

Responsabilità dell'ente pubblico

Responsabilità pubblica per atto lecito e per atto legislativo

di Vincenzo Roppo (*)

Tradizionalmente la responsabilità civile dello Stato e delle pubbliche amministrazioni viene riferita a comportamenti illeciti o ad atti amministrativi illegittimi. Lo scritto esplora se, su quali presupposti e in che limiti può configurarsi responsabilità in fattispecie che si collocano fuori di questo perimetro: da un lato, quando il danno deriva da azioni pubbliche che sono non illecite bensì lecite; e dall'altro, quando il danno è causato da azioni pubbliche che non sono né comportamenti materiali né atti amministrativi, bensì sono leggi. L'indagine è condotta principalmente mediante la ricognizione e l'analisi della giurisprudenza: costituzionale, civile, amministrativa e comunitaria.

Premessa

Lasciatemi primo di tutto confessare che in questo convegno mi sento un po' alieno. Non solo e non tanto perché avverta la solitudine del civilista circondato da una falange compatta di professionisti del diritto amministrativo (come civilista, invero, trovo qui qualificatissima compagnia in Luigi Rovelli, che civilista lo è di professione; e nello stesso presidente Pajno, che con la sua introduzione ha dimostrato di esserlo per cultura). La ragione del mio senso di alienità sta piuttosto nello sperimentare la condizione di chi teme di andare inesorabilmente e clamorosamente fuori tema: perché l'oggetto della mia relazione appare davvero estraneo all'area della responsabilità per lesione di interessi legittimi, entro cui si iscrive l'oggetto generale del convegno.

Rispetto al quale oggetto, suonano estranee entrambe le componenti del binomio presente nel mio titolo. In parole semplici. La lesione di interessi legittimi (vuoi oppositivi, vuoi pretensivi) implica che siano in gioco atti del potere pubblico connotati da una doppia caratteristica: essere *atti amministrativi*, ed essere *atti illegittimi*. Ebbene, l'argomento di cui mi occupo sta completamente fuori da questo perimetro, già in forza del valore letterale delle parole che lo designano: perché l'atto lecito

è, per definizione, un *atto non illegittimo*; e perché l'atto legislativo è, per definizione, un *atto non amministrativo*.

È quindi non senza qualche esitazione che mi appresto a parlare, in questa sede, di responsabilità dell'ente pubblico riferibile da un lato ad atti leciti, e dall'altro lato ad atti legislativi: due filoni concettualmente ben distinti, ma alla fine anche praticamente connessi. Vediamo in che senso e in che modo.

La responsabilità dello Stato e della P.A. per atti leciti: inquadramento concettuale e itinerario culturale

In termini di teoria generale, è responsabilità da atto lecito la posizione del soggetto tenuto a una compensazione monetaria in favore di altro soggetto, pregiudicato da un comportamento del primo che tuttavia non risulta vietato dalla legge e non viola alcuna norma.

Nel campo del diritto privato, il paradigma è offerto dall'art. 844 c.c. in materia di immissioni da fondo a fondo. Per come interpretata e applicata dalla giurisprudenza, la norma prefigura tre fattispecie che si costruiscono intorno al criterio della "normale tollerabilità" e a quello delle "esigenze

(*) Testo (rielaborato e integrato) della relazione al convegno "Il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo" (Genova 25 novembre 2016).

della produzione” con cui le “ragioni della proprietà” devono contemperarsi.

In breve. Le immissioni sotto la soglia della normale tollerabilità sono lecite, e non produttive di alcun danno che meriti di essere compensato. Le immissioni che eccedono tale soglia e non sono giustificate da esigenze della produzione sono *contra legem*, e produttive di un danno che merita di essere pienamente risarcito in forza delle ordinarie regole di responsabilità per atto (o fatto) illecito ex art. 2043 c.c. Infine, le immissioni che superano la soglia della normale tollerabilità, ma risultano funzionali a esigenze della produzione sono lecite (perché appunto “giustificate” da una ragione di interesse generale), e tuttavia obbligano l’agente a compensare chi le subisce con una attribuzione monetaria che non è vero e proprio “risarcimento” (quale scatterebbe in caso di immissioni illecite), ma semplice “indennizzo” o “indennità” (1).

Precisamente questa terza fattispecie corrisponde in modo emblematico alla categoria della responsabilità per atto lecito.

Ebbene, che spazio trova tale categoria nelle situazioni in cui l’autore dell’atto lecito dannoso è lo Stato o una pubblica amministrazione? La risposta varia di fase in fase, in parallelo con gli sviluppi significativi del processo culturale e istituzionale che - nel campo dei rapporti pubblico/privato - si snoda a partire dalla fine del secolo XIX.

La scienza del diritto amministrativo di fine ottocento/primi novecento, nelle sue espressioni più alte, è aperta a riconoscere che lo Stato o le pubbliche amministrazioni possano essere chiamati a compensare il privato leso da qualche loro atto pur non qualificabile come illecito. Ne offrono testimonianza gli scritti di maestri come Santi Romano (2), Vittorio Emanuele Orlando (3), Giovanni Vacchelli (4), Federico Cammeo (5).

Questo orizzonte si restringe, fino a sostanzialmente chiudersi, in una con l’affermarsi della teoria (e dell’ideologia) della degradazione dei diritti a meri interessi (non presidiati da alcuna tutela risarcito-

ria), di fronte all’esercizio del potere pubblico. E non occorre spiegare perché.

Così come è ben comprensibile che una nuova (ri)apertura si manifesti in una successiva fase storica, molto più propensa a considerare, valorizzare, proteggere i diritti soggettivi dei privati anche laddove entrino in tensione con atti dei pubblici poteri. Stiamo parlando, come è evidente, della fase segnata per un verso dall’avvento della Costituzione, e per altro verso dall’ingresso di fonti normative internazionali (come la Convenzione europea dei diritti dell’uomo - Cedu) e sovranazionali (come la Comunità - adesso Unione - europea), con cui l’ordinamento interno non può fare a meno di confrontarsi.

Questo confronto con la dimensione extradomestica agisce come potente fattore di sviluppo del diritto nazionale, orientandolo in una direzione sempre più propensa a riconoscere (sotto forma di una compensazione monetaria) le ragioni del privato leso da atti o fatti o comportamenti del potere pubblico, ancorché all’ente o all’organo che lo impersona non sia imputabile alcuna violazione di norme. Ed è uno sviluppo che procede per via così legislativa come giurisprudenziale.

Previsioni normative: cinque filoni

Se fissiamo lo sguardo sulla legislazione, la linea di tendenza appena segnalata si manifesta in una complessa serie di misure normative che mi sembra di poter raggruppare in cinque blocchi, o filoni (6). Il primo - più risalente, più tradizionale, e per così dire “classico” - è quello delle espropriazioni per pubblica utilità. Una figura che si iscrive alla perfezione nel paradigma della responsabilità per atto lecito: obbligo di compensare monetariamente la vittima del pregiudizio causato da un atto che, ancorché lesivo di interessi giuridicamente protetti, risulta assistito da qualche buona causa giustificativa che lo immunizza da censure di illiceità.

