

Giornale di diritto amministrativo

Mensile di legislazione, giurisprudenza,
prassi e opinioni

ANNO XV - Direzione e redazione - strada 1 Palazzo 16 - 20090 Milano (Assago) (MI)

5 2009

www.ipsoa.it/giornaledidirittoamministrativo

La riforma del pubblico impiego

Il rapporto *Doing business* 2009

**L'incostituzionalità
dello *spoils system*
e la reintegrazione del dirigente**

DIRETTORE SCIENTIFICO
Sabino Cassese

COMITATO SCIENTIFICO
Francesco Battini
Luigi Calabone
Giulio Vesperti
Gino Mancini



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

PRIMO PIANO

L'ATTIVITÀ DELLA CORTE DEI CONTI NEL 2008

Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2009 del Presidente della Corte di Conti *Tullio Lazzaro* -
Roma, 11 febbraio 2009

453

NORME

**Pubblico
impiego**

LA RIFORMA DEL PUBBLICO IMPIEGO

Legge 4 marzo 2009, n. 15

Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico, di *Valerio Talamo*

468

Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo? di *Stefano Battini*

475

Il merito e la responsabilità, di *Benedetto Cimino*

479

La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali, di *Gaetano D'Auria*

484

GIURISPRUDENZA

**Comunità
europee**

LA «GUERRA DELLE BANANE»: RAPPORTI TRA ORDINAMENTI E RESPONSABILITÀ
DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE

Corte di giustizia Ce, grande sezione, 9 settembre 2008, cause riunite 120/06 P e 121/06 P

Commento di *Elisa D'Alterio*

489

**Contratti
pubblici**

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE SI CONFIGURA
SOLO DOPO L'AGGIUDICAZIONE

Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633

Commento di *Emanuela Brugnoli*

499

Dirigenza

L'INCOSTITUZIONALITÀ DELLO *SPOILS SYSTEM* E LA REINTEGRAZIONE DEL DIRIGENTE

Corte costituzionale, 24 ottobre 2008, n. 351

Commento di *Marco Magni*

511

Osservatori

CORTE DI GIUSTIZIA E TRIBUNALE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

a cura di *Edoardo Chiti* e *Laura Segni*

525

CORTE COSTITUZIONALE

a cura di *Pina Carluccio* e *Renato Finocchi Ghersi*

527

CORTE DI CASSAZIONE

a cura di *Manuela Limentani* e *Manuela Veronelli*

529

CONSIGLIO DI STATO - DECISIONI

a cura di *Luigi Carbone* e *Luciana Lo Meo*

530

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

a cura di *Giulia Ferrari*

537

CORTE DEI CONTI

a cura di *Francesco Battini*

543

AUTORITÀ INDIPENDENTI

a cura di *Antonella Albanesi*, *Elisabetta Freni*, *Massimiliano Mariani*

546

DOCUMENTI

Economia

IL RAPPORTO *DOING BUSINESS* PER IL 2009

Banca Mondiale - Rapporto «*Doing business 2009*»

Commento di *Giuliano Fonderico*

551

LIBRI

SEGNALAZIONI E RECENSIONI

559

OPINIONI

Opere pubbliche LA FIGURA DEL COMMISSARIO STRAORDINARIO PREVISTA DALL'ART. 20 DEL D.L. N. 185/2008
di *Claudio Franchini*

561

INDICI

568

Hanno collaborato:

Antonella Albanesi	Dottoranda di ricerca in diritto pubblico dell'economia nella Facoltà di economia e commercio dell'Università «La Sapienza» di Roma
Francesco Battini	Presidente di Sezione della Corte dei conti
Stefano Battini	Professore straordinario di diritto amministrativo nella Facoltà di scienze politiche dell'Università della «Tuscia»
Emanuela Brugnoli	Collaboratrice della cattedra di diritto amministrativo nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «Tor Vergata» di Roma
Luigi Carbone	Consigliere di Stato
Pina Carluccio	Magistrato ordinario
Edoardo Chiti	Professore associato di istituzioni di diritto dell'Unione europea nella Facoltà di scienze politiche dell'Università della «Tuscia»
Benedetto Cimino	Professore a contratto di ordinamento delle professioni nella Facoltà di economia dell'Università degli studi di Viterbo
Gaetano D'Auria	Consigliere della Corte dei conti
Elisa D'Alterio	Professore a contratto di diritto amministrativo nella Facoltà di scienze politiche dell'Università di Urbino «Carlo Bo»
Giulia Ferrari	Magistrato dei Tar
Renato Finocchi Ghersi	Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione
Giuliano Fonderico	Ricercatore in istituzioni di diritto pubblico nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «Luiss» di Roma
Claudio Franchini	Professore di diritto amministrativo nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «Tor Vergata» di Roma
Elisabetta Freni	Dottore di ricerca in organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma
Manuela Limentani	Esperta di regolamentazione
Luciana Lo Meo	Funzionario presso il Dipartimento affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri
Marco Magri	Professore associato di diritto amministrativo nell'Università di Ferrara
Massimiliano Mariani	Dirigente amministrativo presso l'Inail
Laura Segni	Dottore di ricerca dell'Istituto universitario europeo di Firenze
Valerio Taamo	Direttore Servizio contrattazione collettiva, ufficio relazioni sindacali - Dipartimento della funzione pubblica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri
Manuela Veronelli	Dottore di ricerca in organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università «La Sapienza» di Roma

Norme comunitarie e norme Gatt - Omc

La «guerra delle banane»: rapporti tra ordinamenti e responsabilità delle istituzioni comunitarie

Corte di giustizia delle Comunità europee, grande sezione, sentenza 9 settembre 2008, cause riunite 120/06 P e 121/06 P - Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio s.p.a. (FIAMM) e Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC e Giorgio Fedon & Figli s.p.a. e Fedon America Inc. c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee.

Proprio come le norme sostanziali contenute negli accordi Omc, una raccomandazione o una decisione dell'organo di risoluzione delle controversie che constata il mancato rispetto delle norme suddette non è, a prescindere dalla portata giuridica precisa attribuita a tale raccomandazione o decisione, idonea ad attribuire ai singoli un diritto di farla valere dinanzi al giudice comunitario per ottenere un controllo della liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie, indipendentemente dal fatto che tale controllo intervenga ai fini del contenzioso di annullamento oppure per statuire su un ricorso per risarcimento danni.

Il Tribunale ha commesso un errore di diritto proclamando l'esistenza di un regime di responsabilità extracontrattuale della Comunità derivante dall'esercizio legittimo di attività rientranti nella sfera normativa. Allo stato attuale dell'evoluzione del diritto comunitario, non esiste un regime di responsabilità che consenta di far sorgere la responsabilità della Comunità per un comportamento rientrante nella sfera della competenza normativa di quest'ultima in una situazione in cui l'eventuale non conformità di tale comportamento agli accordi Omc non può essere invocata dinanzi al giudice comunitario.

