

L'opera da cui è tratta la traduzione è parte di una collana diretta dai medesimi curatori di questo volume, per i tipi di Oxford University Press. La collana è dedicata al progetto di ricerca *The Common Core of European Administrative Laws*, cui lo *European Research Council* ha attribuito un *Advanced Grant-Excellent Science*. L'originale inglese è *Tort Liability of Public Authorities in European Laws* a cura di Giacinto della Cananea e Roberto Caranta, O.U.P., 2020.

La traduzione qui prodotta è solo parziale in ragione degli abituali limiti posti dal contratto con la casa editrice inglese. Nondimeno, offrire uno spaccato della ricerca nella nostra lingua madre ci è parsa operazione necessaria. In primo luogo, la metodologia che ha guidato la preparazione di questo volume, come di tutti gli altri che si sono succeduti nello sviluppo della ricerca, presenta contenuti fortemente innovativi, non solo nel panorama nostrano. In secondo luogo, quello della responsabilità delle autorità pubbliche è un tema che ben si presta a introdurre le novità e le peculiarità del metodo che caratterizza l'intero progetto. È difatti un tema che si pone all'incrocio fra diritto pubblico e diritto privato, scavallando ed erodendo frontiere nel passato per taluno invalicabili e che ora si presentano piuttosto come ponti, passerelle da cui è possibile lanciare sguardi più maturi e consapevoli su entrambe le sponde del diritto.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE NEL DIRITTO EUROPEO

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLE AUTORITÀ PUBBLICHE NEL DIRITTO EUROPEO

a cura di
Mauro Bussani e Giacinto della Cananea

4

TRADIZIONI, TRADUZIONI. IL DIRITTO ALLO SPECCHIO
collana diretta da **mauro bussani** e **giacinto della cananea**

euro 12,00

ISBN 979-12-5976-550-5



9 791259 765505



Editoriale Scientifica

TRADIZIONI, TRADUZIONI. IL DIRITTO ALLO SPECCHIO

Collana diretta da

Mauro Bussani e Giacinto della Cananea

TRADIZIONI, TRADUZIONI. IL DIRITTO ALLO SPECCHIO

Nella cultura giuridica italiana non è certamente mancata un'attenzione costante, qualificata, per i principi del diritto affermatasi in altri ordinamenti, per le loro istituzioni. Non vi è stato alcun fondamentale mutamento del diritto e della riflessione scientifica attorno ad esso – dai primi codici unitari e dalle leggi di unificazione amministrativa, del 1865 – che non sia stato preceduto o assecondato da un confronto non episodico con le norme e le prassi di altri ordinamenti appartenenti alla medesima civiltà giuridica, o quanto meno considerato criticamente alle luce di quelle, altrui, norme e prassi.

Un posto di indubbio rilievo spetta, fra le altre iniziative, alla “Biblioteca” di Attilio Brunialti, e all’“Annuario di diritto comparato e di studi legislativi”, che hanno reso possibile l’accesso a testi fondamentali. Nel periodo fondativo della Repubblica, in una stagione culturale assai diversa rispetto a quella attuale, un impulso – principalmente per merito di Massimo Severo Giannini – alla traduzione delle principali costituzioni è stato impresso dal Ministero per la Costituente. Nel periodo più recente, non sono certo mancate traduzioni di importanti documenti e studi giuridici, soprattutto nella collana “Giuristi stranieri di oggi”. Altre si sono concentrate sui documenti più attuali, sugli studi che hanno riscosso il favore del pubblico in altri Paesi. Si tratta di una scelta non solo legittima, ma in una certa misura inevitabile.

Tuttavia, il convincimento dei curatori di questa nuova collana è che quelle scelte possano, debbano essere affiancate da iniziative di segno diverso, tese a far conoscere sia documenti e studi risalenti, sia ricerche recenti, anche di nicchia, ma che costituiscono opere significative per le questioni affrontate o per i metodi impiegati. Quel convincimento non è disgiunto dalla consapevolezza che anche il più accurato sforzo di tradurre sconta il rischio di tradire il senso e il significato dell’originale. Ma è sorretto dall’auspicio di una rafforzata comunicazione tra la cultura giuridica italiana e le altre.

Istanbul-New Haven, 18 novembre 2013

Mauro Bussani
Giacinto della Cananea

La responsabilità civile
delle autorità pubbliche
nel diritto europeo

a cura di

Mauro Bussani e Giacinto della Cananea

Editoriale Scientifica
Napoli



Il presente volume è finanziato dall'Unità triestina del progetto 'The Common Core of European Administrative Law (CoCEAL)' con i fondi dello European Research Council (Advanced Grant), Grant Agreement n. 694697.

Pubblicazione Open Access

Tutti i diritti sono riservati

© Editoriale Scientifica srl 2022
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

www.editorialescientifica.com
info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-5976-550-5

INDICE

<i>Prefazione</i> di MAURO BUSSANI e GIACINTO DELLA CANANEA	7
---	---

I

Lo scenario metodologico e il diritto italiano

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>Una ricerca sul "nucleo comune" della responsabilità della pubblica amministrazione da illecito civile. Un'introduzione in chiave comparata</i>	11
MAURO BUSSANI, <i>I diritti europei sulla responsabilità civile e la metodologia del "nucleo comune"</i>	41
FULVIO CORTESE, <i>La responsabilità della pubblica amministrazione in Italia. Un regime speciale tra requisiti formali e obiettivi sostanziali</i>	63

II

Gli esiti della ricerca

GIACINTO DELLA CANANEA e ROBERTO CARANTA, <i>Il questionario</i>	77
JEAN-BERNARD AUBY, <i>Francia, Italia e Spagna</i>	87
PAUL CRAIG, <i>Diritto dell'Unione europea e diritto del Regno Unito</i>	93
ANGELA FERRARI ZUMBINI e OTTO PFERSMANN, <i>Austria, Germania e Svizzera</i>	99

Indice

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>Ungheria, Polonia e Romania</i>	117
ROBERTO CARANTA, <i>Osservazioni conclusive: verso la convergenza? La strada per superare la dipendenza istituzionale e dottrinale</i>	135

Prefazione

L'opera che qui si presenta costituisce la traduzione del primo libro di una collana, curata da chi scrive, per i tipi di Oxford University Press, collana dedicata al progetto di ricerca "*The Common Core of European Administrative Laws*", cui lo *European Research Council* ha attribuito un *Advanced Grant-Excellent Science*. L'originale inglese è "*Tort Liability of Public Authorities in European Laws*" a cura di Giacinto della Cananea e Roberto Caranta, O.U.P., 2020.

La traduzione qui prodotta è solo parziale in ragione degli abituali limiti posti dal contratto con la casa editrice inglese. Nondimeno, offrire uno spaccato della ricerca nella nostra lingua madre ci è parsa operazione necessaria. In primo luogo, come vedremo, la metodologia che ha guidato la preparazione di questo volume, come di tutti gli altri che si sono succeduti nello sviluppo della ricerca, presenta contenuti fortemente innovativi, non solo nel panorama nostrano. In secondo luogo, quello della responsabilità delle autorità pubbliche è un tema che ben si presta a introdurre le novità e le peculiarità del metodo che caratterizza l'intero progetto. È difatti un tema che si pone all'incrocio fra diritto pubblico e diritto privato, scavallando ed erodendo frontiere nel passato per taluno invalicabili e che ora si presentano piuttosto come ponti, passerelle da cui è possibile lanciare sguardi più maturi e consapevoli su entrambe le sponde del diritto.

Dal punto di vista comparatistico, poi, due avvertenze preliminari s'impongono, per gli iniziati entrambe ai limiti dell'ovvio. La prima è che i punti di partenza non sono dissimili nei vari sistemi considerati, visto che in ognuno di questi l'amministrazione si pone come autorità e il problema principale concerne le risposte che essa è chiamata ad offrire, allorché un'attività illegittima causi danno agli amministrati. Il secondo *caveat* vale a ricordare che il riscontro di principii di contenuto fra loro analogo, all'interno dei vari sistemi, non determinerà di per sé identità di regole operative e, reciprocamente, principii differenti non impli-

Prefazione

cheranno necessariamente soluzioni tra loro distanti. Come vedremo, questo è quanto risulta facile verificare, ad esempio, con riguardo alle modalità d'inveramento del principio della separazione dei poteri, con riferimento all'unicità o meno della giurisdizione sulla responsabilità, oppure per quel che concerne la presenza di una clausola generale di responsabilità per colpa, o l'esistenza di un sistema fondato sulla tipicità degli illeciti.

Del resto, quello affrontato nel volume in oggetto, è un tema che risulta dappertutto debitore assai più delle elaborazioni degli interpreti, in specie giurisprudenziali, che del diritto scolpito dal legislatore. Si tratta di un'osservazione che in tema di responsabilità civile non può sorprendere alcuno degli studiosi. È un dato costante e duraturo quello che segnala come il diritto della responsabilità civile, nella tradizione occidentale, si configuri, anche dopo (e nell'ambito stesso del)le codificazioni nazionali, come un settore scarsamente normato, la cui disciplina, di fronte alla varietà di ipotesi concrete, è ineluttabilmente rimessa alle elaborazioni degli interpreti. Tutto ciò induce – da un lato – a saper apprezzare e riconoscere le *doctrines* di lungo periodo di fonte accademica o giurisprudenziale (in tema, ad esempio, di selezione delle posizioni protette, di accertamento del nesso causale, di valutazione della condotta) nel loro farsi e nel loro confrontarsi con i dati potenziali o reali del giudizio - fra cui certo non sono escluse, ma incluse le scelte di politica del diritto. Dall'altro lato, quanto precede rende evidente che sminuire o temere il ruolo delle elaborazioni giudiziali non vale a recuperare centralità ad un mal posto problema di ontologia delle fonti del diritto, ma semplicemente e nulla più che a precludersi la conoscenza, sia dell'articolazione storica, sia della realtà presente dell'istituto.

L'ultima nota di questa sommessa prefazione segnala al lettore che la selezione di quanto offrire in traduzione è volta semplicemente a enfatizzare gli aspetti (che abbiamo ritenuto) più avvincenti per il lettore italiano. L'interesse e il valore scientifico di quanto non è stato tradotto sono assolutamente fuori discussione, e basta sfogliare l'opera madre per rendersene conto.

Mauro Bussani & Giacinto della Cananea

I

Lo scenario metodologico e il diritto italiano

**Una ricerca sul “nucleo comune” della responsabilità
della pubblica amministrazione da illecito civile:
un’introduzione in chiave comparata**

Giacinto della Cananea

Abstract e parole chiave

Questo capitolo analizza la responsabilità delle amministrazioni pubbliche quale punto di partenza per l’intera ricerca comparata sui diritti amministrativi europei. Il capitolo è suddiviso in quattro parti. In primo luogo, esso illustra le caratteristiche principali della nuova ricerca, in particolare l’uso combinato di storia e comparazione giuridica e la scelta di un’analisi “fattuale”, basata su casi ipotetici. In secondo luogo, spiega le ragioni alla base della scelta della responsabilità dell’amministrazione, che può essere considerata come lo scenario peggiore. In terzo luogo, esamina alcune questioni metodologiche, tra cui l’elaborazione del questionario, che è al centro della ricerca sul “nucleo comune”, e la scelta di una varietà di sistemi giuridici, tra cui quello di un’entità non statale, l’Unione europea. Nella parte finale, viene analizzata l’implicazione che lo studio della responsabilità dell’amministrazione comporta per l’intera ricerca. Mentre gli studi comparatistici meno recenti mostravano un alto livello di astrazione, l’approccio fattuale fa luce sulle differenze e sulle somiglianze tra i sistemi giuridici selezionati. Da questo punto di vista, non solo la responsabilità delle amministrazioni pubbliche è caratterizzata da punti di contatto e differenze, ma la sua importanza è anche cambiata in modo nel corso del tempo.

Parole chiave: procedimento amministrativa, ricerca sul nucleo comune, confronto, scelta dei sistemi giuridici, comparazione, diacronico e sincronico, convergenza e divergenza, diritto europeo, responsabilità civile dell’amministrazione

I. Natura e struttura dello studio

Questo volume esamina varie questioni relative a quella che viene tradizionalmente definita la responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione nell'ambito di un più ampio progetto di ricerca sui diritti amministrativi europei.

Il progetto, che è stato avviato con il supporto scientifico di alcuni illustri esperti, è incentrata principalmente su due temi: il primo riguarda i diritti amministrativi in Europa, il secondo la metodologia di questa analisi comparata. Al centro della nuova ricerca risiede una congettura, la quale, per riprendere le parole di Rudolf Schlesinger, non si riduce alla circostanza che “dietro e oltre [le differenze tra i sistemi giuridici descritte in innumerevoli studi comparatistici] vi siano elementi condivisi e connettivi”, cioè un “nucleo comune”¹; ma, piuttosto, che tale nucleo comune esista e sia particolarmente rilevante e significativo. È a questo proposito probabile non soltanto che il diritto amministrativo possa essere meglio compreso in termini comparati², ma anche che esista una peculiare interazione tra i tratti comuni e quelli distintivi dei sistemi giuridici europei. Il secondo tema riguarda il modo in cui l'avanzamento della conoscenza può essere promosso in questa materia, la quale include sia una comparazione diacronica sia una sincronica, basata, quest'ultima, su un “approccio fattuale”.

L'obiettivo di questo capitolo non è né quello di discutere le difficoltà che affliggono gli approcci tradizionali allo studio comparato del diritto amministrativo, né quello di indicare gli argomenti a favore dell'uso della storia e della comparazione. Il mio

¹ R. SCHLESINGER, *The common core of legal systems: an emerging subject of study*, in K. NADELMANN, A.T. VON MEHREN, e J.N. HAZARD (a cura di), *XXth comparative and conflict of law. Legal essays in honour of Hessel E. Yntema*, Sijthoff, 1961, p. 65; R. SCHLESINGER, *Introduction* in R. SCHLESINGER (a cura di), *Formation of contracts. A study of the common core of legal systems I*, Oceana Publications, 1968, p. 1.

² Per questa tesi, si veda J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, Les cours de droit, 1956-57, p. 5; E. SCHMIDT-ARMANN e S. DAGRON, *Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand*, in *Rev. fr. adm. publ.*, 2008, 127, p. 525.

punto di vista su questi temi è già stato esposto in una precedente occasione³. Poche parole possono dunque bastare in questa sede per illustrare le principali scelte riguardanti la presente ricerca comparata, vale a dire il suo obiettivo, la sua natura e il suo oggetto (sezione II). Ai nostri fini occorre esaminare due serie di questioni correlate, ma distinte. Esse riguardano la scelta dell'argomento (sezione III) e la metodologia del suo studio (sezione IV). È importante spiegare perché, in una ricerca sul diritto amministrativo, sia interessante e utile considerare la responsabilità dell'amministrazione. L'analisi è inizialmente rivolta alla storia delle idee, al fine di mostrare l'importanza del tema in questione nel contesto degli studi comparati. Segue, nella sezione V, un esame dei fatti rilevanti per il diritto che giustificano l'indagine comparata in questo campo. La discussione si sposta quindi dal “perché” la responsabilità della amministrazione sia importante per una ricerca comparata in questo campo, al “come” tale ricerca si configuri in relazione ai vari ruoli ricoperti dall'amministrazione. Altre due questioni riguardano la scelta dei sistemi giuridici selezionati per la comparazione e l'elaborazione del questionario. La discussione svolta nella sezione VI del capitolo ha natura maggiormente teorica, insistendo sulle implicazioni dell'esistenza di tratti comuni e distintivi tra i diritti amministrativi europei. Infine, si dà conto brevemente degli sviluppi successivi della ricerca intrapresa.

II. Una nuova ricerca comparata

A. Una ricerca per il progresso della conoscenza

Per alcuni, lo studio comparato delle amministrazioni pubbliche e del diritto ad esse applicabile è piuttosto recente⁴; altri affermano invece che esso abbia una lunga tradizione, che abbrac-

³ Si veda G. DELLA CANANEA e M. BUSSANI, *The Common Core of European Administrative Laws: a framework for analysis*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 2019, 26, p. 217.

⁴ J. BOUGHEY, *Administrative Law: the next frontier for Comparative Law*, in *I. C. L. Q.*, 2013, 62, p. 55.

cia quasi due secoli⁵. È interessante notare che nel saggio sulla *Democrazia in America*, Tocqueville confrontò il regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione esistente in Francia con quello degli Stati Uniti, sostenendo che quest'ultimo era basato sull'uguaglianza, mentre nel primo il rispetto della legge era superato dalla *raison d'Etat*⁶. In un'opera successiva, tuttavia, sostenne che quello che veniva definito il modello francese di diritto amministrativo si sarebbe prima o poi diffuso in tutte le nazioni civilizzate⁷. Alla fine del XIX secolo, Albert Venn Dicey espresse la sua avversione per il diritto amministrativo. Questo punto di vista ha plasmato gli studi giuridici per un lungo periodo di tempo; su di esso, pertanto, torneremo nella sezione III.

Nel frattempo, è importante chiarire la natura della presente ricerca comparata. In passato, molti studi in materia di amministrazioni pubbliche e diritto amministrativo erano contraddistinti da un taglio pratico; il tema della responsabilità dell'amministrazione non fa eccezione. Anche un recente e interessante volume si pone l'obiettivo, di per sé legittimo, di affrontare "*the possibility for harmonization in the area*"⁸.

A questo proposito va richiamata la basilare distinzione tra descrizione e prescrizione. A un estremo di un ipotetico *continuum* vi è infatti l'idea che una ricerca comparata possa essere strumentale alla definizione o al perfezionamento delle norme giuridiche. All'estremo opposto vi è l'idea che la comparazione serva a raccogliere e verificare i dati per corroborare la validità dell'analisi giuridica svolta, come avviene in altre scienze sociali.

⁵ J. BELL, *Comparative Administrative Law*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, 2006, p. 1260 secondo i quali "il diritto amministrativo comparato è una disciplina antica"; S. ROSE-ACKERMANN e P. LINDSETH (a cura di), *Comparative Administrative Law*, 2° ed., Elgar, 2016.

⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, Saunders and Otley, 1831, cap. 6, p. 172.

⁷ A. DE TOCQUEVILLE, *Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques sur le livre de M. Macarel, intitulé Cours de droit administratif*, in *Œuvres complètes d'Alexis de Tocqueville. Etudes économiques, politiques et littéraires par Alexis de Tocqueville*, Lévy, 1866, p. 63.

⁸ K. OLIPHANT, *Introduction*, in K. OLIPHANT (a cura di), *The liability of public authorities in comparative perspective*, Intersentia, 2016, p. 3.

Delineare un *continuum*, piuttosto che confini netti, ci aiuta a chiarire che l’obiettivo della nostra ricerca è innanzitutto quello di raggiungere una conoscenza maggiore e migliore rispetto a quella attualmente riscontrabile, ben potendo comportare una serie di implicazioni pratiche ulteriori, ad esempio ai fini dell’insegnamento e della formazione.

B. Diritto amministrativo: un focus sul procedimento

Una seconda scelta riguarda l’ambito della ricerca comparata. È sempre utile per una disciplina riflettere su quali siano – o possano essere – le aree d’interesse, fare il punto sugli sviluppi più o meno recenti, nonché valutare le prospettive future. Non si tratta di un compito facile, dal duplice punto di vista dell’inclusività e dello sviluppo tematico.

Occorre evitare i rischi opposti dell’eccessiva e della scarsa inclusività. L’eccessiva inclusività può dare origine a un lavoro troppo ampio per poter essere significativo. L’importanza di questo rilievo critico diventa evidente allorché si consideri l’incremento dell’estensione e della complessità del diritto amministrativo. Allo stesso tempo, l’ambito dell’indagine comparata non dev’essere troppo ristretto, perché ciò non consente d’individuare i nessi tra un numero significativo di principi e concetti⁹.

L’evoluzione degli istituti giuridici è altrettanto importante. Alcuni preferiscono concentrarsi su concetti “classici” o “senza tempo”, mentre altri propongono di dedicare attenzione alla parte più innovativa del diritto pubblico. La nostra scelta è stata di concentrarsi sul procedimento amministrativo, per tre motivi. In primo luogo, nel campo del diritto pubblico i procedimenti sono giuridicamente più rilevanti che nel diritto privato. Le autorità pubbliche sono tenute a rispettare a standard di correttezza e trasparenza più rigidi di quelli applicati agli organismi privati, se non aventi una diversa natura¹⁰ in conseguenza degli interessi pubblici che devono tutelare e promuovere¹¹. In secondo luogo,

⁹ R. SCHLESINGER, *Introduction*, cit., p. 3.

¹⁰ D. OLIVER, *Common values and the public-private divide*, CUP, 1999, p. 7.

¹¹ Per questa rappresentazione del pubblico interesse, si veda G. VEDEL,

mentre il potere legislativo e quello giudiziario agiscono attraverso una serie limitata di procedimenti, l'azione amministrativa deve affrontare "attraverso i suoi vari e ampi canali, i torrenti della domanda che premono contro la diga dello Stato"¹². Di conseguenza, il procedimento amministrativo ha acquisito sempre più importanza. In terzo luogo, soprattutto dopo il 1989, i procedimenti amministrativi sono stati più intensamente governati dalle istituzioni politiche, sia attraverso la regolamentazione legislativa¹³, sia tramite indicazioni politiche agli amministratori¹⁴. Per tutte queste ragioni, si è progressivamente riconosciuto che il procedimento amministrativo rappresenta "un concetto al centro del diritto amministrativo"¹⁵.

C. Una comparazione diacronica e sincronica

Altre due caratteristiche della nuova ricerca sono l'idea che una comparazione adeguata non possa concentrarsi soltanto sui tratti comuni oppure su quelli distintivi e quella che la comparazione, in una prospettiva costruttiva, debba essere tanto diacronica quanto sincronica.

Gli approcci tradizionali, che si concentrano principalmente, se non esclusivamente, sulle somiglianze o sulle differenze sono discutibili dal punto di vista sia descrittivo, sia prescrittivo. Sotto il profilo descrittivo, concentrarsi sulle analogie tra i sistemi giuridici selezionati per l'analisi o sulle loro differenze impedisce di considerare una parte importante del "reale". Sotto il profilo prescrittivo, l'eccessiva enfasi riposta sui tratti comuni o su quelli di-

Essai sur la notion de cause en droit administratif français, Sirey, 1934; A.H. FELLER, *Administrative procedure and the public interest—the results of due process*, in *Wash. U. L. R.*, 1940, 25, p. 308.

¹² L.J. JAFFE, *Administrative procedure re-examined: the Benjamin Report*, in *Harv. L. Rev.*, 1943, 5, p. 704. Si veda anche R.B. STEWART, *The reformation of American Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1974-75, 88, pp. 1667-1669.

¹³ Si veda S. CASSESE, *Legislative regulation of adjudicative procedures: an introduction*, in *E. R. P. L.*, 1993, 5, p. 15; J-B. AUBY (a cura di), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, 2014.

¹⁴ Si veda P. CRAIG, *Perspectives on process: common law, statutory and political*, in *P. L.*, 2010, p. 275.

¹⁵ N. WALKER, *Review of Dennis J. Galligan, due process and fair procedures: a study of administrative procedures*, in *M. L. R.*, 1999, 62, p. 962.

stintivi è incoerente con le peculiarità dello spazio giuridico europeo¹⁶, caratterizzato dall'esistenza di tradizioni costituzionali sia comuni che proprie di ciascuno Stato membro. Queste ultime sono richiamate da due disposizioni contenute nei trattati costitutivi dell'Unione europea: l'articolo 6 TUE (che fa riferimento alle tradizioni costituzionali comuni) e l'articolo 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ai sensi del quale le istituzioni dell'Unione devono rispettare le leggi e le tradizioni nazionali in materia di libertà, sicurezza e giustizia.

Il metodo utilizzato ai fini della ricerca è insieme storico e comparato. È storico non solo perché la congettura dell'esistenza di un nucleo comune è corroborata da studi storici¹⁷, benché tale profilo richieda un'analisi più approfondita, ma anche perché è importante avere un'idea dell'effettiva evoluzione delle funzioni e delle istituzioni pubbliche¹⁸, nonché degli scambi tra le culture giuridiche. Alla comparazione diacronica si affianca un'analisi sincronica, che serve a mettere a confronto problemi e soluzioni in una varietà di ordinamenti europei, per discernere gli elementi comuni e connettivi. L'obiettivo è quello di verificare non tanto l'esistenza di un nucleo comune, quanto piuttosto la sua rilevanza e il suo significato.

¹⁶ In tema, si veda M.P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Clueb, 2003, p. 321; A. VON BOGDANDY, *National legal scholarship in the European legal area – a manifesto*, in *I. CON.*, 2012, 10, pp. 614-618; E. CHÉVALIER, *L'espace administratif européen*, in J-B. AUBY e J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (a cura di), *Traité de droit administratif européen*, 2° ed., Bruylant, 2015, p. 451.

¹⁷ Si veda R. SCHLESINGER, *The common core of legals*, p. 65 e G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, 1981, p. 24; R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to Comparative Law*, in *A. J. C. L.*, 1991, 39(I), p. 1.

¹⁸ B. SCHWARTZ, *The administrative agency in historical perspective*, in *Ind. L. J.*, 1961, 36, p. 263.

III. Analisi comparata della responsabilità civile della pubblica amministrazione

Dopo aver illustrato le scelte principali su cui si basa la nuova ricerca comparata, è importante illustrare le ragioni che sostengono l'idea che la responsabilità della pubblica amministrazione sia un terreno fertile per la comparazione. È opinione diffusa che il termine "responsabilità" si riferisca a un principio di applicazione generale, ma la sua applicabilità all'amministrazione è stata considerata una delle principali variabili tra gli ordinamenti europei, in rapporto al diritto pubblico, sebbene ciascun ordinamento debba affrontare e risolvere talune questioni che risultano, sotto diversi profili, comuni. Inoltre, l'autonomia degli ordinamenti nazionali nell'affrontare tali problemi è variamente limitata dagli obblighi derivanti dalla loro appartenenza alle organizzazioni europee.

A. Premessa: l'importanza della responsabilità dell'amministrazione negli studi comparati

La responsabilità dell'amministrazione è sempre stata considerata una delle principali variabili anche all'interno degli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale. Una ragione fu sottolineata da Dicey nella sua famosa critica ai tribunali amministrativi francesi, considerati uno strumento di dispotismo. Un'altra ragione risiedeva nel principio tradizionale, condiviso dal diritto pubblico britannico e statunitense, secondo cui lo Stato non era responsabile per le malefatte dei suoi servitori. Dicey criticò "l'opposizione particolarmente evidente nella protezione accordata nei Paesi stranieri ai servitori dello Stato o... della Corona che, pur agendo in esecuzione di ordini ufficiali o nel tentativo in buona fede di adempiere a doveri ufficiali, si rendono colpevoli di atti di per sé illeciti o illegittimi".

Il giurista vittoriano aggiunse che "da noi ogni funzionario, dal Primo Ministro fino al poliziotto o all'esattore delle tasse, soggiace alla stessa responsabilità per ogni atto compiuto senza giustificazione giuridica, al pari di qualsiasi altro cittadino"¹⁹. Per

¹⁹ A.V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 10^o ed., sotto la supervisione di E.C.S. WADE, MacMillan, 1959, pp. 328-29.

Dicey, qualsiasi protezione speciale accordata ai funzionari dello Stato avrebbe violato il principio di uguaglianza di fronte alla legge, garantito dai tribunali ordinari del paese.

Tuttavia, l'idea principale nel Regno Unito era che, come per le società private, le istituzioni pubbliche non fossero responsabili per gli errori dei loro funzionari, mentre nei sistemi giuridici continentali la responsabilità era a carico dello Stato²⁰, cioè a spese di tutti. Più in generale, come hanno osservato i critici di Dicey, non solo egli aveva preso in considerazione solo “una piccola parte del diritto amministrativo francese, ignorando il resto”²¹, ma si era anche concentrato sulle disposizioni e sulle istituzioni meno recenti, come erano configurate prima del 1848, sebbene molto fosse cambiato attraverso la giurisprudenza del *Conseil d'Etat* in materia di responsabilità, come osservato da Maurice Hauriou e altri²². La ricostruzione del diritto inglese prospettata da Dicey trascurava anche i limiti che contraddistinguevano il controllo giurisdizionale. Inoltre – cosa ancora più importante ai nostri fini – non teneva conto del fatto che all'epoca il diritto inglese concedeva alla Corona ampie immunità rispetto alla possibilità di essere citata in giudizio per illecito civile. In termini non dissimili, negli anni Cinquanta del secolo scorso uno studioso nordamericano impegnato nella comparazione giuridica, Kenneth Culp Davis, osserà che “si può avere difficoltà a capire perché la dottrina secondo cui il re non può sbagliare sia stata accettata nella democrazia americana”, dato che tale immunità non era stata approvata dagli autori della Costituzione e che la Corte Suprema aveva osservato che l'immunità governativa dalle azioni giudiziarie era caduta in disgrazia²³. Alcuni anni più tardi, Davis estese la sua anali-

²⁰ Si veda J.W. GARNER, *La conception anglo-américaine du droit administratif*, in M. HAURIOU (a cura di), *Mélanges Hauriou*, Sirey, 1929, p. 362 e R. BONNARD, *Civil responsibility towards private persons in French Administrative Law*, in *Economica*, 1932, 36, pp. 141-143.

²¹ W.I. JENNINGS, *Administrative Law and administrative jurisdiction*, in *J. Comp. Leg. & Int'l Law*, 1938, 20, p. 99.

²² Si veda R. BONNARD, cit., p. 143.

²³ K.C. DAVIS, *Tort liability of governmental units*, in *Minn. L. Rev.*, 1956, 40, pp. 751-752. Si rinvia anche a G.A. BERMAN, *Integrating Government and Officer Tort Liability*, in *Columbia L. Rev.*, 1977, 77, p. 1175 che osserva che la

si al diritto pubblico del Regno Unito. Mise in dubbio “che i tribunali inglesi in qualsiasi momento avrebbero ritenuto il Primo Ministro responsabile personalmente a fronte dell’esercizio di poteri discrezionali”²⁴. Nei decenni successivi diversi giuristi inglesi sottolinearono che il quadro si era progressivamente complicato rispetto a quello descritto da Dicey. Come osserva Carol Harlow in questo volume, “in pratica [...] i funzionari statali agiscono spesso in base a poteri legali che li distinguono dai privati cittadini, e quando questi poteri legali vengono invocati i tribunali esitano a configurare la responsabilità civile”²⁵. Altri notano che i tribunali stanno mostrando una crescente propensione ad “articolare e valutare quali possano essere le esigenze giustificabili e distinte dell’ente pubblico”²⁶.

B. Lo scenario peggiore?

Le osservazioni appena svolte sollevano l’interrogativo se la responsabilità dell’amministrazione pubblica rappresenti una sorta di *worst-case scenario*, nel senso illustrato da Martin Shapiro, ossia se essa possa essere considerata “l’insieme dei fenomeni giuridici noti che più probabilmente falsificano” una congettura o una tesi²⁷. In questo senso è stato notato che la responsabilità dell’amministrazione è contraddistinta da differenze²⁸ sia sostanziali che procedurali. Dal punto di vista sostanziale, a differenza di altri sistemi giuridici europei, nel Regno Unito non esiste un principio generale di responsabilità. Dal punto di vista procedurale, anche uno sguardo sommario agli ordinamenti nazionali mostra che in alcuni di essi la giurisdizione sulla responsabilità

coesistenza della responsabilità dei titolari delle cariche di governo e uffici amministrativi ha dato origine ad un nuovo problema di coordinamento.

²⁴ K.C. DAVIS, *Administrative officers’ tort liability*, in *Mich. L. Rev.*, 1956, 55, pp. 201-202.

²⁵ C. HARLOW, *Understanding Tort Law*, Fontana, 1987, p. 128.

²⁶ P. CRAIG, *Administrative Law*, 5° ed., Sweet & Maxwell, 2005, p. 11.

²⁷ M. SHAPIRO, *Courts. A comparative and political analysis*, University of Chicago Press, 1981, p. vii.

²⁸ P. GONOD, *Les tendances contemporaines de la responsabilité administrative en France et à l’étranger: quelle convergences?*, in *Rev. Fr. Adm. publ.*, 2013, 147, p. 720 che afferma che “la disparité ... domine”.

dell'amministrazione è affidata alle stesse corti che giudicano la legittimità dell'azione amministrativa, mentre in altri ordinamenti le prime questioni sono giudicate dai tribunali ordinari dopo che le seconde sono state trattate dai tribunali amministrativi.

Ciò, tuttavia, non costituisce un ostacolo all'indagine comparata. Vi sono due tipi di argomentazioni a sostegno dell'idea che la responsabilità dell'amministrazione sia un campo importante e fertile per l'analisi comparata. In primo luogo, l'esistenza di diversi e significativi tratti distintivi non costituisce di per sé un ostacolo. In secondo luogo, anche se la connotazione della responsabilità "da illecito" non è delineata allo stesso modo nei vari ordinamenti giuridici, questi si trovano ad affrontare problemi simili, se non uguali. È quindi interessante capire se essi optino per soluzioni simili o diverse, e perché.

L'esistenza di numerosi e significativi tratti distintivi tra gli ordinamenti giuridici europei non costituisce un ostacolo a un'indagine comparata per due motivi. Da un lato, è sempre interessante mettere in discussione alcune proposizioni comunemente accettate in un determinato ambito di studio, al fine di verificare se siano (ancora) sufficientemente fondate e se possa instaurarsi uno scambio di idee tra ordinamenti giuridici²⁹. Dall'altro lato, la nuova ricerca comparata non mira ad enfatizzare solo i tratti distintivi o comuni tra i vari ordinamenti, ma ad esaminare e cercare di spiegare entrambi. Di conseguenza, anche laddove la ricerca dovesse rivelare che non vi sono elementi comuni e connettivi tra quegli ordinamenti, ciò non costituirebbe un impedimento rispetto alla comparazione; infatti, l'obiettivo complessivo della ricerca è verificare la natura e l'evoluzione del nucleo comune.

Nonostante le diverse concezioni della responsabilità dell'amministrazione, l'idea di una distinzione tra la responsabilità derivante da un contratto e quella derivante dall'azione amministrativa è ovunque simile, se non uguale, giacché tutti gli ordinamenti giuridici devono prendere posizione circa le basi concettuali e istituzionali della responsabilità³⁰. Le decisioni da prendere a tal

²⁹ In ottica simile, si veda D. FAIRGRIEVE, *State liability in tort: a Comparative Law study*, OUP, 2003, p. 269.

³⁰ P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 881.

riguardo sono molteplici e implicano una serie di questioni che hanno ripercussioni sulla struttura di governo di una determinata società. In primo luogo, si tratta di stabilire se “il regime giuridico in base al quale i funzionari pubblici agiscono consente loro di infliggere danni ad altri in circostanze prescritte, in modi prestabiliti e in misura accuratamente (e talvolta non così accuratamente) calibrata”³¹. Stando così le cose, nella misura in cui non esiste un potere illimitato e incontrollato di arrecare danno agli altri – come potrebbe invece accadere in un Paese non “ben ordinato” – sono diverse le opzioni di base potenzialmente disponibili. Il regime in base al quale i funzionari pubblici agiscono può essere considerato come parte della cornice giuridica che disciplina la responsabilità o come un corpo giuridico distinto, se non del tutto separato. Ci può essere una varietà di nessi tra illiceità e responsabilità, nel senso che la prima può essere vista come la condizione necessaria e sufficiente per l’esistenza della seconda o come un suo elemento rilevante, ma non unico, come nel caso in cui sia riconosciuta una sorta di responsabilità anche per la condotta lecita. Questo è il caso, nel diritto dell’UE, degli atti o dei provvedimenti che devono essere adottati per far rispettare un vincolo derivante dall’ordinamento giuridico internazionale nel contesto di una guerra o di un embargo. Può esserci un requisito aggiuntivo nella misura in cui la responsabilità sorge solo se la condotta dei funzionari pubblici è caratterizzata da colpa o da dolo. Inoltre, il risarcimento può essere basato su criteri diversi, con l’obiettivo di garantire il recupero integrale dei danni o solo di una parte di essi. Infine, è necessario operare una scelta in merito all’attribuzione di due funzioni logicamente distinte, ovvero il sindacato sulla legittimità dell’azione amministrativa e il giudizio sulle azioni volte ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti da tale azione.

Nonostante l’esistenza di rilevanti margini di differenziazione, gli studi comparatistici hanno individuato alcune caratteristiche o tendenze comuni. Alcuni anni fa un’indagine comparata ha mostrato come in nessun ordinamento la responsabilità dell’ammi-

³¹ J. MASHAW, *Civil liability of government officers: property rights and official accountability*, in *L. C. P.*, 1978, 42, p. 8.

nistrazione coincidesse con quella prevista per le società commerciali; ciò in parte per ragioni di natura storica, legate alla dottrina dell'immunità sovrana, e in parte per ragioni pratiche, che hanno un'importanza variabile nei moderni sistemi di governo³². Tra queste ultime rientrano i diversi ruoli dei funzionari pubblici e privati – i primi lavorano per il bene della società nel suo complesso –, la conseguente necessità di non scoraggiarli dall'esercitare le loro funzioni e i loro poteri e la preoccupazione per le risorse finanziarie dello Stato. Un decennio più tardi, un'altra ricerca comparata ha rilevato che, al di fuori delle aree coperte dal diritto dell'UE, si sono manifestate significative ricadute nelle fattispecie puramente nazionali³³, un aspetto che sarà esaminato in modo più dettagliato nella sezione IV.

C. La dimensione europea della responsabilità della pubblica amministrazione

La dimensione europea della responsabilità della pubblica amministrazione è sempre più importante dal momento che la soluzione di questi problemi non è più interamente lasciata ai singoli Stati. A questo proposito occorre distinguere tra le due organizzazioni sovranazionali: il Consiglio d'Europa e l'UE.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, dopo aver emanato diversi atti riguardanti l'esercizio dei poteri amministrativi³⁴, ha adottato una raccomandazione relativa alla responsabilità delle autorità pubbliche³⁵. Pur non essendo vincolante per gli Stati membri, la raccomandazione era interessante perché evidenziava un dualismo insito nella maggior parte degli ordinamenti

³² A.W. BRADLEY e J. BELL, *Governmental liability: a preliminary assessment*, in A.W. BRADLEY e J. BELL (a cura di), *Governmental liability: a comparative study*, BIICL, 1991, p. 2.

³³ D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS, e J. BELL, *Tort liability of public authorities in comparative perspective*, BIICL, 2002.

³⁴ Si veda Comitato dei Ministri, Risoluzione (77) 31 sulla protezione del singolo rispetto agli atti delle autorità amministrative e la Raccomandazione n. R (80) 2, in merito all'esercizio di poteri discrezionali da parte delle autorità amministrative.