(1) Parametrata non sull’intero danno sofferto dal soggetto leso, ma su una misura inferiore. Un contributo recente individualmente proprio in questa modalità della compensazione un fattore di superiore razionalità economica ed efficienza allocativa - rispetto al tradizionale modello del risarcimento integrale, proprio dell’ordinaria responsabilità civile - quando siano in gioco danni da atti leciti: E. Baffi - D. Nardi, *Atto lecito dannoso: un’analisi giuseconomica*, in *Danno e resp.*, 2016, 1157 ss.

(2) S. Romano, *Principii di diritto amministrativo*, III ed., Milano, 1912 (ma così già nelle precedenti edizioni, del 1901 e del 1906); Id., *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *La legge*, 1903, e adesso in *Scritti minori*, II, Milano, 1990, 179 ss.

(3) V.E. Orlando, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento della responsabilità civile: a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, III, 1883, 356.

(4) G. Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1902.

(5) F. Cammeo, *L’azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, 24 ss. specie 99-100 e 107-109.

(6) Che qui si rappresentano in estrema sintesi: per una più diffusa illustrazione delle fattispecie v. E. Scotti, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione (ottobre 2014)*, in *ius publicum network review* (www.ius-publicum.com).

Al medesimo paradigma sono riferibili le fattispecie del secondo blocco, che riguardano l'esecuzione di opere pubbliche: indiscutibilmente lecite, ma possibile fonte di riflessi negativi a carico di terzi che ad esempio ne escano con una svalorizzazione della loro proprietà, subendo quella che usa definirsi espropriazione "di valore", o espropriazione "larvata". Emblematico della classe l'art. 44 del T.U. sulle espropriazioni (D.Lgs. n. 325/2001): che attribuisce "una indennità al proprietario del fondo che, dalla esecuzione dell'opera pubblica o di pubblica utilità, sia gravato da una servitù o subisca una permanente diminuzione di valore per la perdita o la ridotta possibilità di esercizio del diritto di proprietà". Una norma che, a veder bene, trova un antico precedente già nell'art. 46 della L. n. 2359/1865.

Il terzo filone comprende i provvedimenti della P.A. in autotutela: revoche, recessi, autoannullamenti. Provvedimenti leciti anch'essi, perché consentiti da norme quali gli artt. 11, comma 4, e 21 *quinquies*, L. n. 241/1990, o l'art. 1, comma 136, L. n. 311/2004: che però, nel momento stesso in cui li legittimano, obbligano la P.A. agente a indennizzare il privato che ne subisce gli effetti pregiudizievoli.

Una quarta serie di figure emerge nell'area dei trattamenti sanitari variamente riferibili all'iniziativa pubblica: dove l'intervento del legislatore, più che spontaneo, si presenta come il frutto necessitato di un atto della giurisdizione costituzionale. Penso alla vicenda delle vaccinazioni obbligatorie: Corte cost. n. 307/1990 dichiara costituzionalmente illegittima la L. n. 51/1966, recante l'obbligo di vaccinazione contro la poliomielite, nella parte in cui (disattendendo il principio di solidarietà dell'art. 2 Cost.) omette di prevedere un'equa indennità in favore dei soggetti che dalla vaccinazione subiscono gravi compromissioni della salute; chiamato in causa per l'omissione, il legislatore risponde (in termini più ampi rispetto al caso specifico delle vaccinazioni antipolio) con la L. n. 210/1992, emblematicamente intitolata "Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati". E la tutela indennitaria si sarebbe poi estesa al caso delle vaccinazioni non obbligatorie ma solo consigliate

dall'autorità sanitaria (come quelle contro epatite B, morbillo, rosolia) (7).

Il quinto e ultimo blocco attiene alla materia dell'amministrazione della giustizia: provvedimenti legislativi diretti a garantire compensazioni monetarie a chi sia rimasto vittima di oggettive disfunzioni della macchina giudiziaria, peraltro non imputabili soggettivamente a colpa o dolo di qualche operatore pubblico (resta quindi fuori di quest'area la disciplina della L. n. 117/1988, come riformata dalla L. n. 18/2015, che implica comportamenti censurabili del magistrato e dunque definisce ipotesi di responsabilità per atto illecito, e non lecito). Stiamo parlando di figure come la "equa riparazione" che spetta a chi abbia subito ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.), o la "riparazione" accordata alla vittima di errore giudiziario (art. 647 c.p.p.), o la "equa riparazione" prevista a fronte dell'irragionevole durata del processo (L. n. 89/2001) (8).

Fattispecie tassative o luoghi di emersione di un principio generale? L'attuazione del diritto

Esistono dunque, innegabilmente, numerose e variegate ipotesi normative di "responsabilità" dello Stato o della P.A. in dipendenza di atti o fatti in relazione ai quali non sarebbe configurabile una responsabilità per illecito.

Ma il punto è: si tratta di ipotesi tipiche e tassative e non estensibili per analogia, siccome devianti rispetto al principio generale per cui lo Stato o la P.A. possono essere chiamati a esborsi monetari in favore della vittima di un pregiudizio, solo quando questo derivi da un illecito? O sono al contrario semplici espressioni o punti di emersione di un opposto "principio generale di compensazione" - ragionevolmente ricavabile dall'art. 2 Cost., e applicabile anche al di fuori di espresse previsioni di legge - in forza del quale chi patisce pregiudizi in conseguenza di atti o fatti del potere pubblico pur leciti, ha diritto a una compensazione monetaria che ristori almeno in parte il suo interesse leso in nome di qualche pubblica finalità?

Ove mai si ritenesse che la seconda prospettiva è più coerente allo spirito dell'ordinamento, per come questo si viene conformando con le nuove fonti costituzionali, internazionali, sovranazionali (e con l'applicazione giurisprudenziale delle medesi-

(7) Corte cost. n. 271/1998; Corte cost. n. 107/2012.

(8) Mentre sto rielaborando il testo, leggo sui quotidiani del 23 gennaio 2017 dati relativi all'entità delle riparazioni accordate a questi titoli fra 1992 e 2016: circa 43 milioni di euro

complessivi per errori giudiziari, e circa 648 milioni per ingiuste detenzioni. Nel solo 2016: oltre 10 milioni per errori giudiziari (6 casi) e circa 30 milioni per ingiuste detenzioni (quasi 800 casi).

me), sorge un'altra domanda: in che modi, per quali vie il diritto alla compensazione del pregiudizio da atto lecito può trovare effettiva attuazione e tutela? E la domanda può circostanziarsi così: è concepibile che il diritto possa azionarsi immediatamente con un accesso diretto al giudice, senza bisogno di alcuna mediazione della sfera legislativa? O deve invece pensarsi che una siffatta mediazione sia indispensabile, e pregiudiziale a qualunque accesso alla giustizia?

Segue. Corte cost. n. 179/1999

Preziosi elementi per orientarsi nella questione sono offerti da Corte cost. n. 179/1999 (9). La fattispecie è quella dei vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione o con carattere sostanzialmente espropriativo: cui la legislazione urbanistica assegna un limite di durata, consentendo però alle amministrazioni di reiterarli o prorogarli nel tempo anche oltre tale limite. E ciò senza prevedere alcuna compensazione in favore del proprietario inciso dalla proroga.