ORIENTAMENTI

Giurisprudenza	<p><i>Conforme:</i> Corte di giustizia Ce, 30 settembre 2003, causa 93/02, <i>Biret International SA c. Consiglio Ue</i>, in <i>Racc.</i>, 2003, I, 497; Corte di giustizia Ce, 1 marzo 2005, causa 377/02, <i>Léon Van Parys c. Belgian Interventie-en Restitutiebureau</i>, in <i>Racc.</i>, 2005, I, 146; Trib. Ce, 15 marzo 2006, causa 226/04, <i>Rep. italiana c. Comm. Ce</i>, in <i>Racc.</i> 2006, C 179, 20; Corte di giustizia Ce, 5 marzo 1996, cause riunite 46 e 48/93, <i>Brasserie du pêcheur e Factortame</i>, in <i>Racc.</i>, 1996, I-1029.</p> <p><i>Difforme:</i> Conclusioni dell'Avv. Gen. M. Poiares Maduro, del 20 febbraio 2008, nell'ambito delle cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, <i>Fiamm-Fedon</i>; Conclusioni dell'Avv. Gen. A. Tizzano, del 18 novembre 2004, relativamente alla causa C-377/02, <i>Léon Van Parys</i>.</p>
Dottrina	<p>D. Boni, <i>Accordi Omc, norme comunitarie e tutela giurisdizionale</i>, Milano, 2008, 372 ss.; G. Gattinara, <i>European banana importers and Wto dispute settlement decisions: is the door closed?</i>, in <i>European Law Reporter</i>, 2005, 104-107; M. Mendez, <i>The Impact of Wto rulings in the Community Legal Order</i>, in <i>European Law Review</i>, 2004, 517-529; S. Princen, <i>EC Compliance with Wto Law: The Interplay of Law and Politics</i>, in <i>European Journal of International Law</i>, n. 15/3, 2004, 555-574; F. Snyder, <i>The Gatekeepers: The European Courts and Wto Law</i>, in <i>Common Market Law Review</i>, n. 40/2, 2003, 313-367; G. Tesaro, <i>Rapporti tra la Comunità europea e l'Omc</i>, in <i>Riv. dir. europeo</i>, 1997, 393-394.</p>

Omissis.

Il commento di Elisa D'Alterio

La Corte di giustizia europea conferma un costante orientamento, secondo il quale le norme Gatt-Omc, nonché le decisioni del Dsb (*Dispute Settlement Body*) che dichiarino l'incompatibilità di una normativa comunitaria rispetto alle predette norme, non possano costituire un parametro di legittimità degli atti comunitari. La Corte esclude, altresì, che la Comunità sia tenuta a risarcire i danni derivanti dalla violazione degli accordi Omc da parte delle sue istituzioni, non riconoscendo l'esistenza di un regime di responsabilità della Comunità per esercizio legittimo dell'attività normativa.

Il fatto

La causa trae origine dall'annoso contenzioso tra la Comunità europea e gli Stati Uniti, relativo al regime comunitario di importazione delle banane, previsto dal regolamento Cee n. 404/1993 (1). Alcuni Paesi terzi, tra i quali gli Stati Uniti, denunciano, presso il *Dispute Settlement Body* (Dsb) dell'Organizzazione mondiale del commercio (Omc), l'incompatibilità del sistema sancito dal predetto regolamento con le norme degli accordi Gatt-Omc (2). Riscontrato il contrasto tra le due normative, l'organo di appello permanente dell'Omc comunica alla Comunità un termine per ottemperare alla decisione (3). Le istituzioni comunitarie provvedono, quindi, all'adozione di alcuni regolamenti (4), che, tuttavia, vengono, ancora una volta, contestati da alcuni Paesi terzi. A fronte della perdurante inottemperanza della Comunità alla decisione del Dsb, gli Stati Uniti ottengono dall'Omc l'autorizzazione a imporre alcune sovrattasse sulle importazioni di particolari prodotti, tra i quali le batterie stazionarie e gli astucci per occhiali, provenienti dalla Comunità (5). Al termine di negoziati condotti dalle parti interessate, la Comunità conclude con gli Stati Uniti un *memorandum* d'intesa e adotta alcuni regolamenti (6), con i quali viene applicato, in conformità alle norme Gatt-Omc, il nuovo regime comunitario di importazione delle banane. Gli Stati Uniti sospendono, quindi, l'applicazione delle sovrattasse sulle importazioni comunitarie. La Fiamm e la Fedon, società europee operanti nel mercato dell'esportazione di batterie stazionarie e di astucci per occhiali, subiscono pesanti danni economici dall'applicazione delle sovrattasse doganali statunitensi. Per questa ragione, entrambe le società decidono di agire nei confronti della Comunità, chiedendo il risarcimento dei danni ex artt. 235 e 288, c. 2, del Tce, per la mancata adozione tempestiva delle modifiche al regime di importazione delle banane, in conformità alle norme Gatt-Omc. Il Tribunale di primo grado respinge i ricorsi (7).

Note:

- (1) Regolamento (Ce) del Consiglio, 13 febbraio 1993, n. 404, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore della banana (in *G.U.C.E.* L 47, 1).
- (2) Il contrasto riguarderebbe la previsione da parte del legislatore comunitario di disposizioni preferenziali a vantaggio delle banane originarie degli Stati ACP.
- (3) Si v. il *Report* dell'*Appellate Body* (WT/DS27/AB/R) e i *Reports* del *Panel* (WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/GTM-WT/DS27/R/HND, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA), 25 settembre 1997.
- (4) Si tratta del regolamento (Ce) del Consiglio, 20 luglio 1998, n. 1637, integrato dal regolamento (Ce) della Commissione, 28 ottobre 1998, n. 2362 (in *G.U.C.E.* L 293, 32).
- (5) Si noti che l'art. 22 dell'*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (Dsu - Allegato 2 dell'Accordo istitutivo dell'Omc, 15 aprile 1994) ammette la possibilità, nel caso in cui scada il termine ragionevole dei venti giorni al fine dell'ottemperamento, anche mediante negoziati, della raccomandazione del Dsb, che la parte interessata chieda la sospensione di concessioni od obblighi «in altri settori contemplati dallo stesso accordo».
- (6) Si tratta del regolamento (Ce) del Consiglio, 29 gennaio 2001, n. 216 (in *G.U.C.E.* L 31, 2) e del regolamento (CE) della Commissione, 7 maggio 2001, n. 896 (in *G.U.C.E.* L 126, 6).
- (7) La decisione si articola in tre passaggi principali. Nel primo punto, il Tribunale evoca la costante giurisprudenza che esclude che gli accordi Omc figurino, in linea di principio, tra le normative alla luce delle quali il giudice controlla la legittimità dell'azione delle istituzioni comunitarie, salvo i due casi di eccezione dell'esecuzione di un obbligo particolare e dell'espresso rinvio a precise disposizioni degli accordi Omc. Queste due ipotesi, tuttavia, non ricorrono nella fattispecie. Nel secondo passaggio, il Tribunale evidenzia che l'incompatibilità tra le normative comunitarie e Omc non è motivo di illegittimità dell'operato delle istituzioni comunitarie; pertanto, non risulterebbe uno dei tre presupposti necessari al riconoscimento della responsabilità extracontrattuale della Comunità. Nel terzo passaggio, il giudice comunitario analizza, infine, la possibilità di far valere una responsabilità extracontrattuale in assenza di atto illecito degli organi comunitari. Sul punto, si riconosce, in linea teorica, la sussistenza di tale forma di responsabilità in quanto principio generale comune ai diritti degli Stati membri, ma si esclude che questa trovi applicazione nel caso in esame, non ricorrendo uno dei presupposti della disciplina, ossia l'anormalità del danno. Il Tribunale ha, infatti, rifiutato di riconoscere al danno subito dalle ricorrenti un carattere anormale, poiché lo stesso non avrebbe superato i limiti dei rischi economici connessi all'attività di esportazione. La sospensione di concessione tariffaria, prevista dagli accordi Omc, non può essere considerata estranea alla normale alea del commercio internazionale, allo stato attuale della sua organizzazione. Trib. Ce, 14 dicembre 2005, causa 69/00, *Fiamm et Fiamm Technologies c. Consiglio Ue e Commissione Ce*, in *Racc.*, C 48, 2006, 22, e Trib. Ce, 14 dicembre 2005, causa 135/01, *Fedon & Figli e a. c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, C 48, 2006, 22.

