

La responsabilità dello Stato italiano per l'inadempimento degli obblighi europei in tema di formazione dei medici specialisti

di **SERGIO DI AMATO**

PARTE I: PROFILI GENERALI. 1. INADEMPIMENTO DEGLI OBBLIGHI EUROPEI E PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ DEGLI STATI MEMBRI. 2. GLI OBBLIGHI RISARCITORI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE. 3. LA PRESCRIZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CGUE. 4. LA PRESCRIZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE. 5. L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE: L'ART. 4, COMMA 43, DELLA LEGGE N. 183/2011. 6. CRITICA DELL'ORIENTAMENTO DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ. 7. PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ ED OBBLIGO DELLO STATO DI PREDISPORRE RIMEDI PER L'ATTUAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE. 8. LA FORMAZIONE PER VIA GIURISPRUDENZIALE DEL RIMEDIO GIURISDIZIONALE. 9. CONCLUSIONI. PARTE II: IL DIRITTO DEI MEDICI SPECIALIZZANDI AD UNA ADEGUATA REMUNERAZIONE E LE TUTELE ESPERIBILI. 10. LE DIRETTIVE EUROPEE SULLA FORMAZIONE DEI MEDICI SPECIALISTI. 11. LA NORMATIVA NAZIONALE DI ATTUAZIONE. 12. LA GIURISPRUDENZA DELLA CGUE. 13. LA TUTELA GIUSLAVORISTICA. 14. RIMEDI RIPARATORI PROSPETTATI DALLA CGUE: 1) L'INTERPRETAZIONE ESTENSIVA DELLE NORME DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA. 15. *SEGUE*: 2) IL RISARCIMENTO DEL DANNO. 16. *SEGUE*: 3) L'APPLICAZIONE RETROATTIVA E COMPLETA DELLE MISURE DI ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA. PARTE III: IL RISARCIMENTO DOVUTO AGLI ISCRITTI AI CORSI DI SPECIALIZZAZIONE DAL 1983 AL 1991. 17. I DUE ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI CASSAZIONE: 1) LA DISAPPLICAZIONE DEL REQUISITO SOGGETTIVO CONTEMPLATO DALL'ART. 11 DELLA LEGGE N. 370/1999. 18. *SEGUE*: 2) IL RISARCIMENTO DEL DANNO PARAMETRATO SULLA *AESTIMATIO* OPERATA DALL'ART. 11 DELLA LEGGE N. 370/1999. 19. CRITICA DEL SECONDO ORIENTAMENTO. 20. CRITICA DEL PRIMO ORIENTAMENTO. 21. IL DANNO DA RISARCIRE. 22. IL PRETESO DIRITTO "PARARISARCITORIO". 23. LA PRETESA DISCREZIONALITÀ DELLO STATO. 24. I LIMITI COSTITUZIONALI E CONVENZIONALI (CEDU) AL RIDIMENSIONAMENTO RETROATTIVO DEL DIRITTO AL RISARCIMENTO DEI DANNI. 25. L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 11 DELLA LEGGE N. 370/1999. 26. LA PROVA DEL DANNO. 27. CONCLUSIONI. PARTE IV: IL RISARCIMENTO DOVUTO AGLI ISCRITTI AI CORSI DI SPECIALIZZAZIONE DAL 1991 AL 2006. 28. LA PROGRESSIVA PERDITA DI ADEGUATEZZA DELLA REMUNERAZIONE: 1) IL BLOCCO DELL'AGGIORNAMENTO ANNUALE 29. *SEGUE*: 2) IL PRETESO BLOCCO DELLA RIDETERMINAZIONE TRIENNALE. 30. L'ALTERNATIVA TRA UNA INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA E L'ILLEGITTIMITÀ DELLA NORMATIVA DI BLOCCO. 31. L'ORIENTAMENTO DELLA CORTE DI CASSAZIONE. 32. IL RISULTATO UTILE PERSEGUITO DALLA DIRETTIVA 82/76/CEE. 33. IL SOPRAVVENUTO INADEMPIMENTO DELLO STATO ITALIANO. 34. CONCLUSIONI. PARTE V: DIRITTI DEI MEDICI SPECIALIZZANDI E RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CGUE. 35. I POSSIBILI QUESITI DA SOTTOPORRE ALLA CGUE.

Abstract

Almost forty years after the European directive 82/76/EEC, which provided for an adequate remuneration for doctors specializing, there are still many questions left open not only by the delay with which the Italian State implemented the directive, but also by the obstinacy with which the Italian legislator attempted to evade the obligation of full implementation, unjustifiably creating differentiated regimes over time. Thus, entire generations of doctors specializing have had their right to adequate remuneration fully or partially denied and have been forced to take legal action for damages, in a situation of uncertainty that has even affected the identification of the remedy to exercise. The article, which collects and coordinates three *pro veritate* opinions, analyzes the principles affirmed by the CJEU, drawing the following logical consequences: the impossibility to place the starting day of the limitation period before the decisions that defined the remedy; the need to identify compensation for damage that meets the principles of equivalence, effectiveness and adequacy established by the CJEU; the obligation of the Member States to preserve the adequacy of the remuneration due to doctors specializing over time.

Parte I: PROFILI GENERALI.

1. Inadempimento degli obblighi europei e principio di responsabilità degli Stati membri. Il principio della responsabilità degli Stati membri per i danni causati ai singoli, in conseguenza di violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili, non si trova espressamente affermato nei Trattati dell'Unione europea ed è stato creato dalla giurisprudenza della CGUE, a partire dalla famosa sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich.

La responsabilità è stata affermata sul presupposto che altrimenti "sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro" (punto 33). L'affermazione è stata fondata, per deduzione, su alcuni principi fondamentali dell'Unione: il principio del primato e supremazia del diritto comunitario; il principio dell'effettività ed uniforme applicazione delle sue norme (art. 19, comma 1, seconda parte, del TUE; art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, cd. Carta di Nizza, approvata il 7 dicembre 2000); il principio di leale

collaborazione tra istituzioni dell'Unione e Stati membri (art. 4, n. 3, TUE già art. 10 TCE).

La sentenza Francovich individua, ai punti 40 e 41, tre condizioni per l'affermazione della responsabilità: "40. La prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli. La seconda condizione è che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine, la terza condizione è l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi. 41. Tali condizioni sono sufficienti per far sorgere a vantaggio dei singoli un diritto ad ottenere un risarcimento, che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario".

La sentenza prosegue affermando l'autonomia dell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro nel "designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario" (punto 42) e richiamando i principi di equivalenza e di effettività, in virtù dei quali, rispettivamente, "le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento" (punto 43).

I suddetti principi sono stati riaffermati e meglio precisati dalla sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur e Factortame, che così ha ridefinito le condizioni per la responsabilità: "un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comunitario in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi" (punto 51).