³⁵ Comitato dei Ministri, Raccomandazione n. R (84) 15 del 18 settembre 1984, relativa alla responsabilità pubblica.

giuridici e riconosceva la colpevolezza come base della responsabilità. Ciò era evidente nel primo principio stabilito dalla raccomandazione, ossia che il risarcimento dovesse essere garantito “per i danni causati da un atto dovuto dall’aver un’autorità pubblica omesso di comportarsi nel modo in cui ci si può ragionevolmente attendere da essa in base all’ordinamento”, con la previsione che l’omissione si verificasse “in caso di trasgressione di una norma giuridica vigente”. C’era, quindi, la volontà di promuovere la responsabilità delle autorità pubbliche. Tuttavia, non tutti gli ordinamenti giuridici ritengono che la mera colpa basti a far sorgere la responsabilità, bensì richiedono la sussistenza della colpa grave. Inoltre, sono previste limitazioni rispetto alle ipotesi di esercizio dei poteri discrezionali, come osservato da Davis³⁶. A questo proposito, l’obiettivo della raccomandazione era quello di garantire una migliore tutela giurisdizionale alla parte lesa, ed è per questa ragione che il diritto al ricorso giurisdizionale non avrebbe dovuto essere soggetto all’obbligo di agire contro l’agente o il funzionario responsabile né compromesso da norme istituzionali e procedurali. Anche in questo caso, tali circostanze non si sono riscontrate in più di un ordinamento nazionale. È sufficiente ricordare, a questo proposito, le conseguenze derivanti dalla suddivisione delle competenze tra i tribunali muniti del potere di annullare gli atti impugnati e quelli che potevano accordare il risarcimento dei danni. Tuttavia, si può affermare che la raccomandazione rifletteva il pensiero esistente in materia di responsabilità della pubblica amministrazione³⁷.

Anche l’UEha adottato alcune misure che hanno avuto un impatto sui regimi nazionali della responsabilità. Alcune di queste misure sono settoriali, in quanto riguardano un determinato ambito, ad esempio quello degli appalti pubblici, in relazione ai quali le direttive dell’Unione impongono agli Stati membri di garantire che, laddove coloro che partecipino alla gara subiscano un

³⁶ Si veda K. C. DAVIS, cit., p. 793.

³⁷ A.W. BRADLEY e J. BELL, cit., p. 7. Si veda anche J. BELL, *Mechanisms for the cross-fertilisation of Administrative Law in Europe* in J. BEATSON e T. TRIDIMAS (a cura di), *New directions in European Public Law*, Hart Publishing, 1998, p. 147.

danno ingiusto derivante dalla condotta delle autorità pubbliche, questi possano chiedere un risarcimento. Una limitazione più generale all'autonomia degli Stati membri deriva dall'affermazione da parte della Corte di giustizia della regola generale, “inerente al sistema stabilito dai trattati”, secondo cui uno Stato che non rispetti i diritti derivanti dalla legislazione comunitaria è responsabile per tale lesione e non può invocare alcuna immunità sovrana³⁸. Più recentemente, la Corte ha stabilito che i criteri che regolano la responsabilità dello Stato valgono anche per le decisioni delle autorità giudiziarie in presenza di una violazione sufficientemente grave del diritto dell'Unione, anche se entro limiti più ristretti³⁹.

Infine, l'ordine giuridico europeo è interessante per il regime di responsabilità in esso vigente. Mentre il primo trattato, quello di Parigi (1952), seguiva il modello francese di responsabilità per *faute de service*, il trattato di Roma ha reso la Comunità economica europea (CEE) responsabile per tutti gli illeciti commessi da essa stessa o dai suoi agenti e ha fondato la responsabilità sui “principi generali comuni agli Stati membri”⁴⁰. Letteralmente, tale disposizione si riferiva alla Comunità; tuttavia, può essere interpretata come rivelatrice di un importante tratto comune, nel senso che i sei Stati fondatori dividevano un principio generale di responsabilità delle istituzioni pubbliche. L'esistenza di tale principio era implicita nella scelta fondamentale in base alla quale non solo si escludeva la sussistenza di immunità, ma si chiariva

³⁸ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. 19 novembre 1991, *Francovich, Bonifaci e a. c. Italia*, causa C-6/90 e Id., sent. 8 ottobre 1996, *Dillenkofer e a. c. Repubblica federale di Germania*, casi riuniti C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Per un approfondimento sul tema, si rinvia a R. CARANTA, *Governmental liability after Francovich*, in *C. L. J.*, 1993, 52, p. 272; C. HARLOW, *Francovich and the problem of the disobedient State*, in *Eur. L. J.*, 1996, 2, p. 199.

³⁹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, sent. 30 settembre 2003, *Köbler c. Republik Österreich*, caso C-224/01. Per un approfondimento in merito, si veda A. DAVIES, *State liability for judicial decisions in European Union and International law*, in *I. C. L. Q.*, 2012, 61, p. 585.

⁴⁰ Art. 215 del Trattato CEE, oggi art. 340 TFUE. Si veda W. LORENZ, *General principles of law: their elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, in *A. J. C. L.*, vol. 13, 1, 1964, p. 24.

anche che spettava alla Comunità, e non ai suoi funzionari, sostenere gli oneri – anche risarcitori – scaturenti dall'attività amministrativa. Ciò era altresì implicito nel richiamo ai “principi generali comuni agli Stati membri”. Per alcuni decenni la Corte ha definito e perfezionato tali principi, talvolta spingendosi ben oltre i limiti raggiunti dagli ordinamenti giuridici nazionali come avvenuto, ad esempio, quando ha avallato il ricorso dei singoli contro misure di carattere legislativo.

IV. Questioni metodologiche

Dopo aver spiegato perché una ricerca comparata in questo campo è importante e interessante, è bene discutere le scelte più importanti compiute in merito ai tipi di attività amministrativa considerate, agli ordinamenti giuridici selezionati per il confronto e all'elaborazione del questionario.

A. Un'analisi dell'attività amministrativa: una visione evolutiva

I limiti dell'indagine comparata derivano dalle osservazioni già formulate nella sezione II in merito alla preoccupazione di evitare tanto l'eccessiva quanto la scarsa inclusività⁴¹. Il gruppo di ricerca costituito per collaborare a questo progetto ha deciso di concentrarsi sulla responsabilità delle autorità pubbliche nell'adempimento delle funzioni amministrative, escludendo le questioni relative ai contratti. Una seconda delimitazione riguarda la natura dell'attività esaminata. Dato che la ricerca si concentra sul procedimento amministrativo, le questioni considerate in questa sede riguardano l'esercizio di potestà amministrative, distinte dunque a quelle legislative e giurisdizionali o, che richiedono una trattazione separata.

Ciò solleva alcuni interrogativi in merito alle funzioni e alle potestà dell'amministrazione, i quali richiedono una rapida di-

⁴¹ Cfr. P. MATHIJSEN, *Review of V. Mosler (ed.), liability of the State for illegal conduct of its organs*, in *Mich. L. Rev.*, 1968, 66, pp. 823 e 825, che osserva che l'ambito della ricerca era troppo ambizioso.

gressione. Alla fine del XIX secolo la letteratura in materia di diritto amministrativo era dominata dal paradigma prevalente dello Stato “negativo”. In particolare Dicey sosteneva con forza la tradizione del governo limitato, ossia quella dello “Stato guardiano notturno”⁴². Le dimensioni e la portata limitate del governo centrale che avevano caratterizzato i primi tre o quattro decenni del XIX secolo avevano tuttavia subito importanti cambiamenti durante la prima parte del periodo vittoriano a causa della nuova legislazione economica e sociale⁴³. Alla fine del secolo l’espansione dell’amministrazione pubblica era evidente anche dall’altra parte dell’Oceano Atlantico⁴⁴. Tale espansione era forse ancor più evidente nell’Europa continentale, in particolare in Francia, dove le dottrine del *service public* erano state sviluppate da studiosi come Leon Duguit⁴⁵ sulla base della giurisprudenza del *Conseil d’Etat*. Anche in Germania Otto Mayer aveva osservato che lo Stato aveva sia l’autorità di tassare, sia vasti poteri di polizia e poteva – e lo ha fatto – espropriare i diritti di proprietà privati e limitare l’azione delle forze di mercato temendo l’istituzione di assetti monopolistici e intervenendo per motivi di salute e sicurezza, come è accaduto per le ferrovie⁴⁶. Il coinvolgimento dell’amministrazione pubblica nella vita economica e sociale era molto più ampio di quanto non fosse accaduto in precedenza e ciò favorì l’elaborazione di nuove teorie dello Stato⁴⁷. Ad un livello più pratico, crebbe l’importanza del controllo giurisdizionale e il diritto

⁴² A.V. DICEY, *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the Nineteenth Century*, Macmillan, 1905.

⁴³ P. CRAIG, *Administrative Law*, p. 48.

⁴⁴ Si veda E. FREUND, *The law of the Administration in America*, in *Pol. Sci. Q.*, 1894, 9, p. 403; A.A. BERLE, *The expansion of American Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.*, 1916, 30, p. 430 e, per una critica all’“assolutismo amministrativo”, R. POUND, *The challenge of the administrative process*, in *A. B. A. J.*, 1944, 30, p. 121. Per una retrospettiva, si rimanda a J.L. MASHAW, *Creating the Administrative Constitution. The lost one hundred years of American Administrative Law*, Yale U. P., 2012.

⁴⁵ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, pp. 32-33.

⁴⁶ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1894, traduzione francese dell’autore, *Droit administratif allemande*, Giard et Brière, 1905.

⁴⁷ L. DUGUIT, cit., p. XVI.

amministrativo assunse un carattere prevalentemente procedurale, perché – ad esempio in Francia, Germania e Italia – i tribunali preferivano impegnarsi in un controllo delle modalità di esercizio dei poteri piuttosto che discutere i meriti delle scelte discrezionali degli amministratori⁴⁸.

La crisi economica degli anni Trenta e le misure adottate dalle istituzioni politiche per contrastarne le conseguenze segnarono un ulteriore passo avanti. Negli Stati Uniti il *New Deal* segnò un accrescimento dei poteri delle autorità amministrative⁴⁹ ed anche diversi Paesi dell'Europa continentale concentrarono enormi poteri in seno agli enti pubblici. Anche nel Regno Unito, secondo un autorevole esperto, “se la *common law* fosse codificata, probabilmente si scoprirebbe che due terzi del diritto inglese – in termini di quantità e non necessariamente di importanza – sono costituiti dal diritto amministrativo”⁵⁰. Non c'è stato semplicemente un aumento degli interessi toccati dall'azione amministrativa, benché sia evidente che tutti gli interessi sono potenzialmente incisi dalla medesima, e ciò non solo a titolo di “interferenza”. Molti interessi individuali e collettivi – ad esempio quelli dei beneficiari delle sovvenzioni statali – dipendono dall'azione degli organi amministrativi, nella logica dello “Stato positivo”. Di conseguenza, il diritto amministrativo non ha più soltanto lo scopo di garantire che gli enti pubblici non commettano errori o abusino dei loro poteri, ma si prefigge anche di assicurare l'efficace realizzazione delle politiche pubbliche⁵¹. Per questo motivo i procedimenti amministrativi sono diventati il luogo in cui si confrontano e si soppesano diversi interessi in gioco. Ciò spiega la maggiore importanza politica della regolamentazione dei procedimenti, la

⁴⁸ Si veda M.J. REMINGTON, *The tribunaux administratifs: protectors of the French citizens*, in *Tul. L. Rev.*, 1976, 51, pp. 59-87 che evidenzia la discrezionalità con cui i giudici amministrativi hanno formulato equi rimedi; G. DELLA CANANEA e S. MANNONI (a cura di), *Administrative justice Fin-de-siècle. Judicial standards of administrative conduct 1890-1910*, OUP, 2021.

⁴⁹ R.B. STEWART, p. 1669; M. SHAPIRO, *On predicting the future of Administrative Law*, in *Regulation*, 1982, 6, p. 19

⁵⁰ W.I. JENNINGS, p. 99.

⁵¹ Si veda C. HARLOW e R. RAWLINGS, *Law and Administration*, 3° ed., CUP, 2009.

quale ha assunto sia la forma della disciplina legislativa o regolamentare, sia quella delle linee guida rivolte ai funzionari pubblici.

V'è un'altra conseguenza dell'evoluzione dell'amministrazione pubblica, la quale deriva dalla circostanza che gran parte della popolazione lavora, in un modo o nell'altro, alle dipendenze di quest'ultima. Il fatto che i pubblici poteri siano visti come datori di lavoro non interessa solo ai politologi e ai sociologi che studiano le burocrazie, ma anche ai giuristi. Da questo punto di vista ciò che conta non è tanto quali diritti dei dipendenti debbano ricevere un'adeguata tutela giuridica; si tratta piuttosto di capire quale visione del rapporto di lavoro si debba adottare per assicurare che almeno alcune garanzie minime di imparzialità e buon andamento dei dipendenti pubblici siano rispettate, ad esempio nel contesto dei procedimenti disciplinari.

Questa breve analisi non ha inteso ripercorrere i cambiamenti subiti dalle strutture del diritto amministrativo, ma, piuttosto, suggerire che esso debba essere considerato in modo evolutivo. Tutti gli aspetti dell'amministrazione moderna appena menzionati – lo “Stato negativo”, lo Stato “positivo” e lo Stato come datore di lavoro⁵² – meritano attenzione e sono quindi considerati nella nostra analisi comparata. Inoltre, in conformità con la Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulla responsabilità, la nostra analisi prende in considerazione sia l'adozione di atti amministrativi, sia l'attività materiale della pubblica amministrazione. L'analisi include, infine, anche le questioni relative all'inazione delle autorità pubbliche, in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo volta ad assicurare il rispetto della CEDU⁵³.

B. La scelta dei sistemi giuridici

Un'altra serie di decisioni riguarda la scelta degli ordinamenti giuridici da considerare. A questo proposito, è stato necessario

⁵² Si veda S. CASSESE, *The rise and decline of the notion of State*, in *I. P. S. R.*, 1986, 7, p. 120 per l'osservazione che la nozione di Stato non è un buon strumento analitico, in considerazione della diversità delle funzioni amministrative.

⁵³ Corte Europea dei diritti dell'Uomo, sent. 7 giugno 2012, *Centro Europa 7 c. Italy*, caso 38433/09 sul mancato rilascio della licenza.

orientarsi tra due approcci opposti, il primo dei quali limita la comparazione a due o tre sistemi giuridici, partendo dal presupposto che si tratti dei “principali sistemi giuridici” del mondo o di una data area, nel nostro caso l’Europa. Questo approccio è criticabile non solo per la sua base limitata, ma anche perché l’identificazione dei “principali sistemi giuridici” è discutibile per la semplice ragione che, per alcune materie, le soluzioni più interessanti e innovative possono essere fornite da un sistema giuridico che non rientra tra quelli tradizionalmente studiati⁵⁴. L’altro approccio mira invece a coprire un numero maggiore di ordinamenti giuridici, con i problemi pratici che ciò inevitabilmente comporta e senza la garanzia che tali ordinamenti siano gli unici significativi dal punto di vista delle tematiche di indagine esaminate.

Un’altra opzione è suggerita da Michel Fromont, secondo il quale emergono tre modelli principali nel campo del diritto amministrativo: il primo è quello della Francia, dell’Italia, del Portogallo, della Grecia e, per certi versi, della Spagna; il secondo è quello dell’Inghilterra, con l’Irlanda e la Norvegia; il terzo è un gruppo che comprende la Germania, l’Austria, la Svizzera e, per certi versi, la Polonia⁵⁵. Questa tipizzazione è discutibile, come spesso accade, ma presenta alcuni vantaggi. Essa supera infatti il tradizionale dualismo tra ordinamenti di *civil law* e di *common law* basandosi su criteri legati ai principi e alle strutture del diritto pubblico. Seguendo questa tipizzazione si è cercato di includere almeno un sistema di diritto amministrativo per ciascuno di questi modelli, benché un approccio più inclusivo potrebbe essere auspicabile.

Occorre considerare due ulteriori questioni. In primo luogo, la nostra ricerca comparata riguarda lo spazio giuridico europeo, ma non si limita all’UE; di conseguenza si è deciso di includere non solo un certo numero di Stati membri dell’Unione, ma anche la Svizzera, che ha stipulato con la prima una complessa rete di accordi. In secondo luogo, si è pensato che potesse essere interes-

⁵⁴ R. SCHLESINGER, *Introduction*, cit., pp. 2-3.

⁵⁵ M. FROMONT, *Droit administratif des Etats membres de l’Union européenne*, PUF, 2006, p. 15.

sante confrontare i sistemi giuridici nazionali con quello di un'entità non statale, come appunto l'Unione. È chiaro che molti casi di diritto pubblico riguarderanno l'applicazione dei principi del diritto europeo a livello nazionale, quando gli Stati membri attuano il diritto dell'Unione, giacché le autorità nazionali hanno il dovere di applicare i principi generali del diritto dell'UE⁵⁶, incluso il rispetto dei diritti fondamentali, e le sue norme. Inoltre, tali principi e norme hanno spesso una sorta di effetto “a cascata” o *spillover* per la soluzione di problemi simili, aventi carattere puramente nazionale⁵⁷. Ad esempio, il fatto che gli “interessi” di coloro che partecipano alle gare pubbliche dovessero essere tutelati in virtù del diritto comunitario ha favorito un ripensamento della questione all'interno del diritto amministrativo italiano di fine Novecento, in quanto appariva bizzarro e inaccettabile, dal punto di vista del rispetto del principio di uguaglianza, che quegli interessi ricevessero una tutela giuridica piena, comprensiva del risarcimento dei danni, mentre altri non ne beneficiassero. Anche l'ordinamento giuridico dell'UE è di per sé rilevante, dato che esiste un'amministrazione europea investita di funzioni e poteri, a volte in rapporto diretto con i singoli e le imprese, che deve soddisfare gli standard di legalità e del c.d. *due process*. Essa agisce, inoltre, in base a un principio generale di responsabilità; è quindi interessante sondare se le particolarità della sua organizzazione e del suo funzionamento si ripercuotano sui modi in cui il principio viene sviluppato e applicato dal giudice sovranazionale.

All'interno di questo quadro generale alcune ulteriori osservazioni possono essere utili per valorizzare la scelta di occuparsi di alcune esperienze giuridiche che, purtroppo, sono troppo spesso escluse dal radar della letteratura comparata tradizionale. Il riferimento è, in particolare, alla scelta di Spagna, Ungheria, Romania e Svizzera. L'ordinamento giuridico spagnolo è importante sia di per sé – ad esempio, per la decisione di non istituire un tribunale amministrativo, ma un collegio specializzato all'interno della massima istituzione giudiziaria – sia per la sua diversa influenza sugli ordinamenti giuridici dell'America Latina, profilo considera-

⁵⁶ Si tratta dei diritti fondamentali, come indicato dall'art. 51 della CEDU.

⁵⁷ P. CRAIG, *Administrative Law*, p. 324.

to in una fase successiva della ricerca⁵⁸. Per quanto riguarda l'Ungheria, per una parte della sua storia essa ha condiviso lo stesso regime giuridico che governava l'Austria, mentre in altri momenti, al pari di Polonia e Romania, è stata soggetta a idee, convinzioni e valori di diritto pubblico radicalmente diversi da quelli tipici delle democrazie liberali. E' interessante vedere come i suoi giudici, e più in generale i giuristi, interpretano il principio di responsabilità, che è ampiamente stabilito dalla Costituzione ma che può essere modellato dal Parlamento nell'esercizio della potestà legislativa. Anche la Romania è stata inizialmente soggetta all'influenza di una cultura giuridica straniera, in questo caso quella francese, e successivamente del "socialismo", ed è proprio per questo motivo che è importante verificare se l'eredità di quel periodo abbia conseguenze in materia di responsabilità dell'amministrazione. L'ordinamento giuridico svizzero è stato variamente influenzato da quelli francese e tedesco, che differiscono notevolmente per quanto riguarda la responsabilità dell'amministrazione. Un ulteriore elemento di interesse riguarda la struttura dell'ordinamento giuridico svizzero, che prevede un livello federale, uno cantonale e uno locale. Entrambi questi aspetti sono rilevanti ai fini della presente trattazione. Come osservato da Thierry Tanquerel (uno degli Autori di questo volume), come il diritto francese, così quello svizzero stabilisce che la responsabilità delle autorità pubbliche non è soggetta alle norme del diritto privato federale quando agiscono al di fuori delle loro attribuzioni; in più, mentre la legislazione federale prevede una deroga, a causa della competenza esclusiva concessa dalla Costituzione, le norme cantonali possono derogare alle norme del Codice Civile solo con una specifica autorizzazione federale⁵⁹. Si discute anche se, anche in assenza di norme particolari che lo richiedano, un ente incaricato dell'esercizio di funzioni e poteri pubblici sia soggetto a responsabilità in virtù di principi generali di giustizia e di ugua-

⁵⁸ Si veda G. DELLA CANANEA e M. BUSSANI, cit.

⁵⁹ T. TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2°ed., Schulthess, 2018, pp. 545-46.

gianza di trattamento e, di conseguenza, si possano applicare le norme del Codice Civile, anche se in via sussidiaria⁶⁰.

Infine, occorre fare una precisazione in merito a ciò che si è deciso di escludere dall'analisi. Come osservato in precedenza in questa sezione, l'esclusione di alcuni ordinamenti giuridici è dipesa dalla necessità di operare una selezione all'interno dei principali modelli amministrativi esistenti in Europa. In altri casi, come talvolta accade in questo tipo di progetti⁶¹, la completezza dell'analisi comparativa è stata influenzata da eventi impreveduti che hanno impedito ad alcuni esperti di redigere il rapporto nazionale, indispensabile ai fini dell'indagine comparata. Resta il fatto che una copertura più ampia è auspicabile ed è stata assicurata per la successiva linea di ricerca, che riguarda il controllo giurisdizionale sull'azione amministrativa, con particolare attenzione ai vizi formali o procedurali.

C. Il questionario e i livelli di analisi

È necessario prendere in considerazione altre due serie di questioni metodologiche. Esse riguardano la costruzione del questionario e i livelli di analisi.

A differenza dei precedenti tentativi di esaminare la responsabilità della pubblica amministrazione in una prospettiva comparata⁶², per i quali il questionario era stato formulato solo dagli organizzatori, nel nostro caso, dopo la preparazione di una bozza, quest'ultimo è stato discusso con esperti nazionali durante un *workshop* volto a verificare se le domande incluse avessero senso in tutti i sistemi giuridici selezionati per il confronto. Si può quindi affermare che la progettazione del questionario sia un'impresa collettiva. Inoltre, sebbene il questionario sia fortemente incentrato sull'analisi fattuale⁶³, si è ritenuto utile iniziare

⁶⁰ *Ibidem*, p. 547.

⁶¹ R. SCHLESINGER, *Introduction*, cit., p. 21 che fa riferimento a “fattori umani e accidentali”.

⁶² Si veda A. VON BOGDANDY, *The transformation of European Law: the reformed concept and its quest for comparison*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* n. 2016-14, 2016, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2783702.

⁶³ Un approccio in parte simile è stato utilizzato all'interno del Gruppo eu-

con alcune domande di carattere generale sui principi di massima in materia di responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione e sui rimedi disponibili nei confronti delle autorità pubbliche. Esiste, invece, un'analogia con gli studi da tempo avviati sul nucleo comune del diritto privato europeo per quanto riguarda l'elaborazione dei casi. Come punto di partenza, ci siamo concentrati su casi reali, cercando però solo di trarre ispirazione da essi⁶⁴. La *ratio* era che è interessante e importante verificare se determinati fatti relativi all'esercizio del potere producano contenzioso in alcuni sistemi giuridici più che in altri, e quali possano essere i motivi sottostanti. Ad esempio, ovunque si verificano controversie in merito ai provvedimenti ampliativi, sotto forma di concessioni, licenze o affini, ma si riscontrano importanti differenze sulla natura (più o meno) discrezionale dei poteri esercitati dalle autorità pubbliche.

Durante il *workshop* in cui il questionario è stato discusso con esperti nazionali e altri partecipanti ci si è chiesti se i nostri casi ipotetici dovessero essere scritti in modo conciso, senza fornire troppi elementi di fatto e di diritto. Questa opzione presenta più di un vantaggio, tra cui la semplicità e la comprensibilità e, cosa forse più importante, una maggiore adattabilità a diversi contesti giuridici nazionali. Esiste, tuttavia, un'altra faccia della medaglia. Proprio perché una formulazione concisa del caso facilita il confronto delle soluzioni, alcuni aspetti importanti dell'effettivo funzionamento degli istituti giuridici potrebbero non emergere o perdere di rilievo, mentre il nostro è un esercizio interpretativo. Questo spiega perché alcuni casi sono più lunghi e complessi di altri. Naturalmente, quelli che includono più elementi di fatto hanno maggiori probabilità di far emergere l'esistenza di differenze, ma questo non rappresenta un problema, per due motivi. In primo luogo, a differenza dei precedenti approcci comparati in questo campo, lo scopo della nuova ricerca comparata non è quello di concentrarsi esclusivamente, o principalmente, sui tratti comuni o distintivi tra i sistemi giuridici considerati, ma di inclu-

ropeo sul diritto della responsabilità civile: si veda K. OLIPHANT, *The liability of public authorities*, cit.

⁶⁴ A proposito di tale distinzione, si rinvia a G. GORLA, p. 26

derli entrambi e cercare di dare loro un senso. In secondo luogo, dal punto di vista della rilevanza e del significato, non tutte le differenze relative al funzionamento degli istituti giuridici possono essere incluse nella stessa categoria. Alcune di esse possono semplicemente mostrare il diverso valore – nel tempo e nei vari ordinamenti – che viene attribuito a uno stesso istituto giuridico (ad esempio, il licenziamento di un dipendente pubblico senza previa audizione), mentre altre possono mostrare l'esistenza di una divergenza così profonda tra i sistemi giuridici da impedire l'individuazione di un nucleo comune.

C'è un'importante corollario che deriva dalla scelta di considerare i sistemi amministrativi appartenenti all'UE, in relazione all'esigenza di non offrire un'immagine fuorviante degli istituti di diritto amministrativo. Infatti, non solo molte norme e importanti scelte sono adottate dall'UE, ma essa ha anche una propria amministrazione, che adotta alcuni provvedimenti (autorizzazioni, ordini e sanzioni) molto simili, se non identici, a quelli delle autorità nazionali e soggetti alle norme che regolano la responsabilità delle pubbliche amministrazioni in materia di danni⁶⁵. Per tali provvedimenti, i casi ipotetici previsti dal questionario non sollevano particolari problemi; non è così, invece, per altri provvedimenti amministrativi, come le concessioni e le licenze. Per queste ultime i casi ipotetici sono esaminati partendo dal presupposto che, laddove dovessero verificarsi, l'amministrazione europea li gestirebbe in modo analogo ad altre situazioni e il giudice sovranazionale applicherebbe sia i principi generali che regolano il procedimento amministrativo, sia le norme applicabili alla responsabilità extracontrattuale dell'Unione europea.

L'ultima questione riguarda il livello di analisi. La scelta di un'analisi fattuale solleva la domanda se le conclusioni possano essere generalizzate al di fuori degli specifici casi esaminati. Si tratta di una questione impegnativa, che richiede una trattazione a sé stante; vi sono nondimeno alcuni fattori che possono accrescere il valore aggiunto di un'analisi fattuale. Come spiegato in un precedente articolo da della Cananea e Bussani, nonché nel capi-

⁶⁵ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, CUP, 2006, p. 40.

tolo di Bussani in questo volume⁶⁶, ai nostri esperti nazionali non chiediamo solamente di indicare la soluzione che più probabilmente sarebbe fornita dai giuristi dei rispettivi ordinamenti, ma li incoraggiamo anche a riflettere sulle ragioni istituzionali e culturali sottostanti, compreso il ruolo svolto dai formanti giuridici. Coerentemente con le osservazioni critiche espresse in merito all'atteggiamento tradizionale, che consiste semplicemente nel giustapporre le relazioni relative ai diritti amministrativi nazionali, invece di confrontarle, seguendo una prospettiva costruttiva abbiamo pensato che potesse essere interessante e utile fornire due tipi di comparazione: uno relativo ad un gruppo limitato di ordinamenti giuridici nazionali, e l'altro riguardante tutti i sistemi scelti per la comparazione. Le ultime due parti del volume sono dedicate a questi distinti livelli di analisi.

V. Implicazioni per lo studio del “nucleo comune” dei diritti amministrativi europei

La discussione si è finora concentrata sulle principali scelte operate inizialmente; naturalmente è importante valutare l'esito della ricerca, ossia il risultato finale dell'indagine in relazione ad un determinato argomento, in questo caso la responsabilità della pubblica amministrazione. Questo tema meriterebbe una trattazione autonoma e se ne discuterà pertanto nel capitolo finale del presente volume. Fermarsi qui, tuttavia, significherebbe tralasciare l'impatto di questa particolare linea di ricerca rispetto alle congetture formulate in un primo momento: il passaggio dalla mera giustapposizione al confronto, sotto forma di indagine sul “nucleo comune”, e l'interazione tra tratti comuni e distintivi in Europa. Questa sezione esamina quindi brevemente le implicazioni relative a ciascuna di esse.

A. Un'analisi fattuale

Sebbene la necessità di studi comparatistici sia ampiamente avvertita nell'ambito degli studi contemporanei di diritto pubbli-

⁶⁶ Si vedano G. DELLA CANANEA e M. BUSSANI, cit.

co⁶⁷, vi è una varietà di posizioni circa gli approcci o le prospettive che possono essere seguiti per raggiungere tale obiettivo. Per usare ancora una volta la metafora del *continuum*, si può dire che ai due estremi si trovano le prospettive micro e macro. La prima si concentra principalmente sul funzionamento di un determinato principio o istituto giuridico, come ad esempio la posizione di un individuo specifico che chieda un risarcimento per un caso di cattiva amministrazione in merito alla revoca di una concessione o di una licenza. La prospettiva macro guarda invece, cercando di risolverli, a problemi di ordine maggiormente sistematico, compreso il rispetto della *rule of law* e il ruolo del controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa. Si tratta in ogni caso di un approccio utile, che può far luce su analogie e differenze ad un livello di astrazione elevato; tuttavia, ad un così alto livello di astrazione, alcune differenze e somiglianze possono apparire più evidenti di quanto non lo siano nel mondo reale. È proprio per questo motivo che Schlesinger, già negli anni Sessanta, promuoveva l'uso di un approccio fattuale. Nelle sue parole, “quando l'attenzione è rivolta [...] ai dettagli di ciò che i francesi chiamano le *fond du droit*, allora le somiglianze e le differenze tra i sistemi giuridici sono [...] complesse e intrecciate; così, [...] la loro comparazione [...] comporta come minimo l'identificazione e la formulazione di elementi di somiglianza e di differenza⁶⁸”.

Resta da vedere se questo metodo possa essere utilizzato nel campo del diritto pubblico. La questione può essere considerata sia *ex ante* che *ex post*. *Ex ante*, si è constatato che guardare al diritto amministrativo da una prospettiva comparata rappresenta un importante contributo alla riflessione giuridica, della quale un'ampia parte è stata scritta considerando un solo ordinamento. Inoltre, si può ragionevolmente affermare che un'analisi fattuale sia giustificata da tre buoni motivi. In primo luogo, sebbene il diritto amministrativo sia variamente distinto dal diritto privato, almeno alcuni dei principi generali del diritto imposti alle autorità

⁶⁷ Si vedano R. CARANTA, *Learning from our neighbours: Public Law remedies homogenization from bottom up*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 1997, 4, pp. 220-248 e A. VON BOGDANDY, *The transformation of European Law*, cit.

⁶⁸ R. SCHLESINGER, *Introduction*, cit., pp. 2-3.

pubbliche, come la correttezza, non sono intrinsecamente diversi da quelli applicabili alla condotta di individui e imprese, anche se possono essere, e sovente sono, applicati in modo più rigoroso⁶⁹. In secondo luogo, nel campo del diritto amministrativo, a causa della maggiore scarsità di regole generali stabilite dalla legge, è ancora più necessaria un'analisi della legislazione specifica di settore, nonché dei modi in cui i giudici la interpretano alla luce dei principi generali. In terzo luogo, l'enunciazione dei problemi in termini fattuali è sempre più utilizzata in alcuni ambienti accademici e non, dove studiosi e giudici – rispettivamente – si incontrano regolarmente per discutere varie questioni riguardanti il diritto amministrativo⁷⁰. Questo è di per sé un aspetto innovativo e interessante: è innovativo, perché anche solo due o tre decenni addietro non esisteva nulla del genere; è interessante perché conferma che non solo la necessità di un'analisi comparata è ampiamente avvertita dai giudici e dagli operatori del settore, ma anche che l'uso di un'analisi fattuale riscuote la loro approvazione.

Ex post, l'applicazione dell'analisi fattuale a una serie di questioni riguardanti la responsabilità dell'amministrazione ha contribuito positivamente alla comprensione dei punti di contatto e delle differenze esistenti nel campo del diritto amministrativo. Analogamente a quanto osservato nel corso dei seminari della Cornell Law School, l'inquadramento delle domande in termini fattuali ha permesso ai partecipanti di evitare il rischio di enfatizzare indebitamente somiglianze esistenti solo a livello superficiale degli istituti giuridici esaminati. Mentre in alcuni ordinamenti giuridici esiste un principio generale di responsabilità, in altri non vi è nulla di analogo e vi sono differenze significative per quanto riguarda i rimedi esperibili da parte di coloro che intendono contestare l'azione della pubblica amministrazione o la sua inazione. L'analisi fattuale condotta sulla responsabilità dell'amministrazione consente, inoltre, di verificare positivamente l'importanza della priorità accordata al procedimento amministrativo. Sebbene

⁶⁹ D. OLIVER, cit., p. 27.

⁷⁰ Si tratta dell'Associazione dei Consigli di Stato e delle Corti Amministrative superiori dell'Unione europea: si veda <https://www.aca-europe.eu/index.php/en/>.

la distinzione tra aspetti procedurali e sostanziali sia convenzionale e si evolva, essa ha comunque un senso ed è giuridicamente rilevante in tutti gli ordinamenti considerati. In particolare, se un certo modello di azione – un procedimento, appunto – è stato stabilito in precedenza, le autorità pubbliche sono tenute a seguirlo e, se non lo fanno, devono fornire una giustificazione, affermando che si applichino canoni di condotta più specifici o che si tratti di un'eccezione resa necessaria da un evento di qualche tipo. Inoltre, le autorità pubbliche sono tenute a rispettare standard di legalità e correttezza più intensi o di natura diversa da quelli che si applicano agli enti privati e, in particolare, sono tenute a rendere note le procedure seguite e a motivare le loro scelte. Infine, i ricorsi presentati dai singoli contro le autorità pubbliche riguardano sempre più spesso i diritti. Questo aspetto è interessante di per sé e per le sue ramificazioni sull'interazione tra tratti comuni e distintivi.

B. Fattori comuni e differenze

In un articolo precedente, in cui è stato illustrato il quadro teorico di questa ricerca comparata⁷¹, sono state messe in discussione alcune proposizioni comunemente accettate sullo studio comparato del diritto amministrativo. Uno degli assunti contestati è che ogni sistema di diritto amministrativo sia plasmato dalla storia e dalla cultura e quindi rifletta le idee e le convinzioni nazionali sul diritto pubblico e differisca inevitabilmente dagli altri. Questo argomento è portato all'estremo da coloro che sostengono che i sistemi giuridici nazionali sono incommensurabili⁷². Un altro assunto contestato è che "nel campo del diritto amministrativo tutti i Paesi civilizzati hanno più o meno gli stessi problemi e lo stesso desiderio di risolverli adeguatamente"⁷³. Il mio intento non è quello di discutere queste proposizioni in modo astratto, ma piuttosto quello di confutarle alla luce degli studi raccolti in questo

⁷¹ Si veda G. DELLA CANANEA e M. BUSSANI, cit.

⁷² P. LEGRAND, *European legal systems are not converging*, in *I. C. L. Q.*, 1996, 45, p. 52.

⁷³ F. LAWSON, *Review of C.H. Hamson, executive discretion and judicial control and B. Schwartz, French Administrative Law in the common-law world*, in *Stan. L. Rev.*, 1955, 7, p. 159.

volume, in vista dell'elaborazione di una teoria alternativa della comparazione giuridica nello spazio amministrativo europeo.

Alcune carenze dell'approccio tradizionale, che enfatizza le differenze tra i diritti amministrativi operanti nei Paesi europei, visti come una provincia dello Stato, sono state accennate nella trattazione precedente. Al livello più elementare, l'approccio tradizionale si basava sulla sfiducia nello Stato amministrativo. Ma il XX secolo è stato caratterizzato dalla crescita del diritto amministrativo, con importanti ripercussioni sui rimedi esperibili nei confronti dei pubblici poteri. È diventato semplicemente impossibile tracciare una distinzione – ancora sostenuta da eminenti studiosi negli anni Ottanta del secolo scorso – tra ordinamenti giuridici con e senza diritto amministrativo. Tale distinzione è diventata ancora meno concepibile a causa dell'influenza degli ordinamenti giuridici sovranazionali, in particolare del diritto dell'UE, con la sua enfasi sulla distinzione tra diritto pubblico e privato. Inoltre, sia l'Unione che il Consiglio d'Europa hanno definito e perfezionato principi generali che tutti gli Stati membri devono rispettare, anche nel campo della responsabilità della pubblica amministrazione. Le differenze tra gli ordinamenti giuridici sono quindi “meno incolmabili di prima”⁷⁴.

Questi cambiamenti spiegano il crescente favore con cui è stata accolta, almeno fino a qualche anno fa, la teoria della graduale convergenza tra i diritti amministrativi europei. La base di questa teoria era di natura funzionale. È sicuramente in buona parte vero che gli ordinamenti giuridici nazionali affrontano problemi simili ed enunciano comuni principi di diritto. Tuttavia, si possono individuare almeno tre difficoltà che minano la profezia di una costante convergenza. In primo luogo, l'analisi comparata conferma l'esistenza di non pochi tratti distintivi significativi. Alcuni di essi sono il prodotto della storia e della cultura; altri dipendono da precise preferenze politiche. Tutti questi fattori spiegano la diversa importanza sia della giustizia erogata dai tribunali ordinari sia del ruolo dei ricorsi amministrativi. In secondo luogo, questi fattori riflettono modi diversi di considerare e concretizzare valori

⁷⁴ W. VAN GERWEN, *Bridging the unbridgeable: community and national Tort Laws after Francovich and Brasserie*, in *I. C. L. Q.*, 1996, 45, p. 597.

come la *rule of law*, che sono comuni agli ordinamenti giuridici europei. Ad esempio, l’argomentazione giuridica elaborata dai giudici combina in modo variabile considerazioni relative alla natura distinta degli interessi in gioco e alle ripercussioni finanziarie della responsabilità. Infine, su un piano più teorico, nonostante l’importanza dei principi comuni che regolano la responsabilità dell’amministrazione, a volte essi si configurano come standard variabili, a differenza degli standard invariabili⁷⁵. In breve, le differenze riscontrabili tra gli ordinamenti nazionali sono rilevanti e significative, perché il contesto conta, così come la nostra visione dei fatti rilevanti per il diritto. Per queste ragioni, la convergenza e la divergenza devono essere considerate unitamente⁷⁶ e in modo dinamico, non statico.

