Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
PEDRO CRUZ VILLALÓN
presentate il 20 marzo 2014[1]

Causa C-611/12 P

Jean-François Giordano
contro

Commissione europea

«Impugnazione — Quote di pesca — Misure urgenti adottate dalla Commissione — Ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione europea — Danno risarcibile — Danno reale e certo — Perdita di opportunità come parte integrante del danno risarcibile»

1. L'impugnazione in esame, proposta dal sig. Jean-François Giordano, si colloca in un contesto più ampio che include anche i ricorsi nelle cause C-12/13 P e C-13/13 P (Buono e a./Commissione), sui quali mi pronuncio in altre conclusioni presentate in data odierna. Tutte le suddette impugnazioni hanno in comune una domanda di risarcimento nei confronti dell'Unione in relazione al regolamento (CE) n. 530/2008 della Commissione, che istituisce misure di emergenza per quanto riguarda le tonniere con reti a circuizione dedite alla pesca del tonno rosso nell'Oceano Atlantico, ad est di 45° di longitudine O, e nel Mar Mediterraneo[2].

2. Poiché la presente causa verte su una sentenza del Tribunale diversa da quella impugnata nelle cause C-12/13 P e C-13/13 P, e tenuto conto altresì della diversità dei motivi di impugnazione dedotti, in queste conclusioni analizzerò principalmente, ai fini della risposta al ricorso in esame, la questione del danno risarcibile. Più precisamente, esaminerò nel dettaglio se una «perdita di opportunità» possa costituire un'ipotesi di danno risarcibile nel contesto di un ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione europea.

3. La perdita di opportunità è già stata riconosciuta in varie occasioni come danno risarcibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tuttavia, detto riconoscimento è sempre avvenuto in contesti specifici, quali quello della funzione pubblica europea o quello degli appalti pubblici dell'Unione. La presente causa consentirà alla Corte di pronunciarsi su tale questione in una prospettiva più ampia.

I – **Contesto normativo**

4. L'articolo 340, secondo comma, TFUE definisce il regime sostanziale applicabile alla responsabilità extracontrattuale dell'Unione nei seguenti termini:

«In materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni».

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — Regolamento del 12 giugno 2008 (GU L 115, pag. 9).

5. La pesca del tonno rosso è regolamentata sia a livello internazionale che a livello europeo. Dal 1997 l'Unione è parte della Convenzione internazionale per la conservazione dei tonnidi dell'Atlantico, la cui Commissione internazionale per la conservazione dei tonnidi dell'Atlantico (ICCAT) adotta raccomandazioni e piani di azione al fine di garantire la conservazione di tale risorsa. In applicazione delle decisioni dell'ICCAT, l'Unione ha adottato vari strumenti, tra i quali rientrano, per quanto rileva ai fini del presente procedimento, il regolamento (CE) n. 520/2007, che stabilisce misure tecniche di conservazione per taluni stock di grandi migratori e che abroga il regolamento (CE) n. 973/2001 [3], e il regolamento (CE) n. 1559/2007, che istituisce un piano pluriennale di ricostituzione del tonno rosso nell'Atlantico orientale e nel Mediterraneo e che modifica il regolamento (CE) n. 520/2007 [4].

6. Le menzionate disposizioni dell'Unione si inscrivono inoltre nell'ambito di applicazione del regolamento (CE) n. 2371/2002, relativo alla conservazione e allo sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca nell'ambito della politica comune della pesca [5]. Tale strumento introduce una serie di norme generali per la conservazione, la gestione e lo sfruttamento delle risorse acquatiche vive nel territorio degli Stati membri o nelle acque comunitarie ovvero da parte di pescherecci dell'Unione.

7. Tra le varie misure contemplate dal regolamento n. 2371/2002 risalta l'articolo 7, intitolato «Misure di emergenza adottate dalla Commissione», ai sensi del quale:

«1. Se è stato constatato un grave rischio, per la conservazione delle risorse acquatiche vive o per l'ecosistema marino, derivante dalle attività di pesca e che richiede un intervento immediato, la Commissione può, su richiesta debitamente motivata di uno Stato membro o di propria iniziativa, decidere misure di emergenza che hanno una durata massima di sei mesi. La Commissione può decidere di prorogare le misure di emergenza per un periodo non superiore a sei mesi.

2. Lo Stato membro trasmette la richiesta al tempo stesso alla Commissione, agli altri Stati membri e ai consigli consultivi regionali interessati. Questi possono presentare per iscritto le proprie osservazioni alla Commissione entro cinque giorni lavorativi dalla data di ricevimento della richiesta.

La Commissione decide entro quindici giorni lavorativi dalla data di ricevimento della richiesta di cui al paragrafo 1.

3. Le misure di emergenza prendono immediatamente effetto. Esse sono notificate agli Stati membri interessati e pubblicate nella Gazzetta ufficiale.

4. Gli Stati membri interessati possono deferire al Consiglio la decisione della Commissione entro dieci giorni lavorativi dalla data di ricevimento della notificazione.

5. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può adottare una decisione diversa entro un mese dalla data in cui la decisione gli è stata deferita».

3 — Regolamento del Consiglio, del 7 maggio 2007 (GU L 123, pag. 3).

4 — Regolamento del Consiglio, del 17 dicembre 2007 (GU L 340, pag. 8).

5 — Regolamento del Consiglio, del 20 dicembre 2002 (GU L 358, pag. 59).

8. Il regolamento (CE) n. 40/2008 stabilisce per il 2008 le possibilità di pesca e le condizioni ad esse associate per alcuni stock ittici, compreso il tonno rosso [6]. Detto regolamento introduce limiti di cattura e fissa il quantitativo di tonno rosso catturabile nel 2008 dalle navi comunitarie nell'Oceano Atlantico, ad est 45° di longitudine O, e nel Mar Mediterraneo. Tali limiti e quantitativi sono stati modificati con regolamento (CE) n. 446/2008 della Commissione [7].

9. La Commissione, alla luce delle informazioni fornite all'epoca dagli ispettori nell'ambito delle missioni da essi effettuate negli Stati membri interessati, ha stabilito che le possibilità di pesca di tonno rosso nell'Oceano Atlantico, ad est 45° di longitudine O, assegnate alle tonniere battenti bandiera della Grecia, della Francia, dell'Italia, di Cipro e di Malta si consideravano esaurite il 16 giugno 2008. Per contro, le possibilità di pesca delle tonniere con reti a circuizione battenti bandiera della Spagna si consideravano esaurite il 23 giugno 2008. In base a tali elementi, la Commissione ha adottato, conformemente all'articolo 7 del citato regolamento n. 2371/2002, il regolamento n. 530/2008 [8]. Le tre disposizioni del regolamento n. 530/2008 così recitano:

«Articolo 1

La pesca del tonno rosso nell'Oceano Atlantico, ad est di 45° di longitudine O, e nel Mar Mediterraneo da parte di tonniere con reti a circuizione battenti bandiera della Grecia, della Francia, dell'Italia, di Cipro e di Malta o immatricolate in tali paesi è vietata a decorrere dal 16 giugno 2008.

A decorrere da tale data è inoltre vietato conservare a bordo, mettere in gabbia a fini di ingrasso o di allevamento, trasbordare, trasferire o sbarcare catture di tale stock effettuate dalle navi suddette.

Articolo 2

La pesca del tonno rosso nell'Oceano Atlantico, ad est di 45° di longitudine O, e nel Mar Mediterraneo da parte di tonniere con reti a circuizione battenti bandiera della Spagna o immatricolate in tale paese è vietata a decorrere dal 23 giugno 2008.

A decorrere da tale data è inoltre vietato conservare a bordo, mettere in gabbia a fini di ingrasso o di allevamento, trasbordare, trasferire o sbarcare catture di tale stock effettuate dalle navi suddette.

Articolo 3

1. Fatto salvo il paragrafo 2, a decorrere dal 16 giugno 2008 gli operatori della Comunità non accettano lo sbarco, la messa in gabbia a fini di ingrasso o di allevamento e il trasbordo nelle acque o nei porti comunitari di catture di tonno rosso effettuate nell'Oceano Atlantico, ad est di 45° di longitudine O, e nel Mar Mediterraneo da tonniere con reti a circuizione.