2. Gli obblighi risarcitori nella giurisprudenza della Corte di cassazione. Le Sezioni unite della Corte di cassazione, con la sentenza 17 aprile 2009 n. 9147, hanno qualificato come obbligazione *ex lege*, e non come risarcitoria da fatto illecito, quella che grava sullo Stato in conseguenza dell'inadempimento, per mancata o tardiva attuazione, di direttive comunitarie preordinate ad attribuire diritti ai singoli, ma non dotate del carattere *self-executing*.

Partendo dal presupposto della duplicità degli ordinamenti, quello comunitario e quello nazionale, la Suprema Corte ha affermato che "il comportamento del legislatore è suscettibile di essere qualificato come antiggiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno".

L'affermazione di un'obbligazione indennitaria *ex lege* per attività non antiggiuridica è stata criticata in dottrina (tra gli altri SCODITTI, in *La violazione comunitaria dello Stato, tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, nota a Cass. s.u. n. 9147/2009, in *Foro it.*, 2010, I, 174), con il rilievo che, sul piano del diritto interno, "se c'è responsabilità, sia pure, contrattuale, c'è violazione di una regola di comportamento, e dunque antiggiuridicità".

Di tali critiche la Corte di cassazione ha tenuto conto nelle successive sentenze del 17 maggio 2011 n. 10813 (e altre cd. gemelle, in sequenza numerica, a firma dello stesso estensore), 18 agosto n. 17350 e 31 agosto 2011 n. 17868, tutte rese dallo stesso collegio all'udienza del 18 aprile 2011 e delle quali la seconda riproduce pedissequamente la motivazione della prima e la terza ne sintetizza i contenuti.

La complessa ed elaborata motivazione della citata Cass. n. 10813/2011 si può così riassumere: l'affermazione delle Sezioni unite della non illiceità ed antiggiuridicità del comportamento dello Stato di inadempimento dell'obbligo di attuazione di una direttiva comunitaria non deve essere intesa in senso assoluto, ma solo come relativa alla esclusione della configurabilità di un illecito extracontrattuale *ex art. 2043 cod. civ.*; ciò in quanto l'inadempimento, pur essendo certamente un fatto antiggiuridico anche sul piano dell'ordinamento

interno, tuttavia non è riconducibile all'illecito ex articolo 2043 codice civile ma rappresenta un fatto antigiuridico idoneo, indipendentemente dalla colpa (non richiesta dalla CGUE ai fini della responsabilità dello Stato), a produrre sul piano interno un'obbligazione risarcitoria *ex lege* secondo il paradigma delle fonti delle obbligazioni previsto dall'art. 1173 cod. civ.

3. La prescrizione nella giurisprudenza della CGUE. In tema di prescrizione si devono anzitutto ricordare due decisioni. Con la sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, Emmot, la CGCE ha stabilito che "il diritto comunitario si oppone a che le autorità competenti di uno Stato membro facciano valere le norme di procedura nazionali relative ai termini di ricorso nell'ambito di un'azione avviata nei loro confronti da un singolo, dinanzi ai giudici nazionali, al fine della tutela dei diritti direttamente conferiti dall'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7, finché tale Stato membro non abbia trasposto correttamente le disposizioni di tale direttiva nel suo ordinamento giuridico interno" (punto 24).

Nella fattispecie esaminata la signora Emmot aveva chiesto al giudice nazionale - invocando la direttiva 19 dicembre 1978, 79/7/CEE sulla parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale - la riliquidazione di una prestazione d'invalidità dal 23 dicembre 1984 al 28 gennaio 1988 (data in cui era stata attuata nei suoi confronti la parità di trattamento).

Con la sentenza 24 marzo 2009, causa C-445/06, Slagterier la CGCE ha stabilito un diverso principio, adducendo la peculiarità del caso Emmot nel quale "la decadenza dai termini arrivava a privare totalmente la ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto alla parità di trattamento in virtù di una direttiva comunitaria" (punto 54). In realtà, è abbastanza evidente che ciò non fosse avvenuto poiché la parità di trattamento era stata realizzata dal 28 gennaio 1988, e la prescrizione non avrebbe fatto perdere il diritto alla parità di trattamento, ma solo la sua applicazione nel periodo portato all'attenzione del giudice nazionale. Ciò che conta, tuttavia, è l'affermazione di un nuovo principio, secondo cui "il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente

trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola”.

Nell’affermare tale principio la CGCE ha, tuttavia, svolto una serie di precisazioni:

- “il termine di prescrizione ... non può cominciare a decorrere prima che il soggetto leso abbia avuto conoscenza del danno e dell’identità della persona tenuta al risarcimento” (punto 52);
- “in mancanza di una normativa comunitaria in materia, spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali delle azioni in giudizio dirette a garantire la tutela dei diritti conferiti ai soggetti dal diritto comunitario, purché tali modalità rispettino i principi di equivalenza e di effettività” (punto 59);
- “sarebbe... contrario al principio di effettività imporre ai soggetti lesi di esperire sistematicamente tutti i mezzi di tutela giudiziaria a loro disposizione, tenendo conto che ciò causerebbe difficoltà eccessive o non si potrebbe ragionevolmente esigerlo da loro” (punto 62);
- “il diritto comunitario non osta all’applicazione di una disciplina nazionale quale quella ex art. 839, n. 3, del BGB, a condizione che si possa ragionevolmente esigere dal soggetto leso l’utilizzo dell’azione in giudizio in parola. Spetta al giudice del rinvio valutare, alla luce del complesso delle circostanze della causa principale, se tale caso si verifichi nella fattispecie” (punto 64).

Tali precisazioni sono espressione dei principi di autonomia procedurale e di effettività sui quali si tornerà in seguito (v. § 7)

Infine, con la sentenza 19 maggio 2011, causa C-452/09, Iaia, richiamando tra le altre la citata sentenza Slagterier, la CGUE ha affermato, con riferimento ad una ipotesi di inadempimento della direttiva 82/76/CEE sulla formazione dei medici specialisti, “che il diritto dell’Unione non osta a che uno Stato membro eccepisca la scadenza di un termine di prescrizione ragionevole a fronte di un’azione giurisdizionale proposta da un singolo per ottenere la tutela dei diritti conferiti da una direttiva, anche qualora tale Stato non l’abbia correttamente trasposta, a

condizione che, con il suo comportamento, esso non sia stato all'origine della tardività del ricorso". Inoltre, non è di ostacolo alla prescrizione il fatto che la violazione del diritto dell'Unione non sia stata ancora oggetto di accertamento giurisdizionale in sede europea, quando, come nel caso oggetto della causa principale (specializzandi iscritti prima dell'anno accademico 1991/1992), "la violazione è fuori dubbio" (punto 24).

