurisdizionale espresso all'interno del *processo* per valutare se ricorrono, alla stregua del decalogo fissato dalle sentenze *Kobler* e *Traghetti del Mediterraneo*, i presupposti del ristoro *per equivalente* della pretesa. Il tutto in un'ottica protesa a canoni di effettività della tutela e del primato del diritto comunitario su quello nazionale, attraverso i quali è possibile comprendere non solo il *superamento* del giudicato interno, ma anche l'attribuibilità della responsabilità allo Stato per un'attività di natura giurisdizionale, essendo pacifico per la giurisprudenza della Corte di giustizia la nozione unitaria di Stato.

2.4.6. Un cambiamento epocale del ruolo del giudice nazionale.

I principi ora ricordati sono destinati a modificare radicalmente il ruolo del giudice nazionale di ultima istanza che, troppo spesso arroccato sulla teoria dell'*atto chiaro*, non ha affatto favorito nella giurisdizione la *cultura* del rispetto dei diritti di matrice comunitaria.

Il riconoscimento di una sorta di *responsabilità presunta* dello Stato per i casi di mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e di manifesta violazione dei principi espressi dal giudice comunitario di ultima istanza è un dato certo ed inoppugnabile dopo la sentenza *Traghetti del Mediterraneo* ed impone, così, alle Corti supreme un atteggiamento nuovo e difficile.

Se si sceglie, infatti, l'ottica interna si potrà intravedere un *apparente* indebolimento del canone della certezza del diritto, correlato alla minata invulnerabilità assoluta del giudicato¹³⁹, pere evocando lo spettro dell'attentato all'indipendenza ed all'autonomia della magistratura.

Ma il discorso è inevitabilmente più complesso.

Per un verso, infatti, la Corte di giustizia, anche recentemente, ha tenuto a ribadire il *valore* del giudicato.

Corte giust. 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer e Schlank & Schick GmbH*, in parte superando le aperture espresse da Corte giust. 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*¹⁴⁰, ha riconosciuto che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario¹⁴¹.

Per altro verso, però la stessa giurisprudenza di Lussemburgo ha da parecchio tempo imposto ai singoli Stati, in forza dell'art. 10 CE, l'obbligo di « adottare tutte le misure di carattere generale o

¹³⁹ CONTI, *Autorità di cosa giudicato diritto interno e primato del diritto comunitario*, cit.

¹⁴⁰ La sentenza è pubblicata su *Urb.app.*, 2004, 10, 1151, con nota di CARANTA.

¹⁴¹ punto 23 sent. *Schlank & Schick GmbH*, cit.: "Si deve aggiungere che la citata sentenza *Kühne & Heitz*, cui si riferisce il giudice a quo nella sua prima questione, sub a), non è tale da rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, anche ammettendo che i principi elaborati in tale sentenza siano trasferibili in un contesto che, come quello della causa principale, si riferisce ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato, occorre ricordare che tale medesima sentenza subordina l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 CE, di riesaminare una decisione definitiva che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione (v. punti 26 e 28 della detta sentenza). Orbene, nel caso di specie, è sufficiente rilevare che dalla decisione di rinvio risulta che la suindicata condizione non ricorre."

particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario»¹⁴², precisando nella stessa occasione che «tra questi obblighi si trova quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario».

Ed infatti, proprio di recente, l'Avvocato Generale Geelhoed, nelle conclusioni presentate in causa C-C-119/05 Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini Siderurgica spa, ove si discute degli effetti di un giudicato reso da un giudice italiano che, in spregio al diritto comunitario, avrebbe riconosciuto la legittimità di un aiuto di Stato, a fronte dell'efficacia giuridica di una precedente decisione della Commissione in cui siffatto aiuto era stato dichiarato incompatibile con il mercato comune, ha affermato, a chiare lettere, che "l'autorità di cosa giudicata di una sentenza che si fonda esclusivamente sull'interpretazione del diritto nazionale, e in cui il rilevante diritto comunitario è manifestamente disapplicato, non può costituire un ostacolo all'esercizio dei poteri conferiti alla Commissione dalle disposizioni rilevanti del diritto comunitario."

In linea con tale principio, si è ritenuto che «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»¹⁴³.

Secondo la Corte, ad eliminare la situazione antiggiuridica prodotta dal mancato rispetto del diritto comunitario non deve necessariamente provvedere il legislatore nazionale- eliminando la norma contrastante con i principi sovranazionali-.

E' il giudice nazionale a divenire il baricentro della tutela delle posizioni giuridiche soggettive. Il punto è che a questo giudice viene richiesta una specifica competenza nel fare corretta applicazione del diritto comunitario e dunque uno specifico obbligo di conoscenza del diritto scritto sopranazionale e, soprattutto, del diritto vivente della Corte di giustizia, dei meccanismi che caratterizzano il suo operato, delle modalità che devono essere prescelte nel fare applicazione del diritto comunitario e nell'interpretare il diritto interno alla luce del diritto sopranazionale, eventualmente sperimentando- quale facoltà per il giudice di merito e quale obbligo per il giudice di ultima istanza- lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Chi in questo complesso e nuovo sistema intende individuare un attentato all'autonomia del giudice interno in ragione della riconosciuta responsabilità dello Stato per erronea interpretazione del diritto interno, non coglie il reale messaggio promanante dalla Corte di giustizia per come già si era cercato di deciptare commentando la sentenza *Kobler*.

La sentenza *Traghetti del Mediterraneo* conferma la tensione del giudice di Lussemburgo verso la tutela dei diritti di matrice euounitaria e non si pone, a giudizio di chi scrive, in antitesi con l'autonoima ed indipendenza del giudice. Del resto, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto di condannare uno Stato che ha violato un diritto fondamentale allorché la violazione fosse derivata dal contenuto di una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado¹⁴⁴, in linea, peraltro, col principio al principio dell'unitarietà ed inscindibilità della responsabilità dello Stato per cui non rileva la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo¹⁴⁵.

Non potrà non cogliersi tra le righe della pronunzia in esame il riconoscimento di un'ulteriore *chance* di tutela per il titolare di un diritto che non ha ottenuto, per errore interpretativo del giudice, soddisfazione nell'ordinamento interno nella quale è, ancora una volta, la giurisdizione a giocare un ruolo decisivo.

¹⁴² Corte giust. 19 novembre 1991 Francovich e a. C-6/90 e C-9/90, Racc. pag. I-5357.

¹⁴³ 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal (Racc. pag. 629, punto 24)

¹⁴⁴ Corte dir.uomo 21 marzo 2000, Dulaurans/Francia, in www.echr.coe.int

¹⁴⁵ v. in questo senso anche Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva comunitaria*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 726.

Ancora una volta, la sentenza *Traghetti* sembra volere operare *in* prevenzione, intendendo esprimere lo *standard* di tutela che il giudice nazionale deve essere in grado di fornire al titolare di un diritto di matrice comunitaria.

Il nuovo statuto del giudice nazionale, soprattutto se di ultima istanza, impone al magistrato nazionale di accostarsi al diritto comunitario ed alla normativa interna che su esso incide con un atteggiamento nuovo rivolto, per un verso, a cogliere gli aspetti salienti della legislazione di settore e ad interpretarli in maniera conforme ai principi generali dell'ordinamento comunitario ed a quelli promananti dai regolamenti o direttive che quel legislatore ha introdotto nel medesimo campo.

Per altro verso, in questa delicata attività che potrebbe condurlo, nel caso estremo, alla non applicazione della norma nazionale incompatibile in favore del dato comunitario, egli dovrà dare fondo, soprattutto nell'ambito dei rapporti orizzontali nei quali non è parte lo Stato od i soggetti ad esso equiparati dalla giurisprudenza comunitaria, a quella assai delicata e complessa attività di interpretazione *conforme* del diritto nazionale a quello comunitario.

Attività, questa, che potrà condurlo a fare applicazione di un diritto interno diverso dalla *lettera* che può *prima facie* apparire proprio perché *conformato* al diritto comunitario. Il tutto in un processo assai simile a quello cui il giudice nazionale è tenuto alla stregua dei canoni dell'interpretazione *costituzionalmente conforme*.

Le difficoltà di un simile operare appaiono evidenti, solchè si consideri che la ricerca dei principi costituzionali è certamente più agevole rispetto a quella dei principi generali del diritto comunitario, non ancora pienamente avvertiti come principi di ordine interno dotati di analoga precettività per il giudice nazionale, soprattutto perché originati dalle *basi costituzionali dei paesi membri* e dai diritti umani contemplati dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950.

Ma il punto sul quale occorre ora insistere è quello della *doverosità* di tale *modus operandi* a carico del giudice nazionale, di guisa che la colpevole inosservanza di siffatto obbligo non potrà che ridondare negativamente sullo Stato, al quale sarà chiesto di farsi carico del non corretto operato del giudice interno.

Non di attentato all'indipendenza o all'autonomia della magistratura si discute, quanto di piena ed effettiva attuazione del diritto interno nell'ordinamento nazionale attraverso l'operato di una giurisdizione preparata ed attenta al nuovo diritto di matrice comunitaria, alla quale il sistema attribuisce un ruolo fondamentale ed unico.

In questa prospettiva si deve dunque leggere la responsabilità dello Stato per attività del giudice che non attenta all'indipendenza della magistratura ma, semmai, la pone di fronte a standard di professionalità sempre più elevati. Altrettanti attentati all'indipendenza e sovranità dello Stato si sarebbe dovuto intravedere, a voler essere coerenti, di fronte al riconoscimento stesso di una responsabilità dello Stato attività anche legislativa non conforme al diritto comunitario¹⁴⁶

La Corte di giustizia, sempre preoccupata di difendere l'effettività dei diritti di matrice comunitaria ed il principio dell'effetto utile, nel prevedere la possibilità di ottenere una tutela per equivalente *successiva* alla definizione del *processo* deputato, in linea generale, ad espandere i diritti del cittadino, ha, con la responsabilità dello Stato per attività del giudice, voluto chiudere il cerchio, ammettendo che quel processo di interpretazione del diritto interno col diritto comunitario affidato al giudice possa avere malfunzionato e per questo costruendo un sistema di tutela ulteriore¹⁴⁷.

Miope sarebbe pensare che i problemi prodotti dalla sentenza *Traghetti del mediterraneo* attengono solo alla fase legislativa interna. Essi, piuttosto, chiamano ancora una volta le giurisdizioni a nuove responsabilità.

¹⁴⁶ Su tale punto v. l'interessante contributo di Larnè, *Spunti di comparazione fra i modelli Tedesco, Francese e Spagnolo di responsabilità dello Stato: esiste una responsabilità del legislatore?*, in www.forumcostituzionale.it

¹⁴⁷ E non è qui utile insistere sul fatto che la dottrina dell'interpretazione conforme e il potere di ovviare al diritto nazionale siano, effettivamente, delle "scappatoie rese necessarie dal non aver ammesso l'effetto diretto orizzontale delle direttive."

Starà dunque alle giurisdizioni fare saggia e corretta applicazione dei *dicta* di Lussemburgo in tema di responsabilità dello Stato per equivalente, nella consapevolezza che le soluzioni adottate in quella materia potranno risultare utili se la giurisdizione non alzerà le barricate contro chi si farà promotore di un pieno dispiegarsi dei *diritti*, anche quando tali diritti dovessero risultare ingiustamente denegati proprio da quello stesso giudice che è al centro del sistema di tutela e che può commettere degli errori, soprattutto quando si trova a dover governare una congerie di norme di diversa matrice.

Riconoscere la responsabilità dello Stato per atto della giurisdizione, è un *valore* che la stessa magistratura deve avere la forza di garantire, rispettare ed applicare nei confronti del cittadino vulnerato nei propri diritti, proprio in nome di quei canoni di autonomia ed indipendenza che la magistratura non intende negoziare con alcuno.

Ora più che mai è giunto il momento di rendere *effettivo* il principio espresso dalle Sezioni Unite civili, che già nel 1999 –est.Carbone– riconoscevano come «il giudice della nomofilachia deve essere particolarmente attento per accertare, in sede di legittimità, l'esistenza o meno di una violazione dell'ordinamento comunitario che si concretizza in una vera e propria violazione di legge a tutti gli effetti»¹⁴⁸.

