

La qualificazione tributaria della indennità liquidata per la accertata responsabilità dello Stato per gli atti e le omissioni contrari al diritto europeo

*Maurizio Fiorilli**

1. La qualificazione tributaria del risarcimento dovuto per la lesione di un diritto soggettivo riconosciuto dall'ordinamento europeo da parte di uno Stato membro dipende dai Trattati istitutivi della Unione Europea e dal principio di territorialità proprio della fiscalità nazionale.

Le competenze dell'Unione Europea si fondano sul principio di attribuzione (art. 5 TUE), ne consegue che essa agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei Trattati per la realizzazione degli obiettivi da questi stabiliti.

Il comportamento dello Stato membro nelle materie di competenza dell'Unione Europea è qualificato come antiggiuridico in base ai principi e alle norme dell'ordinamento europeo (art. 4, comma 3 TUE). Il trattamento giuridico delle fattispecie di responsabilità dello Stato membro per violazione delle norme di diritto primario o secondario europeo di conseguenza è attratto (*ratione materiae*) nell'ambito di applicazione del diritto europeo. Ne segue che nel caso di accertata violazione del diritto europeo che comporti un risarcimento del danno l'ordinamento dello Stato membro deve assicurare una congrua riparazione del pregiudizio inferito.

2. La responsabilità dello Stato membro non è assimilabile a quella derivante da un accordo internazionale. E ciò, in quanto l'accordo internazionale crea obblighi reciproci fra gli Stati contraenti, ma non attribuisce direttamente ai privati diritti o gli impone degli obblighi.

I Trattati che hanno istituito le Comunità europee, ed ora l'Unione europea, hanno comportato la attribuzione di competenze statali "*per conseguire i loro obiettivi comuni*" (art. 1 TUE) ad un ente internazionale costituendo un ordinamento giuridico internazionale di nuovo tipo (art. 5 TUE).

La Corte di Giustizia nella sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos* (1) ha sottolineato che "Lo scopo del Trattato CEE, cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci tra Stati contraenti. Ciò è confermato dal Preambolo del Trattato il quale, oltre a menzionare i Governi, fa richiamo

(*) Già Vice Avvocato Generale dello Stato.

(1) Racc. 1963 00003.

ai popoli e, più concretamente ancora, dalla instaurazione di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli Stati membri sia dei loro cittadini. Va poi rilevato che i cittadini degli Stati membri della Comunità collaborano, attraverso il Parlamento europeo e il Comitato economico e sociale, alle attività della Comunità stessa. Oltracciò, la funzione attribuita alla Corte di Giustizia dall'articolo 177 (*ora art. 267 TFUE*), funzione il cui scopo è di garantire l'uniforme interpretazione del Trattato da parte dei giudici nazionali, costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario una autorità tale da poter essere fatta valere dai suoi cittadini davanti a detti giudici. In considerazione di tutte queste circostanze si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini”.

Pertanto, a differenza di quanto avviene generalmente nel quadro della cooperazione giuridica internazionale, le norme e provvedimenti amministrativi adottati dalle Istituzioni europee raggiungono o sono suscettibili di raggiungere i soggetti interni degli Stati membri senza bisogno di o indipendentemente dall'intermediazione del diritto nazionale. Invero, in molti dei settori attribuiti alla competenza della Unione Europea, si pensi al settore della concorrenza (artt. 101-106 TFUE) o a quello degli aiuti di Stato (artt. 107-109 TFUE), tale competenza non è solo normativa, ma anche di amministrazione diretta in capo ai privati (cittadini europei o persone giuridiche ad essi parificati): spetta in altri termini alle stesse Istituzioni dell'Unione la gestione di una data materia ed il controllo sul rispetto delle relative norme da parte degli amministrati.

La diretta efficacia del diritto dell'Unione europea sulle situazioni giuridiche soggettive dei singoli si accompagna strettamente ad un'altra caratteristica fondamentale di questo diritto, consistente nella supremazia delle sue disposizioni su quelle dell'ordinamento giuridico nazionale (2). La norma giuridica

(2) Sentenza 15 luglio 1964, in Causa C-6/64, *Flaminio Costa* (Racc. 1964 01141) “ [...] *A differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare ... Tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che provengono da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito o i termini del Trattato hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un tale ordinamento giuridico da essi accettato a condizioni di reciprocità un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordinamento comune ... La preminenza del diritto comunitario trova conferma nell'art. 189 (ora 288 TFUE) a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri. Questa disposizione che non è accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari ...*”, conf. Sentenza del 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Simmenthal* (Racc. 1978 00629).

nazionale, sia essa antecedente o successiva, contrastante cede dinanzi a quella europea e non può essere quindi applicata dai giudici nazionali nell'ambito di una controversia giudiziaria in cui un parte abbia invece ritenuto di invocarla.

La responsabilità dello Stato membro per la violazione del diritto riconosciuto al singolo dall'ordinamento europeo si inquadra ed è disciplinata in tale ordinamento (3).

I Trattati (TUE e TFUE) in relazione all'obbligo di leale collaborazione tra Unione e Stati membri hanno per un verso previsto l'obbligo degli Stati membri di risolvere eventuali controversie sulla interpretazione e sull'applicazione dei Trattati nel quadro e secondo procedure previste dal sistema, rendendo così quest'ultimo, anche su tale versante, tendenzialmente chiuso e autosufficiente; dall'altro hanno istituito procedure finalizzate ad assicurare il corretto funzionamento del sistema lasciate alla iniziativa e/o alla partecipazione della Commissione e dei cittadini.

La responsabilità dello Stato membro, che ha carattere unitario (4) in quanto non rileva per l'ordinamento europeo la imputabilità interna della violazione, è accertata dalla Corte di Giustizia nei ricorsi per inadempimento promossi dalla Commissione (artt. 258 e 260 TFUE).