4. La prescrizione nella giurisprudenza della Corte di cassazione. Dalla natura di obbligazione *ex lege* attribuita dalla giurisprudenza di legittimità (§ 2) all'obbligazione che grava sullo Stato per l'inadempimento di direttive comunitarie "consegue che la pretesa risarcitoria... è assoggettata al termine di prescrizione ordinaria (decennale) perché diretta all'adempimento di un'obbligazione *ex lege* (di natura indennitaria), riconducibile come tale all'area della responsabilità contrattuale" (Cass. s.u. 9147/2009; conf. Cass. 10813/2011).

Quanto al *dies a quo* dal quale computare la prescrizione, l'orientamento attuale della Corte di cassazione è quello espresso dalla già citata sentenza 17 maggio 2011 n. 10813, resa in tema di inadempimento della direttiva 82/76/CEE sulla formazione dei medici specialisti. Il ragionamento della Corte può essere così riassunto:

- 1) il diritto comunitario non esclude il possibile decorso della prescrizione prima della completa attuazione delle direttive (sulla evoluzione della giurisprudenza della CGUE v. sopra § 3);
- 2) i profili procedurali e quello della prescrizione sono rimessi agli ordinamenti nazionali ai quali compete disciplinare l'azione risarcitoria, diretta a far valere l'inadempimento di una direttiva attributiva di un diritto, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività;
- 3) in mancanza di apposita disciplina da parte degli Stati membri, il giudice nazionale, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, può ricercare analogicamente la regolamentazione dell'azione, ivi compresi eventuali termini di decadenza o prescrizione, in discipline di azioni già regolate dall'ordinamento, purché esse rispettino i principi di equivalenza ed effettività

- e, particolarmente, non rendano impossibile o eccessivamente gravosa l'azione; di qui la necessità che l'applicazione del termine di prescrizione individuato analogicamente sia sufficientemente prevedibile da parte dei soggetti interessati e che tale apprezzamento sia fatto dal giudice nazionale;
- 4) l'eventuale termine di prescrizione può decorrere, alla stregua della giurisprudenza comunitaria, anche prima della corretta trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale, se il danno, anche solo in parte si è verificato anteriormente;
 - 5) l'applicazione del termine di prescrizione decennale, conseguente alla qualificazione dell'obbligazione risarcitoria nell'ordinamento nazionale come obbligazione *ex lege*, supera l'apprezzamento di prevedibilità da parte degli interessati in quanto è quello generale ed è certamente più favorevole dei più brevi termini speciali;
 - 6) il diritto al risarcimento del danno è stato creato dalla giurisprudenza della CGUE ed è, quindi, sorto con la sentenza Francovich o, più probabilmente, con la sentenza Brasserie du Pecheur - Factortame, che ha definitivamente fissato i presupposti dell'obbligo risarcitorio dello Stato inadempiente; pertanto, è inconfigurabile un termine di prescrizione prima della pubblicazione di dette sentenze che hanno consacrato il diritto al risarcimento del danno, ponendosi come fonte dell'obbligazione risarcitoria;
 - 7) il termine di prescrizione non può iniziare a decorrere neppure dalla pubblicazione delle sentenze Francovich e Brasserie du Pecheur - Factortame quando l'inadempimento, di natura permanente, dell'obbligo di dare attuazione alla direttiva ha lasciato gli aventi diritto al risarcimento in una situazione di attesa, in alternativa al risarcimento, di un possibile "comportamento unilaterale dello Stato Italiano di adempimento soddisfacente della direttiva, comportamento che, del resto, lo Stato Italiano continuava a dover tenere secondo l'ordinamento comunitario"; pertanto, "la situazione di danno si presentava non come effetto ormai determinato, ma come effetto determinato *de die in die*";
 - 8) il danno acquisisce il valore di una situazione autonoma e definitiva, ormai

indipendente dal comportamento statale di inadempimento, solo con atti di adempimento parziale dal punto di vista oggettivo (che cioè riconoscono meno diritti del dovuto); lo stesso può predicarsi anche rispetto ad atti di adempimento parziale sotto il profilo soggettivo, quando nell'ambito di una categoria soggettiva venga dato rilievo ad elementi fattuali del tutto estranei rispetto alle situazioni contemplate nelle direttive. In entrambi i casi la condotta dello Stato può essere apprezzata dagli interessati come ragionevolmente significativa, ancorché a livello probabilistico, della volontà dello Stato di non adempiere successivamente.

In applicazione di tali principi la sentenza – resa come si è detto in tema di formazione specialistica dei medici – ha attribuito rilievo, ai fini dell'inizio del decorso della prescrizione, all'atto dello Stato che poteva essere apprezzato dagli interessati come definitivo inadempimento, e cioè, nella specie, all'art. 11 della legge n. 370/1999 (entrata in vigore il 27 ottobre 1999) che, riconoscendo un risarcimento del danno non a tutti gli specializzandi iscritti ai corsi prima dell'anno 1991-1992, ma solo a quelli che erano destinatari di giudicati favorevoli del TAR Lazio e, perciò, dando rilievo ad una circostanza del tutto irrilevante, avrebbe manifestato la definitiva volontà di non adempiere.

5. L'intervento del legislatore: l'art. 4, comma 43, della legge n. 183/2011. Il legislatore, con l'art. 4, comma 43, della legge n. 183 del 2011 (legge di stabilità 2012), ha disciplinato il rimedio offerto dall'ordinamento interno in caso di mancata o tardiva attuazione di direttive, stabilendo 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”. Al riguardo, tuttavia, la condivisibile giurisprudenza di legittimità ha subito chiarito che la nuova disciplina “vale soltanto per i fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore, poiché essa non evidenzia i caratteri della norma

interpretativa, idonei a sottrarla al principio di irretroattività; ne consegue che, per i fatti anteriori alla novella, opera la prescrizione decennale, secondo la qualificazione giurisprudenziale nei termini dell'inadempimento contrattuale" (Cass. 8 febbraio 2012 n. 1850; 9 febbraio 2012 n. 1917; 22 marzo 2012, n. 4538).

In relazione ad una tesi prospettata dall'Avvocatura dello Stato, si deve esaminare la questione se il termine quinquennale possa comunque trovare applicazione a far tempo dal 1° gennaio 2012 anche per i fatti anteriori e sempre che a detta data il residuo termine decennale non fosse inferiore. La tesi richiama l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (consolidata a far tempo Cass. s.u. 7 marzo 2008, n. 6173) che attribuisce portata generale – e perciò anche al di là delle modificazioni dei termini stabiliti dal codice civile rispetto a quelli previsti dalle leggi anteriori – all'art. 252 disp. att. cod. civ., secondo cui, quando il codice stabilisce un termine di prescrizione più breve di quello fissato dalla legge anteriore, il nuovo termine si applica anche alle prescrizioni in corso, ma decorre dalla data di entrata in vigore del codice, purché, a norma della legge precedente, non residui un termine minore.