2. Fino al 23 giugno 2008 è consentito sbarcare, mettere in gabbia a fini di ingrasso o di allevamento o trasbordare nelle acque o nei porti comunitari catture di tonno rosso effettuate nell'Oceano Atlantico, ad est di 45° di longitudine O, e nel Mar Mediterraneo da tonniere con reti a circuizione battenti bandiera della Spagna o immatricolate in tale paese».

6 — Regolamento del Consiglio, del 16 gennaio 2008, che stabilisce, per il 2008, le possibilità di pesca e le condizioni ad esse associate per alcuni stock o gruppi di stock ittici, applicabili nelle acque comunitarie e, per le navi comunitarie, in altre acque dove sono imposti limiti di cattura (GU L 19, pag. 1).

7 — Regolamento del 22 maggio 2008, recante adeguamento di alcuni contingenti di tonno rosso per il 2008 a norma dell'articolo 21, paragrafo 4, del regolamento (CEE) n. 2847/93 del Consiglio che istituisce un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca (GU L 134, pag. 11).

8 — Cit. supra.

II – **Fatti**

10. Il sig. Giordano è l'armatore della nave «Janvier Giordano», tonniera con reti a circuizione battente bandiera francese che svolge la propria attività di pesca nel Mar Mediterraneo.

11. In virtù della normativa dell'Unione, la Repubblica francese disponeva per il 2008 di un contingente di pesca del tonno rosso pari a 4 164 tonnellate, il 90% delle quali spettavano alle tonniere con reti a circuizione battenti bandiera francese che operavano nel Mar Mediterraneo.

12. Con decisione n. 2008PS008-LR, del 16 aprile 2008, il Ministro dell'Agricoltura e della Pesca rilasciava una licenza speciale di pesca del tonno rosso per il 2008 alla nave «Janvier Giordano», per un contingente pari a 132,02 tonnellate. L'autorizzazione consentiva la pesca dal 1º aprile al 30 giugno 2008.

13. Il 2 giugno 2008 la nave «Janvier Giordano» iniziava la propria campagna di pesca nel Mar Mediterraneo, che veniva interrotta il 16 giugno 2008 in seguito all'adozione e all'entrata in vigore del regolamento n. 530/2008 della Commissione, la cui esecuzione comportava la revoca della suddetta licenza con provvedimento del 16 giugno 2008 del prefetto della Regione Langedoc-Roussillon.

14. Il sig. Giordano impugnava la menzionata decisione del prefetto dinanzi ai giudici amministrativi francesi. Sia il Tribunale amministrativo che la Corte amministrativa d'appello di Marsiglia respingevano i ricorsi del sig. Giordano in base al rilievo che il divieto traeva origine dal regolamento n. 530/2008 della Commissione e non dal provvedimento del prefetto.

III – **Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata**

15. Il 25 febbraio 2011 è pervenuto presso la cancelleria del Tribunale il ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione proposto dal sig. Giordano a seguito del divieto di pesca introdotto con il regolamento n. 530/2008 della Commissione.

16. Alcuni giorni dopo, in data 17 marzo 2011, in seguito al rinvio pregiudiziale per esame di validità effettuato dal Prim'Awla tal-Qorti Ċivili di Malta, la Corte di giustizia si è pronunciata nella causa AJD Tuna [9]. Detta causa sollevava varie questioni relative alla validità del menzionato regolamento.

17. In tale sentenza la Corte ha dichiarato che il regolamento in questione violava il principio generale di non discriminazione in base alla nazionalità.

18. Pertanto, prima della fase orale dinanzi al Tribunale, il sig. Giordano e la Commissione europea, in qualità di convenuta, sono stati invitati a pronunciarsi in udienza riguardo alle conseguenze della sentenza AJD Tuna sulla causa in corso.

19. Nelle sue osservazioni scritte e orali il sig. Giordano chiedeva al Tribunale di dichiarare che il regolamento n. 530/2008 aveva arrecato pregiudizio alla situazione giuridica del ricorrente, condannando pertanto la Commissione al pagamento di EUR 542 594 a titolo di risarcimento dei danni. La Commissione, dal suo canto, chiedeva al Tribunale di respingere integralmente il ricorso.

20. Con sentenza del 7 novembre 2012 il Tribunale ha respinto il ricorso proposto dal sig. Giordano e lo ha condannato alle spese. In una motivazione di undici punti, il Tribunale ha considerato che il sig. Giordano non era giunto a dimostrare l'effettività del danno che asseriva di aver subito.

9 — Sentenza del 17 marzo 2011 (C-221/09, Racc. pag. I-1655).

21. Secondo il Tribunale, conformemente alla sua sentenza nella causa Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo e a./Consiglio [10], l'assegnazione di un contingente di pesca non comporta un diritto soggettivo ad un concreto controvalore economico, ma fissa solo un limite massimo al numero di catture, che non sono in alcun modo garantite. Conseguentemente, il Tribunale ha dichiarato che il mancato esaurimento di un contingente, ancorché a causa di un divieto imposto da una pubblica autorità, non aveva provocato un danno reale e certo.

22. Poiché non risultava soddisfatta una delle tre condizioni necessarie per dichiarare la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, il Tribunale ha respinto integralmente il ricorso e ha condannato il ricorrente alle spese.

IV – **Impugnazione e conclusioni delle parti**

23. L'8 gennaio 2013 è pervenuta presso la cancelleria della Corte l'impugnazione proposta dal sig. Giordano contro la sentenza del Tribunale del 7 novembre 2012.

24. Il sig. Giordano chiede che la Corte voglia:

— annullare la sentenza impugnata;

— dichiarare che l'adozione del regolamento n. 530/2008 della Commissione, del 12 giugno 2008, ha causato un danno risarcibile al ricorrente;

— condannare la Commissione a versare al ricorrente un importo di EUR 542 594 a titolo di risarcimento dei danni;

— condannare la Commissione alle spese del presente procedimento nonché a quelle del procedimento in primo grado.

25. La Commissione chiede che la Corte voglia:

— dichiarare l'impugnazione irricevibile;

— in via subordinata, respingere l'impugnazione;

— in via ulteriormente subordinata, respingere il ricorso per responsabilità extracontrattuale;

— condannare il ricorrente alle spese del presente procedimento nonché a quelle del procedimento in primo grado.

V – **Sulla ricevibilità**

26. A parere della Commissione, il ricorso sarebbe irricevibile in quanto due motivi (il secondo e il terzo) riguarderebbero presupposti della responsabilità extracontrattuale che non sono stati esaminati dal Tribunale, e un terzo motivo (il primo) avrebbe ad oggetto un'analisi dei fatti già svolta dal Tribunale.

27. Entrambi i motivi di irricevibilità devono essere respinti.

10 — Sentenza del 19 ottobre 2005 (T-415/03, Racc. pag. II-4355).

28. La prima eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione non riguarda formalmente la ricevibilità del ricorso, bensì il secondo e il terzo motivo dedotti dal ricorrente in sede di impugnazione. Invero, l'analisi di detti motivi risulterebbe necessaria solo qualora la Corte annullasse la sentenza impugnata e decidesse, in conformità all'articolo 61 dello Statuto della Corte di giustizia, di pronunciarsi direttamente nel merito. Pertanto, occorre respingere l'eccezione di irricevibilità del secondo e del terzo motivo addotta dalla Commissione.

29. La seconda eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione deve essere parimenti respinta. Quest'ultima ritiene che il Tribunale, considerando che il danno dinanzi ad esso lamentato dal ricorrente non era né reale né certo, abbia effettuato un'analisi di natura fattuale che non può, conformemente a una costante giurisprudenza, formare oggetto di riesame in sede di impugnazione. Tuttavia, l'approccio sostenuto dalla Commissione non si attiene ai limiti dell'impugnazione cui la Corte si è ripetutamente riferita, in quanto la preclusione di qualsiasi esame dei fatti riguarda le valutazioni strettamente fattuali degli elementi extragiuridici prodotti nel procedimento dalle parti.

