

Spunti di comparazione fra i modelli Tedesco, Francese e Spagnolo di responsabilità dello Stato: esiste una responsabilità del legislatore?*

di Maria Pia Larné

(Dottoranda di ricerca in Giustizia Costituzionale - curriculum italo-franco-spagnolo, Università di Pisa)

1. Premessa: la responsabilità dello Stato-Legislatore nel contesto della responsabilità dei pubblici poteri

L'argomento oggetto del presente scritto richiede una riflessione preliminare, finalizzata a chiarire quali siano le origini, gli ambiti e i confini delle problematiche che si pongono nel delineare i caratteri della responsabilità di un potere pubblico particolare (il Legislatore) nell'esercizio della sua funzione (la produzione delle leggi).

La responsabilità dello Stato per atti legislativi, in ragione della sua stessa essenza, sottintende il riferimento a concetti fondamentali della dogmatica pubblicistica, quali quello di *sovranità statale* come potere illimitato e quello di *legge* come atto di esercizio della sovranità statale, che rappresentano indubitabilmente le basi della forma di Stato democratica. D'altra parte, però, l'affermazione di tale responsabilità in capo al Legislatore implica la piena attuazione del principio di imputabilità di tutti i soggetti pubblici per lo svolgimento delle relative funzioni, corollario dello Stato di diritto[1].

Pertanto, lo studio della responsabilità del Legislatore comporta non solo una riconsiderazione degli strumenti di tutela delle posizioni giuridiche soggettive del singolo cittadino nei confronti delle autorità pubbliche in generale, così come pure una riconsiderazione dell'effettiva azionabilità delle sue pretese avverso tutte le istituzioni statali, ma anche una rivalutazione delle caratteristiche dei moderni Stati democratici e pluralisti e una ridefinizione della forma di *Stato costituzionale di diritto*[2] alla luce del tentativo in atto di una progressiva riduzione di ogni limite al *potere*.

A tali fini non può che risultare essenziale l'analisi dell'evoluzione del principio di legalità[3] (che resta il medesimo nella sostanza, pur nelle diverse formule impiegate per esprimerlo: da quella tedesca di *Rechtstaat* a quella inglese di *Rule of Law*); per l'effetto di quest'evoluzione il principio di legalità non esprime soltanto l'esigenza di una previa norma di legge in senso stretto quale fondamento del potere attribuito ad autorità governative o amministrative[4], ma anche una fonte di legittimazione del potere ormai divincolata dai limiti che in passato gli si imponevano per opera del principio di sovranità dello Stato.

Tuttavia, «le eventuali limitazioni che talora [il principio di legalità] incontra ancor oggi costituiscono deroghe che possono essere ritenute legittime soltanto in quanto se ne possa dare un'adeguata giustificazione, in relazione ad un ambito determinato e sulla base di principi di pari valore con i quali esso debba essere bilanciato»[5]. Primo fra tutti il principio di legalità costituzionale, per effetto del quale «alla sovranità della legge si sostituisce la sovranità della Costituzione, intesa come cornice di regole, come norma superiore e fondante, sulla quale misurare la legge medesima, ma non solo»[6] atteso che nel contenuto (non solo descrittivo, bensì anche) *prescrittivo* della Costituzione si sostanzia il riconoscimento dei diritti fondamentali e l'instaurazione di un sistema di limiti all'esercizio del potere[7], ossia di tutti i soggetti preposti all'esercizio di pubblici poteri.

Per effetto di ciò, è ben possibile ritenere - e si è sostenuto, in Italia, fin da tempi molto lontani, da parte di un'autorevole dottrina[8] - che l'assoggettamento a controlli di legalità dell'attività dello Stato e a controlli di legittimità (e di legittimità costituzionale in particolare) degli atti legislativi e degli atti "politici"[9] (o di quelli considerati tali) consenta «un ulteriore avanzamento del principio di legalità anche nei confronti dei comportamenti dei pubblici poteri organizzati in base al principio democratico»[10] e schiuda la via al riconoscimento di una responsabilità del Legislatore per l'esercizio delle proprie funzioni[11].

È in particolare con la progressiva apertura del circuito politico ai molteplici e differenti interessi sociali, in collegamento reciproco con la nascita dello Stato pluriclasse e pluralistico e con la relativa predisposizione di meccanismi giuridici diretti a tradurre a livello normativo la nuova complessità, che vengono meno i presupposti giuridici e politici su cui poggia l'irresponsabilità del Legislatore in quanto mutano i termini della rappresentanza politica, del prodotto

parlamentare, e della stessa organizzazione dello Stato. In ragione di questi cambiamenti strutturali e culturali la dottrina inizia a porsi il problema di una responsabilità dello Stato per atti legislativi per l'eventualità che venga danneggiata la sfera giuridica dei singoli, formulando le premesse per il superamento della barricata dell'arbitrarietà del Legislatore.

Fin dalle prime riflessioni dottrinarie, le questioni relative al fondamento ed ai presupposti della responsabilità pubblica non potevano che essere pesantemente condizionate dall'antico dogma (*rectius* dalla "atavica convinzione"[12]) dell'incompatibilità tra responsabilità e potere (sovrano), che ha avuto modo di impiantare radici solide nel corso dei secoli e nelle diverse forme di Stato europee. Dogma ancora fortemente attuale, tanto che oggi deve ammettersi che se è vero che «in un ordinamento democratico non può mancare una chiara e adeguata responsabilità per l'esercizio del potere»[13] e che il confine di tale responsabilità è segnato dal *diritto all'esercizio indipendente della funzione*, allo stesso modo può dirsi vero che *l'equilibrio fra diritti e responsabilità* è difficilmente realizzabile (sia in concreto che in astratto) a causa della «forte resistenza generale del potere a sottoporsi a regole e, dopo averle eventualmente infrante, a risponderne.»[14].

Dalla prospettiva di tale renitenza (di oggi) è possibile analizzare le vicende (del passato) relative all'affermarsi del principio di responsabilità dello Stato-amministrazione, dalle quali si può ricostruire la storia del rapporto Stato-diritto e la trama delle conseguenze dell'assioma dell'esistenza di potestà (politiche) esenti da ogni giuridicità e, quindi, da ogni responsabilità: ciò che è, in definitiva, la storia della giustiziabilità dell'attività dei pubblici poteri nel difficile rapporto tra violazioni del diritto oggettivo e lesioni delle situazioni giuridiche soggettive, laddove le persistenti e innumerevoli declaratorie di inconciliabilità tra responsabilità e potere si traducono in altrettanti vuoti di tutela[15].

Ne consegue che, da una parte, le problematiche relative alla responsabilità pubblica in generale non possono essere adeguatamente esposte se non sotto l'ottica dell'evoluzione della complessa relazione libertà-responsabilità-potere, mentre, dall'altra, una responsabilità del Legislatore trova fondamento e ragion d'essere proprio come esito ultimo della suddetta evoluzione[16].

2. Una molteplicità di modelli di responsabilità dello Stato: la differenziazione sulla base dell'elemento "colpa"

Il confronto con le differenti esperienze giuridiche europee nel campo della responsabilità pubblica si rivela essenziale, non tanto perché risponde ad un'esigenza prettamente conoscitiva e ricognitiva relativa al contesto nel quale si inserisce la riflessione sulla responsabilità del Legislatore, quanto - piuttosto - perché serve a soddisfare l'urgente necessità pratica di risolvere l'incognita fondamentale che inficia il sostrato della tematica: la comparazione dei sistemi "municipali" di responsabilità dello Stato, alla luce delle caratteristiche storiche e culturali dei medesimi, contribuisce a chiarire le ragioni della nascita dell'istituto della responsabilità del Legislatore, per la prima volta, solo in ambito comunitario e a palesare i riflessi necessari delle tendenze giurisprudenziali della Corte di Giustizia sulle pronunce dei giudici nazionali, sulle elaborazioni dottrinarie e sulle evoluzioni future delle discipline interne della responsabilità statale[17].

Un'analisi approfondita della cultura giuridica dei diritti nazionali può essere utile a comprendere in che modo la presunzione di infallibilità e, conseguentemente, di irresponsabilità giuridica per i detentori del potere politico (e del Legislatore in particolare) - che trova le proprie origini nella concezione culturale dello Stato di diritto occidentale per cui "*The King can do no wrong*" - sia scalfita dal complesso dei principi giurisprudenziali comunitari volti a sancire - appunto - che il Legislatore può sbagliare.

Il sistema comunitario di responsabilità dello Stato, infatti, non soffoca le voci nazionali bensì valorizza le tradizioni dei singoli Stati anche mediante la circolazione culturale dei modelli giuridici[18]. Di talché l'assimilazione del modello comunitario è destinato a concretizzarsi secondo il metodo dialettico dell'*aufhebung* hegeliano, cioè in uno sforzo maieutico di superamento critico del passato. Conseguentemente, affinché i risultati e le conclusioni emersi in sede comunitaria trovino una dimensione concreta è necessario che siano recepiti all'interno degli ordinamenti nazionali[19]; d'altra parte, è la stessa Corte europea ad attendersi che i giudici nazionali (Corti costituzionali e giudici comuni) espletino i compiti loro attribuiti, per mezzo degli strumenti a loro disposizione (di diritto interno e diritto comunitario) e attraverso le procedure giurisdizionali previste dal loro ordinamento giuridico (controllo di costituzionalità, di legittimità e di merito), al fine di attualizzare il "paradigma comunitario" nel contesto del patrimonio giuridico e culturale dello Stato di appartenenza e senza prescindere dai modelli di responsabilità pubblica vigenti.

Sebbene sia l'esperienza tedesca della Costituzione di Weimar (1919) a mettere in evidenza, prima di tutte le altre, l'inadeguatezza del dogma della sovranità e supremazia della legge rispetto alla mutata realtà sociale e politica e

sebbene sia proprio la Corte suprema tedesca ad istituire il primo controllo di fatto sulle leggi "arbitrarie" (cioè che violano la proprietà e il principio di uguaglianza sanciti dalla Costituzione)[20], è in Francia che maturano le prime teorie sulla responsabilità dello Stato per il fatto della legge (basti pensare alla rassegna degli autori francesi contenuta nell'opera di J. Barthélemy del 1907 e, in particolare, al contributo di G. Scelle del 1913[21]); ciò in quanto solo in Francia la progressiva autonomizzazione dell'amministrazione dal potere esecutivo, collegata alla graduale estensione dei compiti dello Stato e all'ampliamento del suo potere, potenzialmente causativo di danno ai privati, oltre al mutamento dei rapporti fra amministrati e amministrazione, attribuiscono concreto slancio all'abbandono del principio di irresponsabilità dei pubblici poteri. In tale contesto, la giurisprudenza del *Conseil d'État*[22] inaugura una responsabilità dei pubblici funzionari per *faute de service* e *risque exceptionnelle*, poi utilizzata come riferimento privilegiato dei dibattiti sull'argomento specifico della responsabilità del Legislatore, ma «senza suscitare, sul piano pratico, tutte le iniziative che in astratto ci si sarebbe potuti attendere come conseguenze di essa»[23].