E nello stesso contesto va ribadita l'importanza *strategica* del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia; strumento che, usando i termini espressi da un precedente della Cassazione del 1999, è stato, <<attribuito, con evidenti finalità "nomofilattiche", alla competenza "esclusiva" della Corte di giustizia... al fine della "costruzione" di un vero e proprio "ordinamento giuridico comunitario" [...]Ed è proprio in tale prospettiva che si spiega[no][...] il dovere del giudice nazionale "di ultima istanza", in quanto fattore istituzionale di "diritto comunitario vivente" nell'ordinamento interno, di investire la Corte della questione di interpretazione >>¹⁴⁹.

2.5. L'ultimo tassello in tema di responsabilità dello Stato Giudice: Corte Giust. 24 novembre 2011, n.C-379/10, Commissione c. Italia .

Si giunge, così alla decisione, ai più nota, con la quale la Grande Sezione della Corte di Lussemburgo ha avuto modo di occuparsi nuovamente della legge n.117/1988.

Su due profili si è appuntata la sentenza che ha accertato l'inadempimento dell'Italia agli obblighi nascenti dalla disciplina in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea ascrivibile al giudice di ultima istanza.

A fondare la statuizione di inadempimento è stata, anzitutto, l'assenza di elementi dai quali potere inferire che lo Stato italiano, inteso nel suo complesso, avesse adottato dei passi significativi volti a rendere evidente l'adeguamento dell'Italia ai principi espressi dalla Corte di giustizia nel 2006.

In altri termini, è parso alla Corte assai strano che l'Italia non fosse riuscita a dare dimostrazione alcuna di avere adottato, vuoi a livello normativo, vuoi a livello giurisprudenziale, degli univoci indirizzi volti a dimostrare che ai principi codificati nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo* fosse stata data attuazione.

Ancorché nulla abbia sul punto esplicitamente affermato, pare assai evidente che il giudice di Lussemburgo abbia mal digerito la condotta dell'Italia, rimasta silente rispetto alla sentenza del giugno 2006 anche quando era stata chiamata a misurarsi sulla portata della legge n.117/1988.

E proprio la "difesa" sul punto spiegata dal Governo italiano, volta a sostenere che i precedenti della Cassazione evocati dalla Commissione si riferivano a fattispecie non regolate dal diritto dell'Unione europea non poteva che risolversi in un *boomerang*, se solo si considera che non si poneva certo in discussione la non inferenza specifica delle decisioni rese dalla Cassazione e richiamate dalla Commissione a sostegno dell'azione di inadempimento a vicende concernenti il diritto dell'Unione, ma semmai la circostanza che l'assenza di orientamenti di diverso significato in tema di violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice di ultima istanza - e comunque del legislatore- non poteva che determinare l'applicazione alle vicende coperte dall'ombrello

¹⁴⁸ Cass. S.U.13 febbraio 1999, n. 64, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 799 ss.

¹⁴⁹ Cass.14 settembre 1999 n.9813, in *Foro it.*,2000,I,1668 che ha escluso la possibilità di una sospensione per pregiudizialità comunitaria in caso di pendenza di altro rinvio pregiudiziale operato da diverso giudice nazionale.

eurounitario della legge n.117/1988 e del *diritto vivente* che sulla stessa si era andato formando, non ponendosi in discussione da parte dello Stato italiano la diretta applicabilità di quella legge anche al caso esaminato nel giudizio di inadempimento -cfr. p.27 sent. in commento-.

E' allora assai evidente che la prospettiva della Cassazione sul tema della responsabilità dello Stato per attività interpretativa del giudice è stata totalmente diversa da quella seguita dalla Corte di Giustizia.

Per giungere a tali conclusioni non può certo ritenersi che i precedenti evocati dalla Commissione potessero individuarsi come eccezioni rispetto a diverse precedenti prese di posizione.

Ed invero, Cass. 5 luglio 2007, n. 15227 e specificamente Cass.18 marzo 2008, n. 7272, nell'affermare che i presupposti previsti dall'art. 2, terzo comma, lett. a), della legge n. 117/88 sussistono «allorquando, nel corso dell'attività giurisdizionale, (...) si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di 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», si muovevano su binari già ampiamente tracciati da precedenti arresti della Cassazione.

La Corte di legittimità aveva già da tempo ritenuto che la disposizione del secondo comma dell'art.2 della legge n.117/1988 costituisce "clausola di chiusura" introdotta unitamente alla definizione dei casi costituenti *colpa grave* in ragione del «carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria, la quale è connotata da scelte sovente basate su diversità di interpretazioni con conseguente possibilità di un'indiscriminata dilatazione del concetto di colpa grave»-cfr. Cass. n.12357/1999-. Esenzione di responsabilità che, secondo la Cassazione, era stata introdotta per tutelare l'autonomia della funzione giudiziaria e non poteva costituire fonte di responsabilità personale (pur se in sede di rivalsa -art.8- o disciplinare -art.9-) per il magistrato che l'ha compiuta-cfr. Cass. n.14860/2001-.

In definitiva, la Cassazione ha costantemente affermato che l'art.2 della legge 117/1988, nello stabilire i presupposti della domanda risarcitoria contro lo Stato per atto commesso con dolo o colpa grave dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni esclude che possa dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto, ovvero di valutazione del fatto e delle prove. Dal coordinamento della concorrente individuazione dei casi di colpa grave operata dal comma 3 dell'art.2 l.ult.cit. con il comma 2 «discende che il momento della funzione giurisdizionale riguardante l'individuazione del contenuto di una determinata norma e l'accertamento del fatto, con i corollari dell'applicabilità o meno dell'uno all'altro, non può essere fonte di responsabilità, nemmeno sotto il profilo dell'opinabilità della soluzione adottata, dell'inadeguatezza del sostegno argomentativo, dell'assenza di una esplicita convincente confutazione di opposte tesi; anche in tali casi, infatti, l'affermazione della responsabilità dovrebbe passare attraverso una non consentita revisione di un giudizio interpretativo o valutativo.»-cfr. Cass. n.17259/2002-¹⁵⁰.

Per tali ragioni, secondo la Cassazione, l'unica «fonte di responsabilità può essere invece l'omissione di giudizio, sempre che investa questioni decisive ...e sia ascrivibile a negligenza inescusabile»-cfr. Cass. ult. cit.-.

Si comprende, allora, il perché la c.d. clausola di salvaguardia contenuta nell'art.2 della legge n.117 del 1988 «non tollera riduttive letture perché giustificata dal carattere fortemente valutativo della attività giudiziaria e, come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza 19 gennaio 1989 n.18 , attuativa della garanzia costituzionale della indipendenza del giudice (e del giudizio)»- cfr. Cass. n.17843/2002-.

Siffatta prospettiva non poteva essere sovrapposta a quella della Corte di giustizia che, pur consapevole della centralità dell'opera del giudice nazionale di ultima istanza, ha condiviso l'assunto della Commissione, volto ad escludere che il requisito della manifesta violazione del diritto dell'Unione codificato pretoriamente dalla Corte di Lussemburgo potesse rispecchiarsi nel *diritto vivente* della Cassazione reso palese dai principi sopra ricordati.

Evidente risulta, infatti, lo iato fra l'esonero di responsabilità come sopra precisato ed i contenuti

¹⁵⁰ L'esenzione per le ipotesi di attività interpretativa comprende anche «uno dei significati sia pure il meno probabile e il più distante dai principi generali dell'ordinamento giuridico» (App. Brescia, 13 aprile 1990, in Foro it. 1990, I, 2008).

della "violazione manifesta" di matrice eurounitaria, la quale va valutata alla luce del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere scusabile ovvero inescusabile dell'errore di diritto commesso ed andava presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia.

Il terreno sul quale si muove la Corte di Giustizia non poteva che essere lo stesso della sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, nel quale aveva assunto un ruolo decisivo la portata letterale del secondo comma dell'art.2 rispetto ai contenuti linguistici utilizzati dai commi 1 e 3 della medesima disposizione.

In assenza di elementi concreti, che solo lo Stato italiano avrebbe potuto e dovuto prospettare e dimostrare, il giudizio negativo della Corte di Lussemburgo sulla clausola di salvaguardia appariva dunque già largamente ipotizzabile prima della decisione che si commenta.

Se, dunque, «lo Stato membro convenuto non ha fornito alcun elemento in grado di dimostrare validamente che... tale disposizione venga interpretata dalla giurisprudenza quale semplice limite posto alla sua responsabilità qualora la violazione risulti dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e non quale esclusione di responsabilità», l'unica conseguenza possibile non poteva che essere il riconoscimento dell'inosservanza del diritto dell'Unione.

Inosservanza non meno palese rispetto all'ulteriore addebito mosso dalla Commissione europea, vieppiù rivolto a mettere in discussione l'effettività di tutela offerta al soggetto che prospetta una responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario da parte del giudice di ultima istanza. A cadere sotto la scure di Lussemburgo e' infatti l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza italiana del concetto di colpa grave, ancora una volta idonea a depotenziare fino ad annullare le ipotesi di responsabilità.

Secondo la Commissione la nozione di «colpa grave», di cui all'art. 2, commi 1 e 3, della legge n. 117/88, veniva interpretata dalla Corte di cassazione in termini coincidenti con il «carattere manifestamente aberrante dell'interpretazione» effettuata dal magistrato e non con la nozione di «violazione manifesta del diritto vigente» postulata dalla Corte ai fini del sorgere della responsabilità dello Stato.

A conforto di tale conclusione stava, ancora una volta, la giurisprudenza della Cassazione che, sul punto, aveva ricondotto la sussistenza della colpa grave ad ipotesi assolutamente residuali, determinando una limitazione della responsabilità dello Stato italiano, anche in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove.

La Corte di Giustizia ha condiviso tale assunto, ritenendo che gli elementi forniti dalla Commissione erano sufficienti per fare ritenere che la condizione della «colpa grave», di cui all'art. 2, commi 1 e 3, della legge n. 117/1988 viene interpretata dalla Corte di Cassazione in termini tali che finisce per imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di «violazione manifesta del diritto vigente» già sopra ricordata.

Se non era dunque in discussione la circostanza che il diritto nazionale può precisare i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione da soddisfare affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato, non era parimenti opinabile che tali criteri non potevano, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente.

La difesa dello Stato, ancora una volta arroccata sulla "ininfluenza" della giurisprudenza della Cassazione rispetto alle ipotesi di violazione del diritto dell'Unione e sulla possibilità di fornire un'interpretazione conforme della normativa interna sul concetto di colpa grave a quella della Corte di Giustizia in tema di violazione manifesta non poteva, dunque, che soccombere. Proprio la circostanza che l'Italia non avesse fornito "nessuna giurisprudenza" capace di dimostrare che l'interpretazione dell'art. 2, commi 1 e 3, di tale legge accolta dai giudici italiani fosse conforme alla giurisprudenza della Corte ha determinato l'accoglimento del secondo addebito prospettato dalla Commissione.

2.5.1. Qualche considerazione

I percorsi che la Corte di Giustizia ha battuto per "condannare" l'Italia ed il sistema di

responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario dei giudici di ultima istanza sono diversi.

Vi è stato, anzitutto, il terreno dell'interpretazione, sul quale la difesa dello Stato aveva giocato le sue carte, assumendo la possibilità di un'interpretazione della legislazione interna conforme ai canoni fissati dalle sentenze *Köbler* e *Traghetti*.

Tale prospettiva non ha trovato sponda nei giudici di Lussemburgo, non appena la Corte di Giustizia ha reso evidente che proprio la giurisprudenza della Corte di cassazione, alla quale spetta il compito nomofilattico di fornire gli elementi per garantire l'uniforme attuazione del diritto, aveva seguito finalità e *rationes decidendi* incompatibili con quelle espresse dalla medesima sul tema¹⁵¹.

Va sottolineato che il giudice di Lussemburgo, anche nella sentenza che si commenta, è tornato ad insistere sul ruolo centrale della giurisprudenza che, secondo la stessa Corte europea, era l'unica che avrebbe consentito di disattendere l'azione di inadempimento promossa dalla Commissione. Sicché l'assenza di elementi dai quali potere inferire l'esistenza della piena ed effettiva tutela delle posizioni che hanno matrice eurounitaria da parte della giurisprudenza nazionale è risultata decisiva.