30. Tale ipotesi non ricorre nel caso di specie, dato che il ricorrente non rimette in causa la valutazione dei fatti operata dal Tribunale, bensì la circostanza che quest'ultimo abbia considerato l'assegnazione di contingenti di pesca come un'attribuzione priva di rilevanza giuridica ai fini dell'accertamento del danno. In altri termini, il Tribunale non avrebbe analizzato i fatti concreti dedotti dal ricorrente, bensì effettuato una valutazione giuridica in base alla quale il mancato utilizzo dei contingenti di pesca per motivi sopravvenuti non avrebbe concorso a determinare il danno risarcibile. Tale affermazione, contenuta ai punti 18 e 19 della sentenza impugnata, non attiene ai fatti, bensì al diritto, e può quindi essere oggetto di riesame in sede di impugnazione.

31. Di conseguenza, occorre respingere la seconda eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione.

VI – **L'impugnazione**

A – *Sul motivo concernente il carattere «certo» del danno subito*

1. Argomenti delle parti

32. Il ricorrente contesta gli argomenti del Tribunale basati sulla mancanza di un danno certo. Avverso quanto affermato nella sentenza impugnata, il ricorrente nega che debba intercorrere il nesso indicato dal Tribunale tra il diritto soggettivo all'esaurimento del contingente e il danno risarcibile. A suo parere, il fatto che non sussista un diritto soggettivo all'esaurimento del contingente non significa che non esista una seria possibilità in tal senso. Infatti, sempre a parere del ricorrente, la pratica confermerebbe che, per via del carattere restrittivo delle attuali licenze di pesca del tonno rosso, le tonniere esauriscono sistematicamente i loro contingenti.

33. Secondo il ricorrente, una tonniera con reti a circuizione può esaurire il proprio contingente annuale di pesca in quindici giorni. In effetti, nei tredici giorni di campagna della «Janvier Giordano», quelli immediatamente precedenti al divieto imposto dal regolamento n. 530/2008, la suddetta nave aveva effettuato catture per un totale di 71 571 tonnellate, vale a dire il 54% del suo contingente. A parere del ricorrente, se la campagna avesse potuto proseguire ininterrottamente fino alla data di chiusura prevista, il 30 giugno 2008, tale contingente sarebbe stato esaurito. Il regolamento n. 530/2008 avrebbe quindi causato un danno reale e certo, che il ricorrente quantifica nel dettaglio sulla base del prezzo di vendita al chilogrammo del tonno rosso nella campagna del 2008 e del peso complessivo corrispondente alla parte di contingente non utilizzata. Pertanto, ad avviso del ricorrente, il danno subito, comprensivo degli interessi, ammonterebbe ad EUR 542 594.

34. Il ricorrente sottolinea inoltre che il danno subito deve essere considerato una perdita di opportunità e che la giurisprudenza della Corte ha riconosciuto tale categoria di danno. A sostegno della sua tesi invoca la sentenza del 14 maggio 1975, CNTA/Commissione (74/74, Racc. pag. 533). Inoltre, il ricorrente richiama l'attenzione sul fatto che il diritto dell'Unione prevede misure compensative per gli operatori le cui attività di pesca subiscano interruzioni sopravvenute che interferiscano con la fruizione del contingente. A titolo di esempio cita l'articolo 21, paragrafo 4, del regolamento (CEE) n. 2847/93, del 12 ottobre 1993[11]. Detta disposizione, la quale fa genericamente riferimento a «misure» finalizzate a «porre rimedio al pregiudizio causato», confermerebbe che il diritto dell'Unione riconosce che il mancato esaurimento di un contingente a motivo di un ordine di interruzione della pesca provoca un danno risarcibile.

35. La Commissione replica agli argomenti del ricorrente con due linee di difesa.

36. In primo luogo, essa contesta che in un caso come quello di specie possa invocarsi una perdita di opportunità. A suo parere, dalla giurisprudenza della Corte si evincerebbe che la perdita di opportunità può essere riconosciuta ai fini risarcitori solo qualora sia dimostrata l'esistenza di un diritto, o perlomeno di una legittima aspettativa, a conseguire un guadagno. Secondo la Commissione, il sig. Giordano non avrebbe dimostrato di essere titolare di alcun tipo di diritto ad ottenere un determinato livello di catture, né avrebbe prodotto elementi idonei a dimostrare con precisione matematica le sue reali possibilità di raggiungere detto livello.

37. In secondo luogo, la Commissione contesta che il contingente assegnato al sig. Giordano costituisca un diritto, o che la normativa europea in materia di pesca riconosca il diritto al risarcimento in caso di mancato esaurimento del contingente. A suo avviso, il contingente servirebbe solo lo scopo di fissare un limite massimo di catture, e non quello di garantire aspettative di pesca. Tale funzione di limite delle catture sarebbe coerente con l'obiettivo fondamentale della politica comune in materia di pesca, la quale persegue un equilibrio tra l'attività economica e la conservazione delle risorse biologiche marine. Inoltre, sempre secondo la Commissione, le norme dell'Unione sarebbero intese a salvaguardare il principio di stabilità relativa, in virtù del quale gli Stati membri sono titolari di un «diritto» a un certo livello predeterminato di possibilità di pesca. Tuttavia, il fatto che gli Stati membri dispongano di siffatto «diritto» non si tradurrebbe nel conferimento di diritti individuali a tutti i titolari di un contingente di pesca. Le norme richiamate dal ricorrente andrebbero interpretate in tale contesto, dal momento che si riferiscono al «diritto» degli Stati membri a ricevere una compensazione per il mancato utilizzo dei loro contingenti, piuttosto che al diritto dei titolari dei contingenti individuali in caso di interruzione sopravvenuta dell'attività per motivi ambientali e di conservazione delle risorse biologiche marine.

2. Analisi

a) Osservazioni preliminari

38. Il motivo in esame solleva principalmente la questione del carattere «certo» del danno subito dal ricorrente. Il Tribunale ha considerato che quest'ultimo, non essendo titolare di un diritto soggettivo all'esaurimento del contingente, non ha subito un danno «certo» per il solo fatto di aver dovuto interrompere anticipatamente la propria campagna di pesca del tonno rosso. Il ricorrente contesta tale valutazione.

11 — Regolamento del Consiglio che istituisce un regime di controllo applicabile nell'ambito della politica comune della pesca (GU L 261, pag. 1).

39. Dalle memorie del ricorrente e della Commissione emerge che la presente fattispecie si caratterizza come una perdita di opportunità. Prescrivendo tassativamente la cessazione della campagna con due settimane di anticipo rispetto alla data di chiusura, la Commissione avrebbe privato il ricorrente dell'opportunità di sfruttare pienamente il suo contingente per il 2008. Tale circostanza, non già la perdita di un guadagno garantito, bensì la perdita di un'opportunità di conseguire un guadagno, è quella che il Tribunale ha escluso in quanto non costituirebbe un'ipotesi di danno «certo», nel senso utilizzato nella giurisprudenza della Corte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione.

40. Finora, tale nozione della perdita di opportunità è stata sviluppata dalla giurisprudenza della Corte in una zona di penombra. Da un lato, la Corte l'ha formalmente riconosciuta nel contenzioso della funzione pubblica dell'Unione, così come nel contenzioso in materia di appalti pubblici dell'Unione, ancorché, in quest'ultimo caso, in termini molto restrittivi [12]. Dall'altro, il legislatore dell'Unione ha previsto su base settoriale misure di armonizzazione volte a garantire che gli Stati membri assicurino il risarcimento di questo tipo di danno in caso di richieste risarcitorie nei loro confronti [13]. Per aggiungere ulteriori elementi ad un contesto complesso, la giurisprudenza ha occasionalmente ampliato la categoria del lucro cessante, talora fino ad assimilarla a ciò che andrebbe considerato più propriamente come una perdita di opportunità.