Le società decidono, quindi, di impugnare tali sentenze, contestando le parti relative al valore della scadenza del termine di adempimento della raccomandazione del Dsb e alla sussistenza di una responsabilità della Comunità in assenza di atto illecito, con riferimento alla valutazione dell'anormalità del danno subito dalle due società.

La decisione della Corte

Anche la Corte respinge i ricorsi. Il percorso argomentativo alla base della decisione ruota attorno a due questioni centrali: gli effetti di una decisione del Dsb, attestante l'incompatibilità tra normativa comunitaria e accordi Omc; l'esistenza di una responsabilità senza colpa delle istituzioni comunitarie.

Valore ed efficacia delle norme Gatt-Omc e delle decisioni del Dsb

Nei passaggi principali della sentenza, il giudice comunitario parte dall'individuazione delle condizioni di responsabilità extracontrattuale della Comunità: l'illegittimità del comportamento contestato alle istituzioni comunitarie; la sussistenza del danno; l'esistenza di un nesso di causalità fra comportamento e danno. È, dunque, necessario verificare se la violazione delle regole Omc integri tali condizioni (punti 106 e 107).

In risposta a tale quesito, la Corte si sofferma sulla natura degli accordi internazionali, evidenziando come le istituzioni comunitarie siano libere di convenire con gli Stati terzi i loro effetti; in mancanza di espressa statuizione, spetta al giudice comunitario definire tale efficacia. La giurisprudenza comunitaria ha, nel tempo, regolato questo aspetto, asserendo che un accordo internazionale possa assurgere a parametro di legittimità di una norma comunitaria solo ove ciò non sia escluso dalla natura o dalla struttura del trattato internazionale e le sue disposizioni appaiano nel contenuto incondizionate e sufficientemente precise (punti 108-110).

In materia di accordi Gatt-Omc, viene, quindi, evocata una costante giurisprudenza, che esclude che tali accordi possano ritenersi parametri di legittimità delle norme comunitarie, salvo che le stesse non diano attuazione ad un obbligo particolare o contengano il rinvio a disposizioni degli accordi (punti 111-112). Tuttavia, la regolazione comunitaria del mercato comune nel settore della banana non rientra in nessuna delle due summenzionate ipotesi di deroga (punti 113-115).

Nel successivo passaggio, la Corte rileva che la so-

luzione dei contrasti tra norme comunitarie e norme Omc è affidata ai negoziati, che possono essere svolti anche a seguito della scadenza del termine di esecuzione della decisione del Dsb. In questo senso, la previsione di un controllo di legittimità delle norme comunitarie alla luce degli accordi Gatt-Omc potrebbe avere l'effetto di indebolire la Comunità nella ricerca di una soluzione equilibrata della controversia, mettendo in discussione il rapporto di reciprocità (punti 116-119).

La Corte equipara, quindi, i requisiti dell'azione di annullamento a quelli dell'azione di risarcimento, affermando che la violazione delle norme Gatt-Omc non possa costituire uno dei presupposti della responsabilità extracontrattuale della Comunità (punti 120-124).

Infine, il giudice comunitario nega l'effetto diretto delle decisioni del Dsb, affermando, peraltro, che il riconoscimento di una tale efficacia deve essere, certamente, escluso in mancanza del previo controllo di legittimità sulle norme Omc, delle quali il Dsb dichiara la violazione (punti 125-134).

La responsabilità senza colpa delle istituzioni comunitarie

Sul riconoscimento di una responsabilità senza colpa delle istituzioni comunitarie, la Corte evidenzia, innanzi tutto, la necessità di una contestuale ricorrenza dei tre summenzionati presupposti affinché insorga l'obbligo di risarcimento (punti 164-165). Da tale assunto deriva che la mancanza del requisito dell'illiceità dell'operato delle istituzioni è sufficiente a respingere l'azione di risarcimento esercitata contro la Comunità (punto 166), in conformità all'esigenza di certezza del diritto e a quanto previsto dall'art. 288, c. 2, Tce (punto 167).

La Corte evidenzia, poi, come nella giurisprudenza passata non sia mai stata dichiarata una responsabilità senza colpa della Comunità (punti 168-173). Il riconoscimento della responsabilità deve essere subordinato a casi in cui l'istituzione abbia violato, in modo palese e grave, i limiti imposti all'esercizio dei suoi poteri (punto 174). Non esistono, comunque, norme che prevedano una disciplina della responsabilità senza colpa delle istituzioni comunitarie. Anche dall'esame comparativo degli ordinamenti degli Stati membri in materia di responsabilità delle istituzioni pubbliche, risulta che nella maggioranza dei casi non è previsto un regime di responsabilità in presenza di un atto normativo o di un'omissione leciti delle pubbliche autorità (punti 175-178).

Nel giudizio di primo grado, il Tribunale aveva, in-

vece, affermato la possibilità di un riconoscimento della responsabilità senza colpa delle istituzioni comunitarie a determinate condizioni, ma l'aveva escluso nella fattispecie soltanto in ragione della mancata ricorrenza del requisito dell'anormalità del danno (8). La Corte afferma, dunque, che il giudice di prime cure ha commesso un errore di diritto nel sostenere l'esistenza di un regime di responsabilità extracontrattuale della Comunità, derivante dall'esercizio legittimo di attività normative (punto 177), escludendo che una tale responsabilità possa insorgere anche in presenza delle condizioni indicate dal Tribunale.

La Corte effettua, tuttavia, due precisazioni, che erano, invece, assenti nella decisione di primo grado. Con la prima, afferma la possibilità generale del legislatore comunitario di stabilire eventuali forme di risarcimento nel caso della produzione da parte di un atto comunitario di effetti dannosi (punto 181). Con la seconda, ammette il riconoscimento di una responsabilità extracontrattuale della Comunità qualora vengano imposti all'esercizio di diritti fondamentali, come quelli di proprietà e al libero esercizio di un'attività professionale, limiti eccessivi e non proporzionati al perseguimento di obiettivi di interesse generale (punti 182-184) (9).

Comunità europea e Organizzazione mondiale del commercio: scontro tra ordinamenti ultrastatali

Questo nuovo capitolo della «guerra delle banane» riapre il dibattito circa i rapporti tra Comunità europea e Omc (10). Entrambi gli ordinamenti prevedono regole generali in materia di rapporti con altri sistemi (11). Tuttavia, le relazioni tra questi due regimi giuridici non sono chiare. Il problema è sempre lo stesso: le norme degli accordi Omc possono costituire un parametro di legittimità delle norme del diritto comunitario derivato? In realtà, l'ultimo considerando della decisione 94/800/CE esclude espressamente tale possibilità (12). Questa previsione, comunque, non priva la Corte di giustizia del potere di accertare se una norma di un accordo internazionale sia provvista o meno dell'effetto diretto, nel caso in cui ciò non sia regolato dallo stesso accordo. Questo si traduce in una sostanziale irrilevanza del considerando in questione, che non può, quindi, impedire alla Corte di pervenire ad una diversa soluzione.

Il contesto giurisprudenziale

Il problema dei rapporti tra le norme dei due siste-

mi in esame può essere, quindi, risolto soltanto dal giudice comunitario. Al riguardo, si deve rilevare che tale giudice ha sempre escluso che le norme Omc, in linea generale, costituiscano parametri di legittimità delle norme comunitarie. In particolare, tali norme non risultano dotate dei requisiti richie-

Note:

(8) In particolare, nel punto 160 della sentenza, il Tribunale afferma che: «nel caso di un danno causato da un comportamento delle istituzioni della Comunità la cui illiceità non è dimostrata, la responsabilità extracontrattuale della Comunità può sorgere quando siano cumulativamente soddisfatte le condizioni relative all'effettività del danno, al nesso di causalità tra il danno e il comportamento delle istituzioni comunitarie e al carattere anormale e speciale del danno in questione».