C. Divergenze nella convergenza

Proprio perché la rispettiva rilevanza dei tratti comuni e di quelli distintivi muta rispetto al passato, in questa sezione si cercherà di delineare tre temi correlati ma distinti, che sono stati enfatizzati da diversi filoni della teoria giuridica. Può essere utile riassumerli brevemente in questa sede, mentre un’analisi più strutturata sarà possibile dopo aver portato a termine tutte le fasi della nostra ricerca. I tre temi sono la “natura delle cose”, il prestigio e l’influenza delle organizzazioni sovranazionali.

Vi è innanzitutto un filone importante nel diritto pubblico, che in effetti riflette una visione più ampia del diritto in sé. In passato, fino alla metà del XVIII secolo e ad esempio in Vattel, questo filone trovava espressione nell’identificazione tra la “natura delle cose” e la natura umana. A differenza di Vattel, Montesquieu non esitò a riconoscere l’esistenza di un’infinita diversità di leggi e costumi⁷⁷; tuttavia, non smise di cercare leggi invariabi-

⁷⁵ Tale distinzione è presa in prestito da H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, 1961, p. 133.

⁷⁶ P. CRAIG, *Comparative Administrative Law and political structure*, in *O. J. L. S.*, 2017, 37, p. 947, secondo cui “lo studio del diritto amministrativo comparato rivela comunanze e differenze tra i sistemi di studio. Ciò è assiomatico e ovvio”.

⁷⁷ MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, ed. V. GOLDSCHMIDT, Flammarion, 1979, pp. 115 e 123. Per la posizione di Vattel, si veda il suo *Le droit des gens*

li⁷⁸, che potevano riscuotere consensi semplicemente perché migliori di altre. Seguendo questo orientamento, si può sostenere che alcuni sviluppi, come il ripudio delle vecchie dottrine secondo cui la sovranità escludeva la responsabilità (dottrine ancora accettate nel Novecento in Russia e, in qualche misura, in altri regimi socialisti), non sono che una naturale conseguenza di alcuni assunti fondamentali sulla natura delle società in cui viviamo, che pongono dei limiti alla possibilità di sostenere che i poteri pubblici non siano perseguibili in giudizio. Parallelamente a questa teoria tradizionale esiste un secondo orientamento che si concentra sulla diffusione, in base al loro prestigio, di alcuni principi e istituti giuridici. In particolare, il prestigio di cui godeva il giudice amministrativo francese – segnatamente, il Conseil d'État – è stato dimostrato dalla creazione di giudici speciali in Austria e in Germania tra il 1862 e il 1870, in Italia nel 1889 e in Belgio nel 1946⁷⁹. Il modello francese di controllo giurisdizionale dell'azione amministrativa ha influenzato anche le istituzioni sovranazionali e internazionali, come la Corte di Giustizia e il Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite⁸⁰. Tuttavia, è il modello austriaco e tedesco di regolamentazione della responsabilità dello Stato ad aver esercitato una forte influenza su altri ordinamenti giuridici dell'Europa centrale e orientale. Si è trattato di una vera e propria diffusione. Essa si manifesta, quando i giudici di questi ordinamenti considerano la responsabilità dell'amministrazione sia per escluderne l'immunità, sia per giustificare l'imposizione di doveri, in senso lato, di equità procedurale e di razionalità nell'esercizio delle potestà discrezionali.

Qualunque sia la spiegazione, funzionale o basata sulla diffu-

ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains, 1758.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 125

⁷⁹ Si veda W. FRIEDMANN, *Review of C.J. Hamson, executive discretion and judicial control: an aspect of the French Conseil d'Etat*, in *U. T. L. J.*, 1955, 21, pp. 140-141. Sui tribunali amministrativi, si veda M. FROMONT, *cit.*, pp. 111-40.

⁸⁰ A proposito della Corte di Giustizia, si veda E. STEIN e P. HAY, *Legal remedies of enterprises in the European economic community*, in *A. J. C. L.*, 1960, 9, pp. 381, 383.

sione, una cosa è chiara: esistono alcuni principi generali di diritto condivisi da tutti gli ordinamenti giuridici europei nell’ambito delle prime Comunità europee. Ciò è stato riconosciuto dal Trattato di Roma già nel 1957 e successivamente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea. La questione che si pone è quindi se con l’adesione del Regno Unito si sia creato un ostacolo al riconoscimento dell’esistenza di principi condivisi. Alcuni anni fa, Duncan Fairgrieve ha osservato che, a dispetto di alcune importanti differenze tra il diritto francese e quello inglese, ad uno studio più approfondito, essi risultano piuttosto simili⁸¹. Più in generale, Paul Craig e Sabino Cassese hanno osservato che il Consiglio d’Europa e l’Unione europea hanno avuto l’effetto di “avvicinare i sistemi di diritto pubblico dei diversi Paesi europei”⁸². Anche Carol Harlow e Richard Rawlings hanno riconosciuto che sta emergendo una graduale convergenza⁸³. All’interno di questo filone di studi, emergono ulteriori distinzioni. Da un lato, la convergenza “naturale”, soprattutto nell’ambito dell’amministrazione comune dell’Unione europea, si contrappone alla “uniformità imposta”⁸⁴. Dall’altro lato, vi sono diverse motivazioni alla base dei doveri procedurali imposti alle autorità pubbliche. Alcuni ritengono che tali doveri derivino da principi e valori generali condivisi. Per altri, ciò è dovuto al fatto che gli individui sono considerati titolari di diritti, non recettori passivi delle scelte dei decisori pubblici, e che questi ultimi sono tenuti a rispettare tali doveri e a motivare le proprie scelte.

⁸¹ D. FAIRGRIEVE, cit., p. 261.

⁸² S. CASSESE, *La construction du droit administratif: France et Royaume-Uni*, Montchrestien, 2000, p. 147; P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., p. 324.

⁸³ C. HARLOW e R. RAWLINGS, *National administrative procedures in a European perspective: pathways to a slow convergence*, in *It. J. Publ. L.*, 2010, 2, p. 259.

⁸⁴ R.J. WIDDERSHOVEN, *Developing Administrative Law in Europe: natural convergence or imposed uniformity?*, in *Rev. Eur. Adm. L.*, 2014, 7, p. 5.

VI. Sviluppi della ricerca

Sarebbe azzardato trarre conclusioni troppo nette dai risultati sulla responsabilità della pubblica amministrazione esposti in questo volume. Tali risultati vanno piuttosto considerati come parziali, in quanto necessitano di ulteriori verifiche, anche con l'ausilio di altri metodi di ricerca. Inoltre, spetta ovviamente al lettore esprimere un giudizio sui risultati conseguiti. Purtuttavia, può essere di qualche utilità – proprio in vista di tale giudizio – fornire alcuni ragguagli sugli sviluppi della ricerca. Essi riguardano, nell'ordine, la comparazione diacronica e quella sincronica.

La comparazione diacronica si è svolta in due fasi. Come primo passo, è stata completata l'analisi – un'analisi empirica – della decisioni giudiziarie mediante le quali sono stati elaborati e perfezionati i canoni generali di condotta per le autorità che esercitavano potestà amministrative durante la *Belle époque* (1890-1910)⁸⁵. La scelta del periodo è stata effettuata in funzione d'una serie di fattori istituzionali: i cambiamenti intervenuti nelle funzioni svolte dalle amministrazioni, per l'azione di varie concause (l'ampliamento del suffragio, il progresso tecnologico, il mutamento del ruolo dello Stato in economia), e nei relativi modi di esercizio, la perdita di significatività di alcuni tipi di controlli, l'impulso impresso ai controlli di tipo giurisdizionale. Per far sì che i risultati non fossero falsati dalla scelta di un unico o prevalente assetto di tipo istituzionale, il raffronto è stato svolto tra i due ordinamenti tradizionalmente inclusi negli studi comparati, cioè la Francia e l'Inghilterra, ai quali si sono aggiunti l'Impero austriaco e l'Impero tedesco e il Belgio e l'Italia. Ciò ha consentito di porre a confronto le soluzioni emerse in sistemi aventi un giudice unico per tutte le controversie, un giudice amministrativo con competenza limitata e un giudice amministrativo tendenzialmente equi-ordinato ai tribunali ordinari. L'analisi empirica, per un verso, ha confermato l'esistenza di significative diversità nel

⁸⁵ G. DELLA CANANEA e S. MANNONI (eds.), *Administrative justice fin-de-siècle. Early judicial standards of administrative conduct in Europe (1890–1910)*, OUP, 2021.

disegno dei meccanismi di controllo sull'amministrazione, intesa funzionalmente; per un altro verso, ha mostrato sia la riduzione del divario nel numero complessivo delle decisioni giudiziarie (in Francia, all'inizio del periodo considerato, erano alcune centinaia all'anno, altrove alcune decine), sia, soprattutto, l'emergere di una serie di principi generali volti a bilanciare gli interessi individuali con gli interessi della collettività. Nel novero di tali principi vi erano la legalità, la giustizia procedurale e la responsabilità dell'amministrazione. Sono risultati simili anche gli argomenti utilizzati da alcuni giudici per imporre il rispetto di tali principi, segnatamente l'aderenza del diritto di essere sentiti alla “natura delle cose”. Una lettura incrociata di queste tendenze è la seguente: quello secondo cui, nel 1880, esisteva un'amministrazione senza diritto amministrativo è, al più, un “mito”, nel senso che all'espressione è stata data da Santi Romano.⁸⁶

La seconda fase della comparazione diacronica ha confermato che il convincimento che il diritto amministrativo costituisce una sorta di *enclave* nazionale non regge a un'accurata disamina. La conferma è stata fornita dall'analisi della legislazione generale sul procedimento amministrativo emanata in Austria nel 1925.⁸⁷ Quella legislazione è importante in sé, per il dosaggio tra la codificazione dei principi elaborati dalla Corte amministrativa nei cinque decenni precedenti e l'introduzione di alcune soluzioni ritenute più perfezionate. Lo è, altresì, per l'influenza esercitata sugli ordinamenti più vicini. Vi è stata una diffusione del modello austriaco nel Lichtenstein, nella Cecoslovacchia, nella Jugoslavia e in Polonia. Anche se non vi è stata una vera e propria recezione della legge austriaca, essa ha evidentemente costituito il modello cui i legislatori nazionali si sono attenuti, non di rado anche nella lettera delle disposizioni adottate. Tale diffusione, oltre a mostrare l'infondatezza della concezione autoctona del diritto ammini-

⁸⁶ S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 121.

⁸⁷ G. DELLA CANANEA, A. FERRARI ZUMBINI e O. PFERSMANN (eds.), *The Austrian Codification of Administrative Procedure: Diffusion and Oblivion*, OUP, 2023, in corso di pubblicazione.

strativo, presenta interesse anche per un motivo ulteriore, che qui può essere soltanto indicato, con riserva d'una successiva trattazione, ossia la continuità della legislazione sul procedimento amministrativo nonostante il mutamento del regime politico determinato dall'influenza sovietica dopo il 1945.

La comparazione sincronica si è svolta attraverso più linee di indagine. In primo luogo, per quanto la ricerca nel suo insieme sia incentrata sul procedimento amministrativo, ha ottenuto adesioni l'ipotesi di lavoro che, per comprendere appieno la fisiologia dell'amministrazione, intesa come attività o funzione, non si possa prescindere dal considerarne la patologia, cioè le disfunzioni e le vere e proprie anomalie, cioè le situazioni nelle quali un'autorità pubblica svolge le funzioni ed esercita le potestà che le sono attribuite discostandosi dai canoni di condotta cui, in base alla legge o ad altre norme o ai principi generali, deve attenersi, venendo meno – così – al dovere di agire nel pubblico interesse.⁸⁸ Elenchiamo in estrema sintesi le principali risultanze che emergono dall'analisi. Nei vari ordinamenti considerati, i rimedi esperibili nei confronti delle pubbliche amministrazioni sono profondamente differenziati. A volte, dev'essere previamente esperito il ricorso amministrativo, in particolare nell'ordinamento tedesco e negli ordinamenti che ad esso si sono ispirati; altre volte, il ricorso amministrativo è ammesso, senza alcun vincolo; altre volte, ancora, ha pochissima importanza. Nella maggior parte degli ordinamenti europei, l'impugnativa contro l'atto o la condotta dell'autorità pubblica deve essere presentata al giudice amministrativo; in altri, vi è un giudice unico, ma si può constatare una tendenza alla professionalizzazione dei magistrati, sia nel Regno Unito, sia in alcuni ordinamenti dell'Europa continentale, come la Spagna. Al netto di queste, e altre, differenze di ordine istituzionale e culturale, due principi comuni, l'effettività del controllo giurisdizionale e – quanto al “*fond du droit*” – la necessità di rispettare i principi e le regole di natura procedurale, si sono affermati ovunque, in conseguenza di quello che taluni hanno definito il “paral-

⁸⁸ G. DELLA CANANEA e M. ANDENAS (eds.), *Judicial Review of Administration in Europe. Procedural Fairness and Propriety*, OUP, 2021.

lelismo delle soluzioni” ai problemi comuni e dell’avvento degli ordinamenti sovranazionali.

Mentre questo filone di indagine, al pari di quello sulla responsabilità, torna utile anche per verificare la consistenza delle idee elaborate nella fase meno recente della riflessione giuridica, altre due linee di ricerca hanno avuto ad oggetto altrettanti tipi di azione amministrativa che in passato hanno ricevuto diversa attenzione sotto il profilo comparato: quelli che da noi sono detti procedimenti ablatori, come l’espropriazione e altri strumenti mediante i quali i diritti di proprietà spettanti ai privati sono estinti o modificati, e l’amministrare che si esplica mediante la determinazione di regole, standard, piani. Nel primo caso, non sono mancati studi di ampia portata (per esempio, quello condotto dal *Max Planck Institut* di Heidelberg negli anni Sessanta del secolo scorso), ma essi sono stati limitati alla disciplina di fonte costituzionale e legislativa. L’uso dell’analisi fattuale, nel senso prima indicato, ha permesso di constatare l’importanza dei criteri generali di riferimento definiti e affinati dalla giurisprudenza, nel solco dei principi sostanziali e procedurali stabiliti dagli ordinamenti sovranazionali, segnatamente la tutela della proprietà privata e la protezione nei confronti delle violazioni delle regole procedurali.⁸⁹ L’altra linea di ricerca è al centro di un’apparente contraddizione. Che le forme di azione amministrativa che si esplicano mediante l’adozione di regole (regolamenti e atti amministrativi generali, direttive e istruzioni di servizio, sovente esterne mediante “circolari”) o di piani contino, e continuo più di ieri, per il conseguimento degli interessi della collettività, è sostenibile *a priori*. Basti pensare che il più delle volte le leggi si limitano a determinare una pluralità di finalità e ad attribuire all’autorità di governo o amministrativa il compito di realizzarle, sicché quest’ultima deve porre un ordine – nel senso della priorità o quantomeno dell’antecedenza – tra quelle finalità e scegliere i mezzi appropriati. Quanto continuo, però, solo l’analisi empirica può ambire a dirlo. Un’analisi di questo tipo finora è mancata, con rare eccezioni.

⁸⁹ M. CONTICELLI e T. PERROUD (eds.), *Procedural Requirements for Administrative Limits to Property Rights*, OUP, 2022.

La comparazione ha fornito un utile contributo: confermando che tali forme di azione contraddistinguono gli ordinamenti moderni; mostrando che ovunque si è posto il problema di come si possa aggiungere ai tradizionali canoni della giustizia procedurale (il diritto di essere sentiti, quello di accedere ai documenti detenuti dalle autorità pubbliche) altri strumenti, in grado di consentire la collaborazione e la partecipazione dei cittadini, anche attraverso comitati e associazioni; rivelando che in vari ordinamenti quegli strumenti sono stati definiti dalla legislazione sul procedimento, mentre in altri – segnatamente, nel Regno Unito – essi sono stati delineati in sede governativa, mediante atti non normativi, ma comunque tenuti nel debito conto dai giudici.⁹⁰ Ha ottenuto una significativa conferma, quindi, l'ipotesi ricostruttiva generale secondo cui ciò che conta di più è il “*fond du droit*”, non il singolo formante giuridico, nel caso di specie la disciplina legislativa.

È appena il caso di ribadire, peraltro, l'avvertenza esposta all'inizio, ossia che i risultati finora ottenuti devono essere sottoposti a ulteriori, approfondite, verifiche in rapporto ad altri temi e problemi: sono già state avviate alcune indagini, riguardanti i nessi tra i principi generali del procedimento amministrativo e le norme settoriali. Una migliore comprensione può essere garantita anche dal confronto con i principi e gli istituti giuridici di altre parti del mondo. Un'apposita linea di ricerca, già avviata, concerne la diffusione della legislazione generale sul procedimento amministrativo nell'America Latina, sul modello della legislazione spagnola del 1958. Le risultanze preliminari, emerse nel corso di un incontro di studio con gli esperti nazionali, sono di notevole interesse, perché mostrano un altro caso di diffusione, diverso sotto più di un profilo rispetto alla diffusione del modello austriaco nella prima metà del secolo scorso. Ciò costituisce un'ulteriore riprova – se ve ne fosse bisogno – della congettura iniziale, secondo cui contano sia i tratti comuni tra i diritti amministrativi, sia i tratti – invece – distintivi. Al tempo stesso, emergono spunti rilevanti ai fini della comprensione di quello che può dirsi il risvolto

⁹⁰ G. DELLA CANANEA e J.B. AUBY (eds.), *Administrative Rule-making and Planning in European Laws*, OUP, 2023, in corso di pubblicazione.

esterno del nucleo comune dei diritti amministrativi europei. Ci si può chiedere, quindi, se i tratti comuni tra quei diritti siano al tempo stesso tratti esclusivi o siano condivisi con altri ordinamenti appartenenti alla medesima tradizione giuridica oppure, almeno entro certi limiti, condivisi con alcuni ordinamenti che fanno parte di altre tradizioni giuridiche del mondo. Si aprono, quindi, nuovi interrogativi, com'è consono all'attività di ricerca.

Il diritto europeo della responsabilità civile e la metodologia “common core”

Mauro Bussani

Abstract

Il presente contributo si centra sulla metodologia alla base del progetto “Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa” e, in particolare, sulla ricerca in punto di responsabilità delle autorità pubbliche. In questa prospettiva, il capitolo introduce anzitutto le articolazioni del diritto europeo in materia di responsabilità civile e le iniziative accademiche ad esso dedicate, per poi presentare gli assi fondamentali dell’approccio “common core” e la logica alla base dei tre livelli di analisi, che è una delle caratteristiche distintive dell’intero progetto.

Parole chiave: common core, responsabilità civile, diritto comparato, diritto dell’Unione Europea, formanti giuridici

I. Introduzione

L’obiettivo generale di questo volume è quello di verificare se e in che misura esista, in Europa, un nucleo comune fra i diritti della responsabilità extracontrattuale delle autorità pubbliche. L’analisi mira a individuare le regole in vigore così come sono applicate in ciascuna delle giurisdizioni prese in esame, indagando non solo se i risultati che tali regole contribuiscono a garantire siano reciprocamente coerenti ma anche come l’architettura complessiva dei sistemi giuridici influisca sul ruolo che la responsabilità civile¹ è chiamata a svolgere in questo ambito.

* Ph.D. H.C. Friburgo (Svizzera); Ordinario di Diritto Comparato, Università degli Studi di Trieste; Adjunct Professor, Università di Macau, R.A.S. della R.P. Cinese.

¹ Per le precisazioni opportune circa il lessico della materia, incluse quelle

La ricerca di cui il volume è frutto trae la sua metodologia dal progetto “Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa”, di cui costituisce un ramo. Si tratta di una metodologia le cui origini e i cui tratti meritano di essere spiegati, anche al fine di chiarire quale sia il contributo che questo volume può apportare ai dibattiti europei sulla responsabilità delle autorità pubbliche e sul diritto comparato della responsabilità civile. Da questo punto di vista, s'introdurranno qui, innanzitutto, le articolazioni del diritto europeo in materia di responsabilità civile² (sezione II) e le iniziative degli studiosi che si concentrano su di esso (sezione III). Si presenteranno poi le linee fondamentali della metodologia “common core - nucleo comune” (sezioni IV e V) e la logica che sottende i tre livelli di analisi, che è una delle caratteristiche distintive dell'intero progetto (sezione VI). Le osservazioni conclusive riguarderanno soprattutto i caveat che devono accompagnare qualsiasi valutazione dei risultati scientifici raggiunti (sezione VII).

II. Il diritto europeo della responsabilità civile

Il diritto europeo della responsabilità civile è notoriamente lontano dall'essere armonizzato. A prima vista (ma solo a prima vista), la varietà del panorama europeo potrebbe essere accostata a – e chiamare la comunità giuridica europea a seguire – quella statunitense degli anni '20 del secolo scorso, quando la crescente divergenza tra regole federali e statali (anche in materia di responsabilità civile) ispirò la nascita dell'*American Law Institute* (ALI) per promuovere la chiarificazione e la semplificazione del *common law* statunitense (soprattutto per mezzo dei *Restatements of the Law*)³. Questa prima impressione sarebbe tuttavia errata.

relative all'aggettivazione ‘civile’, ‘extracontrattuale’, o ‘aquiliana’, del sostantivo ‘responsabilità’, M. BUSSANI, *L'illecito civile*, E.S.I., 2020, pp. 4-10.

² Per un'analisi del tema sul fronte del diritto pubblico, G. DELLA CANA-NEA, retro, Capitolo 1.

³ L'ALI è un'organizzazione privata fondata nel 1923 e i cui membri sono scelti fra professori di diritto, avvocati e giudici statunitensi – chi scrive è uno dei pochi stranieri ad aver avuto l'onore di essere eletto membro dell'Institute.

Al di là della difformità delle regole strutturali che caratterizzano la responsabilità civile di qua e di là dell'oceano⁴, vi sono dati rilevanti da considerare. Sebbene gli Stati Uniti racchiudano cinquantuno giurisdizioni (anche in tema di responsabilità civile), compresa la giurisdizione federale, tutte queste giurisdizioni condividono la lingua, comune e giuridica, e utilizzano lo stesso repertorio di nozioni, principi e tecnicismi. I legislatori statali e quello federale sono esposti, in materia di responsabilità civile, alle medesime sollecitazioni, non solo a opera di una dottrina che parla la loro stessa lingua, ma anche da parte di gruppi di pressione che agiscono al di là dei confini dei singoli stati, quali l'industria assicurativa e l'*American Trial Lawyers Association*. Inoltre, la Corte Suprema degli Stati Uniti, nelle questioni in cui può intervenire, opera come forza trainante di risultati uniformi⁵. In Europa, invece: manca una Corte Suprema il cui compito e il cui ambito di intervento siano paragonabili a quelli della Corte Suprema statunitense; il mercato assicurativo non è ancora omogeneo e la pressione corporativa degli avvocati si esercita per lo più a livello nazionale; non esiste una lingua comune, ma ventiquattro lingue distinte, e ogni sistema giuridico si basa su un proprio insieme di nozioni e tecnicismi, che possono essere significativamente coincidenti, ma che possono anche divergere enormemente tra le diverse giurisdizioni.

Sgomberato il campo da una possibile illusione ottica, possiamo inoltrare il discorso, cominciando dal diritto europeo dell'Unione.

L'ALI redige, approva e pubblica i *Restatements of the Law* (oltre ai *Principles of the Law*, a codici modello e ad altre proposte di riforma del diritto). I singoli volumi tematici dei *Restatements* hanno lo scopo di riflettere il consenso tendenziale della comunità giuridica statunitense sulle regole che governano (e, in alcuni casi, che dovrebbero governare) i differenti settori del diritto volta per volta analizzati. Sebbene i *Restatements of the Law* non siano di per sé vincolanti, la loro fonte e la qualità della loro fattura assicurano ad essi prestigio indiscusso così in letteratura come nelle aule giudiziarie.

⁴ U. MAGNUS, *Why is US Tort Law so different?*, in *J. Eur. T. L.*, 2010, 1, pp. 102-24.

⁵ J. STAPLETON, *Benefits of comparative tort reasoning: lost in translation*, in *J. Tort Law*, 2007, 1, p. 25; V.V. PALMER e M. BUSSANI, *Pure economic loss: new horizons in Comparative Law*, Routledge-Cavendish, 2008, pp. 52-53.

È vero che l'unica competenza assegnata all'Unione dai trattati in materia di responsabilità civile riguarda la responsabilità degli Stati membri e dell'Unione nei casi in cui essi violino gli obblighi previsti dai trattati stessi (cfr. artt. 260(1)-(3) e art. 340(2) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, TFUE)⁶. Altrettanto vero è che l'Unione europea ha cercato, nel tempo, di ritagliarsi nuove competenze in questo campo⁷. Lo ha fatto attraverso l'adozione di normative – per lo più direttive – volte ad armonizzare i segmenti del diritto della responsabilità civile che si è ritenuto travalicassero più spesso i confini nazionali e/o avessero il maggiore impatto sullo sviluppo del mercato interno⁸.

La tendenza è iniziata negli anni '70, con le direttive sull'assicurazione in materia di danni e responsabilità che miravano a creare un sistema assicurativo armonizzato per facilitare la libera circolazione delle persone e garantire il risarcimento agli individui danneggiati in uno Stato membro diverso dal proprio (direttiva 72/166/CEE del Consiglio, del 24 aprile 1972, sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e di controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità e direttiva 73/239/CEE del Consiglio, del 24 luglio 1973, sul coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di accesso e di esercizio dell'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita, oggi sostituite dalla direttiva 2009/138/UE della Commissione, del 25 novembre 2009, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicura-

⁶ Come è noto, il compito di giudicare la conformità degli Stati membri e delle istituzioni dell'U.E. ai trattati è affidato alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), la cui giurisprudenza in materia ha svolto un ruolo importante nel definire il quadro della responsabilità civile degli Stati. Si veda, ad esempio, W. VAN GERVEN, *Judicial convergence of laws and minds in European Tort Law and related matters*, in A. COLOMBI CIACCHI *et al.* (a cura di), *Haf-tungsrecht im dritten Millennium - Liability in the third millennium*, Nomos, 2009, 29-47.

⁷ G. BRÜGGEMEIER, *Tort Law in the European Union*, Kluwer, 2015; P. GILIKER (a cura di), *Research handbook on EU Tort Law*, Elgar, 2017.

⁸ C. VON BAR, *The common European law of torts*, vol. 1, OUP, 1998, pp. 401-07.

zione e di riassicurazione). Nel 1985, una direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto ha perseguito la tutela dei consumatori attraverso l'adozione di un regime di responsabilità oggettiva per i produttori di prodotti difettosi (Direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, attualmente in fase di revisione⁹). Nel 1995, una direttiva sulla protezione dei dati ha reso i titolari del trattamento dei dati personali responsabili per la raccolta e il trattamento illeciti dei medesimi (Direttiva 95/46/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, ora sostituita dal Regolamento 2016/679/UE, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, che ha esteso la norma sulla responsabilità ai “responsabili” e agli “incaricati del trattamento” dei dati). Nel 2001, le norme sulla giurisdizione nelle cause transnazionali per illecito civile sono state armonizzate da un regolamento (Regolamento 44/2001/CE del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ora sostituito dal Regolamento 1215/2012/UE del 12 dicembre 2012 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale).

Nel 2004, altre due direttive hanno introdotto un quadro comune, una per il risarcimento delle vittime di reato (Direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al risarcimento delle vittime di reato) e l'altra per la protezione dell'ambiente sulla base del principio del “chi inquina paga” (Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale). Partendo dal presupposto che le esternalità transfrontaliere possono essere contrastate da

⁹ Si veda Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products COM(2022) 495.

norme armonizzate di diritto internazionale privato, nel 2007 l'Unione europea ha emanato un regolamento di uniformazione delle regole di diritto internazionale privato applicabili alle azioni extracontrattuali nel caso di illeciti transnazionali (Regolamento 864/2007/CE dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali). Nel 2013, la Commissione europea ha emanato una raccomandazione per una serie di principi comuni e non vincolanti sui meccanismi di ricorso collettivo (Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 sui principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo ingiuntivo e risarcitorio negli Stati membri in materia di violazione dei diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione), seguita nel 2014 dall'adozione di una direttiva volta a rimuovere gli ostacoli pratici al risarcimento delle vittime di violazioni del diritto *antitrust* comunitario (Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinate norme che disciplinano le azioni di risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea).

Certo, alcune delle suddette riforme hanno riscosso un notevole successo, sia all'interno che all'esterno dei confini comunitari. L'assicurazione obbligatoria dei veicoli, ad esempio, è ormai una realtà in tutta l'Unione europea. La direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto ha ispirato molti legislatori in tutto il mondo, che hanno preferito seguire il nuovo modello europeo piuttosto che quello statunitense¹⁰.

Nel complesso, tuttavia, l'efficacia armonizzatrice delle suddette iniziative è ampiamente discussa. Ad esempio, studi condotti sul settore assicurativo hanno evidenziato che i regimi di responsabilità alla base delle assicurazioni obbligatorie per gli incidenti stradali sono ancora notevolmente divergenti tra le varie giurisdizioni europee¹¹. In modo analogo, è stato notato che, no-

¹⁰ M. REIMANN, *Product liability in a global context: the hollow victory of the European model*, in *E. R. P. L.*, 2003, 2, p. 128.

¹¹ E. KARNER, B.A. KOCH, M. GEISTFELD, *Comparative Law Study on Civil Liability for Artificial Intelligence*, European Parliament, 2021, a <<https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/8a32ccc3-0f83-11ec-9151-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-search>>, pp. 66-78; C.

nostante il successo esterno della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, la convergenza creata è stata minima e il tasso di controversie basate sul regime di responsabilità per danno da prodotto con marchio europeo è rimasto incredibilmente basso¹².

Molte ragioni sono state avanzate per spiegare l'effetto limitato della strategia di armonizzazione dell'Unione europea nel campo del diritto della responsabilità civile.

Una prima spiegazione riguarda l'approccio frammentario adottato dall'Unione europea. Le istituzioni europee si sono finora tenute lontane da qualsiasi intervento nell'architettura generale del diritto sostanziale della responsabilità civile. Esse sono implicitamente partite dall'assunto che il diritto della responsabilità civile possa essere facilmente suddiviso tra un nucleo di regole e problemi generali, da lasciare alle giurisdizioni nazionali, e una serie di settori “speciali” in cui la legislazione dell'Unione può effettivamente ed efficacemente intervenire¹³. Tuttavia, va da sé, le regole “speciali” possono essere applicate solo nel contesto e attraverso il quadro delle regole generali. Per questo motivo, piantare i semi di una disciplina speciale di fonte UE nei differenti assetti nazionali in materia di responsabilità civile rischia di rivelarsi una strategia claudicante al fine di raggiungere l'obiettivo di ridurre al minimo le differenze tra i diritti nazionali¹⁴. Rischio accresciuto sia dal carattere sovente contraddittorio del mosaico di disposizioni legislative dell'Unione europea in materia di responsabilità civile, sia – ma questo è un punto che travalica la respon-

VAN DAM, *European Tort Law*, 2° ed., OUP, 2013, p. 459.

¹² M. BUSSANI, A.J. SEBOK, M. INFANTINO, *Common Law and Civil Law Perspectives on Tort Law*, OUP, 2022, pp. 230-245; G. HOWELLS, *Is European product liability harmonised?*, in H. KOZIOL e R. SCHULZE (a cura di), *Tort Law of the European Community*, Springer, 2008, pp. 121-34; M. REIMANN, *Products liability*, in M. BUSSANI e A.J. SEBOK (a cura di), *Comparative Tort Law. Global perspectives*, 2a ed., Elgar, 2021, pp. 236-263.

¹³ C. VON BAR, *The common European law of torts*, cit., p. 408.

¹⁴ C. VON BAR, *The common European law of torts*, cit., p. 408; W. VAN GERVEN, J. LEVER, e P. LAROCHE, *Tort Law*, Hart, 2000, p. 10; H. KOZIOL, *Harmonising Tort Law in the European Union: advantages and difficulties*, in *ELTE L. J.*, 2013, 1, pp. 74-78.

sabilità civile – dall’assenza di una piramide giudiziaria cui sia affidata una competenza generale sull’interpretazione e applicazione delle disposizioni¹⁵.

Tutti i problemi sopra descritti sono aggravati dall’uso stesso delle direttive come principale strumento legislativo dell’Unione europea¹⁶. Le direttive hanno il pregio della flessibilità, vale a dire di garantire che ogni Stato possa adattare le disposizioni comunitarie alle proprie categorie nazionali, ma il contraltare è che i risultati del processo di attuazione sono spesso divergenti a causa della tendenza degli Stati membri a riprodurre le caratteristiche tradizionali del proprio sistema giuridico nelle norme attuate. Ecco perché le direttive possono condurre ad un’intensificazione delle differenze, invece che a una maggiore omogeneità¹⁷.

Il ricorso ai regolamenti in luogo delle direttive rappresenta poi un rimedio talora solo parziale. Per quanto riguarda l’unico regolamento finora adottato nel campo del diritto della responsabilità civile (Regolamento n. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali), è stato notato che molti fattori possono ostacolarne un’applicazione uniforme. Le divergenze, ad esempio, possono derivare dalla mancanza di accordo sul significato di nozioni quali “illecito civile”, “danno”, “conseguenze dirette” ed “indirette”¹⁸. Le differenze possono anche derivare dalla ben nota tendenza dei giuristi nazionali a interpretare il diritto straniero alla luce delle nozioni, delle categorie e delle norme giu-

¹⁵ M. FAURE, *How law and economics may contribute to the harmonisation of Tort Law in Europe*, in R. ZIMMERMANN (a cura di), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Nomos, 2003, pp. 31-82; R. VAN DEN BERGH e L. VISSCHER, *The principles of European Tort Law: the right path to harmonization?*, 2006, in *E. R. P. L.*, 14, p. 511; H. KOZIOL, *Comparative Law—a must in the European Union: demonstrated by Tort Law as an example*, in *J. Tort L.*, 2007, 1, pp. 5-6.

¹⁶ C. VON BAR, *The common European law of torts*, cit., p. 410; H. KOZIOL, *Comparative Law*, cit., pp. 5-6.

¹⁷ W. VAN GERVEN *et al.*, *Tort Law*, cit., pp. 9-10; per alcuni esempi concreti, si veda M. INFANTINO, *Making European Tort Law: the game and its players*, in *Cardozo J. Int’l. & Comp. L.*, 2010, 18, p. 58.

¹⁸ P. HAY, *Contemporary approaches to non-contractual obligations in private international law (conflict of laws) and the European Community’s “Rome II” Regulation*, in *Eur. Legal F.*, 2007, 7, pp. 139-40, 144, 149.

ridiche nazionali, o addirittura ad applicare il proprio diritto nazionale a casi transnazionali, indipendentemente da quanto dettato dai criteri in materia di conflitto di leggi¹⁹.

Le osservazioni precedenti valgono anche per i risultati di armonizzazione raggiunti finora dall'altra organizzazione sovranazionale attiva nella regione europea: il Consiglio d'Europa. L'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'ambito del Consiglio d'Europa, ha dato alle vittime di una violazione della Convenzione la possibilità di intentare una causa di risarcimento contro lo Stato davanti ai tribunali nazionali, trasformando così la violazione di un trattato internazionale sui diritti umani in un fatto illecito perseguibile a livello nazionale²⁰. Tuttavia, i requisiti e i tecnicismi degli illeciti basati sulla CEDU sono disciplinati dalla legge di ciascun ordinamento giuridico nazionale e sono quindi soggetti a una varietà di regimi e interpretazioni che possono seguire percorsi divergenti²¹.

III. ... e i suoi studiosi

Le considerazioni che precedono hanno indotto molti studiosi a tracciare la propria rotta verso una disciplina della responsabilità che possa dirsi veramente comune a livello europeo.

Gli obiettivi e i metodi di tutti questi sforzi sono fra loro diversi. Ci sono iniziative, come lo *European Group on Tort Law*²² e

¹⁹ B. FAUVARQUE-COSSON, *Comparative Law and conflict of laws: allies or enemies? New perspectives on an old couple*, in *A. J. C. L.*, 2001, 49, p. 412.

²⁰ A. FENYVES, E. KARNER, H. KOZIOL, e E. STEINER (a cura di), *Tort Law in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, De Gruyter, 2011.

²¹ K. OLIPHANT, *The liability of public authorities in comparative perspective*, in K. OLIPHANT (a cura di), *The liability of public authorities in comparative perspective*, Intersentia, 2016, pp. 850-54.

²² Lo *European Group on Tort Law* è stato costituito nel 1992 all'interno dell'*European Centre of Tort and Insurance Law* di Vienna, il cui principale sponsor è la compagnia di riassicurazione tedesca Munich Re (per maggiori informazioni, si veda <http://egtl.org> e <http://ectil.org>). Dal 1992 al 2005, il Gruppo ha realizzato numerosi studi, i cui risultati sono stati riuniti in una raccolta intitolata *Principles of European Tort Law* (PETL), pubblicata da Kluwer Law

lo *Study Group on European Civil Code*²³, che si sono impegnati a

International: H. KOZIOL (a cura di), *Unification of Tort Law: wrongfulness*, Kluwer Law International, 1998; J. SPIER (a cura di), *The limits of expanding liability: eight fundamental cases in a comparative perspective*, Kluwer Law International, 1998; Id., *The limits of liability: keeping the floodgates shut*, 2000; Id., (a cura di), *Unification of Tort Law: causation*, 2000; U. MAGNUS (a cura di), *Unification of Tort Law: damages*, Kluwer Law International, 2001; B.A. KOCH e H. KOZIOL (a cura di), *Unification of Tort Law: strict liability*, Kluwer Law International, 2002; J. SPIER (a cura di), *Unification of Tort Law: liability for damage caused by others*, 2003; U. MAGNUS e M. MARTÍN CASALS (a cura di), *Unification of Tort Law: contributory negligence*, Kluwer Law International, 2004; H.W.W. ROGERS (a cura di), *Unification of Tort Law: multiple tortfeasors*, Kluwer Law International, 2004; P. WIDMER (a cura di), *Unification of Tort Law: fault*, Kluwer Law International, 2005. Ciascun volume ha raccolto le relazioni nazionali e i risultati comparativi di un'indagine condotta su uno specifico argomento di diritto della responsabilità civile (ad esempio, causalità, colpa, illecito, responsabilità oggettiva, ecc.) Ai partecipanti è stato chiesto di descrivere il trattamento giuridico offerto dal proprio sistema giuridico al tema assegnato, rispondendo ad alcune questioni teoriche e risolvendo casi concreti, spettando ai curatori dell'opera di riassumere i risultati (European Group of Tort Law, *Principles of European Tort Law*, Springer, 2005, pp. 14-16). I risultati della ricerca sono stati utilizzati come punto di partenza per la stesura della raccolta PETL, pubblicata nel 2005. La PETL è suddivisa in dieci capitoli: norme generali, danno, causalità, responsabilità fondata sulla colpa, responsabilità oggettiva, responsabilità per fatto altrui, esimenti, concorso di colpa o di responsabilità, pluralità di responsabili, danni (per una panoramica generale dei contenuti del PETL, si veda R. VAN DEN BERGH e L. VISSCHER, cit.; H. KOZIOL, *Comparative Law*, cit.; W.H. VAN BOOM e A. PINNA, *Le droit de la responsabilité civil de demain en Europe: questions choisies*, in B. WINIGER (a cura di), *La responsabilité civile européenne de demain-projets de révision nationaux et principes européens*, Bruylant, 2008, p. 261; B.A. KOCH, *Principles of European Tort Law*, in *King's L. J.*, 2009, 20, p. 203; K. OLIPHANT, *Introduction: European Tort Law*, in *King's L. J.*, 2009, 20, p. 189; M. MARTÍN-CASALS, *The principles of European Tort Law (PETL) at the beginning of a second decade*, in P. GILIKER, cit., pp. 361-413). Il Gruppo sta attualmente lavorando a una nuova edizione, che coprirà anche la prescrizione, il rapporto con la responsabilità contrattuale, la responsabilità degli Stati e quella da prodotto: si veda P. MACHNIKOWSKI (a cura di), *European product liability*, Intersentia, 2016; K. OLIPHANT, *The liability of public authorities in comparative perspective*, cit.; M. MARTÍN-CASALS (a cura di), *The borderlines of Tort Law: interactions with contract law*, Intersentia, 2019; I. GILEAD e B. ASKELAND (a cura di), *Prescription in Tort Law: analytical and comparative perspectives*, Intersentia, 2020.