L'astratta possibilità di un'interpretazione conforme del diritto interno alle coordinate della Corte di Giustizia ventilata dallo Stato italiano non trovava conferma alcuna nella giurisprudenza di legittimità perché proprio il *diritto vivente* - reso in vicende nemmeno lambite dal diritto eurounitario - si era andato caratterizzando in termini di concreta assenza di ipotesi di responsabilità dello Stato.

Confidare sul fatto che la Corte di Giustizia potesse "acquietarsi" sulla difesa statale che ipotizzava la possibilità di un'interpretazione eurounitariamente orientata (mai sperimentata a livello interno) era dunque alquanto ardito, se solo si pensa al ruolo di chiusura assunto dalla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione nel processo di piena attuazione dei diritti sanciti a livello europeo¹⁵². E ciò deve dirsi pur non disconoscendo l'esistenza di qualche caso virtuoso, emerso nella giurisprudenza di merito, che ha fatto applicazione del meccanismo della disapplicazione della legge interna per contrasto con il diritto dell'Unione.¹⁵³

Se, infatti, agli occhi della Corte l'azione di responsabilità concessa al cittadino europeo nei confronti dello Stato per lamentare una violazione delle regole eurounitarie ascrivibile ai suoi organi all'interno di un giudizio che avrebbe dovuto garantire la protezione invocata rappresentava l'ultima concreta possibilità di piena soddisfazione dei diritti del richiedente, poteva mai la Corte acconciarsi alla mera possibilità di un'interpretazione eurounitariamente conforme da parte della Cassazione che, nell'interpretare la normativa interna, applicabile comunque anche alle vicende di cui qui si discute, aveva fino a quel momento adottato una linea ermeneutica assolutamente distonica rispetto alle coordinate di Lussemburgo?

La risposta a tale interrogativo era talmente scontata da rendere obbligata la soluzione della Corte di giustizia.

Un altro dubbio occorre risolvere rispetto alla possibilità di applicare o meno la legge n.117 del 1988 alle ipotesi di responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE.

A ben considerare per la negativa, espressamente caldeggiata in dottrina¹⁵⁴, si sono espressi i giudici del Tribunale di Genova in occasione del proseguimento della causa *Traghetti* del resa lo

¹⁵¹ Del resto, secondo la Corte di giustizia - cfr. fra le tante, Corte giust. 4 aprile 1974, n.C-167/73, Commissione c. Francia- l'inadempimento di uno Stato al diritto dell'Unione europea non è escluso dal fatto che una legge interna non sia applicata, permanendo a carico dello Stato l'obbligo di eliminarla al fine di garantire chiarezza sulla disciplina applicabile. Esigenza ovviamente avvertita come forte dalla Corte per quel che riguarda la l. n. 117 del 1998 per le considerazioni espresse nel testo.

¹⁵² V. sul punto, il bel saggio di PICCONE, La responsabilità civile del giudice nell'ordinamento integrato, in Falletti-Piccone, in corso di pubblicazione, anche in http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=37206&catid=86&Itemid=333&mese=12&anno=2011.

¹⁵³ Cfr. Trib. Roma 29 settembre 2004, in *Dir. e giust.*, 2004, 41, 80, opportunamente ricordato da Biondi, op.cit., 227.

¹⁵⁴ Ferraro, op. cit., 637. Incidentalmente anche CONDINANZI, op. cit. e PICCONE, op. ult.cit.

scorso anno dopo il (primo) rinvio alla Corte di giustizia¹⁵⁵.

In tale occasione, infatti, il giudicante ritenne che «nel caso di responsabilità dello Stato per asserita violazione comunitaria derivante da provvedimento giurisdizionale reso come nel caso in esame da giudici di ultima istanza, laddove la violazione «controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale» non può più trovare applicazione la l. n. 117 del 1988 perché la fattispecie esula dal campo di applicazione della normativa predetta, stante la ritenuta incompatibilità con il diritto comunitario della clausola di salvaguardia di cui all'art. 2 comma 2 l. cit.».

Per tali ragioni il Tribunale di Genova ha sostenuto che in mancanza di un'apposita disciplina sostanziale e processuale l'azione di responsabilità anche per illecito dello Stato-Giudice andava sussunta all'interno dell'art. 2043 c.c., in tal modo escludendo di dovere applicare la disciplina prevista dalla l.n.117 del 1988 e applicando alla stessa le forme processuali ordinarie.

Tale conclusione non appare tuttavia particolarmente persuasiva, se solo si considera che la stessa rappresenterebbe un *vulnus* ancor più grave di quello che il legislatore del 1988 intese disciplinare dopo gli esiti del referendum- e ciò in punto di ammissibilità, rivalsa, ecc.-. E d'altra parte, la declaratoria della Corte non ha riguardato "tutta" la legge n.117 del 1988 ma ha colpito soltanto alcuni degli aspetti dalla stessa regolati.

Il che impone di considerare tuttora vigente la legge con riferimento alle ipotesi di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea ascrivibili al giudice di ultima istanza - ritenuta del resto pacificamente operante nelle vicende in discussione innanzi alla Corte di Giustizia dalla Commissione e dal Governo italiano e dallo stesso giudice di Lussemburgo - nelle parti in cui non è stata incisa dalla sentenza in commento¹⁵⁶.

2.5.2. Che fare?

In definitiva, il pericolo, avvertito dalla Corte di Lussemburgo, di vedere trasposti i principi espressi dal giudice nazionale sul tema generale della portata della legge n.117 del 1988 ai casi di responsabilità per violazione eurolunitaria ha originato una pronunzia rispetto alla quale un intervento legislativo sembra oggi non solo indilazionabile, ma necessario per trovare una soluzione congrua rispetto alla condanna dei giudici di Lussemburgo, capace anche di marginalizzare i tentativi di strumentalizzazione della sentenza di Lussemburgo che pure hanno caratterizzato a livello nazionale la discussione sulle ipotesi normative da approntare prima e dopo la sentenza del novembre 2011 e che sono culminate nell'approvazione presso la Camera dei Deputati di un emendamento alla legge comunitaria il giorno 2 febbraio 2012.

Da cosa dunque occorre partite per mettere mano alla modifica della legislazione corrente?

Anzitutto, va messo in chiaro che la Corte di giustizia ha postulato in maniera chiara che l'errore interpretativo che si risolve in un'ingiustificata lesione del diritto non può essere *definitivamente* posto a carico del soggetto attivo, dovendo lo Stato-Giudice farsi carico della responsabilità di chi ha scorrettamente applicato il diritto, conculcando le prerogative del portatore di quell'interesse quando, appunto, si accerti che: a) la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; b) si tratti di violazione grave e manifesta; c) esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato ed il danno subito dai soggetti lesi dalla violazione del diritto-v. p. 51 sent. Köbler-.

Se allora non pare potersi revocare in dubbio che spetta al giudice nazionale verificare la sussistenza dei detti presupposti per verificare la fondatezza dell'assunto sostenuto dall'attore, tale accertamento non potrà che compiersi alla luce dei criteri fissati dalle sentenze Köbler, Traghetti del Mediterraneo e Commissione c. Italia.

Ciò comporterà, ad esempio, la necessità di considerare il valore vincolante che le sentenze della Corte di Giustizia assumono rispetto al giudice nazionale quando le stesse intervengono in via pregiudiziale o anche in sede di azione di inadempimento per fornire la corretta interpretazione del diritto eurolunitario.

¹⁵⁵ Trib. Genova 31 marzo 2009, n. 1329, in *Giur. merito*, 2010, 4, 991 ss.

¹⁵⁶ Sul punto, particolarmente perspicue sembrano le riflessioni di LEONARDI-CORDÌ, *L'applicabilità della l. n. 117 del 1988 per le violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. Merito*, 2010, 4, 991.

Rispetto a tale ipotesi, infatti, la "responsabilità da dissenso" che sul piano interno non trova sicuramente spazio rispetto al caso di motivato distacco da un orientamento della Corte di cassazione a sezioni unite da parte di una sezione semplice della stessa Corte, sembra dovere invece valere per i casi in cui il giudice di legittimità abbia deciso volutamente ed anche motivatamente discostarsi dalle indicazioni offerte dal giudice di Lussemburgo¹⁵⁷.

In tale ultima ipotesi, infatti, l'unica possibilità che l'ordinamento interno sembra offrire al giudice di ultima istanza (*rectius*, allo Stato-Giudice) per andare esente da responsabilità sembra essere quella - remota - di sollevare una questione di legittimità costituzionale, sostenendo che l'indirizzo interpretativo della Corte di Giustizia sia contrario ai principi fondamentali sui quali si basa la Repubblica italiana (c.d. controlimiti). Il che, d'altra parte, sposterebbe soltanto in avanti il problema, condizionandolo alla decisione assunta dalla Corte costituzionale.

Ma quel che sembra chiaro è che la pur pienamente voluta e motivata diversa soluzione della vicenda rispetto al *dictum* di Lussemburgo espressa dal giudice di ultima istanza non potrà che riverberarsi sulla responsabilità dello Stato al cui interno opera il medesimo.

Resta comunque la sensazione che per tali ultimi casi il vincolo esistente fra pronunzia resa in sede di rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia e giudice di ultima istanza sia tale da determinare sempre una violazione manifesta del diritto dell'Unione e dunque da far sorgere la responsabilità dello Stato-giudice¹⁵⁸.

Sembrano essere queste le coordinate che possono tuttora spiegare in termini corretti le relazioni fra giudice interno e giudice di Lussemburgo. Il tutto in un'ottica protesa a canoni di effettività della tutela e del primato del diritto eurounitario su quello nazionale, attraverso i quali è possibile comprendere non solo il *superamento- rectius* riposizionamento del giudicato interno¹⁵⁹- tema sul quale si è già avuto modo di riflettere¹⁶⁰-, ma anche l'attribuibilità della responsabilità allo Stato per un'attività di natura giurisdizionale, essendo pacifica per la giurisprudenza della Corte di giustizia la nozione unitaria di Stato.

Non meno evidente sembra essere l'ipotesi di responsabilità dello Stato-giudice per i casi di mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza.

Ancora una volta, sono proprio le coordinate che governano il sistema dei rapporti fra "giudice comune del diritto eurounitario di ultima istanza" e Corte di giustizia a rendere palese che la mancata attivazione del meccanismo del rinvio pregiudiziale, se correlata ad un'ipotesi di violazione del diritto eurounitario, contribuirà ad integrare il presupposto della violazione manifesta per le ipotesi in cui la mancata attivazione del meccanismo del rinvio, obbligatorio per il giudice di ultima istanza, abbia dato luogo ad una soluzione giurisprudenziale non in linea con la

¹⁵⁷ Si veda, del resto, Corte giust. 5 ottobre 2010, n.C-173/09, Gerogi Ivan Elchinov, nella parte in cui ha ritenuto che i giudici di merito non sono vincolati dalle valutazioni formulate dalle giurisdizioni superiori se le considerano non conformi al diritto Ue, potendo in tali casi discostarsi dalle indicazioni degli organi di ultimo grado se le ritengono contrarie al Trattato. Per tale ragione è stato ritenuto che il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione.

¹⁵⁸ Il che, ovviamente, non elide affatto la possibilità del giudice interno di fornire corretta attuazione alla pronunzia della Corte di giustizia ed in tale contesto di procedere all'attività interpretativa del diritto interno, non potendo tuttavia lo stesso giudice fornire un'interpretazione distonica del diritto dell'Unione europea rispetto a quella fornita dal giudice di Lussemburgo.

¹⁵⁹ Sul punto v. BARATTA, *La cosa giudicata non limita il principio della primauté...peraltro espunto dal progetto di riforma dell'Unione Europea*, in Giust. civ., 2007, 2659; LO SCHIAVO, *La Corte di Giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2010, 1, 287. Per un saggio straordinariamente completo sulla nozione attuale di giudicato v. CAPONI, Corti europee e giudicati nazionali, in Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Corti europee e giudici nazionali (Verona, 25-26 settembre 2009), Bologna, 2011, 239 ss. Anche BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006, 195 ss.

¹⁶⁰ V. volendo CONTI, *C'era una volta il giudicato*, in Corr.giur., 2010, 2, 173.

tutela offerta in via astratta ed in concreto dalle istanze eurounitarie¹⁶¹.