(9) Sul punto, la Corte evidenzia che un operatore economico non può rivendicare un diritto di proprietà su una quota di mercato da esso detenuta in un determinato momento, poiché tale quota «costituisce soltanto una posizione economica temporanea, esposta all'alea di un mutamento di circostanze» (punto 185). Nell'ultima parte, poi, della decisione, la Corte rigetta la richiesta delle ricorrenti di un equo risarcimento per l'eccessiva durata del processo di primo grado, dichiarando l'irricevibilità della relativa domanda (punti 200-214).

(10) Sui rapporti tra Comunità europea e Organizzazione mondiale del commercio esiste una vasta letteratura. Si v., in particolare, i recenti lavori di D. Boni, *Accordi Omc, norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, Milano, 2008 e di F. Casolari, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2008. Tra i contributi più datati si ricordano, invece, G. Tesauro, *Rapporti tra la Comunità europea e l'Omc*, in *Rivista di diritto europeo*, 1997, 369-400; J.H.H. Weiler (a cura di), *The EU, the Wto and the Nafta. Towards a Common Law of International Trade*, Oxford, Oxford University Press, 2003; N. Walker, *The EU and the Wto: Constitutionalism in a New Key*, in *The European Union and Wto Legal and constitutional issues*, a cura di G. De Burca and J. Scott, Oxford, Oxford University Press, 2003, 68 ss.; F. Snyder, *The Gatekeepers: The European Courts and Wto Law*, in *Common Market Law Review*, n. 40/2, 2003, 313-367; G. della Cananea, *The Eu and the Wto: A «Relational Analysis»*, paper presentato alla Conferenza di Vienna «New Foundation for European and Global Governance», 29-30 Novembre 2004; M. Mendez, *The Impact of Wto rulings in the Community Legal Order*, in *European Law Review*, 2004, 517-529; S. Princen, *EC Compliance with Wto Law: The Interplay of Law and Politics*, in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 3, 2004, 555-574; F. Francioni, F. Lenzerini, M. Montini, *Organizzazione mondiale del commercio e diritto della Comunità europea nella prospettiva della risoluzione delle controversie*, Milano, 2005; G. Gattinara, *European Banana Importers and Wto Dispute Settlement Decisions: Is the Door Closed?*, in *European Law Reporter*, 2005, 104-107. Più in generale, S. Cassese, *Legal Imperialism, and «Raison d'Etat» in the Global Administrative Law*, paper presentato alla *Gal Conference, Institute for International Law and Justice*, New York, 22-23 aprile 2005.

(11) Per l'ordinamento comunitario si v. l'art. 300 del Tce, in particolare il c. 7. Per il sistema Omc si v. l'art. V, c. 1 e 2, dell'Accordo istitutivo.

(12) Si afferma che: «l'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, compresi gli allegati, non è di natura tale da essere invocato direttamente dinanzi alle autorità giudiziarie della Comunità e degli Stati membri». Decisione (Ce) del Consiglio, 22 dicembre 1994, n. 800, relativa alla conclusione in nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), in *G.U.C.E. L 336*, 1994.

sti affinché una disposizione internazionale pattizia sia considerata un parametro di legittimità. I requisiti sono quelli della natura vincolante e *self-executing* della norma (caso *International Fruit Company*) (13) e la previsione di obblighi chiari, precisi e incondizionati (caso *Demirel*) (14).

Nel tempo, il giudice comunitario ha, comunque, riconosciuto alcune deroghe. Quando un regolamento comunitario rinvia alle norme Gatt (caso *Fediol*) (15) o è adottato per dare ad esse attuazione (caso *Nakajima*) (16), il singolo può invocare tali norme come parametro di legittimità dell'atto comunitario. In questa giurisprudenza, si registra, dunque, un'evoluzione rispetto alla decisione *International Fruit Company*: le norme Gatt-Omc sono, certamente, prive di un'efficacia diretta generale, ma possono assumere effetto immediato nell'esclusivo ambito di applicazione della norma comunitaria esecutiva o contenente il rinvio. Entro tali limiti, il privato potrà invocare la norma Gatt-Omc come parametro di legittimità.

Alcune perplessità riguardano, invece, l'ammissione che il Gatt possa costituire un parametro di legittimità di una normativa nazionale, conforme ad un regolamento della Comunità (caso *Commissione c. Germania*) (17). La *ratio* giuridica di tale assunto risiederebbe nella circostanza per cui il controllo del rispetto di un accordo, che vincola sia gli Stati membri sia la Comunità, può essere operato dalla Corte solo quando la violazione è posta in essere da uno Stato, e non anche quando è riconducibile al comportamento di un'istituzione comunitaria, che risulta, infatti, sanzionabile solo con gli strumenti del diritto internazionale. Tuttavia, posta l'inefficacia diretta delle norme Omc (e delle decisioni del Dsb), non sono chiari i modi nei quali la Comunità risulterebbe efficacemente sanzionabile.

Un interessante sviluppo della giurisprudenza riguarda l'affermazione per cui le norme di un trattato, non basato sul principio della «reciproca convenienza», possano costituire un parametro di legittimità, anche se l'accordo non contenga disposizioni direttamente applicabili (caso *Regno dei Paesi Bassi*) (18). Pertanto, ai fini del riconoscimento del valore di parametro di legittimità della norma internazionale pattizia, il presupposto principale è quello dell'assenza di reciprocità. Cade, invece, in secondo piano il requisito dell'effetto diretto (19).

Il giudice comunitario, escludendo sempre che la violazione di norme Gatt da parte di regolamenti comunitari costituisca un comportamento illecito, riconosce, altresì, che la Commissione europea, in determinati settori previsti dal Trattato, possa eser-

citare ampi poteri discrezionali, anche in violazione delle norme Gatt, purché in conformità agli obiettivi di interesse generale e alla normativa di applicazione del Consiglio (caso *Chiquita Brands International*) (20).

Più particolare è l'ipotesi in cui il Dsb con raccomandazione abbia attestato l'incompatibilità delle normative comunitarie con le norme Gatt-Omc. La principale linea di tendenza è l'esclusione della rilevanza della decisione del Dsb in quanto considerabile solo nel caso in cui all'accordo Omc si ricono-

Note:

(13) Corte di giustizia Ce, 12 dicembre 1972, cause riunite 21-24/72, *International Fruit Company e a. c. Produktshap voor Groenten en Fruit*, in *Racc.*, 1972, 1219, punti 7-9. Nella stessa sentenza si afferma che il Gatt risulta fondato su una base di reciprocità e di vantaggio mutui (punti 24-26). Ciò, secondo il giudice comunitario, «è sufficiente a dimostrare che, trovandosi in un contesto siffatto, l'art. XI del Gatt non attribuisce ai singoli cittadini delle Comunità il diritto di esigerne giudizialmente l'osservanza» (punti 27-28). Si v. anche Corte di giustizia Ce, 24 ottobre 1973, *Schluter c. Hauptzollamt Lorrach*, in *Racc.*, 1973, 1135.

(14) Corte di giustizia Ce, 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, in *Racc.*, 1987, 3719. Sul punto, è interessante notare che le norme degli accordi internazionali risultano sottoposte alle stesse condizioni richieste per la diretta efficacia delle norme comunitarie negli ordinamenti degli Stati membri. Laddove, comunque, le norme convenzionali internazionali risultino prive dei caratteri necessari ai fini del riconoscimento dell'effetto diretto, il loro vigore è salvaguardato dai meccanismi di adattamento previsti dallo stesso ordinamento comunitario o dagli ordinamenti dei Paesi membri.