(3) I parametri per valutare la conformità del diritto interno ai risultati imposti dall'ordinamento europeo, sono stati enunciati dalla Corte di Giustizia nella risoluzione delle questioni pregiudiziali concernenti: 1) l'ambito della responsabilità dello Stato per gli atti e le omissioni del legislatore contrari al diritto europeo; 2) i presupposti della responsabilità; 3) la possibilità di subordinare il risarcimento all'esistenza di una colpa; 4) l'entità del risarcimento; 5) la delimitazione del periodo coperto dal risarcimento (sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93). I detti parametri sono stati precisati secondo i principi di seguito elencati: a) anche l'inadempimento riconducibile al legislatore nazionale obbliga lo Stato a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto europeo; b) il diritto al risarcimento deve essere riconosciuto allorché la norma comunitaria, non dotata del carattere *self-executing* sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia manifesta e grave e ricorra un nesso causale diretto fra tale violazione ed il danno subito dai singoli, fermo restando che è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla imputazione (interna) della responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare il danno, ma a condizioni non meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di natura interna e, comunque, non tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento; c) il risarcimento del danno non può essere subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa; d) il risarcimento deve essere adeguato al danno subito, spettando all'ordinamento giuridico interno stabilire i criteri di liquidazione, che non possono essere meno favorevoli di quelli applicabili ad analoghi reclami di natura interna, o tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento. In ogni caso, non può essere escluso in via generale il risarcimento di componenti del danno, quale il lucro cessante; e) il risarcimento non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia della sentenza della Corte di Giustizia che accerti l'inadempimento.

(4) Sentenza 30 settembre 2003, *Köbler*, in causa C-224/01, Racc. 2003 I-10239: “[...] 32. Se nell'ordinamento giuridico internazionale lo Stato la cui responsabilità sorgerebbe in caso di violazione di un impegno internazionale viene considerato nella sua unità, senza che ne derivi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo, tale principio deve valere a maggior ragione nell'ordinamento giuridico comunitario, in quanto tutti gli organi dello Stato, ivi compreso il potere legislativo, sono tenuti, nell'espletamento dei loro compiti, all'osservanza delle prescrizioni dettate dal diritto comunitario e idonee a disciplinare direttamente la situazione dei singoli?”.

La responsabilità dello Stato membro è fondata sui principi della *primauté* del diritto europeo (5) e di leale collaborazione tra Stati membri.

3. La responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto europeo nell'esercizio della **funzione legislativa** è contestata da una parte della dottrina mediante l'apodittico richiamo al principio dell'assoluta discrezionalità del legislatore.

La tesi si fonda sul principio della libertà nei fini della funzione legislativa, in quanto espressione del potere politico; da ciò conseguirebbe l'insindacabilità da parte della Corte di Giustizia dell'esercizio di tale potere e l'inconfigurabilità di un diritto del singolo al legittimo esercizio di tale potere.

Ciò che viene opposto al principio della responsabilità dello Stato per l'attività legislativa è un limite di tipo costituzionale che richiama la cosiddetta dottrina dei "controlimiti" (6), elaborata dalla giurisprudenza costituzionale italiana e da quella tedesca, secondo cui le norme europee ricadono nel controllo esclusivo di costituzionalità delle Corti costituzionali nazionali.

La nozione volontaristica del potere politico che questa teoria invoca, con il riferimento ad una discrezionalità libera ed assoluta del legislatore, si pone in stridente contrasto non solo con il trasferimento di competenze su un complesso di materie alle Istituzioni europee (7), ma anche e soprattutto con la stessa idea di "costituzione rigida" che caratterizza il costituzionalismo contemporaneo, secondo la quale il potere non è più concentrato in un onnipotente

(5) Il percorso interpretativo diretto ad affermare il principio della "*primauté*" del diritto europeo, è stato portato a compimento con la sentenza *Simmenthal* (sentenza del 9 marzo 1978, in causa C-106/77). Questa sentenza precisa che, in forza del principio della preminenza del diritto europeo, le disposizioni del Trattato e gli atti delle Istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto non solo di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione del diritto interno degli Stati membri contrastante con la legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti diritti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi siano incompatibili con sentenze o con norme europee.

(6) La teoria dei "controlimiti" è stata elaborata come argine rispetto a possibili violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte delle fonti degli ordinamenti sovranazionali e internazionale, oltre che del diritto concordatario e delle leggi costituzionali e di revisione. Di recente la Corte Costituzionale ha utilizzato l'istituto in una fattispecie relativa alla norma consuetudinaria internazionale, entrata nell'ordinamento in base all'art. 10 Cost., dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione per atti *iure imperii* (sentenza n. 238 del 2014) e alla legge di esecuzione del Trattato di Lisbona nella parte in cui, in violazione del controlimite di cui all'art. 25 Cost., renderebbe efficace nell'ordinamento italiano la sentenza interpretativa della Corte di giustizia Ue sul caso *Taricco*, decisione con cui il giudice europeo ha inteso orientare i giudici italiani verso la disapplicazione delle norme sulla prescrizione nel processo penale nei casi in cui le stesse non garantiscano efficacemente la sanzione delle frodi fiscali in relazione agli interessi finanziari dell'Ue ai sensi del principio posto nell'art. 325 TFUE.

(7) TESAURO G., *Responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario*, in *Tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema comunitario*, Bruxelles 1997, 306 ss.

legislatore, ma è diffuso in una pluralità di poteri separati ed in rapporto di reciproco bilanciamento e controllo, al punto che, secondo la letteratura più recente (8), è la stessa idea di “sovrano” ad essere superata nell’ambito dello Stato costituzionale.

Il far dipendere poi la conclusione negativa in punto di responsabilità civile dall’inesistenza di un diritto soggettivo all’esercizio del potere legislativo, vuol dire assumere la concezione della responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale come lesione di diritti soggettivi; concezione che è stata tuttavia definitivamente superata dalla giurisprudenza di legittimità con l’approdo alla lettura dell’art. 2043 c. civ. nei termini della clausola generale del “danno ingiusto”.

La responsabilità del legislatore per la violazione del diritto europeo presuppone la legittimità del comportamento tenuto dall’organo dal punto di vista del diritto interno. La validità dell’atto (legge o atto normativo) non è posto così in discussione: anzi, sono proprio la sua efficacia giuridica e la sua obbligatorietà a fondare la responsabilità dello Stato dal punto di vista dell’ordinamento europeo. Non è dunque in questione la validità dell’atto di diritto interno, ma la liceità della condotta tenuta dallo Stato, considerato nella sua unità dal punto di vista dell’ordinamento europeo.

Ciò significa che fra ordinamento europeo ed ordinamento nazionale non si stabilisce un rapporto di tipo gerarchico, nel senso che l’uno definisca i criteri di validità dell’altro, ma un rapporto di liceità in luogo di quello di validità dell’atto, nel quale rilevano i comportamenti allorquando esso sia effettivamente entrato nel diritto positivo e nella consequenziale semplice perdita di applicabilità del diritto interno.