Tuttavia, i traguardi francesi - sebbene portati alle estreme conseguenze dall'esperienza spagnola, con la creazione di un sistema "assolutamente oggettivizzato" (*rectius* tendente a tale assolutezza) e "diretto" di responsabilità della pubblica amministrazione, laddove si vorrebbe prescindere da qualsiasi criterio di imputabilità - non contribuiscono a definire un modello compiuto di responsabilità del Legislatore.

Nonostante ciò, dalla constatazione dei differenti assetti amministrativi e privatistici della responsabilità dello Stato, è possibile trarre un dato di partenza certo: se fra i diversi modelli non esiste un'unica concezione di responsabilità dello Stato è perché manca una conformazione unitaria della *colpa*, che sia valida per tutte le rispettive discipline di responsabilità dell'amministrazione statale[24].

2.1 Un modello tendenzialmente "soggettivo": la Germania

La disciplina giuridica tedesca sulla responsabilità pubblica è fondata su una distinzione fondamentale fra responsabilità personale dei funzionari pubblici per l'illecito commesso nell'adempimento dei loro compiti (*Amtshaftung*) e responsabilità dello Stato o delle altre autorità pubbliche per cui è previsto l'indennizzo agli individui assoggettati ad oneri differenziati o "speciali sacrifici"[25] nell'interesse della società (*Aufopferung*). In tale struttura complessa - che non può dirsi costituire un "sistema" in senso proprio[26] - si distinguono: una responsabilità statale indiretta per illecito extracontrattuale (ex art. 34 *Grundgesetz*[27] e § 839 *Bürgerlichesgesetzbuch*[28]), derivante da azione illegittima e colposa commessa da un soggetto che eserciti una pubblica funzione; una responsabilità statale diretta per sacrificio ed espropriazione (ex art. 14 GG[29]), che comporta un indennizzo per un'azione legittima dello Stato, indifferentemente colposa oppure no. Da tale fattispecie è derivata giurisprudenzialmente la responsabilità per quasi-sacrificio (*Aufopferungsgleicher Eingriff*) e quasi-espropriazione (*einteignungsgleicher Eingriff*), derivata per analogia dall'art. 14 del GG); oltre alle ulteriori previsioni normative specifiche di responsabilità.

Per comprendere il senso di una tale cointeressenza di più profili di responsabilità per le attività amministrative di diritto pubblico[30], occorre considerare come, fin dal 1827, gli autori tedeschi si siano opposti all'assetto teorico che rende omaggio al postulato della inconciliabilità tra responsabilità e sovranità, sostenendo la fondatezza di una responsabilità diretta dello Stato (*Staatshaftung*[31]) e contrastando la teoria del contratto di mandato e la costruzione privatista ad essa sottostante[32]: secondo questo modello, l'esercizio illegittimo del potere sovrano chiama a rispondere dei danni che ne derivino lo Stato in via originaria e immediata nel senso proprio del termine.

Successivamente, alla fine del secolo XIX, il modello di *Staatshaftung* è soppiantato da un ritorno alla teoria del mandato e, soprattutto, dall'affermarsi della teoria del *Fiskus*, per la quale lo Stato che agisce come potere (*hoheitlich*) non è giuridicamente capace di assumere obblighi e, conseguentemente, non si pone come soggetto di diritti e vincoli: non allo Stato sovrano, pertanto, ma solo al *Fiskus*, che agisce come soggetto privato, può essere chiesto un risarcimento. Quest'ultima teoria trova spazio nel *BGB*, entrato in vigore il 1° gennaio 1900, cui si conformano poi le discipline di alcuni singoli Stati federali; altri Stati, invece, introducono una responsabilità dello Stato indiretta e derivata da quella (colposa) del funzionario.

L'idea di una responsabilità pubblica diretta riemerge, poi, attraverso la reviviscenza della teoria giusnaturalistica del "sacrificio speciale" (che nel XIX secolo si è affermata solo relativamente alle attività legittime) e la sua estensione alle attività illegittime per opera di Otto Mayer[33]. La sua teoria si fonda sul presupposto che tra Stato e cittadini/sudditi si instaurino rapporti di diritto pubblico caratterizzati dalla soggezione dei secondi al potere sovrano del primo e, quindi, sulla figura dell'indennità di diritto pubblico (*öffentlichliche Entschädigung*) e sul principio generale dell'ordinamento che impone che siano ristorati i sacrifici speciali (*besondere Opfer*), ovvero quegli oneri che, in conseguenza di una

qualsivoglia attività pubblica (di cui è irrilevante l'illegittimità/legittimità e la forma, potendo essere - appunto - anche una legge), gravino in modo diseguale su un singolo, differenziandolo dalla generalità dei consociati. Tale tesi «sembra aver costituito la premessa teorica decisiva per la commistione, in seguito operata dalla giurisprudenza, tra istituti diversi, ovvero tra responsabilità, espropriazione (sacrificio) e conformazione (illegittima) di diritti, legati tra loro dalla (presunta) coincidenza di fondamento nella *specialità* del sacrificio imposto al singolo»[34].

Il *Bundesgerichtshof* (Tribunale federale di Giustizia), infatti, definisce un modello pubblicistico di responsabilità dello Stato fondato sulle indennità di sacrificio, coniando *ex novo* l'istituto dell'*einteignungsleicher Eingriff* da estendere ai pregiudizi derivanti da attività pubbliche illegittime. Un altro istituto di creazione giurisprudenziale, l'*enteignender Eingriff*, invece, copre le conseguenze dannose accessorie, non prevedibili, né volute, atipiche e accidentali, di attività legittime e incolpevoli, anche non finalizzate all'espropriazione. Per altro verso, il Tribunale Costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*)[35] ne ridimensiona la portata applicativa, precludendo ai giudici ordinari di riconoscere direttamente un indennizzo in assenza di una disciplina legislativa dello stesso: in questo modo, l'*einteignungsleicher Eingriff* assume a pieno i connotati dell'*Amtshaftung*, ossia della responsabilità per atti illeciti in senso stretto, in cui è predominante l'elemento-colpa.

Proprio su quest'ultima forma di responsabilità si è diretta la transitoria riforma della *Staatshaftungsgesetz* (approvata il 26 giugno 1981, ma subito dichiarata incostituzionale per violazione della competenza dei *Länder* dalla sentenza *BverfG* del 19 ottobre 1982), che prevede appunto l'introduzione di una forma di responsabilità diretta e originaria del potere pubblico per violazione di un dovere di diritto pubblico, escludendo i danni da attività legittime e unificando la tutela giurisdizionale[36]. Nonostante la modifica costituzionale del 1994 sull'art. 74 I n. 25 GG, per la quale è attribuita al *Bund* la competenza legislativa concorrente sulla responsabilità dello Stato, e nonostante le numerose spinte in tal senso provenienti dalla dottrina, non è ancora stata emanata una legge federale di riforma del "sistema" di responsabilità dei pubblici poteri.

La tendenza all'omnicomprensività dell'istituto dell'*Amtshaftung* induce la dottrina tedesca[37] a ricondurvi anche la responsabilità dello Stato per atti legislativi, sostenendo che l'adozione di una legge incostituzionale costituisca violazione d'un dovere d'ufficio del parlamentare[38].

È di tutta evidenza che «la tesi [del *Legislatives Unrecht*] in esame pecca di rigidità»[39] in quanto non ogni violazione legislativa dei diritti fondamentali dà vita a violazione di un dovere d'ufficio del parlamentare, né il dovere d'ufficio di legiferare è diretto nei confronti del singolo cittadino[40], né l'ingiustizia del danno, derivante dalla eventuale dichiarazione d'incostituzionalità, include necessariamente la volontà colpevole del Legislatore, né sarebbero reperibili soluzioni soddisfacenti alla dimostrazione dell'elemento-colpa. Tali incongruenze sono congenite all'origine della medesima teoria tedesca dell'illecito legislativo : quest'ultima è costruita su disposizioni normative di diritto comune, pensate esplicitamente per i rapporti tra privati e tra privati e pubblica amministrazione (per attività precipuamente tecnica), inconciliabili con i tratti dello Stato costituzionale di diritto e con il modo di concepirvi la funzione legislativa (essenzialmente politica), con l'impostazione democratico-pluralista dei valori costituzionali e con il "ragionevole bilanciamento" degli stessi che è compito legittimamente attribuito al Legislatore[41].

2.2 Il modello "composito": la Francia

Il modello francese di responsabilità pubblica affonda le sue origini nel secolo XIX, sulla scia dell'evoluzione dello Stato sociale di diritto, cui è ascrivibile la nozione di *service public*, che prelude alla definizione di un nuovo ramo del diritto: con il diritto amministrativo nasce una disciplina eclettica della responsabilità dello Stato «nei termini oggettivizzanti della *responsabilité pour faute* e completamente oggettivi della *responsabilité sans faute*»[42], fondata dal criterio di uguaglianza dinanzi agli oneri pubblici e retta da un sostrato culturale socializzante molto attento alla figura del danneggiato.

Agli inizi dell'Ottocento solo alcune leggi determinate contemplano una forma embrionale di responsabilità per colpa dell'amministrazione (leggi sulle dogane, dei contributi indiretti, sulla ferrovia, sulle poste, ...) e solo la legislazione specifica sui lavori pubblici prevede una risarcibilità dei danni; di contro, proliferano norme di responsabilità oggettiva, basate sullo schema espropriativo, estraneo all'idea di colpa.

Con la definizione del carattere della *specialità* (quale inapplicabilità del codice civile e negazione di una responsabilità amministrativa generale e assoluta), sancita dal *Conseil d'État* (ancora considerato un organo dell'amministrazione e non di giustizia) fin dall'*arrêt Blanco* (dell'8 febbraio 1873)[43], e con il cambiamento degli obiettivi e della funzione dello

Stato, nel passaggio dallo Stato legale[44] (in cui l'amministrazione e il giudice si sottopongono alla legge) allo Stato di diritto, la formazione del sistema di responsabilità si orienta verso il conseguimento di obiettivi sociali, come proclamati dalla dottrina[45]. In tale contesto, è determinata la *jurisprudence d'équité* del *Conseil d'État*, che in un primo momento distingue la *faute personnelle* dalla *faute de service*[46] e, successivamente, le riconosce come concorrenti[47] (senza che vengano mai a coincidere). In sostanza, la giurisprudenza definisce una responsabilità della p.a. lontana dai criteri privatistici, diretta e oggettivizzata, tutta protesa a favorire il danneggiato, in una tendenza empirica tale fino al punto di comprendervi anche il rischio amministrativo[48].

Per effetto di ciò, la *responsabilité pour faute* si caratterizza per la sussistenza di fattori oggettivi predominanti (la funzione riparatrice, l'obliterazione dell'elemento umano) e per l'impossibilità e/o l'inutilità di ricercare la colpa di un singolo funzionario all'interno di un servizio pubblico (ciò che corrisponde alla *faute 'resultat'*, una sorta di violazione di un'obbligazione di risultato in capo alla p.a.). Una volta eclissato l'elemento umano, tuttavia, diventa difficoltosa la distinzione fra *faute de service* (imputabile al funzionario) e *faute du service* (imputabile solo all'amministrazione nel suo complesso): «in determinate ipotesi la *faute de service* corrisponde ad un *mauvais fonctionnement du service*»[49] e, sull'assunto di una sostanziale equivalenza della colpa con la illegittimità[50], la valutazione della colpa è oggettivizzata[51].

