



20 APRILE 2022

Cenni in tema di responsabilità del  
legislatore per adozione di legge  
incostituzionale. Note a margine  
dell'ordinanza T.A.R. per le Marche, n.  
7/2022

di Gabriele Serra  
Magistrato T.A.R. Calabria, Catanzaro



# Cenni in tema di responsabilità del legislatore per adozione di legge incostituzionale. Note a margine dell'ordinanza T.A.R. per le Marche, n. 7/2022\*

**di Gabriele Serra**

Magistrato T.A.R. Calabria, Catanzaro

**Abstract [It]:** L'ordinanza del T.A.R. per le Marche n. 7/2022, che rimette alla Corte Costituzionale una questione di legittimità costituzionale in materia di discriminazione tra attività che possono essere svolte dalle farmacie e non dalle parafarmacie, si fonda sulla laconica affermazione per cui, in caso di accoglimento di essa, potrà essere riconosciuta una responsabilità risarcitoria dello Stato per adozione di legge incostituzionale. Essa stimola alcune riflessioni, in quanto tale affermazione si pone in netto contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, la quale è tuttavia particolarmente criticata in dottrina.

**Title:** Comments on the responsibility of the legislator for the adoption of an unconstitutional law. Notes on the order T.A.R. per le Marche, n. 7/2022

**Abstract [En]:** The order of the Regional Administrative Court for the Marches, no. 7/2022, which referred a question of constitutional legitimacy to the Constitutional Court regarding discrimination between activities that may be carried out by pharmacies and not by parapharmacies, is based on the laconic statement that the State may be liable for compensation due to the adoption of an unconstitutional law. Therefore, it stimulates some reflections, as this statement is in clear contrast with the established jurisprudence of the Court of Cassation and the Council of State, which is, however, particularly criticized in the doctrine.

**Parole chiave:** responsabilità civile; Stato; legge incostituzionale; risarcimento; contrasto giurisprudenziale

**Keywords:** civil liability; State; unconstitutional law; compensation; jurisprudential contrast

**Sommario:** **1.** Premessa. L'ordinanza T.A.R. per le Marche, ord. 11 gennaio 2022, n. 7. **2.** La responsabilità civile per esercizio di attività legislativa. **3.** Responsabilità da legge incostituzionale: la consolidata giurisprudenza (negativa). **4.** La posizione (critica) della dottrina. **5.** Osservazioni e conclusioni.

## **1. Premessa. L'ordinanza T.A.R. per le Marche, 11 gennaio 2022, n. 7**

Con l'ordinanza in commento, il T.A.R. per le Marche ha rimesso alla Corte Costituzionale una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 418 e 419, della L. 30 dicembre 2020, n. 178, per contrasto con gli artt. 3 e 41 della Costituzione, nella parte in cui è riservata alle sole farmacie - e non anche alle parafarmacie - l'effettuazione dei test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e i tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARSCoV-2.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

Essa si inserisce in un giudizio *a quo* proposto da alcuni titolari di parafarmacie e associazioni di categoria avverso una deliberazione della Giunta Regionale delle Marche che aveva annullato in autotutela un accordo sottoscritto proprio dalla Regione con le associazioni più rappresentative delle parafarmacie delle Marche, per l'effettuazione presso i locali delle medesime parafarmacie di test rapidi per la ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca di anticorpi del virus SARS-CoV-2.

L'annullamento in autotutela, ai sensi dell'art. 21 *nonies* L. 241/1990, veniva motivato proprio sulla scorta del disposto dell'art. 1, comma 418, della L. 30 dicembre 2020, n. 178, in cui si prevede che “i test mirati a rilevare la presenza di anticorpi IgG e IgM e i tamponi antigenici rapidi per la rilevazione di antigene SARS-CoV-2 possono essere eseguiti anche presso le farmacie aperte al pubblico dotate di spazi idonei sotto il profilo igienico-sanitario e atti a garantire la tutela della riservatezza”<sup>1</sup>.

L'ordinanza in questione assume particolare rilievo in ordine al profilo della c.d. rilevanza della questione, *i.e.*, che “il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale”, ai sensi dell'art. 23 della L. n. 87/1953.

A tal fine, rileva il T.A.R. che i ricorrenti hanno proposto anche una domanda di risarcimento del danno nei confronti della Regione Marche, risultando perciò necessario comprendere se la norma su cui si fonda il provvedimento di autoannullamento impugnato sia o meno costituzionalmente legittima, al fine di valutare la stessa sussistenza dell'elemento oggettivo dell'illecito civile<sup>2</sup>.

Invero, nel caso in cui dovesse essere accertata l'illegittimità costituzionale della norma legislativa su cui si è fondato il provvedimento impugnato, afferma espressamente il T.A.R. che “dovrà essere evocato in giudizio anche lo Stato, in persona della Presidenza del Consiglio dei Ministri, visto che in quel caso l'eventuale responsabilità aquiliana sarebbe ascrivibile anche e soprattutto al legislatore statale, il quale ha adottato disposizioni incostituzionali che la Regione (...) non poteva non applicare”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Il successivo comma 419, anch'esso oggetto di rimessione, dispone, in via consequenziale, che “le modalità organizzative e le condizioni economiche relative all'esecuzione dei test e dei tamponi di cui al comma 418 del presente articolo nelle farmacie aperte al pubblico sono disciplinate, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, dalle convenzioni di cui all'articolo 8, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, conformi agli accordi collettivi nazionali stipulati ai sensi dell'articolo 4, comma 9, della legge 30 dicembre 1991, n. 412, e ai correlati accordi regionali, che tengano conto anche delle specificità e dell'importanza del ruolo svolto in tale ambito dalle farmacie rurali”.

<sup>2</sup> Per vero, il T.A.R. rileva che, in caso di rigetto della questione di legittimità costituzionale, potrà comunque residuare una possibile responsabilità della Regione, in punto di responsabilità da comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. Sull'argomento della configurabilità della responsabilità da lesione dell'affidamento del privato per violazione dei doveri di correttezza e buona fede, della sua natura giuridica e dei connessi profili di riparto di giurisdizione è fiorente il dibattito giurisprudenziale e dottrinale. In merito sia consentito rinviare a G. SERRA, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in questa *Rivista*, fasc. 17/2021, pp. 192-218.