²³ Lo *Study Group on European Civil Code* è stato fondato nel 1998 dal pro-

cercare le soluzioni che ai loro occhi parevano le migliori e a scolpirle nel testo di un ipotetico codice europeo.

Altri gruppi perseguono l'obiettivo di sostenere le vittime e i tribunali nelle cause di diritto transnazionale della responsabilità civile. Ad esempio, la *Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers* (PEOPIL), promuove la cooperazione giudiziaria tra le giurisdizioni europee nelle controversie in materia di lesioni personali²⁴. Il progetto *Foreign Law Translations*, guidato dal professor Markesinis, raccoglie, traduce e rende disponibili *online* le decisioni di diverse giurisdizioni europee in materia di responsabilità civile, al fine di facilitare l'uso del diritto comparato da parte dei giudici²⁵.

Altri gruppi ancora sono più inclini alla ricerca comparata *per*

fessor Christian von Bar. Esso aveva l'obiettivo di redigere un Codice europeo sull'insieme del diritto privato patrimoniale (C. VON BAR, *Le groupe d'études sur un code civil européen*, in *R. I. D. C.*, 2001, 53, p. 127). Secondo il Gruppo di studio, i lavori preparatori di un Codice europeo non potevano che essere svolti da studiosi, gli unici dotati delle competenze necessarie per condurre le indispensabili ricerche di base e per definire regole non influenzate dalle particolarità degli interessi nazionali; il ruolo del legislatore poteva iniziare solo una volta completato il lavoro accademico di selezione dei Principi di diritto europeo (*Principles of European Law*, PEL) (C. VON BAR, *A European Civil Code, International agreements and European directives*, Parlamento europeo, Direzione generale della ricerca, documento di lavoro n. JURI 103 EN, 1999, in http://europarl.europa.eu/workingpapers/juri/pdf/103_en.pdf). Nel 2006 è stata completata la stesura del libro del 'codice' concernente il diritto della responsabilità civile, libro poi incluso, con modifiche minime, nel *Draft Common Frame of Reference* preparato dal Gruppo di studio per la Commissione europea nel 2008 e pubblicato ufficialmente da Sellier nel 2009. I PEL sono composti da sette capitoli: norme generali, danni giuridicamente rilevanti, responsabilità, causalità, esimenti, rimedi e norme accessorie (C. VON BAR (a cura di), *Non-contractual liability arising out of damage caused to another*, Sellier, 2009; per una panoramica generale dei contenuti dei PEL, si veda J. BLACKIE, *The torts provisions of the study group on a European Civil Code*, in M. BUSSANI (a cura di), *European Tort Law: Eastern and Western perspectives*, Stämpfli, 2007, pp. 55-80).

²⁴ Si veda <http://peopil.com>.

²⁵ Si veda <http://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/>. Un'iniziativa simile viene svolta dall'*Institute for European Tort Law* (su cui ci si soffermerà più avanti) con la sua banca dati EURO TORT, in <http://ectil.org/ectil/EuroTort.aspx>.

se. Questo è l'obiettivo principale di iniziative quali il *Groupe de recherche européen sur la responsabilité civile et l'assurance*, con sede in Francia e lingua di lavoro francese, il quale promuove annualmente confronti tematici in materia e i cui risultati sono raccolti in una serie pubblicata da Larcier e Bruylant²⁶. Due iniziative austriache, fra loro strettamente collegate, l'*European Centre of Tort and Insurance Law* (ECTIL) e l'*Institute for European Tort Law* (IETL), oltre a sostenere il già menzionato *European Group on Tort Law*, forniscono un forum per la ricerca sul diritto comparato della responsabilità civile e per la pubblicazione di informazioni aggiornate sui diritti nazionali. L'ECTIL e l'IETL organizzano una conferenza annuale sul diritto europeo della responsabilità civile, gestiscono una banca dati della giurisprudenza europea in materia²⁷, coordinano una rivista dedicata sottoposta a referaggio (il *Journal of European Tort Law*) e pubblicano numerose opere sul tema (come il *Digest of European Tort Law*, l'*European Tort Law Yearbook* e la *Tort Law and Insurance Series*)²⁸.

A prescindere dall'uso che si può fare della conoscenza comparata del diritto, uso che può includere o no il perseguimento dell'armonizzazione giuridica, la costruzione di tale conoscenza è il punto di partenza e l'obiettivo finale del progetto *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, la cui portata è più ampia di tutti quelli appena citati, nella misura in cui il suo sguardo va oltre il solo diritto della responsabilità civile. L'iniziativa *Ius Commune Casebooks* è stata lanciata nel 1994 dal professor Walter van Gerven con l'obiettivo di produrre una raccolta di casi giudiziari che copra ciascuno dei principali settori del diritto europeo²⁹. Lo scopo a lungo termine del progetto *Ius*

²⁶ Si veda <http://iode.univ-rennes1.fr/greca>.

²⁷ Si veda la banca dati EURO TORT, cit.

²⁸ For un approfondimento, si vedano <http://ectil.org> e <http://etl.oeaw.ac.at>.

²⁹ Sugli obiettivi e i metodi di tale progetto, W. VAN GERVEN, *Casebooks for the Common Law of Europe: presentation of the project*, in *E. R. P. L.*, 1996, 4, p. 67; P. LAROCHE, *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: presentation, progress, rationale*, in *E. R. P. L.*, 2000, 8, p. 101; Id., *L'intégration, les systèmes juridiques et la formation juridique*, in McGill L. J.,

Commune è quello di “scoprire i principi generali comuni che sono già presenti nel diritto vivente dei Paesi europei” a beneficio degli studenti europei³⁰. In quest’ottica, la raccolta è concepita principalmente come materiale didattico da utilizzare nei *curricula* delle scuole di diritto al fine di promuovere un’educazione europea comune³¹.

IV. Le peculiarità dell’approccio “common core”

Il progetto “The Common Core of European Private Law - Il nucleo comune del diritto privato europeo”, che è l’antecedente e il capostipite metodologico dell’attuale ricerca, è in corso dal

2001, 46, p. 1011; W. VAN GERVEN, *A common framework of reference and teaching*, in M. BUSSANI, *European Tort Law*, cit., pp. 345-364

³⁰ W. VAN GERVEN *et al.*, *Tort Law*, cit., p. 68.

³¹ Ad oggi sono stati pubblicati da Hart dieci volumi, e molti sono in uscita, su temi diversi come il diritto del lavoro, il diritto costituzionale, la storia del diritto (cfr. <http://casebooks.eu>). Sono già stati pubblicati due volumi sul diritto della responsabilità civile (W. VAN GERVEN *et al.*, *Tort Law-scope of protection*, Hart Publishing, 1998; W. VAN GERVEN *et al.*, *Tort Law*, cit.; uno di essi (W. VAN GERVEN *et al.*, *Tort Law*) è, da tempo, in corso di revisione per la seconda edizione (cfr. <http://www.casebooks.eu/project/approach>). Ogni *casebook*, il cui indice e i cui materiali sono in parte accessibili sul sito web del progetto, raccoglie testi legislativi, estratti di dottrina e, soprattutto, casi giurisprudenziali provenienti da varie giurisdizioni, ma in particolare da Francia, Inghilterra e Germania, considerate rappresentative delle principali famiglie giuridiche europee. I materiali provenienti da altri sistemi giuridici sono inclusi nei manuali solo se presentano una soluzione originale rispetto ai sistemi giuridici citati. Questi materiali sono accompagnati da note introduttive ed esplicative, che sottolineano le somiglianze tra i sistemi giuridici europei e l’impatto del diritto UE “come forza trainante verso l’emergere di un nuovo *ius commune*” (cfr. <http://casebooks.eu/research.php>). I *casebooks* sono redatti da una *task force* composta da accademici che rappresentano le “principali” famiglie giuridiche europee (W. VAN GERVEN *et al.*, *Tort Law*, cit., pp. vi-vii). Una caratteristica distintiva del progetto è che ogni membro della *task force*, anziché occuparsi esclusivamente del proprio sistema giuridico nazionale, è incaricato di scrivere un intero capitolo tematico, coprendo sistemi giuridici diversi da quello del Paese di origine o di formazione. Questa distribuzione del lavoro garantisce che il risultato finale non sia un *patchwork* di relazioni nazionali, ma piuttosto il frutto di uno sforzo comparativo.

1994, quando è stato lanciato da Ugo Mattei e dall'autore di questo capitolo.

Le ricerche condotte nell'ambito di tale iniziativa sono state pubblicate, in una serie dedicata, da Cambridge University Press fino al 2018 (salvo due volumi usciti per Stämpfli e Carolina Academic Press); dopo questa data, la serie è passata nelle mani di Intersentia. Dei venti volumi pubblicati finora, sei trattano questioni di responsabilità civile, in particolare: il nesso di causalità³², la risarcibilità delle perdite economiche pure³³, la tutela dei diritti della persona³⁴, i confini della responsabilità oggettiva³⁵, il danno ecologico³⁶ e la responsabilità precontrattuale³⁷. Sono in corso di finalizzazione altri tre volumi centrati sulla responsabilità civile: uno sugli standard di condotta nella responsabilità per colpa, uno sulla responsabilità per danno da prodotto e un altro sui danni di massa³⁸.

Il nucleo comune del diritto privato europeo ha destinatari, metodologia e obiettivi primari diversi da quelli degli altri progetti citati. La ricerca mira a scoprire ciò che è comune e ciò che non lo è tra i diritti privati europei, al fine di fornire una descrizione precisa e affidabile dell'attuale stato dell'arte nella varietà degli ambiti analizzati³⁹. In particolare, a differenza del progetto *Ius*

³² M. INFANTINO and E. ZERVOGIANNI (a cura di), *Causation in European Tort Law*, CUP, 2017.

³³ M. BUSSANI e V.V. PALMER, *Pure Economic Loss in Europe*, CUP, 2003.

³⁴ G. BRÜGGEMEIER, A. COLOMBI CIACCHI e P. O'CALLAGHAN (a cura di), *Personality rights in European Tort Law*, CUP, 2010.

³⁵ F. WERRO e V.V. PALMER (a cura di), *The boundaries of strict liability in European Tort Law*, Carolina Academic Press, 2004.

³⁶ M. HINTEREGGER (a cura di), *Environmental liability and ecological damage in European Law* (CUP 2008).

³⁷ J. CARTWRIGHT e M. HESSELINK (a cura di), *Precontractual liability in European Private Law*, CUP, 2008.

³⁸ Cfr. <http://common-core.org>.

³⁹ Per una panoramica generale del progetto, si vedano M. BUSSANI, *Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach*, in *H. I. C. L. R.*, 1998, 21, p. 785; M. BUSSANI e U. MATTEI, *The Common Core approach to European Private Law*, in *C. J. E. L.*, 1998, 3, p. 339; ID., *Le fonds commun du droit privé européen*, in *R. I. D. C.*, 52, 2000, p. 29; ID. (a cura di), *The Common Core of European Private Law. Essays on the project*, Kluwer,

Commune Casebook, che enfatizza le soluzioni fornite dai sistemi giuridici considerati leader o paradigmatici, il progetto “common core” si concentra in egual misura su tutti i sistemi giuridici nazionali europei. Inoltre, con l’obiettivo di individuare ciò che, eventualmente, è già comune al diritto privato comunitario e di tracciare le linee principali di una “mappa” affidabile del quadro multi giuridico europeo⁴⁰, il progetto non ha mai adottato un approccio conservativo (*à la: vive la différence*), né – a dispetto del suo nome – ha mai spinto nella direzione dell’uniformità.

Quest’ultima è forse la differenza culturale più importante tra il progetto “common core” e le altre iniziative tendenzialmente simili ai *Restatements* statunitensi – come, nel campo del diritto della responsabilità civile, quelle portate avanti dall’*European Group on Tort Law* e dallo *Study Group on European Civil Code*⁴¹ –, che perseguono finalità “integrative”⁴², abbracciando ideali di armonizzazione/unificazione e operando una continua selezione delle regole che si ritengono più idonee a tali scopi. Sia lo *European Group* che lo *Study Group* hanno scelto di cercare la “migliore” soluzione a ogni problema, anche quelli relativi alla responsabilità civile, a prescindere dal fatto che questa “migliore soluzione” riflettesse o meno le regole già in uso presso le giurisdizioni europee⁴³.

2003; ID. (a cura di), *Opening up European Law*, Staempfli-Bruylant-Ant. N. Sakkoulas, 2007; M. BUSSANI, *The “Common Core of European Private Law” project two decades after: a new beginning*, in *Eur. Lawyer J.*, 2015, 15, p. 9.

⁴⁰ Per una presentazione più estesa del progetto, con specifico riguardo al diritto della responsabilità civile, si veda M. BUSSANI, M. INFANTINO e F. WERRO, *The Common Core sound: short notes on themes, harmonies and disharmonies in European Tort Law*, in *King’s L. J.*, 2009, 20, pp. 239-55.

⁴¹ Lo *Study Group on European Civil Code*, guidato da Christian von Bar, ha pubblicato i suoi *Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL)* nel 2006, per cui si rinvia alla nt. n. 21.

⁴² Per usare la terminologia di Schlesinger: cfr. R. B. SCHLESINGER, *The past and future of Comparative Law*, 1995, in *A. J. C. L.*, 43, pp. 477 e 479.

⁴³ Per quanto riguarda lo *European Group on Tort Law*, si veda J. SPIER, *General introduction*, in *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law*, Springer, 2005, pp. 12 e 15; per il Gruppo di studio, si veda C. VON BAR, *The Study Group on a European Civil Code*, in *European Parliament, The*

Intendiamoci: è vero che attraverso l'uso del metodo comparato è possibile portare alla luce molte caratteristiche comuni rimaste oscure nell'analisi giuridica tradizionale, di ogni settore. Ma questo avviene perché gli strumenti e le tecniche utilizzate possono fornire un'analisi più precisa e corretta, non perché essi puntino per sé a scovare convergenze. Altrettanto vero è che una ricerca guidata dal metodo "common core" dovrebbe essere indispensabile a qualsiasi finalità di armonizzazione giuridica, nella misura in cui essa fornisce i dati necessari a individuare soluzioni comuni e praticabili nella realtà. Ma questo non ha nulla a che vedere con la ricerca in sé, che è semplicemente dedicata a fornire informazioni accurate e affidabili.

V. Il rilievo dei dettagli

Il primo problema che i curatori di questo libro (come di qualsiasi altro ricerca ispirata alla metodologia "common core") hanno dovuto risolvere è stato quello di ottenere risposte confrontabili alle domande poste in merito ai diversi sistemi giuridici. Le risposte dovevano in effetti replicare a domande identiche, interpretate nel modo più uniforme possibile da tutti i *rapporteurs*. Inoltre, le risposte dovevano essere autosufficienti sotto due profili. In primo luogo, dovevano essere risposte complete: al lettore non dovevano essere necessarie spiegazioni aggiuntive e il livello di specificità atteso doveva essere quindi in grado di soddisfare questa esigenza. In secondo luogo, le risposte dovevano essere conformi allo stato dell'arte nella giurisdizione data, dovendo il *rapporteur* astenersi da enfatizzare il proprio punto di vista eventualmente difforme rispetto allo scenario risultante dai formanti nazionali.

Per ottenere coerenza, dopo lunghe discussioni all'interno del

study of the systems of Private Law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code, documento di lavoro, serie Affari Giuridici n. JURI 103 EN, 1999, pp. 130 e 133-35, in europarl. europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/1999/168511/IPOL-JURI_ET(1999)168511_EN.pdf.

gruppo di lavoro, ogni caso ipotetico è stato formulato in modo da tenere conto di qualsiasi circostanza rilevante nei sistemi presi in considerazione, al fine di far sì che tali circostanze siano considerate nell'analisi di ogni sistema, e le risposte diventino quindi operativamente comparabili. Per tal via è stato raggiunto un altro importante obiettivo. Spesso, infatti, le circostanze che operano esplicitamente e ufficialmente in un sistema sono ignorate o considerate irrilevanti in un altro e, tuttavia, in quest'ultimo operano segretamente, insinuandosi silenziosamente tra la formulazione della norma e la sua applicazione. Ecco allora come una delle caratteristiche peculiari della ricerca "common core" sia l'incentivo offerto ai partecipanti a riflettere sull'insieme delle circostanze e sull'insieme di formanti che incidono sulle risposte da dare a domande formulate in modo identico per ogni sistema e centrate su casi particolari, e non su teoremi dogmatici.

Di conseguenza, le risposte possono talora fornire un'immagine del diritto sostanzialmente diversa da quella che si ritrova di solito nelle monografie, nei manuali o nei *casebooks* circolanti nei singoli Paesi. Ciò non può sorprendere. Quanto abbiamo imparato dalla metodologia di Rudolf Schlesinger e Rodolfo Sacco è che, per avere una conoscenza completa del diritto di un Paese, non possiamo fidarci completamente di ciò che dicono i suoi giuristi, perché possono esserci ampi divari tra le regole operative e ciò che viene comunemente affermato. Inutile dire che un elenco di tutte le motivazioni delle decisioni prese dai tribunali non è l'intero diritto, le norme ufficiali non sono l'intero diritto, né lo sono le definizioni date negli scritti degli studiosi. Per conoscere il diritto, è necessario analizzare l'intero complesso rapporto tra i formanti di un sistema, cioè tutti quegli elementi che concorrono a determinare le regole viventi nei vari settori giuridici: principi, norme, proposizioni generali, definizioni particolari, decisioni, motivazioni, e così via⁴⁴. Nessuno di questi elementi formativi è necessariamente coerente con gli altri all'interno di ciascun ordinamento, anche se i giuristi nazionali di solito presumono che tale coerenza esista. Al contrario, i formanti possono essere in conflit-

⁴⁴ Si veda R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to Comparative Law*, in *A. J. C. L.*, 1991, vol. 39 (1), pp. 1-34, vol. 39(2), pp. 343-401.

to e possono talora essere raffigurati in un rapporto di competizione l'uno con l'altro.

Una piena comprensione di quali siano i formanti giuridici e di come si relazionino tra loro ci permette di accertare i fattori che incidono sulle soluzioni, chiarendo il peso che le pratiche interpretative (fondate sugli scritti degli studiosi, sul dibattito giuridico suscitato da una precedente decisione giudiziaria, ecc.) esercitano sui risultati effettivi. Ecco perché la nozione di formante giuridico è molto più di un neologismo esoterico per indicare una distinzione tradizionale – tra *loi*, *jurisprudence* e *doctrine*, ossia tra legge, giurisprudenza e scritti accademici. All'interno dei vari settori di un sistema la disciplina giuridica non è necessariamente uniforme, e non solo perché una regola può essere data dalla giurisprudenza, una dagli studiosi e una dalla legge. All'interno di ciascuna di queste fonti, come si è detto, si possono trovare formanti in competizione tra loro. Ad esempio, la regola descritta nella massima caso può essere incoerente con la logica effettiva della decisione, oppure la definizione contenuta in una legge può essere incoerente con le regole dettagliate contenute nella stessa legge⁴⁵. Questa complessa dinamica può cambiare notevolmente da un sistema giuridico all'altro, così come da un'area del diritto all'altra. In particolare, in un determinato sistema giuridico, alcuni formanti giuridici vanno palesemente in direzioni diverse: le differenze nella prevalenza dei formanti sono particolarmente evidenti nella (tradizionale) distinzione tra *common law* e *civil law*.

VI. I livelli di analisi

Il questionario che costituisce l'ossatura di questo volume è stato redatto, in linea con la metodologia descritta poco sopra, con un grado di specificità tale da richiedere che le risposte affrontino tutti i punti del loro ordinamento che abbiano un impatto pratico sulle norme operative. Questa è la migliore garanzia che norme formulate in modo identico in due diversi ordinamenti

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 21-27.

(da disposizioni di legge aventi il medesimo testo, ad esempio), ma che producano applicazioni diverse, o siano giustificate da dottrine fra loro diverse, non siano considerate identiche.

Come si è detto sopra, queste considerazioni sono particolarmente importanti perché i sistemi oggetto di questo studio appartengono sia alla tradizione di *common law* sia a quella di *civil law*. La struttura del procedimento giudiziario e lo "stile" del sistema giuridico (nel senso ampio descritto da Zweigert e Kötz e da John Merryman)⁴⁶ non potevano essere trascurati se si volevano ottenere risultati corretti. Se ci muoviamo, come in questa ricerca, all'interno dello spazio giuridico occidentale, è proprio nella struttura intima del *legal process*, che i giuristi municipali danno per scontata, che si possono individuare, comprendere ed eventualmente spiegare la maggior parte delle differenze.

Tutto ciò conduce a comprendere perché una delle caratteristiche distintive del progetto è rappresentata dalla necessità che ogni *rapporteur* imposti le proprie risposte su tre livelli, appellati, come nel progetto originale: I. "Regole operative", II. "Formanti descrittivi" e III. "Formanti metagiuridici". – nel presente volume i tre livelli sono scanditi dalla divisione delle risposte in paragrafi, contrassegnati con I, II e III.

Il livello "Regole operative" è concepito come una concisa indicazione delle regole applicabili e dell'esito del caso cui si giungerebbe in applicazione delle medesime regole, segnalando altresì se la soluzione è allo stato incontestabile oppure incerta o problematica.

L'obiettivo del livello denominato "Formanti descrittivi" è quello di rivelare, non solo le ragioni che i giuristi si sentono obbligati a fornire a sostegno delle "regole operative", ma anche la misura in cui le varie soluzioni sono coerenti con le disposizioni legislative specifiche e generali, o con i principi generali (tradizionali ed emergenti) del sistema dato. Il *rapporteur* è inoltre chiamato a chiarire se la regola operativa sia la stessa offerta dagli altri formanti giuridici, se i formanti siano tra loro concordi, così da

⁴⁶ J. H. MERRYMAN, *The Civil Law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*, 2° ed., Stanford U. P., 1985; K. ZWIEGERT e H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, trad. T. Weir, 3° ed., OUP, 1998, p. 63.

un punto di vista interno (la fonte della discordanza può essere data da dottrine minoritarie e autorevoli, da eventuali *dissenting opinions*, da filoni giurisprudenziali opposti, da prassi amministrative divergenti), come da un punto di vista diacronico (e cioè se le varie soluzioni siano conquiste recenti o consolidate da tempo). Infine occorre segnalare se la soluzione sia considerata una questione di fatto o una questione di diritto. Quest'ultimo fattore può, ovviamente, determinare sia se la soluzione possa essere fatta valere presso le corti supreme, sia l'impatto operativo dei precedenti giudiziari sulla decisione.

Il livello "Formanti metagiuridici" richiede un preciso quadro degli elementi ulteriori che influenzano o possono influenzare i dati esposti ai livelli operativo e descrittivo. Si potrà allora trattare, a seconda delle circostanze, di motivi di *policy*, di fattori di natura sociale, oppure di ordine micro- o macro-economico, o afferenti alla struttura del *legal process* (l'organizzazione dell'ordinamento giudiziario, la presenza di un *judicial review* di rango costituzionale, e così via): il tipo di dati che nessuna ricerca giuridica può seriamente tralasciare se scientificamente tesa a comprendere la realtà.

VII. Avvertenze e promesse

L'analisi condotta in qualsiasi libro non può essere dissociata dalle tecniche attraverso cui informazioni e argomenti sono prodotti, e il presente volume è stato in gran parte realizzato secondo la metodologia appena descritta. Tuttavia, per apprezzare appieno la forza e i limiti della nostra indagine, è necessario tenere a mente alcune avvertenze.

Innanzitutto, al centro dello studio ci sono le risposte date al questionario dai *rapporteurs*. In molti sistemi giuridici alcuni casi non sono ancora stati giudicati dai tribunali, regolamentati da leggi o discussi dagli studiosi. Quando per casi del genere era disponibile più di un'interpretazione, ai partecipanti è stato allora chiesto di presentare tutte le possibili letture del caso e di spiegare quale sarebbe più probabile che i tribunali accolgano (e, ovviamente, le ragioni a sostegno di tale scelta).

In secondo luogo, e come sempre e inevitabilmente accade, le risposte veicolano le opinioni dei loro autori sul modo in cui il loro sistema giuridico gestirebbe le istanze previste dal questionario: l'adesione a una scuola di pensiero, gli stili metodologici e di scrittura, le convinzioni radicate e le auto-narrazioni influenzano in qualche misura le risposte.

Va poi da sé che un ulteriore coefficiente di complessità deriva dal fatto che i sistemi giuridici europei sovente differiscono non solo nelle loro norme, ma anche con riguardo al vocabolario, ai tecnicismi e ai quadri generali cui attingono per risolvere i casi attinenti (anche) alla responsabilità civile. Le regole, il vocabolario, i tecnicismi e i criteri di riferimento possono così influenzare il tenore e l'ampiezza delle risposte. Ad esempio, è chiaro che, di fronte a fatti simili, i *rapporteurs* possono aver concentrato la loro attenzione su questioni diverse, a seconda della lente culturale attraverso la quale hanno compreso il caso.

La qualità del risultato dipende quindi, in ultima istanza, anche dalla scelta dei *rapporteurs*, e questo è un dato di cui i curatori del volume e della collana si assumono onori e responsabilità.

Ulteriori problemi riguardano la lingua delle risposte. Va ricordato che la lingua della maggior parte dei sistemi giuridici coinvolti in questo studio non è l'inglese. I partecipanti sono stati quindi costretti a tradurre concetti, nozioni e regole dalla loro lingua all'inglese – un processo che spesso implica una buona dose di semplificazione e (a volte) di distorsione dei discorsi nazionali sul diritto pubblico della responsabilità civile.

Tutte queste caratteristiche sono comuni a tutte le imprese collettive (siano esse riconosciute o meno dai loro curatori). Altrettanto comune, in iniziative del genere, è il fatto che non tutti i *rapporteurs* nazionali si sono attenuti pienamente alle linee guida stabilite all'inizio del progetto e sopra descritte. Ciononostante, nella maggior parte dei casi c'è, a nostro avviso, una conformità ampia, rassicurante, e tale da aver generato un risultato scientifico di qualità elevata, pari a quella cui i curatori della collana aspiravano.

**La responsabilità della pubblica amministrazione in Italia.
Un regime speciale tra requisiti formali e obiettivi sostanziali**

Fulvio Cortese

Abstract

A decorrere dalla fine dell'Ottocento, i tribunali italiani hanno costruito la responsabilità della pubblica amministrazione in termini restrittivi, escludendola ogni volta che il Governo esercitasse la propria autorità. Tuttavia, l'articolo 28 della Costituzione repubblicana, entrata in vigore nel 1948, si discosta da questa linea giurisprudenziale, perché stabilisce due principi: da un lato, che i funzionari e i dipendenti degli enti pubblici sono direttamente responsabili per gli atti commessi in violazione dei diritti e, dall'altro, che in questi casi la responsabilità civile si estende agli enti medesimi. In concreto, la disciplina della responsabilità extracontrattuale degli enti pubblici, e dunque di tutte le amministrazioni, è influenzata dalle regole del Codice Civile, pur con elementi di specialità. La responsabilità può quindi basarsi sulla violazione di norme giuridiche, compresi i vincoli procedurali all'esercizio dei poteri amministrativi. Anche il diniego illegittimo di un permesso di costruire può dar luogo a responsabilità. Tuttavia, quando le autorità pubbliche esercitano una reale discrezionalità, le questioni di responsabilità sono trattate in modo diverso. E, a differenza di altri sistemi giuridici, tali questioni rientrano per lo più nella giurisdizione dei tribunali amministrativi.

Parole chiave

disposizioni costituzionali, Codice civile, responsabilità civile extracontrattuale della pubblica amministrazione, giurisdizione, tribunali amministrativi e tribunali ordinari, diritti soggettivi e interessi legittimi, discrezionalità dell'amministrazione

I. Esiste una disposizione costituzionale formale in materia di responsabilità della pubblica amministrazione?

Da un punto di vista formale, l'articolo 28 della Costituzione repubblicana (1948) tratta il tema della responsabilità dei pubblici poteri.

Tale disposizione stabilisce che “i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti” e che “in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

Il senso di questa disciplina risiede essenzialmente nell'affermazione di due principi: quello secondo cui coloro che agiscono in nome e per conto di un'autorità pubblica non godono dell'esenzione da *qualsiasi forma di responsabilità*; e quello secondo cui le autorità pubbliche sono *sempre e comunque garanti* del pagamento dei danni causati dai loro dipendenti.

In generale, specie rispetto all'assetto vigente sin dalla fine dell'Ottocento, tali principi sono particolarmente innovativi: tendono a escludere che ai dipendenti pubblici si applichino regole eccezionali e diverse da quelle comuni¹.

Da un punto di vista concreto, le norme che di regola disciplinano la responsabilità civile degli enti pubblici hanno sempre avuto un fondamento pratico nell'articolo 2043 del Codice Civile – in altre parole, nella disposizione che stabilisce i criteri fondamentali della responsabilità civile extracontrattuale nell'ordinamento italiano – secondo cui ogni “fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

Nell'interpretazione tradizionale di questa disposizione si è sempre distinto tra i casi in cui la pubblica amministrazione agi-

¹ Si veda, in particolare, C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione (1951)*, in C. ESPOSITO (a cura di), *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, 1954, p. 104. In generale, in merito all'art. 28 Cost., si rimanda a F. MERUSI e M. CLARICH, *Art. 28*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti civili (artt. 27-28)*, Zanichelli, 1991, p. 356; M. BENVENUTI, *Art. 28*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, 2006, p. 580.

sce attraverso un *provvedimento amministrativo* – il che significa che manifesta la sua autorità – e i casi in cui agisce attraverso una *condotta materiale* simile a quella di altri soggetti privati.

Nel secondo caso, non ci sono mai stati problemi particolari: l'amministrazione è sempre stata considerata potenzialmente responsabile, al pari di altri soggetti.

Nel primo caso, invece, si è a lungo escluso che tutti i danni causati dall'amministrazione dovessero essere risarciti; questo perché la nozione di “danno ingiusto” tendeva a essere intesa come riferita esclusivamente ai casi in cui venivano lesi i *diritti soggettivi* dei cittadini.

Si negava infatti che, a fronte di manifestazioni formali dell'autorità amministrativa (i provvedimenti amministrativi, per l'appunto), i cittadini fossero titolari di diritti, ritenendosi, viceversa, che ad essi potesse riconoscersi la titolarità di altri “interessi”, definiti *interessi legittimi*.

Quest'ultimo tipo di interesse può essere solitamente qualificato come oppositivo o pretensivo; infatti, un provvedimento amministrativo ha l'effetto o di *declassare* un diritto preesistente (ad esempio, un diritto di proprietà pregiudicato da un decreto di esproprio diventa un interesse legittimo oppositivo) o quello di *promuovere* un interesse sostanziale che non era classificabile come un vero e proprio diritto (ad esempio, l'interesse posseduto da chi vuole ottenere un'autorizzazione è considerato un interesse legittimo pretensivo). Secondo la lettura tradizionale, il giudice avrebbe potuto risarcire soltanto gli interessi oppositivi, nella misura in cui l'annullamento del provvedimento per essi pregiudizievole avesse fatto far “riemergere” un diritto soggettivo.

Con l'importante sentenza n. 500/1999 le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno parzialmente modificato l'interpretazione tradizionale e hanno ammesso che, in generale, anche la violazione degli interessi legittimi possa essere considerata un “danno ingiusto” ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2043 del Codice Civile. Questo nuovo orientamento è stato fortemente influenzato dal diritto dell'Unione europea, che ha in particolare insistito sulla necessità che, nel settore degli appalti pubblici, gli Stati membri dell'Unione garantiscano una tutela piena ed effettiva, compreso il risarcimento di qualsiasi tipo di danno (questa

normativa è stata recepita in Italia per la prima volta con l'art. 35 del D. Lgs. n. 80/1998)².

In ogni caso, a partire dal *leading case* n. 500/1999, si è registrata una tendenza generale a distinguere nuovamente tra due diverse tipologie di casi, corrispondenti comunque alle differenti, già menzionate, tipologie di interessi legittimi eventualmente danneggiati.

La prima tipologia è rappresentata dai danni derivanti da una decisione illegittima che colpisce interessi legittimi oppositivi (ad esempio, un danno derivante da un'espropriazione illegittima; un danno causato da un annullamento illegittimo effettuato d'ufficio o dalla revoca illegittima di un'autorizzazione/permesso o, comunque, di una decisione favorevole; tuttavia, più in generale, può essere incluso in questa fattispecie anche il danno cagionato a qualcuno come conseguenza di una decisione assunta dall'amministrazione a favore di un altro soggetto: un caso del genere può verificarsi, ad esempio, nel caso di edifici costruiti sulla base di un permesso di costruire illegittimo).

In questo caso, l'opinione maggioritaria ritiene che l'accertamento di un danno a un interesse giuridicamente protetto sia di per sé automatico, e che quindi l'elemento del "danno ingiusto" sussista sempre.

La seconda tipologia di casi, invece, è rappresentata da un danno derivante da una decisione illegittima che lede interessi legittimi pretensivi (ad esempio, il danno derivante dall'illegittimo diniego di un'autorizzazione/permesso o di un'altra decisione favorevole; o, ancora, il danno derivante dall'illegittima esclusione dalla partecipazione a una gara d'appalto).

In casi come questo, gli interpreti invocano spesso la teoria della "spettanza del bene della vita"³: la "lesione" può dirsi "ingiustificata" solo laddove il giudice accerti, in via pregiudiziale, che se l'amministrazione avesse rispettato la legge, l'interesse del

² A. TRAVI, G. AVANZINI e L. BERTONAZZI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Nuove Leg. Civ. Com.*, 1998, 21, p. 207.

³ G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287.

cittadino sarebbe stato soddisfatto (cioè sarebbe maturato il beneficio sperato).

Questa teoria è destinata a escludere il risarcimento laddove il giudice accerti, in concreto, la sussistenza di un potere discrezionale dell'amministrazione: a fronte di tale potere, infatti, non è facile capire se, nella singola ipotesi, l'interesse del cittadino avrebbe mai potuto essere adeguatamente soddisfatto⁴. In questo frangente, peraltro, la giurisprudenza fa spesso ricorso anche alle tesi elaborate dagli interpreti in materia di risarcimento per perdita di *chance*⁵.

Il risarcimento, in concreto, potrà avvenire in forma specifica o per equivalente (traguandosi, per il primo caso, la possibilità di condannare l'amministrazione all'adozione di uno specifico provvedimento⁶).

Un'ulteriore peculiarità della disciplina della responsabilità per danno da provvedimento è data dal fatto che l'accertamento della "colpa" dell'amministrazione non comporta una verifica sul contegno del singolo dipendente o funzionario: l'illegittimità dell'azione amministrativa fa presumere la sussistenza della "colpa", salva la prova contraria che l'amministrazione stessa può far valere (adducendo, ad esempio, l'oscurità del quadro normativo o l'esistenza di un incerto quadro giurisprudenziale)⁷.

⁴ Questo è uno dei motivi per cui un'interpretazione minoritaria (ma assai acuta) ritiene che, in realtà, la responsabilità della pubblica amministrazione debba essere considerata speciale: si veda L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 1.

⁵ Vi sono però notevoli oscillazioni sul valore da attribuire alla valutazione concernente la *chance* (intesa come criterio per identificare il nesso causale tra azione amministrativa e danno ovvero come misura del pregiudizio concretamente risarcibile). Sul punto v. F. CORTESE, *Art. 30*, in G. FALCON, F. CORTESE, B. MARCHETTI, *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Cedam, 2021, p. 319.

⁶ Questa possibilità è anche oggetto di una particolare azione, che si può esercitare di fronte al giudice amministrativo (art. 34, comma 1, lett. c, Codice del processo amministrativo). V. anche art. 124 Codice del processo amministrativo.

⁷ Tale interpretazione è stata maturata dalla giurisprudenza amministrativa anche sulla base dell'influenza di quanto sostenuto dalla Corte di giustizia UE,

La disciplina ora esposta si applica anche per i casi in cui il pregiudizio sia derivato non tanto da un atto o provvedimento, bensì dal silenzio o dall'inerzia dell'amministrazione⁸.

Sono state talvolta formulate anche ricostruzioni ulteriori, ipotizzando – soprattutto per specifiche fattispecie – che la responsabilità dell'amministrazione per esercizio illegittimo delle sue funzioni possa essere meglio riconducibile ai modelli della responsabilità civile precontrattuale o di una peculiare “responsabilità da contatto sociale qualificato” (specie in relazione ad attività e/o comportamenti assunti dalle amministrazioni in violazione di doveri di buona fede e correttezza)⁹.

Per quanto riguarda la responsabilità dei pubblici dipendenti e dei funzionari, si è sempre applicato l'articolo 2049 del Codice Civile, secondo il quale “i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti”, nonché l'articolo 22 del D.P.R. n. 3/1957, che stabilisce una limitazione della responsabilità dei pubblici dipendenti ai soli danni arrecati con “dolo o colpa grave”.

Ciò significa che il soggetto danneggiato dall'azione dell'amministrazione può chiedere il risarcimento direttamente, e contemporaneamente, sia all'amministrazione cui appartiene il funzionario o il dipendente che ha effettivamente commesso l'azione, sia al singolo funzionario o dipendente. In presenza dei requisiti previsti dall'articolo 2043 del Codice Civile, l'amministrazione sarà sempre responsabile, anche per colpa lieve (a meno che non si dimostri che il funzionario o il dipendente abbia agito per motivi strettamente personali o al di fuori delle proprie attribuzioni); viceversa, il singolo funzionario o dipendente sarà responsabile solo se imputabile a titolo di dolo o colpa grave.