41. Tali sono gli elementi che la Corte deve prendere in esame per risolvere una controversia in cui appare opportuno esaminare, in una prospettiva più ampia, la questione della perdita di opportunità nell'ambito del contenzioso della responsabilità extracontrattuale dell'Unione, più specificamente ai sensi dell'articolo 340, secondo comma, TFUE.

b) La perdita di opportunità e la teoria del rischio

42. La comparsa della perdita di opportunità nel diritto in materia di risarcimento dei danni è relativamente recente. Come è noto, questa fattispecie di danno è entrata a far parte di tale materia solo alla fine del ventesimo secolo, contemporaneamente alla comparsa nell'ambito delle scienze sociali delle cosiddette teorie del rischio [14].

43. In generale, la perdita di opportunità si differenzia da altre componenti del danno risarcibile in quanto riguarda un vantaggio futuro, ma solo probabile. La perdita di opportunità non è riferibile a guadagni sicuri, ma solo ad *opportunità di guadagno* di per sé reali, a prescindere dalla loro quantificazione. Logicamente, tali opportunità di guadagno non possono essere puramente ipotetiche, ma devono effettivamente avere un'alta probabilità di trasformarsi in un'utilità patrimoniale. Pertanto, ciò che caratterizza la perdita di opportunità e la distingue maggiormente dal lucro cessante è un fattore probabilistico, sebbene non si consideri qualsiasi tipo di probabilità, ma solo la probabilità *seria* di soddisfare un'aspettativa.

44. È vero che il riconoscimento di un diritto al risarcimento per la perdita di una mera probabilità di futuro guadagno può determinare un considerevole livello di incertezza giuridica. Non deve sorprendere, quindi, che per molto tempo la perdita di opportunità non abbia trovato spazio nel diritto degli Stati membri in materia di risarcimento dei danni, né in quello di Stati terzi quali, ad

12 — In una prospettiva generale, v. Van Raepenbusch, S., «La convergence entre les régimes de responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne et des États membres», ERA Forum (2012), e Giacobbo-Peyronnel, V., «L'indemnisation de la perte de chance en droit de la fonction publique de l'Union européenne», in Mahieu, S. (ed.), *Contentieux de l'Union européenne – Questions choisies*, Ed. Larcier, 2014.

13 — V., ad esempio, l'articolo 2, paragrafo 7, della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992 (GU L 76, pag. 14), a norma del quale, «[q]ualora venga presentata una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è tenuta a provare solamente che vi è violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa».

14 — V., per tutti, De Ferra, C., «De Finetti, la rivoluzione della probabilità», Assicurazioni, n. 2, 2002, pagg. 185-195, e Majone, G., «Foundations of Risk Regulation: Science, Decision-Making, Policy Learning and Institutional Reform», *European Journal of Risk Regulation*, n. 1, 2010, pag. 5 e segg.

esempio, gli Stati con tradizione giuridica di *common law* o soggetti all'influenza europea continentale, come i paesi dell'America latina [15]. Tuttavia, l'irruzione delle teorie del rischio, grazie alle quali è possibile quantificare il grado di probabilità di avvenimenti futuri in determinati contesti fattuali, ha permesso ai giudici nazionali, così come ai legislatori di taluni Stati, di trasformare le probabilità di futuri guadagni in una componente del patrimonio attuale di una persona fisica o giuridica [16].

45. Invero, una probabilità seria e quantificabile di un futuro guadagno deve potersi tradurre in una parte integrante del danno risarcibile. Se tale probabilità di guadagno può essere dimostrata, e sempre che sia quantificabile, ad esempio in percentuale, secondo un metodo sufficientemente preciso, l'opportunità di guadagno entra a far parte del patrimonio del beneficiario. Di conseguenza, la perdita della medesima a causa di un atto antigiuridico deve diventare un elemento costitutivo del danno risarcibile.

46. Il settore in cui la perdita di opportunità è emersa per la prima volta e più chiaramente nell'ambito del diritto in materia di risarcimento del danno è quello della responsabilità medica [17]. Un medico, il quale per negligenza non diagnostichi una grave malattia alla quale, all'epoca dei fatti e secondo le statistiche ufficiali, corrispondeva una probabilità di sopravvivenza pari all'80%, cagiona un danno risarcibile se tale negligenza determina il decesso del paziente. Questo tipo di situazioni, nelle quali si combinano un elemento probabilistico, un alto grado di probabilità tecnicamente accertabile e un esito palesemente lesivo, ha aperto le porte al riconoscimento della perdita di opportunità nel diritto in materia di risarcimento dei danni.

47. Inoltre, lo sviluppo di metodi di calcolo del rischio altamente sofisticati, principalmente in ambito economico, ha contribuito a far sì che gli elementi probabilistici entrassero a far parte, non in futuro ma nell'immediato, del patrimonio di una persona fisica o giuridica. Le prospettive di crescita di un'impresa, i piani di investimento pubblico in un settore nel quale operi un'impresa, o la previsione di un andamento borsistico, tra molti altri fattori, hanno un impatto effettivo sul valore *attuale*, non su quello futuro, di tali imprese,. Il fatto che dette prospettive siano esposte ad eventi la cui probabilità non è garantita non influisce in alcun modo sull'inclusione di dette opportunità (e del loro valore economico) nel patrimonio attuale dell'interessato. La perdita di opportunità conseguente ad una condotta antigiuridica provocherebbe quindi un danno risarcibile.

48. Tale è attualmente la situazione nella maggior parte degli Stati membri, sia sul versante della responsabilità extracontrattuale civile che su quello della responsabilità patrimoniale degli Stati membri [18]. È vero che la perdita di opportunità appare principalmente in ambiti settoriali, come quello dei contratti amministrativi, del diritto sanitario o del diritto commerciale. Tuttavia, ciò non esclude che tale categoria abbia ormai acquisito un sufficiente grado di universalità.

c) La giurisprudenza della Corte e del Tribunale

49. La prova che la risarcibilità della perdita di opportunità rientra tra i menzionati «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», ai sensi dell'articolo 340, secondo comma, TFUE, è riscontrabile nella giurisprudenza della Corte, e infatti, negli ultimi anni si osserva una tendenza molto spiccata a riconoscerla. Si tratta di un progresso realizzato con cautela e principalmente con approccio settoriale, di cui passo ora ad esporre le linee generali.

15 — Sull'evoluzione in una prospettiva storica e comparata, v. Medina Alcoz, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pag. 127 e segg.

16 — V., per tutti, Loevinger, L., «Jurimetrics: Science and Prediction in the Field of Law», Minnesota Law Review, n. 46, 1961-1962, pag. 269 e segg.

17 — V. Truckor, M.L., «The Loss of Chance Doctrine: Legal Recovery for Patients on the Edge of Survival», *University of Dayton Law Review*, n. 24, 1999, e Fischer, D.A., «Tort Recovery for Loss of a Chance», *Wake Forest Law Review*, n. 36, 2001, pag. 608 e segg.

18 — V. l'analisi comparata di Fleischer, H., «Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht», JZ 15/16 1999, AAVV, *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, Parigi, 2009, nonché Medina Alcoz, L., op. cit., pagg. 130-167.

50. L'ambito in cui la fattispecie della perdita di opportunità è stata espressamente e ripetutamente riconosciuta è quello della funzione pubblica dell'Unione. Infatti, e in via generalizzata a partire dalla sentenza Commissione/Girardot [19], la Corte ha confermato una giurisprudenza del Tribunale secondo cui la perdita di opportunità, nel settore specifico del contenzioso della funzione pubblica e quindi sulla base dell'articolo 270 TFUE, costituisce un danno risarcibile «reale e certo». Inoltre, tale danno non è di natura immateriale o morale, bensì materiale [20].

51. I fatti della causa Girardot sono ampiamente rappresentativi, poiché si trattava di una lavoratrice, assunta in qualità di agente temporaneo, che era stata esclusa da un concorso interno diretto alla costituzione di posti di riserva in quanto sprovvista dei requisiti prescritti. La ricorrente si era successivamente candidata a vari posti presso la medesima istituzione, venendo tuttavia esclusa dai relativi procedimenti di selezione in quanto non appartenente al personale statutario. Pertanto, se avesse superato il suddetto concorso interno per la costituzione di posti di riserva, essa avrebbe soddisfatto i requisiti per partecipare al secondo concorso.