<sup>3</sup> L'ordinanza aveva già evidenziato, sotto il profilo della natura dell'attività esercitata, l'irrilevanza della violazione degli istituti di partecipazione al procedimento dedotta dai ricorrenti, in quanto “la partecipazione degli interessati al procedimento, stante la chiarezza della norma statale, non avrebbe potuto determinare alcun diverso esito finale”, applicandosi perciò il disposto dell'art. 21-*octies*, comma 2, della L. n. 241/1990. Sull'irrilevanza della mancata partecipazione del privato al procedimento in caso di accertata inutilità ad un diverso esito del procedimento v., tra i

La laconicità dell'affermazione e la sua assertiva formulazione inducono a svolgere le presenti brevi riflessioni, in quanto l'inciso motivazionale sopra riportato - che neppure può essere derubricato a mero *obiter dictum*, in quanto su di esso poggia, almeno parzialmente, il giudizio di rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata - involge il tema, assai controverso, della configurabilità di una responsabilità risarcitoria dello Stato legislatore in ipotesi di adozione di una legge incostituzionale, ponendosi in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, recepita anche dal Consiglio di Stato.

## 2. La responsabilità civile per esercizio di attività legislativa

Senza voler svolgere una troppo risalente analisi diacronica, vale ricordare che il tema della attività legislativa quale possibile fonte di responsabilità civile per lo Stato affonda le sue radici nel superamento dell'idea di Stato, propria del periodo monarchico, nel quale vi era confusione tra Stato e Re, con la conseguenza per cui era corollario del principio di sovranità quello della irresponsabilità dello Stato nei confronti dei suoi sudditi e, quindi, della irrisarcibilità dei danni provocati, alla collettività come al singolo, dall'organizzazione politico-amministrativa<sup>4</sup>.

È infatti con lo sviluppo delle ideologie liberali che l'impostazione descritta viene abbandonata, in quanto incompatibile con il principio di legalità, secondo cui la legittimità dell'esercizio del potere politico doveva passare attraverso una norma giuridica preventivamente approvata<sup>5</sup>.

In tale direzione, si è rilevato che attraverso l'apertura del circuito politico ai molteplici e differenti interessi sociali, in uno con la nascita dello Stato pluriclasse e con la relativa predisposizione di meccanismi giuridici diretti a tradurre a livello normativo la nuova complessità, si è venuto a determinare un mutamento nella rappresentanza politica e nell'organizzazione dello Stato, che ha offerto la base per quelle opinioni dottrinali che hanno iniziato a sviluppare gli studi sulla responsabilità dello Stato legislatore<sup>6</sup>.

---

tanti, L. FERRARA, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 103 ss.; F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Art. 21-octies, comma 2*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), Torino, 2005.

<sup>4</sup> Cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II ed., Milano, 2000, p. 1649 ss. In ordine al rapporto tra forme di Stato e responsabilità V. L. ALBINO, *Le responsabilità degli organi costituzionali*, in G.P. CALABRÒ (a cura di), *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*, Milano, 2010.

<sup>5</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro it.*, 2003, pp. 175 ss.

<sup>6</sup> Cfr. M.P. LARNÈ, *Spunti di comparazione fra i modelli Tedesco, Francese e Spagnolo di responsabilità dello Stato: esiste una responsabilità del legislatore?*, in *Atti del Seminario Congiunto Dottorati di Diritto Privato e di Giustizia Costituzionale e Tutela dei Diritti Fondamentali dell'Università di Pisa (21 ottobre 2005)*, Pisa, 2006, p. 2 e dottrina ivi richiamata. L'A. ricorda poi che "è in Francia che maturano le prime teorie sulla responsabilità dello Stato per il fatto della legge (...); ciò in quanto solo in Francia la progressiva autonomizzazione dell'amministrazione dal potere esecutivo, collegata alla graduale estensione dei compiti dello Stato e all'ampliamento del suo potere, potenzialmente causativo di danno ai privati, oltre al mutamento dei rapporti fra amministrati e amministrazione, attribuiscono concreto slancio all'abbandono del principio di

Ma il tema, per lungo tempo comunque non esplorato soprattutto dalla prassi, ha assunto pieno vigore a seguito della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che ha affermato, dalla notissima sentenza *Francovich*, la responsabilità dello Stato per i danni cagionati ai soggetti dell'ordinamento derivante dall'omesso tempestivo recepimento delle Direttive dell'Unione Europea nello Stato membro<sup>7</sup>, poi approfondita dalla giurisprudenza eurounitaria successiva rappresentata principalmente dalla altrettanto nota sentenza *Brasserie*<sup>8</sup>.

A fronte di tali approdi sovranazionali, la dottrina subito successiva si è allora interrogata sulla possibilità di estendere i principi ivi espressi alla violazione delle norme costituzionali da parte di un atto avente forza di legge dello Stato<sup>9</sup>, evidenziando l'analogia tra le figure, trattandosi pur sempre di violazione da parte della norma primaria di una fonte sovra-ordinata e dubitando della ragionevolezza della discriminazione che ne discenderebbe in punto di tutela<sup>10</sup>.

Muovendo su questa linea di pensiero, la dottrina ha anche ritenuto di poter trarre argomenti favorevoli al riconoscimento della responsabilità civile derivanti da atti legislativi sulla scorta dell'evoluzione giurisprudenziale interna che ha superato il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi<sup>11</sup>, che si fonda

---

irresponsabilità dei pubblici poteri?".

<sup>7</sup> CGCE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich, Bonifaci e altri c. Italia*, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, pp. 840 ss., con nota di S. TASSONE, *Sulla responsabilità civile dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*; nonché in *Foro it.*, 1992, IV, pp. 145 ss., con note di A. BARONE - R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, e di G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*. La Corte in particolare enuclea tre condizioni per determinare la responsabilità dello Stato per atti normativi di natura analoga: la norma giuridica violata deve conferire diritti ai singoli; la violazione deve essere sufficientemente qualificata; deve sussistere un nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo che incombe allo Stato e il danno subito dalle persone lese.