Il primato del diritto europeo, presentato dalla giurisprudenza europea come “disapplicazione” dell’atto interno non conforme all’ordinamento europeo, non si traduce in una invalidità o in un annullamento, ma nella “preferenza” del diritto europeo quando esso sia effettivamente entrato nel diritto positivo e nella consequenziale semplice perdita di applicabilità del diritto interno (9). L’integrazione fra i due ordinamenti non discende da una norma fondamentale europea che condizioni la validità del diritto nazionale, ma dal riconoscimento dell’efficacia dell’ordinamento europeo quale fonte di diritto interno (10).

Tanto trova conferma nel fatto che, allorché la Corte Costituzionale italiana ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma nazionale conflig-

(8) FIORAVANTI M., *Stato e Costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, 2002.

(9) CARTABIA - WELLER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, pp. 173 ss.

(10) MENGONI V., *Note sul rapporto fra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in LIPARI (a cura di) *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, pp. 26 ss.

gente con la norma europea, quest'ultima non ha assunto direttamente la veste di parametro del giudizio, ma è stata configurata quale norma interposta rispetto alla costituzione formale (11).

La attribuzione interna della responsabilità unitaria dello Stato al legislatore nazionale, sia in carenza che nell'esercizio della funzione legislativa, è da qualificare *non iure* sul piano sovranazionale, ma non su quello interno.

La sentenza *Francovich*, che per prima ha riconosciuto la responsabilità dello Stato-legislatore per carenza, rinvia alla disciplina interna dei singoli Stati membri le condizioni dell'azione riparatoria. Ed è proprio in tale ambito che lo Stato conserva, anche nelle intenzioni della Corte di Giustizia, la propria "limitata sovranità", subordinata, peraltro, anzitutto al principio che le condizioni previste dal diritto nazionale per far valere questo tipo di responsabilità non possono essere meno favorevoli rispetto a quelle interne imposte per azioni analoghe (*regola del trattamento nazionale*) e tali condizioni non possono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (*regola dello standard minimo europeo*).

Sta di fatto che, al di fuori di tale duplice limite, indispensabile per assicurare una soglia minimale di effettività alla tutela riconosciuta, il giudice europeo omette di indicare a quali condizioni sostanziali e formali e secondo quali criteri debba essere garantita la tutela dei singoli e come possa esserlo in tutti gli Stati membri in modo, se non uniforme, almeno omogeneo (12).

Inizialmente la regola è stata utilizzata dai giudici nazionali - evidentemente restii, specie quelli di vertice, ad accostare il concetto di fatto illecito alla attività legislativa - per circoscrivere le ipotesi di responsabilità dello Stato-legislatore ai soli casi immediatamente riferibili alla citata sentenza *Francovich*.

La giurisprudenza più recente (13), a partire dalla sentenza delle SS.UU, del 17 aprile 2009, n. 9147, ha qualificato il c.d. "*illecito del legislatore*" come derivante dalla violazione di un'obbligazione *ex lege* di natura indennitaria, aderendo così alla tesi, secondo cui sussisterebbe un autentico obbligo legale per lo Stato membro di predisporre i mezzi necessari per garantire gli obiettivi di tutela posti dal diritto europeo. Tale impostazione prende le mosse dalla considerazione che lo Stato membro si obbliga nei riguardi dell'ordinamento comunitario al conseguimento di un risultato; e ciò perché «*stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antigiusuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordina-*

(11) CELOTTO A., *Le "modalità" di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. Ital. Dir. Publ. Comunitario*, 1999, p. 1482.

(12) TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri nell'Unione Europea*, in *Foro Ital.* 1995, IV, 13 c. 27.

(13) Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2011 n. 23568; *idem*, 9 febbraio 2012 n. 1917.

mento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione».

Naturale conseguenza della soluzione accolta dalle SS.UU. civili è che la responsabilità dello Stato membro nei confronti dell'Unione è assimilabile alla responsabilità interna di natura contrattuale ai sensi dell'articolo 1218 c. civ. ed è assoggettata alle relative regole; e ciò ad eccezione del profilo del termine di prescrizione, dal momento che la legge di stabilità per il 2012 ha stabilito che il diritto al risarcimento dei danni patiti per effetto della tardività, omessa o erronea attuazione di direttive comunitarie è soggetto al termine prescrizione breve di cinque anni previsto dall'articolo 2947 c. civ. a far data dal momento in cui si è verificato il fatto dal quale derivavano i diritti.

4. Nella ipotesi in cui la **attività amministrativa** abbia violato il diritto europeo e sia fonte di un danno, la responsabilità indennitaria dello Stato rappresenta un correttivo alla tutela assicurata ai singoli dall'azione di annullamento dell'atto amministrativo (14).

(14) La responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto europeo da parte di una pubblica amministrazione è stata accertata, la prima volta, dalla Corte di Giustizia con decisione 23 maggio 1996, in causa C-5/94, *The Queen v. Ministry of Agriculture*. La controversia riguardava il diniego di un provvedimento di autorizzazione per l'esportazione di animali da macello in Spagna. Il Ministry of Agriculture aveva violato le norme europee che vietano le restrizioni quantitative all'esportazione (art. 30 TCE), poiché aveva negato la autorizzazione alla esportazione alla società Hedley Lomas, pur non avendo il potere di assumere una scelta discrezionale in merito. La Corte ha condannato lo Stato a ristorare il danno cagionato, mettendo in evidenza, in particolare, come l'autorità pubblica disponeva nel caso di specie di un potere discrezionale molto ridotto.