52. Nella sentenza del 31 marzo 2004 [21] il Tribunale ha dichiarato illegittima la prima esclusione della ricorrente e in seguito, con sentenza interlocutoria, ha considerato che detta esclusione illegittima l'aveva privata dell'opportunità di partecipare ad un concorso successivo [22]. Infatti, la ricorrente si era candidata a nove dei posti offerti nel secondo concorso. Il Tribunale ha ritenuto che le fosse stata ingiustificatamente negata un'opportunità seria di ottenere uno di tali posti di lavoro. La Corte, nella sua sentenza sull'impugnazione, ha ratificato l'approccio del Tribunale.

53. Al punto 115 della sentenza nella causa Girardot, il Tribunale ha dichiarato quanto segue: «non si può ritenere che, al termine della prima fase del procedimento per la copertura di posti vacanti previsto dall'articolo 29, paragrafo 1, dello Statuto, la Commissione (…) avrebbe sicuramente accolto una delle candidature della sig.ra Girardot e, di conseguenza, che quest'ultima si sarebbe con ogni probabilità vista attribuire un contratto di agente temporaneo (…). *Si deve ritenere, tuttavia, che la sig.ra Girardot avesse comunque una seria possibilità al riguardo, di cui è stata privata a causa del rigetto delle sue candidature da parte della Commissione*, senza che quest'ultima avesse fornito prova del relativo esame» [23].

54. Tale affermazione costituisce il fondamento della constatazione secondo la quale la sig.ra Girardot aveva subito un danno risarcibile, danno la cui entità non corrispondeva all'importo delle retribuzioni che avrebbe percepito in qualità di agente temporaneo, bensì andava calcolata applicando a detto importo un coefficiente moltiplicatore, che il Tribunale ha fissato ex aequo et bono allo 0,5%. La Corte ha espressamente confermato il sistema di calcolo elaborato ed applicato dal Tribunale.

55. Un'analoga linea argomentativa, ma questa volta nell'ambito dell'articolo 340, secondo comma, TFUE, è riscontrabile nella giurisprudenza in materia di appalti pubblici dell'Unione. Qualora un offerente sia stato escluso illegittimamente da una gara d'appalto indetta da un'istituzione dell'Unione, può risultare impossibile riaprire la procedura di aggiudicazione. In tali circostanze, il Tribunale ha riconosciuto in varie occasioni che l'offerente escluso ha il diritto di chiedere una compensazione

19 — Sentenza del 21 febbraio 2008 (C-348/06 P, Racc. pag. I-833).

20 — V. commento di Giacobbo-Peyronnel V., cit.

21 — Causa Girardot/Commissione (T-10/02, Racc. PI pagg. I-A-109 e II-483).

22 — Sentenza del 6 giugno 2006, Girardot/Commissione (T-10/02, Racc. PI pagg. I-A-2-129 e II-A-2-609).

23 — Il corsivo è mio.

corrispondente «alla perdita dell'opportunità di conseguire l'attribuzione dell'appalto» [24], o al mancato guadagno qualora sia possibile accertare con sicurezza che all'offerente doveva essere attribuito l'appalto. Il Tribunale ha sottolineato a più riprese che «può essere conferito valore economico alla perdita dell'opportunità di conseguire l'attribuzione di un appalto» [25].

56. Ne discende che sia nel settore della funzione pubblica, sia in quello degli appalti pubblici dell'Unione, la perdita di un'opportunità seria a causa di un atto illecito costituisce un danno materiale risarcibile. Tale affermazione non ha ancora acquisito carattere generale nel diritto dell'Unione in materia di risarcimento dei danni, ma da alcune pronunce della Corte risulta che la nozione non è affatto estranea alla sua prassi giurisprudenziale generale.

57. Occorre evidenziare anzitutto una prima linea giurisprudenzale della Corte, risalente alla metà degli anni '70, la quale afferma chiaramente che il presupposto del danno «certo» non può riferirsi a una certezza assoluta [26]. Tale affermazione non è casuale, poiché viene formulata per distinguere i requisiti dell'azione per responsabilità di cui agli articoli 34 e 40 del Trattato CECA da quelli previsti dal Trattato CEE, molto meno restrittivi. Riconoscendo che il danno doveva essere «certo», ma non con assoluta precisione, la Corte intendeva conformarsi al più ampio disposto dell'ex articolo 215 CEE. Orbene, tale precisazione non avrebbe avuto un impatto diretto sulla situazione concreta dei ricorrenti, essendo contenuta nella parte della sentenza relativa alla ricevibilità del ricorso. Lo stesso è avvenuto in varie cause degli anni '70 e '80, nelle quali la Corte ha mitigato il requisito relativo al carattere «certo» del danno al fine di constatare l'interesse del ricorrente ai fini della legittimazione ad agire, per poi, decidendo nel merito, respingere il ricorso per mancanza di un atto illecito [27].

58. Inoltre, in altre cause la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sul carattere «certo» del danno nell'analisi del merito, con un approccio analogo a quello descritto nel paragrafo precedente. Così, nella causa Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione [28] la Corte ha dichiarato la responsabilità della Comunità per l'abolizione di restituzioni alla produzione di quellmehl. Tale abolizione era già stata dichiarata illegittima, in quanto contraria al principio di non discriminazione, dalla sentenza della Corte nella causa Ruckdeschel e a [29]., in base al rilievo che sussisteva una disparità di trattamento ingiustificata tra il quellmehl e l'amido rigonfiato. Anche se il Consiglio ripristinò le restituzioni alla produzione di quellmehl, ciò avvenne con effetto retroattivo a partire dalla data della citata sentenza Ruckdeschel e a.

59. Quindi, pronunciandosi su un ricorso per responsabilità extracontrattuale, proposto dai produttori di quellmehl successivamente alla sentenza Ruckdeschel, nella causa Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione, la Corte ha dichiarato che il Consiglio aveva oltrepassato, in modo palese e grave, i limiti che si imponevano all'esercizio dei suoi poteri discrezionali. Secondo la Corte, il danno lamentato dalla ricorrente traeva origine dall'abolizione, da parte del Consiglio, delle restituzioni che avrebbero dovuto essere corrisposte ai produttori di quellmehl tra la data della soppressione delle restituzioni e la data di pubblicazione della sentenza Ruckdeschel e a. Sebbene nella sua decisione la Corte abbia preso atto delle difficoltà inerenti alla quantificazione esatta di tale danno, il fatto che quest'ultimo non fosse del tutto certo non ha rappresentato un ostacolo al momento di dichiarare la responsabilità della Comunità.

24 — Sentenza del 20 settembre 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI (T-461/08, Racc. pag. II-6367).

25 — Ordinanze del presidente del Tribunale del 25 aprile 2008, Vakakis/Commissione (T-41/08 R, Racc. pag. II-66, punti 66 e 67), e del 20 gennaio 2010, Agriconsulting Europe/Commissione (T-443/09 R, Racc. pag. II-5, punto 32); sentenza Evropaïki Dynamiki/BEI, cit., punto 66.

26 — Sentenza del 2 giugno 1976, Kampffmeyer/Consiglio e Commissione (da 56/74 a 60/74, Racc. pag. 711, punti 7 e 8).

27 — V., tra altre, sentenze del 2 marzo 1977, Eier-Kontor/Consiglio e Commissione (44/76, Racc. pag. 393, punto 8), e del 14 gennaio 1987, Zuckerfabrik Bedburg/Consiglio e Commisione (281/84, Racc. pag. 49, punto 14).

28 — Sentenza del 4 ottobre 1979 (238/78, Racc. pag. 2955).

29 — Sentenza del 19 ottobre 1997 (117/76 e 16/77, Racc. pag. 1753).