Di solito – e quindi contrariamente a quanto sembra previsto in via generale ed espressa dall'articolo 28 della Costituzione, se-

Sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09, *Stadt Graz*.

⁸ Cfr. l'art. 2-*bis* L. n. 241/1990. La legge ha previsto per i cc.dd. “danni da mero ritardo” anche la possibilità di ricevere un indennizzo (v. art. 28 D.L. n. 69/2013, conv. in L. n. 98/2013).

⁹ Per un panorama su queste impostazioni v. F. CORTESE, *Art. 30*, cit., pp. 316-318.

condo cui, come si è detto all'inizio, la responsabilità ricade in primo luogo sui funzionari e sugli impiegati pubblici¹⁰ – le parti lese agiscono direttamente ed esclusivamente contro l'ente pubblico (del resto, l'amministrazione è l'unico soggetto sicuramente solvibile).

A fronte di tutti i danni che l'autorità potrebbe dover risarcire a causa delle azioni scorrette dei propri dipendenti, è comunque possibile che i dipendenti riconosciuti colpevoli di illeciti gravi siano chiamati a restituire all'autorità quanto da essa pagato. A tal fine, l'amministrazione può agire direttamente chiedendo il risarcimento dei danni davanti al giudice civile; ma il singolo funzionario pubblico può anche essere chiamato a restituire quanto pagato dall'amministrazione in un processo speciale davanti alla Corte dei conti, promosso da un pubblico ministero.

II. Esiste un obbligo generale di presentare un ricorso amministrativo o una denuncia presso un mediatore o un'altra agenzia pubblica prima di avviare un'azione di risarcimento danni contro le autorità pubbliche?

Per quanto riguarda i danni causati dalla pubblica amministrazione attraverso atti che sono espressione della sua autorità, si è ritenuto per lungo tempo che fosse necessario, prima di chiedere il risarcimento, contestarne la legittimità attraverso il ricorso a un rimedio specifico che ne determinasse l'annullamento.

Ad esempio, prima della sentenza n. 500/1999 della Corte di cassazione (citata nella sezione I), questo rimedio era considerato necessario quando si trattava di annullare gli atti dell'amministrazione e di "far rivivere" uno qualsiasi dei diritti soggettivi da essi violati (ad esempio, per rimuovere un decreto di esproprio illegittimo e ristabilire il diritto di proprietà da esso "degradato"). Solo in questo modo si poteva ottenere un risarcimento per

¹⁰ L'autore che ha convintamente, e autorevolmente, affermato la necessità di seguire questo approccio testuale è E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, 1953. Si tratta, tuttavia, di un'interpretazione minoritaria.

“danno ingiusto”, come definito dall’articolo 2043 del Codice Civile (si veda sempre la sezione I).

Dopo la sentenza n. 500, questa tesi ha perso gradualmente terreno, sebbene i giudici amministrativi (Tribunali Amministrativi Regionali e Consiglio di Stato) avessero continuato ad accettarla come valida e operante. Infatti, con l’articolo 7 della L. n. 205/2000, questi giudici hanno acquisito la giurisdizione su tutti i danni derivanti da provvedimenti amministrativi illegittimi e hanno, quindi, aderito all’interpretazione tradizionale, piuttosto che a quella seguita dalla Corte di cassazione. In particolare, l’orientamento prevalente nella giurisprudenza amministrativa affermava che, per richiedere il risarcimento dei danni derivanti da provvedimenti amministrativi illegittimi, fosse necessario ottenere il preventivo annullamento della decisione amministrativa dannosa (teoria della pregiudizialità amministrativa)¹¹.

Oggi, l’articolo 30 del Codice del processo amministrativo (c.p.a.) prevede espressamente che non sia più necessario il previo esperimento dell’azione volta ad ottenere l’annullamento del provvedimento illegittimo e che sia invece sufficiente esercitare l’azione risarcitoria entro 120 giorni dall’emanazione dell’atto lesivo o dal verificarsi del danno.

Tuttavia, lo stesso articolo 30, al comma 3, stabilisce che, in questi casi, il giudice amministrativo può anche respingere la richiesta risarcitoria o ridurre il risarcimento quando valuti che il danneggiato avrebbe potuto contenere il danno se avesse esercitato diligentemente e tempestivamente tutti i rimedi disponibili¹².

¹¹ Cfr. ad esempio Cons. Stato, Ad. Plen., sent. nn. 4/2003, 2/2006, 12/2007; la Corte di cassazione ha seguito l’interpretazione opposta: SS.UU., sent. nn. 13659 e 13660/2006, 35/2008. In generale, sul tema, si rimanda a F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa: il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Cedam, 2007.

¹² Questa soluzione è simile a quella seguita prima dell’entrata in vigore del c.p.a. – approvato con il D. L. n. 104/2010 – da un’interpretazione (allora) minoritaria: C. CONSOLO, *Il processo amministrativo tra snellezza e “civilizzazione”*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1265; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Giappichelli, 2000, p. 47; A. ROMANO TASSONE, *Sul problema della “pregiudiziale amministrativa”*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell’interesse al provvedimento*, Università di Trento, 2001, pp. 285-86;

Tra i rimedi presi in specifica considerazione a quest'ultimo riguardo vi sono le azioni che il danneggiato avrebbe potuto proporre al giudice amministrativo (e quindi anche il rimedio dell'annullamento del provvedimento illegittimo) e le altre forme di tutela disponibili davanti all'amministrazione (come, secondo alcuni, i procedimenti in autotutela o i diversi ricorsi proponibili all'amministrazione e volti ad ottenere la rimozione del provvedimento stesso).

Questa soluzione è stata interpretata come espressione di un generale *divieto di abuso del processo*, basato sul principio fondamentale di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost.¹³ (su questa linea interpretativa si veda l'importante sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011) ed è applicabile anche laddove si intenda ottenere il risarcimento di un danno derivante dal silenzio o dall'inerzia dell'amministrazione¹⁴.

III. Esistono diversi tribunali o altri apparati pubblici per l'annullamento di decisioni amministrative illegittime e per il risarcimento dei danni?

In Italia i rimedi per l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi sono proposti davanti al giudice amministrativo (Tribunali Amministrativi Regionali, in primo grado; Consiglio di Stato, in appello). In particolare, gli atti amministrativi possono essere impugnati entro sessanta giorni e infine annullati se considerati viziati da violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere

S. VALAGUZZA, *Riflessioni sull'onere di impugnativa del provvedimento illegittimo in un petitum risarcitorio*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, pp. 1117-18. Secondo questa interpretazione, sarebbe stato applicabile l'art. 1227 comma 2 del Codice Civile ("Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza").

¹³ "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

¹⁴ Anche in questi casi la giurisprudenza sembra richiedere il previo esperimento dei rimedi previsti dall'ordinamento.

(cfr. art. 21-*octies* L. n. 241/1990; art. 29 Codice del processo amministrativo).

Per tutti i danni causati da questi atti, i giudici amministrativi, che hanno giurisdizione sull'annullamento, possono anche stabilire un risarcimento a favore del soggetto danneggiato che ne abbia fatto richiesta.

Tuttavia, come menzionato nella sezione II, la parte lesa può anche chiedere il risarcimento autonomamente, ma solo entro un termine (120 giorni; il fatto che il legislatore abbia stabilito un termine così breve e diverso da quello di 5 anni previsto per il risarcimento disciplinato dall'art. 2043 del Codice Civile è stato considerato legittimo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 97/2017).

Di norma, comunque, la parte danneggiata chiede il risarcimento insieme all'annullamento (anche in considerazione dell'art. 30, comma 3 c.p.a.: si veda la sezione II).

Il risarcimento può essere richiesto anche entro il termine di 120 giorni dal momento in cui la sentenza che ha annullato il provvedimento amministrativo illegittimo passa in giudicato.

Fanno eccezione a questo quadro generale alcune situazioni particolari, come, ad esempio, il caso in cui venga contestata la legittimità di un atto con cui l'amministrazione abbia licenziato un proprio dipendente (in questo caso, la giurisdizione spetta al tribunale civile, che si pronuncia secondo una procedura speciale: il dipendente avrà accesso a tale forma di tutela solo se contesterà tempestivamente il licenziamento entro un termine specifico con un atto indirizzato all'amministrazione); oppure il caso in cui vengano contestati atti che impongono sanzioni amministrative (anche in questo caso, la giurisdizione specifica spetta quasi sempre al tribunale civile); oppure, ancora, il caso di atti adottati da specifiche autorità (come, ad esempio, il Garante per la protezione dei dati personali).

Negli ultimi anni, infine, è sorto un "conflitto" tra il giudice civile e quello amministrativo con riferimento all'individuazione della giurisdizione sulle azioni risarcitorie finalizzate al ristoro della lesione in cui possano incorrere soggetti privati per aver fat-

to affidamento su provvedimenti amministrativi rivelatisi in seguito illegittimi¹⁵.

¹⁵ Cfr. Corte di cassazione, SS.UU., ordd. 6594-6596/2011. M v. anche Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 19 e 20/2021.

II

Gli esiti della ricerca

Il questionario

Giacinto della Cananea e Roberto Caranta

Come si è indicato nel capitolo introduttivo, la ricerca sul “nucleo comune” si fonda su un’analisi di tipo fattuale. I quesiti sottoposti agli esperti nazionali vertono, cioè, non su categorie teoriche o istituti considerati in modo astratto, bensì su una serie di casi ipotetici, del tipo “cosa accade se”. Il questionario costituisce l’oggetto della discussione che si svolge nel corso di un apposito incontro di studio, in modo da accertare la plausibilità dei quesiti per ciascuno degli ordinamenti selezionati ai fini dell’analisi comparata.

Nel caso della responsabilità, i casi ipotetici riguardano sia i procedimenti amministrativi volti all’adozione di provvedimenti individuali e alla revisione di quei provvedimenti in un momento successivo, sia l’adozione di atti aventi effetti (almeno potenzialmente) rivolti a un novero indeterminato di soggetti.

I. Questionario

1. Il licenziamento di un dipendente pubblico
2. Il diniego ingiustificato di una licenza
3. Un’ispezione irregolare
4. L’esclusione da una gara d’appalto
5. Il ritardo nel rilascio di una concessione
6. Divieti all’importazione
7. Il ritiro di una licenza
8. Il rifiuto di rinnovare una licenza
9. La sospensione delle vendite
10. Un’autorizzazione negligente
11. Un poliziotto violento

Caso 1 – Il licenziamento di un dipendente pubblico

Secondo le “Linee guida sull’abuso di alcol e droghe” del Dipartimento della Pubblica Amministrazione (d’ora in avanti, le “linee guida della PA”), i dipendenti pubblici devono astenersi dal bere qualsiasi tipo di bevanda alcolica sul posto di lavoro. Maurice, un dipendente pubblico, viene accusato da alcuni colleghi di aver bevuto una bottiglia di vino e di aver gettato alcuni bicchieri dalla finestra del terzo piano del suo posto di lavoro. Il direttore dell’unità in cui Maurice lavora avvia quindi un procedimento disciplinare nei suoi confronti. Dopo una rapida indagine sui fatti, senza dare a Maurice alcuna possibilità di essere ascoltato sulla questione, il direttore ritiene che la verità dei fatti denunciati sia sufficientemente accertata e che tali fatti rivelino un atteggiamento incompatibile con il buon funzionamento della pubblica amministrazione. Pertanto, egli licenzia Maurice. Quest’ultimo impugna la decisione davanti a un tribunale per il modo negligente in cui è stata condotta l’indagine e per violazione del suo diritto di essere ascoltato ai sensi del diritto nazionale. Nel frattempo, Maurice deve cercare un altro lavoro.

Su questi presupposti fattuali, nel sistema giuridico considerato, si ritiene che il giudice adito potrebbe accogliere gli argomenti di Maurice solo nell’ipotesi in cui le “linee guida della PA” stabilissero uno specifico dovere di diligenza durante l’indagine, nonché il diritto del dipendente pubblico di essere ascoltato prima dell’adozione di una decisione sfavorevole, oppure l’accoglimento della domanda di Maurice sarebbe possibile in base a principi generali del diritto, compreso l’articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU)? Quale che sia la risposta alla domanda precedente, quali probabilità vi sono che il ricorso di Maurice sia accolto? Se il ricorso fosse accolto, Maurice cosa potrebbe ottenere fra: (i) la retribuzione che egli avrebbe percepito se non fosse stato licenziato illegittimamente; (ii) il pagamento degli interessi; (iii) il risarcimento del danno dovuto all’impatto negativo del licenziamento sulla sua reputazione e per il fatto che egli è stato costretto a cercare un nuovo lavoro?

Caso 2 – Il diniego ingiustificato di una licenza

Il Ministero delle Telecomunicazioni di Terranova, nuovo

membro dello Spazio economico europeo (SEE), deve concedere le licenze per le comunicazioni elettroniche per 100 frequenze. Secondo la legislazione nazionale, prima di adottare il provvedimento, il Ministero è obbligato consultare il Comitato per le comunicazioni elettroniche (CEC), il cui parere è di natura tecnica e non ha effetti vincolanti. Molti operatori presentano una domanda di concessione della licenza, tra cui New Tv, un ente costituito secondo il diritto di Terranova.

Inaspettatamente, tuttavia, nel concedere le licenze il Ministero non segue la procedura prestabilita, in quanto, prima dell'adozione del provvedimento, non chiede al CEC il parere previsto dalla legge. Nel provvedimento che individua i 100 nuovi licenziatari (dai quali New Tv è esclusa), il Ministero si limita ad affermare che le domande sono state così numerose che è stato necessario semplificare il procedimento amministrativo per poterlo concludere nei termini di legge e dare rapida configurazione a un mercato così importante.

New Tv, non avendo ottenuto il rilascio della licenza, presenta ricorso dinanzi al tribunale di Terranova sostenendo che il provvedimento di diniego avverso la sua domanda di concessione di frequenze è illegittimo. New Tv, inoltre, afferma di aver perso, in conseguenza dell'azione amministrativa illegittima del Ministero, gli ingenti investimenti che essa aveva sostenuto per sviluppare la propria attività imprenditoriale a Terranova, nonché i profitti che avrebbe potuto guadagnare diventando un'emittente nazionale, compresi i finanziamenti che avrebbe potuto ottenere dagli inserzionisti pubblicitari.

Nel sistema giuridico considerato, l'azione giurisdizionale di New Tv potrebbe essere accolta? Nel caso in cui a New Tv fosse riconosciuto il diritto a ottenere risarcimento dei danni sofferti, tali danni sarebbero limitati al danno emergente o si estenderebbero fino ad includere il lucro cessante?

Caso 3 – Un'ispezione irregolare

“Totally Unnecessary Investments” (TUI) è una società di investimento la cui attività commerciale consiste nel ricevere ed eseguire ordini per soggetti terzi e nello svolgere attività di *trading* per proprio conto. Dopo alcuni anni di attività, TUI viene sotto-

posta a un'ispezione da parte dell'autorità nazionale di regolazione delle banche (NBR). Poche settimane più tardi, la NBR adotta una sanzione pecuniaria nei confronti di TUI per il suo presunto comportamento negligente nella conservazione della documentazione prevista per legge.

TUI presenta quindi un ricorso al tribunale nazionale avente giurisdizione sugli atti della NBR, sostenendo che la sanzione è ingiustificata poiché l'ispezione è stata irregolare e poiché la decisione si basa su un palese fraintendimento dei fatti, non essendo stati presi in considerazione alcuni documenti fondamentali. TUI chiede al tribunale, in primo luogo, di annullare la sanzione e, in secondo luogo, di riconoscerle il diritto al risarcimento dei danni conseguenti alla lesione della sua reputazione commerciale.

Nel sistema giuridico considerato, il ricorso di TUI avrebbe chances di essere accolto? Nell'ipotesi in cui a TUI fosse riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni, come sarebbe determinato l'ammontare della somma dovuta a titolo risarcitorio?

Caso 4 – L'esclusione da una gara d'appalto

In base alla legislazione nazionale sugli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere i partecipanti da un procedimento amministrativo solo se questi ultimi risultano inaffidabili e quindi inadatti a essere aggiudicatari dell'appalto. In particolare, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere da una procedura a evidenza pubblica ogni operatore che sia stato condannato per omissione sistematica del pagamento dei contributi previdenziali.

Durante un procedimento a evidenza pubblica avviato dal Comune di Mandeville, il Comune viene informato dal Dipartimento di sicurezza sociale (DSS) che un offerente, Alphagroup, ha sistematicamente omesso di pagare i contributi previdenziali dovuti. I funzionari di Mandeville utilizzano l'informazione ricevuta dal DSS (senza peraltro darne comunicazione a quest'ultimo) e pertanto escludono dalla gara d'appalto l'offerta presentata da Alphagroup. Solo dopo la conclusione della gara, quando Alphagroup ottiene l'accesso ai documenti in possesso del Co-

mune, Alphagroup scopre che la sua offerta è stata esclusa a causa della presunta omissione sistematica, da parte sua, del pagamento dei contributi previdenziali.

L'impresa quindi presenta un ricorso al giudice nazionale sostenendo che: (i) il Comune non poteva utilizzare informazioni con effetti a essa pregiudizievoli senza fornirle una reale possibilità di contestazione; (ii) sul piano fattuale, il DSS aveva commesso un errore, in quanto l'operatore economico che non aveva rispettato gli obblighi derivanti dalla legislazione in materia di previdenza sociale non era Alphagroup, bensì un altro soggetto denominato "Alpha Group Ltd". Sulla base di questi presupposti, Alphagroup chiede perciò che il Comune di Mandeville sia condannato al risarcimento dei danni sofferti.

Costituitosi in giudizio, il Comune si difende sostenendo che l'eventuale responsabilità per quanto accaduto, anche qualora responsabilità vi fosse, dovrebbe essere attribuita al DSS.

Nel sistema giuridico considerato, quali chances vi sarebbero per la domanda giurisdizionale di Alphagroup di essere accolta? Se la domanda fosse accolta, Alphagroup potrebbe ottenere risarcimento per quali danni? Ammesso che il Comune sia ritenuto responsabile, sarebbe possibile al Comune attivarsi per far ricadere la responsabilità sul DSS, o quantomeno dividerla con esso?

Caso 5 – Il ritardo nel rilascio di una concessione

Il lungomare della città di Sanibel, di fronte a un famoso lago, è tradizionalmente utilizzato per fornire servizi, tra cui bar e ristoranti, sia per i residenti che per i turisti.

La possibilità di esercitare un'attività commerciale sul lungomare è oggetto di concessione da parte del Comune di Sanibel. Al fine di consentire a una pluralità di operatori di poter beneficiare di una concessione, il Comune ha stabilito che le concessioni non possano avere durata superiore ai tre anni, al termine dei quali le concessioni vengono nuovamente rilasciate sulla base di una procedura aperta. La disciplina del procedimento di concessione prevede che gli interessati possano presentare domanda entro trenta giorni dall'apertura del procedimento e che il Comune debba quindi comparare le offerte e scegliere il nuovo concessio-

nario entro sessanta giorni dallo scadere del termine per presentare le domande.

North Lake, un'impresa neo-costituita, presenta regolarmente nei termini una domanda di concessione per una specifica postazione sul lungomare. Sebbene North Lake sia l'unico soggetto ad aver presentato una domanda di concessione per quella postazione, il Comune di Sanibel non conclude il procedimento entro il termine previsto. Nel tentativo di giustificare il ritardo, il Comune di Sanibel afferma che i documenti a sua disposizione sono incompleti, ma non è in grado di indicare alcun vizio specifico della domanda di concessione presentata da North Lake. Di conseguenza, North Lake non ottiene la concessione in tempo per la stagione estiva e cita il Comune di Sanibel in giudizio.

Nel sistema giuridico considerato, il ricorso di North Lake sarebbe accolto? Nell'ipotesi in cui a North Lake fosse riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni, questi ultimi sarebbero limitati al danno emergente o si estenderebbero al lucro cessante? In quale modo l'ammontare del risarcimento sarebbe determinato?

Caso 6 – Divieti all'importazione

La società "Forest's Jewels" (FJ) ha sede in Terranova, un paese dell'Europa orientale membro dello Spazio economico europeo (SEE). FJ è un'impresa specializzata nell'importazione di frutti di bosco (ad esempio mirtilli rossi e blu) dall'isola di Blefuscu nel Mar Nero.

Dopo un presunto incidente in una centrale nucleare in Russia, in base al regolamento sul cibo e sugli alimenti, il governo di Terranova limita l'importazione di frutti di bosco in due modi: (i) un blocco generalizzato di tutte le importazioni per tutti gli importatori per un mese; (ii) l'adozione di nuove norme che impongono un esame sui prodotti importati al fine di garantire che questi ultimi non siano radioattivi. FJ contesta in giudizio il blocco e le nuove norme per due motivi: in primo luogo, perché si tratta – soprattutto per quanto riguarda il blocco – di misure individuali solo formalmente qualificate come generali, dal momento che FJ è l'unica impresa che importa prodotti dall'isola di Blefuscu; in secondo luogo, e conseguentemente, poiché il divieto è basato su informazioni limitate, piuttosto che su un'analisi accurata di tutti i

fatti rilevanti, come invece avrebbe dovuto accadere prima che l'amministrazione adottasse provvedimenti individuali con effetti restrittivi nei confronti di un'impresa. FJ chiede inoltre alla corte di riconoscere il diritto al risarcimento dei danni subiti.

Nel sistema giuridico considerato, la domanda risarcitoria avanzata da FJ è ammissibile solo se il giudice riconosce l'illegittimità del blocco e/o delle nuove norme, oppure può essere accolta a prescindere dall'eventuale annullamento della limitazione alle importazioni? In ogni caso, qualora fosse concesso, il risarcimento potrebbe coprire anche il lucro cessante sofferto da FJ? In caso positivo, come sarebbe determinato l'ammontare del risarcimento?

Caso 7 – Il ritiro di una licenza

La signora Tramp ha una licenza per la vendita di giornali e carte geografiche in un chiosco. L'autorità concedente decide di revocarle la licenza nel quadro di un piano generale di rinnovo di tali servizi, ma non fornisce alla signora Tramp alcuna possibilità di essere ascoltata. La signora Tramp impugna la revoca davanti a un tribunale, sostenendo che la decisione è stata presa in violazione degli obblighi in materia di giusto procedimento e del principio di ragionevolezza nell'adozione delle decisioni amministrative, chiedendo altresì il risarcimento dei danni sofferti.

Nel sistema giuridico considerato, al giudice nazionale sarebbe possibile accogliere la tesi della signora Tramp solo qualora la legge preveda per questo tipo di procedimento amministrativo uno specifico obbligo di ascoltare le parti destinatarie della decisione, oppure il giudice potrebbe accogliere la domanda ricorrendo a principi generali del diritto, come l'equità o il diritto a un giusto procedimento? Per l'accoglimento della domanda, sarebbe sufficiente l'accertamento dell'esistenza di un vizio del procedimento, o sarebbe necessario anche valutare se l'organo competente a rilasciare le licenze ha violato il principio di ragionevolezza? Quale che sia la risposta, quali sono le chances che la domanda di annullamento della revoca proposta dalla signora Tramp sia accolta? Tale annullamento è considerato un presupposto per riconoscere alla signora Tramp il diritto al risarcimento dei danni? Nel caso in cui il diritto al risarcimento sia riconosciuto, sarebbe-

ro compresi entro l'ammontare dei danni risarcibili anche i guadagni mancati da parte della signora Tramp?

Caso 8 – Il rifiuto di rinnovare una licenza

Santiago è un pescatore dotato di licenza. Il potere di rilasciare le licenze è attribuito a un organo dell'amministrazione locale, la Commissione per la pesca, che esamina le licenze esistenti e le rinnova ogni quattro anni. In base alle norme vigenti, la Commissione può discrezionalmente rifiutare il rinnovo di qualsiasi licenza in caso di condanna sul territorio nazionale del richiedente per violazione delle norme in materia di pesca commerciale.

Quando Santiago presenta istanza per il rinnovo della licenza, la Commissione glielo nega, sostenendo che Santiago avesse ceduto temporaneamente la sua licenza a un'altra persona. Santiago impugna la decisione davanti al tribunale competente sulla base di due motivi. Egli sostiene, in primo luogo, che nessuna norma vigente vieti espressamente al licenziatario di cedere temporaneamente a terzi la licenza e, in secondo luogo, che la Commissione non ha fornito alcuna prova del fatto contestato. Santiago domanda altresì il risarcimento del danno da lui sofferto per effetto della decisione a suo dire illegittima.

Nel sistema giuridico considerato, quali sono le probabilità che gli argomenti di Santiago riguardo l'illegittimità della decisione trovino accoglimento? Qualora l'impugnazione di Santiago fosse ritenuta fondata, la sua domanda risarcitoria sarebbe accolta? Nel caso in cui il diritto di Santiago al risarcimento fosse riconosciuto, sarebbe considerato risarcibile il solo danno emergente o il risarcimento si estenderebbe anche al lucro cessante?

Caso 9 – La sospensione delle vendite

Beauty Box è un'impresa autorizzata dall'Autorità sanitaria nazionale (ASA) a produrre e vendere un nuovo set di creme di bellezza. A seguito di una campagna di stampa promossa da attivisti che sostengono che Beauty Box abbia utilizzato nelle sue nuove creme alcuni ingredienti non dichiarati, che potrebbero essere pericolosi per la salute umana, l'ASA decide di sospendere temporaneamente la vendita del nuovo set di creme della Beauty Box.

Beauty Box quindi impugna il provvedimento di sospensione emesso dalla ASA in tribunale, in virtù del fatto che il provvedimento non è stato preceduto da, né è stato giustificato in base a, un'adeguata procedura scientifica di accertamento dei fatti. Beauty Box chiede altresì la condanna dell'ASA al risarcimento dei danni sofferti.

Nel sistema giuridico considerato, il ricorso di Beauty Box sarebbe accolto? Qualora la risposta sia positiva, in quale modo si determinerebbe l'ammontare dei danni risarcibili?

Caso 10 – Un'autorizzazione negligente

Il giovane figlio di Peter, Luka, soffre di una reazione avversa a un prodotto farmaceutico difettoso, che lo lascia permanentemente disabile. Il prodotto farmaceutico in questione era stato approvato dall'autorità nazionale del farmaco e immesso in commercio un mese prima dell'incidente di Luka. Qualche tempo dopo, a causa dell'elevato numero di reazioni avverse registrate, l'impresa produttrice del prodotto lo ritira dal mercato e fallisce.

Peter, per conto del figlio e di sé stesso, presenta una domanda di risarcimento del danno contro l'autorità nazionale del farmaco sulla base di due motivi: (i) l'autorità aveva in suo possesso prove scientifiche circa la pericolosità del farmaco per uso umano, trasmesse da un'organizzazione non governativa (ONG), e tuttavia non aveva preso in considerazione tali prove nel concedere l'approvazione all'immissione in commercio; (ii) inoltre, in violazione della legislazione nazionale che impone all'autorità nazionale del farmaco di richiedere il parere di un organismo tecnico ogniqualevolta un privato fornisca prove scientifiche diverse o contrarie da quelle a disposizione dell'autorità nazionale, quest'ultima aveva ommesso di richiedere il parere in questione.

Nel sistema giuridico considerato, l'autorità nazionale del farmaco sarebbe ritenuta responsabile dei danni sofferti da Luka? Qualora la risposta sia positiva, quali sono le condizioni in presenza delle quali l'autorità potrebbe essere condannata?

Caso 11 – Un poliziotto violento

Due agenti di polizia fermano un'automobilista, Agatha, e le chiedono in modo piuttosto brusco di scendere dal veicolo e di

mostrare loro i documenti. Agatha scende ma protesta con veemenza alla richiesta di presentare i documenti, affermando di essere stata trattata ingiustamente. Senza alcun previo avvertimento (nonostante che questo sia necessario, secondo le linee guida che governano gli interventi del Dipartimento di Polizia), uno dei due agenti si dirige verso Agatha e le afferra il braccio sinistro, bloccandoglielo dietro la schiena. La torsione provoca la rottura del gomito di Agatha, con conseguenti lesioni permanenti. La donna rifiuta l'assistenza degli agenti di polizia e viene portata in ospedale da alcuni testimoni. Successivamente, Agatha cita in giudizio i due agenti di polizia e lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni sofferti.

Nel sistema giuridico considerato, a quali condizioni la domanda di risarcimento avanzata da Agatha sarebbe accolta e in che misura? Che rilevanza potrebbe avere, al riguardo, il fatto che i due poliziotti abbiano violato le linee guida stabilite dal Dipartimento di Polizia?

Francia, Italia e Spagna

Jean-Bernard Auby

Abstract e parole chiave

Questo capitolo confronta i sistemi di responsabilità amministrativa francese, italiano e spagnolo su due livelli. Il primo riguarda le basi dell'attuale diritto della responsabilità pubblica nei tre Paesi. Vengono prese in considerazione sia le disposizioni costituzionali e legislative che riguardano gli aspetti sostanziali, sia le norme che disciplinano gli aspetti processuali, ossia i ricorsi amministrativi e il controllo giurisdizionale. Il secondo livello di analisi concerne le scelte operate da ciascun ordinamento in merito a una serie di questioni, tra cui l'imputazione della responsabilità per illegittimità, a prescindere dalla presenza o meno di un illecito, e il tipo di risarcimento che i ricorrenti possono ottenere.

Parole chiave: ricorsi o reclami amministrativi, disposizione costituzionale sulla responsabilità amministrativa, danni, tipologia, principi generali e disposizioni specifiche, giurisdizione, giudici amministrativi e ordinari, responsabilità e illegittimità, rimedi

I. Comparazione delle caratteristiche generali

A. Basi giuridiche

1. Costituzioni

Sia nella Costituzione italiana che in quella spagnola si trovano alcune disposizioni che affrontano esplicitamente la responsabilità amministrativa (rispettivamente artt. 28 e 106-2): in entrambi i casi, viene sancito un principio di responsabilità per fatto illecito.

La Costituzione francese, invece, non contiene alcuna disposizione esplicita in materia. Tuttavia, il Consiglio costituzionale ha stabilito che un principio analogo costituisce una conseguenza

dell'articolo 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, che – per una consolidata giurisprudenza – è parte integrante della Costituzione.

2. La legislazione

Al di sotto delle costituzioni, un certo ruolo è svolto dalla legislazione. In Italia, il Codice Civile (c.c.), mediante l'articolo 2043, funge da base operativa per la disciplina della responsabilità amministrativa, mentre in Spagna alcune norme generali su quest'ultima si trovano nella legislazione del 2015 riguardante il diritto applicabile al settore pubblico.

Nel diritto francese, non esiste una legislazione generale sulla responsabilità amministrativa. Diverse leggi del Parlamento hanno affrontato la questione, ma esse hanno avuto la funzione di dettare previsioni specifiche riguardanti settori particolari.

B. Tribunali e procedure

1. Reclamo preliminare davanti all'amministrazione o a un mediatore

Il diritto spagnolo in passato richiedeva un reclamo preliminare dinanzi all'amministrazione, ma questa norma è stata abrogata: tuttavia, i tribunali possono considerare il fatto che il ricorrente abbia ritardato la presentazione di un'azione giudiziale come un possibile fattore di riduzione del risarcimento.

Nel diritto amministrativo francese, i soggetti che presentano un'azione per responsabilità amministrativa devono inviare al giudice la decisione adottata dall'amministrazione sulla loro richiesta (regola della "*décision préalable*"): in pratica, ciò induce tali soggetti (nella maggior parte dei casi) a presentare un appello amministrativo preliminare per ottenere la decisione che poi impugneranno in giudizio.

2. Tribunali competenti

Nell'ordinamento spagnolo, l'intero contenzioso relativo alla responsabilità amministrativa è di competenza dei tribunali amministrativi di primo grado e poi delle sezioni amministrative dei tribunali superiori.

Nell'ordinamento francese, il contenzioso in materia di responsabilità amministrativa si svolge per lo più dinanzi al giudice amministrativo: i tribunali ordinari sono competenti solo nei casi in cui l'amministrazione sia soggetta al diritto privato, essenzialmente nell'ambito dei "servizi pubblici industriali e commerciali".

Infine, nell'ordinamento italiano, i tribunali amministrativi sono competenti per i casi in cui la responsabilità derivi da provvedimento amministrativo. Il giudice ordinario è competente in tutti gli altri casi.

C. Altri aspetti

Nei tre ordinamenti posti a confronto, la responsabilità degli enti pubblici prevale sulla responsabilità personale dei loro agenti: ciò significa che i ricorrenti possono presentare domanda di risarcimento nei confronti dell'ente pubblico, a condizione che quest'ultimo possa poi agire in regresso nei confronti dei suoi agenti e condividere con essi l'onere del risarcimento nel caso in cui il danno sia totalmente o parzialmente dovuto alla condotta illegittima o irregolare di essi.

Nel diritto amministrativo spagnolo, le domande di risarcimento per responsabilità dell'amministrazione possono essere presentate entro il termine di un anno. Nel diritto italiano, quando tali domande si fondano sull'illegittimità di un atto amministrativo, si applica un termine di 120 giorni. Nel diritto francese non esiste un termine processuale diretto per le azioni di responsabilità amministrativa, ma si applica un termine indiretto: una norma tradizionale, ai sensi della quale i debiti dell'amministrazione si estinguono dopo quattro anni.

II. Inferenze dai casi di studio

A. Comportamenti suscettibili di dar luogo a responsabilità amministrativa

1. L'esistenza di un concetto generale di colpa

Il diritto francese riguardante la responsabilità amministrativa si basa su un concetto generale di colpa, considerata come condi-

zione generale per far valere la responsabilità amministrativa. Non esiste una definizione precisa di questo concetto, ma la giurisprudenza ordinaria lo applica a vari tipi di situazioni di *maladministration*, come ritardi, inerzie, errori o illegittimità, come vedremo nella sezione II.A.2. Vedremo anche che la responsabilità pubblica può talvolta sorgere senza che sia stata rilevata alcuna condotta illegittima o irregolare.

Le legislazioni italiana e spagnola sulla responsabilità pubblica non sono strutturate nello stesso modo. Nel diritto spagnolo, la responsabilità amministrativa è concepita come “oggettiva”, nella misura in cui le situazioni in cui l’amministrazione può essere ritenuta responsabile sono poste su una linea di continuità, lungo la quale si possono trovare casi di evidente mancata realizzazione del buon funzionamento dell’amministrazione, casi in cui la responsabilità deriva dall’illegittimità, nonché casi in cui si ammette la responsabilità senza che sia stato posto in essere alcun comportamento colpevole.

Nell’ordinamento italiano, la distinzione essenziale è tra i casi in cui la responsabilità deriva da una illegittimità – il che significa che si è verificata una violazione di determinati “interessi legittimi” – e i casi in cui la responsabilità amministrativa si fonda su una condotta negligente ai sensi del Codice Civile.

2. Responsabilità e illegittimità

In tutti e tre gli ordinamenti giuridici, si ammette in linea di principio che le illegittimità nelle decisioni amministrative possano comportare la responsabilità dell’amministrazione che le ha adottate. Tuttavia, questo principio si è affermato con difficoltà nell’ordinamento italiano, a causa della tradizionale separazione tra situazioni in cui i cittadini sono titolari di diritti soggettivi e situazioni in cui possono far valere solo interessi legittimi nel loro rapporto con la pubblica amministrazione.

In tutti e tre gli ordinamenti non si esclude che la responsabilità possa derivare da una mera irregolarità procedurale, ma si circoscrive comunemente questa ipotesi ai casi in cui si accerti che l’irregolarità ha avuto una qualche influenza sulla decisione dal punto di vista sostanziale.

3. Responsabilità senza illecito (responsabilità oggettiva)

Il diritto amministrativo francese da tempo ammette che, in alcune situazioni elencate dalla giurisprudenza, la responsabilità dell'amministrazione possa essere affermata senza che vi sia alcuna colpa da parte sua: si tratta di situazioni in cui un atto amministrativo genera un rischio specifico e di situazioni in cui le decisioni amministrative, per quanto legittime, causano un danno anomalo e particolare ad un individuo o a una categoria predefinita di persone.

Anche il diritto amministrativo spagnolo contempla casi di responsabilità amministrativa senza illecito in relazione ad attività amministrative che generino rischi.

Infine, il diritto amministrativo italiano sembra accettare la responsabilità amministrativa oggettiva solo quando essa è prevista dalla legge.

B. Alcune questioni pratiche sollevate dall'introduzione della responsabilità

1. Tipi di danno risarcibile

In tutti e tre gli ordinamenti, la questione più delicata è quella del danno ipotetico, come la perdita di *chances* (ad esempio, la perdita della possibilità di essere selezionati in una procedura a evidenza pubblica) e il lucro cessante (quando il comportamento dell'amministrazione abbia costituito un ostacolo ad un'attività che avrebbe potuto essere redditizia). I ricorrenti devono dimostrare di aver avuto buone possibilità di ottenere ciò che desideravano e/o che l'attività che intendevano svolgere sarebbe stata probabilmente redditizia.

2. Natura del rimedio

Nel diritto spagnolo, la legislazione ammette oggi la possibilità del rimedio dell'esecuzione in forma specifica, non solo quindi il risarcimento per equivalente. Il diritto amministrativo francese era tradizionalmente contrario a questa alternativa e accettava solo il risarcimento pecuniario, ma la situazione sta parzialmente evolvendo grazie ai poteri che ora i tribunali amministrativi hanno di concedere ingiunzioni.

Diritto dell'Unione europea e diritto del Regno Unito

Paul Craig

Abstract e parole chiave

Questo capitolo mette a confronto i sistemi di responsabilità amministrativa inglese e dell'Unione europea. Esso si concentra sui loro tratti comuni e distintivi. Lo fa con riferimento alle soluzioni applicabili ai casi ipotetici del questionario di cui sopra. Come osservazione preliminare, il capitolo mette in evidenza le particolarità dell'amministrazione dell'Unione europea. Esso poi esamina i principi fondamentali e dimostra che, per quanto riguarda il giusto procedimento, le analogie prevalgono sulle differenze tra Regno Unito e UE, mentre, sul piano sostanziale, quest'ultima prevede un principio generale di responsabilità, a differenza della prima. Un'analisi più dettagliata mostra altresì che la giurisprudenza dei tribunali dell'Unione ha fornito una maggiore certezza in merito alla violazione dei vincoli procedurali nell'esercizio del potere amministrativo. Nel Regno Unito, un'autorità pubblica per essere considerata responsabile deve avere un obbligo di condotta diligente nei confronti del ricorrente e le condizioni per il successo di un'azione sono più difficili da soddisfare rispetto all'ipotesi in cui la stessa azione sia proposta tra privati.

Parole chiave: *common law*, ricorsi, amministrazione dell'Unione Europea, principi generali di responsabilità per danni, responsabilità degli Stati membri dell'Unione europea, giurisdizione, legalità e responsabilità, rimedi

Introduzione

Quando ci si cimenta in un'analisi comparata, compreso ciò che viene comunemente detto il diritto amministrativo comparato, c'è sempre una sfida intrinseca. Si tratta di capire quale dei seguenti aspetti descrive meglio i fatti ritenuti rilevanti.