La tesi, tuttavia, non convince poiché non tiene conto della formulazione dell'art. 4, comma 43, della legge n. 183 del 2011, che non si limita ad abbreviare il termine di prescrizione, ma piuttosto riqualifica autoritativamente la fattispecie per superare l'orientamento della Corte di cassazione che ne ha sancito prima la natura di obbligazione indennitaria *ex lege* e, poi, si è consolidata nel senso della natura di fatto antigiusuridico non riconducibile all'art. 2043 cod. civ. (v. § 2). Solo così, infatti, si spiega l'opzione del legislatore per una via diversa tanto dalla semplice riduzione a cinque anni del termine di prescrizione quanto dalla diretta previsione di un termine quinquennale. La strada della rideterminazione del termine era stata significativamente seguita dal legislatore nel caso della prescrizione dei contributi previdenziali venuto all'attenzione della giurisprudenza della S.C. sopra richiamata.

La strada seguita dal legislatore con l'art. 4, comma 43, della legge n. 183/2011 è stata, invece, quella dell'affermazione che il diritto al risarcimento del

danno da inadempimento delle direttive comunitarie “soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all’articolo. 2947 del codice civile”. Quest’ultima disposizione si occupa, come recita la sua rubrica, delle “prescrizioni del diritto al risarcimento del danno”, e al suo interno prevede tre distinte ipotesi: al primo comma il diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, al secondo comma il risarcimento del danno prodotto dalla circolazione dei veicoli ed al terzo comma il risarcimento del danno da reato. L’interprete perciò, anche se la soluzione appare ovvia, deve stabilire quale delle tre fattispecie sia applicabile, muovendosi sempre nell’ambito del risarcimento da fatto illecito. Quindi, la disciplina applicabile passa necessariamente attraverso una qualificazione come diritto al risarcimento del danno da fatto illecito e, in questa prospettiva, l’inciso “in ogni caso” sembra volto soltanto al superamento delle difficoltà di inquadrare la fattispecie come illecito ex art. 2043 cod. civ., in considerazione della possibile assenza del normale requisito della colpa, la cui necessità è esclusa dalla giurisprudenza della CGUE, secondo la quale il presupposto della responsabilità è solo una violazione grave e manifesta degli obblighi di recepimento delle direttive comunitarie. Del resto, se una fattispecie “soggiace” ad una certa disciplina ciò vuol dire – in assenza di una chiara volontà del legislatore di recepire una disciplina in un campo diverso da quello della sua naturale applicazione – che gli elementi che caratterizzano la fattispecie sono individuati dal legislatore come corrispondenti ai presupposti per l’applicazione della disciplina, ovvero, più verosimilmente, che detti presupposti sono ampliati. Significativa, al riguardo, è la tesi originariamente prospettata dall’Avvocatura dello Stato, che attribuiva all’art. 4, comma 43, della legge n. 183/2011 valore di interpretazione autentica. La tesi non è stata accolta dalla giurisprudenza di legittimità che, come si è sopra ricordato, ha evidenziato l’assenza di una qualsiasi indicazione normativa che potesse deporre per una norma interpretativa; resta, tuttavia, l’esattezza del rilievo che la norma qualifica la fattispecie in modo diverso dal passato.

Allora, se è intervenuta una riqualificazione autoritativa della fattispecie, è evidente che la stessa non ha effetti retroattivi. Ne consegue che i fatti anteriori all’entrata in vigore della legge n. 183/2011 restano fatti antiggiuridici dai quali

nasce un diritto al risarcimento del danno che si prescrive in dieci anni, mentre i fatti successivi sono da considerare come fatti illeciti dai quali nasce un diritto al risarcimento del danno che si prescrive in cinque anni.

6. Critica dell'orientamento della giurisprudenza di legittimità. Quanto appena detto rende evidente che, per i fatti anteriori al 1° gennaio 2012, l'art. 4, comma 43, della legge n. 183/2011, non si può applicare neppure laddove stabilisce che la prescrizione “decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato”. Restano perciò rilevanti l'esame e la critica dell'orientamento giurisprudenziale (§ 4) in tema di *dies a quo* della prescrizione. Il rilievo della condotta, del danno e della conoscibilità di quest'ultimo, ai fini della decorrenza del termine di prescrizione è stato indagato, in dottrina e giurisprudenza, pressoché esclusivamente con riferimento alla responsabilità extracontrattuale. I risultati raggiunti possono però applicarsi anche alla responsabilità contrattuale, nella quale il problema si pone negli identici termini ed alla quale, come si è visto (§ 2), la S.C. riconduce la responsabilità per inadempimento di direttive comunitarie.

Quanto alla condotta, si distingue tra quella istantanea con possibili effetti permanenti, che si esaurisce in un solo momento (si pensi al sinistro dal quale deriva un'invalidità), e quella permanente, che si protrae nel tempo. In questo secondo caso anche il danno può essere permanente: si pensi alle immissioni di cui all'art. 844 cod. civ. oppure alla violazione delle distanze legali di cui agli artt. 873 ss. cod. civ. In caso di danno permanente la prescrizione decorre *de die in diem*, man mano che le conseguenze dannose vengono ad esistenza. Viene, poi, in rilievo il possibile scollamento temporale tra la condotta ed il danno; al riguardo, interpretando estensivamente il dato letterale dell'art. 2947, comma 1, cod. civ. (secondo cui la prescrizione decorre “dal giorno in cui il fatto si è verificato”), è pacifico che ai fini del decorso del termine di prescrizione non è sufficiente che sia stata posta in essere la condotta, ma è anche necessario che il danno sia venuto ad esistenza. Inoltre, a partire dagli anni 70 del secolo scorso,

la giurisprudenza, importando principi propri di *common law*, ha ritenuto necessario che il danno sia conosciuto o per lo meno conoscibile con l'ordinaria diligenza da parte di chi l'ha subito, con la conseguente possibilità che divenga incerto il *dies a quo* della prescrizione.

Di questo armamentario giuridico sembra aver fatto uso la Corte di cassazione con l'orientamento espresso da Cass. 10813/2011 (§ 4).

In primo luogo, infatti, è stato dato rilievo al carattere permanente della condotta di inadempimento degli obblighi comunitari.