Al fine di evitare che la constatazione oggettiva della colpa comporti sempre una conseguenza sotto il profilo della responsabilità, opportunamente, il supremo giudice amministrativo francese procede ad una graduazione della colpa, modellata variabilmente alle modalità dell'azione amministrativa, ricavandone le due figure di *faute lourde* (ossia, di colpa grave, per le attività amministrative che presentano difficoltà di svolgimento) e *faute simple* (ossia di colpa lieve, per le condotte anche lecite che richiedono il versamento di un indennizzo). Ciò che consiste, insomma, in un'*amministrativizzazione della colpa*[52] (poiché tale concetto non è adeguato ad un parametro antropomorfo, bensì al funzionamento della p.a.) che non presuppone la formazione di un sistema oggettivo di responsabilità, né - di contro - esclude l'esistenza dell'elemento-colpa[53].

Per quanto concerne la determinazione del sistema di *responsabilité sans faute*, l'attività empirico-equitativa del *Conseil d'État* approda al bilanciamento del pregiudizio sopportabile e dei vantaggi connessi all'azione amministrativa: si ha la rarefazione della funzione sanzionatoria della responsabilità pubblica (residuando solo quella riparatoria) e, addirittura, la tendenza deresponsabilizzante dell'amministrazione. In questa categoria di responsabilità, applicabile anche in presenza di provvedimenti di per sé legittimi, si distingue fra una *responsabilité pour risque* (in cui è richiesto il doppio requisito del pregiudizio *anormal*[54] e *spéciale*[55]) e una *responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques* (in cui l'uguaglianza è intesa in senso sostanziale).

Non è un caso che proprio nel settore della *responsabilité sans faute* trovi spazio una responsabilità per il fatto della legge nel caso in cui vi sia violazione del principio di uguaglianza di fronte agli oneri pubblici, per opera di una giurisprudenza[56] che ha «il grande merito ... di ammettere la possibilità di riconoscere come "danno" in senso civilistico le conseguenze sfavorevoli che un provvedimento legislativo può arrecare a taluni soggetti privati»[57]. Sicuramente positivo è lo sforzo di conciliare, in una sorta di soluzione compromissoria, l'infallibilità del Legislatore e la necessità di una misura indennitaria, ossia il principio di sovranità e quello di uguaglianza: per giudicare sulla responsabilità del Legislatore, il *Conseil d'État*, dovendo/volendo escludere la colpa (nello strenuo tentativo di affermare ancora che *le Roi ne peut mal faire*), ha fatto riferimento alla gravità e alla specialità del danno[58] e alla previsione nella medesima legge della eventuale riparazione del danno occasionato.

Tuttavia, non solo «la giurisprudenza che condanna lo Stato a risarcire le conseguenze dannose dell'applicazione di una legge è più "spettacolare" che abbondante»[59], ma l'intera impostazione è attualmente messa in discussione dalla restaurazione dell'idea che il Legislatore e i suoi atti possano essere oggetto di un giudizio di responsabilità (per colpa) e non solo di indennizzo: la stessa giurisprudenza arriva a configurare un'ipotesi di illecito statale[60]. Pertanto, la dottrina francese (sotto l'influenza del diritto comunitario) invoca l'affermazione di una *responsabilité pour faute 'du fait des lois*[61] per superare la sostanziale contraddizione fra l'ammissione di una responsabilità e l'assenza di colpa e per risolvere le difficoltà del sistema solidaristico di indennizzo, realizzando il fine di una maggiore responsabilizzazione dell'apparato pubblico.

Se ne può concludere che, sebbene la giurisprudenza francese abbia il pregio di essere «in qualche modo pionieristica» e di assumere «un indubbio carattere pragmatico»[62], l'assenza di un controllo di costituzionalità della legge *a posteriori* rappresenta il difetto originario della teoria della responsabilità senza colpa del Legislatore e limita notevolmente la portata dei risultati raggiunti perché resta salva - perlomeno in buona parte - la sostanza dell'antica

supremazia della legge.

2.3 Un modello apparentemente "assoluto e oggettivo": la Spagna

In Spagna, con la creazione di un regime generalizzato di responsabilità oggettiva dei pubblici poteri si realizza compiutamente la finalizzazione delle premesse sviluppatesi nell'ordinamento francese, anche se ciò avviene attraverso un percorso storico, giuridico e ideologico notevolmente instabile, incerto e fluttuante.

Il "ritardo" rispetto alle altre esperienze giuridiche europee è facilmente spiegabile se si considera che le prime ferite al dogma "*El rey no puede cometer injusto*" sono inferte solo al termine di un momento storico di forti sconvolgimenti sociali (la guerra civile del 1936-1939), allorché si avverte «l'esigenza di creare uno "Stato di diritto sociale e democratico" (art. 1 della Costituzione spagnola)»[63], ossia di garantire una convivenza pacifica della comunità sulla base di nuovi miti, simboli e ideologie (che finiscono per essere quelli del regime autoritario franchista).

Sebbene ancora alla fine del Novecento persista una condizione di irresponsabilità, in cui solo provvedimenti sporadici e isolati prevedono un indennizzo per i danni prodotti dai servizi dello Stato, restando inapplicate le previsioni del *Código Civil* allora vigente[64], la dottrina spagnola è attenta nel recepire le idee della scienza amministrativa francese (di Duguit, in particolare), sicché ben presto anche in Spagna si aspira alla categoria della "specialità" del diritto amministrativo e al riconoscimento legislativo espresso del principio della responsabilità dell'Amministrazione.

Solo con l'avvento della Seconda Repubblica si ha un accenno alla formazione di un sistema di responsabilità dello Stato, fondamentalmente circoscritto all'ambito locale e senza distinzioni fra attività legali e illegali, ma sostanzialmente fondato sull'elemento-colpa: con la *Ley de Régimen Local* del 16 dicembre 1950, prevede la responsabilità patrimoniale diretta accanto a quella sussidiaria, differenziandole a seconda che sussista, o meno, la prova della colpa del funzionario (art. 406, comma 2).

La successiva *Ley de Expropiación Forzosa* del 16 dicembre 1954 racchiude in sé le concezioni francesi della giustizia distributiva e il principio di responsabilità patrimoniale, concretizzando l'aspirata «lotta contro le immunità statali»[65]. Si tratta di un sistema di responsabilità diretta (non sussidiaria), generale e unitario, relativo ad ogni attività amministrativa, sia di carattere provvedimentoale che materiale, tanto per azione che per omissione, sostanzialmente privo di ogni riferimento alla colpa e incentrato solo sulla necessità della dimostrazione della lesione, imputabile causalmente all'attività o inattività dell'amministrazione.

Tale nuovo assetto normativo della responsabilità - modificato anche dalla legge sul Regime giuridico dell'amministrazione dello Stato del 26 luglio 1957 - trova impreparata la giurisprudenza che, pertanto, considera le nuove norme come mere formule stereotipate e, piuttosto, preferisce utilizzare la responsabilità per colpa del *Código Civil*. La lenta attuazione dell'idea della responsabilità oggettiva avviene solo negli anni Settanta per opera del *Tribunal Supremo* che giudica favorevolmente le pretese dei danneggiati fino a riconoscere, addirittura, anche la risarcibilità dei danni da caso fortuito (TS, 19 maggio 1970) e il danno morale (TS, 12 marzo 1975), nell'ottica di una riparazione integrale dei pregiudizi sofferti dal cittadino.

I principi costituzionali del 1978, volti a promuovere una forma di governo solidaristica, peraltro, non fanno che sancire quanto stabilito dal Legislatore negli anni precedenti, attribuendo una dimensione reale e effettiva alla responsabilità dello Stato[66]. In particolare, l'art. 9.3 sancisce divieto di arbitarietà e principio di responsabilità dei poteri pubblici[67] e definisce uno dei caratteri del costituendo Stato di diritto sociale[68], mentre l'art. 106.2 afferma il diritto dei privati di essere indennizzati, nei termini stabiliti dalla legge, per qualunque lesione ai loro beni e diritti in ogni caso in cui la lesione sia conseguenza del funzionamento dei servizi pubblici.

Una novità nella regolamentazione della responsabilità patrimoniale dell'amministrazione interviene, poi, con la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* del 26 novembre 1992, laddove (art. 139.2) il Legislatore fornisce una definizione puntuale del danno sofferto indennizzabile (effettivo, valutabile economicamente, concreto e riferibile alla sfera patrimoniale del reclamante, in modo tale da eccedere la soglia di tollerabilità dei comuni oneri sociali) secondo i caratteri della lesione giuridica[69].

Tramite l'oggettivazione della centrale nozione di servizio pubblico, la giurisprudenza[70] estende l'ambito della formula di imputazione fino a comprendervi tanto le azioni quanto le omissioni, tanto l'attività tecnica che quella discrezionale; il che alimenta l'auspicio di un nuovo intervento del Legislatore volto a limitare l'eventualità dell'*overcompensation*. Lo

stesso *Tribunal Supremo* ha utilizzato il nesso di causalità a tal fine, in un primo momento, prescrivendo la necessità che il danno sofferto dall'attore costituisca conseguenza diretta, immediata ed esclusiva del funzionamento (normale o anormale) del servizio pubblico; successivamente, specificando che in caso di concorso della condotta del danneggiato non possa ammettersi responsabilità dell'amministrazione se non attraverso la compensazione della colpa con l'indennizzo[71], mentre in caso di intervento di terzi occorre valutare caso per caso se sussista o meno l'esonero della responsabilità. La giurisprudenza di legittimità ha fatto prevalente applicazione del criterio del "funzionamento *anormale* del servizio pubblico" (in cui l'effetto lesivo deriva da una prestazione difettosa o erronea del servizio o addirittura dalla stessa mancanza della prestazione, di talché i profili di illegittimità e illiceità vengono a coincidere) nell'accogliere le domande di risarcimento danni[72], utilizzando - appunto - la qualificazione giurisprudenziale del nesso di causalità.

Per tale ragione, la dottrina auspica una rivalutazione del dato soggettivo (nel contesto del *funcionamiento normal*[73]) e un ritorno alla colpa amministrativa quale elemento fondante la responsabilità statale[74]; d'altronde, che la colpa non sia totalmente espunta dal sistema spagnolo di responsabilità si deduce dalla magistrale costruzione giurisprudenziale dell'imputabilità dell'azione e del nesso di causalità, volta ad evitare che si generi una responsabilità assoluta, molto più contigua alle misure di assistenza sociale[75] che al modello europeo di responsabilità pubblica.