<sup>8</sup> CGCE, 5 marzo 1996, cause riunite C-43/93 e C-48/93, in *Racc.*, I-1029, *Brasserie du pêcheur e Factortame III*, la quale, pur confermando che la valutazione delle condizioni già enucleate da *Francovich* è rimessa al giudice nazionale, afferma che ricorre incontestabilmente una violazione qualificata del diritto comunitario in caso di violazione manifesta e grave da parte di uno Stato membro dei limiti posti al suo potere discrezionale. In tale direzione, indica degli elementi, esemplificativi, per operare il giudizio: "il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario".

<sup>9</sup> Rileva in tal senso A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 34, che "in buona sostanza, attraverso il diritto comunitario, riesce possibile al singolo richiamare la responsabilità dello Stato per la sua attività iure imperii (e ciò in ordine alla inottemperanza agli obblighi comunitari), il che – si aggiunge ma il punto può essere oggetto di verifica - non sembra possibile ottenere nell'ambito del proprio ordinamento nazionale".

<sup>10</sup> Cfr. V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario, (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contr. impr. Eur.*, 1999, p. 121; ID., *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: un case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 347. L'A. aveva già avuto modo di chiedersi in *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 971 "se una legge intesa a colpire vessatoriamente e in modo discriminatorio una classe di cittadini, li impedisse o li limitasse nell'esercizio di una loro attività economica, con gravi danni patrimoniali a loro carico, e questa legge venisse dopo qualche tempo fulminata di incostituzionalità, sarebbe giusto lasciare in ultima istanza quei danni a carico delle vittime di un siffatto clamoroso "illecito costituzionale" del legislatore?".

<sup>11</sup> Che si ricorda è riconducibile alla sentenza Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, reperibile in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 981 e ss., con nota di F. BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione* e di G. ALPA, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*.

sulla valorizzazione dell'art. 2043 c.c. come clausola generale strumentalmente rivolta alla tutela di qualunque tipo di situazione giuridica soggettiva che l'ordinamento giuridico tuteli, a cominciare dai diritti fondamentali costituzionalmente protetti, sempre che si tratti di diritti suscettibili di valutazione patrimoniale o di risarcimento in forma specifica<sup>12</sup>.

La medesima dottrina ha perciò evidenziato il parallelo con la fattispecie dell'atto amministrativo che si frappone tra il fatto costitutivo di responsabilità e il danno ingiusto, essendo possibile configurare tale atto anche nell'atto legislativo, in quanto, nei sistemi costituzionali moderni, il legislatore è “è vincolato al rispetto di regole costituzionali e comportano altresì vincoli all'esercizio della discrezionalità legislativa, ad esempio ai fini del rispetto del principio di eguaglianza inteso come canone generale di «ragionevolezza»”<sup>13</sup>.

### **3. Responsabilità da legge incostituzionale: la consolidata giurisprudenza (negativa)**

Dal canto suo, la giurisprudenza nazionale, a seguito della giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra citata, ha tuttavia riconosciuto la configurabilità della responsabilità civile del legislatore esclusivamente con riferimento alle ipotesi di omesso o tardivo o inesatto recepimento delle direttive dell'Unione Europea.

In tal senso, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha assunto una impostazione, ben definibile “dualista”, proprio sulla scorta della terminologia ormai invalsa in relazione all'omologa questione dei rapporti tra l'ordinamento eurounitario e quello nazionale<sup>14</sup>, ha differenziato nettamente i profili inerenti la violazione del diritto europeo da quelli della violazione della Costituzione da parte della legge.

In merito alla responsabilità dello Stato per omesso o tardivo recepimento delle direttive europee, per quanto qui interessa e senza svolgere anche qui una analisi diacronica troppo risalente<sup>15</sup>, non può non richiamarsi l'arresto, ancora attuale, delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione reso nel 2009, che, nel riconoscere la responsabilità dello Stato per mancata attuazione delle direttive europee, ha ricostruito la natura giuridica di essa “fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica”.

<sup>12</sup> In questo senso A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, cit.

<sup>13</sup> A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.* L'A. peraltro conclude rilevando che “è tuttavia evidente che una responsabilità civile dello Stato non si determina in ogni caso in cui si abbia violazione di legge (o di norme costituzionali o di norme comunitarie) o altro vizio che determini nullità, annullabilità o disapplicazione di norme che costituiscano oggetto di un controllo di legittimità o di legittimità costituzionale o di legittimità comunitaria o di legittimità convenzionale. È ovvio infatti che, perché ciò avvenga, occorre che esista un «danno» a ciò vincolato da un nesso di causalità e che tale danno risulti «ingiusto»”.

<sup>14</sup> Cfr. sull'argomento, *ex multis*, R. GUASTINI, *Diritto internazionale, diritto comunitario, diritto interno: monismo o dualismo?*, in *Scritti Paladin*, III, Napoli, 2004, p. 1194 ss.

<sup>15</sup> In merito v. la sintesi svolta da F. CICCARIELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti*, in *Judicium.it*, 18 marzo 2018, pp. 5-8.

Ciò proprio in ragione del fatto che il comportamento dello Stato inadempiente sarebbe antiggiuridico solo per l'ordinamento europeo, ma non per quello interno, essendo unicamente necessario garantire “il risultato imposto dall'ordinamento comunitario con i mezzi offerti dall'ordinamento interno”<sup>16</sup>.

Ed è proprio su tali basi, venendo invece al tema, qui in esame, della responsabilità del legislatore per adozione di una legge incostituzionale, che la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha sempre negato che possa configurarsi una responsabilità dello Stato (o di una Regione) legislatore per la violazione di norme costituzionali, chiudendo perciò la porta a quello spiraglio che la dottrina aveva intravisto in seguito alle sentenze della Corte di Giustizia.