In secondo luogo, sia pure senza parlare espressamente di conoscibilità, è stato dato rilievo decisivo al momento in cui, con l'entrata in vigore della legge n. 370/1999, si è determinata "una situazione nella quale la condotta di inadempimento dello Stato verso i soggetti esclusi [*cioè gli iscritti, privi di un favorevole giudizio amministrativo, in anni accademici anteriori al 1991-1992*] ... fino a quel momento determinante con efficacia permanente l'obbligo risarcitorio, ha cessato di poter essere ragionevolmente intesa come tale. Con la conseguenza che, essendo divenuto l'obbligo risarcitorio apprezzabile come un effetto della condotta di inadempimento ormai definitivo, si deve ritenere che da tale pubblicazione sia iniziato il decorso della prescrizione ordinaria decennale ai sensi dell'art. 2946 c.c. della pretesa risarcitoria, dapprima invece non iniziato perché la condotta di inadempimento era apprezzabile come condotta permanente".

La prima considerazione, relativa al carattere permanente della condotta di inadempimento, da sola non è risolutiva. Da un lato, è vero che l'obbligo degli Stati di dare attuazione alle direttive comunitarie ha carattere permanente e non è suscettibile di prescrizione o decadenza. Ciò che rileva, tuttavia, è l'obbligo risarcitorio che sorge nell'ordinamento interno per effetto di quell'inadempimento e sotto tale profilo l'obbligo in questione non si differenzia da qualsiasi altra obbligazione contrattuale che resta in vita fin quando l'inadempimento non è diventato definitivo o, ai sensi dell'art. 1453, u.c., cod. civ., per scelta del creditore che in caso di inadempimento di non scarsa importanza agisca per la risoluzione del contratto (il che non è prospettabile per una obbligazione *ex lege*) oppure

perché l'adempimento dell'obbligazione ha perso la sua utilità per il creditore (il che egualmente non è prospettabile rispetto al pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento o di indennizzo). La non definitività dell'inadempimento, tuttavia, non esclude la prescrivibilità dell'obbligazione risarcitoria *ex lege* e dell'obbligazione contrattuale. Anche rispetto ad una situazione permanente di inadempimento rileva, infatti, il momento in cui, eventualmente *de die in diem*, si è prodotto il danno, come più volte affermato dalla giurisprudenza di legittimità: "nel caso di illecito permanente, protraendosi la verifica dell'evento in ogni momento della durata del danno e della condotta che lo produce, la prescrizione ricomincia a decorrere ogni giorno successivo a quello in cui il danno si è manifestato per la prima volta, fino alla cessazione della predetta condotta dannosa, sicché il diritto al risarcimento sorge in modo continuo via via che il danno si produce, ed in modo continuo si prescrive" (Cass. S.U. 14 novembre 2011, n. 23763; conf. e *plurimis* Cass. n. 12701/2015).

Tutto ciò porterebbe a dire che per gli iscritti in anni accademici anteriori alla pubblicazione delle sentenze della CGUE Francovich e Slagterier, che con efficacia retroattiva hanno attribuito il diritto al risarcimento (v. § 1), il termine di prescrizione inizierebbe a decorrere da detta pubblicazione. Per coloro che si sono iscritti successivamente la prescrizione inizierebbe, invece, a decorrere dai singoli periodi nei quali non è stata corrisposta l'adeguata remunerazione.

Nella sentenza, tuttavia, e con ciò si viene alla seconda considerazione, la permanenza della condotta di inadempimento viene valorizzata in funzione dell'apprezzamento che ragionevolmente potevano farne gli interessati in termini di mero ritardo cui sarebbe seguito l'adempimento in ottemperanza agli obblighi comunitari, per i quali, come si è detto, sul piano comunitario non sono prospettabili né prescrizione né decadenza. Viene così in gioco, in una prospettiva certamente estesa e mirata alla tutela dei danneggiati e sulla base di una valutazione astratta fatta dal giudice di legittimità, il principio giurisprudenziale, cui sopra si è fatto cenno, secondo il quale il termine di prescrizione decorre dal momento in cui l'evento dannoso è oggettivamente percepibile e riconoscibile dal danneggiato non solo come lesione ma anche sotto

il profilo della riferibilità causale al contegno dell'asserito responsabile (Cass. SU 11 gennaio 2008, n. 576; conformi le innumerevoli decisioni in tema di responsabilità professionale del medico, dell'avvocato e del notaio nonché quelle in tema di danno da emotrasfusione).

Alla soluzione seguita dalla Suprema Corte nella fattispecie che qui interessa potrebbe muoversi l'obiezione che l'ipotesi di un inadempimento definitivo agli obblighi comunitari non è consentita dal relativo ordinamento e che la formulata valutazione probabilistica ("l'atteggiamento statuale di discriminazione ... si presta ad essere apprezzato da parte dei soggetti esclusi, ancorché a livello probabilistico, della volontà statuale di non adempiere successivamente") in realtà è opinabile e comunque smentita da iniziative successive (in Senato, nella passata legislatura, tra gli altri era stato depositato il disegno di legge n. 2400/2016, che prevedeva il riconoscimento a tutti gli iscritti ai corsi di specializzazione, a partire dal 1978, di una somma forfetaria di € 11.000 per ciascun anno di frequenza), che ben potrebbero essere riproposte.

L'obiezione, però, prova troppo poiché di fatto escluderebbe l'inizio della prescrizione per il danno da inadempimento fin quando lo Stato non abbia attuato gli obblighi nascenti dalle direttive comunitarie. Invece, come sopra si è visto (§ 3), il corso della prescrizione è espressamente ammesso dalla giurisprudenza della CGUE anche prima che sia stata data attuazione alle direttive.

Tuttavia, le conclusioni di Cass. n. 10813/2011, che nel caso da essa esaminato erano sufficienti per il rigetto dell'eccezione di prescrizione, non possono essere condivise ed elevate a principio generale idoneo ad escludere la decorrenza da un momento successivo al 27 ottobre 1999, come sembra invece aver fatto la successiva giurisprudenza di legittimità, peraltro in decisioni rese in fattispecie nelle quali, alla stregua dei principi affermati, la prescrizione non era maturata, con conseguente idoneità di fatto della soluzione a tutelare i soggetti lesi dall'inadempimento.

La possibilità di una diversa conclusione è suggerita da alcune considerazioni svolte dalla Corte di cassazione nella stessa più volte citata sentenza n. 10813/2011, nella quale al punto 10.2., si rileva "che, nell'ottica delle

considerazioni del punto (33) della sentenza *Danske Slagterier*, la ricostruzione appena ipotizzata si giustificerebbe anche per evitare che la Corte di Giustizia - attesa la travagliatissima vicenda di cui si è discusso nell'ordinamento interno, sia sotto il profilo delle incertezze sulla giurisdizione (terminate solo nel 2005 ed in situazione ante l'introduzione del noto principio della *translatio*), sia sotto il profilo della individuazione dell'azione esperibile e del suo termine di prescrizione (terminate solo con la sentenza delle SS.UU. n. 9147 del 2009) - ove investita di un'esegesi dell'ordinamento interno che non riconoscesse o la soluzione qui sostenuta o quella subordinata appena indicata, possa dirla non conforme al diritto comunitario adducendo giustificatamente l'oggettiva incertezza della situazione interna al nostro ordinamento”.