Secondo le indicazioni della dottrina, anche la responsabilità del Legislatore spagnolo verrebbe ad essere inquadrata all'interno della disciplina della responsabilità amministrativa per atti legittimi, anche se non esiste una chiara e unitaria regolamentazione, né una pronuncia diretta del *Tribunal Constitucional* sull'ammissibilità e sul fondamento costituzionale di questa responsabilità[76], né una giurisprudenza uniforme del *Tribunal Supremo*. Tanto più che la legge n. 30 del 1992, come modificata dalla legge 4/1999, riconoscendo che: «*Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos*» (art. 139.3), induce la dottrina a riflettere sulle innumerevoli questioni interpretative in relazione al fondamento stesso del sistema di responsabilità spagnolo[77], al significato del riferimento agli atti legislativi di natura non espropriativa, alla volontà di auto-limitarsi che, secondo questa legge, deve esprimere lo stesso Legislatore nell'atto legislativo emanato, alle applicazioni giurisprudenziali "*desembarazades*" di questi criteri da parte del giudice amministrativo[78].

Ciò su cui sembra unanime il consenso è l'opportunità di un ripensamento dell'assolutizzazione dell'oggettività, in primo luogo perché in tale direzione si muovono le altre esperienze europee, ma a maggior ragione perché un sistema assolutamente oggettivo sarebbe indubbiamente incompatibile con i requisiti del paradigma comunitario.

3. *L'inesistenza di uno schema nazionale "tipico" e il delinearsi di un "paradigma" comunitario di responsabilità dello Stato per atti legislativi: le aspirazioni della dottrina europea*

Dall'analisi dei differenti modelli tedesco, francese e spagnolo di responsabilità dei pubblici poteri, emerge perlomeno un dato inequivocabile: i vari sistemi hanno finito per convergere verso un unico tentativo - attualmente riscontrabile - di risarcire qualsiasi danno prodotto dall'attività della pubblica amministrazione, in ogni caso in cui sia dimostrabile il nesso di causalità fra pregiudizio sofferto dal privato e attuazione amministrativa[79].

Una tale vocazione comune - che esplicita la fondamentale intersecazione fra i modelli, in quella circolazione interculturale che sottende ogni impercettibile evoluzione degli ordinamenti giuridici - è del tutto evidente nei modelli francese e spagnolo, laddove si è concretizzato il passaggio dalle originarie impostazioni di responsabilità per colpa a sistemi oggettivizzati (*rectius* oggettivizzanti) che offuscano e minimizzano la figura dell'agente produttore del danno per focalizzare l'attenzione sull'attività amministrativa in senso stretto (e sulla coincidenza fra illegittimità e illiceità dell'atto). In particolare, questo mutamento di prospettiva, se da una parte amplia le coordinate di tutela del cittadino dinanzi al potere amministrativo, dall'altro comporta necessariamente una "sortita inflazionistica" delle azioni di responsabilità.

Alla stessa inclinazione risponde l'opera di ampliamento della nozione di "speciale sacrificio" da parte della giurisprudenza tedesca, volta ad estendere l'azionabilità delle pretese del singolo anche a fattispecie differenti da quelle costituzionalmente protette, a queste riconducibili per analogia (*Aufopferungsgleicher Eingriff* ed *Einteignungsgleicher Eingriff*). Ma tale tentativo di estensione dei confini della responsabilità dello Stato non può prescindere dall'esistenza nell'ordinamento tedesco di una pluralità di istituti di responsabilità dei pubblici poteri (*rectius* dei funzionari: *Amtshaftung*) tutti basati sul principio della colpa; in mancanza della prova di quest'ultima non è accordato alcun risarcimento del danno al cittadino.

A fronte di queste evoluzioni sistematiche generali, la formula astratta della responsabilità dello Stato per atti legislativi, pur riconducibile concettualmente allo schema della responsabilità amministrativa per atti legittimi, è ancora ben lungi dall'essere consacrata autonomamente negli ordinamenti europei. Difetta di consistenza, veridicità e fondamento l'asserita esistenza di differenti modelli nazionali di responsabilità del Legislatore. Anzi, anche a voler rinvenire un criterio fondamentale comune ai sistemi di responsabilità pubblica spagnolo, tedesco e francese nel principio di uguaglianza sostanziale[80], la responsabilità del Legislatore riesce a divincolarsi dall'egemonia di questo principio, restando pur sempre un'ipotesi remota ed eccezionale, limitata - fattivamente - ai soli casi (rarissimi) di condanna per provvedimenti specifici (ossia, leggi-provvedimento)[81], che si serve di una giustizia d'equità, estremamente empirica, perciò flessibile e indeterminata, priva di riferimenti normativi certi.

Peraltro, laddove pure si ammetta (attraverso formulazioni vaghe e spesso inconsistenti, perlopiù giurisprudenziali) una tale responsabilità, vi si impone contestualmente il vincolo di una condizione: che sia il medesimo Legislatore a prevedere la riparazione delle lesioni da esso eventualmente cagionate.

Nel sistema tedesco, in particolare, una legge di riforma del sistema di responsabilità dello Stato - fin da subito priva di concreta applicazione perché dichiarata incostituzionale[82] - avrebbe voluto riconoscere la responsabilità del Legislatore solo «se e in quanto una legge la determini» (art. 5.2)[83].

Costruita sulla base di un sostrato formalistico erroneo e deviante, tale ultima teoria, pur di riuscire a dimostrare la plausibilità e la sussistenza della colpa del Legislatore, presuppone che la sua attività sia meramente tecnica, per nulla dissomigliante all'attività amministrativa e assimilabile a quella di un qualsiasi funzionario pubblico. Se è vero che dallo Stato costituzionale di diritto discende la necessità di tutelare al massimo grado possibile le posizioni giuridiche soggettive garantite in Costituzione anche nei confronti del potere pubblico ed anche nella forma del risarcimento del danno e anche per danno prodotto da atto legislativo, resta tuttavia imprescindibile l'esigenza di garantire la libertà del potere parlamentare[84] nei limiti espressi dalla Costituzione (perché senza di essa non esisterebbe alcun bilanciamento ragionevole dei valori costituzionali).

Di fronte ai difetti del modello "amministrativizzante" tedesco, le discipline fondate sull'autolimitazione - in primo luogo quelle francese e spagnola - si palesano imperfette per la mancanza di chiarezza e uniformità dei regimi di responsabilità del Legislatore: persiste un'ambiguità di fondo, causata dalla centralità del soggetto danneggiato piuttosto che del soggetto danneggiante nell'organizzazione del "sistema" risarcitorio cui tenta di porre rimedio la giurisprudenza (illuminante ma sporadica, esemplare ma infruttuosa) del *Conseil d'État* e (alluvionale, ma inadeguata e "incompetente"[85]) del giudice amministrativo spagnolo.

E, per queste considerazioni, trova fondamento «l'impossibilità - si potrebbe dire quasi - ontologica di pervenire ad un sistema esclusivamente nazionale di responsabilità dello Stato legislatore»[86]. Di fatto, il solo limite realmente esistente alla sovranità legislativa nel diritto interno è «un etero-limite»[87]: la nuova figura di illecito formulata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della CE.

Di fronte ad essa le singole esperienze (in particolare, quelle prese in considerazione nel presente contributo) mostrano, non solo i loro difetti originari, bensì pure le difficoltà nel recepire il nuovo paradigma nel contesto più ampio della responsabilità dei pubblici poteri, laddove sembra essersi formata una *zona franca* per il Legislatore.

In ambito comunitario, infatti, la condanna degli Stati membri per omesso adempimento agli obblighi normativi derivanti da fonti comunitarie avviene fin dalla sentenza *Franco*[88], con la quale si individuano per la prima volta i mezzi di garanzia a disposizione del cittadino per una tutela efficace delle posizioni giuridiche riconosciutegli dall'ordinamento comunitario, anche da un'eventuale attività (o inerzia) normativa del Legislatore nazionale (o regionale). Con tale giurisprudenza si avvia un processo di definizione del *sistema generale* di responsabilità dello Stato[89] all'interno dello stesso diritto comunitario e dei suoi istituti[90], che persegue l'ulteriore finalità di imporre con maggior rigore e puntualità il rispetto del diritto comunitario da parte degli Stati membri. Successivamente, con la sentenza *Brasserie du pêcheur*[91], la Corte di Lussemburgo amplia il confine dell'istituto fino a comprendervi ogni violazione del diritto comunitario (e non solo l'inattuazione delle direttive non *self-executing*); inoltre, richiama l'azione di responsabilità extracontrattuale della Comunità ex art. 288 del Trattato CE[92] al fine di precisarne i presupposti.

In assenza di normativa positiva sulla responsabilità degli Stati membri per atti e omissioni del Legislatore, la Corte si avvale non solo dei principi propri dell'ordinamento comunitario, ma anche e soprattutto di quelli comuni ai vari sistemi nazionali atteso che «è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a

riparare le conseguenze del danno provocato, restando inteso che le condizioni fissate dalle norme nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere [...] tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento»[93]. Si tratta, dunque, di una giurisprudenza molto attenta nella constatazione dell'atipicità dei rimedi risarcitori nazionali e che, per questo, rinviando la questione al giudice nazionale, lo vincola al rispetto dei principi di effettività e equivalenza del rimedio risarcitorio da predisporre in caso di violazione del diritto comunitario per opera del Legislatore.

La Corte di Giustizia, dunque, è artefice di quel duplice processo di circolazione dei modelli (nella fase ascendente e in quella discendente) per cui, da una parte, l'elaborazione comunitaria della fattispecie dell'illecito del Legislatore assomma i caratteri comuni dei diversi schemi di responsabilità statale e, dall'altra, le aspirazioni volte all'introduzione nelle discipline nazionali di una forma di responsabilità del Legislatore sono fomentate dalle statuizioni giurisdizionali comunitarie.

Per effetto di ciò, la Corte di Giustizia giunge a ritenere *impossibile* che l'accertamento della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario sia subordinato alla sussistenza di un coefficiente soggettivo, sia esso di dolo o colpa nella condotta lesiva[94], perché la prova concreta di quest'ultimo aggraverebbe ulteriormente (*rectius* inutilmente) i procedimenti nazionali di tutela dei diritti del cittadino comunitario[95].

Partendo dal presupposto che l'atto normativo interno (o la sua omissione) sia finalizzato alla tutela degli interessi (superiori) proclamati in ambito comunitario e che la sua illiceità (cioè, la non rispondenza ai principi comunitari) sia *sufficiente* a palesare la responsabilità del Legislatore, la giurisprudenza europea, dunque, non ritiene necessaria alcuna indagine sulla sua colpevolezza[96] (posto che, non solo è ancora *vigorouso* negli ordinamenti nazionali l'antico dogma per cui nessuna colpa può sussistere laddove esiste l'ampia discrezionalità legislativa, ma nemmeno esiste *una sola* nozione di colpa automaticamente sussumibile nella fattispecie comunitaria).

D'altra parte, però, nell'elaborazione di un sistema *tendenzialmente* oggettivo, la giurisprudenza della Corte comunitaria non persegue l'assoluta oggettività dell'imputazione e, dunque, elabora la formula indefinita della "violazione sufficientemente caratterizzata", probabilmente proprio al fine di cedere, comunque, un limitato spazio d'azione al giudice nazionale.