Riguardo a essa, la Corte enuncia una serie di principi regolatori che provo a sintetizzare:

- a) la normativa in esame non è di per sé costituzionalmente illegittima: e non lo è neppure là dove consente la proroga o reiterazione dei vincoli oltre il limite standard di legge, perché tale proroga o reiterazione può essere funzionale all'efficace esercizio dei poteri pubblici di governo del territorio;
- b) se il vincolo si contiene nel limite temporale standard (ma anche - pare di capire - se viene prorogato o reiterato per un tempo definito e ragionevole), il proprietario non ha diritto ad alcuna compensazione;
- c) se invece il vincolo viene prorogato a tempo indeterminato o per un periodo esageratamente lungo, o viene reiterato per un numero esagerato di volte, proroga o reiterazione non cessano per questo di essere ammissibili: ma attribuiscono al proprietario il diritto a essere compensato con un indennizzo;
- d) nella misura in cui non preveda siffatta compensazione (e tanto meno ne fissi i criteri di quantificazione), la disciplina urbanistica è incostituzionale per violazione (non propriamente dell'art. 42, comma 3, Cost., ma - dice la Corte con formula più sfumata -) dei "principi costituzionali ricavabili" da detto articolo;
- e) alla situazione così rilevata non può porre direttamente rimedio la stessa Corte costituzionale, cui

non è dato emanare una sentenza additiva che fissi i necessari criteri per quantificare l'indennizzo dovuto al privato: questo perché non si tratta qui di stimare il pieno valore della proprietà di un bene (che nella nostra fattispecie non è sottratta al privato, come in una "vera" espropriazione), ma del più complesso e sottile e difficile compito di misurare e calibrare, in relazione ai diversi casi possibili e alle conseguenti "molteplici variabili", i differenti gradi di intensità del vincolo e la corrispondente misura del "valore" sottratto al privato;

f) trattandosi di valutazioni e determinazioni che tipicamente appartengono alla sfera delle scelte politiche del legislatore, spetta dunque a questo "precisare le modalità di attuazione del principio della indennizzabilità dei vincoli..., delimitando le utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della pubblica amministrazione", con possibilità di scegliere "fra misure risarcitorie, indennitarie e anche, in taluni casi, fra misure alternative riparatorie anche in forma specifica..., mediante offerta e assegnazione di altre aree idonee alle esigenze del soggetto che ha diritto a un ristoro..., ovvero mediante altri sistemi compensativi";

g) epperò, la pur ribadita "esigenza di un intervento legislativo sulla quantificazione e sulle modalità di liquidazione dell'indennizzo" non può non misurarsi con l'eventualità di una "persistente mancanza di specifico intervento legislativo determinativo di criteri e parametri per la liquidazione delle indennità": ebbene, in tal caso deve ammettersi che "il giudice competente sulla richiesta di indennizzo, una volta accertato che i vincoli imposti in materia urbanistica abbiano" le caratteristiche necessarie per l'insorgere del diritto a compensazione, "possa ricavare dall'ordinamento le regole per la liquidazione di obbligazioni indennitarie, nella specie come obbligazioni di ristoro del pregiudizio subito dalla rinnovazione o dal protrarsi del vincolo". In breve. Accertata e dichiarata dalla Corte l'incostituzionalità della legge che non prevede compensazioni, occorre un intervento del legislatore che le preveda e soprattutto ne fissi i criteri di quantificazione. Ma se il legislatore persiste a non farlo, pazienza: il privato può andare direttamente dal giudice, e chiedere a lui di riconoscere il suo diritto a compensazione, quantificandone l'importo in base alle "regole per la liquidazione di obbligazioni indennitarie" che lo stesso giudice potrà, in autonomia, "ricavare dall'ordinamento".

(9) In questa *Rivista*, 1999, 7, 830 con nota di V. Carbone - G. Gioia.

Segue. Il titolo della pretesa a compensazione: responsabilità per atto lecito della P.A. ...

È un passaggio di quelli forti. Ma al tempo stesso è un passaggio che lascia aperte e indefinite alcune questioni di grande rilevanza, sia teorica sia pratica (10).

Intanto: quanto tempo occorre attendere (invano) l'intervento del legislatore, prima di poter registrare quella "persistente mancanza di specifico intervento legislativo" che fa scattare la legittimazione del privato leso ad adire direttamente il giudice?

Ma soprattutto: qual è il "titolo" della pretesa che il privato può azionare davanti al giudice, senza bisogno di mediazione legislativa? Qual è la *causa petendi* della domanda con cui il privato può aprire il giudizio per ottenere la compensazione cui ha diritto?

La risposta più lineare porta a dire: mancando una precisa norma positiva, il "titolo" non può essere altro se non, appunto, la generale categoria della "responsabilità per atto lecito", ovvero quel "principio di compensazione", immanente nel sistema, che impone di ristorare il privato per il sacrificio (superiore a una certa soglia) che gli sia inflitto nell'esercizio - pur lecito - di un potere pubblico.

In questa prospettiva, il convenuto si individua facilmente nella pubblica amministrazione che con il suo "atto lecito" ha pregiudicato la sfera patrimoniale dell'attore (nel caso dei vincoli urbanistici, il Comune che li ha esageratamente prorogati o reiterati). E si individua altrettanto facilmente il giudice competente: quello che ha competenza per il genere di pregiudizio, e la corrispondente compensazione, che viene in gioco nella fattispecie (nel caso di vincoli urbanistici "di tipo espropriativo", quello che la Corte costituzionale chiama "il giudice competente sulla richiesta di indennizzo" - in concreto la Corte d'Appello, per la speciale competenza ad essa riservata in questo settore).

Sorge a questo punto un'altra domanda, relativa ai presupposti per l'accesso diretto al giudice. Un tale accesso, che si è visto possibile pur senza che via sia a monte uno specifico intervento legislativo diretto a prevedere e quantificare la compensazione dovuta al privato, implica che a monte vi sia almeno un intervento della Corte costituzionale che (come ha fatto la sentenza n. 179/1999) censuri

siccome costituzionalmente illegittima la mancata previsione legislativa di una compensazione a favore del privato? O invece è concepibile che il privato leso dall'atto lecito del potere pubblico si rivolga al giudice anche senza che sia intervenuto alcun previo giudizio di incostituzionalità, facendo valere una pretesa basata direttamente sul "principio di compensazione"; e che il giudice adito - applicando direttamente tale principio costituzionale, in una logica per così dire di *Drittwirkung* o se si preferisce con un accertamento di incostituzionalità reso *incidenter tantum* - valuti se ne ricorrono gli estremi nel caso di specie, e in caso affermativo accordi senz'altro all'attore la compensazione richiesta?

In altre parole. *Quid*, se il privato inciso dall'esagerata proroga o reiterazione dei vincoli urbanistici - anziché impugnare dinnanzi al T.A.R. competente gli atti del Comune, e poi sollevare, nell'ambito del relativo giudizio amministrativo, questione di legittimità costituzionale della legislazione di riferimento - avesse direttamente adito la Corte di Appello chiedendole di condannare il Comune al pagamento di apposito indennizzo, e di "ricavare dall'ordinamento" i criteri per la sua quantificazione?

Sinceramente, non suona così ripugnante ammettere che il giudice adito avrebbe ben potuto esaminare la domanda, per accoglierla o respingerla nel merito, a seconda del convincimento formatosi circa l'esistenza o al contrario l'inesistenza dei presupposti per applicare il "principio di compensazione" in favore del privato irragionevolmente leso da atti leciti del potere pubblico.

... o responsabilità per illecito del legislatore?