In primo luogo, il confronto rivela una somiglianza tale per cui, sebbene alcuni dettagli differiscano, i lineamenti principali sono gli stessi, come si evince dal modo in cui i rispettivi sistemi giuridici affrontano le questioni sul piano concettuale e applicano il diritto vigente ai fatti?

In secondo luogo, il confronto rivela che il risultato può essere lo stesso o molto simile, ma il modo in cui esso è conseguito, la concettualizzazione della questione dal punto di vista giuridico, differisce tra i sistemi giuridici?

In terzo luogo, il confronto rivela alcune differenze più profonde tra i rispettivi sistemi giuridici, che riflettono diversi presupposti normativi posti alla base delle norme giuridiche principali?

Gli studiosi possono essere in disaccordo su quale delle precedenti risposte sia in grado di cogliere meglio il confronto di una tematica tra gli ordinamenti giuridici. Inoltre, ci possono essere casi in cui più di una delle precedenti domande risulta applicabile. Pertanto, è logicamente possibile che la seconda e la terza siano entrambe applicabili alla stessa fattispecie. Dobbiamo comunque tenere presenti gli aspetti appena elencati, se non altro come guida approssimativa che ci aiuta a orientarci nell'esercizio comparativo. Ciò è esemplificato dai casi ipotetici esaminati in questo volume, che presentano somiglianze e differenze tra i due sistemi giuridici per quanto riguarda la risoluzione di questi modelli di fatto. Le principali analogie e differenze possono essere schematizzate come segue.

A. Le regole del giusto procedimento e la loro applicazione

Molti dei casi ipotetici sollevano questioni relative al giusto procedimento. Tuttavia, la natura precisa del vizio procedimentale varia. In alcuni casi si tratta della mancata audizione, in altri di mancanza di prove, in altri ancora di mancata consultazione o di violazione del legittimo affidamento.

In relazione a tali questioni, le somiglianze superano le differenze tra il diritto del Regno Unito e quello dell'UE. È bene chiarire subito le cose. La soluzione di uno stesso caso ipotetico in due o più ordinamenti giuridici non sarà mai completamente identica sotto tutti i punti di vista. Nutrire un'aspettativa di que-

sto tipo significa inseguire un'illusoria chimera. Ci saranno sempre delle differenze nei dettagli.

L'entità di tali differenze sarà determinata, almeno in parte, dal livello relativo di astrazione o specificità con cui si percepiscono i rispettivi ordinamenti. Se si vola a 15.000 metri di altezza, tutto sembra pressoché identico. Se si vola a 15 metri, allora tutto sembra molto diverso. Nessuna delle due opzioni è particolarmente utile. La sfida consiste nel trovare il livello ottimale di astrazione rispetto alla specificità, tenendo presente che i due ordinamenti saranno inevitabilmente diversi in una certa misura.

Da questo punto di vista, le norme del Regno Unito e dell'UE sul giusto procedimento hanno molto in comune. Entrambe sono state elaborate dalla giurisprudenza. Non esiste un codice generale del giusto procedimento in nessuno dei due sistemi. Le componenti chiave del giusto procedimento sono molto simili in entrambi gli ordinamenti: ci sono norme che richiedono l'invio di notifiche e comunicazioni, l'audizione delle parti, la motivazione, la presentazione di prove, la rappresentanza in giudizio e così via. L'applicazione delle norme sia nel Regno Unito che nell'Unione comporta un bilanciamento, a volte esplicito, a volte implicito, per quanto riguarda, ad esempio, i requisiti di un'audizione equa o il grado di dettaglio richiesto nell'indicazione delle ragioni su cui si fonda la decisione.

In entrambi gli ordinamenti, inoltre, vi è una sovrapposizione tra le norme di giustizia procedimentale e quelle relative al sindacato sostanziale. Nel Regno Unito ciò si manifesta, ad esempio, nei requisiti enunciati dalla dottrina di valutare adeguatamente tutte le considerazioni pertinenti, che hanno una dimensione sia procedurale che sostanziale. Nell'Unione europea ciò si evince dai profili dell'obbligo di diligenza, che si colloca a cavallo tra le dimensioni procedimentale e sostanziale.

Vi sono alcune differenze tra i sistemi, la più significativa delle quali consiste nel fatto che l'accesso ai documenti amministrativi è concepito come un aspetto del giusto procedimento nell'UE, mentre non ha un preciso corrispettivo nel Regno Unito. Ciò è particolarmente importante se si considera che il diritto di accesso al fascicolo opera sia nella fase in cui viene adottata la decisione amministrativa iniziale, sia in quella successiva, quan-

do questa viene impugnata davanti al giudice che effettua il sindacato.

Vi sono anche alcune differenze istituzionali, in quanto nel Regno Unito l'azione con cui si richiede il sindacato giurisdizionale dinanzi all'Alta Corte per mancato rispetto della giustizia naturale è percepita come un'ultima *ratio*, da utilizzare quando il ricorrente ha esaurito i rimedi amministrativi interni. Inoltre, è probabile che alcuni dei soggetti danneggiati nei casi ipotetici cerchino di porre rimedio alla loro situazione ricorrendo al mediatore a livello centrale o locale.

B. Le norme sulla responsabilità per danni e la loro applicazione

Il quadro generale relativo alla comparazione delle norme in materia di responsabilità per danni è piuttosto diverso. Ciò è vero nonostante il fatto che l'esito di un caso specifico possa essere uguale o simile seguendo il diritto del Regno Unito o quello dell'Unione.

I trattati europei stabiliscono un principio generale di responsabilità che si applica quando l'UE o i suoi funzionari hanno commesso un illecito. La disciplina in materia è contenuta nell'articolo 340 TFUE e nella relativa giurisprudenza. L'Unione europea dispone anche di un principio generale di responsabilità che si applica quando è lo Stato membro a commettere l'illecito e a causare il danno entro i confini del diritto comunitario. Le norme pertinenti si trovano in *Francovich* e nella vasta giurisprudenza sviluppatasi in seguito.

Ci sono state, e ci sono tuttora, questioni aperte sull'applicazione dei criteri giuridici stabiliti dalla giurisprudenza ai sensi dell'articolo 340 TFUE e di *Francovich*. Tuttavia, la giurisprudenza si è "stabilizzata" rispetto alle prime decisioni giudiziarie adottate all'inizio degli anni Novanta. Rimangono comunque dubbi e incertezze su cosa costituisca una violazione manifesta e grave ai sensi dell'articolo 340 TFUE e in base alla responsabilità per come prevista dalla sentenza *Francovich*. Per esempio, i casi ipotetici sollevano questioni interessanti sul fatto che tutti i vizi procedurali siano considerati violazioni manifeste e gravi ai fini della responsabilità per danni. La giurisprudenza ha comunque fornito

una maggiore certezza in questo senso, anche se inevitabilmente ci si chiede se la CGUE sia troppo restrittiva nell'applicazione di tali criteri.

Il diritto britannico è diverso in tal senso e la differenza si riflette nel modo in cui i casi ipotetici devono essere affrontati nella prospettiva di tale diritto. Per il ricorrente, in tutti i quesiti posti, è necessario ricercare una ragione di diritto privato come fondamento dell'azione che possa essere utilizzata nel caso in esame. È poi necessario che il ricorrente fornisca la prova che i criteri per l'applicazione di tale fondamento dell'azione siano rispettati.

Quest'ultimo requisito richiede che il ricorrente dimostri, oltre ai requisiti ordinari dell'illecito in questione, che sono state soddisfatte anche altre condizioni specifiche per l'imputazione di quel particolare illecito agli enti pubblici. Quindi, per fare un esempio, molte delle azioni nei casi ipotetici riguardano una perdita puramente economica. I tribunali britannici sono stati cauti nell'imporre una tale responsabilità nelle azioni tra privati, e questa cautela aumenta quando la controparte nel giudizio è un ente pubblico che svolge funzioni di regolazione. Per fare un altro esempio, la disciplina generale sulla negligenza richiede che il ricorrente dimostri che l'imposizione di un obbligo di diligenza era equa, giusta e ragionevole tenuto conto di tutte le circostanze del caso. Tuttavia, soddisfare questa condizione diventa notevolmente più complesso e difficile quando la controparte è un ente pubblico, come dimostrato dalla giurisprudenza. Si consideri a questo proposito la seguente dichiarazione di principio di Lord Reed in una recente causa davanti alla Corte Suprema¹:

“Ne consegue (1) che le autorità pubbliche possono essere tenute a rispettare l'obbligo di diligenza in circostanze in cui i principi applicabili ai privati imporrebbero un tale obbligo, a meno che quest'ultimo non sia in contrasto con la legislazione da cui derivano le loro attribuzioni, e non siano quindi tenute a rispettarlo; (2) che, secondo la *common law*, alle autorità pubbliche non è imposto l'obbligo di diligenza per il solo fatto che esse hanno poteri o doveri previsti dall'ordinamento anche se, esercitando le

¹ Corte Suprema del Regno Unito, 6 giugno 2019, *Poole Borough Council v. GN*, par. 66.

Paul Craig

loro funzioni previste dalle norme, le autorità potrebbero evitare che una persona subisca un danno; e (3) che, sempre secondo i principi della *common law*, le autorità pubbliche possono essere soggette a un dovere di tutela dalla produzione di un danno in circostanze in cui i principi applicabili a soggetti o enti privati imporrebbero tale dovere, come ad esempio nel caso in cui l'autorità abbia creato la fonte di pericolo o si sia assunta la responsabilità di proteggere il ricorrente da un danno, a meno che l'imposizione di tale dovere non sia in contrasto con la legislazione applicabile”.

La realtà è che la modifica delle ragioni che si pongono a sostegno dell'azione nei casi in cui la controparte è un ente pubblico ha fatto sì che esse siano più difficili da soddisfare rispetto al caso in cui la stessa azione venga intrapresa tra privati. Ciò è vero non solo in relazione al *tort of negligence*, che è il motivo più ricorrente, ma anche per la violazione dei doveri imposti dal diritto, per le turbative e il principio posto da *Rylands c. Fletcher*. Inoltre, i tribunali hanno interpretato in modo restrittivo la responsabilità per danni ai sensi dello *Human Rights Act* del 1998 e hanno dato una lettura restrittiva all'unico illecito specifico degli enti pubblici, cioè quello dell'abuso d'ufficio.

Austria, Germania e Svizzera

*Angela Ferrari Zumbini e Otto Pfersmann**

Abstract e parole chiave

Il presente capitolo intende mettere in evidenza i tratti comuni e distintivi della responsabilità degli enti pubblici in Austria, Germania e Svizzera. Nella prima parte, sono illustrati i tratti comuni e quelli distintivi di fondo, insieme alle disposizioni costituzionali di riferimento. Nella seconda parte, viene effettuata un'analisi comparativa considerando gli esiti specifici dei casi ipotetici nei tre Paesi. In particolare, il capitolo si concentra su tre tipi di azioni amministrative che possono determinare la produzione di danni, ossia le decisioni autoritative come le sanzioni, la revoca di un precedente beneficio e un comportamento materiale. Nella terza parte, l'analisi comparativa viene condotta su questioni trasversali, considerando le scelte istituzionali. L'analisi mostra che i risultati possono essere diversi, considerando non solo le condizioni per il riconoscimento dei danni e il loro ammontare, ma anche per il primato dei rimedi alternativi, come l'annullamento.

Parole chiave: ricorsi o reclami amministrativi, tratti comuni e distintivi, disposizioni costituzionali sulla responsabilità della pubblica amministrazione, danni, giurisdizione, tribunale amministrativo e ordinario, rimedi

I. Introduzione

I tre ordinamenti giuridici selezionati per questa analisi comparativa presentano molti punti in comune e alcuni tratti distintivi.

* I paragrafi I.B, II, VI.B, VI.C sono stati scritti in collaborazione tra i due co-autori. Angela Ferrari Zumbini è l'autrice degli altri paragrafi.

A. Punti in comune di fondo

Innanzitutto, dal punto di vista istituzionale, si tratta di Stati federali. Ciò implica che in tutti e tre i Paesi esistono diversi regimi di responsabilità delle autorità pubbliche, uno stabilito a livello federale per quanto riguarda le autorità federali, e molti altri a livello di Länder e di Cantoni, per quanto riguarda le autorità locali. In termini generali, gli ordinamenti federali e locali sono tra loro coerenti (in Svizzera, ogni Cantone ha una disposizione costituzionale o legislativa che rende la responsabilità del governo cantonale uniforme all'art. 146 della Costituzione federale), ma tali ordinamenti possono anche differire in alcuni aspetti importanti (nella stessa Svizzera, sebbene vi sia un'unica giurisdizione per l'annullamento e il risarcimento dei danni a livello federale, nel Cantone di Ginevra esiste una doppia giurisdizione, divisa tra tribunali amministrativi e ordinari).

In secondo luogo, dal punto di vista dell'influenza sovranazionale, i tre Stati sono tutti firmatari della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) (la Germania ha aderito nel 1953, l'Austria nel 1958, la Svizzera nel 1974). Questa circostanza comune li ha sottoposti alla giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e li obbliga a rispettare la Convenzione, favorendo lo sviluppo di alcuni principi comuni.

In terzo luogo, per quanto concerne la dottrina, tutti e tre gli Stati partecipano con propri membri alla *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre* fin dalla sua fondazione nel 1922. Il fondatore di questa associazione ha cercato di riunire gli studiosi di diritto pubblico di lingua tedesca, pertanto l'Austria e la Svizzera tedesca ne facevano parte e ne fanno parte tuttora¹.

Infine, come si è detto, i tre Paesi condividono una lingua comune, se si considera la Svizzera tedesca, ed è noto che la lingua è un elemento fondamentale da considerare quando si confrontano i concetti giuridici².

¹ M. STOLLEIS, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bemerkungen zu ihrer Geschichte*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1997, 80, pp. 339-58.

² Tra i lavori più recenti, si veda V. GROSSWALD CURRAN, *Comparative law and language*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2° ed., OUP, 2019. In generale, in merito al

B. Tratti distintivi di fondo

La possibilità di considerare lo Stato capace di causare un danno quando agisce in modo illegittimo attraverso i suoi organi *competenti* e quindi tenuto a risarcire la parte lesa è stata riconosciuta pienamente solo in tempi relativamente recenti e ha portato a differenti impostazioni e assetti nella prassi. Mentre, ad esempio, l'ordinamento francese affida questo compito ai tribunali amministrativi, l'Austria e la Germania hanno scelto – talvolta dopo qualche esitazione – di rimettere tali controversie alla giurisdizione civile. I tribunali civili applicano il Codice Civile generale (c.c.) in relazione alla natura e al grado del danno, sebbene la condotta illecita sia stata posta in essere nella forma di atti amministrativi adottati svolgendo il procedimento amministrativo previsto.

La responsabilità delle pubbliche amministrazioni nei tre sistemi qui considerati è una specie all'interno della categoria della responsabilità in generale, e sono necessarie specifiche disposizioni costituzionali per stabilire il principio secondo cui le richieste di risarcimento contro lo Stato (sia esso la Federazione o gli enti decentrati) sono giuridicamente possibili in base a un regime generale oppure speciale. Le procedure di risarcimento del danno e quelle interne all'amministrazione devono quindi essere rigorosamente distinte. Per quanto riguarda le prime, solo il principio di base e il riparto di competenza sono di natura costituzionale, e persino la distinzione dei gradi di responsabilità e i procedimenti stessi appartengono al diritto civile della responsabilità: qualsiasi risarcimento dei danni al danneggiato è subordinato al principio generale della colpevolezza, quindi "il dolo o la colpa grave" implicano la possibilità di rivalersi nei confronti dell'organo che agisce in modo illegittimo, mentre la semplice illegittimità implica che lo Stato farà ricorso contro un organo che causa un danno allo Stato stesso (commi 2 e 3 dell'art. 23 della Costituzione federale austriaca). In tutti i casi (Austria, Germania, Svizzera), la Costituzione integra alcuni elementi del c.c.

Naturalmente, quando si confrontano sistemi giuridici diversi

ruolo del linguaggio nella teoria giuridica, il contributo di H.L.A. HART, *The concept of law*, Clarendon Press, OUP, 1961, è tutt'oggi fondamentale.

emergono molte differenze, alcune delle quali possono essere di natura più profonda, mentre altre sono più superficiali. I tre Stati selezionati per questo confronto presentano almeno un tratto distintivo fondamentale, ovvero il loro rapporto con l'Unione europea. Mentre la Germania è stata uno degli Stati fondatori, l'Austria ha aderito solo nel 1995 e la Svizzera non fa parte dell'Unione. Questa distinzione è fondamentale non solo da un punto di vista generale, ma anche da un punto di vista molto specifico, in quanto la responsabilità pubblica è una materia che è stata profondamente influenzata dal diritto europeo.

L'articolo 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) (nella sua versione originale, l'ex articolo 288 del Trattato che istituisce la Comunità economica, TCE) stabilisce che "l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni". Questa disposizione ha favorito l'evoluzione e l'individuazione dei "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri" in materia di responsabilità delle autorità pubbliche. È quindi di particolare interesse esaminare e confrontare la responsabilità delle pubbliche amministrazioni in tre Paesi con molti punti in comune, ma con la fondamentale differenza dell'appartenenza all'Unione (membro fondatore, membro entrato negli anni Novanta e non membro).

Tra i principi cardine collegati all'appartenenza all'Unione europea vi è proprio la responsabilità dello Stato per la violazione del diritto europeo direttamente applicabile da parte dei suoi organi. A differenza della responsabilità derivante dalla violazione del diritto nazionale, la violazione del diritto dell'UE non è condizionata alla sussistenza della colpa. La violazione delle norme europee è un fatto oggettivo, ma resta da verificare se uno Stato membro disponga di una discrezionalità significativa e se l'illecito in questione abbia effettivamente causato il danno denunciato. Sia in Austria che in Germania, sono sempre i tribunali ordinari ad avere la giurisdizione sulle domande di risarcimento e applicano le norme sostanziali in materia di responsabilità stabilite dal c.c. La Svizzera è ovviamente esente da questo tipo di responsabilità, ma la Confederazione svizzera è responsabile, ai sensi

dell'articolo 19a della sua Legge sulla responsabilità (*Verantwortungsgesetz*), “del danno causato illecitamente a terzi da una persona al servizio della Confederazione o di un Cantone in seguito all'utilizzazione del Sistema d'informazione Schengen”³. Anche in questo caso è l'oggettiva illegittimità di un atto a far scattare la responsabilità.

Le caratteristiche comuni (base costituzionale, concretizzazione legislativa, competenza dei tribunali civili e diritto sostanziale della responsabilità civile) prescindono dall'appartenenza all'UE. Tutti e tre gli Stati possono modificare il principio fondamentale della responsabilità dello Stato, della competenza e del diritto sostanziale, indipendentemente dalla loro relazione con l'UE. Ciò che i due Stati membri in questione non possono modificare è l'obbligo di dare piena attuazione all'articolo 340, paragrafi 1 e 2, del TFUE come diritto primario direttamente applicabile, mentre la Svizzera è tenuta a rispettare solo specifici vincoli convenzionali con l'Unione, come quelli derivanti dall'adesione al Sistema Schengen. Il fatto che uno Stato sia un membro fondatore o abbia aderito successivamente all'UE non fa alcuna differenza (salvo che nel caso in cui un nuovo trattato introduca in futuro una differenza tra gli Stati membri, il che non è molto probabile). Se uno Stato europeo non appartenente all'Unione aderisce alla stessa, i principi dell'articolo 340 del TFUE si applicheranno indistintamente – anche in questo caso, sembra altamente improbabile che un nuovo membro ottenga in questo senso un trattamento preferenziale all'atto di adesione. Se uno Stato lascia l'Unione, queste regole cessano di essere applicate in conformità al trattato che stabilisce le condizioni di uscita.

II. Disposizioni costituzionali sulla responsabilità degli enti pubblici

L'articolo 23 della Costituzione federale austriaca del 1920

³ *Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG)* del 14 marzo 1958 (al 1 gennaio 2020).

stabilisce che: “La Federazione, i Länder, i Distretti, i Comuni e gli altri enti ed istituti di diritto pubblico rispondono per i danni a chiunque arrecati con un comportamento illecito, anche se colposo, dalle persone che agiscono come loro organi in esecuzione di leggi”.

L’articolo 34 della Legge fondamentale della Repubblica Federale Tedesca del 1949 stabilisce che: “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 principale, ricade sullo Stato o sull’ente in cui egli presta servizio. In caso di dolo o di colpa grave può essere fatto valere il diritto di rivalsa. Per quanto concerne il diritto al risarcimento dei danni e il diritto di rivalsa non può mai essere esclusa l’azione di fronte alla giurisdizione ordinaria”.

Infine, l’articolo 146 della Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 1999 stabilisce che “La Confederazione risponde dei danni illecitamente causati dai suoi organi nell’esercizio delle attività ufficiali”. La Costituzione ha recepito a livello costituzionale i principi già espressi dalla Legge sulla responsabilità amministrativa del 1958. Tutti i cantoni hanno una legge costituzionale o una legge che prevede una responsabilità delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell’articolo 146.

Nel caso dell’Austria e della Germania, anche la responsabilità statale per le violazioni del diritto europeo ha una base costituzionale (art. 23 della Grundgesetz, Legge costituzionale sull’appartenenza della Repubblica austriaca all’Unione europea BGBl 744/1994). Poiché tale base costituisce anche il limite della diretta applicabilità e del primato, può occasionalmente sorgere la necessità di stabilire fino a che punto il diritto dell’Unione sia concretamente integrato nel diritto interno e in quali circostanze gli Stati membri possano sostenere che un atto dell’Unione sia *ultra vires* e quindi non possa far sorgere alcuna responsabilità.

I concetti chiave sono simili: la responsabilità è legata alla “illecità” (Austria e Svizzera) e alla “violazione del dovere” (Germania); il danno deve essere stato causato dal comportamento o dagli atti di un pubblico ufficiale “nell’esercizio di attività ufficiali” (Svizzera), “nell’esecuzione delle leggi” (Austria) e “nell’esercizio di una funzione pubblica affidatagli” (Germania).

Vi sono, tuttavia, alcune differenze importanti; per esempio, nella Costituzione austriaca vi è un riferimento esplicito alla “colpevolezza”, mentre questa non è normalmente richiesta nel diritto svizzero, e il grado di colpa nella *Grundgesetz* tedesca è rilevante solo per quanto riguarda il diritto di regresso. La Costituzione tedesca è anche l’unica a contenere una disposizione relativa alla giurisdizione in materia di risarcimento dei danni. Nel caso austriaco, possiamo osservare un’interessante commistione di concezioni: l’illecito è valutato in relazione ai requisiti amministrativi applicabili; la colpevolezza è accertata in relazione alle categorie di responsabilità stabilite dal c.c. In Austria, la “colpevolezza” è richiesta per distinguere tra la responsabilità delle persone che agiscono in veste ufficiale causando danni a “chiunque” – per cui è richiesta la colpevolezza – e le azioni che causano danni allo Stato e ai suoi enti decentrati, per cui non è richiesta la colpevolezza.

III. Licenziamento senza preavviso e audizione

Il licenziamento di un dipendente pubblico per condotta scorretta è un esempio paradigmatico per analizzare la responsabilità dell’autorità pubblica derivante da decisioni autoritative, ossia da sanzioni.

In Germania, il caso deve essere risolto applicando sia norme specifiche del settore (le disposizioni che regolano i procedimenti disciplinari dei dipendenti pubblici) sia le norme generali sul procedimento amministrativo. Il *Bundesdisziplinargesetz* prevede due requisiti procedurali fondamentali per il licenziamento, che sono stati disattesi dall’autorità pubblica: il diritto a un’audizione preventiva e un’indagine accurata che deve comprendere anche l’acquisizione di prove a discarico. Sebbene entrambi i requisiti siano stati chiaramente ignorati nel caso 1 del questionario, a esso si applicano comunque anche le norme del diritto amministrativo generale. Ciò determina due importanti conseguenze. In primo luogo, l’autorità potrebbe rimediare a entrambi i vizi procedurali prima della conclusione del giudizio, sanando il procedimento amministrativo e impedendone così l’annullamento. In secondo luogo, i vizi procedurali di per sé non sono sufficienti ad an-

nullare il provvedimento di licenziamento se non hanno influito sul risultato, nel senso che non sarebbe stata adottata una decisione diversa se anche Maurice fosse stato ascoltato e l'indagine fosse stata accurata.

Se Maurice riuscirà a impugnare con successo il suo licenziamento, gli verranno restituiti tutti gli stipendi persi, anche se senza interessi (se non è un dipendente pubblico, ma un dipendente a contratto nell'ambito del pubblico impiego, gli verranno corrisposti anche gli interessi). È improbabile che gli venga riconosciuto un risarcimento per il danno alla reputazione, poiché una controdiagnosi pubblica sembra più adatta a ripristinare la sua reputazione, mentre il risarcimento monetario è sussidiario. Sarà inoltre risarcito per il danno emergente ossia per le spese reali sostenute durante la ricerca di un nuovo lavoro.

Va notato che, poiché esistono norme espresse che regolano il caso, il giudice tedesco non farà riferimento all'articolo 6 della CEDU.

L'Austria ha una cornice giuridica simile, anche se le soluzioni sono diverse per alcuni aspetti. Le leggi nazionali applicabili sono due: la legge federale di settore sul pubblico impiego e la legge sul procedimento amministrativo generale (APA). La legge settoriale ha una disposizione esplicita che stabilisce che l'APA è "sussidiario" nei procedimenti disciplinari. Entrambe le leggi stabiliscono chiaramente che la parte interessata deve avere il diritto di essere ascoltata. A differenza della soluzione tedesca, anche se esistono norme espresse che regolano il caso, i provvedimenti disciplinari contro i dipendenti pubblici rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 6 della CEDU, a cui il tribunale farà riferimento, garantendo a Maurice un'audizione pubblica davanti al tribunale anche se il codice di procedura non lo richiede.

Il tribunale amministrativo non solo annullerà la decisione alla luce della violazione di alcune disposizioni fondamentali (il diritto di essere ascoltati e il dovere di svolgere le indagini necessarie), ma probabilmente deciderà anche il caso nel merito. In Austria, l'annullamento dell'atto e il rinvio all'autorità devono costituire l'eccezione alla regola, mentre il tribunale generalmente decide il caso nel merito se i fatti rilevanti sono chiari (il tribunale può anche indagare ulteriormente e determinare da solo i fatti rilevanti).

Se le ulteriori indagini rivelano che le accuse contro Maurice sono infondate, egli potrà risultare vincitore.

È probabile che un'azione civile per danni sia accolta, poiché l'autorità ha disatteso una disposizione sostanziale, ossia il diritto dell'interessato a essere ascoltato. Poiché tale diritto è chiaramente sancito dalla legge, l'autorità può essere accusata di un'omissione illegittima. In caso di dolo o colpa grave, Maurice sarà risarcito sia per il danno emergente che per il lucro cessante (compresi gli stipendi persi, le spese per compensare il danno, le spese sostenute per cercare un nuovo lavoro e la perdita di nuove opportunità di guadagno). Tuttavia, non è previsto alcun risarcimento per la reputazione compromessa.

La cornice giuridica svizzera presenta alcune differenze più evidenti, che portano a soluzioni parzialmente divergenti. Partendo dal quadro giuridico, il diritto all'audizione è sancito non solo dalla Legge sul procedimento amministrativo del 1968, ma anche dall'articolo 29 II della Costituzione federale. La legge settoriale pertinente al caso non è una legge che riguarda i procedimenti disciplinari dei dipendenti pubblici, ma la legge sulla responsabilità amministrativa (che regola quindi solo le condizioni per il risarcimento dei danni, ma non stabilisce le procedure appropriate per il licenziamento, per il quale si applicano gli standard generali della legge sul procedimento amministrativo). La mera illegittimità della decisione che ha causato il danno non è sufficiente per la concessione del risarcimento. Anche se la legge non richiede la "colpa" come condizione per la responsabilità amministrativa, essa è stata reintrodotta dalla giurisprudenza, che richiede alla parte lesa di dimostrare che il funzionario "ha violato un dovere fondamentale del suo ufficio".

Per quanto riguarda i danni da risarcire, una differenza di primaria importanza concernente la retribuzione è che Maurice può chiedere la sospensione del licenziamento e, se questa viene concessa, riceverà lo stipendio per tutta la durata del processo. Pertanto, se il licenziamento si dimostra illegittimo, egli potrà chiedere un risarcimento per il danno effettivo subito (come le spese sostenute per la ricerca di un nuovo lavoro). Egli può chiedere altresì un risarcimento per la reputazione compromessa, se riesce a dimostrare la colpa del soggetto che ha commesso

l'illecito. Un'altra differenza interessante si verifica se il licenziamento non è sospeso. In questo caso, se si dimostra che il licenziamento è illegittimo, il tribunale concederà un risarcimento, il cui ammontare è generalmente compreso tra i sei mesi e un anno di stipendio. Inoltre, in questo caso, il danno alla reputazione e le spese sostenute per la ricerca di un nuovo lavoro saranno considerate "circostanze" rilevanti per determinare l'importo del risarcimento da assegnare, e non come una singola voce da includere nel risarcimento.

IV. Revoca di una licenza *inaudita altera parte*

Può essere interessante analizzare come viene interpretata la responsabilità dell'autorità pubblica quando il medesimo vizio procedimentale (l'omissione del diritto all'audizione) si verifica nella revoca di un precedente beneficio (concessione o licenza), come discusso nel caso 7 del questionario.

Il quadro giuridico e l'esito in Svizzera sembrano simili a quelli del caso 1. Il diritto all'audizione è sancito sia dalla Legge sul procedimento amministrativo che dalla Costituzione, e il ricorso al tribunale avrà normalmente effetti sospensivi, impedendo così alla signora Tramp di subire un danno. La signora continuerà a gestire il suo chiosco mentre si svolge il processo in tribunale, e non sembra probabile che si verifichino altri danni.

Anche in Austria la normativa di riferimento sarà la Legge sul procedimento amministrativo, che considera il diritto di essere ascoltati come un requisito fondamentale per i procedimenti amministrativi. È quindi probabile che la signora Tramp ottenga l'accoglimento del suo ricorso e che il tribunale amministrativo decida il caso nel merito, non limitandosi ad annullare il provvedimento. In questo caso, l'annullamento del provvedimento è il presupposto per la decisione sulla concessione del risarcimento dei danni in sede civile. Anche in questo caso il risarcimento dipenderà dal grado della colpa. Se la revoca illegittima è avvenuta con dolo o colpa grave, la signora Tramp può chiedere non solo il *damnum emergens*, ma anche il *lucrum ces-*

sans (comprese le occasioni perdute di generare più reddito, sulla base di un contratto o di un'offerta).

Anche la legge tedesca sul procedimento amministrativo prevede che l'autorità ascolti la parte interessata prima di adottare un provvedimento che possa avere effetti restrittivi della sua sfera giuridica. Come in Svizzera, la parte interessata deve presentare un'azione di annullamento, che di norma ha effetti sospensivi, impedendole di subire un danno. Se la sua richiesta viene accolta, nella successiva causa civile la parte può chiedere solo il risarcimento di quel danno che ha subito e che non avrebbe potuto essere evitato con il rimedio (ad esempio, il danno che si è verificato prima che l'azione potesse essere presentata). È interessante notare che la signora Tramp può chiedere un risarcimento anche se il tribunale amministrativo ritiene giustificabile la revoca: può, infatti, chiedere un risarcimento per la frustrazione del suo legittimo affidamento.

V. Coercizione fisica: un poliziotto violento

È utile confrontare la responsabilità derivante da un atto fisico piuttosto che da un atto giuridico – una questione che viene affrontata nel caso 11 del questionario.

Nel caso dell'agente di polizia violento, anche se esiste un nucleo comune di disposizioni fondamentali, emergono importanti differenze.

Il nucleo comune riguarda due aspetti: un elemento chiave per la valutazione della responsabilità e l'ammontare dei danni che probabilmente verranno riconosciuti.

Per quanto riguarda l'elemento chiave per la valutazione della responsabilità, in tutti e tre i Paesi si può presumere l'illegittimità dell'azione amministrativa della polizia senza che siano necessarie ulteriori e complesse indagini. Le ragioni per cui si può presumere l'illegittimità sono tuttavia diverse: in Austria e Germania l'assenza di un avvertimento prima dell'uso della forza gioca un ruolo rilevante, così come l'evidente sproporzione della risposta utilizzata dall'agente di polizia; in Svizzera un ruolo centrale è giocato dalla violazione delle linee guida stabilite dal Dipartimento di Polizia.

Per quanto riguarda i danni che probabilmente verranno riconosciuti, in tutti e tre i Paesi essi copriranno il danno emergente (soprattutto le spese mediche) e il trauma subito da Agatha.

Passando alle caratteristiche distintive, si è già accennato alle ragioni che fanno presumere l'illegittimità del comportamento degli agenti. Inoltre, le condizioni in materia di responsabilità per l'uso della forza nelle azioni di polizia sono diverse rispetto a quelle della responsabilità generale dell'autorità pubblica e tali differenze riguardano vari aspetti. Ad esempio, in Austria in questo caso si può ipotizzare la colpa dell'agente, mentre in Germania la colpevolezza non è affatto necessaria.

Un ulteriore aspetto presenta una precisa importanza: il comportamento di Agatha nel resistere alla richiesta dell'agente è rilevante in Germania e comporta una riduzione del risarcimento, mentre è irrilevante in Austria.

Infine, l'ammontare dei danni riconosciuti potrebbe essere diverso nei tre Stati. In Germania, il comportamento di Agatha comporterà una riduzione nel risarcimento rispetto al nucleo comune (per quanto concerne, in particolare, le spese mediche e il dolore subito). In Svizzera, si avrà una maggiorazione rispetto al nucleo comune a causa della perdita della capacità lavorativa di Agatha. In Austria, il risarcimento includerà anche il lucro cessante e la perdita di qualsiasi reddito o introito in futuro se Agatha non è più in grado di svolgere attività per ricavarne un guadagno.

VI. Alcune questioni trasversali

A. Il riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e tribunali amministrativi

A livello federale, in Svizzera, i tribunali amministrativi sono competenti per l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo e per il risarcimento dei danni. Tuttavia, queste due azioni sono portate avanti in due procedimenti diversi, per cui il ricorrente deve intentare due cause diverse e susseguenti, anche se saranno esaminate dallo stesso tribunale (la parte lesa deve impugnare l'atto davanti al giudice amministrativo e, se questo viene annullato, può presentare una richiesta di risarcimento del danno

al Ministero federale delle Finanze, la cui decisione può essere impugnata presso il giudice amministrativo). In alcuni cantoni (come quello di Ginevra), il procedimento per l'accertamento dell'illegittimità e quello per il risarcimento dei danni non solo sono distinti e successivi, ma si svolgono altresì dinanzi a giudici diversi (il giudice amministrativo per l'illegittimità e il giudice civile per il risarcimento del danno, con quest'ultimo che è vincolato alla decisione del giudice amministrativo sull'illegittimità).

In Austria, i due casi (annullamento e risarcimento del danno) non generano solo due diversi processi, ma sono anche collegati a due giurisdizioni diverse. Mentre la decisione sull'illegittimità di un provvedimento amministrativo è attribuita esclusivamente ai tribunali amministrativi, il risarcimento del danno è considerato una questione civile ed è affidata esclusivamente alla giurisdizione del giudice civile. Tuttavia, non è necessariamente prevista una pregiudiziale amministrativa sull'illegittimità del provvedimento.

In Germania, la situazione è una combinazione delle due precedenti: esiste sia una distinzione della giurisdizione, come in Austria (i tribunali amministrativi hanno giurisdizione sull'annullamento dei provvedimenti amministrativi illegittimi, mentre i tribunali civili sul risarcimento del danno), sia la necessità di una decisione amministrativa preliminare, come in Svizzera.

La ripartizione della giurisdizione non è omogenea tra i tre Paesi, in quanto la giurisdizione è separata in Austria e Germania ed è invece unica in Svizzera. Tuttavia, anche quando i tribunali amministrativi hanno giurisdizione su entrambe le azioni (annullamento e risarcimento del danno), queste devono essere presentate in due procedimenti distinti e successivi, a differenza di altri Stati con giurisdizione unica, dove le due azioni possono essere presentate congiuntamente (come in Italia).

B. Responsabilità per errori o vizi procedurali? Le semplici violazioni del procedimento determinano sempre una responsabilità delle pubbliche amministrazioni?

In Svizzera, l'illegittimità del provvedimento è in linea di principio sufficiente a garantire il risarcimento del danno causato in conseguenza di esso. Ciò significa che in generale non è necessario provare la colpa dell'autore dell'illecito. Tuttavia, in alcuni

casi, la definizione di illegittimità, così come interpretata dai giudici, implica l'esistenza di una colpa. La Legge federale sulla responsabilità della Confederazione, dei membri delle autorità federali e dei funzionari federali (Legge sulla responsabilità) non richiede la colpa come condizione per la responsabilità amministrativa (essa è esplicitamente richiesta solo per concedere i danni morali per lesione della reputazione). Ma nelle loro sentenze, i giudici richiedono che la persona danneggiata dimostri che il funzionario abbia violato "un dovere fondamentale del suo ufficio", interpretando questo requisito come una condotta illegittima o irregolare intenzionale o negligente, e quindi reintroducendo la colpa attraverso il diritto giurisprudenziale. Nei procedimenti per il risarcimento dei danni, il giudice è vincolato alla decisione del tribunale amministrativo sull'illegittimità dell'atto, come chiaramente indicato nell'articolo 12 della Legge sulla responsabilità: "In un procedimento per responsabilità, non può essere riesaminata la legittimità di provvedimenti, decisioni e sentenze cresciuti in giudicato".

In Austria, invece, la responsabilità richiede, oltre all'illegittimità, la "colpevolezza" ai sensi del Codice Civile austriaco. Si tratta, comunque, di una condizione sufficiente per determinare la responsabilità di una persona che agisce in veste ufficiale per lo Stato stesso.

In Germania si riconosce una netta primazia alla tutela giuridica primaria, il che significa che la tutela più efficace consiste nell'annullamento dei provvedimenti illegittimi. Inoltre, si applicano le norme generali del procedimento amministrativo. Ciò comporta che i meri errori procedurali possono essere sanati dall'autorità prima della conclusione del giudizio. Inoltre, questi ultimi, pur se non sanati, non comportano l'annullamento del provvedimento se non hanno influenzato il risultato della decisione.

C. Formanti giuridici: costituzione e legislazione

Tutti e tre i Paesi hanno sia una disposizione costituzionale in tema di responsabilità dell'autorità pubblica, sia alcune norme legislative che disciplinano la materia in modo più dettagliato. Tuttavia, la natura degli atti legislativi e il rapporto tra i due livelli della normativa sono diversi.