Un caso analogo, ma con la specificazione che si trattava di una norma comunitaria che non lasciava spazio alla discrezionalità amministrativa, è stato deciso dalla Corte di Giustizia con sentenza 2 aprile 1998 in causa C-127/95, *Norbrook Laboratories Ltd.*, relativa all'autorizzazione al commercio di farmaci per uso veterinario. L'art. 5, secondo comma, della direttiva 81/851, relativa ai medicinali veterinari, in combinato disposto con le altre disposizioni di tale direttiva e con la direttiva 81/852, relativa alle norme e ai protocolli analitici, tossico-farmacologici e clinici in materia di prove effettuate su medicinali veterinari, consentiva all'autorità competente di richiedere informazioni e documenti solo se espressamente elencati in tale disposizione, come precisati nell'allegato della direttiva 81/852. Il Ministero della agricoltura inglese aveva richiesto alla *Norbrook Laboratories Ltd.*, produttrice di un farmaco ad uso veterinario, richiedente la autorizzazione alla immissione in commercio, informazioni ulteriori rispetto a quelle richieste dalla predetta direttiva integrata e, non avendole ricevute, aveva negato la autorizzazione. La Corte, adita con una domanda pregiudiziale interpretativa, ha precisato che la domanda di rilascio di un'autorizzazione di immissione sul mercato di un medicinale veterinario deve soddisfare tutte le condizioni previste dall'art. 5 della direttiva 81/851 perché l'autorizzazione possa essere rilasciata e, di conseguenza, l'autorità competente non è autorizzata a dispensare il richiedente dal fornire un'informazione o un documento previsti dal detto art. 5, anche se risulti che l'ottenimento di tale informazione è praticamente impossibile in un caso concreto, e non può chiedere ulteriori informazioni. E ciò, in quanto le direttive 81/851 e 81/852, per quanto riguarda le informazioni e i documenti richiesti nell'ambito di una domanda di autorizzazione, sono conformi agli artt. 30-36 del Trattato. Da un lato, infatti, l'armonizzazione delle procedure nazionali in materia di rilascio di un'autorizzazione ha proprio lo scopo di eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei medicinali veterinari; dall'altro, anche se le rigorosissime condizioni imposte dalle direttive di cui trattasi comportano di per sé alcune restrizioni, non sembra che esse non siano giustificate dalla tutela della salute, che è l'obiettivo fondamentale di tali direttive. La

La peculiarità della fattispecie è data dal fatto che il giudizio di responsabilità non è aggiuntivo alla tutela demolitoria, ma interviene in via quasi sostitutiva nei casi in cui quest'ultima non sia più utilmente esperibile (15).

Dall'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa per violazione del diritto europeo possono invero, in base a regole peculiari diverse da quelle ordinarie, scaturire conseguenze non solo demolitorie dell'atto illegittimo, ma anche riparatorie dei danni subiti dal soggetto passivo. Emerge così una forma di tutela differenziata, poiché a una diversità di rapporti giuridici corrisponde una diversità di tutela giurisdizionale.

La richiesta di tutela, che di norma viene soddisfatta principalmente mediante l'azione costitutiva, nelle ipotesi di violazione del diritto europeo diventa più articolata, poiché organizzata in diverse forme rimediali, come il risarcimento in forma specifica o per equivalente, tese ad assicurare la piena riparazione del diritto del ricorrente.

Il relativo regime diverge da quello ordinario. La ragione di tale mutamento può essere individuata anche nel fatto «*che è socialmente ed economicamente in contrasto con il principio di proporzionalità, quale anche delineato nell'ordinamento europeo, che l'annullamento debba costituire l'unica statuizione che il giudice amministrativo può adottare in sede di giudizio di legittimità*» (16).

La tutela dei diritti di fonte europea richiedono l'adozione di una logica rimediale completa, tipica dei modelli processuali di piena giurisdizione (cioè non limitata all'annullamento dell'atto). E ciò, in quanto la protezione dei di-

Corte ha conseguentemente concluso che uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni che il richiedente di un'autorizzazione all'immissione in commercio abbia subito a causa di richieste di informazioni e a causa di condizioni che violano le direttive 81/851 e 81/852, nel caso in cui la norma di diritto comunitario violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, la violazione sia grave e manifesta ed esista un nesso di causalità diretto tra tale violazione e il danno subito dai singoli. Con questa riserva, è nell'ambito delle norme nazionali relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato da una violazione del diritto comunitario ad esso imputabile, fermo restando che le condizioni stabilite dalla normativa nazionale in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento.

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

(16) S. GIACHETTI - G. GIACHETTI, *Occupazione in carenza di potere, riparto di giurisdizione e concezione "a matrioska" del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1093.

ritti riconosciuti dal diritto europeo è garantita mediante il ricorso a diverse sanzioni giuridiche. In primo luogo, la tutela eliminativa (o caducatoria); in secondo luogo, la tutela integrativa (o restitutiva), con la quale si richiede il conseguimento del bene di cui si è stati spogliati; in terzo luogo, la tutela risarcitoria, sotto varie forme. Alcune di esse colpiscono l'atto, a causa della sua difformità dallo schema normativo, altre colpiscono l'amministrazione, in quanto autore dell'azione illegittima, quando vi sia una illiceità a cui si ricollega il risarcimento del danno.

Se è vero che la violazione del diritto europeo conduce all'invalidità del provvedimento amministrativo, è altrettanto vero che in tale ipotesi si evidenzia una sorta di discrezionalità sanzionatoria.

La illegittimità della azione amministrativa può, dunque, dare vita a diverse conseguenze a seconda dei casi e della fonte violata. Si conferma in tal modo il principio che l'invalidità non riguarda un atto giuridico da considerare nella sua staticità, ma si appunta sul potere e sulle norme che ne vincolano lo svolgimento, inteso come situazione che si esplica per la produzione di effetti giuridici conseguenti agli atti che costituiscono il suo esercizio.

5.1. Il giudice nazionale, avendo come compito quello di applicare il diritto, compreso il diritto europeo, assume incontestabilmente un ruolo essenziale nell'ordinamento giuridico europeo. La sua posizione costituzionale, all'incrocio di due diversi sistemi giuridici (nazionale e europeo), gli consente di fornire un rilevante contributo all'applicazione effettiva del diritto europeo e, in definitiva, allo sviluppo del processo di integrazione europea. Il compito del giudice nazionale si articola intorno ad un duplice obbligo: quello di fornire un'interpretazione ed un'applicazione del diritto interno che siano conformi alle esigenze del diritto europeo e qualora una siffatta interpretazione conforme non sia possibile, di disapplicare le norme nazionali incompatibili con il diritto europeo; nonché, in mancanza di una tale possibilità, di sollevare una questione di interpretazione del diritto europeo innanzi alla Corte di Giustizia (art. 267 TFUE). E ciò in quanto il Trattato ha posto l'obbligo di interpretazione conforme del diritto europeo primario (le disposizioni del Trattato) (17) e derivato (in particolare le direttive). La sentenza del giudice può assumere un duplice rilievo: costituire la fonte della responsabilità dello Stato membro per la violazione degli obblighi derivanti a suo carico dalla appartenenza alla Unione Europea; ovvero costituire il mezzo per assicurare la piena tutela del diritto riconosciuto al singolo dal diritto europeo. Il quesito al quale si deve dare risposta nel caso di responsabilità dello Stato per l'illecito europeo nell'esercizio del potere giudiziario è, quindi, se la norma interna applicata per la decisione della fattispecie in giudizio consentisse o meno una interpreta-