Ma, a veder bene, è astrattamente prospettabile anche un altro modo di identificare il "titolo" dell'azione in giudizio con cui, nella fattispecie oggetto di Corte cost. n. 179/1999, il proprietario vittima degli esagerati (ma non per questo illeciti) vincoli urbanistici potrebbe far valere il suo diritto a compensazione.

Esso muove dal punto in cui la Corte rileva che - una volta censurata come incostituzionale la mancata previsione dell'indennizzo, e registrato di non potere essa Corte dettarne i criteri di liquidazione - sorge la necessità che sia il legislatore a farlo. Che

(10) Le lascia aperte - precisiamo - se si ragiona in termini generali e astratti, che prescindono dalla particolare fattispecie dei vincoli urbanistici, considerata da Corte cost. n. 179/1999: perché in relazione a tale fattispecie il legislatore è, di fatto, concretamente intervenuto a breve distanza dalla pronuncia

della Corte, colmando l'incostituzionale lacuna normativa con l'art. 39 del T.U. sulle espropriazioni (D.Lgs. n. 37/2001), che detta specifica disciplina della "Indennità dovuta in caso di incidenza di previsioni urbanistiche su particolari aree comprese in zone edificabili".

è quanto dire: sorge a carico del legislatore l'obbligo (costituzionale) di farlo.

Ebbene, ipotizziamo che il legislatore violi quest'obbligo e persista nel violarlo, continuando a omettere il proprio intervento anche a distanza di lungo tempo dalla pronuncia costituzionale che lo rende doveroso. Se così fosse, perché non dire che lo Stato-legislatore si rende autore di un illecito (omissivo) che determina responsabilità e obbligo di risarcimento verso il privato leso nel suo diritto alla riparazione proprio dalla mancanza della doverosa disciplina legislativa della riparazione stessa? Ed è chiaro che, consistendo il danno nella mancata riparazione monetaria per i vincoli subiti, il *quantum* del risarcimento coinciderebbe con la misura della riparazione stessa, stimata secondo "le regole per la liquidazione di obbligazioni indennitarie", che la Corte costituzionale abilita il giudice a "ricavare dall'ordinamento": la medesima stima che il giudice sarebbe chiamato a compiere nella prospettiva di cui al paragrafo precedente.

In definitiva, lo schema della responsabilità pubblica per atto illecito (del legislatore) differirebbe da quello della responsabilità per atto lecito (dell'amministrazione) solo in punto legittimazione passiva (nel primo caso il privato dovrebbe convenire lo Stato, in persona della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel secondo caso agirebbe contro il Comune) e in punto giudice competente (la Corte di Appello nel secondo caso, il Tribunale nel primo). Ma il risultato sostanziale di uno schema sarebbe sovrapponibile con il risultato dell'altro.

Un rilievo che può concorrere a sdrammatizzare il tema - di per sé "drammatico" - della responsabilità dello Stato per illecito legislativo. Al quale adesso rivolgo la mia attenzione.

La responsabilità per atti legislativi: il principio-base dell'irresponsabilità (Cass. n. 1067/1995; Cass. n. 4915/2003) ...

E mi concentro essenzialmente sul quadro della giurisprudenza. Che offre un punto di partenza quanto mai netto e *tranchant*: non è in alcun modo ammissibile, non è neppure concepibile - per insuperabili ragioni di ordine politico-costituzionale - che lo Stato sia chiamato a rispondere dei danni causati a qualche soggetto da scelte inerenti l'esercizio della funzione legislativa.

Lo afferma Cass. n. 1067/1995 (con riferimento ai vincoli dell'ordinamento comunitario): "La Carta costituzionale, nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato, regola la funzione legislativa ripartendola fra il Governo e il Parlamento, quale espressione di potere politico, libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale. Ne consegue che di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli, onde deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione, in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato ordinamento". Dieci anni più tardi lo ribadisce Cass. n. 4915/2003, precisando che "non è in radice giuridicamente possibile ricollegare un evento dannoso alla promulgazione (sic) di una legge, essendo l'emanazione delle leggi espressione di un potere politico del legislatore che, di fatto, può anche incidere negativamente sulle posizioni di singoli cittadini ma mai radicare un danno giuridicamente risarcibile, posto che una tale ipotesi verrebbe a incidere gravemente sul potere libero e discrezionale di formazione delle leggi che la Costituzione riconosce al Parlamento e configura libero da ogni condizionamento".

E tuttavia è chiaro che il discorso non può ritenersi chiuso solo in forza di questi *dicta*, che pur provenendo dalla S.C. si presentano affetti da un eccesso di semplificazione, quasi ai limiti - sia consentito - della grossolanità. Diversamente, non si comprenderebbe l'accendersi e lo svilupparsi di un dibattito che, nel campo dottrinale, si è alimentato di contributi monografici come quello di Raffaele Bifulco (11) e quello, più recente, di Chiara Pasquinelli (12). Ma che ha trovato importanti momenti di sviluppo nello stesso campo della produzione giurisprudenziale.

... e la sua erosione con l'affermarsi del principio di responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario ad opera del legislatore ...

È soprattutto la giurisprudenza, infatti, che ha messo in circolo fattori di erosione del dogma della assoluta irresponsabilità dello Stato-legislatore. E non tan-

(11) R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.

(12) C. Pasquinelli, *Le leggi dannose. Percorsi della responsabilità civile fra pubblico e privato*, Torino, 2013.

to la giurisprudenza nazionale quanto, primariamente, quella della Corte di Giustizia Europea.

Bastano un nome e una data - *Francovich*, 1991 (13) - a evocare l'*incipit* di un orientamento di giurisprudenza comunitaria teso ad affermare il principio di responsabilità dello Stato membro per omessa o difettosa trasposizione di direttive, con conseguente obbligo di risarcire i cittadini pregiudicati da quello che non potrebbe definirsi altrimenti se non illecito commesso dallo Stato nella sfera di esercizio della funzione legislativa.

Un orientamento che si sarebbe poi sviluppato e affinato con una serie di successive pronunce della Corte del Lussemburgo: da *Brasserie du Pecheur / Factortame* (14) a *Koebler* (15) a *Traghetti del Mediterraneo* (16). E al quale si sarebbe - inevitabilmente, del resto - adeguata la giurisprudenza domestica, con una importante serie di pronunce di merito e di legittimità: fra le quali si segnala Cass., SS.UU., n. 9147/2009, che precisa la natura della responsabilità in oggetto qualificandola "contrattuale", siccome radicata in una "obbligazione" dello Stato - e precisamente in una "obbligazione *ex lege* di tipo indennitario" (17).

... e del principio di responsabilità della stessa UE per illecito nel campo della produzione normativa

E già che ci aggiriamo nell'area della giurisprudenza del Lussemburgo, vale la pena di restarci ancora un attimo per considerare un'altra sentenza della Corte di Giustizia - *FIAMM/Fedon* (18) - che riguarda anch'essa la responsabilità per illecito collegato all'esercizio della funzione normativa: responsabilità non però degli Stati membri, come nei casi citati, sopra, ma della stessa Unione Europea: contro la quale avevano sollevato pretese risarcitorie soggetti che si affermavano danneggiati da un determinato atto normativo del Consiglio.