Oltre alla disposizione costituzionale del 1920, in Austria esiste anche una “Legge federale sulla responsabilità degli enti territoriali e di altri enti e istituzioni di diritto pubblico per i danni causati nell’attuazione della legge”, promulgata nel 1949, che disciplina in modo più dettagliato la responsabilità delle pubbliche amministrazioni. In Svizzera, la sequenza temporale tra la disposizione costituzionale e la legislazione è inversa: la Legge sulla responsabilità è stata promulgata nel 1958, mentre la norma costituzionale sulla responsabilità delle amministrazioni pubbliche è stata introdotta solo nel 2000, consolidando così la responsabilità della Confederazione a livello costituzionale. In Germania, come in Svizzera, la disposizione legislativa ha preceduto la *Grundgesetz*, ma la natura della norma è diversa, in quanto la base legislativa della responsabilità amministrativa è il paragrafo 839 del Codice Civile del 1900.

Dunque, il legislatore tedesco ha stabilito nella Costituzione che la giurisdizione per la responsabilità della pubblica amministrazione spetta al giudice civile e ha inserito la relativa disposizione legislativa nel Codice Civile. Anche il legislatore austriaco ha stabilito nell’articolo 1 della Legge federale sulla responsabilità degli enti pubblici che questi ultimi “rispondono ai sensi delle disposizioni di diritto civile”. Questa disposizione distingue tra sistemi come quello austriaco e sistemi di giustizia amministrativa come quello francese, dove le questioni di legittimità e quelle relative alla responsabilità degli enti pubblici sono entrambe trattate dallo stesso giudice (amministrativo) secondo norme processuali diverse. Il modello austriaco ritiene che i problemi di responsabilità attengano non solo al diritto civile sostanziale, ma anche alla giurisdizione propria del tribunale civile, in quanto organo del tutto indipendente dalle autorità amministrative e quindi ritenuto in grado di decidere con assoluta imparzialità. È inoltre da notare che sia la giurisdizione sia la disciplina sostanziale sono disciplinati ai più alti livelli della gerarchia legale. Ciò significa che la regola sulla competenza e sulla disciplina sostanziale è affidata al diritto pubblico, mentre la sua applicazione concreta è assegnata al diritto privato (cioè in conformità con il Codice Civile e con i tribunali civili).

Infine, tutti e tre i Paesi hanno una legge generale sul proce-

dimento amministrativo. L'Austria è stato il primo Paese a emanare una tale legge nel 1925; la Svizzera ha seguito l'esempio nel 1968 e la Germania l'ha introdotta nel 1976. Tutte queste leggi sul procedimento amministrativo contengono un requisito specifico riguardante il diritto ad essere ascoltati prima dell'emanazione di un atto.

VII. Conclusioni

In questa sezione conclusiva si possono formulare tre osservazioni di carattere generale.

In primo luogo, le decisioni amministrative che violano i requisiti stabiliti dalla legge non sempre determinano la responsabilità della pubblica amministrazione, poiché occorre che siano soddisfatte anche altre condizioni.

Un altro aspetto importante riguarda il rapporto con i rimedi amministrativi: è prevista una pregiudiziale amministrativa prima di avviare un'azione per il risarcimento del danno?

In Svizzera, se i danni sono causati da un atto materiale, la persona danneggiata può chiedere immediatamente il risarcimento senza alcun procedimento preliminare. Al contrario, se i danni sono causati da un atto giuridico (ad esempio un provvedimento amministrativo), è necessario contestarne la legittimità entro il termine previsto per la presentazione di un ricorso prima di richiedere il risarcimento del danno. Se il tribunale convalida l'atto in questione, non sarà possibile chiedere il risarcimento del danno.

Una decisione preliminare di questo tipo non è necessaria in Austria, dove la parte lesa può (generalmente) presentare una domanda di risarcimento del danno a prescindere da una precedente azione di annullamento o da un altro ricorso a un tribunale amministrativo. Tuttavia, questa disgiunzione tra la domanda di risarcimento del danno e l'azione di annullamento presenta alcuni importanti limiti: in primo luogo, la parte lesa è obbligata a minimizzare il danno subito, e ciò implica che il risarcimento non sarà dovuto se avesse potuto essere evitato mediante la presentazione di un ricorso amministrativo; in secondo luogo, prima di ri-

volgersi al giudice per il risarcimento del danno, la parte deve informare l'autorità amministrativa in merito a tale intenzione, chiedendole se essa sia disposta a liquidare i danni o meno. Se la parte è soddisfatta della proposta dell'autorità, può semplicemente accettarla, altrimenti può rivolgersi al tribunale. È interessante notare che l'omissione di tale richiesta preliminare non rende inammissibile la domanda di risarcimento, ma se l'amministrazione riconosce di aver causato il danno nel corso del giudizio, quest'ultima può chiedere il rimborso delle spese processuali.

In Germania vige il principio del primato della tutela giuridica primaria, il che significa che l'annullamento dei provvedimenti amministrativi illegittimi è la prima e più efficace forma di tutela.

Infine, in Svizzera e in Austria solo lo Stato è responsabile nei confronti delle parti lese, che possono citare in giudizio lo Stato stesso e presentare una domanda di risarcimento del danno nei confronti di esso. I funzionari statali non sono responsabili nei confronti della parte lesa, ma lo Stato può successivamente presentare un'azione contro il funzionario se la sua colpa non è lieve (Svizzera), o se questi ha agito con dolo o grave negligenza (Austria).

Ungheria, Polonia e Romania

Giacinto della Cananea

Abstract e parole chiave

Questo capitolo mette a confronto i regimi di responsabilità amministrativa di Ungheria, Polonia e Romania. Va sottolineato che dopo il 1989 tutti questi Paesi hanno modificato le proprie costituzioni, che ora disciplinano la responsabilità amministrativa da fatto illecito in modo diverso dal passato. Non solo esse ammettono la responsabilità della pubblica amministrazione, ma stabiliscono anche principi generali al riguardo, sebbene configurino in modo diverso il diritto al risarcimento. Vi sono invece alcune differenze rilevanti nelle norme relative al procedimento amministrativo. In particolare, a differenza di Ungheria e Polonia, la Romania non ha un codice del procedimento amministrativo. Tuttavia, la questione empirica cruciale è se questi Paesi applicherebbero soluzioni uguali o simili alle questioni sollevate dai casi ipotetici. Nonostante la Convenzione europea dei diritti dell'uomo influenzi i tre ordinamenti giuridici, non sempre l'inosservanza dei vincoli procedurali, come il preavviso e l'audizione, è di per sé sufficiente a rendere illegittima l'azione amministrativa e, quindi, a far sorgere la responsabilità. Talvolta, i ricorrenti non riescono a ottenere un risarcimento per il mancato rilascio di licenze o per l'esercizio di un margine di discrezionalità nell'emanazione di provvedimenti generali o individuali. La ragione non è solo che le autorità amministrative godono di poteri discrezionali, ma anche che talvolta i tribunali sembrano riluttanti ad abbandonare l'idea che chi governa non possa essere ritenuto responsabile.

Parole chiave: ricorsi o reclami amministrativi, tratti comuni e distintivi, cambiamento costituzionale, disposizioni costituzionali sulla responsabilità amministrativa, giurisdizione, tribunali amministrativi e ordinari, formanti giuridici, legalità e responsabilità

I. Introduzione

L'analisi della responsabilità amministrativa in Ungheria, Polonia e Romania offre diversi spunti interessanti per la nostra ricerca sul "nucleo comune", poiché i due Paesi hanno cambiato le proprie costituzioni dopo il 1989, il che richiede una rapida digressione, e sono successivamente diventati membri dell'Unione europea. Si può, quindi, apprezzare il rapporto tra continuità e cambiamento.

II. Tre costituzioni post-1989

Fin dall'inizio è opportuno prendere in considerazione le costituzioni nazionali, perché esse "costituiscono" e limitano i poteri del governo, rappresentano il diritto superiore, sono impugnabili e svolgono un ruolo simbolico¹. Ciò non significa che le costituzioni scritte siano l'unica fonte di principi supremi. Anzi, a volte non esiste un vero e proprio documento scritto che si qualifichi come costituzione e, quando esiste, è spesso integrato dalla consuetudine. La Costituzione è comunque uno dei principali punti di partenza. Questo è, *a fortiori*, il caso dei tre sistemi giuridici selezionati per il confronto, poiché le loro costituzioni sono cambiate dopo il 1989, e lo hanno fatto come "*symbolic markers of a great transition*" nella vita politica². Ciò può aiutarci a comprendere le idee e le convinzioni sul diritto pubblico che modellano il quadro della responsabilità amministrativa. Le costituzioni socialiste erano basate sull'idea dell'immunità sovrana, sebbene attenuata dalla legislazione e dalla dottrina giuridica³. Al contrario, le nuove costituzioni disciplinano la responsabilità dell'amministrazione pubblica.

La nuova Costituzione ungherese (2011) presenta una precisa

¹ B. CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, (prima pubblicazione nel 1836) Sklatine, 1982, pp. 8-9.

² B. ACKERMAN, *The rise of world constitutionalism*, in *Va. L. Rev.*, 1997, 83, p. 771 e 778. Si veda anche J. ELSTER, *Constitutionalism in Eastern Europe: an introduction*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1991, 58, p. 447.

³ Cfr. R. WAGNER, *Recent developments in State liability in Poland*, in *A. J. C. L.*, 1972, 20, p. 247.

importanza sotto questo profilo. Il suo articolo XXIV (1) riproduce sostanzialmente la disposizione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea relativa al diritto a una buona amministrazione e specifica che tale diritto comprende l'obbligo di motivazione "secondo quanto stabilito dalla legge". La seconda parte della stessa disposizione stabilisce un criterio generale in materia di responsabilità amministrativa: "Ognuno ha diritto al risarcimento, a norma di legge, dei danni ingiusti causati da parte delle autorità nell'esercizio delle loro funzioni". Esiste quindi un legame tra trasparenza e responsabilità.

L'articolo 52 della Costituzione romena disciplina la materia in modo simile, anche se non identico. Esso ha un ambito di applicazione ampio, sul piano sia soggettivo che oggettivo. Dal punto di vista soggettivo, questa previsione costituzionale si applica a "qualsiasi persona lesa nei suoi diritti o interessi legittimi da un'autorità pubblica", una duplicità di situazioni giuridiche che riflette le clausole delle Costituzioni italiana e spagnola. Dal punto di vista oggettivo, la responsabilità sorge sia come conseguenza di un "provvedimento amministrativo" sia come "omissione di un'autorità pubblica" di adottare una risposta a un'istanza presentata da un individuo entro il termine previsto dalla legge. In questo caso, l'individuo ha una legittima pretesa a una decisione sul riconoscimento del diritto o dell'interesse legittimo fatto valere, all'annullamento del provvedimento e al risarcimento del danno. Tuttavia, la Costituzione specifica che "le condizioni e i limiti dell'esercizio di questo diritto sono regolati da una legge organica".

La Costituzione polacca fa un passo in più, perché l'articolo 77 configura il "diritto al risarcimento" in modo molto ampio. Questo diritto spetta a "tutti" e per "qualsiasi danno arrecato [...] da qualsiasi azione di un organo dell'autorità pubblica contraria alla legge" in senso lato. La Costituzione prevede un'ulteriore tutela dei diritti individuali, escludendo che il Parlamento abbia il potere di emanare leggi che "vietano a chiunque di presentare un ricorso al giudice per far valere la violazione di libertà o diritti". Di conseguenza, i contorni del diritto al risarcimento del danno non sono determinati dalla Costituzione stessa, ma sono rafforzati da una clausola che vieta qualsiasi immunità per ragioni processuali.

Due brevi considerazioni si ricavano da questa analisi. In primo luogo, anche se non tutti gli ordinamenti hanno quello che potrebbe essere concepito come un principio generale del danno o della responsabilità civile, questo è quanto avviene nei tre ordinamenti considerati, anche se bisogna accertare come i tribunali interpretano e applicano questo principio. In secondo luogo, tutte e tre le costituzioni stabiliscono chiaramente il rapporto tra responsabilità e illegittimità, nella misura in cui la prima presuppone la seconda. Resta tuttavia da vedere se una illegittimità, che si sostanzia nella violazione delle finalità della legge ovvero nel cattivo uso del potere, comporti di per sé una responsabilità per danni, il tipo dei danni che possano essere riconosciuti e come sia valutato il risarcimento.

III. Stessi problemi, stesse soluzioni?

L'ambiguità sorge quando si parla dello Stato. I diritti amministrativi europei si sono formati in un'epoca in cui la preoccupazione principale era limitare l'interferenza del governo (lo Stato "negativo") sui diritti e sulle libertà, mentre il XX secolo ha visto crescere le funzioni legate al *welfare* (lo Stato "positivo"), cioè al benessere, e si è anche registrato un maggior numero di persone che lavorano, in un modo o nell'altro, per lo Stato. Tutti questi volti del pubblico potere richiedono specifica attenzione.

A. Lo Stato come datore di lavoro

Il caso 1 riguarda il licenziamento nell'ambito di un procedimento in cui manca almeno un elemento essenziale del procedimento: il preavviso e l'udienza prima del licenziamento. È interessante vedere cosa succede in un gruppo di ordinamenti giuridici che hanno sperimentato una versione specifica dello "Stato onnipotente".

Consideriamo innanzitutto il quadro giuridico romeno, dove la legislazione relativa ai procedimenti disciplinari amministrativi, entrata in vigore nel 1999, consente ai datori di lavoro pubblici di applicare sanzioni "solo ... dopo un'indagine preliminare sulla condotta illegittima o irregolare e dopo che il dipendente pubbli-

co è stato ascoltato”, il che include il diritto all’assistenza o alla rappresentanza legale. Inoltre, questa legislazione richiede che la vicenda sia gestita da una commissione. Questi requisiti sono rafforzati in due modi: c’è l’obbligo di produrre un resoconto scritto dell’audizione e qualsiasi violazione di questo dovere rende nullo il procedimento. I tribunali sono disposti a far rispettare questi requisiti, nella misura in cui la violazione dei diritti procedurali comporta l’annullamento del provvedimento impugnato. I tribunali prenderanno in considerazione anche l’aspetto della proporzionalità, sebbene resti da vedere se sorgerà una responsabilità e quali danni saranno riconosciuti dai giudici. Mentre le norme che si applicano ai dipendenti pubblici non menzionano esplicitamente la possibilità di concedere danni morali, la Corte suprema ha interpretato tali norme in base al “diritto generalmente applicabile”, ma con un’importante precisazione: tali danni non devono essere concessi automaticamente come conseguenza dell’annullamento.

Anche il diritto amministrativo polacco stabilisce sia i requisiti organizzativi (il compito di svolgere le indagini è affidato a una commissione disciplinare) sia quelli procedurali (preavviso e audizione). Ma vi è altresì una legislazione che disciplina specificamente il personale (la legge sul pubblico impiego del 2008) e un codice generale del procedimento amministrativo. Inoltre, le disposizioni legislative sono integrate da ordinanze governative di applicazione generale. Infine, sebbene i danni morali siano in linea di principio ammissibili, non sarebbero stati concessi in questo caso a causa del comportamento inappropriato di Maurice. Inoltre, proprio perché l’interessato ricopre una carica pubblica, i tribunali non escluderebbero che le informazioni che lo riguardano siano rese pubbliche, senza i limiti che generalmente si applicano per tutelare la *privacy*.

L’impianto giuridico ungherese era diverso dai due precedenti fino al 2012. Non esisteva, infatti, una disposizione legislativa generale che imponesse l’obbligo di preavviso e di audizione ai datori di lavoro pubblici, e i tribunali sarebbero stati riluttanti a fondare il loro sindacato giurisdizionale direttamente sulla Costituzione. Ancora oggi, nonostante le modifiche apportate dalla Legge sul pubblico impiego del 2011 (come negli altri due ordi-

namenti, sarà nominata una commissione di disciplina e sarà tenuta un'audizione), non è detto che, se un dipendente pubblico ha violato una o più regole di condotta, la mancanza di audizione renda illegittima la decisione finale. Ciò implicherebbe inevitabilmente il riconoscimento della responsabilità per danni.

Da ciò emerge una duplice conclusione preliminare. In tutti e tre gli ordinamenti giuridici scelti per il nostro confronto, esiste un principio generale – a livello costituzionale – di responsabilità pubblica e un *corpus* giuridico specifico che riguarda i procedimenti disciplinari contro i dipendenti pubblici. Tuttavia, l'ambito di applicazione di questo *corpus* varia: esso è più ampio e risalente nel tempo in Polonia e in Romania che in Ungheria. Inoltre, a differenza dei primi due ordinamenti, in quest'ultimo sembra che non sia pacifico che la privazione dell'incarico senza preavviso e senza una previa audizione sia illegittima, e questo incide sulla responsabilità che suole dirsi civile.

B. Lo Stato “negativo”

Vari casi ipotetici del questionario riguardano lo “Stato negativo”. Consideriamo innanzitutto il caso delle sanzioni contro una banca (caso 3). Il diritto dell'UE stabilisce obiettivi comuni e definisce il ruolo dei regolatori nazionali. Ma spetta agli ordinamenti nazionali effettuare controlli e ispezioni e imporre sanzioni alle banche. Nel nostro caso, viene comminata una sanzione pecuniaria, ma l'azione del regolatore sembra essere basata su un errore di fatto, perché esso non ha considerato tutti gli elementi rilevanti. Anche uno sguardo fugace ai tre diritti amministrativi mostra varie differenze nella loro organizzazione, a seconda che la competenza sia della banca centrale o di un regolatore settoriale. Tuttavia, in tutti i casi, la sorveglianza e le ispezioni sono svolte mediante procedimenti amministrativi e il provvedimento finale è una decisione vincolante, che può essere impugnata attraverso meccanismi interni all'autorità di regolamentazione, ma che alla fine è soggetta al sindacato giurisdizionale dinanzi a tribunali ordinari o amministrativi. Inoltre, in tutti e tre gli ordinamenti, i tribunali includeranno un errore di fatto tra i motivi dell'azione amministrativa soggetta al sindacato, anche se è chiaro che il ricorrente che lamenta un errore di fatto dovrà dimostrarne

l'esistenza. Infine, se l'errore di fatto viene dimostrato, i tribunali annulleranno la sanzione o la ridurranno.

Fin qui si può parlare di un terreno comune, ma quando ci si allontana dall'illegittimità per considerare la responsabilità, le questioni diventano più complesse. L'ordinamento giuridico ungherese consentirebbe alla banca di presentare un'azione contro l'autorità pubblica per danni subiti alla propria reputazione, compresi quelli morali, dinanzi alla commissione amministrativa. Nell'ordinamento giuridico polacco, invece, la banca dovrebbe inizialmente contestare la sanzione davanti a un tribunale amministrativo, per poi avere il diritto di citare l'autorità davanti ad un tribunale civile. La decisione verrebbe presa in base ai criteri stabiliti dal Codice Civile, così come interpretati dal giudice. Allo stesso modo, in Romania, spetterebbe ai tribunali speciali giudicare l'azione. Nel merito, il pregiudizio e il nesso di causalità con la sanzione dovrebbero essere provati, e il tribunale potrebbe essere riluttante a riconoscere danni morali in favore di un'impresa. Anche se esso fosse disposto a concederli, e il ricorrente dovesse soddisfare l'onere della prova, i danni dovrebbero essere valutati dopo aver considerato i valori sociali riconosciuti e tutelati dall'ordinamento giuridico.

Consideriamo ora il caso 6, in cui un'autorità pubblica vieta, mediante un blocco generalizzato, l'importazione di frutta da un paese situato al di fuori dello Spazio economico europeo (SEE) in seguito a un presunto incidente in una centrale nucleare, in quanto i prodotti potrebbero essere radioattivi. Come nel caso 3, in tutti e tre gli ordinamenti l'azione verrebbe condotta attraverso un procedimento amministrativo; in linea di principio, sarebbe possibile per l'importatore interessato dimostrare che i suoi interessi rientrano nella classe di interessi tutelati dall'ordinamento giuridico, e che si applicherebbero i normali standard di condotta amministrativa, compresa la mancanza di un'accurata verifica dei fatti, vista come un eccesso di discrezionalità o come una deviazione dai principi di ragionevolezza e proporzionalità. Tuttavia, il sindacato giurisdizionale sarebbe problematico e i tribunali sarebbero riluttanti a sottoporre gli enti pubblici a responsabilità. I tribunali ungheresi potrebbero sia stabilire se il divieto, sebbene generalizzato, riguardi in realtà solo il richiedente, sia deferire il

caso alla Corte costituzionale. Analogamente, in Polonia, spetterebbe alla Corte Costituzionale giudicare la legittimità del divieto e, pur potendolo annullare, essa potrebbe anche precludere un'azione di responsabilità. Infine, in Romania, il richiedente dovrebbe inizialmente chiedere a un tribunale amministrativo di annullare il divieto e poi citare l'autorità pubblica davanti a un tribunale civile. Per quanto riguarda la responsabilità, secondo la legge polacca il richiedente dovrebbe dimostrare "oltre ogni ragionevole dubbio" l'esistenza di un danno sotto forma di *damnum emergens* e *lucrum cessans*, il che potrebbe essere un ostacolo impossibile da superare. In Romania, il ricorso stesso sarebbe inammissibile, perché la posta in gioco è un interesse collettivo, a meno che il richiedente non dimostri che il divieto viola il diritto dell'Unione europea o un trattato internazionale. Allo stesso modo, i tribunali ungheresi non accoglierebbero il ricorso, in quanto il divieto è inteso a beneficio della società in generale, compresa la salute pubblica.

Può essere interessante confrontare brevemente questi risultati con quelli del caso 4, relativo all'esclusione di un offerente da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tutti e tre gli ordinamenti giuridici sono soggetti alle norme dell'Unione che regolano gli appalti pubblici, in base alle quali la responsabilità dovrebbe dipendere da un comportamento illegittimo o irregolare. Esiste quindi uno standard di responsabilità oggettiva. Tuttavia, le norme nazionali spesso assegnano rilevanza, direttamente o indirettamente, alla condotta e, in questo caso (ad esempio in Romania), ci si potrebbe aspettare che i tribunali concepiscano le norme comunitarie come una *lex specialis*. In alternativa, i tribunali potrebbero ritenere che non vi sia alcuna ragione di principio per non applicare i criteri ordinari, come la violazione del dovere di diligenza, e dare ragione al ricorrente a causa della valutazione imprecisa compiuta da un ente pubblico (ad esempio in Polonia e in Ungheria).

Tre osservazioni discendono dall'analisi fin qui svolta. La prima è che la responsabilità delle amministrazioni pubbliche è soggetta a un quadro giuridico peculiare solo per quanto riguarda l'esercizio dei poteri, con l'esclusione dei casi in cui un'autorità pubblica abbia concluso una operazione con organismi privati. La

seconda osservazione riguarda il principio di legalità. Un'interpretazione letterale delle disposizioni esistenti può dare un'impressione sbagliata, ossia che qualsiasi violazione dei principi e delle norme che regolano l'esercizio di tali poteri dia luogo a responsabilità. Tuttavia, dalle relazioni nazionali si evince facilmente che i doveri generali di diligenza, correttezza e giusto procedimento implicano una certa discrezionalità nel loro adempimento e che, anche quando la legge stabilisce dei doveri specifici, essi devono essere interpretati alla luce degli interessi che le autorità pubbliche devono tutelare e promuovere. Infine, lo standard della responsabilità non sarà necessariamente rigido. In alcuni casi può essere rigoroso, ma in molti altri, se non nella maggior parte, richiederà alle autorità pubbliche di agire quando ciò è ragionevolmente praticabile, soprattutto qualora debbano adottare decisioni discrezionali complesse.

C. Lo Stato “positivo”

Un altro tipo di azione amministrativa riguarda l'utilizzo di agevolazioni statali, in particolare attraverso concessioni, licenze e simili. Si può distinguere tra le procedure di rilascio e quelle di revoca.

Supponiamo, come nel caso 5, che un'autorità pubblica causi un ritardo significativo nel rilascio di una concessione (o nel concludere una transazione) – per la quale c'è un solo richiedente – per l'uso esclusivo del lungomare, vicino al mare o a un lago, almeno per quanto riguarda l'utilizzo di ombrelloni, sedie a sdraio e tavoli. Dalla natura di questa attività è evidente che un ritardo ingiustificato che impedisca al richiedente di ottenere la concessione in tempo per la stagione estiva recherà un danno ai suoi interessi. Il soggetto che ha presentato la domanda di concessione può preferire non citare in giudizio l'autorità competente, per paura o in base a una condotta strategica. Ma, se decidesse di farlo, potrebbe chiedere un risarcimento del danno in senso lato, comprensivo del *damnum emergens* e del *lucrum cessans*? È interessante notare che in tutti e tre gli ordinamenti giuridici la discrezionalità è importante. Di conseguenza, non viene concesso alcun risarcimento del danno a meno che, tenendo conto di tutte le circostanze del caso e, in particolare, della durata del ritardo e

delle ragioni di esso, il tribunale non ritenga che tale risarcimento sia necessario per dare equa soddisfazione al ricorrente. Inoltre, in Romania una particolare disposizione stabilisce che deve sussistere un illecito. In Polonia non esiste un simile requisito, ma in questo caso i tribunali terranno conto delle “regole di equità”.

Supponiamo ora che sia stata rilasciata una licenza a qualcuno per vendere giornali e mappe, o qualsiasi altro prodotto per il quale la legge o la prassi richiedano un qualche tipo di permesso, in un chiosco, come per esempio avviene per il tabacco in Ungheria (caso 7). Alcuni anni dopo, l'autorità pubblica che ha rilasciato la licenza decide di ritirarla senza dare al titolare del permesso alcuna opportunità di essere ascoltato, con la sibillina dichiarazione di voler cambiare la propria politica. Questo caso è interessante perché tutti gli ordinamenti giuridici devono decidere se un'autorità amministrativa possa ritirare o revocare unilateralmente i propri atti per ragioni di legalità o convenienza, nonché se, in caso di violazione di uno o più vincoli procedurali, ciò sia di per sé rilevante in termini di illegittimità e responsabilità per danni, senza la necessità di considerare alcun motivo di illegittimità sostanziale.

In Polonia, la mancanza di audizione sarebbe rilevante ai sensi delle norme generali (quelle della legge sul procedimento amministrativo, c.d. *Administrative Procedure Act*, APA) e verrebbe esaminata da un tribunale amministrativo, dotato del potere di annullare il provvedimento impugnato. Questo è l'esito probabile in un caso così estremo, mentre in altri i tribunali sarebbero probabilmente più indulgenti nei confronti dell'amministrazione. Solo se la decisione viene annullata, il richiedente può richiedere un risarcimento dei danni, che verrebbe assegnato da un tribunale ordinario e comprenderebbe sia il *damnum emergens* che il *lucrum cessans*. Anche in Ungheria si applicherebbe l'APA, anche alla luce del requisito costituzionale di un'amministrazione equa e imparziale, e in un caso di questo tipo si avrebbe l'annullamento del provvedimento impugnato se si potesse dimostrare che sentire la controparte sarebbe stato rilevante per determinare i fatti. In tal caso, la violazione sarebbe considerata grave e darebbe luogo ad un risarcimento ai sensi delle norme generali. In Romania, invece, non esiste un requisito generale di preavviso e comunicazio-

ne dell'avvio del procedimento. Tuttavia, il comportamento dell'amministrazione sarebbe considerato illegittimo per cattivo esercizio o eccesso di potere e si applicherebbe il principio generale della piena riparazione dei danni.

D. Coercizione fisica

Resta da considerare se il governo abbia il potere "to inflict injury on others, under prescribed circumstances, in established ways, and in carefully (and sometimes not so carefully) calibrated amounts"⁴, nel contesto delle attività di polizia.

Nel caso 11, si è ipotizzato che due agenti di polizia fermino un'automobilista, le chiedano senza mezzi termini di scendere dal veicolo e di mostrare i documenti e, di fronte alla sua protesta, uno dei due agenti, senza avvertirla come previsto dalle norme del Dipartimento di Polizia, applichi una forza fisica eccessiva e le fratturi un braccio. In una nazione civile, in cui l'esercizio della forza non è indipendente e immune da controlli, ci possono essere diversi modi in cui un individuo può ottenere giustizia. Lo Stato può essere responsabile, direttamente o indirettamente, per gli atti illeciti commessi intenzionalmente dai suoi funzionari. La responsabilità dello Stato per illecito civile può essere soggetta a limitazioni o a determinate condizioni; ad esempio, può fondarsi sull'esistenza di una grave violazione delle regole di condotta, oppure può essere esclusa da particolari norme. In alternativa, essa può essere esclusa se sussiste un comportamento illecito da parte dell'individuo.

In tutti e tre gli ordinamenti, l'esercizio dei poteri di polizia è soggetto a norme stabilite da funzionari che sono espressione della rappresentanza politica o dal capo delle unità di polizia; tali poteri devono essere esercitati in conformità al principio di proporzionalità, ed è prevista un'azione contro lo Stato sotto forma di responsabilità indiretta. Ma vi sono importanti variabili, che non possono essere trascurate. In Ungheria, i tribunali fanno una distinzione tra resistenza verbale e fisica all'esercizio dei poteri amministrativi, nella misura in cui la prima ha meno probabilità di

⁴ J.L. MASHAW, *Civil liability of government officials: property rights and official accountability*, in *L. C. P.*, 1978, 42, p. 8.

giustificare l'uso della coercizione, che deve comunque rimanere entro i limiti della necessità e della proporzionalità. Resta da vedere se i tribunali saranno più riluttanti ad applicare questa politica, a causa del mutato contesto politico e giuridico. Inoltre, i tribunali polacchi applicherebbero la proporzionalità e non esiterebbero a sostenere che l'inosservanza degli standard e delle linee guida esistenti determini l'illegittimità della condotta qualora sia soddisfatta una determinata condizione. Tuttavia, l'inosservanza degli standard dovrebbe essere stata precedentemente considerata dolosa dal giudice penale, il che implicherebbe una responsabilità basata su un comportamento non solo illegittimo ma anche doloso, il che corrisponde ad una soglia elevata. Solo se questa condizione è soddisfatta, i danni causati dall'esercizio illegittimo dei poteri pubblici saranno imputati al pubblico erario. La situazione è diversa in Romania, dove i tribunali amministrativi probabilmente declinerebbero la giurisdizione sulla base del fatto che non esiste un provvedimento amministrativo da annullare, mentre i tribunali civili farebbero ricadere la violazione delle linee guida interne nell'ambito della responsabilità extracontrattuale.

IV. Valutare la responsabilità

Le norme che disciplinano la responsabilità dei funzionari pubblici in materia di illeciti nei confronti di cittadini e imprese sono variamente influenzate da diversi formanti giuridici, tra cui le costituzioni e le disposizioni di legge, le prassi governative, le decisioni giudiziarie e le opere di giuristi esperti⁵. Nei paragrafi che seguono, questi elementi saranno esaminati in modo più dettagliato.

A. Formanti giuridici

Le osservazioni fatte inizialmente riguardo alle costituzioni nazionali possono essere integrate in due modi. In primo luogo, sebbene il 1989 abbia segnato un momento epocale, il cambia-

⁵ R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to Comparative Law*, in *A. J. C. L.*, 1991, 39, p. 21.

mento costituzionale non è stato immediato. Ad esempio, la Costituzione adottata dalla Romania nel 1948 seguendo il modello sovietico è rimasta parzialmente in vigore tra il 1989 e il 1991, quando è entrata in vigore la nuova. Inoltre, anche se tutti questi ordinamenti giuridici hanno ora una carta costituzionale che riconosce e protegge i diritti generalmente condivisi dalle democrazie liberali e sono membri dell'UE, ciò non implica necessariamente che una sorta di approccio "progressista" sia giustificato⁶. La storia non esclude interruzioni e movimenti all'indietro, e ci sono alcuni segnali che questo possa essere accaduto all'interno di qualche ordinamento, segnatamente in Ungheria.

In secondo luogo, vi può essere un disallineamento tra le disposizioni costituzionali e le altre fonti del diritto. È interessante notare che i codici civili promulgati in tutti e tre gli ordinamenti giuridici durante la prima metà del XX secolo sono rimasti in vigore dal 1948 al 1989, anche se il significato delle loro disposizioni che disciplinano la responsabilità dei funzionari statali è cambiato notevolmente nel tempo. Ad esempio, dopo una sentenza del 1955 della Corte Suprema ungherese, la responsabilità dello Stato poteva sorgere solo se il funzionario fosse stato giudicato colpevole in un procedimento penale o disciplinare, cosa che non era facile che accadesse. Al contrario, in Polonia la Corte Costituzionale ha recentemente affermato che limitare la responsabilità della pubblica amministrazione alla perdita effettiva è incostituzionale. Mentre il primo caso conferma che le dottrine politiche hanno determinato il modo di interpretare la legislazione, il secondo mostra l'importanza potenziale delle disposizioni costituzionali, che diventa effettiva quando i tribunali sono disposti a riconoscerle. In Romania, sebbene le condizioni e i limiti alla responsabilità amministrativa possano apparentemente derivare solo dalla legislazione, è un'ordinanza governativa a stabilire una condizione importante (la dimostrazione della colpa) per l'esercizio del diritto al risarcimento.

⁶ A. SAJO, *On old and new bottles: obstacles to the rule of law in Eastern Europe*, in *J. L. & Soc'y*, 1995, 22, p. 97.

B. Dottrina delle “violazioni procedurali essenziali”

È importante, a questo punto, riflettere sul rapporto tra giusto procedimento e responsabilità. In primo luogo, non in tutti gli ordinamenti giuridici esiste quello che si potrebbe definire un principio generale di danno o di responsabilità dell'amministrazione per i danni cagionati ai cittadini e alle imprese. Questo è il caso della maggior parte degli ordinamenti giuridici europei, ma non di tutti. In secondo luogo, esiste ovunque una relazione tra illecito e responsabilità, che tuttavia differisce da un sistema all'altro. In terzo luogo, a differenza del diritto dell'UE, in molti ordinamenti nazionali deve essere soddisfatta un'ulteriore condizione, ossia l'esistenza di una grave violazione, di una negligenza o addirittura di un illecito doloso. Questa sezione si concentra sull'illegittimità, mentre l'ambito della responsabilità sarà considerato nella sezione C.

Il termine “illegittimità” può essere un punto di riferimento molto impreciso, perché i giuristi e i giudici guardano sia alle disposizioni costituzionali sia ai principi generali del diritto non scritti, tra cui la ragionevolezza e la proporzionalità. Inoltre, i principi che regolano l'azione amministrativa sono spesso integrati o specificati da regolamenti e linee guida. È tenendo presente questa ulteriore precauzione che possiamo ora esaminare due questioni strettamente correlate, ma distinte. La prima è se emerga una distinzione tra aspetti procedurali e sostanziali. La seconda è se, nei tre ordinamenti giuridici in esame, non vi siano solo differenze, ma anche alcuni elementi comuni e connettivi. La distinzione tra diritto processuale e sostanziale esiste, ma è variamente suffragata dai formanti giuridici. Si può trovare nella disposizione della Costituzione ungherese che afferma i principi di equità, imparzialità e motivazione delle decisioni amministrative, riproducendo in pratica l'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Si trova anche nelle sentenze della Corte costituzionale polacca. Si trova anche nella legislazione, più specificamente negli APA adottati da Ungheria e Polonia, nonché nelle disposizioni legislative rumene volte a garantire il rispetto della trasparenza.

Tuttavia, le norme statali cercano talvolta di limitare i vincoli imposti alle autorità pubbliche. Inoltre, se osserviamo più da vi-

cino le decisioni giudiziarie che riguardano gli enti pubblici, sembra che esse seguano una duplice politica, nella misura in cui ribadiscono l'importanza del giusto procedimento ma qualificano le sue conseguenze in termini di responsabilità. Non tutte le violazioni dei requisiti procedurali, nemmeno di quelle previste dalla legge, danno luogo all'annullamento degli atti o dei provvedimenti amministrativi impugnati, ma solo quelle rispetto alle quali emerge una qualche grave violazione, con la conseguenza di privare i singoli di ogni significativa possibilità di tutelare e promuovere i propri interessi per come riconosciuti dall'ordinamento giuridico. Ciò che emerge non è una concezione ristretta del quadro procedimentale, ma una concezione "essenzialista", nel senso in cui questo termine è stato utilizzato dal Trattato di Roma (Trattato che istituisce la Comunità Economica, TCE) con riferimento a uno dei motivi di ricorso alla Corte di Giustizia: la "violazione di un requisito procedimentale essenziale"⁷. Naturalmente esistono varianti di questo criterio, ma esso dà un'idea di come i tribunali considerino i fattori rilevanti nel determinare se vi sia stata una grave violazione in un caso specifico.

C. Un allontanamento dall'immunità?

C'è un altro elemento importante che accomuna i tre ordinamenti giuridici qui esaminati e quello dell'Unione europea: non esiste una clausola generale o un manto di immunità. Questo non vale solo per le aree in cui le autorità nazionali attuano il diritto comunitario, per il semplice motivo che nessuno Stato membro può vantare una discrezionalità nel decidere se una violazione sufficientemente grave della norma rilevante dell'ordinamento dell'Ue dia luogo a responsabilità, e se i singoli abbiano quindi diritto a un risarcimento del danno. Questo vale anche per le aree che sono soggette non al diritto dell'Unione europea ma al diritto nazionale, sebbene debba essere garantito il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che contiene disposizioni

⁷ Art. 173, comma 1, TCE. Cfr. E. STEIN e P. HAY, *Legal remedies of enterprises in the European Economic Community*, in *A. J. C. L.*, 1960, 9, p. 381 e 383 che osservano l'analogia tra questo concetto e le nozioni di *due process* e *fair play* nel diritto statunitense.

per il riconoscimento del risarcimento del danno in determinate circostanze.

Tuttavia, se si analizza più da vicino il modo in cui la responsabilità è concepita all'interno dei tre ordinamenti giuridici, il riconoscimento dell'esistenza di un principio generale di risarcimento del danno deve essere accompagnato da alcune precisazioni. Non è tanto la natura del soggetto cui è affidato l'esercizio di funzioni e poteri, quanto la natura degli interessi per i quali tali funzioni e poteri sono attribuiti a giustificare, in particolare, il riconoscimento di una discrezionalità, come è stato osservato per il rilascio di una concessione per l'uso esclusivo del lungomare nel caso 5, nonché per l'adozione di un blocco generalizzato delle importazioni. Inoltre, l'impostazione generale del diritto nazionale è che sia necessario un qualche tipo di colpa o di dolo per stabilire che sussiste la responsabilità, ad esempio nel caso del ritardo. La colpa va vista forse più come un fattore da non ignorare che come un prerequisito. Allo stesso modo, una condotta illegittima o irregolare dolosa non deve necessariamente essere equiparata alla deliberata intenzione di violare la legge. Tuttavia, ciò che deve essere affermato al riguardo è che tutte queste circostanze servono a qualificare e limitare la responsabilità della pubblica amministrazione in materia di illeciti civili.