(17) Sentenza 4 febbraio 1988, in causa C-157/86, *Murphy*, punto 11.

zione orientata al diritto europeo. Nel caso di risposta positiva, la lesione del diritto europeo deve essere imputata al giudice. La lesione può essere verificata unicamente attraverso il puntuale esame della motivazione della sentenza in relazione alle risultanze istruttorie di causa, alla luce delle norme o dei principi europei applicabili nella fattispecie in giudizio. Il solo limite che si impone al giudice nazionale, nell'ambito di questo esercizio di interpretazione conforme, è di non imporre a un singolo un obbligo previsto da una direttiva non trasposta (art. 288 TFUE) o di determinare o di aggravare, sulla base della direttiva e in assenza di una legge emanata per la sua attuazione, la responsabilità penale di coloro che ne trasgrediscono le disposizioni (18).

Quanto all'obbligo di disapplicare il diritto nazionale incompatibile con il diritto comunitario, la Corte nella sentenza *Simmenthal* (19), basandosi sui principi dell'applicabilità diretta e del primato del diritto comunitario, ha posto il principio che «*il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza (in quanto organo di uno Stato membro), le disposizioni di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale*» (20).

Da tale giurisprudenza si ricava che il giudice nazionale deve assicurare la tutela immediata dei diritti che ai singoli derivano dall'ordinamento europeo. Questa esigenza della immediatezza nella tutela dei diritti conferita ai singoli dal diritto europeo risponde ad un duplice obiettivo di effettività: effettività della tutela e, di conseguenza, effettività della norma giuridica stessa (21).

(18) Sentenza 26 settembre 1996, in causa C-168/95, *Arcaro*, punto 42, ove si fa riferimento alla sentenza 8 ottobre 1987, in causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, punti 13 e 14.

(19) Sentenza 9 marzo 1978, *Simmenthal*, in causa C-106/77, Racc. 1978 00629.

(20) Punto 24 in connessione con il punto 16. Elementi in tal senso si potevano già vedere nella sentenza 19 dicembre 1968, in causa C-13/68, *Salgoil*.

(21) Sulla scia della sentenza *Simmenthal*, la Corte ha dichiarato nella sentenza *Factortame* (sentenza 19 giugno 1999, in causa C-213/89), che il giudice nazionale deve eliminare qualsiasi ostacolo di diritto nazionale che gli impedisca di disporre, se necessario, provvedimenti provvisori destinati a tutelare diritti che i singoli asseriscono derivare dal diritto europeo. Il principio è stato riaffermato in una fattispecie di azione pregiudiziale relativo alla compatibilità con il diritto europeo di una disposizione di *common law* che disponeva la non sospensibilità provvisoria di un provvedimento giurisdizionale. La Corte, ha così motivato "20. (...) considerato che è incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino, anche temporaneamente, alla piena efficacia delle norme comunitarie (vedasi la già citata sentenza 9 marzo 1978, *Simmenthal*,

5.2. La problematica relativa ai presupposti della responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale è stata esaminata dalla Corte di Giustizia con la sentenza 30 settembre 2003 in causa C-224/01, *Köbler* (22).

La Corte, considerata la specificità della funzione giurisdizionale nonché le legittime esigenze della certezza del diritto e la circostanza che un organo giurisdizionale di ultimo grado costituisce, per definizione, l'ultima istanza dinanzi alla quale i soggetti possono far valere i diritti che il diritto europeo conferisce loro, ha chiarito che tale responsabilità può sussistere solo nel caso eccezionale che questi abbia violato in modo manifesto il diritto europeo vigente. Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni deve tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sottoposta al suo sindacato.

Fra questi, in particolare, il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria, nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE (ora, art. 267, terzo comma, TFUE) (cfr. sentenza *Köbler*, cit., punti 54-55).

6. La violazione dell'obbligo dello Stato membro di "adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione" (art. 4, co. 3 TUE) può determinare la **lesione di diritti soggettivi** attribuiti dall'ordinamento europeo ai cittadini (23).

punti 22 e 23 della motivazione). 21. Va aggiunto che la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori. 22. Questa interpretazione trova conferma nel sistema istituito dall'art. 177 del Trattato CEE, il cui effetto utile sarebbe ridotto se il giudice nazionale che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione pregiudiziale non potesse concedere provvedimenti provvisori fino al momento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte. 23. La questione pregiudiziale va pertanto risolta dichiarando che il diritto comunitario dev'essere interpretato nel senso che il giudice nazionale chiamato a dirimere una controversia vertente sul diritto comunitario, qualora ritenga che una norma di diritto nazionale sia l'unico ostacolo che gli impedisce di pronunciare provvedimenti provvisori, deve disapplicare detta norma".

(22) Racc. 2003 I-10239.

(23) "33 [...] sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. 34. La possibilità di risarcimento a carico dello stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nel caso di specie, la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata

Il diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto europeo se siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica europea violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata (24) e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato membro e il danno subito dai soggetti lesi.

L'obbligo dello Stato membro di risarcire i danni per la lesione dei diritti riconosciuti dall'ordinamento europeo ha natura extra-contrattuale (25).

E ciò, in base alla considerazione che, stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti (europeo e interno), il comportamento dello Stato, e in conseguenza dei suoi organi interni (legislativo, amministrativo, giudiziario), è suscettibile di essere qualificato come antiggiuridico nell'ambito dello ordinamento europeo, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali riconosciuti dalla stessa Costituzione.

Sulla base del principio della "non applicabilità" della normativa nazionale (sia precedente che successiva) contrastante con quella europea, che non implica fenomeni né di caducazione, né di abrogazione della norma statale confliggente con quella comunitaria, il trattamento giuridico delle fattispecie di responsabilità dello Stato per violazione delle norme di diritto primario o secondario europeo è attratto (*ratione materiae*) nell'ambito di applicazione del diritto europeo, in modo che al giudice è demandato il controllo dell'adeguamento dell'ordinamento interno a quello europeo; adeguamento che avviene così automatico, dovendo la normativa interna cedere il passo a quella europea ove risulti essere con questa contrastante.

alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano fare valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario. 35. Ne consegue che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili e inerente allo stesso trattato" (Sentenza 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e a. c. Italia*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Racc. 1991 I-05357.)