60. Il ragionamento seguito nella sentenza Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione non è un caso isolato in giurisprudenza. Più recentemente, nella causa Agraz e a./Commissione [30], la Corte ha esaminato una controversia nella quale si dibatteva la questione se la discrezionalità di cui disponeva la Commissione al fine di stabilire il prezzo minimo e l'importo dell'aiuto per i prodotti trasformati a base di pomodoro per la campagna 2000/2001 impedisse di considerare «certo» il danno subito dai produttori interessati di taluni Stati membri. In detta causa la Commissione non aveva tenuto conto del prezzo dei pomodori cinesi al momento di stabilire l'importo degli aiuti, come invece richiedeva la pertinente normativa europea. Il Tribunale di primo grado aveva dichiarato l'illegittimità del regolamento con cui era stato fissato l'importo degli aiuti, considerando che il medesimo fosse viziato da una violazione di forme sostanziali per il motivo sopra indicato. Tuttavia, poiché la Commissione disponeva di un potere discrezionale molto ampio al fine di fissare l'importo degli aiuti, il Tribunale di primo grado aveva ritenuto che il danno in questione non fosse «certo».

61. Nella sentenza Agraz e a./Commissione la Corte si è discostata dalla soluzione accolta dal Tribunale di primo grado e ha considerato che il danno subito dai produttori di pomodori era effettivamente «certo». Nei termini stessi della Corte, «[l]ungi dall'essere ipotetica o puramente eventuale, la sussistenza del danno lamentato dalle ricorrenti è dunque incontestabile. Nonostante permanga un'incertezza quanto alla sua quantificazione precisa, tale danno è inoltre economicamente valutabile» [31]. Ad avviso della Corte era irrilevante che non vi fossero state difficoltà a smaltire la produzione comunitaria nella campagna annuale in questione e che il sistema di gestione pianificata avesse permesso di garantire lo smaltimento della produzione di pomodori nel corso di detta campagna. Poiché era stato fissato un importo degli aiuti contrario al diritto, i produttori di pomodori di vari Stati membri erano stati privati della possibilità di commercializzare i loro prodotti a condizioni più favorevoli. Secondo la Corte, tale circostanza, fermo restando che la quantificazione del danno non era assolutamente certa, legittimava i ricorrenti a chiedere il risarcimento di un danno materiale risarcibile.

d) Ricapitolazione e proposta

62. Tenuto conto di quanto precede, ritengo che la giurisprudenza della Corte abbia già compiuto notevoli progressi che meritano di essere esaminati in una prospettiva più generale. Dall'analisi sopra esposta emerge che una perdita di opportunità non è solo una prerogativa risarcitoria dei dipendenti delle istituzioni, ma si delinea come una categoria autonoma con ramificazioni in vari settori del diritto dell'Unione. Se a ciò si aggiunge che si tratta di una categoria presente in numerosi Stati membri, non è forzato affermare che la perdita di opportunità, in quanto elemento costitutivo del danno risarcibile, rientra tra i «principi generali comuni ai diritti degli Stati membri», come richiesto dall'articolo 340, secondo comma, TFUE.

63. Orbene, la giurisprudenza sopra richiamata non riconosce incondizionatamente la perdita di opportunità. Al contrario, dalle sentenze citate emerge una notevole cautela nel riconoscere questo tipo di danno, che viene delimitato attraverso una serie di condizioni non facili da soddisfare.

64. In primo luogo, la perdita di opportunità dev'essere «seria», come evidenziato dalla sentenza Girardot. Sebbene vi siano diverse tecniche di calcolo delle probabilità, la Corte deve optare per un criterio basato sulla sicura esistenza di uno svantaggio futuro. In ogni caso, la perdita di opportunità deve sempre essere sufficientemente prevedibile da poter essere dimostrata con gli ordinari mezzi di prova.

30 — Sentenza del 9 novembre 2006 (C-243/05 P, Racc. pag. I-10833).

31 — Sentenza Agraz e a./Commissione, cit., punto 42.

65. In secondo luogo, una perdita di opportunità seria non equivale a un danno le cui probabilità di conferma siano assolute, poiché altrimenti non si tratterebbe di una perdita di opportunità, ma di lucro cessante. Si deve osservare che i giudici dell'Unione, nella maggior parte dei casi in cui si sono pronunciati al riguardo, hanno delegato la quantificazione del danno da perdita di opportunità a una sentenza interlocutoria, o, in caso di impugnazione, a una nuova sentenza di primo grado previo rinvio degli atti. Ciò spiega perché finora la Corte non abbia avuto molte occasioni per sviluppare la sua giurisprudenza sul tema.

66. In terzo luogo, la perdita di opportunità non conferisce un diritto al risarcimento per la perdita *integrale* del guadagno per il quale si nutrivano aspettative rimaste disattese. La sig.ra Girardot non poteva reclamare l'importo complessivo delle retribuzioni che avrebbe percepito se fosse stata assunta, così come l'offerente escluso non poteva chiedere il prezzo totale dell'appalto nei termini indicati nella sua offerta. La Corte e il Tribunale hanno seguito la prassi degli Stati membri in base alla quale viene sempre riconosciuto un danno inferiore, in misura maggiore o minore, a quello risultante dalla perdita del possibile guadagno. In tal senso, nella causa Girardot, il Tribunale ha optato per un metodo, espressamente ratificato dalla Corte, basato sull'applicazione di un coefficiente moltiplicatore dello 0,5% all'importo delle retribuzioni perdute dalla sig.ra Girardot. Tale coefficiente rappresenta una stima della percentuale di probabilità che la sig.ra Girardot ottenesse uno dei posti di lavoro, nella fattispecie pari al 50%.

67. In quarto e ultimo luogo, l'onere di provare l'opportunità nel caso concreto deve ricadere, come è ovvio, sul ricorrente, dato che spetta a quest'ultimo dimostrare non solo la serietà dell'opportunità perduta, ma anche l'effettivo grado di probabilità. La comparsa di metodi altamente sofisticati idonei a misurare le probabilità di futuri guadagni, e perfino di futuri mancati guadagni, facilita tale compito alle parti, specialmente nel settore del diritto dell'economia, al momento di stabilire con precisione il valore economico dell'opportunità persa.

68. Riassumendo, non vedo motivi per escludere in generale che la perdita di opportunità costituisca parte integrante del danno risarcibile, ai sensi dell'articolo 340, secondo comma, TFUE. L'evoluzione del diritto comparato, lo sviluppo della nostra giurisprudenza e i mezzi di prova di cui dispongono attualmente le parti consentono alla Corte di dichiarare che il diritto dell'Unione in materia di risarcimento dei danni ammette il risarcimento delle perdite di opportunità serie conseguenti a un atto illegittimo adottato da un'istituzione.

69. Tenuto conto di quanto precedentemente esposto, passo ad esaminare il motivo sollevato dal sig. Giordano, concernente il carattere «certo» del danno nel caso di specie.

e) Valutazione del motivo oggetto di analisi

70. Nella sentenza impugnata, il Tribunale ha considerato che il ricorrente non aveva subito un danno certo, in quanto il legislatore dell'Unione non aveva conferito un diritto soggettivo all'esaurimento del contingente. In base a tale premessa, mediante la quale si pone il diritto soggettivo al contingente e all'esaurimento dello stesso in stretto rapporto con il terzo presupposto della responsabilità extracontrattuale dell'Unione, ossia l'esistenza di un danno risarcibile, il Tribunale ha dichiarato che il danno subito dal sig. Giordano non era «certo», respingendo conseguentemente il ricorso di quest'ultimo.

71. A sostegno della sua argomentazione, il Tribunale richiama «per analogia» la sentenza del Tribunale di primo grado nella causa Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo e a./Consiglio [32], in cui è stato dichiarato che la fissazione di un contingente attraverso un atto dell'Unione non conferisce alcun diritto al suo titolare, ma introduce semplicemente un limite massimo di catture [33].