(15) Corte di giustizia Ce, 22 giugno 1989, causa 70/87, *Fediol*, in *Racc.*, 1989, 1781.

(16) Corte di giustizia Ce, 7 maggio 1991, causa 69/89, *Nakajima*, in *Racc.*, 1991, I-2069.

(17) Corte di giustizia Ce, 10 settembre 1996, causa 61/94, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 1996, I-3989. In tale caso, la Commissione europea contesta alla Germania di aver violato alcune disposizioni di un accordo adottato in ambito Gatt. La Corte, chiamata a stabilire se la Commissione possa iniziare una procedura d'infrazione contro uno Stato membro per violazione di norme Gatt, allorché, peraltro, il comportamento contestato sia consentito da un regolamento comunitario, afferma la sussistenza della violazione. Si noti che in una precedente decisione del 1994 (Corte di giustizia Ce, 5 ottobre 1994, causa 280/93, *Germania c. Consiglio UE*, in *Racc.*, 1994, I-4973) il giudice comunitario aveva rigettato l'azione di annullamento della Germania, che aveva chiesto che fosse utilizzata una norma Gatt come parametro di validità di un atto comunitario.

(18) Corte di giustizia Ce, 9 ottobre 2001, causa 377/98, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio UE*, in *Racc.*, 2001, I-7079, punti 52-54.

(19) Si può notare come, a differenza della decisione in esame, nella precedente sentenza *International Fruit Company*, il requisito dell'effetto diretto è, implicitamente, collegato al requisito della reciprocità, ritenendo che la presenza del secondo escluda il primo, non potendosi ammettere che un accordo basato sull'equilibrio delle posizioni delle parti contraenti contenga norme che riconoscano ai privati la possibilità di esigerne l'osservanza.

(20) Tribunale Ce, 3 febbraio 2005, causa 19/01, *Chiquita Brands International*, in *Racc.* 2005, II-315.

scano effetti diretti (caso *Biret*) (21). La Corte afferma, infatti, la regola che le norme Omc non sono invocabili come parametri di legittimità neanche nel caso in cui l'incompatibilità con la normativa comunitaria sia dichiarata da una decisione del Dsb. A sostegno di tale assunto, il giudice comunitario fa, principalmente, riferimento ai caratteri del sistema di risoluzione delle controversie dell'Omc, che riserverebbe, infatti, un ruolo centrale ai negoziati, anche nella fase successiva all'adozione delle raccomandazioni dell'organo giudicante (caso *Van Parys*) (22).

Approdo e problemi della sentenza Fiamm-Fedon

La sentenza *Fiamm-Fedon* rappresenta un ulteriore sviluppo del ragionamento della Corte sul problema dei rapporti tra norme comunitarie e norme Gatt-Omc. Tale decisione, a differenza della sentenza *Van Parys*, prende in considerazione il problema dell'effetto diretto delle decisioni del Dsb (considerate «in sé e per sé») separatamente dalla valutazione della natura delle norme Gatt-Omc. Si deve notare, infatti, che nella sentenza *Van Parys* la Corte aveva ricavato l'impossibilità di considerare le decisioni del Dsb quali parametri di legittimità dalla natura degli accordi Gatt-Omc e dall'esigenza di assicurare la «reciproca convenienza». In questo senso, si era escluso che la scadenza del termine per l'adempiimento delle raccomandazioni configurasse un «obbligo particolare» per la Comunità, che, del resto, avrebbe impedito il funzionamento del meccanismo dei negoziati previsto dalla stessa normativa Omc. La sentenza aggiunge, invece, alcune considerazioni specifiche relative ai caratteri delle decisioni del Dsb (23). In primo luogo, la decisione del Dsb può riguardare la semplice valutazione della violazione da parte degli Stati membri delle norme Omc e, pertanto, non è «fondamentalmente distinta» dalle norme sostanziali di cui valuta l'osservanza. Inoltre, la stessa, a prescindere dalla portata giuridica attribuita, non riconosce ai singoli un diritto di farla valere dinanzi al giudice comunitario per ottenere un controllo di liceità del comportamento delle istituzioni. Infine, la raccomandazione non può aumentare o diminuire i diritti e gli obblighi enunciati negli accordi, non potendo riconoscere in capo ai privati un nuovo diritto non contemplato dal sistema Omc.

Tale sentenza non risolve, però, alcuni problemi. Innanzi tutto, risulta ancora dubbio quando ricorrano esattamente le due deroghe alla regola generale della non invocabilità delle norme Omc (24). In particolare, si segnala come siano rari i casi in cui la

Corte ha ritenuto che una normativa comunitaria fosse esecutiva o contenesse un rinvio alle norme Gatt-Omc, consentendo l'invocabilità delle stesse. Sul punto, è significativo, altresì, il contrasto tra la posizione della Corte, che ha più volte escluso che la disciplina comunitaria del mercato delle banane sia l'attuazione di un «obbligo particolare» derivante dalle norme Omc, e quella dell'Avvocato Generale Tizzano che, nelle Conclusioni della causa *Van Parys*, ha, invece, sostenuto che la normativa sia proprio esecutiva di tali obblighi internazionali (25). Quali sono, pertanto, i criteri in presenza dei quali si può affermare la ricorrenza dell'«obbligo particolare»? Qual è la differenza effettiva tra le due deroghe in esame (26)? La definizione di tali questioni risulterebbe utile al fine di individuare più chiaramente i casi di invocabilità delle norme Gatt-Omc.

Un ulteriore problema attiene all'esistenza di una serie di decisioni dell'organo di appello permanente dell'Omc, nelle quali, accertata l'incompatibilità di alcune normative comunitarie con gli accordi Gatt-Omc, si afferma la prevalenza delle norme internazionali (27). Si noti, inoltre, che gli articoli 17 e

Note:

(21) Corte di giustizia Ce, 30 settembre 2003, causa 93/02, *Biret International SA c. Consiglio UE*, in *Racc.*, 2003, I-497.

(22) Corte di giustizia Ce, 1 marzo 2005, causa 377/02, *Léon Van Parys c. Belgisch Interventie-en Restitutiebureau*, in *Racc.*, 2005, I-146. Nella sentenza si evidenzia che l'imposizione del controllo di legittimità delle norme comunitarie alla luce delle decisioni del Dsb «potrebbe avere l'effetto di indebolire la posizione della Comunità nella ricerca di una soluzione reciprocamente conveniente della controversia e conforme con le dette regole» (punto 51) e potrebbe produrre un'«assenza di reciprocità», che «rischierebbe di condurre a uno squilibrio nell'applicazione delle regole dell'Omc» (punto 53).

(23) Si v. i punti dal 125 al 134 della sentenza.

(24) Si v. D. Boni, *Accordi Omc, norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, cit., 283 ss.

(25) Conclusioni dell'Avvocato Generale A. Tizzano, presentate il 18 novembre 2004, relativamente alla causa C-377/02, *Léon Van Parys*, punti 84-107.

(26) Al riguardo, si segnala una recente sentenza (Tribunale Ce, 15 marzo 2006, causa 226/04, *Repubblica italiana c. Commissione CE*, in *Racc.*, C 179, 2006, 20), ove si è affermato che la regola dell'«obbligo particolare» presuppone che l'atto garantisca direttamente la trasposizione nel diritto comunitario di prescrizioni derivanti dagli accordi Omc. Tuttavia, tale precisazione rischia di sovrapporre l'eccezione dell'esecuzione dell'obbligo particolare a quella del rinvio.