La decisione appare molto indicativa delle difficoltà con cui si misura chi affronta una questione del genere, e della cautela con cui è indotto ad accostarsi: lo testimonia il suo singolare andamento logico, che si snoda attraverso una serie progressiva di enunciati in cui - nel giro di poche righe - cia-

scuno sembra contraddire o almeno correggere in qualche misura quello precedente.

Il primo enunciato sembra di radicale chiusura: "allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario, non esiste un regime di responsabilità che consenta di far sorgere la responsabilità della Comunità per un comportamento rientrante nella sfera della competenza normativa di quest'ultima".

Il discorso è dunque chiuso? No, perché subito dopo un bel "però" introduce, con tutta la sua forza avversativa, un secondo enunciato che in qualche modo riqualifica il precedente. È vero che in linea di principio non esiste un principio di responsabilità della Comunità per l'esercizio della sua funzione normativa: *però* questo "non pregiudica l'ampio potere di valutazione discrezionale di cui eventualmente dispone il legislatore comunitario per accertare se, al momento dell'adozione di un dato atto normativo, la presa in considerazione di taluni effetti dannosi derivanti da tale adozione giustifichi la previsione di talune forme di risarcimento".

Questo secondo enunciato si presenta per nulla dirimpante, e anzi tutto sommato innocuo: la previsione di un risarcimento che compensi i soggetti danneggiati dalla scelta normativa è solo "eventuale", perché rimessa totalmente a un "ampio potere di valutazione discrezionale di cui... dispone il legislatore comunitario". E se questi discrezionalmente decide di prevedere un risarcimento, lo fa in quanto tale scelta gli appare "giustificata": che non vuol dire "obbligata", sicché egli sembra conservare la libertà di non prevedere alcun risarcimento.

Ma il terzo enunciato, che segue immediatamente, rovescia il tavolo. La discrezionalità del legislatore comunitario si dissolve quando siano in gioco il diritto di proprietà e la libertà di esercizio delle attività professionali, cui "la Corte ha da lungo tempo riconosciuto ... carattere di principi generali del diritto comunitario": con la conseguenza che "un atto normativo comunitario la cui applicazione determina restrizioni del diritto di proprietà e del libero esercizio di un'attività professionale che causerebbero un danno sproporzionato e inaccettabile alla sostanza stessa di tali diritti, ... nel caso in cui eventualmente non fosse stato previsto un risarcimento che possa evitare

(13) Corte di Giustizia Europea 19 novembre 1991, in causa C-6/90.

(14) Corte di Giustizia Europea 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93.

(15) Corte di Giustizia Europea 30 settembre 2003, in causa C-224/01.

(16) Corte di Giustizia Europea 13 giugno 2006, in causa C-

173/03, in questa *Rivista*, 2006, 11, 1513, con nota di R. Conti. Una decisione, quest'ultima, che fa particolare piacere ricordare qui per la sua matrice tutta genovese.

(17) Ma su siffatta qualificazione si tornerà più ampiamente (v. oltre, al paragrafo conclusivo).

(18) Corte di Giustizia Europea 9 settembre 2008, in cause riunite C-120/2006 e C-121/2006.

o attenuare tale danno, potrebbe far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità”.

Insomma: si parte col negare la responsabilità per il danno causato da un atto legislativo; ma poi, con *escalation* progressiva, dapprima si ammette che il legislatore possa, in totale autonomia, prevedere un risarcimento in favore del danneggiato; e infine (nel campo degli atti normativi che ledano gravemente il diritto di proprietà o la libertà professionale) si converte l'autonomia in vincolo, stabilendo un obbligo di risarcimento a carico dell'ente che abbia esercitato in modo così pregiudizievole la propria funzione normativa. E il titolo dell'obbligo risarcitorio è, chiaramente: responsabilità (extracontrattuale) per atto legislativo, e più di preciso per illecito del legislatore (19).

Quid, allora, dell'illecito costituzionale del legislatore interno? Aperture dottrinali ...

È tempo, a questo punto, di abbandonare il perimetro dell'ordinamento europeo per tornare sul terreno dell'ordinamento nazionale.

L'esperienza del diritto comunitario ci dice che esiste un parametro di sindacabilità delle scelte del legislatore (interno), capace di generare responsabilità dello Stato: questo parametro è lo stesso diritto comunitario, la cui violazione dà luogo a quello che può definirsi “illecito comunitario” del legislatore nazionale. Ma forse che un parametro dotato di analogo valore ed efficacia non è ravvisabile all'interno dell'ordinamento nazionale? Come si fa a non pensare che un tale parametro possa e debba ravvisarsi nella Costituzione, cui il legislatore ordinario deve incondizionata obbedienza? Come si fa, allora, a non ipotizzare che se si dà un “illecito comunitario” del legislatore, a ragione non meno forte possa/debba darsi un “illecito costituzionale” del legislatore stesso, fonte di responsabilità dello Stato?

(19) Nell'alternativa fra lo schema della responsabilità per illecito del legislatore (che illecitamente omette di prevedere un doveroso risarcimento) e lo schema della responsabilità per atto lecito (in base al principio di compensazione), la Corte di Giustizia Europea mostra dunque di privilegiare il primo, laddove la nostra Corte costituzionale (n. 179/1999) sembra adottare il secondo (dietro, ai nn. 6-7).

(20) L. Paladin, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1960, 1032. In questo scritto Paladin si pone principalmente il problema della responsabilità del funzionario pubblico che abbia dato esecuzione a una legge (poi) dichiarata incostituzionale: e risponde per la negativa. Ma subito dopo deplora “l'iniqua conseguenza che nessuno risponda della esecuzione di leggi incostituzionali, la quale abbia arrecato danno al sottoposto all'esecuzione”.

(21) M. Cartabia, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (A proposito della sentenza “Francovich” della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*,

Non si può dire che la questione sia ignorata dalla dottrina, anche da quella meno recente: registriamo, più di mezzo secolo fa, un passaggio di Livio Paladin (20); in tempi più vicini a noi una presa di posizione di Marta Cartabia (21), e qualche incisiva pagina di Gaetano Silvestri (22). Ma sono contributi tutto sommato occasionali, parentetici, frammentari, embrionali: scintille di intelligenza e di sensibilità, che da sole però non fanno abbastanza luce.

... e posizioni della giurisprudenza: irresponsabilità della P.A per attuazione di legge (poi) dichiarata incostituzionale (Cass. n. 355/2013)

Né può dirsi più organico e meglio definito, ad oggi, il quadro offerto dalla giurisprudenza.

Già si è detto della netta chiusura manifestata, al giro di secolo, da Cass. n. 1067/1995 e da Cass. n. 4915/2003. Esploriamo se qualche segnale di movimento per avventura si registri in anni più vicini a noi.