72. È importante evidenziare che la sentenza Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo è stata impugnata dinanzi alla Corte e che il ragionamento del Tribunale di primo grado è stato accolto nelle sue linee generali [34]. Tuttavia, la Corte si è pronunciata sulla questione se il contingente conferisca un diritto facendo riferimento solo all'atto illecito, e non al danno, e ha concluso, al pari del Tribunale di primo grado, che le misure dichiarate illegittime violavano talune norme giuridiche dell'Unione, in concreto il principio di stabilità relativa e l'Atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, «che non sono preordinati a conferire diritti soggettivi ai singoli» [35]. Pertanto, la violazione di tali norme non conferiva ai ricorrenti un diritto al risarcimento dei danni ai sensi dell'allora articolo 288 CE (divenuto articolo 340, secondo comma, TFUE).

73. Orbene, in nessun passo di detta sentenza la Corte si è pronunciata sulla questione se la violazione avesse causato un danno «certo». Lo ha invece fatto il Tribunale nella sentenza oggetto di detta impugnazione, dichiarando che, considerate la mancanza di un diritto soggettivo e l'imprevedibilità delle catture future, il danno subito dai ricorrenti non appariva «certo» e non era quindi risarcibile.

74. Alla luce di quanto precede, ritengo che il Tribunale, nella sentenza impugnata, non si sia conformato ad una giurisprudenza della Corte nel considerare che il danno subito dal sig. Giordano non era «certo», bensì abbia applicato una giurisprudenza concernente l'illegittimità del provvedimento che ha causato il danno [36]. A mio avviso, tale giurisprudenza ha indotto il Tribunale a commettere un errore di diritto.

75. Infatti, nella causa Cofradía de Pescadores «San Pedro» de Bermeo si chiedeva il risarcimento dei danni per violazione del principio di stabilità relativa e dell'Atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese. La Corte ha confermato, correttamente, che tali disposizioni non conferiscono un diritto soggettivo ai titolari di contingenti di pesca e introducono semplicemente un sistema di ripartizione delle risorse acquatiche vive tra gli Stati membri, la cui successiva attuazione richiede numerose disposizioni di diritto dell'Unione e nazionale.

76. Tuttavia, nel caso di specie, come esporrò più avanti e come ho avuto occasione di spiegare in maniera circostanziata nelle conclusioni relative alle cause riunite Buono e a./Commissione, l'illecito che ha provocato il danno consiste nell'inosservanza del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, che, ai sensi di una giurisprudenza ben consolidata, costituisce effettivamente, in caso di violazione, una norma di rango superiore atta a conferire diritti ai singoli. Pertanto, il Tribunale ha commesso un errore considerando che una violazione come quella di cui alla causa Cofradía de Pescadores «San Pedro» de Bermeo e a./Consiglio fosse equiparabile a quella commessa nel caso di specie, che riguarda addirittura il principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

77. Per effetto di tale accostamento tra le due cause, la sentenza impugnata conclude nel senso che il danno subito dal sig. Giordano non è «certo». Tuttavia, siffatto ragionamento non può essere condiviso.

32 — Cit. supra.

33 — Sentenza Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo e a./Consiglio, cit., punto 118.

34 — Sentenza della Corte del 22 novembre 2007, Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo e a./Consiglio (C-6/06 P, Racc. pag. I-164).

35 — Sentenza della Corte Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo e a./Consiglio, cit., punto 56.

36 — Va rilevato che la sentenza impugnata richiama la sentenza Cofradía de pescadores «San Pedro» de Bermeo e a./Consiglio «per analogia», nella consapevolezza che la sua applicazione non riguarda la medesima questione.

78. Dagli atti risulta che il sig. Giordano disponeva di una licenza di pesca rilasciata dal prefetto e soggetta al relativo contingente, che ammontava a 132,02 tonnellate. L'autorizzazione consentiva la pesca dal 1° aprile al 30 giugno 2008. Conformemente al regolamento n. 530/2008, la pesca del tonno rosso è stata interrotta nelle acque in cui operava il sig. Giordano a partire dal 16 giugno 2008. A tale data, secondo quanto emerge dagli atti, le catture del sig. Giordano ammontavano a 71 571 tonnellate. Pertanto, e per effetto del medesimo regolamento, il sig. Giordano non ha potuto catturare le 60 449 tonnellate di cui disponeva in virtù della sua licenza.

79. Alla luce dei criteri indicati ai paragrafi da 38 a 69 di queste conclusioni, appare evidente che il sig. Giordano è stato privato dell'opportunità di conseguire un guadagno futuro, vale a dire il guadagno derivante dall'esaurimento del suo contingente di pesca. Il fatto di non godere di un diritto a un contingente non implica che il danno sia incerto, così come il fatto che un'istituzione disponga di un potere discrezionale non rende meno certo il danno eventualmente causato. Il Tribunale collega erroneamente il presupposto relativo al conferimento di un diritto, richiesto dalla giurisprudenza della Corte perché possa configurarsi l'illecito, a quello della certezza del danno. Si tratta di un collegamento che non solo è estraneo alla nozione tradizionale del danno elaborata dalla giurisprudenza della Corte, ma rende anche difficile e in alcuni casi del tutto impossibile ottenere un risarcimento pur avendo subito un danno economicamente rilevante.

80. La sentenza Agraz e a./Commissione si riferisce chiaramente a una situazione in cui il danno economico esiste, ma è anche soggetto a un alto grado di indeterminatezza probabilistica. Dopo avere constatato che la Commissione dispone di un'ampia discrezionalità, la quale non consente di garantire che in futuro verrà adottata una decisione favorevole agli interessi del ricorrente, la Corte ha dichiarato che «[n]onostante permanga un'incertezza quanto alla (…) quantificazione precisa, tale danno è (…) economicamente valutabile» [37]. Ad ogni modo, come ho già rilevato supra al paragrafo 64, ciò che conta è che la probabilità di conseguire un guadagno sia *seria*.

81. Come precedentemente esposto, la sentenza impugnata si limita a dichiarare che il danno non è «certo», in quanto non sussiste un diritto soggettivo connesso al contingente. Tale impostazione, insieme al fatto che il sig. Giordano è stato privato della possibilità di conseguire un guadagno il cui valore economico è indiscutibile, è sufficiente per concludere che il motivo dedotto dal sig. Giordano è fondato e, pertanto, annullare la sentenza di primo grado.

B – *Sui restanti motivi di impugnazione*

82. Alla luce di quanto precede, i restanti motivi di impugnazione diventano ininfluenti. Propongo quindi alla Corte di accogliere parzialmente il ricorso in base al primo motivo di impugnazione, concernente un errore nell'interpretazione dell'articolo 340, secondo comma, TFUE in relazione al carattere «certo» del danno subito dal ricorrente.

VII – **Risoluzione definitiva della controversia**

83. Ai sensi dell'articolo 61 dello Statuto della Corte di giustizia, «[q]uando l'impugnazione è accolta, la Corte di giustizia annulla la decisione del Tribunale» e può «statuire definitivamente sulla controversia qualora lo stato degli atti lo consenta».

84. Sono del parere che la Corte disponga di elementi sufficienti per risolvere parzialmente la controversia.

37 — Cit., punto 42.

85. A tal riguardo, secondo costante giurisprudenza, in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione per comportamento illecito delle sue istituzioni e dei suoi organi, un diritto al risarcimento è riconosciuto qualora siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli e la sua violazione sia sufficientemente caratterizzata, che sia stabilita l'esistenza del danno e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente all'Unione e il danno subito dai soggetti lesi [38].

A – *Norma giuridica violata preordinata a conferire diritti ai singoli la cui violazione sia sufficientemente caratterizzata*

86. Si è già rilevato come il presente procedimento sia caratterizzato dal fatto che la norma giuridica violata è il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, come ha confermato la Corte nella sentenza AJD Tuna. Esiste al riguardo un'abbondante giurisprudenza, secondo cui basta la violazione di tale principio fondamentale per l'Unione per constatare che la violazione è sufficientemente caratterizzata [39].

87. Orbene, l'unica norma giuridica violata è il suddetto principio, e nessun altro di quelli invocati dal ricorrente, dato che la Corte ha avuto modo di esaminare se il regolamento n. 530/2008 violasse eventualmente i principi, tra altri, di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento o della proprietà. L'unica censura che si possa muovere a detto regolamento, alla luce dell'analisi esaustiva svolta dalla Corte nella citata sentenza AJD Tuna, è quella concernente il principio di non discriminazione a motivo della nazionalità. Al sig. Giordano è stato imposto, in violazione di tale principio, di interrompere le sue attività di pesca una settimana prima rispetto alle tonniere con reti a circuizione battenti bandiera spagnola.