Il riconoscimento di una sorta di *responsabilità presunta* dello Stato per i casi di mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e di manifesta violazione dei principi espressi dal giudice comunitario di ultima istanza sembra dunque essere un dato certo ed inoppugnabile dopo la sentenza in commento ed impone, così, alle Corti supreme un atteggiamento nuovo e difficile.

Passando al versante delle ipotesi correlate all'attività di interpretazione, sicuramente valide appaiono le indicazioni offerte dall'Avvocato generale nella causa *Traghetti del Mediterraneo* per "codificare" i casi di responsabilità.

Fra questi, il primo posto, spetta a quello dell'interpretazione del diritto nazionale in modo "non conforme al diritto comunitario- oggi dell'Unione *n.d.r.*- applicabile, contrariamente all'obbligo di interpretazione conforme che incombe, secondo una giurisprudenza costante, su tutti gli organi giurisdizionali nazionali"-cfr., testualmente, p.56 Concl. Avv. gen. Léger⁻¹⁶².

Parimenti capace di generare la responsabilità dello Stato è il caso in cui il giudice di ultima istanza applica la normativa nazionale ritenendola conforme al diritto comunitario "pur se avrebbe dovuto disapplicarla in forza della preminenza del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale, in ragione della sua irriducibile contrarietà con il diritto comunitario (escludente qualsiasi possibilità di interpretazione conforme). Qui la violazione viene individuata in ragione dell'attività per avere interpretato in modo apparentemente conforme il diritto nazionale a quello comunitario senza invece giungere alla sua disapplicazione stante la sua irriducibile contrarietà al diritto comunitario.

Ai casi appena menzionati vanno aggiunti quello dell'errata interpretazione di una norma di diritto comunitario applicabile alla fattispecie.

Orbene, tali ipotesi appena enumerate sembrano fare emergere un indebolimento del canone della certezza del diritto, correlato alla minata invulnerabilità assoluta del giudicato, pure evocando lo spettro dell'attentato all'indipendenza ed all'autonomia della magistratura¹⁶³.

Epperò, chi in questo complesso e nuovo sistema intende individuare un attentato all'autonomia del giudice interno in ragione della riconosciuta responsabilità dello Stato-Giudice per erronea interpretazione del diritto interno non coglie il reale messaggio promanante dalla Corte di giustizia già a partire dalla sentenza *Köbler*, né la prospettiva tenuta a mente dal quel giudice.

E' la stessa sentenza *Köbler* a chiarire che la responsabilità dello Stato-giudice (e non del giudice) non mette in discussione l'autonomia e l'indipendenza della magistratura quando afferma che « 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» (p. 42 sent. cit.)

La successiva precisazione per cui «...non sembra che la possibilità che sussista, a talune condizioni, la responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado» (p. 42 sent. ult. cit.) vale, al contempo, come monito e come valvola di sicurezza.

Per un verso, infatti, la Corte europea è molto chiara nell'affermare che i principi in tema di responsabilità dello Stato per atto interpretativo del giudice non possono discostarsi, nella sostanza, da quelli generalmente vevoli per ogni altra condotta riferibile allo Stato¹⁶⁴.

Del resto, se si mettono in collegamento i punti 34, 35 e 36 della sentenza *Traghetti* ci si accorge che la responsabilità da scorretta interpretazione trae linfa dal peculiare rapporto esistente fra il sistema eurounitario e quello interno, tutto pervaso dal principio del "primato" che spinge la Corte

¹⁶¹ V. sul punto le osservazioni rese dall'Avvocato generale Legèr nella causa *Traghetti* già esaminate nel commento a tale sentenza da parte di chi scrive (p.1520).

¹⁶² V. sul punto la giurisprudenza della Corte di giustizia pertinente ricordata nel commento alla sentenza *Traghetti* da parte di chi scrive (p.1519).

¹⁶³ Cfr., fra gli altri, BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, Napoli, 2008,132.

¹⁶⁴ Anzi, proprio tale affermazione rafforza, agli occhi del giudice di Lussemburgo, l'autorevolezza delle corti nazionali, se è vero che il rimedio risarcitorio «corroborata la qualità di un ordinamento giuridico e quindi in definitiva anche l'autorità del potere giurisdizionale».

a non tollerare interpretazioni che scantonano dal dato europeo e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Solo così può comprendersi il senso, ma anche i limiti, della posizione espressa dai giudici di Lussemburgo.

Ciò dimostra che l'obiettivo perseguito dalla Corte europea è solo quello di una piena ed effettiva attuazione del diritto eurounitario nell'ordinamento nazionale attraverso l'operato di una giurisdizione preparata ed attenta al *nuovo* diritto, alla quale il sistema attribuisce un ruolo fondamentale ed unico.

In questa prospettiva si deve dunque leggere la responsabilità dello Stato per attività del giudice di ultima istanza che, indiscutibilmente, impone all'apparato giudiziario uno *standard* di professionalità sempre più elevato anche con riguardo al diritto europeo, come ha recentemente sottolineato il Primo Presidente della Corte di Cassazione Ernesto Lupo nella Relazione presentata all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2012, cogliendo i nessi tra tale esigenza e quella di una "doverosa, complessa e completa formazione dei magistrati" (pag.30).

2.5.3. Non si può ammettere la responsabilità diretta del giudice in nome dei principi espressi dalla Corte di giustizia

Il piano che si è qui scelto di seguire è dunque quello che vede una netta differenziazione fra le ipotesi di responsabilità dello Stato-Giudice da quelle che riguardano la responsabilità diretta del giudice rispetto all'illecito al medesimo ascrivibile¹⁶⁵.

La precisazione che le riflessioni sopra esposte non attengono alla responsabilità del Giudice è parimenti centrale e spazza via il tentativo di strumentalizzare la decisione del giudice europeo e di torcerne il significato fino al punto di giustificare ipotetiche riforme del sistema giudiziario tali da introdurre forme dirette di responsabilità del singolo magistrato.

Assolutamente nitide ed "immortali" ci sono apparse le parole pronunziate da Rosario Livatino quando, inascoltato e lasciato solo ricordava, prima della legge n. 117/1988, che l'unico effetto di una riforma orientata all'introduzione della responsabilità diretta del giudice «sarebbe quello di indurre il giudice al più rigido conformismo interpretativo». Il giudice, secondo Livatino, «per cautelarsi contro il pericolo di seccature» «...si guarderebbe bene dal tentare vie interpretative inesplorate e percorrerebbe sempre la strada maestra fornita dalla giurisprudenza maggioritaria della Cassazione»¹⁶⁶.

Per tal motivo «l'autorità del precedente, che è vincolo professionale per il magistrato anglosassone, diventerebbe per quello italiano fatto d'interesse personale e l'art. 101 della Costituzione potrebbe essere riscritto nel senso che i giudici sono soggetti soltanto alla Corte di Cassazione.»

In quelle parole, tutte rivolte ad allontanare dal ruolo del giudice un sistema che "punisce l'azione e premia l'inazione, l'inerzia, l'indifferenza professionale" sta tutto lo statuto morale del magistrato di ogni tempo, di quel giudice che "è quello voluto dalla umanità di sempre, configurato in ogni ordinamento dello Stato di diritto, esaltato nella Carta costituzionale."

Se dunque, come affermava Livatino, «il giudice di ogni tempo deve essere ed apparire libero ed indipendente, e tanto può essere ed apparire ove egli stesso lo voglia e deve volerlo per essere degno della sua funzione e non tradire il suo mandato», solo una lettura superficiale delle decisioni di Lussemburgo potrà consentire di intravedervi l'autorizzazione ad una modifica radicale del sistema giudiziario che, siamo certi, non potrebbe superare i confini di Lussemburgo e di Strasburgo.

Occorre, anzitutto, sgombrare il campo dall'affermazione che l'indipendenza voluta dai legislatori di ogni tempo in favore del corpo giudiziario abbia la sua legittimazione nel fatto che a questi è impedita ogni discrezionalità politica, ogni sconfinamento da ciò che è normativamente

¹⁶⁵ Sia consentito il rinvio a CONTI, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, 445 ss.

¹⁶⁶ LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, di recente ripubblicato in LIVATINO, *Non di pochi, ma di tanti*, Caltanissetta, 2012, 19.

prestabilito dalla legge¹⁶⁷.

Da tale affermazione si fa, infatti, derivare l'altra, per cui l'attività interpretativa, con i connotati di creatività che ormai devono riconoscersi al giudice, impone di introdurre forme *dirette* di responsabilità del giudice.

Sarebbe, in altri termini, la sburocratizzazione del ruolo del giudice ad imporre la diretta responsabilità del giudice.

A tale opinione non si può aderire proprio per le considerazioni già evocate nel secolo scorso da Francesco Carnelutti¹⁶⁸, Salvatore Satta¹⁶⁹ e più recentemente ribadite da Pietro Trimarchi¹⁷⁰.

Ritorna, qui, la convinzione che rispetto a determinati valori fondanti assolutamente condivisi nel sistema europeo, peraltro recentemente confermati dall'art.47 2^a par. della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dalla *Magna Charta* dei Giudici varata il 17 novembre 2010 dal Consiglio Consultivo dei Giudici Europei¹⁷¹, ove il concetto di indipendenza del Giudice viene riconosciuto ad un livello tale da non tollerare ipotesi di responsabilità personale anche solo in caso di rivalsa dello Stato- art.3- non si può ritenere che i singoli Stati possano, da soli, modificarne le coordinate senza incorrere in commendevoli alti da parte delle giurisdizioni sovranazionali- e si ha motivo di credere anche della Corte costituzionale-.

In definitiva, è proprio l'indipendenza ed imparzialità del giudice a costituire il basamento per un'efficace e pronta tutela dei diritti umani, tanto che minare alla radice tali presupposti non potrebbe che produrre un decremento degli strumenti di tutela. Questo è poi il senso della Raccomandazione CM/Rec (2010) 12 del Comitato dei Ministri agli Stati membri del Consiglio d'Europa sui giudici *Indipendenza, efficacia e responsabilità* adottata il 17 novembre 2010 in occasione della 1098^a riunione dei Delegati¹⁷².

In tale documento, assimilabile a quelli c.d. di *soft law*, è stata esclusa l'ammissibilità di qualsiasi forma di responsabilità civile diretta dei magistrati, chiarendo che «l'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non deve fondare responsabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave» e pure aggiungendo che «soltanto lo Stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può richiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione innanzi ad un tribunale». L'ulteriore affermazione per cui «i giudici non devono essere personalmente responsabili se una decisione è riformata in tutto o in parte a seguito di impugnazione» rende evidente l'estrema attenzione degli organi sovranazionali al tema dell'indipendenza ed autonomia dei giudici, anello fondamentale del sistema di protezione dei diritti alla stregua dell'art.6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Appaiono allora straordinariamente nitide le parole scolpite dal Presidente della CEDU J. P. Costa allorché affermava che «...je ne saurais trop insister sur la nécessaire indépendance et impartialité des juridictions nationales. Sans juges compétents, sans juges indépendants, sans juges impartiaux, il n'y a pas de respect possible de l'équité des procès et, en définitive, il n'existe pas de protection

¹⁶⁷ N. Zanon, *La responsabilità del giudice come rimedio contro interpretazioni "troppo creative": osservazioni critiche*, Relazione al XIX Convegno dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti su Separazione dei poteri e funzioni giurisdizionali, in *Annuario AIC* 2004, Padova, 2008.

¹⁶⁸ CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, 671.

¹⁶⁹ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, sub art. 55 Milano, 1971: «...La limitazione della responsabilità del giudice affonda saldissime radici nella funzione stessa del giudicare, che esclude ogni responsabilità [...] Quel che il giudice fa costituisce sempre un momento della realizzazione della tutela giuridica tra le parti: e la nullità genera una pretesa di una parte nei confronti dell'altra, non mai nei confronti del giudice, che è fuori dell'orbita dell'azione. Per tutto questo, anche senza l'espressa disposizione dell'art. 55, una pretesa di responsabilità nei confronti del giudice sarebbe assolutamente inconcepibile».

¹⁷⁰ TRIMARCHI, *Risarcimento del danno. Responsabile lo Stato, non il giudice*, in *Corriere della Sera*, 3 dicembre 2011.

¹⁷¹ Cfr. SABATO, *Due importanti testi in tema di indipendenza della magistratura adottati dal Consiglio d'Europa il 17 novembre 2010*, in *La Magistratura*, Roma, nn.3/4, 2011, 60 ss.