Similmente, sembra esserci una riluttanza a concedere un completo risarcimento del danno. Questa riluttanza emerge non solo quando i tribunali rifiutano di concedere danni punitivi (o esemplari), ma anche quando essi sostengono che la perdita subita deve essere reale e chiaramente causata dalla condotta illecita, quando essi partono dall'assunto che l'ammontare del danno da risarcire debba tendere verso il basso, quando essi si soffermano su considerazioni generiche sull' "equità". Se la logica sottostante sia, come suggerito nella precedente sezione B, il rilievo dato agli interessi collettivi o la persistente influenza della concezione dello Stato che caratterizzava il regime politico prima del 1989, è un'altra questione, che richiede un'ulteriore analisi, forse di natura interdisciplinare.

Dall'analisi discendono due considerazioni generali. La prima è che la responsabilità amministrativa in materia di illeciti è riconosciuta e disciplinata da disposizioni costituzionali e di legge;

Ungheria, Polonia e Romania

tuttavia, essa può essere limitata. La seconda è che l'esistenza di un margine di discrezionalità assume rilevanza a questo proposito nei tre ordinamenti giuridici, i quali sono caratterizzati dall'accettazione di una concezione "essenzialista" del giusto procedimento.

Osservazioni conclusive: verso la convergenza?
La strada per superare la dipendenza istituzionale e dottrinale

Roberto Caranta

Abstract e parole chiave

Il presente capitolo illustra le convergenze e le divergenze negli approcci alla responsabilità per azioni od omissioni illegittime dal punto di vista del procedimento. Esso si concentra su tre aspetti rilevanti per valutare se, e in che misura, le giurisdizioni analizzate stiano convergendo verso l'ammissione diffusa della responsabilità amministrativa per azioni od omissioni illegittime. Il primo aspetto esaminato riguarda la questione se l'annullamento o altri rimedi specifici di diritto amministrativo debbano essere richiesti prima (o assieme) al risarcimento dei danni. La risposta, il più delle volte, ruota attorno alla domanda relativa all'architettura istituzionale se lo stesso tribunale abbia o meno giurisdizione su entrambi i tipi di rimedi. Un secondo aspetto è se siano necessari ulteriori requisiti, oltre all'illegittimità, affinché una domanda di risarcimento del danno possa essere accolta dal giudice. Tali requisiti potrebbero comprendere un elemento soggettivo o un riferimento più o meno oggettivo alla gravità della violazione. Infine, potrebbe essere messo in discussione l'effettivo nesso causale tra le violazioni procedurali e i potenziali danni, con la possibilità che i tribunali ricorrano a tecniche diverse per escludere o attenuare la responsabilità amministrativa. L'analisi dimostra che i diversi risultati in termini di responsabilità sono tali non per caso, ma in ragione del ruolo svolto dalle scelte istituzionali (la presenza di tribunali generali ovvero di tribunali amministrativi specializzati), in ragione della preferenza che i giudici possono o meno accordare a rimedi diversi dal risarcimento del danno e, infine, in ragione della deferenza o meno dei tribunali nei confronti della discrezionalità attribuita all'amministrazione.

Parole chiave: tribunali amministrativi, annullamento come condizione preliminare alle richieste di risarcimento danni, nesso causale, discrezionalità, colpa, gravità della violazione (o manifesta e grave violazione, o inadempimento, gravità)

I. Introduzione

Come si è osservato nel Capitolo 1, la responsabilità della pubblica amministrazione è stata protagonista di una notevole convergenza in Europa. Fino alla metà del XX secolo, e in alcuni casi anche più tardi, la responsabilità amministrativa era ampiamente esclusa in diverse giurisdizioni nazionali. Oggi, il diritto al risarcimento del danno è, almeno in teoria, largamente riconosciuto e, in alcuni casi, è persino sancito a livello costituzionale, come accade in molti Paesi dell'Europa orientale¹.

Questa caduta di un privilegio è più marcata in relazione agli atti materiali, comprese le operazioni di polizia (caso 11). La responsabilità dello Stato non crea dubbi, ad esempio, nel caso di un incidente stradale causato da un'auto di proprietà del Governo.

Il quadro diventa più sfumato quando la responsabilità deriva da provvedimenti od omissioni illegittimi. Il diritto della responsabilità delle autorità pubbliche si colloca a cavallo tra il pubblico e il privato nel diritto britannico. Questo non è il caso solo del Regno Unito, ma dell'Europa in generale. L'influenza del diritto privato è chiaramente più diretta e più forte in relazione alla responsabilità amministrativa per atti materiali. È facile trovare analogie con questi casi nel diritto privato, anche quando essi presentano marcate specificità di diritto pubblico, come nel caso 11 relativo all'uso dei poteri di polizia. *Os fractum e membrum ruptum* (ossa fratturate, che nel caso 11 non avrebbero recuperato la loro piena funzionalità) erano due dei tre tipi di illeciti già previsti dalla *Lex XII Tabularum* nel V secolo a.C.².

¹ G. DELLA CANANEA, *Una ricerca sul "nucleo comune" della responsabilità della pubblica amministrazione da illecito civile: un'introduzione in chiave comparata*, Cap. 1 in questo Vol., il quale si chiede anche in che misura la convergenza sia stata imposta e quanto invece sia stata spontanea.

² A. WATSON, *Personal injuries in the XII Tables*, in ID., *Studies in Roman Private Law*, Hambledon Press, 1991, p. 253 ss.; R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, OUP, 1996, p. 1050 ss.; M. TALAMANCA, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in M.F. CURSI e L. CAPOGROSSI COLOGNESI (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*, Jovene, 2008, p. 80 ss.

Gli aspetti di diritto pubblico diventano ovviamente più significativi quando ci si concentra sulla responsabilità della pubblica amministrazione derivante da provvedimenti illegittimi. Questo potrebbe essere di per sé un motivo per escludere la responsabilità quando i poteri di diritto pubblico coinvolti non presentano analogie con alcuna azione di diritto privato, come potrebbe avvenire nel Regno Unito.

La ricerca alla base di questo libro si concentra proprio sulla responsabilità extracontrattuale o per fatto illecito dello Stato e di altre istituzioni pubbliche (in sostanza, la responsabilità delle amministrazioni pubbliche) per le violazioni delle norme procedurali. Le violazioni procedurali eventualmente rilevanti nei diversi casi sono elencate nella Tabella 1.

Tabella 1
Diritti procedurali rilevanti/violazioni nei diversi casi

	Diritto di essere ascoltati	Mancata richiesta di un parere	Ispezione irregolare	Accertamento dei fatti inadeguato/informazioni errate su cui si è fatto affidamento	Ritardo nella decisione/inerzia
Casi	1, 2, 7	2, 10	3	1, 3, 4, 6, 8, 9, 10	5

L'attenzione alla responsabilità extracontrattuale o per fatto illecito per violazione di norme procedurali esclude dalla presente ricerca la responsabilità per inadempimento contrattuale³. Tuttavia, la potenziale responsabilità per violazione di norme emanate per l'aggiudicazione di contratti statali o pubblici sotto forma di appalti e concessioni di lavori o servizi è ancora rilevante e può essere considerata come precontrattuale (caso 4). In alcuni ordinamenti nazionali tali casi potrebbero essere classificati al di fuori dell'area della responsabilità extracontrattuale o da fatto illecito, ma una parte lesa ha spesso una legittimazione ad agire rispetto a entrambi i rimedi. I criteri di responsabilità in relazione a

³ La responsabilità contrattuale potrebbe ancora essere rilevante per le richieste di risarcimento del danno in alcune delle esperienze nazionali considerate, come ad esempio in Germania.

queste due azioni potrebbero essere leggermente diversi a seconda dell'ordinamento cui si fa riferimento.

La responsabilità o il diritto all'indennizzo nei casi di azione amministrativa legittima sono anch'essi esclusi dalla ricerca. L'espropriazione è l'esempio più noto di responsabilità o di diritto all'indennizzo (a seconda degli ordinamenti) per provvedimenti amministrativi legittimi, ma la Germania, ad esempio, affronta queste situazioni con una dottrina più generale ("*enteignungsgleicher Eingriff*"). Anche la Francia contempla un risarcimento nei casi in cui provvedimenti legittimi determinino un danno eccezionale e straordinario, mentre nel Regno Unito potrebbero essere disponibili pagamenti *ex gratia*. Ancora, in Germania un provvedimento legittimo che vanifica un legittimo affidamento può determinare un risarcimento per il danno emergente (ma non per il mancato guadagno). Va notato che, mentre i casi di responsabilità o di diritto all'indennizzo qualora l'azione amministrativa sia legittima non sono trattati in questo volume, alcuni dei *rappor-teurs* potrebbero avere difficoltà a considerare illegittime le misure adottate in alcuni dei casi proposti.

I rapporti nazionali e i capitoli comparativi raccolti in questo libro sono particolarmente densi e una sintesi di tutti gli aspetti è semplicemente impossibile. Si è quindi deciso di concentrarsi su tre aspetti rilevanti per valutare se (e, in caso di esito positivo, in che misura) gli ordinamenti in esame stiano convergendo verso l'accettazione diffusa della responsabilità amministrativa per provvedimenti od omissioni illegittimi. Il primo aspetto da indagare sarà se l'annullamento o altri rimedi specifici di diritto amministrativo debbano essere richiesti prima (o insieme) al risarcimento del danno (sezione I). La risposta, il più delle volte, ruota attorno alla questione di architettura istituzionale se lo stesso giudice abbia giurisdizione su entrambi gli aspetti (sezione II). Un secondo aspetto sarà quello di stabilire se, oltre all'illegittimità e – inutile dirlo – al nesso di causalità e ai danni, siano necessari ulteriori requisiti per l'accoglimento di una domanda di risarcimento. Ciò potrebbe includere un elemento soggettivo o un riferimento più o meno oggettivo alla gravità della violazione (sezione III). Infine, poiché in questo caso ci stiamo occupando di violazioni procedurali, il loro effettivo nesso causale con il potenziale risar-

cimento potrebbe essere messo in discussione, e i tribunali potrebbero ricorrere a tecniche diverse per escludere o attenuare la responsabilità della pubblica amministrazione (sezione IV). Le conclusioni valutano sia l'entità della convergenza sia gli ostacoli che ne impediscono la progressione (sezione V).

Anche in questo caso, le informazioni fornite dalle relazioni raccolte in questo libro sono molto più ampie e variegate, ad esempio per quanto riguarda le voci di danno o i motivi di riduzione dello stesso. Anche il risarcimento rispetto ad attività amministrative legittime e i meccanismi di riparazione non giurisdizionale del danno meritano un'attenzione specifica.

Una ricerca comparata molto più ampia di quella possibile in questa sede potrebbe prendere spunto da tali problematiche.

II. Il risarcimento del danno come rimedio secondario?

Trattandosi principalmente di questioni di legittimità, la prima domanda pertinente è se il danneggiato abbia il dovere di impugnare il provvedimento o l'inerzia amministrativa davanti al giudice competente come condizione preliminare per un'azione di risarcimento. Come il rapporto sulla Svizzera chiarisce molto bene, questa domanda è limitata ai casi in cui una impugnazione di questo tipo sarebbe significativa, il che non accade per quanto riguarda gli atti materiali (caso 11), ma anche, probabilmente, quando il danno non deriva direttamente da un provvedimento illegittimo (caso 10).

L'obbligo di impugnare un provvedimento o l'inerzia amministrativa come presupposto di una domanda di risarcimento è riconosciuto in Germania, in ordinamenti come l'Austria, che condividono lo stesso retroterra culturale della Germania, o in quelli che hanno subito l'influenza del diritto austro-tedesco, come l'Ungheria, la Polonia e, in una certa misura, la Svizzera. L'idea di base di questo quadro concettuale è che la cosiddetta "tutela giuridica primaria" abbia la precedenza sul risarcimento del danno nella gerarchia dei rimedi. Ciò è spesso collegato all'effetto sospensivo automatico delle azioni di annullamento. Nel caso di provvedimenti illegittimi o di inazione, il ricorrente deve prima

impugnarli e, in assenza di sospensione automatica, chiedere un provvedimento cautelare. In caso contrario, non sarà possibile avanzare alcuna domanda di risarcimento. La Polonia è un caso molto interessante. Anche se un impulso probabilmente neolibérale ha condotto le cause di risarcimento del danno nell'ambito della giurisdizione dei tribunali ordinari (civili), questi non hanno voce in capitolo sull'illegittimità o meno del provvedimento da cui deriva il danno. Al contrario, è necessario ottenere una sentenza del tribunale amministrativo competente sulla questione della legittimità dell'azione amministrativa.

In Francia, invece, non esiste l'obbligo di impugnare la legittimità della decisione o dell'omissione amministrativa in questione. È sufficiente richiedere al presunto autore dell'illecito il risarcimento dei danni e, in alcuni casi, il ricorrente deve anche presentare un ricorso amministrativo prima di rivolgersi al giudice.

Nel complesso, l'obbligo di iniziare un giudizio volto al sindacato giurisdizionale di un provvedimento o di un'omissione illegittimi prima (o contemporaneamente, come in Romania) di presentare una domanda di risarcimento del danno sembrerebbe tipico degli ordinamenti in cui le due azioni rientrano nella giurisdizione di tribunali diversi, o diversamente specializzati. Ciò è vero soprattutto quando i tribunali civili competenti per le azioni di risarcimento non hanno il potere di dichiarare l'illegittimità di un provvedimento amministrativo, come in Polonia e Romania.

Invece, il cuore della responsabilità amministrativa francese è definito dal *Conseil d'Etat*. Uno stesso giudice (quello amministrativo) tratta sia le cause di annullamento che quelle di risarcimento del danno, per cui il requisito del previo annullamento non risponde ad alcuna ragione attinente alla struttura del potere giudiziario nell'ordinamento giuridico francese, come invece avviene in Polonia. Esiste un chiaro legame tra i concetti di legalità e responsabilità, che ha facilitato la crescita di un sistema olistico.

La situazione nel Regno Unito è peculiare. Il risarcimento del danno costituisce una questione di diritto privato, ma essa può essere oggetto di un giudizio congiuntamente con le questioni di legittimità. Le procedure sono distinte, i tribunali sono specializzati, ma le divisioni non sono rigide e non costituiscono un ostacolo all'azione per il risarcimento del danno.

Osservazioni conclusive: verso la convergenza?

Una sorta di divieto di abuso del processo è utilizzato dai tribunali dell'Unione europea per negare il risarcimento quando un'azione di responsabilità è volta a ottenere gli stessi effetti di una domanda di annullamento che è caduta in prescrizione o non è stata accolta.

Infine, in Italia, il fatto di non aver richiesto l'annullamento, compresa la rinuncia alla possibilità di chiedere un provvedimento provvisorio come la sospensione del provvedimento impugnato, sebbene non costituisca di per sé una preclusione alla proposizione dell'azione di risarcimento del danno, sarà comunque una ragione per attenuare ed eventualmente negare il risarcimento del danno.

L'approccio adottato nei diversi ordinamenti analizzati è riassunto nella Tabella 2.

Tabella 2
Il sindacato di legittimità prevale sull'azione di risarcimento del danno

Ordinamento	Obbligo di presentare ricorso giurisdizionale contro un provvedimento illegittimo	Riduzione del risarcimento se il provvedimento non viene impugnato
Austria	X	—
Francia	—	—
Germania	X (ad eccezione dei casi in materia di contratti pubblici)	X (nei casi in materia di contratti pubblici)
Ungheria	X	—
Italia	—	X
Polonia	X	—
Romania	X	—
Spagna	—	—
Svizzera	X	—
Regno Unito	—	—
Unione europea	—	—

III. Oltre l'illegittimità

Molti degli ordinamenti analizzati in questo libro richiedono un ulteriore elemento oltre all'illegittimità (e al nesso di causalità e al danno) affinché un'azione di responsabilità possa essere accolta. In alcuni ordinamenti, questo elemento include un elemento soggettivo, variamente descritto come colpa, negligenza o in modo simile. In alcune di questi ordinamenti, tuttavia, i tribunali sembrano considerare che la violazione delle regole implicite nel requisito dell'illegittimità sia stata quantomeno negligente.

Quest'ultimo approccio riduce di molto la distanza rispetto a quegli ordinamenti che, seguendo sostanzialmente l'impostazione francese, si limitano a equiparare illegittimità e colpa (*"toute illégalité est constitutive d'une faute"*).

In altri ordinamenti, il requisito "soggettivo" viene in misura più o meno significativa "oggettivato" in una violazione grave o evidente, talvolta correlata a un obbligo fondamentale⁴. Lo stesso approccio è seguito in Italia. In genere non è richiesta la colpevolezza, ma l'amministrazione può sottrarsi all'imputazione della responsabilità, dimostrando un errore scusabile (ad esempio a causa di disposizioni legislative poco chiare). È noto che una violazione grave o manifesta e grave è un requisito per la configurazione della responsabilità delle istituzioni dell'Unione europea quando a esse è attribuita una discrezionalità di grado non meramente marginale.

Il ragionamento – eventualmente implicito – che richiede una violazione grave e/o evidente e/o manifesta è che una violazione grossolana non può che essere negligente. Tuttavia, questo requisito sposta l'attenzione dalla negligenza, dalla colpa o anche dal dolo, tutti concetti che si adattano più ai singoli che ai soggetti istituzionali che commettono illeciti.

In alcuni casi, si ritiene che la discrezionalità escluda la possibilità stessa di riscontrare una violazione grave (o molto grave), precludendo quindi le azioni di risarcimento.

Negli ordinamenti di *common law*, ci si basa su illeciti tipici

⁴ Cfr. R. VORNICU, *The sufficiently serious breach test in action*, in *E. P. L.*, 2019, 25, p. 587.

che hanno requisiti diversi. Anche la responsabilità dell'amministrazione richiede il dolo, la negligenza o nessuno dei due elementi, a seconda dei requisiti dell'azione (l'illecito specifico su cui si basa la richiesta di risarcimento).

I diversi approcci sono riassunti nella Tabella 3.

Tabella 3
Approcci relativi all'elemento soggettivo e/o "di gravità"
della responsabilità extracontrattuale

Ordinamento	Una condizione "soggettiva" o "di gravità"
Austria	Colpa/colpevolezza
Francia	NO (l'illegittimità equivale alla colpa) ^a
Germania	Dolo o colpa/negligenza
Ungheria	Colpevolezza(?)/Seria/manifesta violazione
Italia	L'amministrazione può sottrarsi alla responsabilità dimostrando un errore scusabile (questa eccezione non è ammessa nei casi in materia di contratti pubblici); è richiesta una soglia di colpevolezza più alta per la responsabilità dell'autorità di vigilanza (caso 10)
Polonia	NO
Romania	NO (l'illegittimità equivale alla colpa) ^b
Spagna	NO
Svizzera	Errore/violazione di un obbligo fondamentale
Regno Unito	SI/NO (è complicato, dipende dalla ragione dell'azione)
Unione europea	Manifesta/seria violazione

^(a) Si veda, ad esempio, il caso 1.

^(b) Tuttavia, per l'assegnazione delle concessioni si applicano norme specifiche che richiedono la colpa: si veda il caso 5.

IV. Nesso di causalità, discrezionalità e ruolo dei tribunali

Per quanto riguarda le violazioni procedurali, un problema fondamentale è che, esse, considerate in modo isolato, non consentono di rispondere alla domanda se una decisione sostan-

zialmente legittima sarebbe andata nella direzione desiderata dal destinatario di essa. Come dimostra il caso 1, ad esempio, Maurice poteva ancora essere licenziato dopo essere stato ascoltato e non essere riuscito a discolarsi. Lo stesso ragionamento vale per il caso 2. Poiché il numero dei richiedenti superava di gran lunga le frequenze disponibili, non c'è motivo di concludere che la New Tv avrebbe ottenuto una frequenza se fosse stata seguita la procedura corretta. Molti dei casi discussi presentano il medesimo andamento incerto circa quale sarebbe stata la decisione se il processo decisionale fosse stato privo di errori procedurali.

Nel diritto privato, in generale nella responsabilità civile, l'incertezza viene affrontata con riguardo al nesso di causalità (sezione IV.A). Nel diritto amministrativo, la discrezionalità è spesso utilizzata per descrivere situazioni in cui le norme applicabili lasciano agli organi decidenti margini di scelta di ampiezza variabile quanto alla sostanza della decisione da adottare (sezione IV.B). La misura in cui – sempre che vi sia – i tribunali sono disposti a rivalutare o sostituire le scelte discrezionali degli organi decidenti potrebbe teoricamente incidere sulla questione della responsabilità (sezione IV.C). Tutti e tre gli aspetti saranno esaminati di seguito.

A. Nesso di causalità

Per valutare il nesso di causalità si possono utilizzare diversi criteri, che hanno un impatto più o meno restrittivo sulla responsabilità: può essere richiesta la certezza, o un bilanciamento delle probabilità (più probabile che non), o un'eventualità più o meno seria, come nel caso della Francia. Notoriamente, si tratta di un ambito piuttosto problematico della disciplina del risarcimento del danno.

Per quanto concerne la domanda su quanto si possa equiparare l'illegittimità alla colpa (si veda la Tabella 2), la questione del nesso di causalità rimane del tutto aperta, con importanti conseguenze sull'onere della prova. In Ungheria, ad esempio, l'onere di provare se l'illegittimità abbia o meno influito sulla sostanza di una decisione finale spetta al ricorrente, piuttosto che alla pubblica amministrazione.

Perfino in quegli ordinamenti che risultano più esigenti con

riguardo al nesso di causalità, nei casi di procedure di appalto e in altri casi concernenti diritti limitati, alcuni danni (costi) saranno risarciti al ricorrente che dimostri di aver avuto una “reale possibilità” di ottenere il contratto, la licenza o altri diritti. Questo approccio è seguito, ad esempio, in Germania e in Romania. Tale somiglianza è facilmente spiegabile in quanto deriva dall’articolo 2(7) della Direttiva 92/13/CEE che coordina le leggi, i regolamenti e le previsioni amministrative concernenti l’applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure a evidenza pubblica degli enti che operano nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni. Tuttavia, questa norma sul risarcimento del danno viene spesso applicata in senso ampio a tutti gli appalti, e non solo a quelli che riguardano le *utilities*⁵. Ciononostante, vale la pena far notare che la disposizione comunitaria non viene nemmeno menzionata nella maggior parte delle relazioni e la questione viene risolta sulla base del diritto nazionale.

Il nesso di causalità, in particolare, può funzionare in modo diverso a seconda della diversa natura del danno, come il danno emergente o il lucro cessante, o dei danni non pecuniari (come il danno alla reputazione). Ad esempio, i tribunali in Romania possono essere piuttosto disinvolti nel concedere un risarcimento per danno alla reputazione e richiedono il soddisfacimento di un criterio di certezza per risarcire il lucro cessante, mentre in Francia e in Spagna i tribunali saranno più disposti a concedere il risarcimento per il danno emergente piuttosto che per il lucro cessante.

B. Discrezionalità

Il termine “discrezionalità” viene qui utilizzato in senso piuttosto generico, per indicare le scelte amministrative su cui i tribunali non interferiscono. Il termine “merito” è spesso usato per coprire la stessa area semantica⁶.

⁵ R. CARANTA, *Damages for breaches of EU Public Procurement Law: issues of causation and recoverable losses*, in D. FAIRGRIEVE e F. LICHÈRE (a cura di), *Public Procurement Law. Damages as an effective remedy*, Hart, 2011, p. 167.

⁶ R. CARANTA, *On discretion*, in S. PRECHAL e B. VAN ROERMUND (a cura di), *The coherence of EU Law. The search for unity in divergent concepts*, OUP, 2008, p. 185.

In alcuni ordinamenti, il concetto di “discrezionalità”, proprio del diritto amministrativo, è rilevante nell’analisi del nesso di causalità. Il nesso di causalità è infatti difficile da dimostrare se l’amministrazione gode di discrezionalità. Ad esempio, nel caso 7, la discrezionalità attribuita all’amministrazione può costituire una ragione per escludere la possibilità elevata di ottenere un risarcimento. D’altra parte, la discrezionalità dell’Unione europea fa scattare un ulteriore requisito rispetto alla responsabilità, ossia che la violazione delle norme applicabili deve essere manifesta e grave.

La discrezionalità comprende il potere di valutazione, come emerge nel rapporto sulla Francia dalla discussione con riguardo al caso 5. Il potere di decidere, nell’interesse pubblico, di non rilasciare una concessione, anche se il richiedente era uno solo e soddisfaceva le condizioni predeterminate, è visto come una manifestazione di tale potere. Ciò dimostra che i casi di omissione sono particolarmente complessi quando si tratta di presentare una domanda di risarcimento del danno. In diversi ordinamenti, un soggetto che intendesse presentare una domanda giudiziale potrebbe vederla accolta nel caso 5 solo se la concessione fosse alla fine rilasciata.

La discrezionalità è normalmente più ampia per gli atti normativi e per i provvedimenti in materia sanitaria. Questo spiega in parte perché il caso 6 sia particolarmente problematico in molti ordinamenti e veda bassi tassi di accoglimento dei ricorsi (si veda la Tabella 5).

C. Il ruolo dei tribunali

L’accertamento di una violazione procedimentale è ancora molto lontano dal determinare la conclusione che Maurice non avrebbe dovuto essere licenziato nel caso 1 o che la New Tv avrebbe dovuto ottenere l’autorizzazione richiesta nel caso 2, a maggior ragione quando l’autorità ha un margine di discrezionalità sul merito della decisione da adottare. Dal punto di vista del risarcimento del danno, ciò si riflette sul nesso di causalità. Tuttavia, molto dipende dal ruolo che i tribunali sono chiamati a svolgere – o riconoscono per sé stessi – nell’effettuare il sindacato giurisdizionale dei provvedimenti o delle omissioni illegittimi.

Secondo un'impostazione ottocentesca di base, i tribunali si accontenteranno di annullare il provvedimento illegittimo – ovvero di dichiarare l'illegittimità di un'omissione – per poi rinviare gli atti all'autorità competente per un procedimento di revisione. Nella maggior parte dei casi, un'azione di risarcimento del danno dovrà attendere la decisione riformata (o nuova). Il Regno Unito è unico nel suo genere in quanto l'annullamento non deriva necessariamente dall'accertamento dell'illegittimità.

In Polonia, ad esempio, l'annullamento o un altro rimedio giuridico che dichiari l'illegittimità del provvedimento adottato (o dell'inerzia) non è sufficiente a far sorgere il diritto al risarcimento del danno. La questione è invece rinviata all'autorità competente affinché rivaluti il merito della vicenda amministrativa. Se la nuova decisione è legittima ma ancora lesiva degli interessi della parte danneggiata, quest'ultima non avrà diritto a un risarcimento del danno (e le violazioni procedurali potrebbero non essere sufficienti a giustificare l'annullamento). Lo stesso vale per l'Italia e la Spagna: il risarcimento del danno (da ritardo) sarà concesso solo se sarà adottato un provvedimento favorevole.

Questo tipo di approccio fornisce all'organo decidente a cui è attribuito un margine di discrezionalità incentivi perversi, in quanto egli può finire per dover far fronte a richieste di risarcimento del danno quando abbia adottato un provvedimento di accoglimento. Questo percorso chiaramente tortuoso è in qualche modo mitigato in ordinamenti come la Germania, l'Ungheria e in alcuni casi la Francia, dove è necessario presentare un ricorso amministrativo prima di rivolgersi al tribunale, anche per presentare una domanda di risarcimento del danno.

Tuttavia, non vi è alcuna garanzia che il vizio procedimentale venga sanato, per cui i tribunali privi di giurisdizione sul risarcimento del danno dovranno comunque annullare il provvedimento e rinviare gli atti per una revisione.

La situazione è piuttosto diversa negli ordinamenti che consentono di rimediare ad alcune violazioni procedurali nel corso del procedimento giurisdizionale o come estensione del contenzioso. La Germania costituisce un modello di riferimento, in quanto la previsione contenuta nel § 46 VwVfG (Legge tedesca sul procedimento amministrativo) esclude l'annullamento, e

quindi il risarcimento del danno, se viene dimostrato che l'errore procedimentale non ha inciso sull'esito della decisione. L'analisi del caso 1 apre una finestra interessante su ciò che i tribunali possono fare in Germania per porre rimedio a un illecito: essi possono garantire un'udienza equa, ma non possono condurre un'indagine sui fatti del presunto illecito disciplinare⁷. In Romania, i tribunali possono modificare la sanzione inflitta, eventualmente sulla base di un sindacato giurisdizionale *de novo* del provvedimento adottato dall'amministrazione.

Quando è applicabile, questo approccio conduce a una decisione sul merito del caso, e quindi essa o accerta sia la violazione sia il nesso di causalità o esclude entrambi e preclude una domanda di risarcimento del danno.

La Francia ha un approccio unico. Mentre la violazione procedimentale determinerà, in linea di principio, l'annullamento del provvedimento, al momento di esaminare la domanda di risarcimento del danno il giudice amministrativo esercita un sindacato di *plein contentieux* e può quindi valutare il caso eventualmente escludendo la responsabilità se il provvedimento era giustificato sul piano sostanziale. Questo potere non è senza limiti e un tribunale francese non potrebbe valutare l'adeguatezza/convenienza di tutte le possibilità.

Una tendenza in evoluzione diffusa negli ordinamenti scelti ai fini della comparazione consiste nella progressiva dequotazione delle violazioni procedurali. Anche se l'argomento esula dall'ambito di questo libro e sarà affrontato ripetutamente in altre parti del progetto "Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa" (CoCEAL), vale la pena far notare che norme simili al § 46 VwVfG sono state adottate in Italia nel 2005 e in Francia nel 2011.

La tabella 4 elenca i casi in cui i tribunali nazionali sono disposti o a rimediare a errori procedurali, escludendo così l'annullamento, o a verificare se il provvedimento fosse corretto nel merito al fine di decidere sulla responsabilità. Di conseguen-

⁷ Il § 46 VwVfG [APA tedesco] non si applicherebbe nemmeno in questo caso, poiché l'indagine sui fatti a favore di Maurice potrebbe quantomeno influenzare la decisione.

za, il risarcimento del danno può essere negato in entrambi i casi. Il primo caso è l'archetipo dell'approccio tedesco che esclude l'annullamento. Il secondo è quello tradizionale francese, indebolito dalla riforma del 2011 menzionata sopra.

È chiaro che gli ordinamenti in cui le violazioni procedurali sono dequotate sono quelli in cui il risarcimento del danno è un rimedio sussidiario. La Francia si sta orientando in questo senso, sebbene l'ordinamento francese non abbia ancora reso l'annullamento un prerequisito per l'ottenimento del risarcimento del danno.

Tabella 4
Rimedio alle violazioni procedurali con riferimento a casi specifici

	Diritto di essere ascoltati	Mancata richiesta di un parere	Ispezione irregolare	Accertamento dei fatti inadeguato/informazioni errate su cui si è fatto affidamento	Ritardo nella decisione
Austria	1, 2, [7]	2	3	3 [8]	[5]
Francia	1, 7	2	—	—	—
Germania	1, 7	2	3	6, 8, 9	5
Ungheria	7	2	3	4	—
Italia	—	—	—	—	—
Polonia	1, 7	?	—	8	—
Romania	—	—	—	—	—
Spagna	—	—	—	—	—
Svizzera	—	—	—	3	—
Regno Unito	—	—	—	—	—
Unione europea	—	—	—	—	—

Nota: le parentesi sono utilizzate quando ciò non è stato esplicitamente indicato nella relazione, ma può comunque essere ipotizzato dalla risposta fornita. Gli ordinamenti in grassetto riguardano i tribunali che non entrano nel merito del caso, ma rimandano la pratica all'autorità amministrativa per una rivalutazione, che a sua volta costituisce la base per un'eventuale azione di risarcimento del danno.

V. Conclusioni

In alcuni ordinamenti, (la mancanza di) una violazione sostanziale, il nesso di causalità (e la relativa prova) o semplicemente l'assenza di norme che prevedano la responsabilità sono elementi utilizzati per escludere o limitare significativamente il risarcimento del danno. Inoltre, potrebbe essere rilevante il fatto che la norma sia diretta o meno a tutelare i diritti della parte lesa. Quanto arbitraria e contingente (*“capricious”*) possa essere l'applicazione di quest'ultimo requisito è dimostrato da come il caso 10 sia trattato in modo diverso in Germania e in Svizzera, dove i tribunali interpretano in modo opposto norme che possono essere considerate sostanzialmente identiche. I giudici francesi non esitano ad ammettere il risarcimento del danno in questo caso, dati *“la natura dei poteri delle autorità sanitarie e i suoi obiettivi”*⁸.

La tabella 5 riassume i risultati di questa ricerca. Le giurisdizioni trattate in questo libro sono state riorganizzate. Esse appaiono in ordine da sinistra a destra, riflettendo il loro grado di rigidità nel concedere il risarcimento del danno.

Tabella 5
Risultati comparativi generali

Case	G	A	U	P	Svizz	R	I	F	Sp	UE	UK
1	W	W	Y	Z	X	X	X	X Y	X	X	X
2	Y	S	Z	X	Y	X	Y	Y	Y	Y	Z
3	Z	S	Y	Y	W	Y	X	X	X	X Y	Y
4	Y	S	Z	Y	Y ^a	W	X	X	X	X Y ^b	X
5	W Y	Y	Y	Y	Y	Y	X	X Z ^c	Z	S	Z
6 ^d	W Y	Y	W	Y	Z	Y	Y, Z	Z	X	Z	Y
7	W Y	W	W	W Y	Y	W	X	Y	X	X	W
8	W	X	W	W	Y	X	Y S	S	X Y	X	W
9 ^e	W	X	Z	X	Y	Y	X Y	X Y	X	X	Z
10	Y Z	X	X	W	X	Y	X	X	X	X	X
11	X	X	• Y	X Y ^f	X	X	X	X	X	NA	X

⁸ Caso 10.

Osservazioni conclusive: verso la convergenza?

Nota: X: quantomeno alcuni danni; Y: non chiaro/non facile, dipende da un certo numero di condizioni (al di là della violazione che incide sulla sostanza della decisione/omissione); Z: nessuna responsabilità; W: responsabilità solo in caso di violazioni che incidono sulla sostanza della decisione/omissione; S: responsabilità solo per i danni non sanati dall'annullamento.

^(a) A seconda delle differenze di regole tra i Cantoni.

^(b) A seconda che si considerino i costi sostenuti o il mancato guadagno.

^(c) A seconda che la sentenza finale sia positiva o meno.

^(d) Le variazioni nelle risposte a questa domanda sono spesso dovute al fatto che (i) il provvedimento è stato considerato legittimo in molte relazioni e (ii) non sono disponibili risarcimenti per provvedimenti amministrativi legittimi.

^(e) Anche in questo caso una serie di relazioni tende a considerare la misura legittima.

^(f) La condanna degli agenti di polizia in sede penale renderebbe più facile la richiesta di risarcimento del danno.

È chiaro che in alcuni ordinamenti i giudici sono più riluttanti nel consentire l'accoglimento delle azioni di risarcimento del danno. Quello in cui è più difficile ottenere un risarcimento è la Germania. L'aver reso il risarcimento un rimedio meramente subsidiario rispetto all'annullamento e ad altre azioni, insieme al riconoscimento di poteri di ampia portata dei tribunali nel rivalutare i fatti e il merito del caso, conducono in questa direzione e lo stesso discorso vale per l'Austria. Un approccio molto restrittivo sull'esistenza di un obbligo di corresponsione di un risarcimento del danno nei confronti di un soggetto terzo, tuttavia, distingue la Germania da tutte le altre giurisdizioni, come dimostrato dal caso dell'autorità del farmaco negligente⁹.

Chiaramente la Germania e l'Austria, seguiti da una serie di paesi a esse vicini sia geograficamente sia sul piano della cultura giuridica, compiono una dequotazione del risarcimento del danno come rimedio per le azioni e le omissioni amministrative illegittime. I Paesi "latini" vanno nella direzione opposta e l'UE appartiene a quest'ultimo gruppo. La Svizzera si colloca in una posizione intermedia.

Questa divergenza è profondamente radicata nei diversi ordi-

⁹ Caso 10; si veda anche il caso 11, concernente la mancanza di rilevanza delle norme interne di polizia.

namenti nazionali, tanto che si potrebbe parlare di *path-dependency* culturale, che, in quanto tale, non è facile da superare. Michel Fromont ha suggerito che nel settore del diritto amministrativo in Europa emergono tre modelli principali: (i) Francia, Italia, Portogallo, Grecia e, per certi versi, Spagna; (ii) Inghilterra, con Irlanda e Norvegia; e (iii) Germania, Austria, Svizzera e, per certi versi, Polonia¹⁰. La presente ricerca conferma ampiamente questa classificazione, aggiungendo la Romania al gruppo 1 e l'Ungheria al gruppo 3. La Svizzera è contesa dai due gruppi citati.

I risultati della Tabella 5 sono coerenti con il quadro fornito dalle Tabelle 2 e 4. Gli ordinamenti del primo gruppo hanno tribunali diversi – o tribunali specializzati – per l'annullamento e per altri ricorsi puramente amministrativi, da un lato, e per il risarcimento del danno, dall'altro. Quest'ultimo rientra nella giurisdizione dei tribunali "ordinari", o "comuni", o "civili", che non sono disposti – e molto probabilmente non hanno le competenze necessarie – a compiere una nuova valutazione delle conseguenze di un procedimento amministrativo legittimo. Ci troviamo di fronte a scelte istituzionali di Paesi dell'Unione europea che beneficino di un'autonomia organizzativa residuale. Pertanto, le differenze nel regime della responsabilità per le violazioni procedurali illegittime che queste preferenze istituzionali comportano sono destinate a persistere.

Al di là di questa grande suddivisione, emergono comunque alcuni elementi comuni. La responsabilità non è solo più facilmente invocata per gli atti materiali, ma anche per l'insufficiente vigilanza quando è in gioco la salute della popolazione. In modo reciproco, la discrezionalità è un problema quasi ovunque, e adottare una decisione – o prevederne una ai fini della valutazione della responsabilità – non è possibile nella maggior parte degli ordinamenti.

Oltre a quanto appena affermato, esiste un divario trasversale e forse sempre più ampio tra i tribunali disposti a esaminare con attenzione i provvedimenti adottati dalle amministrazioni (in Germania e in Austria, ma anche in Francia, in Italia e, se le ten-

¹⁰ M. FROMONT, *Droit administratif des Etats membres de l'Union européenne*, PUF, 2006, p. 15.

denze attuali si consolideranno, in Romania) e quelli che scelgono di astenersi dall'intervenire. I tribunali del primo gruppo entrano sempre più nel merito della decisione adottata dall'amministrazione, cercando di garantire la decisione "giusta". Per questo motivo, le violazioni procedurali sono sempre più oggetto di dequotazione. Dalle relazioni non sembra che persino il diritto di essere ascoltati, con le sue radici nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sfugga a questa evoluzione.

Quando un approccio di astensione dal sindacato giurisdizionale si combina con la riluttanza a concedere il risarcimento del danno – come sembra accadere sia in Ungheria che in Polonia – i cittadini e le imprese rischiano di essere lasciati in balia dello Stato.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
Presso la *Grafica Elettronica* Napoli