(27) Si ricorda, in particolare, la decisione *Sardines* (Wto Appellate Body, WT/DS231/AB/R, 70-72), ove, rispetto a un contrasto tra un regolamento comunitario (n. 2136/89) e uno *standard del Codex Alimentarius*, il *Panel* e l'*Appellate Body* dell'Omc ritengono che la normativa comunitaria debba conformarsi allo *standard* globale sulla base dell'art. 2.4. dell'*Agreement on Technical Barriers to Trade* (Tbt). In tal senso, viene riconosciuta la supremazia del diritto dell'Omc su quello comunitario.

21 del Dsu prevedono che le decisioni del Dsb devono essere eseguite «incondizionatamente» ed è «essenziale» che siano «prontamente» rispettate. Il Dsb corrisponde, infatti, ad un meccanismo di carattere obbligatorio, «che si traduce nella possibilità di ricorso unilaterale e, dunque, nel connotato tipico di un controllo di tipo giurisdizionale. Ciò si collega anche all'esclusività del meccanismo stesso rispetto a tutte le controversie sull'applicazione dell'insieme delle norme Omc, nel senso di attivare procedure diverse» (28).

L'orientamento della Corte sembra, quindi, più attinente alla vecchia realtà del sistema Gatt, caratterizzato da una maggiore flessibilità delle norme e da un meccanismo di soluzione delle controversie a maglie larghe e di tipo negoziale. Al contrario, il sistema Omc assume una diversa configurazione, soprattutto in rapporto alla maggiore rigidità delle proprie norme e del sistema di risoluzione delle controversie, rispetto al quale la giurisprudenza comunitaria non si sarebbe, quindi, adeguata (29), rendendo il sindacato dell'organo internazionale un'attività *teethless* (30).

Responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie e risarcimento dei danni

L'art. 288, c. 2, del Tce stabilisce che «in materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità deve risarcire (...) i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni»; per tali controversie si prevede la giurisdizione del giudice europeo (art. 235 Tce) (31). Riguardo alla disciplina applicabile in materia di responsabilità extracontrattuale, il suddetto art. 288 si limita a stabilire un generico riferimento ai «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», interpretato dalla Corte come facoltà di trarre le regole della materia dal patrimonio giuridico complessivo degli Stati.

Il contesto giurisprudenziale e approdo e problemi della sentenza *Fiamm-Fedon*

Il Trattato, ancora una volta, affida la regolazione di una questione giuridica al giudice comunitario. Questi riconosce i presupposti della responsabilità extracontrattuale nella sussistenza di un danno effettivo, del nesso causale tra danno e comportamento delle istituzioni, dell'antigiuridicità del comportamento stesso (caso *Lütticke*) (32). Il requisito dell'antigiuridicità richiede che il comportamento sia attribuibile alle istituzioni o agli agenti nella lo-

ro veste istituzionale (caso *Seyag c. Leduc*) (33) e che la lesione riguardi un interesse pubblico o anche l'interesse particolare di un soggetto inciso dalla norma adottata (caso *Kampffmeyer*) (34).

L'aspetto più controverso della disciplina è l'individuazione del comportamento sulla base del quale riconoscere la responsabilità extracontrattuale dell'istituzione comunitaria (35). In particolare, emergono due ordini di problemi: per quali tipi di atti è riconoscibile la responsabilità? In quali termini risulta essenziale il requisito dell'antigiuridicità dell'atto?

Riguardo al primo quesito, il problema attiene alla

Note:

(28) Così, G. Tesauro, *Rapporti tra la Comunità europea e l'Omc*, cit., 398.

(29) Si v., sempre, G. Tesauro, *Rapporti tra la Comunità europea e l'Omc*, cit., 398. Tuttavia, non si può trascurare come all'organo di risoluzione delle controversie dell'Omc possano ricorrere soltanto gli Stati contraenti. Pertanto, la tutela giuridica dei singoli dipende dalla discrezionalità degli Stati e, più esattamente, dalla loro volontà di aderire alle raccomandazioni del Dsb o, comunque, di ricorrere ai negoziati. In questo senso, il sistema Omc presenta un impianto fortemente volontaristico (basato sui negoziati) e dualistico (distinzione netta tra Stato e cittadini), tipico del diritto internazionale. Si v. A. Ligustro, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale dal Gatt all'Omc*, Padova, 1996; M. Coccia, *Il sistema di soluzione delle controversie nella Wto*, in *Diritto del commercio internazionale*, Milano, 1996, 102 ss.; A. Lindroos e M. Mehling, *Dispelling the Chimera of Self-Contained Regimes. International Law and the Wto*, in *European Journal of International Law*, vol. 16, n. 5, 2006, 860 ss.; J. Cameron e K. Campbell, *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Londra, Cameron May, 1998. L'istituzione della figura dell'*amicus curiae* nell'Omc costituisce, comunque, un passo verso la soluzione del deficit di tutela, che caratterizza tale organizzazione internazionale. Sul punto, si v., in particolare, P.C. Mavroidis, *Amicus Curiae Briefs Before the Wto: Much Ado About Nothing*, Jean Monnet Working Paper, 2001, 2; G. Marceau e M. Stilwell, *Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before WTO Adjudicating Bodies*, in *Journal of International Economic Law*, n. 4, 2001, 155-187; T. Zwart, *Should Courts Make Up the Accountability Deficit at the Global Level?*, paper presentato al «Workshop on Values in Global Administrative Law: A Tribute to Professors Gérard Timsit and Spyridon Flogaitis», Parigi, 16-17 ottobre 2008.

(30) G. della Cananea, *The EU and the Wto: A Relational Analysis*, cit.

(31) Per i casi, invece, di responsabilità contrattuale, il giudizio si svolge secondo la legge nazionale, individuata mediante le regole del diritto internazionale privato.

(32) Corte di giustizia Ce, 28 aprile 1971, causa 4/69, *Lütticke c. Commissione*, in *Racc.*, 1971, 337.

(33) Corte di giustizia Ce, 10 luglio 1969, causa 9/69, *Seyag c. Leduc*, in *Racc.*, 1969, 329 ss.

(34) Corte di giustizia Ce, 14 luglio 1967, cause riunite 5,7 e 13-24/66, *Kampffmeyer c. Commissione*, in *Racc.*, 1967, 368.

(35) La giurisprudenza ritiene che fonte di responsabilità possano essere comportamenti di vario tipo, come l'esercizio abusivo di poteri o l'inadempimento dei doveri previsti dal Trattato. Sul punto, si segnala l'analisi di D. Boni, *Accordi Omc, norme comunitarie e tutela giurisdizionale*, cit., 347 ss.

possibilità di ammettere una responsabilità delle istituzioni comunitarie in relazione all'adozione di atti anche normativi e non solo amministrativi. Al riguardo, la Corte manifesta un orientamento piuttosto restrittivo, escludendo che, nel caso di atti normativi, si possano applicare le «ordinarie» regole sulla responsabilità. L'adozione di un atto normativo può produrre, infatti, responsabilità della Comunità soltanto se, oltre al soddisfacimento dei classici requisiti, l'atto comporti una «violazione grave di una norma superiore intesa a tutelare i singoli» (caso sentenza *Aktien*) (36) o, in altri termini, se l'istituzione disconosca, in modo palese e grave, i limiti imposti all'esercizio dei suoi poteri. In questo senso, il legislatore non deve essere ostacolato nella sua attività dalla prospettiva di azioni di danni ogni volta che debba adottare, nell'interesse generale, provvedimenti potenzialmente lesivi degli interessi dei singoli (casi *Bayerische* e *Brasserie*) (37).