In quello sforzo di compenetrazione dei modelli nazionale e comunitario che è in atto, la dottrina giuridica europea è sollecitata all'analisi delle differenze fra gli esempi di responsabilità pubblica, alla lucida critica dei difetti degli schemi risarcitori, alla ricerca ponderata delle soluzioni per la problematica della responsabilità del Legislatore, al fine di reperire una risposta concretamente appagante alle istanze comunitarie e di tutelare il cittadino europeo di fronte ai pubblici poteri (Legislatore nazionale compreso).

Laddove esiste un controllo di costituzionalità fortemente strutturato e una pluralità di giudizi dinanzi al Giudice delle leggi, la migliore scienza giuridica riflette sull'appartenenza della giurisdizione sul giudizio di responsabilità del Legislatore, suggerendo una riforma chiara sul seguito legislativo delle pronunce d'incostituzionalità (ossia una modifica dell'art. 40 della LOTC) sulla base del presupposto che «ninguna de estas razones [la igualdad ante las cargas públicas, el principio de protección de la confianza legítima, la socialización del riesgo social, el Derecho Comunitario, etc.] puede justificar ... la insólita atribución a los Tribunales contencioso-administrativos ... de la jurisdicción de tal naturaleza contra el Legislador»[97].

In Francia, dove l'antica origine di una responsabilità dei pubblici poteri si affianca ad un'incostituzionalità solo preventiva dell'atto parlamentare, la dottrina più attenta[98] si accorge delle somiglianze fra uno degli schermi francesi di responsabilità della pubblica amministrazione e il paradigma comunitario di responsabilità dello Stato membro e propone, perciò, il riferimento alle figure giurisprudenziali di *responsabilité pour faute*, accuratamente elaborate dal *Conseil d'État*, per assimilarvi la colpa oggettivizzata della responsabilità comunitaria dello Stato-Legislatore.

Sebbene il sistema tedesco (e la sua teoria del *Legislatives Unrecht*) appaia a prima vista il più lontano dalle tracce comunitarie di responsabilità per atti legislativi per lo strenuo tentativo di ricondurla sotto i canoni civilistici, va tenuto in considerazione come la dottrina pubblicistica tedesca abbia accolto con favore[99] sia il progetto di riforma del 1973 e relativa previsione di una responsabilità dello Stato per legge incostituzionale che prescinda dalla colpa e ricorra «qualora il Legislatore non adotti una diversa disciplina entro diciotto mesi dalla dichiarazione di incostituzionalità», sia il tentativo del 1981 di introdurre una responsabilità di diritto comune anche per l'illecito del Legislatore.

Alla luce di questo frammento del vasto panorama della cultura giuridica europea, ciò che risalta è la rinnovata centralità dell'elemento-colpa, nel suo rapporto da sempre confliggente col dogma dell'infallibilità legislativa, non come punto di rottura bensì quale veicolo di interazione fra i differenti sistemi nazionali, impegnati tutti contemporaneamente in un movimento centripeto - a volte impercettibile, a volte manifestamente dichiarato, più spesso disordinato - verso l'assimilazione degli insegnamenti comunitari in tema di responsabilità del Legislatore e la ricerca di parametri[100] certi (di cui ancora non si dispone) sui quali impostare la disciplina di questa particolare sfera della responsabilità pubblica nei singoli diritti interni.

4. Considerazioni conclusive: sulla configurabilità di un modello italiano di responsabilità del Legislatore

Se è vero che la giurisprudenza comunitaria ha abbattuto definitivamente il "muro di sbarramento" a presidio del Legislatore per quanto attiene alla responsabilità da violazione del diritto comunitario[101] è indubitabilmente vero anche che ancora molta strada sembra debba percorrersi prima di giungere all'ammissibilità incontestata di una responsabilità per atto legislativo nel diritto interno italiano.

Prima di tutto perché le corti italiane chiamate a decidere su domande di risarcimento per illecito del legislatore in violazione del diritto comunitario[102] pare si siano volute spogliare del compito di imparare le "lezioni" della Corte di Giustizia e oppongono forti resistenze all'applicazione dei requisiti imposti dalla giurisprudenza europea. Quasi che... il *pungolo* europeo risultasse indifferente dinanzi all'andamento *schizofrenico* del prodotto giurisprudenziale italiano.

In secondo luogo, l'insufficienza della giurisprudenza nazionale si palesa (non solo sotto il profilo del *seguito* delle sentenze della Corte di Giustizia in relazione alla quantificazione concreta del risarcimento del danno patito dal singolo per inattuazione del diritto comunitario, ma) anche per la mancanza di configurazione di una fattispecie di responsabilità per cattivo esercizio del potere del Legislatore nazionale, laddove produca danni ai singoli.

A meno di non voler cadere nelle trappole dell'incongruenza e delle contraddizioni di predisporre una tutela maggiore e più efficace sul piano del diritto comunitario rispetto al piano del diritto interno, deve ammettersi l'opportunità dell'affermazione della responsabilità del *Leviatano*.

Se ne avverte, anzi, la necessità «di fronte al condizionamento legislativo di ogni attività del cittadino, osservabile negli ordinamenti contemporanei»[103] e, soprattutto, «in un sistema come il nostro, caratterizzato dall'esistenza di maggioranze parlamentari e da coalizioni di governo politicamente non omogenee [laddove] si palesa in modo particolare l'esigenza della tutela degli interessi consolidati di fronte alla "discontinuità" e alla "contraddittorietà" delle decisioni politiche e, sotto il profilo giuridico, tale tutela può essere, in parte realizzata, attraverso il principio di buona fede che vincola il legislatore»[104].

A questo punto, dunque, le riflessioni dottrinarie sul fondamento diretto di una responsabilità patrimoniale dello Stato-Legislatore (sia esso il principio di eguaglianza fra le cariche pubbliche, o quello dell'imputabilità del pubblico potere per l'esercizio delle proprie funzioni, o la prassi della socializzazione dei rischi, o il principio della tutela dell'affidamento, o il principio della irretroattività della legge[105], o la regola dell'art. 2043 del codice civile italiano[106], o gli impulsi del diritto e della giurisprudenza europea...) appaiono quasi *ultronee* di fronte all'esigenza che laddove l'illecito legislativo perpetrì una violazione di situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette il Legislatore possa essere dichiarato responsabile e ne risponda concretamente risarcendo il danno provocato.

Né può negarsi che una sentenza della Corte costituzionale *apra il varco* al riconoscimento della responsabilità dello Stato per atti legislativi[107].

Ed anzi, in relazione a tal proposito, sembra potersi aderire ad una tesi realistica e difficilmente contestabile sul piano pratico: la giurisdizione sulla responsabilità del Legislatore «*solo tendría sentido atribuida al Tribunal Constitucional, único juez del Legislador*»[108].

A partire da tale considerazione sarebbe opportuno riflettere sul ruolo che l'organo di giustizia costituzionale viene ad assumere nell'ordinamento italiano nella determinazione delle conseguenze di una (configurabile) responsabilità dello Stato per legge incostituzionale: il suo intervento risulta essenziale e insostituibile quanto necessario, ma non certamente sufficiente[109]. In particolare, nello strumentario a disposizione del Giudice delle Leggi è facilmente reperibile un mezzo utile (sebbene non risolutivo) al bilanciamento dei contrapposti interessi del riconoscimento del danno da atto legislativo e della necessità di porre un freno all'alluvione di istanze risarcitorie[110]: le c.d. *sentenze*

additive di principio.

Vero è che piuttosto che colmare il vuoto legislativo, tali pronunce più di altre lo individuano e lo sostanziano. Tuttavia, attraverso di esse, la Corte, accertando l'illegittimità di una disciplina, da una parte, rimette al legislatore il compito di provvedere al ripristino della costituzionalità violata e di colmare la lacuna determinata dall'annullamento della norma, dall'altra, abilita il giudice *a quo* a fare riferimento al principio enunciato in sentenza per apprestare un'immediata (sebbene effimera) tutela ai diritti lesi.

Infatti, proprio per l'effetto di tale indirizzo da parte della Corte, al giudice ordinario si offrirebbe concreta occasione di risarcire al singolo il danno derivante da legge incostituzionale^[111]. Di talché la pronuncia d'incostituzionalità potrebbe configurarsi come uno *strumento*, "servente" allo scopo di garantire una più efficace tutela alle istanze dei cittadini dinanzi al giudice ordinario, senza che - per questa ulteriore funzione - ne sia snaturata l'essenza.

Tuttavia, perché tale duplice meccanismo di concerto e collaborazione fra Corte di Giustizia e giudici nazionali e fra Corte costituzionale e giudice *a quo* possa funzionare, sembra indispensabile che l'interprete del diritto interno non solo abbia ben chiari i *parametri* fissati a Lussemburgo, ma li applichi al caso concreto, anche al fine di apprestare adeguata tutela dinanzi all'illecito legislativo di diritto interno.

Quel complesso mosaico di regole comunitarie, in questo dialogo a più voci, appare il solo *codice* attraverso il quale è possibile comunicare per decifrare, ammettere e, definitivamente, consacrare l'esistenza di una responsabilità del Legislatore nell'ordinamento italiano, non solo in caso di violazione del diritto comunitario, ma anche nell'eventualità di un illecito costituzionale (allorquando quest'ultimo sia opportunamente rilevato dalla sola Corte abilitata a farlo).

* La versione definitiva del presente scritto è in corso di pubblicazione (Edizioni Plus - Università di Pisa) sugli Atti del Seminario Congiunto dei Dottorati di Ricerca in Diritto Privato e Giustizia Costituzionale dell'Università di Pisa, svoltosi il 21 Ottobre 2005 presso il Palazzo dei Cavalieri a Pisa.

[1] Così R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova 1999, p. 12.

[2] Sul concetto di "Stato costituzionale", cfr. P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione europea*, in "Quad. Cost.", 1 (1999), p. 6; ma anche G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992, p. 39, secondo cui «La novità contenuta da [la formula "Stato costituzionale"] è capitale e riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione. Di per sé, questa innovazione potrebbe apparire, e in effetti è apparsa, come una semplice integrazione dei principi dello Stato di diritto che porta a termine il programma dell'integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni ordinarie dello Stato, compresa la legislazione (con eccezione quindi solo della funzione costituente). [...] Tuttavia, ...altro che di un completamento, si tratta di una profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto».

[3] Su cui, *ex multis*, F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino 2001.

[4] Atteso che «...la legalità formale non sembra più essere strumento sufficiente di garanzia nel momento in cui all'amministrazione spetta anche decidere in modo relativamente autonomo i conflitti e i contrasti fra interessi diversi» (M. Ruotolo, *Crisi della legalità e forma di governo*, in "Riv. Dir. Cost.", (2003), p. 146).

[5] A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in "Foro It.", V (2003), c. 178.

[6] F. Salmoni, *Legalità costituzionale e Forma di Stato: aspetti teorici e profili pratici di due concetti apparentemente in crisi*, in "Riv. Dir. Cost.", (2004), p. 111.