Ci si imbatte, per cominciare, in Cass. n. 355/2013, che tuttavia si limita a sfiorare il nostro tema, senza aggredirlo frontalmente. La pronuncia si pone, invece, la questione della responsabilità per i danni causati da legge incostituzionale: ma nella limitata prospettiva di decidere se di quei danni risponda l'organo amministrativo che alla legge abbia dato attuazione. La risposta è molto chiara: l'organo amministrativo può essere chiamato a rispondere se abbia iniziato o continuato ad attuare la legge dopo la declaratoria di illegittimità costituzionale; non risponde invece per l'attuazione della legge, nella fase precedente a tale declaratoria. Le ragioni: la dichiarazione di incostituzionalità opera per il futuro, non per il passato; prima che sia stata pronunciata, l'amministrazione non solo non è tenuta, ma neppure è legittimata a svolgere il relativo sindacato in luogo

1992, 513. Registrato l'ingresso della responsabilità dello Stato per “illecito comunitario” del legislatore nazionale, l'autrice rileva che “si potrebbe... verificare una eventuale espansione del principio... fino a coinvolgere tutti gli illeciti commessi dal legislatore”: ciò in vista di rimediare alla “situazione asimmetrica e forse un po' paradossale” per cui “i medesimi individui - i cittadini -, nei confronti della medesima autorità - il legislatore nazionale - godono di una maggiore tutela contro le violazioni del diritto comunitario rispetto a quella garantita loro contro le violazioni arrecate alle supreme norme dell'ordinamento, cioè a quelle contenute nella Costituzione innanzitutto”.

(22) G. Silvestri, *Il problema degli effetti delle leggi in contrasto con la Costituzione: la responsabilità dello Stato e i diritti dei cittadini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 583 ss., che propone, quale linea di possibile trattamento del problema, l'idea di una “oggettivizzazione della responsabilità dello Stato-legislatore”, che prescindendo da qualunque velleità “di riferire il dolo o la colpa ai componenti delle assemblee elettive” (ivi, 587).

della Corte costituzionale, sicché è impossibile ravvisare in capo all'organo amministrativo che vi abbia dato (doverosamente) attuazione quello stato di colpa dell'agente in cui risiede un indispensabile presupposto della responsabilità della P.A.

La sentenza esprime dunque con chiarezza - *in negativo* - che cosa non accade in caso di danni prodotti da legge incostituzionale: non ne risponde l'amministrazione che l'abbia concretamente applicata. La sentenza omette invece di dire - *in positivo* - se possa accadere qualcos'altro: e cioè se una responsabilità possa configurarsi a carico di qualcun altro, a qualche altro titolo.

Responsabilità della Regione per legge regionale costituzionalmente illegittima? Trib. Ancona, 20 gennaio 2012

Una risposta chiara e netta a questa domanda è offerta invece da un giudice civile di merito - Trib. Ancona 20 gennaio 2012 (23) -, sia pure con riferimento a una fattispecie che non implica legislazione dello Stato.

Era infatti in gioco una legge regionale - della Regione Marche - che nel disciplinare l'installazione di infrastrutture per la telefonia mobile, la vincolava a criteri indebitamente più restrittivi di quanto consentito dalla legislazione nazionale di riferimento, e per questo era stata dichiarata incostituzionale. Per il tempo della sua operatività, tuttavia, essa aveva disincentivato tutti i principali operatori di telefonia mobile dall'insediare proprie infrastrutture nel territorio regionale, spingendoli a preferire l'insediamento nei territori di altre Regioni. Il fenomeno pregiudicò in particolare una società marchigiana, prestatrice di servizi funzionali all'installazione di infrastrutture per conto dei gestori telefonici, giacché la "fuga" di tanti clienti dal territorio di riferimento del suo *business* le inflisse un drammatico calo di fatturato e di utili, portandola al fallimento: ebbene, del danno così creatosi a carico della società il curatore fallimentare non si fece scrupolo di chiedere il risarcimento alla Regione Marche, precisamente in quanto autrice della legge (incostituzionale, e perciò) illecita, e fonte del danno.

Il Tribunale di Ancona accoglie la domanda, con una sentenza di cui si apprezza il forte impegno argomentativo.

La parte iniziale della motivazione illustra con ampiezza come e perché il dogma della assoluta irresponsabilità del legislatore per le sue leggi (ancor-

ché illecite e ingiustamente dannose) sia esposto da tempo a decisivi fattori di erosione: primo fra tutti l'ordinamento comunitario, alla luce del quale il principio che vuole gli Stati membri responsabili per i danni causati da azioni od omissioni legislative in contrasto con i vincoli del diritto europeo, è principio oramai stabilmente acquisito nel sistema. E con estrema tranquillità il Tribunale ritiene che, nello stesso spirito, il principio di responsabilità del legislatore per leggi illecite e dannose possa ben estendersi oltre l'ambito delle violazioni del diritto comunitario ad opera del legislatore nazionale, e che se ne possa scrutinare l'applicazione anche alla fattispecie sottoposta al suo giudizio.

Cosa che il Tribunale procede a fare, alla luce delle comuni regole di responsabilità civile. È il danno lamentato dalla curatela attrice un danno ingiusto? Certamente sì, trattandosi della lesione di un interesse patrimoniale giuridicamente apprezzabile. Ricorre colpa del convenuto? Senza alcun dubbio, perché una Regione che produce leggi in violazione delle regole legali che presiedono all'esercizio della sua funzione legislativa infrange specifici criteri di condotta (potrebbe dirsi "professionale", ex art. 1176, comma 2, c.c.). Sussiste nesso di causalità fra l'illecito (la legge incostituzionale) e il danno (il lucro cessante determinato dalla perdita di fatturato a sua volta determinato dai vincoli che la legge illecita impone ai potenziali committenti)? Il nesso si percepisce *ictu oculi*. E allora resta da quantificare il danno: cui si procede, classicamente, con l'ausilio di una consulenza tecnica d'ufficio, la quale accerta che il danno sofferto dalla società poi fallita ammonta a euro 2.070.180.

Traendo le fila da tutto quanto sopra, il Tribunale può così concludere che "sussistono tutti i presupposti (condotta antiggiuridica colpevole, danno ingiusto e nesso di causalità fra la condotta illecita e il pregiudizio subito) per riconoscere la responsabilità della Regione Marche per atto legislativo illegittimo". Di conseguenza la Regione convenuta - secondo lo schema abituale delle pronunce civili in materia di responsabilità e risarcimenti per illecito extracontrattuale - "deve essere condannata ex art. 2043 c.c. a risarcire" il danno sofferto dalla società poi fallita, nella misura liquidata in base alla CTU ma ulteriormente "rivalutata secondo gli indici ISTAT (dalla) ... data di deposito della CTU alla data della ... sentenza", oltre "interessi dalla data ... della sentenza al saldo effettivo".

(23) Inedita, per quanto mi consta.

E a livello statale? Un interessante *obiter dictum* di segno aperturista: Cass., SS.UU., n. 9590/2012

Certo, una cosa è la figura della funzione legislativa regionale; altra cosa la figura della funzione legislativa statale. Ci sono indizi che qualcosa si muova a livello di (responsabilità per illecito commesso nella sfera della) legislazione dello Stato?

Con un po' di ottimismo e/o di buona volontà, qualche indizio può trovarsi in Cass., SS.UU., n. 9590/2012 (sostanzialmente coeva della sentenza marchigiana su cui mi sono appena intrattenuto). Anche qui, una minima rappresentazione della fattispecie risulta opportuna, se non indispensabile. Su richiesta di due Ministeri (Economia e Finanze, e Politiche Agricole) una banca aveva concesso a Federconsorzi un finanziamento per pagare cereali, che la finanziata si era impegnata ad acquistare su mandato dei Ministeri stessi. L'intesa era che la mandataria Federconsorzi avrebbe restituito il finanziamento bancario con risorse erogate dai Ministeri mandanti, i quali a loro volta le avrebbero acquisite su fondi che una futura apposita legge avrebbe consentito loro di stanziare nei rispettivi bilanci. La legge non ci fu, i Ministeri non erogarono alcuna provvista a Federconsorzi, la quale non restituì alla banca il finanziamento ricevuto. Per recuperare il finanziamento, la banca agì allora in giudizio contro Federconsorzi e contro i Ministeri.