¹⁷² Sulla quale v. PATRONE, *La Raccomandazione CM/REC (2010) del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sui giudici verso un nuovo modello di magistrato in Europa*, in www.europeanrights.com

efficace des droits de l'homme.»¹⁷³

In definitiva, la Corte di giustizia, affrontando il tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario, non ha inteso in alcun modo lambire il tema di "confini interni" di tale responsabilità¹⁷⁴.

Anzi, addirittura fuori dal contesto della responsabilità da atto giudiziario, Corte giust. (Grande Sezione) 17 aprile 2007, C-470/03, *Suomen valtio and Tarmo Lehtinen* ha, fra l'altro, sottolineato che in caso di violazione del diritto eurounitario, questo non osta all'accertamento della responsabilità in capo a un soggetto di diritto diverso da uno Stato membro- in quel caso funzionario dell'amministrazione - in aggiunta a quella dello Stato membro stesso, per i danni provocati ai singoli da provvedimenti che tale soggetto di diritto abbia adottato in violazione del diritto comunitario, *ma neanche l'impone*.

Ed assai significative appaiono le Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 25 giugno 2009 nella causa C-205/08, ove si intravede nel dialogo pregiudiziale uno strumento straordinario per il «rafforzamento della voce istituzionale di un potere degli Stati membri: la giustizia».

Ciò che, in definitiva, significa valorizzare ancora di più il ruolo fondamentale dei giudici nazionali nello spazio costituzionale europeo.

E' dunque la giurisdizione «in quanto potere basato sull'indipendenza, sul rispetto della legge e sulla risoluzione delle controversie» a godere di «una voce singolare, staccata dallo scenario politico e legata unicamente alla volontà del diritto».

Se dunque «...L'autorevolezza dell'ordinamento europeo è quindi intrisa di una forte componente giudiziari», tanto che «...Non è esagerato ritenere che la Corte di giustizia sia il responsabile ultimo del diritto dell'Unione grazie ai giudici nazionali...» non si ha motivo di dubitare che la stessa Corte di Giustizia, se richiesta, si farà garante dei valori universali sui quali poggia il sistema di tutela giurisdizionale interno¹⁷⁵.

In questa prospettiva, l'emendamento presentato dall'On.Pini e votato dalla Camera dei Deputati alla legge Comunitaria 2011, il quale ha operato un'unica regolamentazione delle ipotesi di responsabilità dello Stato giudice, per di più riconoscendo la diretta responsabilità del giudice si pone in chiaro contrasto con i sistemi giudiziari europei¹⁷⁶, nei quali solo la Spagna presenta un meccanismo -artt.411/413 *Ley Orgánica del Poder Judicial* -rivolto - ma solo formalmente - a giustificare la responsabilità soggettiva del giudice¹⁷⁷.

Vi è più di un motivo per ritenere che tale iniziativa si ponga in antitesi con le prerogative ineludibilmente riservate alla giurisdizione e che, se l'emendamento dovesse assurgere a legge dello Stato, sarà necessario un vaglio da parte delle Istituzioni nazionali e sovranazionali che hanno a cuore la tutela dell'indipendenza della giurisdizione e del ruolo che essa ha assunto nei sistemi democratici.

2.5. 4. I confini della sentenza della Corte di giustizia

Resta infine da dire che, quanto alle distinte ipotesi di responsabilità dello Stato che non ricadono nel cono d'ombra del diritto dell'Unione, non sembra persuasiva l'idea di operare un raffronto diretto fra responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e responsabilità

¹⁷³ COSTA, L'autorité de la jurisprudence de la Cour, Bruxelles, 20 settembre 2007, <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/0157C854-37BA-485C-AB8C-5C12FF78C4DC/0/2007Belgrade201septembre.pdf>

¹⁷⁴ Corte giust. 17 aprile 2007, n.C-470/03, A.G.M.-COS.MET Srl, in www.curia.eu.int.

¹⁷⁵ In questa direzione, del resto, la Corte di Giustizia sarà presto chiamata ad esaminare la procedura di infrazione contro l'Ungheria iniziata dalla Commissione europea - ed annunciata dal Presidente José Barroso il 17 gennaio 2012- per contrasto con il diritto europeo di tre leggi entrate in vigore nelle scorse settimane, tra le quali quella che incide pesantemente sul sistema giudiziario determinando l'esodo obbligatorio dei magistrati ultrasessantadueni.

¹⁷⁶ STASIO, *Nei Paesi UE a rispondere è in prevalenza lo Stato*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 marzo 2011, 17.

¹⁷⁷ Rispetto alla disciplina spagnola della responsabilità del giudice occorre tuttavia ricordare la dottrina iberica -Díaz Delgado, José, *La responsabilidad del Estado-Juez*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2004- che non manca di sottolineare come "en toda la historia procesal española, al parecer, prácticamente no ha habido sentencias condenatorias por responsabilidad civil de los jueces y magistrados."

dello Stato per attività del giudice di ultima istanza che esula da quell'ambito, ben scolpito dall'art.4 del Trattato dell'Unione europea come dall'art. 6 par.1 del medesimo Trattato UE, laddove si enfatizza il concetto di "competenza" delle istituzioni eurounitarie, dal quale deriva la non operatività di tali principi per i settori non riservati alla competenza esclusiva o concorrente dei Paesi aderenti.

Né sembra utile evocare la tendenza, sicuramente in corso tanto sul piano normativo che su quello della Corte di Giustizia, a "sfondare" i confini del diritto dell'Unione fin oltre il territorio che al primo non competono, solo considerando che tale tendenza non mina comunque il principio della competenza che sta alla base delle Istituzioni dell'Unione europea e non sembra in atto consentire un'automatica estensione delle "regole" vigenti per quel sistema ai rapporti di diritto interno.

Si badi bene, non che ciò non sia possibile in astratto, anzi ammettendo la stessa Corte di Giustizia che quando lo Stato decida di introdurre una disciplina interna che ricalca una normativa dell'Unione in campi riservati allo Stato membro la stessa ha buon titolo per offrire un'interpretazione della normativa dell'Unione.

Ma il punto è che tale conclusione non elide la "diversità" fra le due responsabilità, atteggiandosi i rapporti fra giudice e sistema dell'Unione europea in termini diversi da quelli che regolano le vicende interne. Ragionamento, quest'ultimo, che si giustifica soprattutto rispetto al tema della responsabilità per attività interpretativa, non riproponibile sul versante interno proprio per il diverso "valore" che può essere attribuito alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, non riproponibile nell'ambito meramente interno fra orientamenti interpretativi dei giudici nazionali.

Le considerazioni appena espresse sembrano dunque richiedere uno specifico intervento normativo che, sia esso inserito o meno nell'impianto della legge n.117/1988, non potrà tralasciare di considerare le peculiarità dei rapporti "ordinamento interno - diritto UE".

Sarà dunque necessario isolare la responsabilità dello Stato-Giudice da quella del Giudice di ultima istanza, esplicitamente indicando come parametri di giudizio sui quali fondare l'accoglimento della domanda risarcitoria¹⁷⁸ quello della violazione *manifesta* del diritto comunitario che dovrà essere individuato- o esplicitamente o in via interpretativa- richiamando i concetti di estrazione eurounitaria del grado di chiarezza e precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, della posizione eventualmente adottata da una istituzione comunitaria, pure prestando particolare attenzione al fatto che la Cassazione abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia o non abbia osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale.

2.5.5. Responsabilità dello "Stato Giudice" per i casi non regolati dal diritto dell'Unione europea

Ed è dunque questa la corretta prospettiva per esaminare il tema, pure agitato in sede di esame dei progetti di legge proposti all'indomani della sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, dei rapporti fra la responsabilità dello Stato giudice per le ipotesi non disciplinate dal diritto dell'Unione europea e quelle sussumibili sotto l'ombrello del diritto dell'Unione europea.

A parte la difficoltà di intravedere un'ipotesi di discriminazione alla rovescia fra disciplina relativa alle violazioni del diritto eurounitario e violazioni del diritto interno¹⁷⁹, come si è visto non sovrapponibili proprio in ragione della particolare disciplina che riguarda i rapporti fra diritto interno e diritto eurounitario, affatto esportabile nell'ambito dell'ordinamento nazionale¹⁸⁰, sembra comunque indilazionabile una riconsiderazione da parte del *diritto vivente* delle coordinate che fissano lo statuto della responsabilità del giudice nazionale.

¹⁷⁸ E' appena il caso di sottolineare che per effetto dell'interpretazione offerta dal giudice di legittimità l'azione di ammissibilità della domanda risarcitoria è stato il luogo nel quale si è prioritariamente formato il diritto vivente della Cassazione sul tema qui esaminato. Ciò ha determinato la "trasformazione" del giudizio di ammissibilità in giudizio di merito- cfr. LAZARI, op.cit., 4; AMATO, *Una critica all'interpretazione dell'art. 5 l. 117/88*, in *Danno e resp.* 1996, 339.

¹⁷⁹ V. sul punto, in senso diverso da quello prospettato nel testo, DI SERI, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione alla rovescia*, in *Riv. it. dir. pubbl. internaz.*, 2006, 1116; STROZZI, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, 895.

¹⁸⁰ Cfr. sul punto, volendo, CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 494 ss.

La situazione che si percepisce scorrendo la giurisprudenza di legittimità non sembra affatto rassicurante, come la dottrina più neutra sul punto non ha mancato di sottolineare proprio sulla questione del senso attribuito alla c.d. clausola di salvaguardia¹⁸¹.

Ed è allora che i "moniti" provenienti da Lussemburgo andranno attentamente considerati in chiave interna, apparendo difficile sostenere che l'attuale contesto storico si caratterizza per quell'efficienza ed effettività che deve, al contrario, inverare qualunque sistema capace, senza arrivare a pericolose derive giustizialiste, di garantire protezione ai diritti dei suoi cittadini anche in caso di difettosa risposta dei suoi massimi organi giurisdizionali.

Sembra quindi cogliere nel segno quella dottrina che ha auspicato una restrizione del concetto di inescusabilità ad opera della giurisdizione, ricollegandola ai casi di ingiustificata imperizia o alla mancanza di professionalità¹⁸².

2.5.6. Conclusioni sul tema.

La lettura della sentenza della Corte di giustizia qui esaminata conferma l'idea emersa esaminando le sentenze *Köbler* e *Traghetti*, allorché apparve chiaro che l'influsso del diritto dell'Unione europea nel sistema della tutela dei diritti era tale da richiedere al giudice nazionale un nuovo modo di esercitare la giurisdizione e nuovi standards di professionalità.

E' in definitiva il carico di responsabilità nascente dagli influssi del *nuovo diritto* ad ulteriormente approfondire il ruolo, l'importanza e l'autorevolezza della giurisdizione, chiamata sempre più spesso a mediare conflitti tra leggi di diversa origine e fonte e dunque ad offrire risposte adeguate a tali esigenze.

Allora come oggi ci sembra di dover rimarcare che riconoscere la responsabilità dello Stato Giudice per atto della giurisdizione è un *valore* che la stessa magistratura - soprattutto quella di ultima istanza - deve avere la forza di garantire, rispettare ed applicare nei confronti del cittadino vulnerato nei propri diritti, proprio in nome dei canoni di autonomia ed indipendenza.

Il giudice di ultima istanza dovrebbe, in conclusione, essere particolarmente attento per accertare l'esistenza o meno di una violazione dell'ordinamento eurolunitario¹⁸³, avvalendosi sempre di più del meccanismo del rinvio pregiudiziale «attribuito, con evidenti finalità "nomofilattiche", alla competenza "esclusiva" della Corte di giustizia... al fine della "costruzione" di un vero e proprio "ordinamento giuridico comunitario" [...] Ed è proprio in tale prospettiva che si spiega[no][...] il dovere del giudice nazionale "di ultima istanza", in quanto fattore istituzionale di "diritto comunitario vivente" nell'ordinamento interno, di investire la Corte della questione di interpretazione»¹⁸⁴.

Sul versante della responsabilità dello Stato giudice diversa da quella ora descritta, appare indilazionabile una rimodulazione dei principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in modo tale da fare riacquistare alla legge n.117/1998 quel tasso di effettività ed efficacia fin qui non perseguito fino in fondo.