In proposito, la Corte di Cassazione, pur rilevando la presenza dei citati studi dottrinali, qualificati come “riflessioni che si pongono esse stesse in termini, allo stato delle norme positive, di pura problematicità speculativa”, ribadisce che la giurisprudenza in tema di responsabilità per omessa o tardiva attuazione delle direttive “prende le mosse proprio dall'esclusione di una responsabilità per atti legislativi, e ne individua altra diversamente fondata sulla sovraordinazione gerarchica tra ordinamenti prima che tra fonti”, per cui l'inesatta o l'omessa attività legislativa, nell'ordinamento interno, sono presidiate solo dal giudizio di costituzionalità: “dal che consegue che, a fronte della libertà della funzione politica legislativa (artt. 68, comma 1, 122, comma 4, Cost.), non è ravvisabile un'ingiustizia che possa qualificare il danno allegato in termini di illecito, e arrivare a fondare il diritto al suo risarcimento quale esercitato nel presente giudizio”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Cass. Civ., Sez. Un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Resp. civ.*, 2010, 5, pp. 346 ss. e in *Foro Amministrativo - C.d.S. (II)*, fasc.10, 2009, pp. 2280 ss., con nota di A. GIANNELLI, *La responsabilità del legislatore per tardivo recepimento della direttiva, modelli a confronto*. Le affermazioni rese dalle Sezioni Unite erano finalizzate a valutare il regime del termine di prescrizione del diritto al risarcimento. Concludono infatti le Sezioni Unite che “il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione ex lege riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione”. La tesi è stata più volte ripresa, con alcune precisazioni rese proprio a fronte delle critiche dottrinali rivolte alla pronuncia delle Sezioni Unite. In particolare, Cass. Civ., Sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2012, pp. 657 ss., con nota di L. GUFFANTI PESENTI, ha affermato che “avendo le stesse Sezioni Unite qualificato il comportamento de quo come determinativo di un'obbligazione di natura “contrattuale”, cioè direttamente originante dall'inadempimento di un obbligo, quello di attuare la direttiva comunitaria ed avendo esse, in ossequio a quanto imposto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, considerato tale inadempimento come determinativo di un diritto al risarcimento del danno a favore del singolo, è palese che esse non hanno affatto inteso escludere in assoluto il carattere antiggiuridico ed illecito (nel senso di contro, ius) del detto comportamento sul piano dell'ordinamento interno”. Sul tema del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno per omesso recepimento delle direttive è poi intervenuto anche il legislatore con l'art. 4, comma 43, l. 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012), che ha disposto che “la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato”.

<sup>17</sup> Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 23730, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc.6, 2017, pp. 1911 ss. e in *Foro it.*, 2017, I, pp. 178 ss., con nota di A. BARONE - R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore (regionale). Cinque lustri dopo (nota a Cass. 22 novembre 2016, n. 23730)*. La sentenza ha analizzato la possibile responsabilità della Regione legislatore, in quanto si

La tesi in discorso è stata confermata dalla giurisprudenza successiva della Corte di Cassazione<sup>18</sup>, anche recentemente, quando è stata investita della domanda di risarcimento del danno patito dai cittadini-elettori per effetto della emanazione della legge elettorale 21 dicembre 2005, n. 270, oggetto della nota sentenza n.1/2014 della Corte costituzionale<sup>19</sup>, che l'ha dichiarata illegittima<sup>20</sup>.

La Corte di Cassazione, nel richiamarsi ai già citati principi giurisprudenziali in merito alla natura libera della funzione politica, incoercibile e sottratta al sindacato giurisdizionale, evidenzia che “sebbene nel sistema delineato dalla Costituzione la discrezionalità del legislatore non sia assoluta, bensì limitata dal controllo accentrato di costituzionalità, tuttavia è proprio quel sistema che esclude che le norme costituzionali sulle scelte del legislatore possano attribuire direttamente al singolo diritti, la cui violazione sia fonte di responsabilità da far valere dinanzi all'autorità giudiziaria”<sup>21</sup>.

Detta impostazione è peraltro stata fatta propria anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale nel richiamarsi esplicitamente ai citati arresti della Suprema Corte, ha ritenuto che la responsabilità dello Stato per violazione di norme costituzionali neppure può sussistere laddove il danno sarebbe ascrivibile all'adozione di un decreto legislativo dichiarato incostituzionale, per violazione dell'art. 76 Cost., per omessa osservanza dei limiti rappresentati nella legge delega. Ciò in quanto il decreto legislativo ha, pure esso, rango primario e valore di legge, con la conseguenza di dover essere qualificato come atto politico sindacabile solo per il tramite del giudizio di costituzionalità e non idoneo a poter fondare una responsabilità per fatto legislativo illecito<sup>22</sup>.

---

adduceva la responsabilità risarcitoria per l'emanazione della legge regionale n. 25 del 2011 della Regione Marche, che era stata dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, avendo la Regione Marche legiferato in una materia, quella dell'ambiente, che l'articolo 117, comma 2, lett. s) riserva alla potestà legislativa esclusiva statale.

<sup>18</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 24 dicembre 2019, n. 34465, in *Foro Amministrativo (I)*, 2020, 3, pp. 401 ss.

<sup>19</sup> Corte Cost., 13 gennaio 2014 n. 1, in *Foro it.*, 2014, pp. 677 ss., con nota di R. ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*.

<sup>20</sup> Va rilevato peraltro che, nel giudizio *a quo* nel quale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale della legge elettorale, la Corte di Cassazione aveva rilevato che in quel caso era ravvisabile un danno per l'attore, che aveva dovuto instaurare il giudizio al fine di poter pervenire alla declaratoria di incostituzionalità della legge stessa, salvo poi affermare che tale danno era reintegrato proprio con la sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità, quale risarcimento in forma specifica, oltre che disponendo la condanna dello Stato alla rifusione delle spese di lite (cfr. Cass. Civ. Sez. I, 16 aprile 2014, n. 8878, in *Foro it.* 2014, pp. 3225 ss.). In merito a tale decisione si è anche parlato di pronuncia “a metà”, perché, pur affermando l'intervenuta lesione del diritto di voto, la Corte ha ritenuto pienamente soddisfatta del diritto dei ricorrenti la sentenza della Corte Costituzionale (cfr. L. VIZZONI, *L'illecito costituzionale del legislatore (muovendo dalle riflessioni di Enzo Roppo)*, in *Juscivile*, 2018, fasc. 2, p. 266. Diffusamente sulla sentenza n. 8878/2014 della Corte di Cassazione v. L. BUONANNO, *Rilievi civilistici in tema di responsabilità del legislatore da atto normativo*, in *Juscivile*, 2016, fasc. 5, pp. 369 ss. e, in part., 395-405.