La Corte, tuttavia, pur avendo individuato con lucidità la questione rilevante, non ha completato il ragionamento, seguendo sino in fondo la strada indicate.

7. Principio di effettività ed obbligo dello Stato di predisporre rimedi per l'attuazione del diritto dell'Unione. Come si è detto (§ 1), il principio della responsabilità risarcitoria degli Stati, per la mancata attuazione di direttive non *self executing* che attribuiscono diritti ai singoli, costituisce un corollario di ulteriori principi costitutivi dell'Unione europea, tra i quali il principio dell'effettività ed uniforme applicazione delle sue norme.

L'effettività della tutela giurisdizionale resa ai singoli dagli ordinamenti degli Stati membri è funzionale all'effettività del diritto dell'Unione. “L'obbligo degli Stati membri di garantire una protezione adeguata delle situazioni soggettive di origine comunitaria, altro non è ... che l'espressione del loro obbligo generale di assicurare la conformità degli ordinamenti interni al diritto comunitario” (ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 42). Quando il privato agisce invocando una norma di derivazione comunitaria, l'effettività della tutela giurisdizionale applicabile al singolo comporta anche “l'effetto utile” del diritto sostanziale dell'Unione e ne assicura il suo primato (così TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro It.*, 1995, IV,

17; conf. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni Riv. Dir. Un. Eur.*, Milano, 2001, p.46; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, p.51).

Il principio di effettività della tutela giurisdizionale, assieme a quello di adeguatezza, è stato prima affermato dalla giurisprudenza della CGUE e poi consacrato nella carta di Nizza. Tale consacrazione ha fatto emergere quanto già era implicito e cioè una valenza concettuale autonoma e distinta del principio di effettività della tutela giurisdizionale, senza tuttavia farne venire meno il rapporto di strumentalità: "l'effettività del diritto comunitario è sempre il fine, mentre l'effettività della tutela è il mezzo" (MORBIDELLI, *op. loc. cit.*). "È come se, in altri termini, il diritto dell'Unione divenisse realmente *effettivo* solo nel momento e nella misura in cui l'ordinamento, in particolare quello interno, riuscisse a garantire in termini altrettanto *effettivi* una tutela adeguata per tutti gli individui che lo azionino" (VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 5/2018, 8). Il rapporto di strumentalità trova conferma nello stesso art. 47 della Carta di Nizza che circoscrive la sua portata ai "diritti e ... libertà garantiti dal diritto dell'Unione". Con il principio di effettività della tutela giurisdizionale convivono e, per quanto qui interessa, interferiscono il principio del primato, che opera a monte del sistema di tutela, e quello dell'autonomia procedurale degli ordinamenti interni, che opera a valle del sistema.

In forza dell'autonomia procedurale degli Stati membri spetta ai giudici interni, secondo le regole nazionali, accertare la sussistenza delle tre condizioni sostanziali fissate dalla Corte di giustizia nelle sentenze Francovich e Brasserie du Pecheur - Factortame (v. § 1). L'autonomia procedurale, peraltro, ha un significato più ampio di quanto farebbe supporre l'espressione. Infatti, "a ben vedere, sono devolute alla competenza degli Stati membri non solo le condizioni procedurali, ma più in generale le forme e le modalità dell'azione risarcitoria, indipendentemente dalla loro qualificazione giuridica nazionale. Di conseguenza, il giudice interno applica le disposizioni nazionali per risolvere, tra l'altro, le

complesse questioni in tema di competenza, soggetto da convenire formalmente in giudizio, disciplina processuale del giudizio, termini di decadenza e prescrizione, entità del risarcimento e realizzazione coattiva della pretesa” (FERRARO, *Responsabilità dello Stato [dir. UE]*, in Treccani.it, § 5).

L'autonomia procedurale non è, tuttavia, assoluta e incondizionata in quanto incontra proprio il limite dell'effettività: sono gli Stati che devono stabilire i rimedi giurisdizionali necessari a garantire una tutela effettiva di diritti e libertà garantiti dal diritto dell'Unione e l'autonomia procedurale è subordinata alla sussistenza dei due requisiti dell'equivalenza e, appunto, dell'effettività: “la norma interna, in altri termini, deve garantire un eguale trattamento processuale a situazioni giuridiche che, pur se di analogo contenuto sostanziale, traggano la loro origine da ordinamenti differenti e, soprattutto, non deve vanificare i diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione rendendone impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio” (VITALE, *op. cit.*, 14).

L'art. 19, comma 1, seconda parte, del TUE stabilisce che “gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”. Ciò, tuttavia, non impone necessariamente la creazione di rimedi giurisdizionali *ad hoc*, essendo invece sufficiente un adattamento per via giurisprudenziale degli istituti del diritto nazionale in modo da assicurare una tutela dei diritti spettanti ai singoli in funzione dell'ordinamento dell'Unione.

Si deve qui aggiungere che il principio della responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione degli obblighi incombenti in forza del diritto dell'Unione coinvolge non solo gli organi legislativi nazionali, ma anche il potere amministrativo e giudiziario. In tale complessiva prospettiva deve essere valutato l'assunto secondo cui “ciò che il diritto dell'Unione impone per via giurisprudenziale agli ordinamenti nazionali non è l'ossequio ad astratte correlazioni tra diritto sostanziale e processo, bensì il rispetto del canone di adeguatezza tra esigenze di tutela e forme di tutela disponibili” (TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2002, p. 1208).

In questa prospettiva opera anche il principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, n. 3, TUE, che impone agli Stati membri, in tutte le articolazioni dei poteri, un obbligo generale di collaborazione al fine di garantire la piena efficacia dei diritti attribuiti ai singoli dalle norme dell'Unione.

In coerenza con questi principi, secondo la costante giurisprudenza della CGUE, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la piena tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, purché tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v. sentenze 19 maggio 2011, causa C-452/09, *Iaia*, punto 16; 17 luglio 1997, cause riunite C-114/95 e C-115/95, *Texaco e Oliegesellschaft Danmark*, punto 41; 11 luglio 2002, causa C-62/00, *Marks & Spencer*, punto 34; 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske Slagterier*, punto 31).

Inoltre, "l'obbligo degli Stati membri, risultante da una direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest'ultima, nonché il loro dovere di adottare qualsiasi misura a carattere generale o particolare idonea ad assicurare l'esecuzione di tale obbligo, si impongono a tutte le autorità degli Stati membri, ivi comprese, nell'ambito delle loro competenze, le autorità giurisdizionali" (CGUE 24 gennaio 2018, C-616/16 e C-617/16, *Pantuso*, punto 42; 25 febbraio 1999, *Carbonari*, C-131/97, punto 48). Questi principi valgono non solo quando vi è stata una trasposizione delle direttive nel diritto interno, ma anche quando tale trasposizione è mancata o è solo parziale, con conseguente obbligo risarcitorio dello Stato.