Nelle more dell'intervento legislativo, peraltro, pare proprio che il giudice nazionale chiamato a deliberare una richiesta di risarcimento dei danni per responsabilità aquiliana derivante dalla violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice di ultima istanza sarà tenuto a disapplicare le norme della Legge n. 117/1988 nella parte in cui è stata ritenuta l'incompatibilità della legislazione interna con il quadro dei principi scolpiti dalla Corte europea con tutti i problemi che

¹⁸¹ Cfr. BIONDI, op.ult. cit., 200: «... Gli ambiti dell'interpretazione delle norme di diritto e della valutazione del fatto e delle prove, inoltre, sono così ampi e dai confini tanto incerti che hanno finite per assorbire la quasi totalità dei casi oggetto di azione di responsabilità ex l. n. 117 del 1988, riducendo quella in oggetto ad una disciplina pressoché inutilizzabile».

¹⁸² BIONDI, op.ult. cit., 207.

¹⁸³ Cass., sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, in Riv. it. dir. pubbl. com. 2000, 799.

¹⁸⁴ Cass. 14 settembre 1999 n. 9813, in Foro it., 2000, I, 1668.V., da ultimo, Corte dir.uomo, 20 settembre 2011, Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio, in www.echr.coe.int, ove si è riconosciuto, in linea di principio, che il mancato adempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia previsto per gli organi di ultima istanza dall'art. 267 TFUE può dar luogo ad una violazione dell'art. 6 par. 1 Cedu.

tale attività potrà comportare nel caso concreto¹⁸⁵.

3.A MO' DI CONCLUSIONI FINALI. RIFLESSIONI SUI CONFINI. PERCHÉ È NECESSARIO CONOSCERE I RAPPORTI FRA IL SISTEMA DEL DIRITTO EU, IL SISTEMA ORDINAMENTALE INTERNO E QUELLO DELLA CEDU?

Al quesito che si è appena proposto occorre fornire una risposta secca.

La conoscenza delle *regole* che governano i diversi sistemi di protezione dei diritti fondamentali - nei piani interno, eurounitario e CEDU- aiuta l'operatore ad evitare errori di prospettiva e di sostanza, elidendo alla radice la critica, che pure spesso serpeggia, più o meno scopertamente, che al di là della bellezza estetica, peraltro effimera, di un sistema di tutela multilivello, questo sarebbe foriero di risposte parcellizzate e ondivaghe, capaci di minare la certezza e prevedibilità del diritto, riversando sul *giudiziario* poteri allo stesso non attribuiti. Ciò che, in definitiva, incrinerebbe il piano dei rapporti fra giudice e legge, marginalizzando la Costituzione in favore di Trattati internazionali, i quali ultimi dovrebbero comunque porsi su un piano inferiore rispetto a quello costituzionale interno, favorendo pericolosamente un'Europa dei giudici. Questa Europa sarebbe dunque priva di legittimazione democratica e finirebbe col dimostrarsi antitetica rispetto all'Europa dei parlamenti eletti dai cittadini, confusamente pure favorendo operazioni di *tutela al rialzo* ben lontane dal rappresentare appaganti risposte alle domande di giustizia.

È per questo, allora, che l'interprete si deve fare carico di rispondere a questa critica, mostrando di fare corretta applicazione delle "regole" che governano i diversi sistemi, evitando di fare indiscriminata applicazione di tali regole.

In altri termini, sembra doveroso per il giudice nazionale attribuire al sistema UE ed alla disposizioni di quell'ordinamento il significato e la portata che esso ha attingendo alle regole proprie dello stesso ordinamento, evitando così di esportare regole che riguardano piani magari paralleli, ma pur sempre distinti quanto alle regole.

Questa prospettiva, occorre subito chiarire, non intende affatto favorire la logica gerarchica tra i sistemi n'è assecondare una prospettiva non orientata all'osmosi fra i sistemi, ma semmai soltanto prevenire l'accusa di pressappochismo e di superficialità che viene mossa allorché la risposta giudiziaria non mostra di cogliere le differenze di sistema tra i diversi piani di tutela. Accuse, peraltro, che potrebbero riguardare non solo il giudice comune, ma anche il giudice costituzionale tutte le volte in cui si compiono delle operazioni che tendono a far dire all'un sistema ciò che si vorrebbe dicesse guardando da una prospettiva diversa da quella propria del sistema che viene in considerazione.

In questa prospettiva, offrire di un diritto fondamentale di matrice eurounitaria una lettura non agganciata alle regole che governano quel sistema vuol dire i pericolosamente i piani d'indagine, discostandosi dai percorsi legali ai quali l'interprete, sia esso giudice comune o costituzionale, deve attenersi.

Affermare così l'immediata precettività ed efficacia all'interno di una vicenda interna non direttamente regolata dal diritto dell'Unione europea di un diritto riconosciuto dalla Carta di Nizza Strasburgo o ritenuto principio generale dalla Corte di Giustizia costituire operazione culturalmente apprezzabile ma giuridicamente poco persuasiva- ancorché ventilata autorevolmente in dottrina¹⁸⁶- dovendo questa "fare i conti" con le disposizioni della Carta di

¹⁸⁵ V. Miraglia, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea da parte dell'organo giurisdizionale: la cronaca di una morte annunciata*, in http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/02/Miraglia_Resp_magistrati.pdf

¹⁸⁶ Proprio l'impianto della Carta di Nizza - Strasburgo, si è autorevolmente sostenuto da Sorrentino- *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 2, 148- dimostrerebbe "la sua attitudine a costituire punto di riferimento dei diritti umani anche al di là del raggio d'azione dell'Unione. Il rispetto della dignità umana, il diritto alla vita, il divieto della pena di morte, il divieto della tortura, ecc. non riguardano, infatti, specificamente il diritto dell'Unione, le cui competenze non toccano tali beni, ma gli Stati che ne fanno parte e, soprattutto, quelli che aspirano a divenirne membri (in quanto il mancato rispetto di tali diritti diverrebbe elemento ostativo alla loro adesione), onde la Carta si presenta come una sorta di sintesi di valori costituzionali comuni cui l'Unione fa riferimento, anche al di là dell'esercizio delle sue competenze. V. anche BRONZINI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato. Il ruolo della Corte di Giustizia*, Relazione svolta all'incontro di studio organizzato dal

Nizza(art.6, art.51) e dei Trattati UE che si fondano sulla competenza dell'Unione e che, come ricorda la Corte di Giustizia, non possono andare "oltre" i confini ivi fissati. Ed infatti, nemmeno la Carta di Nizza appare in grado di modificare i confini del diritto eurounitario¹⁸⁷, avuto anche riguardo al contenuto dell'art.5 par.2 del TUE come modificato per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona - *In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti.*- e ancor di più al contenuto dell'art. 6 par.1 TUE, - *Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.*- e 6 par. 2 TUE-*L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.*

Sul punto, la Corte di Giustizia, fondandosi sulla portata dell'art.51 della Carta¹⁸⁸, ha già espresso il proprio avviso¹⁸⁹, ancorchè si ritenga, all'interno della stessa Corte di Giustizia, che la questione

CSM in Roma nei 1-3 febbraio 2010 *su I diritti fondamentali nell'ordinamento*, in www.csm.it, pag.10 del *paper*. , Cfr. in modo davvero intenso, RUGGERI, *Corti costituzionale e corti europee*, cit.-pag.33 datt.-:"...L'impianto dello studio e le verifiche in esso condotte portano a dire che la logica di una rigida separazione degli ordinamenti (e, per ciò pure, delle sfere di competenza delle relative Corti) non ha ormai più alcun senso, se mai ne ha avuto. È vero che gli stessi ordinamenti parrebbero accreditarla; e basti solo pensare alla perdurante vigenza del principio di attribuzione in ordine ai riparti di materie e funzioni tra Unione e Stati, come pure – per ciò che specificamente attiene alla salvaguardia dei diritti – al principio secondo cui la stessa Carta dei diritti dell'Unione dichiara di poter valere unicamente negli ambiti materiali di competenza dell'Unione stessa. E, tuttavia, l'esperienza ormai insegna che separare a colpi di accetta gli ambiti stessi è impresa vana, i rapporti piuttosto essendo governati da canoni volti a renderne quanto più possibile duttile lo svolgimento e mobili i confini dei campi."

¹⁸⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Pöiares Maduro presentate il 30 settembre 2009 nella causa C-135/08, *Janko Rottmann*, p.10: «...anche se una situazione è riconducibile a una materia rientrando nella competenza degli Stati membri, essa è compresa nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario allorché comporta un elemento di estraneità, vale a dire una dimensione transfrontaliera. Infatti, solo una situazione i cui elementi si collochino tutti all'interno di un unico Stato membro costituisce una situazione puramente interna». Analogamente Corte giust. 2 marzo 2010, n. C-135/08, *Rottmann*, p.41. Il punto è colto in modo altrettanto chiaro da Cass.17 marzo 2009 n. 6441, ove si esclude che In tema di diritto dello straniero al ricongiungimento familiare, la nozione di "familiare" ai sensi dell'art. 30, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 286 del 1998, possa desumersi dagli artt. 8 e 12 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo o dall'art. 9 della Carta di Nizza-Strasburgo, non trattandosi di materia disciplinata dal diritto comunitario.

¹⁸⁸Cfr. Spiegazioni della Carta di Nizza *sub* art.51 e 52.

¹⁸⁹Cfr. Corte giust. 17 marzo 2009, causa C-217/08, Mariano, che, nell'affermare che il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l'applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario, affermava testualmente che nemmeno la Carta di Nizza può modificare la natura puramente interna della questione (p.29 ss): «...Neppure il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali può venire a sostegno di una conclusione diretta a far entrare il presente procedimento nella sfera di applicazione del diritto comunitario. A tal riguardo basta sottolineare che, conformemente all'art. 51, n. 2, di detta Carta, quest'ultima non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità europea e per l'Unione, né modifica le competenze nonché i compiti definiti nei Trattati.» Conf. Corte giust. 26 marzo 2009, causa C-535/08, *Pignataro*; Corte Giust., 3 ottobre 2008, causa C-287/08, *Crocefissa Savia*; Corte. Giust., 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Birgit Bartsch*. V., anche di recente, sia pure in una prospettiva aperta, le citate Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston nella causa C-34/09, *Ruiz Zumbrano*, p.156: "... Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, è possibile invocare i diritti fondamentali dell'Unione europea solo quando il provvedimento contestato ricada nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Tutti i provvedimenti adottati dalle istituzioni sono pertanto soggetti ad una valutazione quanto al loro rispetto dei diritti fondamentali dell'Unione. Lo stesso vale per gli atti degli Stati membri emanati nell'esecuzione di obblighi derivanti dal diritto dell'Unione o, più in generale, che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Si tratta di un aspetto ovviamente delicato, poiché riconduce la tutela dei diritti fondamentali dell'Unione nell'ambito di ciascuno Stato membro, dove coesiste assieme ai livelli di tutela dei diritti fondamentali sanciti dal diritto nazionale o dalla CEDU. I problemi che conseguentemente derivano riguardo alla sovrapposizione tra livelli di tutela in forza dei diversi sistemi (diritto dell'Unione, diritto costituzionale nazionale e CEDU) e il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dall'Unione europea sono ben noti ...".V., ancora, Corte Giust. 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*, p.51:"... le disposizioni della Carta si applicano, ai termini del suo art. 51, n. 1, agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, «né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né

non sia stata definitivamente risolta¹⁹⁰. Ed anche la Commissione europea, nel tracciare, all'interno della Comunicazione "Strategia per una più efficace applicazione della Carta dei diritti fondamentali", le linee di implementazione della tutela dei diritti fondamentali sulla base della Carta di Nizza - Strasburgo, ha messo in evidenza, chiaramente, che il suo intervento sarà limitato ai casi di applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati Membri in modo incompatibile con la Carta¹⁹¹.

modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». Così, la Corte è chiamata ad interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze che le sono attribuite.”; Corte Giust. 12 novembre 2010, causa C-339/10, *Asparuhov Estov e a.*, p.12 e ss.”... per quanto riguarda la presente controversia, occorre ricordare che, ai sensi dell’art. 51, n. 1, della Carta, le disposizioni di quest’ultima si applicano «agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione» e che, in forza dell’art. 6, n. 1, TUE, che attribuisce alla Carta efficacia vincolante, e come risulta dalla dichiarazione sulla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea allegata all’atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, essa non crea alcuna nuova competenza per l’Unione, né ne modifica le competenze. Peraltro, risulta da costante giurisprudenza che le esigenze derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali vincolano gli Stati membri in tutti i casi in cui essi sono chiamati ad applicare il diritto dell’Unione e che essi sono tenuti, con ogni mezzo, a non disattenderle ...). Poiché la decisione di rinvio non contiene alcun elemento concreto che consenta di ritenere che la decisione del Ministerski savet na Republika Bulgaria del 16 dicembre 2009 costituisca una misura di attuazione del diritto dell’Unione o che essa presenti altri elementi di collegamento con quest’ultimo, la competenza della Corte a risolvere la presente domanda di pronuncia pregiudiziale non sussiste.”; Corte Giust. 1° marzo 2011, causa C-457/09, *Chartry*, p.25:”... sebbene il diritto ad un ricorso effettivo, garantito dall’art. 6, n. 1, della CEDU, cui fa riferimento il giudice del rinvio, costituisca un principio generale del diritto dell’Unione ... e sia stato riaffermato dall’art. 47 della Carta, nondimeno la decisione di rinvio non contiene alcun elemento concreto che consenta di ritenere che l’oggetto della causa principale presenti una connessione con il diritto dell’Unione. La causa principale, in cui un cittadino belga si oppone allo Stato belga in merito alla tassazione di attività esercitate nel territorio di tale Stato membro, non presenta alcun elemento di collegamento con una qualsivoglia delle situazioni previste dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone, dei servizi o dei capitali. Inoltre, detta controversia non verte sull’applicazione di misure nazionali mediante le quali lo Stato membro interessato dia attuazione al diritto dell’Unione. Ne consegue che la competenza della Corte per risolvere la presente domanda di pronuncia pregiudiziale non risulta dimostrata.”; Corte Giust. 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e a.*, p.71 ss.”... occorre ricordare che le disposizioni della Carta si applicano, ai sensi dell’art. 51, n. 1, della medesima, agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell’Unione. In virtù del n.2 della medesima disposizione, la Carta non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati. Pertanto, la Corte è chiamata a interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell’Unione nei limiti delle competenze riconosciute a quest’ultima (v. sentenze *McB.*, cit., punto 51, nonché 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C 1/10, *Gueye e Salmerón Sánchez*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 69). Pertanto, nel caso di specie, qualora il giudice del rinvio ritenga che, alla luce delle circostanze delle cause principali, le posizioni dei ricorrenti nelle cause principali siano soggette al diritto dell’Unione, esso dovrà valutare se il diniego del diritto di soggiorno di questi ultimi nelle cause principali leda il diritto al rispetto della vita privata e familiare, previsto dall’art. 7 della Carta. Viceversa, qualora ritenga che dette posizioni non rientrino nella sfera di applicazione del diritto dell’Unione, esso dovrà condurre un siffatto esame alla luce dell’art. 8, n. 1, della CEDU. Difatti, occorre ricordare che tutti gli Stati membri hanno aderito alla CEDU, la quale consacra, nel suo art. 8, il diritto al rispetto della vita privata e familiare. In tal contesto, sulla base dell’art. 92, n. 1 del regolamento di procedura, va constatato che la Corte è manifestamente incompetente a risolvere le questioni presentate dal Varhoven administrativen sad.”

¹⁹⁰ V.Concl.Av. Generale Kokott pubblicate in data 15.12.2011 nella causa C-489/2010, *Bonda*, pp.14 e 15.

¹⁹¹ Commissione europea, *Communication from the Commission, Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union*, 19 ottobre 2010: "...Article 51(1) of the Charter also stipulates that the Charter applies to the Member States only when they are implementing Union law. It does not apply in situations where there is no link with Union law. The binding legal force conferred on the Charter by the Lisbon Treaty has not changed this situation; the Treaty explicitly states that the provisions of the Charter do not extend the powers of the Union as defined in the Treaties... The Charter does not apply where there are breaches of fundamental rights with no connection to Union law. Member States have their own systems to protect fundamental rights through their national courts and the Charter does not replace them. It is therefore up to the national courts to ensure compliance with fundamental rights and up to the Member States to take the necessary measures in accordance with their national laws and international obligations. In such situations, the Commission does not have the power to intervene as guardian of the Treaties". L'unica apertura, blanda, verso un'applicazione ampia della Carta che sembra concedere ai singoli Stati è quella relativa all'individuazione dei casi in cui può ritenersi esistente un nesso di collegamento fra diritto interno e diritto eurolunitario- p.1. 3. 3:-"... The Commission may only intervene if the situation in question relates to Union law. The factor connecting it with Union law will depend on the actual situation in question".

In altri termini, un'attitudine della Carta di Nizza - Strasburgo a divenire strumento generale di tutela dei diritti fondamentali sembra ostacolata dalle competenze comunque limitate dell'Unione Europea- anche se in via di notevole espansione-. Opinione, quest'ultima, condivisa anche dalla Corte costituzionale italiana¹⁹².

Analoghe considerazioni sembrano doversi fare con riguardo al piano dei rapporti norma interna Costituzione ed a quello norma interna diritto UE.

Ed allora, se nessuno oggi dubita che non è possibile esportare il meccanismo della disapplicazione proprio dei rapporti ordinamento interno diritto UE al piano dei rapporti norma interna Costituzione, deve essere parimenti chiaro che quando si discute della portata di un diritto fondamentale di matrice eurounitaria e della sua precettività o meno le regole applicabili devono essere quelle proprie di quel sistema e non altre.

La vicenda del mandato di arresto europeo e dell'estensibilità del meccanismo di espiazione in Italia della misura o della condanna per lo straniero residente in Italia non prevista dalla legge che ha attuato la decisione quadro - artt. 18, comma 1, lettera r), e 19, comma 1, lettera c), della legge 22 aprile 2005, n. 69 (Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri-esaminata da Corte cost. n.227/2010 sembra rappresentare in modo solare quanto i risultati - caldeggiati dalla Cassazione(giudice remittente) e- raggiunti dal giudice delle leggi a proposito della portata del principio di non discriminazione fondato sulla nazionalità e della sua asserita non immediata precettività¹⁹³ possano condurre a risultati che, in

¹⁹² Cfr. Corte cost. n.80/2011, p.5.5: "...occorre peraltro osservare come – analogamente a quanto è avvenuto in rapporto alla prefigurata adesione dell'Unione alla CEDU (art. 6, paragrafo 2, secondo periodo, del Trattato sull'Unione europea; art. 2 del Protocollo al Trattato di Lisbona relativo a detta adesione) – in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei trattati» abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione. L'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce, infatti, che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». A tale previsione fa eco la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, ove si ribadisce che «la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». I medesimi principi risultano, peraltro, già espressamente accolti dalla stessa Carta dei diritti, la quale, all'art. 51 (anch'esso compreso nel richiamato titolo VII), stabilisce, al paragrafo 1, che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»; recando, altresì, al paragrafo 2, una statuizione identica a quella della ricordata Dichiarazione n. 1. Ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri). Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto. Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto.”

¹⁹³ Cfr. punto 7.1. sent. n.227/2010: "... l'art. 12 del TCE, oggi art. 18 del TFUE, che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità nel campo di applicazione del Trattato. Anche sotto tale profilo è corretto il ricorso al giudice delle leggi, dal momento che il contrasto della norma con il principio di non discriminazione di cui all'art. 12 del Trattato CE, non è sempre di per sé sufficiente a consentire la “non applicazione” della confliggente norma interna da parte del giudice comune. Invero, il divieto in esame, come si evince anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia, non è dotato di una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti. Al legislatore dello Stato membro, infatti, è consentito di prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il proprio cittadino e il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata, come, ad esempio, in una fattispecie quale quella che ci occupa, la previsione di un ragionevole limite temporale al requisito della residenza del cittadino di uno Stato membro

definitiva, rischiamo effettivamente di determinare risultati poco appaganti e, soprattutto, legati a logiche che appaiono non solo estranee al sistema di tutela esaminato, ma addirittura distoniche con il piano di tutela offerto al livello considerato.

Basta sul punto richiamare le conclusioni del 20 marzo 2012 dell'Avvocato Generale Mengozzi nella causa C-42/11, *João Pedro Lopes Da Silva Jorge*, che ha riguardo ad una vicenda speculare a quella esaminata da Corte cost.n.227/2010 e che secondo l'Avvocato generale sembrava destinata ad esaurirsi -correttamente- all'interno del piano UE¹⁹⁴, come già aveva ipotizzato l'Avvocato Generale Bot nella causa *Wolzemburg*¹⁹⁵.

diverso da quello di esecuzione (Corte di giustizia, sentenza *Wolzemburg*). Non solo, ma a precludere al giudice comune la disapplicazione della norma interna in ipotesi incompatibile, vale anche la circostanza che nella specie si verte in materia penale e che un provvedimento straniero che dispone la privazione della libertà personale a fini di esecuzione della pena nello Stato italiano non potrebbe essere eseguito in forza di una norma dell'Unione alla quale non corrisponda una valida norma interna di attuazione (sentenza n. 28 del 2010, punto 5)."

¹⁹⁴ Cfr. Concl. Avv. Gen. Mengozzi ult. cit. nel testo, pp. 48 ss.: "... Occorre rilevare, in primo luogo, che l'opponente nel procedimento principale si è avvalso della sua libertà di circolazione recandosi in territorio francese nel quale risiede legalmente e ha costruito una vita familiare. Orbene, gli Stati membri, nell'ambito dell'attuazione di una decisione quadro, non possono violare il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni relative alla libertà riconosciuta a qualsiasi cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. La Corte ha così già statuito che un cittadino di uno Stato membro che risieda legittimamente in un altro Stato membro ha diritto di avvalersi del principio di non discriminazione nei confronti di una normativa nazionale che stabilisce le condizioni secondo le quali l'autorità giudiziaria competente può rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà. A fortiori, lo stesso deve valere per la normativa francese oggetto del procedimento principale che esclude ogni cittadino dell'Unione, ad eccezione dei soli cittadini francesi, dal poter beneficiare del motivo di non esecuzione previsto dall'articolo 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584. Di conseguenza, occorre considerare che il convenuto nel procedimento principale ha il diritto di avvalersi dell'articolo 18 TFUE nei confronti di detta normativa. Resta quindi da accertare se l'articolo 695-24 del codice di procedura penale comporti una discriminazione fondata sulla cittadinanza. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, il principio di non discriminazione esige che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che un trattamento simile non sia oggettivamente giustificato ... Una differenza di trattamento siffatta può rivelarsi conforme al principio di non discriminazione se è oggettivamente giustificata e proporzionata all'obiettivo legittimamente perseguito, vale a dire che non deve andare oltre quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo ... È peraltro evidente che una normativa che ha come risultato quello di escludere, sic et simpliciter, tutti i cittadini dell'Unione che non abbiano la cittadinanza francese dalla possibilità di beneficiare del motivo di non esecuzione di cui all'articolo 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584 è sproporzionata. Essa priva sistematicamente le autorità giudiziarie competenti del loro potere di valutazione delle situazioni individuali e presume, in modo tanto perentorio quanto inconfutabile, l'impossibilità giuridica di procedere all'esecuzione della pena in territorio francese. Orbene, dall'argomento sviluppato dal governo francese discende che la situazione è più sfumata e che, non essendo possibile stabilire un quadro giuridico uniforme per tutti le ipotesi che le autorità giuridiche dello Stato di esecuzione potrebbero trovarsi ad affrontare, è necessario determinare, caso per caso, il diritto applicabile perché può variare a seconda dello Stato della cittadinanza della persona condannata. La normativa oggetto del procedimento principale è sproporzionata in quanto esclude a priori dalla possibilità di beneficiare di detto motivo persone condannate che potrebbero potenzialmente aspirare, in virtù delle norme giuridiche applicabili alla loro richiesta, all'esecuzione della loro pena nel territorio francese. 59. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, suggerisco alla Corte di rispondere alla prima questione sottoposta dal giudice del rinvio nel senso che il principio di non discriminazione di cui all'articolo 18 TFUE osta ad una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale che riserva la facoltà di rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto europeo emanato ai fini dell'esecuzione di una pena al solo caso in cui la persona ricercata abbia la cittadinanza francese e le autorità francesi competenti si impegnino a eseguire la pena."