(24) Il criterio determinante per stabilire se si sia in presenza di una violazione sufficientemente caratterizzata di una norma superiore intesa a tutelare i singoli è il margine di discrezionalità di cui dispone lo Stato membro nella trasposizione dell'atto normativo europeo o di applicazione dell'atto normativo europeo con efficacia diretta. Tra le norme superiori intese a tutelare i singoli la giurisprudenza ha annoverato il principio di non discriminazione (Tribunale, 6 marzo 2003, *Dole Fresh Fruit International*, in causa T-56/00), quello di proporzionalità (Tribunale, 6 dicembre 2001, *Emesa Sugar*, in causa T-43/98), quello di parità di trattamento (Tribunale, 27 giugno 1991, *Stahlwerler*, in causa T-120/89), nonché il dovere di diligenza (Tribunale 24 ottobre 2000, *Fresh Marine Company*, in causa T-178/98) e il principio del legittimo affidamento (Tribunale 6 dicembre 2001, *Emesa Sugar*, in causa T-43/98).

(25) Sentenza 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur S.A.*, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, Racc. 1996 I-01029, " [...] i presupposti del sorgere della responsabilità dello Stato per danni cagionati ai singoli in conseguenza della violazione del diritto comunitario non debbono essere diversi, in mancanza di specifica giustificazione, da quelli che disciplinano la responsabilità della Comunità in circostanze analoghe. Infatti la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno".

7. Di recente, la Corte di Cassazione ha optato per ricondurre tale illecito nell'ambito della obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di **natura indennitaria** per attività non antiggiuridica (SS.UU 17 aprile 2009 n. 9147). E ciò, sul presupposto che nell'ambito del rimedio risarcitorio occorre distinguere tra la disciplina sostanziale stabilita dal diritto dell'Unione e quella procedurale rimessa ai diritti nazionali.

Le condizioni fissate dalla normativa nazionale in materia di risarcimento dei danni per la violazione del diritto dell'Unione non possono essere meno favorevoli di quelle che regolano gli analoghi rimedi disponibili in ordine alle situazioni di diritto interno (principio di equivalenza), né comunque tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività).

Le SS.UU. nella sentenza n. 9147/2009 motivano le proprie conclusioni come segue: "4.5. ... *Esiste però un altro orientamento giurisprudenziale che, all'esito dell'analisi del fenomeno giuridico, esclude che il danno derivante dalla mancata attuazione nei termini prescritti di una direttiva Cee, attuazione dalla quale sarebbe derivata l'attribuzione ai singoli di diritti dal contenuto ben individuato sulla base della direttiva stessa, secondo il principio precisato dalla sentenza della Corte di Giustizia Cee 19 novembre 1991, cause 6-90 e 9-90 e ribadito nella successiva sentenza 14 luglio 1994, causa 91-92, costituisca la conseguenza di un fatto imputabile come illecito civile (art. 2043 cod. civ. e segg.) allo Stato inadempiente (cf., in particolare, Cass. 5 ottobre 1996, n. 8739; 11 ottobre 1995, n. 10617; 19 luglio 1995, n. 7832). Ciò in base alla considerazione che, stante il carattere autonomo e distinto tra i due ordinamenti, comunitario e interno, il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antiggiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno, secondo principi fondamentali che risultano evidenti nella stessa Costituzione.* 4.6. *Sulla base del principio della "non applicabilità" della normativa nazionale (sia essa la precedente che successiva) contrastante con quella comunitaria - che non implica fenomeni né di caducazione, né di abrogazione della norma statale confliggente con quella comunitaria, il trattamento giuridico del caso di specie è attratto (ratione materiae) nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, in modo che al giudice è demandato il controllo dell'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, adeguamento che diviene così automatico, dovendo la normativa interna cedere il passo a quella comunitaria ove risulti essere con quest'ultima contrastante. Ne segue che, per risultare adeguato al diritto comunitario, il diritto interno deve assicurare una congrua riparazione del pregiudizio subito dal singolo per il fatto di non avere acquistato la titolarità di un diritto in conseguenza della violazione dell'ordinamento comunitario.* 4.7. 4.8. *Sulla base del descritto complesso di principi e regole, va data continuità all'indirizzo della giurisprudenza da ultimo ri-*

chiamata, secondo cui i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dello schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione ex lege dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica, che il giudice deve determinare in base ai presupposti oggettivi sopra indicati, in modo che sia idonea a porre riparo effettivo ed adeguato al pregiudizio subito dal singolo. La qualificazione in termini di obbligazione indennitaria, del resto, consente di assoggettare allo stesso regime giuridico sia il caso, come quello in esame, di attuazione tardiva di una direttiva senza alcuna previsione di riparazione del pregiudizio per l'inadempimento, sia quello dell'intervento specifico, preordinato alla disciplina risarcitoria (come è avvenuto, ad esempio, con il D.lgs n. 80 del 1992, art. 7, comma 2, in tema tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, su cui la citata Cass. n. 8110 del 2002). E ciò, in linea con il principio secondo cui la qualificazione della situazione soggettiva dei privati deve farsi con esclusivo riferimento ai criteri dell'ordinamento giuridico interno (cfr. Cass. Sez. un., 27 luglio 1993, n. 8385), imponendo l'ordinamento comunitario soltanto il raggiungimento di un determinato risultato. 4.9. In conclusione, per realizzare il risultato imposto dall'ordinamento comunitario con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione ma senza che operino i criteri di responsabilità per dolo o colpa grave, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando il danno soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio".

I giudici della Suprema Corte hanno successivamente chiarito che le SS.UU. non avevano inteso escludere l'antigiuridicità della violazione del diritto dell'Unione sul piano del diritto interno (violazione della legge di ratifica del Trattato), bensì evidenziare la mera assenza del requisito della fattispecie aquiliana (Cass. civ., 18 aprile 2011 n. 10813; 17 maggio 2011 nn. 10814-10816; 9 febbraio 2012 n. 1917).

In conclusione, per realizzare il risultato imposto dall'ordinamento europeo con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito dello Stato (indipendentemente dalla imputabilità interna) di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione, senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando il danno soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio.

8. Conformemente ai principi generali comuni alla maggior parte dei proventi degli Stati membri, la giurisprudenza europea ha precisato che sono risarcibili sia il danno patrimoniale sia il danno non patrimoniale, quest'ultimo quantificabile anche in equità.