<sup>21</sup> Cass. Civ., Sez. I, 13 dicembre 2021, n. 39534, in *Juris Data on line*, che peraltro valorizza, in senso contrario a quanto voluto dai ricorrenti, la precedente sentenza della stessa Corte di Cassazione n. 8878/2014 resa nel giudizio di rinvio dalla Corte Costituzionale, evidenziando proprio che “detta sentenza afferma, pertanto, che gli attori ebbero tutela grazie alla declaratoria di incostituzionalità; nessuna somma è stata ivi liquidata, avendo semplicemente la Corte applicato il principio della soccombenza per le spese processuali”.

<sup>22</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 giugno 2021, n. 4642, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove, proprio con specifico riguardo all'istituto del decreto legislativo si afferma che “l'attribuzione, in via di delega, di una funzione legislativa al Governo



Provando dunque a riassumere gli elementi fondanti l'orientamento che nega recisamente la possibilità di configurare una responsabilità dello Stato (o della Regione) per esercizio di attività legislativa incostituzionale, essi possono sostanzialmente ridursi a due.

Sul piano interno, quello della natura del potere legislativo, che viene qualificato come libero nel fine e, perciò, insindacabile dal giudice ed a fronte del quale non sussistono perciò situazioni giuridiche soggettive ristorabili, *i.e.* un diritto soggettivo al corretto esercizio dell'attività legislativa, essendo il giudizio di costituzionalità l'unico rimedio offerto dall'ordinamento.

Neppure poi possono trarsi indici di segno contrario, sul piano questa volta sovranazionale, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha affermato la responsabilità dello Stato per attività legislativa in contrasto con il diritto dell'Unione Europea, in quanto tale affermazione è limitata all'ordinamento eurounitario, cui è necessario dare attuazione nel nostro ordinamento, ma dal quale non discende l'affermazione per cui anche in presenza di legge incostituzionale possa derivare una responsabilità risarcitoria del legislatore. La responsabilità del legislatore per violazione del diritto eurounitario non sarebbe infatti riconducibile allo schema del fatto illecito, bensì a quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente di natura indennitaria per attività non antiggiuridica.

#### **4. La posizione (critica) della dottrina**

I consolidati approdi giurisprudenziali, da cui si discosta dunque l'ordinanza del T.A.R. Marche in commento, seppure senza affrontare (ancora) *funditus* il problema, sono ampiamente criticati dalla dottrina, che confuta entrambi gli elementi fondanti la tesi negativa che sopra si è provato a riassumere. Sul piano interno, la dottrina ribadisce con forza le intuizioni degli studi dottrinali, richiamati in precedenza, che avevano evidenziato come il principio di legalità, anche costituzionale, costituisca oggi un “paradigma di legalità vincolante non solo per i poteri esecutivo e giudiziario, ma anche per quello

---

ha testuale base nell'art. 76 Cost. e nei caratteri che, per tale disposizione, deve avere la legge di delega: il che rende il potere legislativo delegato come un potere limitato e non libero nei fini, com'è (nei limiti costituzionali) quello parlamentare. Infatti il decreto legislativo delegato può essere sottoposto al sindacato di legittimità costituzionale ex art. 134 Cost., quanto a rispetto dei limiti derivanti non solo dalle norme costituzionali, ma anche di quelli stabiliti dalla legge di delega: sicché la validità del decreto legislativo dipende, oltre che dalla validità della legge di delega, dal rispetto dei limiti da essa prefissati. In questo senso, la legge di delega può essere considerata come norma interposta tra la norma costituzionale dell'art. 76 e il singolo decreto legislativo. Come ha, infatti, affermato la Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 3 del 1957, “sia il precetto costituzionale dell'art. 76, sia la norma delegante costituiscono la fonte da cui trae legittimazione la legge delegata”, con la conseguenza che l'eventuale sua violazione determina l'incostituzionalità del decreto legislativo per indiretta violazione dell'art. 76 Cost. Da questo peculiare rapporto tra legge delega e legge delegata non può però trarsi il corollario dell'assoggettamento ad un diverso regime di responsabilità, il quale finirebbe per assimilare l'attività legislativa delegata a una mera attività amministrativa a contenuto normativo, come è per le fonti secondarie”.

legislativo” e che “l’assunto secondo cui l’attività legislativa sarebbe frutto di discrezionalità assoluta è del tutto incompatibile con gli ordinamenti a “costituzioni rigida” (quale il nostro)”<sup>23</sup>.

Nello stesso senso, si è rilevata la frizione con i principi del costituzionalismo moderno, per cui il legislatore non può più essere individuato come un unico soggetto titolare di potere, bensì quest’ultimo è diffuso in una pluralità di poteri separati, venendo meno nello Stato costituzionale proprio il concetto di sovrano<sup>24</sup>.

Del pari, quanto alla conseguenza derivante dall’affermazione della libertà del potere legislativo per cui, a fronte di essa, non sarebbero dati diritti soggettivi, essa si pone in evidente contrasto con l’evoluzione giurisprudenziale, che si è anche sopra richiamata<sup>25</sup>, in tema di qualificazione della responsabilità civile *ex art. 2043 c.c.* come clausola generale che prescinde dalla qualificazione dell’interesse sostanziale leso come diritto o interesse legittimo o interesse giuridicamente qualificato<sup>26</sup>.

Peraltro, si evidenzia come non sia neppure di supporto alla tesi negativa della giurisprudenza una supposta esigenza di rispetto del principio costituzionale della separazione dei poteri tra quello legislativo e quello giudiziario<sup>27</sup>, in quanto l’assunto è facilmente superabile, anche aderendo alla tesi della Corte Costituzionale per cui non è ammissibile nel nostro ordinamento alcuna forma di controllo di costituzionalità diffuso, con il riconoscimento della necessità, ai fini dell’affermazione della responsabilità del legislatore, della previa declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>28</sup>.

Muovendo poi dall’argomento interno al ritenuto (non) argomento sovranazionale, la dottrina rileva due criticità, una che potremmo definire “effettuale”, l’altra “concettuale”.

Quanto alla prima, una volta riconosciuta la possibilità che il cittadino che si assuma leso dal comportamento del legislatore, attivo o omissivo, contrario al diritto europeo consegua una tutela

---

<sup>23</sup> F. CICCARIELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti*, cit., p. 13. Nello stesso senso G. DE MARZO - R. PARDOLESI, *Legislatore e licenza d’illecito*, in *Foro it.*, 10, 2021, p. 500, per i quali “ne discende che lo sbandierato presupposto dell’insindacabilità degli atti normativi, se riferito all’assenza in generale di strumenti di verifica della rispondenza dell’atto avente forza e valore di legge a canoni sovraordinati, è del tutto estraneo al sistema gerarchico delle fonti vigenti a partire dall’entrata in vigore della Costituzione e alla presenza della Corte costituzionale”.