[7] A tal proposito, S. Stamatii, *Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di stato europea*, in "Rass. parl.", 1 (2005), p. 45, nel fornire una definizione dello Stato di diritto costituzionale "in positivo" ritiene che, con l'affermarsi della superiorità sostanziale e formale della Costituzione nei riguardi dei processi di formazione del diritto, oltre che dei prodotti legislativi medesimi, si sia avuto «l'accrescimento del tasso di creatività della funzione giurisdizionale, chiamata, in varie forme, a controllare la regolarità formale e sostanziale dell'attività di creazione del

diritto e per ciò a fissare interpretativamente (e, dunque, entro certi limiti, creativamente) i parametri sostanziali di tale attività di controllo». Da qui, dunque, l'origine del controllo sugli atti legislativi per mano del potere giurisdizionale.

[8] Basti pensare che già C. Vitta, *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, in "Arch. Civ. Serafini", II (1934), pp. 178 sgg. (citato da E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milano 2004, p. 14) sosteneva che: «Vi sono diversi modi di considerare la responsabilità dello Stato in diritto interno, secondo che esso agisce come legislatore, come giudice o come amministrazione pubblica [...] La responsabilità dello Stato in materia di legislazione può nascere soltanto in quei paesi ove la costituzione pone dei limiti al potere legislativo [...] perciò la questione della responsabilità del legislatore costituisce un esame dei principi di diritto costituzionale sui poteri del parlamento e sui diritti fondamentali dei cittadini».

[9] Quest'accezione è reperibile nell'art. 31 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924 n. 1054).

[10] A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato*, cit., c. 180.

[11] In proposito, C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in "Foro It.", V (1970), c. 153 sgg., ha criticato le "preclusioni aprioristiche" di una responsabilità del Legislatore, fondate sul richiamo al principio di separazione dei poteri precisando che «non tale principio [è] stato assunto dalla nostra costituzione, bensì l'altro, in parte divergente dal primo, del *checks and balances*, che richiede il controllo reciproco fra loro dei supremi organi costituzionali».

[12] M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento presupposti e regime*, Torino 2005, p. 17.

[13] L. Carlassare, *Diritti e Responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova 2003, p. 3.

[14] Ibid., p. 4. Per di più, è stato notato che il maggior grado di tale resistenza risiede nella massima espressione della sovranità: «La garanzia si arresta dove lo Stato si disvela nella sua manifestazione più alta, quella del potere legislativo, che concentra in sé legalità e legittimità, razionalità e insindacabilità.» (G. Lombardi, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, in "Dir. pubbl. compar. europ.", IV (2000), p. 1796).

[15] Vedasi in proposito M. Carrà, *L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee*, in D. Sorace, *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Bologna 1994, p. 33.

[16] Sull'argomento, L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Bari 2001, pp. 18 sgg., sostiene che l'identificazione dello "Stato di diritto" con la dimensione "sostanziale" della democrazia (attraverso la quale i diritti fondamentali verrebbero ad imporre degli obblighi o divieti alla legislazione), ossia con la soggezione del diritto al diritto e la realizzazione del paradigma della democrazia costituzionale, viene meno anche la "presunzione di regolarità degli atti compiuti dal potere" (e l'Autore cita la definizione data da L. Gianformaggio, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in Id. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino 1993, p. 28).

[17] Secondo P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano 2003, «il tempo è maturo per una canonizzazione della comparazione giuridica come "quinto" metodo interpretativo» (Ibid., p. 112) dell'interpretazione delle norme.

[18] Cioè attraverso il processo di *judicial cross-fertilisation*, di cui scrive J. Bell, *Mechanism for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in *New directions in European Public Law*, a cura di J. Beatson - T. Tridmas, Oxford 1998, della cui utilità ai fini dello studio sulla responsabilità dello Stato scrive A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., pp. 283 sgg.

[19] «L'ordinamento comunitario dispone di meccanismi decisionali e di organi legittimati ad avviare le relative procedure, ma non di strumenti per portare tali scelte ad effettività. Le decisioni dell'Unione Europea costituiscono titolo esecutivo, ma da farsi valere davanti agli organi giurisdizionali degli Stati membri dai quali si invoca la tutela del diritto.» (R. Manfellotti, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea*, Torino 2004, pp. 26-27).

[20] Fu proprio ad opera della giurisprudenza sviluppatasi in ordine all'art. 153 della Costituzione di Weimar (diretto alla tutela della proprietà e dell'espropriazione) che nell'ambito del sistema del risarcimento del danno per lesione dei diritti

quesiti si ebbe per la prima volta l'estensione del concetto classico di espropriazione dagli interventi "previsti dalla legge" a tutte le "situazioni giuridiche patrimoniali" e alle "limitazioni della proprietà" (sentenze del *Reichsgericht* (RG) del 18 novembre 1921, del 22 febbraio 1924, del 13 dicembre 1924, del 11 marzo 1927). Di seguito, la responsabilità fu riconosciuta anche nel caso di interventi antiggiuridici (sentenza RG 11 aprile 1933).

[21] Si fa riferimento a J. Barthélemy, *Notes, à propos du projet de réglementation de l'emploi du blanc de céruse, sur la responsabilité pécuniaire de l'État à raison du préjudice causé à une catégorie de citoyens par une réforme législative*, in "Revue du droit publique", 24 (1907), p. 92 sgg. e G. Scelle, *À propos de l'établissement du monopole des assurances en Uruguay. Etude sur la responsabilité de l'État législateur*, in "Revue du droit publique", XXX (1913), pp. 657 sgg., citati da R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., p. 27.

[22] È celebre la decisione del 14 gennaio 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*.

[23] A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, cit., c. 175.

[24] Secondo C. Harlow, *Voices of differences in a plural community*, in AA.VV., *Convergence and divergence in European Public Law*, a cura di P. Beaumont-C. Lyons-N. Walker, Oxford 2002, p. 210: «*familiar words like fault, with apparently similar or even identical meanings when translated, may be differently understood and applied in different legal cultures*».

[25] Tale concetto risale al Codice generale prussiano del 1794: «ogni diritto o vantaggio individuale deve cedere di fronte ai diritti e doveri relativi al perseguimento dell'interesse pubblico, se vi sia realmente conflitto fra i due ... di contro, lo Stato è tenuto ad indennizzare chi è costretto a sacrificare i suoi diritti e vantaggi individuali per il bene comune» (§ 74).

[26] Così U. Karpen, *L'esperienza della Germania* in D. Sorace, *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, cit., p. 122. Diversamente, G. Jaenicke e P. Selmer, *La responsabilità dello Stato per l'azione antiggiuridica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, in E. Cannada-Bartoli, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Studi di diritto pubblico comparato, vol. IV, Torino 1976, pp. 87-88, sostiene che «questi istituti giuridici si integrano in un sistema unitario, seppur non omogeneo, di responsabilità.».

[27] Quest'art. recita: «Se taluno, nell'esercizio di un ufficio pubblico affidatogli, viene meno al suo dovere d'ufficio nei riguardi di un terzo, la responsabilità, in via di principio, ricade sullo Stato o sull'ente pubblico in cui egli presta servizio».

[28] Il § 839 del Codice civile tedesco, collocato sotto il tit. XXV "condotte illecite", nel libro II sulla disciplina dei rapporti obbligatori, è rubricato "Responsabilità per violazione di doveri d'ufficio" e stabilisce che: «Qualora un funzionario, intenzionalmente o colposamente, venga meno ad un dovere assegnatogli nei confronti di un terzo, dovrà risarcire il terzo di tutti i danni».

[29] Laddove si legge che: «Una espropriazione è ammissibile soltanto per il bene della collettività. Essa può avvenire soltanto per legge o in base ad una legge che regoli il modo e la misura dell'indennizzo. L'indennizzo deve essere stabilito mediante un giusto contemperamento fra gli interessi della collettività e gli interessi delle parti...».

[30] Così G. Jaenicke e P. Selmer, *La responsabilità dello Stato per l'azione antiggiuridica dei suoi organi amministrativi nella Repubblica Federale Tedesca*, cit., p. 87.

[31] Con questo termine si indica correntemente in Germania solo la responsabilità diretta dello Stato; da quest'ultima si distingue la responsabilità diretta del funzionario (*Beamtenhaftung*, disciplinata dal § 839 BGB) e dalla responsabilità indiretta dello Stato (*Amtshaftung*, disciplinata dal combinato disposto del § 839 BGB e dell'art. 14 GG).

[32] Così M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento presupposti e regime*, cit., pp. 24 e 25.

[33] L'opera cui si fa riferimento da parte della dottrina che lo cita (Ibid., p. 32) è, in particolare, il vol. II del *Deutsches Verwaltungsrecht*, I ediz. 1896, II ediz. 1917, III ediz. 1924.

[34] Ibid., p. 37.

[35] Sentenze del *BverfG* 14 luglio 1981, causa *Pflichtexemplar-Entscheidung*; 15 luglio 1981, causa *Naßauskiesungs-Beschluß*; 26 gennaio 1984; 29 marzo 1984.

[36] Esiste tutt'oggi, infatti, una doppia giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario in materia di responsabilità dello Stato in quanto «dopo l'esaurimento della fase processuale amministrativa occorre iniziare davanti al giudice ordinario il giudizio risarcitorio» (da E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p. 111). La Corte di Giustizia ha ritenuto che questa pregiudizialità sia in contrasto con il diritto comunitario (sentenza 2 dicembre 1971, 5/71, causa *Zückerfabrik Schöppenstedt*).

[37] A tal proposito, vedasi R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., p. 136, che cita in senso conforme W.-R. Schenke, *Die Haftung des Staates bei normativem Unrecht*, in "Deutsches Verwaltungsblatt", (1975), p. 126, e in senso contrario, N. Luhmann, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin 1965, p. 127.

[38] Sul tema molto utile risulta l'analisi proposta da G. Mangione, *La responsabilità da "illecito legislativo comunitario" e il "legislatives unrecht" nella Repubblica Federale di Germania*, in "Riv. it. dir. pub. com.", (1994), pp. 935 sgg.

[39] R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., p. 141.

[40] Si sostanzia in questa espressione il concetto di "*Drittbezogenheit*" (la riferibilità al terzo) su cui è illuminante la riflessione di M. Clarich, *Funzione di vigilanza e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione: aperture giurisprudenziali dopo la sentenza S.U. Corte di Cassazione n. 500/99*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, vol. II, pp. 880 sgg., laddove l'autore auspica un intervento del legislatore italiano volto ad arginare l'eccessiva estensione dell'area della responsabilità della p.a. sulla base dell'esempio tedesco.

[41] L'espressione virgolettata è di R. Bin, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, p. 47.

[42] A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 93.

[43] In cui si afferma: «La responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier. ».

[44] Secondo la definizione di R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie général de l'État*, Paris 1920, t. I, p. 492.

[45] Fra le altre, è di estrema rilevanza la teoria di L. Duguit per cui «la sovranità è irreal e inesistente» (E. García de Enterría, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, Navarra 2005, pp. 172-173); tale teoria è all'origine dell'idea di solidarietà nazionale e del frequente richiamo della giurisprudenza francese alla nozione di equità e ad una logica di uguaglianza fra le parti (Stato e cittadino) differente da quella di diritto privato.

[46] A questa distinzione fa riferimento l'*arrêt Pelletier*, *Tribunal des Conflits*, 30 Luglio 1873.