Il danno risarcibile comprende di regola sia il danno emergente che il lucro cessante.

Il giudice europeo, e quindi anche il giudice nazionale, adito dal soggetto leso dall'inadempimento dello Stato membro, è competente a imporre qualsiasi forma di risarcimento conforme ai principi generali comuni agli Stati membri in materia di responsabilità extracontrattuale, incluso, se appare conforme a tali principi, il risarcimento in natura, eventualmente anche sotto forma di ingiunzione di fare o di non fare.

Si deve, infine, tenere conto della svalutazione monetaria successiva all'evento dannoso che permette al danneggiato di vedersi rimborsati gli interessi compensativi.

Il giudice nazionale adito liquida tali interessi al tasso nazionale. Quanto alla decorrenza, gli interessi compensativi sono comunque da tenere distinti dagli interessi moratori, i quali decorrono dalla sentenza che accerta la responsabilità dello Stato membro.

In conclusione, nella liquidazione del danno imputabile allo Stato membro si deve tener conto di tutti gli elementi valutabili in relazione al caso concreto.

Il risarcimento del danno non può essere subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere adeguato.

Spetta all'ordinamento interno dello Stato membro stabilire i criteri di liquidazione dei danni, che non possono essere meno favorevoli di quelli applicabili ad analoghi reclami di natura interna, o tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento.

Sulla base del descritto complesso di principi e regole, i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto europeo inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno al di fuori dallo schema della responsabilità civile extra-contrattuale e nell'ambito di quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non anti-giuridica, che il giudice deve determinare in base ai presupposti oggettivi sopra indicati, in modo che sia idonea a porre riparo effettivo ed adeguato al pregiudizio subito dal singolo.

La qualificazione in termini di obbligazione indennitaria, del resto, consente di assoggettare allo stesso regime giuridico sia il caso di attuazione tardiva di una direttiva senza alcuna previsione di riparazione del pregiudizio per l'inadempimento, sia quello dell'intervento legislativo specifico, preordinato alla disciplina dell'obbligazione risarcitoria.

E ciò, in linea con il principio secondo cui la qualificazione della situazione soggettiva dei privati deve farsi con esclusivo riferimento ai criteri del-

l'ordinamento giuridico di riferimento (Cass., SS.UU., 27 luglio 1993, n. 8385), imponendo l'ordinamento europeo soltanto il raggiungimento di un determinato risultato.

In conclusione, per realizzare il risultato imposto dall'ordinamento europeo con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del cd. "fatto illecito dello Stato" (indipendentemente dalla imputabilità interna) di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione, ma senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando il danaro soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio.

9. Il problema che si pone è, quindi, la legittimazione dei singoli Stati membri alla **qualificazione fiscale di tale risarcimento** che presenta un carattere di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale.

La qualificazione tributaria dell'indennizzo da corrispondere al soggetto leso secondo il diritto italiano discende dalla distinzione tra la nozione di "patrimonio" e di "reddito". E ciò, in quanto il "patrimonio" designa l'insieme delle attività e delle passività possedute da un determinato soggetto a una certa data; il "reddito" misura l'aumento di ricchezza del soggetto in un determinato lasso di tempo. In altri termini, il "patrimonio" si presenta come un concetto statico, mentre il "reddito" ha natura dinamica, essendo espressione del confronto fra le situazioni economiche del soggetto esistenti in due diversi momenti temporali, che poi delimitano il c.d. *periodo di imposta*.

L'art. 1 del TUIR - al pari dell'art. 72 TUIR - non fornisce una definizione di "reddito" in base a criteri economici, ma in base a categorie normativamente delimitate. I redditi appartenenti a ciascuna categoria provengano tendenzialmente tutti da una fonte produttiva, che può essere costituita da un'attività oppure da un capitale. In sostanza, è possibile ritenere che il vigente sistema impositivo adotti fondamentalmente il criterio di tassazione del reddito inteso come "prodotto", vale a dire come nuova ricchezza derivante da un'attività produttiva esercitata dal soggetto passivo (26).

Le indennità risarcitorie assumono rilevanza tributaria solamente nei casi in cui il risarcimento abbia una funzione sostitutiva di un reddito astrattamente

(26) Un parte della dottrina, a fronte alle incertezze interpretative della scienza finanziaria connesse all'individuazione di un concetto unitario di reddito ai fini tributari, ha sottolineato la scarsa utilità di ogni tentativo volto a ricondurre tale nozione ad una delle categorie elaborate dalla scienza economica ("prodotto", "entrata", "spesa"), preferendo intendere reddito né più né meno ciò che il legislatore ha stabilito essere tale attraverso disposizioni *ad hoc* (c.d. tesi "nominalistica").

sussumibile nelle categorie tipizzate nel comma 1 dell'art. 6 TUIR (o art. 72 TUIR). La disposizione si fonda su una concezione di reddito quale incremento del patrimonio e, secondo la maggior parte della dottrina, consente di escludere dalla tassazione quei proventi che costituiscono una mera reintegrazione del patrimonio già posseduto, che non comporta alcun incremento di ricchezza. In tal senso, quindi, il legislatore tributario ha fatto propria la distinzione civilistica tra danno emergente (ovvero volto ad una reintegrazione patrimoniale) e lucro cessante (diretto invece a reintegrare una perdita di redditi), attribuendo rilevanza reddituale ai soli risarcimenti corrisposti a fronte di quest'ultimo.

La indennità sostitutiva della sottrazione di un valore economico (sottrazione di un bene immobile, mobile, di un diritto a valenza economica, del pagamento di una imposta illegittima) costituisce dal punto di vista fiscale una "reintegrazione" patrimoniale e non un "incremento patrimoniale".

La norma che qualificasse la reintegrazione economica del patrimonio come "reddito" violerebbe l'art. 1 del Protocollo 1 CEDU, in quanto è fermo indirizzo giurisprudenziale che la nozione di "bene" (in inglese *possession*) ha una portata autonoma che sicuramente non si limita alla proprietà di beni materiali: taluni altri diritti e interessi che costituiscono attivi possono anche essere considerati "*diritti di proprietà*" e dunque "*beni*" ai fini di tale disposizione (sentenza 20 novembre 1995, *Pressos Naviera S.A. e altri*).

In definitiva, il reddito che costituisce il presupposto dell'IRPEF e dell'IRES è quel reddito che il legislatore tributario considera tale, ispirandosi al principio di capacità contributiva sancito dall'art. 53, comma 1, della Costituzione nell'individuazione della base economica del dovere del concorso alle pubbliche spese.