<sup>24</sup> E. SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e resp.*, n. 7/2003, p. 727.

<sup>25</sup> Cfr. nota 14.

<sup>26</sup> Ancora E. SCODITTI, *op. ult. cit., loc. cit.*

<sup>27</sup> In senso adesivo a questa impostazione M. CAPUTO, *La responsabilità dello Stato per attività legislativa non esiste*, in *iurisprudenzia.it*, che ritiene che “ammettere una responsabilità per attività legislativa dello Stato, vorrebbe dire da un lato attribuire al potere giudiziario la facoltà di sindacare scelte assolutamente libere quanto ai fini, dall’altro far pendere sullo Stato la “spada di Damocle” della condanna al risarcimento dei danni, che potrebbe facilmente risolversi in una limitazione di un potere che, invece, è per antonomasia libero”.

<sup>28</sup> Cfr. G. DE MARZO - R. PARDOLESI, *Legislatore e licenza d’illecito*, cit., p. 501. Il tema circa la necessaria o meno previa declaratoria di incostituzionalità è sviluppato anche da L. VIZZONI, *L’illecito costituzionale del legislatore*, cit., p. 262, che rileva come la tesi della necessità della previa declaratoria di incostituzionalità, “di certo garantisce una maggiore certezza, ma che, forse, non soddisfa sul piano della giustizia sostanziale e che, peraltro, difficilmente si concilia con il carattere originario dell’incostituzionalità stessa”. Non ritiene necessaria la declaratoria di illegittimità costituzionale R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, p. 115.

risarcitoria, diviene paradossale che egli risulti sguarnito di protezione nell'ordinamento interno a fronte di un comportamento assimilabile, quale quello del legislatore che viola fonti normative che è comunque tenuto a rispettare<sup>29</sup>, quale la Costituzione, in contrasto con il principio di non discriminazione dell'ordinamento interno con il diritto UE<sup>30</sup>.

Tale insostenibile effetto discende, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, dall'affermazione, passando al profilo “concettuale”, per cui la responsabilità del legislatore per violazione del diritto dell'Unione Europea non sarebbe riconducibile allo schema del fatto illecito, bensì a quella dell'atto lecito dannoso, da cui deriva un obbligo indennitario, come conseguenza dell'inadempimento dello Stato membro agli obblighi discendenti dall'ordinamento UE<sup>31</sup>.

La tesi è ampiamente criticata dalla dottrina, che rileva come l'istituto dell'atto lecito dannoso sia, *in subiecta materia*, un “omaggio” al dogma dell'insindacabilità degli atti politici, in quanto, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale, non può affermarsi che l'attività legislativa sia lecita e ciò tanto che l'incostituzionalità intervenga per vizi inerenti al procedimento di formazione della legge, nei quali “di lecito non resta proprio nulla”, ma anche se il vizio è di natura sostanziale, in quanto in tal caso “la liceità si concentra sul dato — del tutto irrilevante ai fini della pretesa del soggetto danneggiato — della regolarità del procedimento di formazione dell'atto”<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> In questo senso già M. CARTABIA, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza «Franovich» della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 513, ripresa anche da F. CICCARIELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti*, *cit.*, p. 11. Nello stesso senso M. CAPUTO, *La responsabilità dello Stato per attività legislativa non esiste*, *cit.*, che, pur aderendo alla tesi negativa della Corte di Cassazione, comunque evidenzia che la tesi “finisce dunque per dare vita ad una sorta di “discriminazione al rovescio”, in cui ad essere trattata in modo peggiore è la situazione giuridica soggettiva di derivazione interna, che non può ricevere tutela risarcitoria in caso di violazione di norme nazionali da parte del legislatore”. In termini anche G. DE MARZO - R. PARDOLESI, *Legislatore e licenza d'illecito*, *cit.*, p. 500.

<sup>30</sup> Cfr. L. VIZZONI, *L'illecito costituzionale del legislatore*, *cit.*, p. 261, che riprende le riflessioni di V. ROPPO, già citate alla nota 12, all'indomani della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

<sup>31</sup> In tema v. C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, pp. 139 e ss. Le conseguenze di tale qualificazione sono note e rilevanti. L'A. citato evidenzia infatti che il risarcimento ruota intorno alla ingiustizia del danno, mentre l'indennità presuppone atti e comportamenti leciti e l'assenza di antiggiuridicità della condotta eziologicamente produttiva di nocumento, sicché “alla lesione di un interesse tutelato dall'ordinamento non si accompagna la violazione del parametro normativo di riferimento”. Cfr. anche M.A. MAZZOLA, *I nuovi danni*, Padova, 2008, p. 129, secondo cui “l'indennizzo risponde ad un evidente intento risarcitorio ma originandosi da un atto non antiggiuridico e quindi pretende un trattamento differente rispetto all'illecito aquiliano”. Per una diversa impostazione Cfr. P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1067, ad avviso del quale la differenza tra risarcimento del danno e indennizzo si coglie “nel diverso criterio della valutazione del danno conseguente ad un giudizio di valore che l'interprete esprime, ritenendo quell'atto gravemente lesivo di un interesse particolarmente tutelato dall'ordinamento”. Proprio nella materia dell'omesso recepimento delle direttive, la ricostruzione in termini di responsabilità ex lege di natura indennitaria per ha condotto la Corte di Cassazione, anche recentemente, ad affermare che “l'obbligazione scaturente dalla mancata attuazione delle direttive, invece, non ha natura retributiva, né risarcitoria, e non può dare luogo a una riparazione integrale, desumibile dai criteri di calcolo del decreto legislativo sopracitato. La suddetta obbligazione, invece, ha natura indennitaria e pararisarcitoria da quantificarsi scegliendo un parametro equitativo che sia fondato sul canone di parità di trattamento per situazioni analoghe.” (Cass. civ., Sez. III, 10 gennaio 2019, n. 458, in *Juris Data on line*).