[47] Così R. Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della p.a. Sistemi e tecniche*, Milano 1993, p. 167. In particolare sulle decisioni *Conseil d'État*, 3 febbraio 1911 e *Conseil d'État*, 26 luglio 1918, M. Waline, *La responsabilità amministrativa in diritto francese*, in E. Cannada-Bartoli (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 55, scrive che «l'agente e la pubblica amministrazione erano coautori di un illecito civile e, a tale titolo, responsabili in solido».

[48] È quanto avviene con l'*arrêt Cames*, *Conseil d'État*, 21 giugno 1895.

[49] R. Chapus, *Droit administratif général*, Paris 1995, p. 1180.

[50] È questa l'espressione utilizzata da E. Calzolaio, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., p.

105 per definire la responsabilità per colpa del sistema francese.

[51] Così R. Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della p.a.*, cit., 164.

[52] L'espressione è usata da A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 145.

[53] In proposito, scrive R. Chapus, *Droit administratif général*, cit., p. 1215 : «Le fait que la responsabilité pour faute soit différenciée selon qu'une faute simple suffit ou qu'une faute lourde est requise n'exclut pas qu'il existe une responsabilité pour faute».

[54] «Le dommage anormal est évidemment celui qui excède la 'norme', la moyenne des gênes que crée toute vie sociale» (J. Moreau, *La responsabilité administrative*, Paris 1996, p. 99).

[55] La specialità è considerata una nozione qualitativa, secondo *Conseil d'État*, 31 marzo 1995.

[56] A parte il celebre *arrêt La Fleurette* (*Conseil d'État*, 14 gennaio 1938), anche *Conseil d'État*, 21 gennaio 1944 e *Conseil d'État*, 3 gennaio 1963; *Conseil d'État*, 18 dicembre 1981; *Conseil d'État*, 14 dicembre 1984; *Conseil d'État*, 21 gennaio 1998. Si tratta di un ristretto numero di condanne che, comunque, hanno un valore esemplare e una grande importanza teorica, secondo B. Delfino, *L'esperienza francese sulla responsabilità per danni cagionati da leggi*, in *Atti del XLVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna Villa Monastero, 21-23 Settembre 2000, Milano 2001, p. 34.

[57] A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, cit., c. 176.

[58] Secondo A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 153, «è opportuno rimarcare che quasi tutte le ipotesi di responsabilità [del Legislatore francese] si riferiscono ad atti legislativi definiti nei termini di legge-provvedimento», ossia a leggi non dirette alla generalità dei consociati. Di contro, su questo tema, R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., pp. 35-36, ritiene che: «Perché si abbia un danno speciale ... non ci si deve trovare necessariamente di fronte a una legge-provvedimento» (tesi contraria a quella di F. Moderne, *La responsabilidad por actos del legislador y por los tratados internacionales en Francia*, in J. Barnes (a cura di), *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el derecho europeo y comparado*, Madrid 1995, p. 92). E, d'altra parte, sembra che l'*arrêt Bovero* (*Conseil d'État*, 3 gennaio 1963) possa fornire adeguato fondamento alla tesi di Bifulco, atteso che in quel caso il numero delle vittime (susceptibili di essere indennizzate) era indeterminato.

Sulla responsabilità del Legislatore per legge-provvedimento nel modello italiano, si rinvia agli *Atti del XLVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, cit., in particolare alle relazioni di F. Cintioli, *Posizioni giuridicamente tutelate nella formazione della legge-provvedimento e "valore di legge"*, pp. 103 sgg.; M. Ristuccia, *Configurabilità della responsabilità amministrativa?*, pp. 153 sgg.; V. Caianiello, *La responsabilità del legislatore*, pp. 311 sgg.; R. Dickmann, *Dal principio di legalità al principio di sussidiarietà dei poteri pubblici. Argomenti contro la legittimità degli atti legislativi in sostituzione dei provvedimenti di altre autorità*, pp. 355 sgg.

A tal proposito, tuttavia, si rileva che l'argomento per cui la responsabilità del Legislatore ricorrerebbe solo in caso di legge-provvedimento lesiva dei diritti dei singoli appare provare troppo: in tal modo, ogni problematica verrebbe semplificata, potendosi risolvere con una mera trasposizione del modello di responsabilità della pubblica amministrazione al Legislatore.

[59] M. Waline, , *La responsabilità amministrativa in diritto francese*, in E. Cannada-Bartoli (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 71. In termini sostanzialmente coincidenti R. Chapus, *Droit administratif général*, cit., p. 1207, afferma che tale responsabilità è «un lusso di cui non ci si avvale quotidianamente». Di contro, taluna dottrina - che non appare del tutto condivisibile - sostiene che la sostanziale disapplicazione della responsabilità senza colpa al legislatore sia dovuta alla "rigidità dei presupposti" richiesti dal *Conseil d'État*, piuttosto che ad un'attualizzata resistenza del principio di sovranità (C. Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, Milano 2004, p. 262).

[60] *Tribunal Administratif* Nantes, 18 febbraio 1998, *Assoc. des marais des Olonnes c. Ministre de l'Environnement*, in "Droit Administratif", 330 (1997).

[61] C. Guettier, *La responsabilité administrative*, Paris 1996, p. 30 ; ma anche R. Chapus, *Droit administratif général*, cit., p. 1255.

[62] Entrambe le espressioni virgolettate sono di R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., p. 28.

[63] A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 177.

[64] Le norme del *Código Civil* del 24 luglio 1889 contemplano la possibilità di riconoscere sia una responsabilità dello Stato per fatti propri (art. 1902) che per fatti di terzi, quando commessi da "agenti speciali" (artt. 1902-1903) ma l'interpretazione fornita dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria ammette solo che l'amministrazione risponda soltanto dei danni causati dagli agenti speciali: «Ipotesi di difficile individuazione ed esistenza [che]... veniva in tal modo a ratificare il privilegio delle immunità dell'amministrazione...» (J. Ferret, *L'esperienza della Spagna*, in D. Sorace, *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, cit., p. 165).

[65] A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 189.

[66] Così J. Ferret, *L'esperienza della Spagna*, cit., p. 170.

[67] In proposito, E. García de Enterría, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, cit., pp. 86-87, sostiene che: «El principio de la responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende revolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún el formidable tema de la responsabilidad del legislador [...] sino que es una alusión inequívoca [...] al principio de que todos los poderes públicos ejercitan un poder que no les es propio, sino que pertenece al pueblo, razón por la cual como ejercientes de un poder de otro deben "dar cuenta" a éste de su gestión y "responder" de la objetividad de la misma.»

[68] Si rinvia alla tesi sulla "socialización del riesgo" di L. Díez-Picazo, *Derecho de daños*, Madrid 1999, pp. 187 sgg.

[69] Quest'ultima deve essere, inoltre, antiggiuridica, non per le modalità in cui si cagiona il danno (antigiuridicità oggettiva), ma perché il danneggiato non ha «el deber jurídico de soportarlo» (antigiuridicità soggettiva - art. 141.1 della *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*); in tal senso, TS, 22 febbraio 1993.

[70] Nella sentenza 7 aprile 1989 il TS afferma che «servizio pubblico viene ad essere sintomo di attività amministrativa e per la sua qualificazione bisogna far riferimento, più che ad una tipizzazione speciale di alcune forme nelle quali è solita manifestarsi, al complesso di tutta l'attività ordinaria dell'amministrazione...»; nello stesso senso TS, 5 giugno 1989 e TS, 18 luglio 1989.

[71] Sentenze TS, 17 febbraio 1989 e TS, 14 settembre 1989; diversamente, la sentenza TS, 14 giugno 1989 che esclude la responsabilità dell'amministrazione quando il danno sia imputabile all'azione negligente o illecita del danneggiato.

[72] Emblematicamente la sentenza TS, 19 giugno 1998 ha considerato come imprescindibile la presenza di qualche elemento di anormalità nel servizio pubblico di specie per ravvisare un nesso di causalità tra l'omissione legislativa e il danno.

[73] In tal caso i danni non sono previsti né prevedibili e pur sempre derivano dal funzionamento del servizio pubblico o da casi fortuiti, cioè da eventi indeterminati ma inerenti al servizio stesso, che il cittadino - contrariamente a quanto accade nel caso di forza maggiore - non è obbligato a sopportare.

[74] A tal proposito, A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 222, fa riferimento al padre fondatore del sistema di responsabilità amministrativa in Spagna (García de Enterría) e a O. Mir Puigpelat, *La responsabilidad patrimonial de la administración*, Madrid 2002, pp. 254 sgg.

[75] Tale rischio è denunciato da F. Garrido Falla, *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*, in "Rev. esp. der. adm.", (1997), p. 188.

[76] Sebbene sembri che le sentenze TC n. 28 del 13 febbraio 1997 e n. 428 del 19 ottobre 2000 lascino delle possibilità per la definizione di essa.

[77] A tal proposito, V. Garrido Mayol, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., p. 17, sostiene che: «Aunque es la primera vez que nuestro derecho, en vigor la Constitución, se ocupa de reconocer expresamente el derecho de los ciudadanos a que el estado les repare el daño causado por aplicación de una ley - es un paso más en la conformación del estado de Derecho -, la deficiente y, desde luego, criticable regulación ha reavivado la polémica sobre la titularidad de la responsabilidad y consiguiente obligación de indemnizar.»

[78] Su quest'ultimo punto in particolare, si sofferma la riflessione fortemente critica di E. García de Enterría, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, cit., pp. 115 sgg.

[79] In tal senso, A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 225, il quale sostiene che si muovano sullo stesso piano l'art. 75 dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794, la giurisprudenza del *Conseil d'État* sulla *responsabilité sans faute* e l'art. 121 della *Ley de Expropiación Forzosa* del 1954 (nonché l'art. 46 della Legge generale sulle espropriazioni n. 2359 del 1865, per il modello italiano).

[80] Come sostiene A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 236.

[81] Il presupposto tedesco della riferibilità al terzo del dovere d'ufficio, quello francese della anormalità e specialità del danno, assorbito anche dal modello spagnolo, rispondono tutti alla logica di rendere più diretto il rapporto fra soggetto leso e Stato e circoscrivere l'estensione del risarcimento per limitare il rischio di un'alluvione di domande.

[82] Ci si riferisce alla legge del 26 giugno 1981, dichiarata incostituzionale sentenza *BverfG* del 19 ottobre 1982, su cui vedi *retro* § 2.1.

[83] Allo stesso modo, l'art. 139.3 della legge spagnola n. 30 del 1992 sul Regime giuridico delle amministrazioni pubbliche, come modificata dalla legge n. 4/1999, riconosce l'indennizzo per l'applicazione degli atti legislativi a colui che non ha il dovere giuridico di sopportarlo «quando così si stabilisca negli atti legislativi e nei termini in essi previsti»

[84] A tal proposito, giova ricordare il pensiero di H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna 1981, pp. 147 sgg. laddove si afferma: «La lotta per il parlamentarismo fu lotta per la libertà politica, e questo è troppo facile dimenticare oggi, quando si muove al parlamento una critica sotto molti riguardi ingiusta.» (Ibid., p. 149).