I Ministeri ecceperono fra l'altro che l'inadempimento del loro impegno (fornire a Federconsorzi la provvista destinata a pagare la banca) era dipeso dalla mancanza dell'intervento legislativo necessario per dotarli dei relativi fondi. La difesa delle amministrazioni convenute è sintetizzata così: la mancanza di fondi, derivante dall'omissione legislativa, "non avrebbe ... potuto essere fonte di responsabilità, né per le Amministrazioni, prive di potere normativo, né per lo Stato, essendo l'attività legislativa sottratta al sindacato giurisdizionale", in quanto "espressione di un potere politico libero, rispetto al quale non sarebbero configurabili posizioni soggettive protette" (sicché "Le eventuali responsabilità sarebbero ... rilevanti sul piano politico, e non già su quello risarcitorio"). Senonché, va sottolineato che nel giudizio di merito i Ministeri erano stati condannati sul rilievo che la mancata disponibilità dei fondi era dipesa non solo e non tanto dall'inerzia del legislatore, quanto essenzialmente da una fitta serie di omissioni e negligenze operative direttamente imputabili ad essi Ministeri.

Orbene, la Cassazione trova ineccepibile quest'ultimo accertamento del giudice di merito: e tanto le basterebbe per confermare la condanna dei Ministeri, configurandosi la rilevata colpa di questi come "ragione più liquida" per il rigetto del loro ricorso, idonea ad assorbire ogni questione circa la rilevanza giuridica dell'omissione legislativa, rendendola del tutto ininfluyente ai fini del giudizio. Lo riconosce esplicitamente la Corte stessa: "Il giudice del merito ha individuato la responsabilità dei Ministeri convenuti non in quanto depositari di un potere ... legislativo non esercitato (né per vero la detta responsabilità è stata individuata a carico dello Stato Ordinato)", sicché "la questione concernente la pretesa inammissibilità di censure rivolte contro l'inerzia del legislatore e la carenza di potere al riguardo degli organi amministrativi appare ultronea".

Ci si poteva dunque aspettare che a questa "ultronea" questione la Corte non dedicasse neppure una parola. E invece, sorprendentemente, ne dedica molte; e tutte nel segno di un'apertura all'idea che l'illecito del legislatore possa dare luogo a responsabilità dello Stato. Misurandosi (cosa - si ripete - per nulla necessaria ai fini del giudizio!) con l'eccezione dei Ministeri relativa alla "dedotta incoercibilità della funzione normativa", la S.C. osserva infatti che, in senso contrario, "non possono ... essere ignorate le diverse decisioni della Corte di Giustizia ... che hanno reiteratamente affermato la responsabilità dello Stato italiano per danni arrecati a singoli a causa di violazioni del diritto comunitario", e in questo modo "hanno significativamente ridimensionato l'assoluta discrezionalità del legislatore nel legiferare"; e che analogamente non possono ignorarsi - sul piano dell'ordinamento interno - "le conseguenti decisioni emesse da questa Corte in sintonia con i principi dettati dalla Corte di Giustizia ..., decisioni che ... hanno riconosciuto indennizzi in funzione risarcitoria" a soggetti "che avevano risentito pregiudizio dal mancato recepimento di direttiva comunitaria".

Come può spiegarsi un così clamoroso *obiter dictum*, calato deliberatamente in motivazione pur nella consapevolezza del suo essere privo di effettivo valore decisionale, in quanto affatto superfluo ("ultroneo") nell'economia del giudizio? Altra risposta non trovo, se non nell'intento - per così dire "culturale" - della S.C. di inserirsi nell'incipiente dibattito su concepibilità, presupposti e limiti di una responsabilità per atto legislativo: e di schierarsi, nel quadro del dibattito, sul fronte di chi apre piuttosto che sul fronte di chi chiude. Una presa di

posizione tanto più significativa, in quanto espressa dalle Sezioni unite.

La chiusura del giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. V, n. 1862/2015

Sull'opposto fronte della chiusura si schiera invece il supremo organo della giustizia amministrativa, con una sentenza che segue di pochi anni quella di Cassazione, appena considerata (Cons. Stato, Sez. V, n. 1862/2015).

In una vicenda alquanto complessa - in cui si inserivano da un lato la revoca, ad opera della Regione Valle d'Aosta, della procedura d'appalto per la concessione di un pubblico servizio; e dall'altro lato una legge della stessa Regione, poi dichiarata incostituzionale - un privato si affermava danneggiato per un verso dalla revoca, e per altro verso dalla legge incostituzionale, nella fase in cui questa aveva ricevuto applicazione; e chiedeva che il danno gli fosse riparato con un indennizzo o un risarcimento (24). Il Consiglio di Stato si libera del primo profilo, negando che ricorrano i presupposti per compensare il privato con l'indennizzo di cui all'art. 21 *quinquies*, L. n. 241/1990.

Passa quindi al secondo, interrogandosi sulla "possibilità di configurare un'illiceità ai sensi dell'art. 2043 c.c.". E risponde in termini negativi. Premesso che "l'atto antigiuridico produttivo del danno è la legge regionale, affetta da illegittimità costituzionale, non l'atto amministrativo che ne ha fatto applicazione" (rispetto al quale "Non può negarsi ... come nel periodo precedente alla dichiarazione di incostituzionalità ... risulti conforme alla norma non ancora dichiarata incostituzionale, e quindi legittimo"), il Consiglio di Stato nega che alcuna responsabilità possa sorgere dalla emanazione della legge pur costituzionalmente illegittima. Con questa motivazione, che se non vuol definirsi povera, potrà almeno dirsi apodittica: "una responsabilità dello Stato 'legislatore' è stata riconosciuta soltanto per violazione del diritto comunitario" (per la prima volta nel caso *Francovich*, di cui si ricordano gli estremi); ma "Tale ipotesi non è chiaramente esportabile nel caso di supposta responsabilità del legislatore regionale, come nell'ipotesi di specie". Punto.

(24) Evocando i due elementi del binomio che dà titolo alla presente relazione, può osservarsi che *causa petendi* della pretesa è, nella prima prospettazione, una responsabilità per atto lecito della P.A.; nella seconda prospettazione, una responsabilità per illecito legislativo. A dimostrazione della contiguità fra le due figure, che possono venire in gioco entrambe come modalità alternative per il trattamento della medesima fattispecie (v. sopra, nn. 6-7).

Conclusioni (alla luce della recentissima Cass. n. 23730/2016)

Cosa commentare, ponendo a confronto le aperture di Cass. n. 9590/2012 con le chiusure di Cons. Stato, V, n. 1862/2015 ?

Risolvero il commento in una domanda: non saremo per caso all'*incipit* di un nuovo capitolo di quella ricorrente contrapposizione dialettica fra Cassazione e Consiglio di Stato, che manifestandosi su varie e rilevanti questioni (ricordo ad esempio quella relativa alla "pregiudizialità" dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo rispetto all'azione per il risarcimento del danno che ne sia derivato (25)) rende la scena della nostra giurisdizione così mossa, così vivace - ma anche alquanto imprevedibile e perfino un po' disordinata?