<sup>32</sup> G. DE MARZO - R. PARDOLESI, *Legislatore e licenza d'illecito*, *cit.*, p. 501.

Così, si è anche rilevato come la ricostruzione in termini di fatto lecito di una condotta considerata nell'ordinamento comunitario come illecita, significa spezzare, pericolosamente, un'evoluzione normativa e giurisprudenziale che, negli anni recenti, si è progressivamente indirizzata verso ben diverse forme di integrazione, sempre più marcate ed incisive<sup>33</sup>.

Su questa linea di pensiero, posto che l'interprete si trova oggi di fronte ad un unitario quanto complesso ordinamento giuridico al cui interno coesistono le norme interne con quelle sovranazionali, si ritiene dunque che la tesi della Corte di Cassazione si fonda "sull'(erroneo) assunto secondo cui una medesima condotta del legislatore può essere considerata *non iure* sul piano sovranazionale e "lecita" su quello interno"<sup>34</sup>.

Ecco che allora in dottrina, affermata la configurabilità della responsabilità del legislatore per violazione di norme costituzionali, si è anche proposto di superare la dicotomia tra responsabilità di natura obbligatoria, avente fonte negli altri atti o fatti *ex art.* 1173 c.c., e quella di natura extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c., per abbracciare una "terza via, impiegando proprio i criteri già ampiamente individuati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione alla distinta figura dell'illecito comunitario, che fungono anche da argine alle pretese risarcitorie, identificabili nel fatto che la norma giuridica violata debba essere preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente sullo Stato e il danno subito dai soggetti lesi"<sup>35</sup>.

## 5. Osservazioni e conclusioni

Ora, alla luce di tutte le considerazioni che si sono qui svolte, risulta particolarmente rilevante la pur (o proprio perché) sintetica affermazione resa dal T.A.R. per le Marche nell'ordinanza in commento circa la configurabilità della responsabilità risarcitoria dello Stato nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa in tema di limitazione dell'attività delle parafarmacie rispetto alle farmacie nell'esecuzione di test rapidi per la ricerca dell'antigene e i test diagnostici rapidi per la ricerca di anticorpi del virus SARS-CoV-2.

L'ordinanza sembra dunque dare per pacifica la configurabilità della responsabilità civile, per giunta espressamente qualificata come "aquiliana" e dunque riconducibile allo schema di cui all'art. 2043 c.c.,

<sup>33</sup> Cfr. R. CONTI, *La natura "non illecita" dell'illecito euro-unitario*, in *Danno e Resp.*, 2010, fasc. 1, pp. 32 ss.

<sup>34</sup> F. CICCARIELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti*, *cit.*, p. 16.

<sup>35</sup> L. VIZZONI, *L'illecito costituzionale del legislatore*, *cit.*, p. 269; in prospettiva non dissimile cfr. F. CICCARIELLO, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti*, *cit.*, p. 13, che, richiamandosi agli studi dottrinali sulla prospettiva unitaria dell'illecito a favore di un unico modello rimediale di responsabilità, afferma che "sicché una volta accertato che il fatto (colposo) del legislatore sia tale da arrecare un danno ingiusto al privato, poiché lesivo di un interesse (al bene della vita) meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, non sussistono ragioni di ordine generale per escludere la configurabilità di una responsabilità dello stesso".

del legislatore per violazione di norme costituzionali, che è invece recisamente negata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, pur se con argomentazioni ampiamente criticate dalla dottrina.

Viepiù, nel caso di specie può anche rilevarsi che il T.A.R. ha escluso che la previsione dell'art. 1, commi 418 e 419, della L. 30 dicembre 2020, n. 178 potesse integrare una violazione del diritto dell'Unione Europea<sup>36</sup>, come evidenziato dai ricorrenti in sede di richiesta di rinvio pregiudiziale, rilevando come la Corte di Giustizia si sia già espressa nel senso della conformità all'art. 49 del TFUE di una normativa nazionale “che non consente a un farmacista, abilitato e iscritto all’ordine professionale, ma non titolare di una farmacia compresa nella pianta organica, di distribuire al dettaglio, nella parafarmacia di cui è titolare, anche quei farmaci soggetti a prescrizione medica che non sono a carico del Servizio sanitario nazionale, bensì vengono pagati interamente dall’acquirente...”<sup>37</sup>.

Il punto assume particolare interesse perché pone alla nostra attenzione proprio quei profili di possibile interferenza tra ordinamento interno e ordinamento europeo, rilevati dalla dottrina, per cui non appare opportuno, oltre che giuridicamente difficilmente sostenibile, un diverso regime giuridico della responsabilità del legislatore che adotti atti aventi forza di legge in contrasto con la normativa comunitaria o con la Costituzione.

Inoltre, l'ordinanza stimola anche una notazione di carattere processuale: il T.A.R. prevede, in caso di accoglimento della questione di legittimità costituzionale, di dover evocare in giudizio lo Stato, nella persona del Presidente del Consiglio dei Ministri, evidentemente ritenendo di fare applicazione del potere di intervento c.d. *inssu iudicis*, cui all'art. 28 cod. proc. amm., con ordine alle parti di chiamare in causa il terzo<sup>38</sup>.

V'è da rilevare che i ricorrenti hanno formulato la loro domanda risarcitoria nei confronti della sola Regione Marche, pur prospettando profili di illegittimità, seppure per contrasto con la disciplina del diritto dell'Unione Europea, della norma di legge statale su cui si fonda il provvedimento; Regione Marche che non ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, o quantomeno il concorso di responsabilità dello Stato, per aver semplicemente applicato una legge statale incostituzionale.

---

<sup>36</sup> Dubbio peraltro avallato dal Consiglio di Stato in sede di appello cautelare, che ne aveva disposto l'accoglimento ai fini di una sollecita fissazione del giudizio di merito, *ex art.* 55, comma 10 cod. proc. amm., “tenuto conto della complessità delle questioni di principio rilevanti nella presente controversia, attinenti alla definizione degli ambiti entro cui può svolgersi l'attività delle parafarmacie, e della necessità di approfondimento, eventualmente anche attraverso la sottoposizione alla Corte di Giustizia UE della questione interpretativa, prospettata dagli appellanti” (Cons. Stato, Sez. III, ord. 21 settembre 2021, n. 5163).