Da tale precisazione deriva anche la necessaria limitazione della portata del presupposto dell'IRPEF o dell'IRES, che dovrà ritenersi ancorata alla definizione legislativa, pur ispirata alla nozione economica, ma non potrà utilizzare la nozione economica di reddito ai fini dell'individuazione dell'area della rilevanza impositiva. Per cui, come potranno individuarsi fattispecie qualificate dal legislatore come reddito pur in mancanza di una base economica, così dovrà prendersi atto che, in altre circostanze, una situazione espressiva, dal punto di vista economico, di un reddito, non è rilevante ai fini dell'IRPEF o IRES. La somma liquidata al soggetto leso nel proprio diritto riconosciuto dall'ordinamento europeo in conseguenza dello inadempimento dello Stato membro deve essere qualificato come "reintegrazione" della perdita di un "bene" e deve essere ritenuto come credito di valore fiscalmente neutro, e tali debbono essere ritenuti anche gli interessi da corrispondere per la ritardata reintegrazione.

Il sistema impositivo italiano non dà rilievo, in via generale, a tali fenomeni monetari, non consentendo di sottrarre dall'imposta, in via permanente, gli incrementi di reddito puramente nominali. A tal fine si interviene, invece,

con appositi provvedimenti normativi per dare rilievo alle conseguenze dell'inflazione i quali, solitamente, consistono in leggi di rivalutazione monetaria dei beni aziendali, che subordinano la rivalutazione dei beni d'impresa a rigorosi limiti temporali, tipologici e quantitativi. Non può, dunque, essere soggetta a tassazione la "rivalutazione" monetaria della indennità risarcitoria di illecito europeo, non costituendo "ontologicamente" una sopravvenienza attiva né una plusvalenza.

Gli interessi liquidati sull'indennizzo in forma monetaria dovrebbero essere considerati come "reddito" secondo la lettera della seconda parte dell'art. 6, comma 2 del TUIR, secondo cui «*gli interessi moratori e gli interessi per dilazione di pagamento costituiscono redditi della stessa categoria di quelli da cui derivano i crediti su cui tali interessi sono maturati*».

Senonchè, il *dictum* davvero uno dei più infelici, interpretato alla luce del disposto dell'art. 53 della Costituzione, afferente all'imponibilità proporzionale alla capacità reddituale, evidenzerebbe - nell'interpretazione più affidabile, dottrinale, giurisprudenziale e dell'Agenzia delle Entrate che ad essa si è adeguata - come debbano essere considerati "redditi imponibili" i soli redditi risarcitori di "lucro cessante", in quanto afferenti a "redditi perduti" nella maturazione o nella corresponsione futura; pertanto sarebbero da considerare estranei alla nozione fiscale di reddito i risarcimenti che reintegrano, tramite l'equivalente monetario, una lesione patrimoniale o non patrimoniale, strutturante un danno attuale (cd. danno emergente) e non il mancato guadagno futuro. In forza di tale disposizione gli interessi moratori e quelli per dilazione di pagamento, dovendo anch'essi coprire una lesione patrimoniale ed essendo qualificati come accessori della fattispecie reddituale individuata dalla fonte del credito non potrebbero essere soggetti a tassazione.

10. Sulla questione della rilevanza fiscale della indennità risarcitoria di illecito comunitario, non risultano né precedenti giurisprudenziali né risoluzioni ministeriali. La ricostruzione giuridica della fattispecie conduce a qualificare il danno subito dai contribuenti come "danno emergente" che, come noto, consiste nella perdita economica che il patrimonio del creditore ha subito per colpa della mancata, inesatta o ritardata prestazione del debitore (nel caso il rimborso dell'indebito tributario). Deve trattarsi di una perdita di utilità già presenti nel patrimonio del danneggiato e fattispecie tipiche in tal senso possono rinvenirsi nel disvalore economico provocato, tra l'altro, nella temporanea impossibilità di godere del bene. L'insegnamento giurisprudenziale è fermo nel ritenere che: *"In tema di liquidazione del danno, la locuzione "perdita subita", con la quale l'art. 1223 c. civ. individua il danno emergente, non può essere considerata indicativa dei soli esborsi monetari o di diminuzioni patrimoniali già materialmente intervenuti, ma include anche l'obbligazione di effettuare l'esborso, in quanto il vincolum iuris, nel quale l'obbligazione si*

sostanza, costituisce già una posta passiva del patrimonio del danneggiato, consistente nell'insieme dei rapporti giuridici, con diretta rilevanza economica, di cui una persona è titolare” (Cass. n. 4718/2016).

A titolo di ulteriore argomentazione, sotto il profilo analogico, si possono richiamare la risoluzione n. 153/E del 18 dicembre 2017 (relativa alla qualificazione fiscale delle somme corrisposte a seguito di stipula di accordi transattivi da parte di una banca in liquidazione con i propri soci investitori), n. 106/E del 22 aprile 2009 (relativa alla qualificazione fiscale delle somme corrisposte ad un dipendente a titolo transattivo per l'anticipata risoluzione dei rapporti di collaborazione intrattenuti a titolo di risarcimento danni patrimoniali connessi alla perdita di “immagine” e di “opportunità”) e n. 155/E del 22 maggio 2002 (relativa alla qualificazione fiscale del contributo assistenziale a favore delle vittime delle persecuzioni naziste). Le predette risoluzioni confermano il principio che “.. laddove il risarcimento erogato voglia indennizzare il soggetto delle perdite subite (il c.d. danno emergente), ed abbia, quindi la precipua funzione di integrazione patrimoniale, tale somma non sarà assoggettata a tassazione. Infatti, in quest'ultimo caso assume rilevanza assoluta il carattere risarcitorio del danno alla persona del soggetto leso e manca una qualsiasi funzione sostitutiva o integrativa di eventuali trattamenti retributivi: pertanto gli indennizzi non concorreranno alla formazione del credito delle persone fisiche per mancanza del presupposto impositivo”.

In caso di ripresa tributaria della indennità percepita dal danneggiato a titolo di risarcimento per l'illecito comunitario commesso da un organo nazionale (legislativo, giudiziario o amministrativo) si potrà configurare la necessità di sollevare una questione pregiudiziale interpretativa innanzi alla Corte di Giustizia motivata con la predetta interpretazione degli Uffici tributari per violazione del principio di “equivalenza”.