Nel primo caso "nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare le disposizioni di una legge che siano state specificamente introdotte al fine di assicurare la trasposizione di una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto interno quanto più possibile alla luce del tenore letterale e della

finalità della direttiva medesima allo scopo di raggiungere il risultato perseguito da quest'ultima" (sentenze CGUE e punti appena citati).

Nel secondo caso "in mancanza di una normativa comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico nazionale di ogni Stato membro designare i giudici competenti e disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi diretti a garantire la piena tutela dei diritti conferiti alle persone dal diritto comunitario. È quindi nell'ambito del diritto nazionale in tema di responsabilità che allo Stato incombe porre rimedio alle conseguenze del danno provocato, fermo restando che le condizioni, segnatamente quanto ai termini, stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano azioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento" (CGUE sentenze *Slagterier*, punti 31 e 59; *Francovich* punti 42 e 43; *Brasserie du Pêcheur - Factortame*, punto 67; *Emmot*, punto 16).

È evidente, pertanto, il ruolo di supplenza alla quale è chiamata la giurisprudenza nazionale per attuare e rendere effettivo il diritto dell'Unione quando lo Stato legislatore non abbia, in tutto o in parte, adempiuto i propri obblighi.

Ai fini dell'effettività della tutela la giurisprudenza della CGUE ha dato rilievo:

- alla individuazione del giudice competente (v. le già citate sentenze *Emmot*, punto 16; *Slagterier*, punto 31; *Iata*, punto 16; v. anche, in relazione alla violazione di norme comunitarie con efficacia diretta, sentenza 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*, punti 62, 71-72; sentenza 16 dicembre 1976, 33/76, *Rewe*, punto 5);
- al termine di prescrizione che, per adempiere la sua funzione di garantire la certezza del diritto, dev'essere "stabilito previamente" o almeno essere "sufficientemente prevedibile dai soggetti (sentenza *Slagterier*, punti 33 e 34);
- alla conoscenza del danno e dell'identità della persona tenuta al risarcimento (sentenza 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*, punti 78-79);
- in generale alla situazione di incertezza in cui si vengano a trovare gli

interessati (sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex, punti 57-61, in relazione alla situazione di incertezza nell'interpretazione di un bando di gara, causata dall'ente che aveva bandito la gara).

8. La formazione per via giurisprudenziale del rimedio giurisdizionale. Nel nostro ordinamento è mancata, fino al 1° gennaio 2012 – data di entrata in vigore del citato art. 4, comma 43, della legge n. 183 del 2011 – l'individuazione da parte del legislatore del rimedio esperibile per far valere il diritto al risarcimento del danno da inadempimento dell'obbligo dello Stato di attuare direttive comunitarie. Tale disposizione, tuttavia, come si è sopra visto (§ 5), non ha, secondo la condivisibile giurisprudenza di legittimità, carattere interpretativo e non si applica, pertanto, ai fatti anteriori alla sua entrata in vigore. Ne consegue che per i fatti anteriori l'individuazione del rimedio resta affidato alla giurisprudenza.

Il diritto ad un ricorso effettivo non è soddisfatto soltanto dal fatto che l'obbligo risarcitorio sia affermato dalla giurisprudenza della CGUE, ma occorre anche che il diritto al risarcimento del danno sia inquadrato in una fattispecie azionabile innanzi al giudice nazionale competente. Le norme processuali sono, infatti, strumentali alla tutela in via secondaria o sostitutiva di diritti riconosciuti da norme sostanziali, quando la tutela primaria assicurata da queste ultime non si sia rivelata sufficiente a causa della loro violazione da parte del soggetto obbligato.

Occorre, pertanto, perché l'esercizio dell'azione non sia un salto nel buio, che il soggetto leso possa sapere, alla stregua dell'ordinamento nazionale, in quale fattispecie sia inquadrabile il suo diritto al risarcimento ed a quale giudice debba rivolgersi.

Al riguardo, per riprendere le già ricordate parole della Corte di cassazione nella sentenza n. 10813/2011, la definizione del rimedio risarcitorio (nel caso allora in esame spettante ai medici che avrebbero avuto diritto ad un'adeguata remunerazione, in attuazione della direttiva 82/76/1982) è stata "travagliatissima". La situazione di grave incertezza, oltre che allo Stato

legislatore, che ha pervicacemente disatteso i suoi obblighi anche quando ha emanato leggi espressamente definite di adempimento, è riconducibile ai tempi occorsi alla giurisprudenza nazionale per pervenire ad una definizione del rimedio ed anche all'Avvocatura dello Stato, anch'essa tenuta all'obbligo di leale collaborazione, la quale ha sollevato eccezioni di ogni tipo.

Da un punto di vista formale (o piuttosto formalistico) si potrebbe sostenere che il giudice è, per usare le note espressioni di Montesquieu, la "*bouche de la loi*" ed esercita un "potere nullo", perché il diritto si esaurisce nel comando dettato dal legislatore, cui soltanto ne è affidata la creazione. Pertanto, nella vicenda in esame, la giurisprudenza non avrebbe fatto altro che esplicitare ciò che già era stabilito dall'ordinamento nazionale, che perciò già prevedeva il rimedio giurisdizionale richiesto dall'ordinamento comunitario.

Tuttavia, può ormai dirsi acquisito alla cultura giuridica contemporanea che esiste un formante giurisprudenziale che anche negli ordinamenti di *civil law* concorre, con quello legale e dottrinale, nella creazione di regole giuridiche (sulla teoria del diritto come frutto dell'interazione tra varie formanti – legale, giurisprudenziale e dottrinale – v. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992; GAMBERO-SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002). Ciò consegue oltre che alle caratteristiche proprie in ogni tempo dell'attività giurisdizionale (che vede nell'interpretazione della legge un'attività altamente opinabile), ai fenomeni, manifestatisi con maggiore ampiezza a partire dal secondo dopoguerra, di inflazione legislativa, di incompletezza della legislazione e di enunciazione di disposizioni elastiche. Si sono poi aggiunti, a rendere più complessa e opinabile l'attività interpretativa, i precetti costituzionali che devono orientarla ed il diritto dell'Unione europea, con la conseguente necessità di tenerne conto, nell'ambito di un complesso gioco di gerarchia delle fonti.

In questo contesto non può negarsi che il rimedio giurisdizionale richiesto dall'ordinamento europeo sia venuto ad esistenza soltanto quando si è compiuto il relativo processo di definizione da parte della giurisprudenza. Ciò tanto più se il contesto viene osservato, come in questo caso è necessario, dal punto di vista dell'ordinamento europeo che, come si è visto, pone all'autonomia procedurale

degli Stati membri il limite dell'effettività della tutela.