¹⁹⁵ Cfr. p.113 Concl. Avv. Gen. Bot, causa C-123/08, *Wolzemburg*, p.113 ss.: "... Queste sentenze fanno parte di una giurisprudenza costante secondo cui uno Stato membro, nell'esercizio delle competenze che gli sono riservate, non deve ledere le disposizioni del Trattato CE, tra le quali figura il divieto di qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità sancito all'art. 12 CE. Tale giurisprudenza dovrebbe applicarsi, a fortiori, allorché uno Stato membro dà applicazione ad un atto di diritto dell'Unione, quale una decisione quadro, come conferma l'art. 47 UE, in virtù del quale nessuna disposizione del Trattato UE deve pregiudicare le disposizioni del Trattato CE. 114. Ne consegue che il sig. Wolzemburg, che si trova nei Paesi Bassi a seguito dell'esercizio delle libertà di circolazione conferitegli dal Trattato CE, in qualità di cittadino dell'Unione o di operatore economico, ha il diritto di avvalersi dell'art. 12 CE contro la legislazione olandese che stabilisce in quali condizioni egli può beneficiare del motivo di non esecuzione di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro. D'altra parte, uno Stato membro non può, dando applicazione ad una decisione quadro, ledere il principio di non discriminazione in quanto principio fondamentale sancito, segnatamente,

E' stata quindi Corte Giust. 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Joao Pedro Lopes Da Silva Jorge* a ritenere che l'articolo 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584 e l'articolo 18 TFUE devono essere interpretati nel senso che uno Stato membro, pur potendo, in sede di trasposizione di tale articolo 4, punto 6, decidere di limitare le situazioni in cui l'autorità giudiziaria nazionale dell'esecuzione può rifiutare la consegna di una persona rientrante nell'ambito di applicazione di tale disposizione, non è legittimato ad escludere in maniera assoluta e automatica da tale ambito di applicazione i cittadini di altri Stati membri che dimorano o risiedono nel suo territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo. In tale occasione il giudice eurounitario ha pure precisato che il giudice del rinvio è tenuto, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, ad interpretare il diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro 2002/584, al fine di garantire la piena efficacia di tale decisione quadro e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo da essa perseguito.

Proprio il confronto fra le risposte che la Corte costituzionale italiana ha offerto (sent.227/2010) e la Corte di Giustizia consente di riflettere sulla necessita' che il giudice nazionale informi sempre di più il proprio operato alle regole che governano il sistema che viene in considerazione spogliandosi del *cappello* nazionale tutte le volte in cui il *cappello* eurounitario è quello da indossare con priorità. La sentenza della Corte di Giustizia appena menzionata mostra infatti in modo palpabile le diverse sensibilità che i giudici italiani hanno dimostrato affrontando una questione sostanzialmente identica a quella decisa a Lussemburgo sulla base del rinvio pregiudiziale sollevato dal giudice francese¹⁹⁶.

all'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, (in prosieguo: la «CEDU»), firmata a Roma il 4 novembre 1950, nonché all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000. Infatti, secondo una costante giurisprudenza, gli Stati membri, quando danno attuazione al diritto dell'Unione, sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario. Le condizioni nelle quali uno Stato membro applica il motivo di non esecuzione di cui all'art. 4, punto 6, della decisione quadro non possono dunque essere sottratte ad un controllo di conformità con il principio di non discriminazione.”

¹⁹⁶ Orbene, la Corte di Cassazione, nel sollevare questione di legittimità costituzionale della normativa interna, aveva ritenuto che il citato art. 18, comma 1, lettera r), nel prevedere che il destinatario del mandato d'arresto possa espiare la pena nello Stato italiano, qualora sia cittadino italiano, riproduce l'art. 4, punto 6, della decisione quadro, richiamando una serie di sentenze della stessa Corte, le quali hanno escluso l'applicabilità di tale norma, in via interpretativa, allo straniero residente in Italia, osservando che detta decisione quadro attribuisce agli Stati membri dell'Unione europea la mera facoltà di estendere a quest'ultima una tale previsione, qualora sia stata prevista per i propri cittadini. La stessa Cassazione aveva escluso di potere fare ricorso al canone dell'interpretazione conforme del diritto interno alle disposizioni sovranazionali in quanto la decisione quadro attribuiva una mera facoltà agli Stati membri dell'Unione europea di estendere le garanzie eventualmente riconosciute ai propri cittadini anche agli stranieri residenti sul loro territorio, in virtù di una scelta di politica criminale riservata alla discrezionalità dei legislatori nazionali, neppure censurabile per l'eventuale sua irragionevolezza. Su tale facoltà non aveva inciso la sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, n. 66, *Kozłowsky*, che ha soltanto offerto l'interpretazione della nozione di residenza richiamata nell'art. 4, punto 6, di detta decisione quadro. Secondo la Cassazione remittente la chiara ed univoca lettera del citato art. 18, comma 1, lettera r), e la sua comparazione con l'art. 19, comma 1, lettera c), della legge n. 69 del 2005 non permettevano una interpretazione diversa e meno restrittiva di quella offerta nella sentenza impugnata. Del resto, anche la Corte di giustizia (sentenza 16 giugno 2005, n. 105/03, *Pupino*, aveva affermato che i giudici nazionali devono interpretare le norme nazionali alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro, entro i limiti consentiti dalla lettera delle medesime. Tale posizione veniva integralmente condivisa da Corte cost.n.227/2010, secondo la quale “i rimettenti hanno correttamente valutato, in primo luogo, l'esistenza del contrasto tra la norma impugnata e la decisione quadro, esplicitando le ragioni che precludono l'interpretazione conforme. La motivazione sul punto è plausibile, in quanto numerose decisioni della stessa Corte di cassazione configurano un “diritto vivente” in ordine all'applicabilità nella specie ed alla portata dell'art. 18, comma 1, lettera r), in particolare alla non riferibilità di questa norma allo straniero dimorante o residente in Italia. Peraltro, tale interpretazione risulta suffragata sia dalla lettera della disposizione, che dai lavori preparatori, espressivi dell'intento specifico di escludere per il MAE *in executivis* il rifiuto di consegna dei cittadini di altri Paesi dell'UE, esclusione oggetto di uno specifico emendamento.” Da qui la conclusione del giudice delle leggi secondo cui “il contrasto tra la normativa di recepimento e la decisione quadro,

Quando, allora, ci si accosta ad una disposizione dell'UE, per la sua interpretazione e per la sua stessa individuazione, non si dovrà, in prima battuta, cadere nella tentazione di attingere al sistema nazionale o a quello della CEDU per delinearne l'ambito e la portata quando la norma stessa non consente di richiamare piani diversi.

Così operando si rischierebbe, infatti, di compiere un errore giuridico evidente e, soprattutto, di prestare il fianco alle critiche di cui si diceva sopra.

Se dunque un diritto di matrice eurounitaria viene richiamato all'interno di una vicenda che è estranea all'operatività del diritto UE, commetterà un errore il giudice che applica quel diritto alla vicenda concreta ponendosi in contrasto con il piano delle regole fissate dall'ordinamento eurounitario all'interno della Carta di Nizza e dello stesso Trattato UE.

Non meno discutibile sembra l'atteggiamento volto a ricercare all'interno dei sistemi normativi e dei diritti viventi che fanno parte dei "circuiti di legalità" operanti con riferimento ai diritti fondamentali conferme circa i rapporti fra gli ordinamenti che non sono direttamente presi in considerazione nei medesimi sistemi.

Esemplificativo di siffatto modo di operare potrebbe essere il tentativo di cercare delle conferme al divieto di disapplicazione da parte del giudice comune nazionale della norma interna contrastante con la CEDU espresso dalla Corte Costituzionale a partire dalle sentenze gemelle del 2007 nella recente pronuncia della Corte di Giustizia resa il 24 aprile 2012, causa C-571/2010, p.59, *Kamberaj*¹⁹⁷.

Tale decisione, escludendo che l'ordinamento eurounitario imponga al giudice nazionale che fa applicazione, all'interno di una controversia regolata dal diritto UE, di un diritto fondamentale che trova la propria matrice nella CEDU del dovere di disapplicazione, non poteva in alcun modo affrontare una tematica estranea al diritto eurounitario nel quale la CEDU assume un ruolo assolutamente chiaro senza che possa o debba venire in gioco l'efficacia che quello strumento ha nei singoli ordinamenti dei Paesi membri.

Se davvero fosse questa la lettura da offrire alla sentenza della Corte di Giustizia, si tratterebbe, all'evidenza, di uno straripamento di potere di quel giudice che non può arrogarsi il potere di disciplinare o regolamentare un ambito ad essa estraneo.

La Corte di Giustizia si è sempre occupata della Cedu come *serbatoio* di diritti ora formalmente riconosciuto anche dall'art.6 TFUE, ma non può dir nulla sui rapporti Cedu ordinamenti-nazionali che, come ha di recentemente magistralmente evidenziato Antonio Ruggeri, trovano regolamentazione affatto armonizzata.

insanabile in via interpretativa, non poteva trovare rimedio nella disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice comune, trattandosi di norma dell'Unione europea priva di efficacia diretta, ma doveva essere sottoposto alla verifica di costituzionalità di questa Corte." Si comprende, allora, come la soluzione prospettata dal remittente e condivisa giudice costituzionale interno tende a valorizzare il canone costituzionale e ad accentrare sulla Corte delle leggi il ruolo di "garante ultimo" dei diritti, riducendo conseguentemente non solo lo spazio operativo dello strumento sovranazionale e delle "regole" che lo governano, ma anche il ruolo del giudice comune di diritto eurounitario, radicalmente depotenziando la portata dell'interpretazione conforme che, nel peculiare significato che la Corte di Giustizia le dà, rappresenta per contro uno straordinario e virtuoso modello di immediata garanzia dei diritti nelle mani del giudice nazionale. La particolare timidezza volutamente usata da Corte cost.n.227/2010 sulla portata del principio di non discriminazione fondato sulla nazionalità e sulla sua asserita non immediata precettività viene decisamente contrastata dalla Corte di Giustizia la quale, senza mezzi termini, nella sentenza del 5 settembre ha cura di chiarire – p.50- che "gli Stati membri, qualora traspongano l'articolo 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584 nel loro ordinamento interno, non possono, *pena la lesione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità*, limitare tale motivo di non esecuzione ai soli cittadini nazionali, escludendo in maniera assoluta e automatica i cittadini di altri Stati membri che dimorano o risiedono nel territorio dello Stato membro di esecuzione, indipendentemente dai legami che essi presentano con tale Stato membro."

¹⁹⁷V. sent. Cit. nel testo: "...Tuttavia, l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale." Su tale ultima pronuncia v. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in www.diritticomparati.it.

In conclusione, può dunque ritenersi che esiste una regola aurea che impone al giudice di *conoscere i diritti fondamentali, le Carte che li contengono e le regole che li governano, con tutto il tasso di difficoltà che ciò può comportare quanto alla differenza fra diritti fondamentali principi contemplati dalla Carta di Nizza¹⁹⁸ e principi generali (già dell'ordinamento comunitario), diritti di matrice convenzionale, rapporti fra ordinamento interno e CEDU.*

¹⁹⁸SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 2,148. Cfr. in modo davvero intenso, RUGGERI, *Corti costituzionale e corti europee*, cit.-pag.33 datt.-:"...L'impianto dello studio e le verifiche in esso condotte portano a dire che la logica di una rigida separazione degli ordinamenti (e, per ciò pure, delle sfere di competenza delle relative Corti) non ha ormai più alcun senso, se mai ne ha avuto. È vero che gli stessi ordinamenti parrebbero accreditarla; e basti solo pensare alla perdurante vigenza del principio di attribuzione in ordine ai riparti di materie e funzioni tra Unione e Stati, come pure – per ciò che specificamente attiene alla salvaguardia dei diritti – al principio secondo cui la stessa Carta dei diritti dell'Unione dichiara di poter valere unicamente negli ambiti materiali di competenza dell'Unione stessa. E, tuttavia, l'esperienza ormai insegna che separare a colpi di accetta gli ambiti stessi è impresa vana, i rapporti piuttosto essendo governati da canoni volti a renderne quanto più possibile duttile lo svolgimento e mobili i confini dei campi.