88. Sussiste, pertanto, la condizione relativa all'esistenza di una norma giuridica violata preordinata a conferire diritti ai singoli la cui violazione sia sufficientemente caratterizzata.

B – *Nesso causale diretto tra la violazione imputabile all'Unione e il danno subito dal soggetto leso*

89. Inoltre, ritengo che sussista un nesso causale diretto tra la violazione imputabile all'Unione e il danno subito dal soggetto leso, poiché è evidente che il regolamento n. 530/2008 costituisce l'unica causa della sopravvenuta interruzione delle attività del sig. Giordano.

90. Tuttavia, occorre introdurre una sfumatura che condiziona la portata della responsabilità.

91. L'infrazione che ha causato un danno al sig. Giordano consiste, come si è già rilevato, nella violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, vista l'ingiustificata disparità di trattamento fra le tonniere con reti a circuizione battenti bandiera spagnola e quelle di altra nazionalità. Poiché le tonniere spagnole con reti a circuizione hanno usufruito di una settimana di campagna in più, il sig. Giordano è stato privato di un periodo prezioso di attività del quale hanno beneficiato altre imbarcazioni.

38 — V., inter alia, sentenze della Corte del 4 luglio 2000, Bergaderm e Goupil/Commissione (C-352/98 P, Racc. pag. I-5291, punto 42); del 10 dicembre 2002, Commissione/Camar e Tico (C-312/00 P, Racc. pag. I-11355, punto 53), e del 10 luglio 2003, Commissione/Fresh Marine (C-472/00 P, Racc. pag. I-7541, punto 25).

39 — V., inter alia, sentenze del 25 maggio 1978, HNL e a./Consiglio e Commissione (83/76 e 94/76, 4/77, 15/77 e 40/77, Racc. pag. 1209, punto 5); Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione, cit., punto 11; del 15 settembre 1982, Kind/CEE (106/81, Racc. pag. 2885, punti da 22 a 25), e del 18 aprile 1991, Assurances du crédit/Consiglio e Commissione (C-63/89, Racc. pag. I-1799, punti da 14 a 23).

92. Atteso che la responsabilità invocata dal ricorrente deriva da un atto illecito, ed essendosi esclusa nella precedente trattazione l'esistenza di altri vizi di illegittimità del regolamento n. 530/2008, ritengo che sussista un nesso causale soltanto tra il fatto costituente la discriminazione, vale a dire la settimana supplementare di pesca di cui hanno beneficiato le tonniere con reti a circuizione battenti bandiera spagnola, e il danno subito. La discriminazione dichiarata illegittima dalla Corte nella citata causa AJD Tuna collocava in posizione svantaggiata il ricorrente per una sola settimana, ma non per quella successiva, in cui è stato vietato a tutte le navi tonniere, comprese quelle spagnole, di svolgere la loro attività.

93. Il fatto che la responsabilità extracontrattuale dell'Unione sia basata principalmente sull'illiceità del danno, quale invocata dal ricorrente nella presente causa, implica che il nesso causale possa sussistere solo tra i fatti illeciti e i danni subiti, ma non tra questi ultimi e altri fatti estranei all'illecito, ancorché strettamente connessi alle circostanze del caso di specie. Poiché l'illegittimità accertata riguarda la settimana in cui il ricorrente è stato privato ingiustificatamente della possibilità di svolgere un'attività economica, detta settimana costituisce il periodo di tempo rilevante ai fini della responsabilità extracontrattuale per atto illecito.

94. Pertanto, propongo alla Corte di riconoscere la sussistenza del nesso causale solo limitatamente al periodo compreso tra il 16 e il 23 giugno 2008, in cui il regolamento n. 530/2008 ha illegittimamente vietato l'attività di pesca del ricorrente, ma non quella delle tonniere spagnole con reti a circuizione.

95. Risulta quindi soddisfatta la condizione relativa all'esistenza di un nesso di causalità diretto tra la violazione imputabile all'Unione e il danno subito dal soggetto leso, sempre che tale danno sia circoscritto al periodo compreso tra il 16 e il 23 giugno 2008.

C – *Danno reale e certo*

96. Infine, occorre esaminare se sia stata dimostrata l'effettività del danno, nel senso che esso appare reale e certo.

97. Come già esposto supra ai paragrafi da 49 a 61, la giurisprudenza della Corte ha ammesso a più riprese che la certezza del danno non deve essere necessariamente assoluta e può essere constatata in caso di perdita di un'opportunità seria, causata direttamente da un atto illecito dell'Unione. Non ripeterò quanto già esposto dettagliatamente ai paragrafi da 38 a 69 delle presenti conclusioni; basti qui ricordare che una perdita di opportunità seria costituisce un danno reale e certo risarcibile.

98. Dagli atti risulta che il sig. Giordano fruiva di una licenza di pesca che gli consentiva di svolgere un'attività economica fino al 30 giugno 2008. Inoltre, senza che ciò sia stato contestato dalla Commissione, le quote di pesca di armatori come il sig. Giordano sono state esaurite negli anni precedenti e come regola generale.

99. Oltre a ciò, il fatto che esistessero seri indizi nel senso che le risorse di pesca si sarebbero esaurite prima della fine della campagna non sembra aver impedito alle tonniere con reti a circuizione battenti bandiera spagnola di proseguire l'attività tra il 16 e il 23 giugno 2008, perfino nelle medesime acque in cui operano abitualmente le tonniere con reti a circuizione battenti bandiera francese, come quella del sig. Giordano.

100. Proprio perché la perdita di opportunità non corrisponde all'importo integrale dei mancati profitti, gli argomenti esposti dalla Commissione confermano solo che la probabilità che il sig. Giordano continuasse a sfruttare il suo contingente nella settimana tra il 16 e il 23 giugno 2008 non era assoluta, ma non rimettono minimamente in discussione la serietà dell'opportunità perduta.

101. Orbene, le parti del procedimento in primo grado non hanno avuto occasione di dibattere nei dettagli le esatte probabilità di guadagno del sig. Giordano nel suddetto periodo del 2008. Tale questione, strettamente connessa alla quantificazione del danno subito, non è stata discussa dinanzi al Tribunale nei termini esposti in questa sede.

102. Pertanto, suggerisco alla Corte di rinviare la causa al Tribunale affinché si pronunci, alla luce degli argomenti sopra svolti, in ordine all'esatta quantificazione del danno subito dal ricorrente.

VIII – **Sulle spese**

103. Pur proponendo di rinviare parzialmente la causa al Tribunale, ritengo che la questione principale del ricorso in esame sia stata risolta nei suoi aspetti fondamentali. Pertanto, conformemente agli articoli 138, paragrafo 1, e 184, paragrafo 2, del regolamento di procedura, propongo alla Corte di condannare la Commissione alle spese della presente impugnazione.

IX – **Conclusione**

104. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di statuire come segue: Accogliere parzialmente l'impugnazione in base al suo primo motivo, concernente un'erronea interpretazione dell'articolo 340, secondo comma, TFUE, in relazione al carattere «certo» del danno subito dal ricorrente e, pertanto:

1) Annullare la sentenza del Tribunale del 7 novembre 2012 nella causa T-114/11.

2) Accogliere il ricorso per responsabilità extracontrattuale proposto dal sig. Giordano e dichiarare la responsabilità extracontrattuale dell'Unione a motivo dell'adozione del regolamento n. 530/2008 della Commissione, del 12 giugno 2008, essendo stata dimostrata la sussistenza delle condizioni costitutive della responsabilità extracontrattuale prevista dall'articolo 340, secondo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

3) Rinviare la causa al Tribunale affinché si pronunci sulla quantificazione del danno subito dal sig. Giordano.

4) Condannare la Commissione alle spese del procedimento di primo grado nella causa T-114/11, definita con sentenza del 7 novembre 2012, e del procedimento di impugnazione.