[85] In questi termini la definisce E. García de Enterría, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, cit., pp. 116 sgg.

[86] A. Lazari, *Paradigma e logoi: la responsabilità dello Stato legislatore e i destini dell'Europa*, in "Riv. dir. civ.", II (2002), p. 141.

[87] Id., *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 259.

[88] CGCE 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e C-9/90, con la quale la Corte di Giustizia sancisce i tre requisiti per il riconoscimento delle istanze risarcitorie: la direttiva deve attribuire in maniera sufficientemente chiara e precisa dei diritti a favore dei singoli; il contenuto di tali diritti deve poter essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva; deve sussistere un nesso di causalità diretto tra la mancata o infedele trasposizione della direttiva e il danno subito dai soggetti lesi (così P. Garofoli, *La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto comunitario*, in P. Garofoli - A. Liberati (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, Trattati a cura di P. Cendon, Milano 2005, p. 119).

[89] Si tratta di un sistema costituito in ossequio al «generale principio, riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato» (Corte di Giustizia CE, 5 marzo 1996) e 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 esecutivo (così E. Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva*

comunitaria, in "Danno e resp.", (2003), p. 726).

In proposito, vedasi anche la sentenza *Köbler* CGCE 30 settembre 2003, causa C-224/01, sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte di un organo giurisdizionale, sulla quale vedasi il commento di E. Scoditti, «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in "Foro It.", IV (2004), pp. 4 sgg.

[90] L. Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano 2000, p. 240, il quale nega che si possa parlare di "creazione" di tale forma di responsabilità.

[91] CGCE 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, in cui la Corte di Giustizia si pronuncia su talune questioni pregiudiziali attinenti ai presupposti della responsabilità dello Stato verso i singoli per danni derivanti dalla violazione del diritto comunitario ad essi imputabili.

[92] Così secondo C. Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, cit., p. 51, che evidenzia il parallelismo tra i requisiti richiesti dalla sentenza *Francovich* e quelli richiesti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art. 288 (ex 215) del Trattato CE: la condizione del carattere preciso e definito del diritto riconosciuto da una norma sufficientemente caratterizzata postula che venga in rilievo "una violazione grave e manifesta" dei limiti posti al potere discrezionale degli Stati membri (tale carattere è ulteriormente definito dalle sentenze: CGCE 15 giugno 1999, causa C-140/97 in materia di "viaggi tutto compreso"; caso *British Telecom*, causa C-392/93; casi *Denkavit* e *Brinkman*, CGCE 17 ottobre 1996, cause riunite C-283/94 e C-291/94; caso *Dillenkofer*, CGCE 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-109/94).

[93] La sentenza *Brasserie du pêcheur*, qui citata, prosegue nella perentoria affermazione per cui: «...le restrizioni che si rinvergono negli ordinamenti giuridici interni in materia di responsabilità extracontrattuale delle pubbliche autorità, conseguente all'esercizio della funzione legislativa possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte dei singoli, del diritto al risarcimento, quale è garantito dal diritto comunitario, per danni risultanti dalla violazione di quest'ultimo».

[94] In relazione alla compatibilità tra il modello generale della responsabilità aquiliana secondo l'ordinamento italiano e la particolare fattispecie della violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato membro, sembra opportuno il riferimento al caso *Palmisani*, sentenza CGCE 10 luglio 1997; più precisamente, sulla determinazione del *quantum* del risarcimento vedasi il caso *Bonifaci-Berto c. INPS*, CGCE 10 luglio 1997, causa C-373/95 e il caso *Maso-Gazzetta c. INPS*, CGCE 10 luglio 1997, cause riunite C-94 e C-95/95. Dalle tre pronunce appena citate, la dottrina deriva il carattere della *residualità* dell'azione risarcitoria, la quale si profila solo «per i casi in cui i beneficiari dimostrino l'esistenza di danni ulteriori per non aver potuto usufruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva» (R. Conti, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. Rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?*, in "Danno e Resp.", (2003), p. 840).

[95] Per una ricognizione problematica dei «meccanismi effettivi di tutela giurisdizionale e para-giurisdizionale dei diritti dell'uomo» in ambito comunitario, vedasi A. Ferraro, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti nello spazio giuridico europeo*, "Riv. it. dir. pub. com.", 2 (2005), pp. 503 sgg.

[96] A tal proposito, P. Garofoli, *La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto comunitario*, cit., pp. 152-153, parla di «funzione "protettiva" della norma comunitaria violata» e di «responsabilità *sui generis*» per l'illecito del legislatore.

[97] E. García de Enterría, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, cit., p. 111. Parimenti, secondo G. Pérez il giudice amministrativo può solo instaurare una questione di costituzionalità e sperare che sia dichiarata incostituzionale per potervi trarre una possibile conseguenza indennizzatoria (Ibid., p. 141); allo stesso modo, F. Garrido Falla sostiene che l'unico presupposto della responsabilità del legislatore è che il danno abbia trovato la sua causa in una legge dichiarata incostituzionale (Ibid., p. 142).

[98] Ci si riferisce a H. Calvet e L. Dubois, citati da A. Lazari, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., pp. 293 sgg.

[99] In particolare, K. Boujong, D. Scheuing e W-R. Schenke, citati da R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti*

legislativi, cit., p. 172.

[100] Sulla ricerca di tali parametri, A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, cit., cc. 175 sgg., propone una valorizzazione della regola di cui all'art. 2043 del Codice civile italiano e sostiene che: «Non parrebbe pertanto incongruo uno sforzo interpretativo volto a costruire tale regola come espressione di un principio costituzionale non scritto, implicito in tutta una serie di disposizioni di rango costituzionale [...] una tale costruzione potrebbe trovare altresì validi sostegni nel diritto comunitario e nella convenzione dei diritti dell'uomo».

[101] In questi termini si esprime V. Roppo, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, in "Contratto e Impresa/Europa", 1 (1999), p. 121.

[102] Il riferimento sotteso è alla sentenza Cass., sez. lav., 11 ottobre 1995, n. 10617 (c.d. caso *Mariotti*) su cui fortemente critici sono stati i giudizi della dottrina (ex multis R. 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); ma anche alla sentenza Cass., 1 aprile 2003, n. 4915, che sembra segnare «un sensibile arretramento di fronte» (E. Scoditti, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato*, cit., p. 722).

Il plauso di alcuna dottrina, invece, si rivolge alle sentenze Trib. Caltanissetta, 15 settembre 1997 (su cui si esprime positivamente G. Lombardi, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, cit., p. 1796), Cass., 11 giugno 1998, n. 5846 - attraverso la quale, addirittura, sarebbe possibile scorgere «il superamento del dogma della responsabilità del legislatore» (C. Buonauro, *Il risarcimento del danno da atto legislativo*, cit., p. 170) - e Cass., 16 maggio 2003, n. 7630 (su cui vedasi il commento di R. Conti, *Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario*, cit., pp. 836-843).

[103] F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano 2001, p. 22, secondo il quale: «Il problema della tutela delle aspettative generate dal legislatore è emerso assai nettamente nella giurisprudenza della Corte costituzionale della Repubblica Federale Tedesca e, più di recente in termini non ancora decantati, nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana».

In effetti, la modesta comparazione dei modelli considerati ci mostra come sia stato l'ordinamento tedesco quello più avanzato nel proporre una soluzione (quale era la legge del 26 giugno 1981, dichiarata incostituzionale sentenza *BverfG* del 19 ottobre 1982) - sebbene inefficace e effimera - alla tutelabilità del danno (anche da affidamento) per legge incostituzionale: vedi *retro* §§ 2.1 e 3.

[104] *Ibid.*, p. 75, il quale sostiene anche che la buona fede possa configurarsi come principio costituzionale non scritto che «come ogni altro principio costituzionale, vincola l'attività del legislatore e condiziona, conseguentemente, la legittimità costituzionale di un atto legislativo che intacchi una situazione di affidamento» (*Ibid.*, p. 270).

Per una completa ricostruzione delle teorie esistenti sull'affidamento del cittadino determinato dal legislatore e sulla tutela dell'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione, vedasi S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005, pp. 25-49.

[105] Principio avente «carattere costituzionale, indipendentemente dalla sua inserzione nella carta fondamentale» secondo C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in "Giur. it.", I (1949), cc. 457-461.

[106] In riferimento alla quale A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, cit., c. 181, propone una valorizzazione «così da ritenerla strumentalmente rivolta alla tutela di qualunque tipo di situazioni giuridiche soggettive che l'ordinamento giuridico tuteli» fino al punto che «non parrebbe pertanto incongruo uno sforzo interpretativo volto a costruire tale regola come espressione di un principio costituzionale non scritto, implicito in tutta una serie di disposizioni di rango costituzionale».

[107] Così R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., p. 173. Sebbene «non sembra impossibile elaborare una dottrina della responsabilità civile derivante da atti legislativi, che abbiano arrecato un danno ingiusto, anche indipendentemente da una dichiarazione di incostituzionalità della disposizione legislativa produttiva del danno stesso» (A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, cit., c. 182).

[108] E. García de Enterría, *La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho Español*, cit., p. 111. È facile comprendere per quale ragione una tale teoria abbia trovato origine nel sistema costituzionale spagnolo, cioè in un contesto in cui il *recurso de amparo* per la difesa dei diritti e delle libertà fondamentali ha "esacerbato" la funzione giurisdizionale del TC e laddove autorevole dottrina attualmente riflette sulla necessità di una riconsiderazione del significato delle varie competenze della giurisdizione costituzionale.

[109] «Tutta la giurisprudenza della Corte risulta influenzata da una duplice contraddittoria istanza. Per un verso dalla consapevolezza di non potere contare su un intervento del legislatore, insieme reintegrativo della completezza dell'ordinamento giuridico e attuativo dei principi e dei valori della Costituzione, ma anche di non avere alcuno strumento giuridicamente efficace per sanzionare tale inerzia o soltanto ovviare alle conseguenze causate all'ordinamento giuridico dall'inosservanza da parte del potere legislativo del suo compito di assicurare ai cittadini la completezza del diritto positivo e la sua piena validità costituzionale. Per altro verso dalla consapevolezza che, almeno per alcune decisioni della Corte, l'intervento del legislatore risulta indispensabile e insostituibile...» (P. Falzea, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, in A. Ruggeri-G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano 2000, p. 135).

[110] In questo senso, R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., p. 175.

[111] Si tratterebbe, dunque, più precisamente, di decisioni additive di principio "a rime non obbligate" sulle quali si è detto: «...offrono una soluzione che può creare più problemi di quanto non ne risolva ... Più che in ogni altro caso, quando la Corte emette una pronuncia siffatta, ha bisogno della collaborazione dei giudici e di quella del legislatore: la "defezione" di entrambi i "destinatari necessari" della decisione metterebbe in pericolo la stessa legittimazione della Corte; ed è un rischio non indifferente, se si pensa che essa non ha la disponibilità degli effetti delle proprie decisioni e che, dunque, non può costringere alcuno all'obbedienza dei propri *dicta*...» (C. Salazar, «*Guerra e pace*» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su *pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore*, in A. Ruggeri-G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., p. 269).