Il secondo quesito è più controverso del primo. In altri termini, ci si chiede se il requisito dell'antigiuridicità dell'atto sia, in assoluto, necessario ai fini del riconoscimento della responsabilità extracontrattuale dell'istituzione comunitaria (38). L'orientamento principale della Corte è quello di escludere qualsiasi forma di responsabilità da atto lecito o senza colpa della Comunità (casi *Oleifici Mediterranei* e *Kydep*) (39), anche se sono ipotizzabili alcune deroghe (caso *Dorsch*) (40).

La sentenza *Fiamm-Fedon* recepisce pienamente i precedenti orientamenti in ordine ad entrambe le questioni evidenziate (41). La Corte aggiunge, comunque, alcune nuove considerazioni. Sebbene si parta dal ritenere che in presenza di esercizio legittimo di attività normativa si debba escludere l'insorgenza di qualsiasi forma di responsabilità, nei punti successivi della sentenza emergono alcuni temperamenti a tale orientamento. Innanzi tutto, si ammette che il legislatore comunitario, con un'apposita disciplina, possa sempre prevedere casi di risarcimento per l'adozione di atti normativi che producano effetti lesivi, senza essere necessariamente illeciti. Il secondo temperamento, invece, riguarda la materia dei diritti fondamentali: l'ordinamento comunitario può riconoscere la responsabilità extracontrattuale della Comunità nel caso di interventi normativi che, sebbene leciti, comportino eccessive restrizioni all'esercizio dei diritti in rapporto al perseguimento di obiettivi di interesse generale.

La decisione lascia, comunque, aperte alcune questioni. In primo luogo, si segnala la discutibile equiparazione che la Corte effettua tra l'azione di an-

Note:

(36) Corte di giustizia Ce, 2 dicembre 1971, causa 5/71, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Consiglio*, in *Racc.*, 1971, 975. Ancora più restrittiva è la tesi per cui al requisito dell'antigiuridicità dell'atto si debbano aggiungere anche i requisiti della non funzionalità dello stesso all'obiettivo prefissato, della non proporzionalità e della inaccettabilità (caso *Chiquita Brands International*).

(37) Corte di giustizia Ce, 25 maggio 1978, cause riunite 83 e 94/76, 5, 15, e 40/77, *Bayerische HNL Vermehrungsbetriebe GmbH e a. c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 1978, 1224; C. giust. Ce, 5 marzo 1996, cause riunite 46 e 48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, in *Racc.*, 1996, 11029.

(38) Il requisito della colpa è, in realtà, un elemento soggettivo, ben distinto dal requisito dell'antigiuridicità, che ha carattere oggettivo. Tuttavia, in materia di responsabilità delle pubbliche amministrazioni si ritiene che la colpa dell'amministrazione sia ricavabile proprio dall'illegittimità dell'atto adottato. Si esclude, comunque, che si tratti di una colpa *in re ipsa*, dovendo essere oggetto di apposita dimostrazione (si v. Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2007, n. 1307 e sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6059). Molti ordinamenti degli Stati membri, ad esempio, ammettono che ci possa essere una responsabilità da atto lecito in capo alle pubbliche istituzioni nel caso di adozione di determinati atti amministrativi. Nell'ordinamento italiano, gli esempi più significativi sono quelli della previsione dell'indennizzo in materia di espropriazione e di recesso unilaterale della pubblica amministrazione negli accordi di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Più difficile è, invece, l'individuazione di casi di responsabilità per l'adozione di atti normativi leciti. Sul punto, risulta che soltanto i diritti spagnolo e francese prevedono una tale disciplina. In particolare, l'ordinamento francese riconosce questo tipo di responsabilità in presenza di un'attività legislativa, purché il danno sia anormale, speciale, grave e diretto, il legislatore non persegua interessi generali e non abbia escluso un risarcimento.

(39) Corte di giustizia Ce, 29 settembre 1982, causa 26/81, *Oleifici Mediterranei*, in *Racc.*, 1982, 3057; Corte di giustizia Ce, 15 settembre 1994, causa 146/91, *Kydep c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 1994, I-4199.

(40) Corte di giustizia Ce, 15 giugno 2000, causa 237/98 P, *Dorsch*, in *Racc.*, 2000, I-4549. Nella sentenza *Fiamm-Fedon*, al punto 169, il giudice comunitario afferma che «(...) la Corte al contrario finora si è limitata, secondo i termini di una costante giurisprudenza, a precisare talune condizioni a cui tale responsabilità potrebbe sorgere nell'ipotesi di ammissione in diritto comunitario del principio della responsabilità della Comunità conseguente a un atto lecito (...). È solo a questo titolo che la Corte ha ricordato a tal riguardo, al punto 19 della citata sentenza *Dorsch Consult/Consiglio e Commissione*, che, se tale responsabilità dovesse essere riconosciuta in linea di principio, essa richiederebbe almeno che fossero riunite tre condizioni cumulative costituite dall'effettività del danno, dall'esistenza di un nesso di causalità tra esso e l'atto in questione nonché dal carattere anormale e speciale del danno».

(41) Di diverso orientamento sono le Conclusioni dell'Avvocato Generale (Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poireres Maduro, presentate il 20 febbraio 2008, nell'ambito delle cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, *Fiamm-Fedon*), ove si ritiene, invece, auspicabile il riconoscimento del principio della responsabilità da atto lecito della Comunità. Nei punti 55 e seguenti delle Conclusioni, l'Avvocato Generale afferma, infatti, che, ai fini della decisione, la Corte debba ispirarsi agli ordinamenti nazionali, adottando, quindi, «una soluzione che sia adatta ai bisogni e ai tratti specifici dell'ordinamento comunitario», anche qualora questa risulti minoritaria; inoltre, aggiunge che «la consacrazione di un principio di responsabilità senza colpa della Comunità consentirebbe, in un intento di giustizia, di compensare il rigore dei presupposti per l'insorgere della responsabilità per fatto illecito della Comunità (...), al fine di dare alle vittime di un danno particolarmente grave subito per effetto del comportamento delle istituzioni comunitarie la possibilità di ottenere un risarcimento».

nullamento e quella di risarcimento, quanto ai presupposti delle stesse (punti 220-224). Il giudice comunitario afferma che, come la violazione di norme Gatt-Omc non costituisce comportamento illecito tale da giustificare un controllo di legittimità della norma comunitaria, lo stesso vale ai fini dell'insorgenza della responsabilità dell'istituzione. Tuttavia, sembra che in questo modo la Corte trascuri le rilevanti differenze tra i due strumenti processuali in esame. L'azione di risarcimento ha come scopo quello di ristorare un danno che il singolo può subire dai comportamenti delle istituzioni. L'azione di annullamento, invece, è volta a verificare la legittimità di una norma al fine di espungerla, eventualmente, dall'ordinamento. Inoltre, in sede di azione di risarcimento, il controllo della legittimità dell'atto non è pieno, ma limitato alla verifica della sussistenza di condizioni particolari e più rigide. Si deve, altresì, aggiungere che, in quella stessa sede, l'eventuale dichiarazione di illegittimità resta puramente incidentale e non produce gli effetti propri dell'azione di annullamento o della pregiudiziale di validità. Ritenere, quindi, che l'illegittimità dell'atto sia in assoluto un requisito fondamentale ai fini del riconoscimento della responsabilità extracontrattuale della Comunità significa limitare eccessivamente l'ambito di applicazione del rimedio giurisdizionale (42).