Così concludevo la relazione svolta il giorno 25 novembre 2016. Probabilmente avrei concluso in modo diverso, se non avessi ignorato che solo tre giorni prima - il 22 novembre 2016 - era stata pubblicata la sentenza di Cass. n. 23730/2016, che si è pronunciata sulla stessa identica questione decisa da Cons. Stato, Sez. V, n. 1862/2015: se sia configurabile responsabilità *ex art. 2043 c.c.* a carico della Regione, per il danno causato da legge regionale poi dichiarata costituzionalmente illegittima. Che è poi la medesima questione affrontata da Trib. Ancona 20 gennaio 2012 (di cui è riferito sopra). E anzi: Cass. n. 23730/2016 interviene a definire precisamente quello stesso giudizio che il Tribunale di Ancona aveva trattato in primo grado.

Dalla lettura della parte in fatto, si apprende che la Corte d'Appello di Ancona, con sentenza del 1° settembre 2014, aveva riformato la sentenza del Tribunale, senza però sconfessare il principio della configurabilità di una responsabilità della Regione per l'emanazione di leggi regionali costituzionalmente illegittime, in pieno parallelismo con il principio che rende lo Stato-legislatore responsabile per la mancata o difettosa trasposizione di direttive europee: principio che la Corte d'Appello avallava e faceva proprio. Bensì per altre ragioni (26).

E invece la Cassazione si pronuncia in senso contrario: nessuna responsabilità è configurabile a carico della Regione verso il privato leso da una legge re-

(25) Contrasto risolto, come noto, con l'allineamento del Consiglio di Stato alla posizione della Cassazione: Cons. Stato, Ad. plen., n. 3/2011.

(26) Fra cui si segnala quella della mancanza di colpa della Regione, che la Corte d'Appello ritiene incorsa in "errore scusabile" per il difetto di chiarezza della norma statale costituzionalmente violata, e per la circostanza che anche altre Regioni avevano ritenuto di legiferare in modi simili.

gionale costituzionalmente illegittima (27). Il punto chiave dell'argomentazione è l'impossibilità di assimilare siffatta (ipotetica) responsabilità con quella che pacificamente grava sulla Stato per violazione del diritto comunitario ad opera del legislatore. E infatti quest'ultima sarebbe da configurare come "responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia ... antiggiuridica nell'ordinamento comunitario, connotato da primazia rispetto a quello del singolo Stato membro, ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno", nel cui ambito "è approntata solo la tutela data dal giudizio di costituzionalità", con "esclusione di una responsabilità per atti legislativi".

La conseguenza che se ne trae è che - essendo la responsabilità dello Stato per illecito comunitario del legislatore interno fondata sulla duplicità e distinzione degli ordinamenti che vengono in gioco (quello comunitario e quello domestico) - il principio non può estendersi a riconoscere una responsabilità della Regione per il suo illecito legislativo, perché Stato e Regioni non configurano due ordinamenti diversi, bensì convivono entro l'unico e unitario ordinamento della Repubblica. Vale bensì, anche per le Regioni, il principio della "libertà della funzione politica legislativa", in nome del quale "non è ravvisabile un'ingiustizia che possa qualificare il danno allegato in termini di illecito, e arrivare a fondare il diritto al suo risarcimento".

Lo schema argomentativo che porta il giudice di legittimità a questa posizione di chiusura - un obiettivo ripiegamento rispetto agli spazi aperti pochi anni prima dalle Sezioni unite con l'*obiter dictum* di Cass. n. 9590/2012 - non appare convincente. Senza spingermi qui a un ragionamento diffuso, mi limito a un cenno.

La Corte enfatizza lo schema della responsabilità per violazione del diritto comunitario ad opera del legislatore come fondata non su un illecito extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, ma sull'inadempimento di

una obbligazione indennitaria *ex lege*, per dare forza all'idea che il legislatore, quando viola il diritto comunitario, compie un atto che dal punto di vista del diritto interno è lecito (e quindi non genera responsabilità): e si trincerava dietro l'autorità di Cass., SS.UU. n. 9147/2009, che per prima ha parlato di "obbligazione indennitaria *ex lege* per attività non antiggiuridica". Ma così facendo, essa a mio avviso forza indebitamente quel precedente, dimenticando che la ragione specifica per cui la sentenza del 2009 aveva invocato la figura dell'obbligazione indennitaria non era primariamente escludere la qualifica di illiceità nella condotta del legislatore, bensì - più prosaicamente - risolvere un problema di prescrizione: e cioè salvare la pretesa degli attori dalla ghigliottina della prescrizione breve prevista in materia di responsabilità extracontrattuale nella durata di 5 anni (termine già spirato al tempo dell'azione) per ricondurla al salvifico termine decennale della prescrizione ordinaria applicabile in materia di responsabilità da inadempimento delle obbligazioni (28).

Epperò, epperò... La Corte, che ben si sarebbe potuta arrestare all'enunciazione e all'argomentazione (pur discutibile, quest'ultima) del suo *decisum*, si lascia scappare qualcos'altro. Perché chiude così: "È vero che gli studi, non solo italiani, in cui è stato ... affrontato il tema della responsabilità (*ex art. 2043 c.c.*) da atto legislativo (che in tesi potrebbe essere, come logico, anche quello statale di cui poi sia risultata accertata l'illegittimità costituzionale) ha ritenuto di poter trarre sollecitazioni espansive dalle fattispecie relative ai rapporti con gli ordinamenti sovranazionali, ma si tratta di riflessioni che si pongono esse stesse in termini, allo stato delle norme positive, di pura problematicità speculativa".

Forse faccio un processo alle intenzioni, o mi invento cose che non esistono, ma non escluderei che questo passaggio - per nulla dovuto, del tutto gratuito ai fini della decisione - abbia il senso di dire: vorrei, ma non posso...; sarei tentato, ma non oso...; però un domani chissà... E allora, perché non vedervi l'apertura di uno spiraglio per il futuro?

(27) Questa volta, dunque, è il vertice della giurisdizione civile che si adegua a quanto già in precedenza statuito dal vertice della giurisdizione amministrativa. Il fatto che entrambe le giurisdizioni si siano pronunciate - senza sollevare il minimo dubbio circa la propria competenza a farlo - in cause tipologicamente del tutto identiche per tipo di parti, di *petitum* e di *causa petendi*, suscita tuttavia una curiosità: ma un'azione del genere - con cui il privato leso da una legge regionale costituzionalmente illegittima chiede alla Regione il risarcimento *ex art. 2043 c.c.* - deve essere conosciuta dal giudice civile o dal giudice amministrativo?

(28) Sicché può dirsi che la qualificazione in termini di ob-

bligazione indennitaria dello Stato per attività che (nella prospettiva dell'ordinamento interno) risulterebbe "non antiggiuridica", è un passaggio parentetico e marginale, che non assurge a *ratio decidendi* nell'economia di una decisione la quale, come detto, verteva non sulla sussistenza o insussistenza della responsabilità dello Stato e sul conseguente diritto del danneggiato a riparazione, ma solo sul compimento o non compimento della prescrizione estintiva del diritto stesso. E comunque il passaggio è stato subito criticato dalla dottrina più sensibile: ad esempio E. Scoditti, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 174-176).