<sup>37</sup> Il riferimento è a CGUE, *Venturini e altri*, 5 dicembre 2013, in cause riunite da C-159/12 a C-161/12, in *Rass. dir. farm.*, 2014, 2, pp. 399 ss.

<sup>38</sup> Sull'espressa introduzione da parte del codice del processo amministrativo del potere del giudice di ordinare l'intervento nel processo amministrativo, al pari di quanto prevede l'art. 107 cod. proc. civ. nel processo civile v. *Articolo 28 Intervento*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Tomo I, Roma, 2010.

Ma, se così è, la stessa possibilità per il giudice di estendere il contraddittorio nei confronti dello Stato, verso cui i ricorrenti estenderanno le proprie domande, potrebbe porsi in contrasto con quell'orientamento giurisprudenziale per cui, in difetto di declinazione, da parte dell'originario convenuto, della titolarità dell'obbligazione dedotta, con indicazione di quella del terzo, il giudice non può, d'ufficio, ipotizzata l'esistenza di un diverso obbligato, ordinare l'intervento in causa del terzo, una tale iniziativa manifestando non già il legittimo intento di consentire, nel *simultaneus processus*, l'individuazione del vero obbligato, bensì la indebita intenzione di correggere in via officiosa la supposta erroneità della *vocatio in ius* da parte attrice<sup>39</sup>.

Tornando, in conclusione, al profilo sostanziale, l'affermazione resa dal T.A.R. in punto di responsabilità risarcitoria dello Stato, che avrebbe senz'altro meritato maggior impegno esplicativo, anche perché su di essa si fonda in parte il giudizio di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, consentirebbe di superare proprio quelle critiche dottrinali all'orientamento consolidato di Corte di Cassazione e Consiglio di Stato.

Impegno esplicativo a cui, in caso di accoglimento della questione di legittimità costituzionale e conseguente declaratoria di illegittimità dell'art. 1, commi 418 e 419, della L. 30 dicembre 2020, n. 178, si ritiene non potrà sfuggire il T.A.R.

In questo senso infatti, non può comunque dimenticarsi che la Corte di Cassazione “assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge” (art. 65, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), dovendosi richiamare la posizione di chi ha posto l'accento sul compito (e sul dovere) della stessa Corte “di ricondurre il più possibile a sistema le linee interpretative che si manifestano nella giurisprudenza, agevolata dalla sua stessa posizione di vertice del sistema piramidale delle impugnazioni”<sup>40</sup>; ciò anche alla luce della condivisione spiegata dal Consiglio di Stato all'orientamento della Suprema Corte in tema di (ir)responsabilità del legislatore per violazione della Costituzione, nel convincimento che la funzione nomofilattica in seno alla giustizia amministrativa sia ripartita anche tra tutte le sezioni giurisdizionali

---

<sup>39</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 14 giugno 2007, n. 13908, in *Giust. civ., Mass.*, 2007. Peraltro, nella giurisprudenza amministrativa, è stato rilevato da T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 06/02/2019, n.88, in *Foro Amministrativo (II)*, 2019, 2, pp. 304 ss. che, in un giudizio proposto per il risarcimento dei danni contro la p.a., non può essere accolta la domanda di intervento *iussu iudicis* formulata dalla medesima p.a. al fine di chiamare in causa, ai sensi dell'art. 28 comma 3 e 51 comma 1, cod. proc. amm., l'allora dirigente responsabile, affinché gli siano eventualmente addebitati i danni cagionati alla ricorrente per avere egli adottato determinazioni in violazione delle direttive ricevute dagli organi di vertice; il giudice non può, infatti, sostituirsi alla parte ricorrente che, nel formulare la richiesta risarcitoria, abbia inteso escutere soltanto la p.a. e non anche singoli dipendenti dell'ente.

<sup>40</sup> R. RORDORF, *Giudizio di cassazione. Nomofilachia e motivazione*, in *Il Libro dell'anno del diritto*, 2012, in *www.treccani.it*. Sul ruolo nomofilattico della Cassazione v., senza pretesa di esaustività, S. SATTA, *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 797 ss.; F. MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Padova, 2003, pp. 9 ss.; G. SALMÈ, *Interpretazione e nomofilachia*, in *Questione Giustizia*, 2001, pp. 937 ss.; G. IANNIRUBERTO - U. MORCAVALLO (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Milano, 2007; R. CONTI, *La Corte di Cassazione e la sua funzione*, in *Giustizia insieme*, 17 novembre 2018, nonché il numero monografico *A cosa serve la Corte di Cassazione?*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2017, pp. 7-98.

del Consiglio di Stato, ciascuna per la propria competenza, cui si aggiunge l'Adunanza Plenaria quando è chiamata a pronunciarsi<sup>41</sup>.

Con ciò, lungi dall'affermarsi che il giudice di primo grado non possa discostarsi dagli orientamenti giurisprudenziali delle supreme corti, tanto più alla luce delle ampie e approfondite critiche della dottrina; tuttavia, si ritiene necessario che, nel far ciò, il giudice deve motivare pienamente le ragioni della scelta di discostarsi dal consolidato orientamento del giudice della nomofilachia, in quanto tali ragioni devono essere “così convincenti da far prevalere le ragioni del cambiamento rispetto alla tutela dell'affidamento ed al diritto dei cittadini ad essere uguali dinanzi all'interpretazione della legge, ad avere un uguale trattamento giurisdizionale”<sup>42</sup>.

Per quanto, per ironia della sorte, nel caso della responsabilità risarcitoria del legislatore per adozione di legge incostituzionale, l'affidamento è quello maturato dal legislatore statale o regionale nella sua irresponsabilità, nei confronti dei cittadini, in ipotesi di violazione della Costituzione<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Cfr. M. BRANCA, *La nomofilachia nella giurisdizione amministrativa*, in *Federalismi.it*, 21 ottobre 2009.

<sup>42</sup> P. CURZIO, *Il giudice e il precedente*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2018, p. 44.

<sup>43</sup> Anche se appare vero che, di riflesso, le conseguenze di una condanna al risarcimento dello Stato (o della Regione) per adozione di legge incostituzionale si riverbererebbero negativamente sulla finanza pubblica e, quindi, in ultima analisi, sulla collettività.