Si segnala, inoltre, che l'orientamento restrittivo della Corte può produrre anche un evidente problema di carattere processuale. Si subordinerebbe, infatti, l'ammissibilità dell'azione di risarcimento alla previa proposizione, e accoglimento, dell'azione di annullamento dell'atto lesivo. Questa impostazione determinerebbe, quindi, la riemersione della superata giurisprudenza *Plauermann* (43), che riteneva inammissibile una domanda di risarcimento fondata sull'illegittimità di un atto di cui non era stato previamente chiesto l'annullamento (44).

La seconda questione attiene alla disciplina della responsabilità degli Stati per violazione o mancata esecuzione delle normative comunitarie (45). Questa forma di responsabilità è riconosciuta, in linea di principio, in presenza degli stessi presupposti previsti in materia di responsabilità extracontrattuale della Comunità (46). Tuttavia, si rileva un orientamento contraddittorio della Corte in merito al requisito dell'effetto diretto. Più esattamente, la Corte, nella nota sentenza *Francovich* (47), riconosce la responsabilità dello Stato membro per la violazione di norme prive di efficacia diretta (48). Al contrario, riguardo alla condotta delle istituzioni comunitarie, esclude che la violazione di norme prive di ef-

ficacia immediata, come le norme Gatt-Omc, sia fonte di responsabilità (49). Queste posizioni sollevano alcuni dubbi: perché la logica garantista, emersa nella sentenza *Francovich* in relazione alla violazione di norme prive di efficacia diretta, non è stata considerata in materia di responsabilità delle istituzioni comunitarie per violazione delle norme Gatt-Omc? Non dovrebbe sussistere anche in questo caso l'esigenza di consentire ai privati di far valere i diritti riconosciuti dall'ordinamento Omc? In ragione di quali argomentazioni giuridiche si giustifica una tale differenza, posto che la stessa Corte ha stabilito che le condizioni della responsabilità della Comunità non devono essere diverse, a parità di si-

Note:

(42) L'accoglimento dell'azione di risarcimento risulta, infatti, subordinato al soddisfacimento di troppe e rigide condizioni, così disattendendo lo scopo principale di tale strumento, che è quello dell'offerta di garanzie ai cittadini rispetto all'operato delle istituzioni. Certamente, è condivisibile l'osservazione della Corte relativa all'esigenza di evitare che l'esercizio di poteri legislativi da parte della Comunità sia sottoposto alla spada di Damocle del riconoscimento di una responsabilità senza colpa; tuttavia, è anche vero che un tale riconoscimento risulta subordinato a molti altri presupposti, tali da garantire la summenzionata esigenza.

(43) Corte di giustizia Ce, 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plauermann*, in *Racc.*, 1963, 195.

(44) Si noti che, successivamente, la Corte ha, invece, affermato che l'azione di danni rappresenta un «rimedio autonomo», distinto dagli altri mezzi con riferimento sia alla funzione, sia alle condizioni di esercizio, «che tengono conto del suo oggetto specifico». Corte di giustizia Ce, 2 dicembre 1971, causa 5/71, *Zuckerfabrik Schoepfenstedt*, in *Racc.*, 1971, 984, punto 3. Si è precisato, comunque, che l'azione di risarcimento è inammissibile, se questa mira, nella sostanza, alla revoca di una decisione individuale. Corte di giustizia Ce, 26 febbraio 1986, causa 175/84, *Krohn*, in *Racc.*, 1986, 753, punto 33.

(45) Sulla responsabilità degli Stati per violazione di norme comunitarie si v. il recente lavoro di F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008. Si v. anche, in termini più generali, G. Falcon, *La tutela giurisdizionale*, in (diretto da) M.P. Chiti e G. Greco *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Milano, 1997, 368 ss.

(46) Si v., in particolare, la già citata sentenza *Brasserie*, punto 42.

(47) Corte di giustizia Ce, 19 novembre 1991, cause riunite 6 e 9/90, *Andrea Francovich e Danila Bonifici e a. c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1991, I-5357.

(48) Il giudice comunitario asserisce che «(...) la possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario» (punti 33-35).

(49) Nella giurisprudenza successiva alla sentenza *Francovich* si è, comunque, chiarito che la responsabilità patrimoniale di uno Stato membro nei confronti dei singoli possa essere fatta valere anche in presenza della violazione di norme comunitarie provviste dell'efficacia diretta.

tuazioni, da quelle che sono richieste per la responsabilità degli Stati (50)?

Un ultimo problema riguarda il principio di diritto che emerge dalla sentenza. In sintesi, la Corte afferma che, allo stato attuale della sua evoluzione, il diritto comunitario non prevede un regime di responsabilità della Comunità per l'adozione di un atto non conforme agli accordi Gatt-Omc. Sorge, pertanto, il seguente quesito: è possibile ritenere che, invece, nelle ipotesi di esecuzione di un obbligo particolare o di rinvio di una normativa comunitaria alle norme Omc (51) vi sia responsabilità della Comunità nel caso di violazione delle disposizioni

internazionali? La Corte sembra trascurare tale evenienza, lasciando presumere che la sentenza *Fiamm-Fedon* non sia l'ultimo capitolo della cd. «guerra delle banane».

Note:

(50) Nella sentenza *Brasserie* la Corte afferma che «la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno» (punto 42).

(51) Si tratta delle due, più volte citate, ipotesi di deroga al principio di non invocabilità delle norme Gatt-Omc, affermate, per la prima volta, nei casi *Fediol* e *Nakajima*.

Giornale di diritto amministrativo

Mensile di legislazione, giurisprudenza, prassi e opinioni

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

DIRETTORE RESPONSABILE

Donatella Treu

DIRETTORE SCIENTIFICO

Sabino Cassese

COMITATO SCIENTIFICO

Francesco Battini, Luigi Carbone, Giulio Vesperini,
Gino Mancini

REDAZIONE

Rita Vermillo, Giuseppina Zanin

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOPOSIZIONE

ABCCompos s.r.l.

20089 Rozzano (MI) - Via Pavese 1/3 - Tel. 02/57789422

STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11

20090 Casano Boscone (MI)

PUBBLICITÀ:

db consulting srl
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Event & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 637
del 5 dicembre 1994

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in
abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27
febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

REDAZIONE

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati
scrivere o telefonare a:

IPSOA Redazione

Giornale di diritto
amministrativo

Mensile di legislazione, giurisprudenza,
prassi e opinioni

Casella Postale 12055 - 20120 Milano

telefono (02) 82476.024 - telefax (02) 82476.079

indirizzo e-mail: redazione.giornaledirittoamministrativo.ipsoa@wki.it

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti

Casella postale 12055 - 20120 Milano

telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

Servizio risposta automatica:

telefono (02) 82476.999

indirizzo e-mail: ipsoa@wki.it

Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-
dicembre; rolling: 12 mesi dalla data
di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza
di disdetta da comunicarsi entro 30 gg. prima della data
di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare
a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
20090 Assago (MI).

Servizio Clienti: tel. 02 824761 -
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it

INDIRIZZO INTERNET

Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione
on line della Rivista, consultabile all'indirizzo
www.ipsoa.it/giornaledirittoamministrativo

ITALIA

Abbonamento annuale: € 205,00

con i Quaderni del Giornale di Diritto Amministrativo
diretti da Sabino Cassese: € 256,00

con i codici legali € 270,00

ESTERO

Abbonamento annuale: € 410,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale
alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di
zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via
posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6,
20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-
82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni
Commerciali al n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare
fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante

l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere
iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a
WKI S.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6,
Milanofiori

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della
rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: € 20,00

Sono disponibili le annate arretrate rilegate al prezzo
di € 200,00

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico
è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi
e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74
del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989
e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).