Nella specie, inoltre, la travagliata e lenta individuazione del rimedio da parte della giurisprudenza trova causa, giuridicamente rilevante alla stregua dell'ordinamento europeo, anche nella condotta dell'Avvocatura dello Stato, poiché gli obblighi di adempimento e di leale collaborazione gravano sullo Stato nella sua interezza al di là dell'articolazione dei poteri (CGUE 30 settembre 2003, causa C-224/01, Kobler).

La più volte citata sentenza n. 10813/2011 ha sottolineato le incertezze nella definizione del rimedio con riguardo alla giurisdizione ed alla individuazione dell'azione esperibile e conseguentemente del suo termine di prescrizione. A tali profili si può aggiungere quello del soggetto legittimato passivamente.

Quanto alla giurisdizione, la definizione è avvenuta con la sentenza 4 febbraio 2005, n. 2203 con la quale le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario, sul presupposto che "come riconosciuto dalla Corte di giustizia di Lussemburgo - le dette direttive [75/363/CEE e 82/76/CEE] hanno natura incondizionata e sufficientemente precisa, di tal che la natura della situazione giuridica che esse attribuiscono, in favore degli specializzandi, ad una adeguata remunerazione non può che avere natura e consistenza di diritto soggettivo, laddove una qualificazione in termini di interesse legittimo, presupponendo la presenza di una scelta discrezionale della P.A., non sarebbe idonea ad assicurare una soddisfazione incondizionata della pretesa nascente dal diritto comunitario". Merita, al riguardo, segnalare che, da un lato, la giustizia amministrativa, sino a Cons. St. 9 febbraio 2004 n. 445, aveva affermato la propria giurisdizione e che, contemporaneamente, sulla questione la giustizia ordinaria era divisa: a titolo di mero esempio, nel caso deciso dalla citata Cass. s.u. n. 2203/2005 la Corte di appello di Palermo con sentenza del 27 novembre 2001 aveva negato la giurisdizione dell'A.G.O. (nello stesso senso, peraltro, ancora Corte di appello di Roma con sentenza del 20 luglio 2009, nel caso deciso da Cass. s.u. 24 giugno 2011, n. 13909), mentre la stessa era stata affermata dal Tribunale di Bari con la sentenza 17 settembre 1998 nel caso deciso da Cass. 6 luglio 2002, n. 9842. Merita anche segnalare che, pur dopo la

sentenza del 2005 delle Sezioni unite, l'Avvocatura dello Stato ha continuato a sollevare l'eccezione di difetto di giurisdizione: così nei casi decisi da Cass. s.u. nn. 24665/2007 e 29345/2008). Di converso e contraddittoriamente, nel caso deciso da Cons. St. 6 maggio 2008, n. 1994, con una costituzione presumibilmente avvenuta nel 2003, l'Avvocatura dello Stato ha eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

L'incertezza sulla giurisdizione dura pertanto sino al 4 febbraio 2005 ed essa oltre ad essere evidente è anche aggravata dal fatto che solo l'art. 59 della legge n. 69/2009 ha introdotto la *translatio iudicii* in tema di giurisdizione, con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda.

Quanto all'individuazione dell'azione esperibile, la questione è stata definita solo con la citata Cass. s.u. 17 aprile 2009, n. 9147, che ha risolto il contrasto tra gli orientamenti di legittimità che facevano riferimento, l'uno, al fatto illecito *ex art. 2043 cod. civ.* (e *plurimis* Cass. n. 5249/2001) e, l'altro, al fatto illecito solo nell'ordinamento comunitario ma idoneo a generare un'obbligazione *ex lege* (Cass. nn. 8739/1996; 10617/1995; 7832/1995 tutte relative alla direttiva 80/987/CEE), con evidenti ricadute sul termine di prescrizione applicabile.

Infine, quanto al soggetto legittimato passivamente, solo con la sentenza Cass. 17 maggio 2011, n. 10814 (una delle sentenze gemelle rese all'udienza del 18 aprile 2011 e citate nei §§ 2 e 4) si afferma l'orientamento che lo Stato italiano è l'unico responsabile dell'inadempimento connesso alla omessa, tardiva o incompleta trasposizione nel diritto interno delle direttive comunitarie nel termine prescritto ed è, pertanto, il solo legittimato passivo nelle azioni risarcitorie da tale inadempimento generate, mentre non è configurabile una responsabilità, neppure solidale, di altri soggetti. Con la stessa sentenza, d'altro canto, superando l'orientamento espresso da Cass. 1° aprile 2005, n. 6917, si afferma che l'azione deve essere proposta contro la Presidenza del Consiglio dei ministri, ma che l'eventuale proposizione nei confronti dei singoli Ministeri non pone, per la loro natura di articolazioni dell'istituzione "Governo", un problema di evocazione di soggetti distinti e, quindi, di legittimazione sostanziale, ma solo un problema di rappresentanza da risolvere in base all'art. 4 della legge 25 marzo

1958, n. 260, che prevede solo una rimessione in termini dell'attore su tempestiva eccezione dell'Avvocatura dello Stato.

9. Conclusioni. Il faticoso cammino giurisprudenziale per la definizione del rimedio giurisdizionale si è pertanto svolto nelle date di pubblicazione delle sentenze sopra indicate: 4 febbraio 2005, 17 aprile 2009, 17 maggio 2011. Solo in quest'ultima data il cammino è giunto a termine e può dirsi raggiunta l'effettività della tutela giurisdizionale. Solo dal 17 maggio 2011 lo Stato, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale, ha messo a disposizione dei soggetti lesi dal suo inadempimento un sufficientemente certo e perciò effettivo rimedio giurisdizionale e può, quindi, iniziare a decorrere la prescrizione decennale per i fatti anteriori al 1° gennaio 2012, data di entrata in vigore dell'art. 4, comma 43, della legge n. 183/2011.

Si potrebbe obiettare che in tal modo il termine di prescrizione subisce una eccessiva dilatazione. Il fatto, tuttavia, trova spiegazione solo nella condotta dello Stato, che prima del 1° gennaio 2012 non ha predisposto per legge un adeguato rimedio giurisdizionale per la tutela dei diritti spettanti ai privati per le sue inadempienze agli obblighi comunitari e che solo nel 2011 ha concluso (essendo a lui riferibile, secondo il diritto dell'Unione, anche l'attività giurisdizionale) l'alternativo processo giurisprudenziale di individuazione del rimedio. È del tutto giustificato, quindi, che sia lo Stato a subire le conseguenze della sua condotta e soprattutto che, all'esito del travagliato percorso giurisprudenziale, sia finalmente attuato il diritto dell'Unione.

Parte II: IL DIRITTO DEI MEDICI SPECIALIZZANDI AD UNA ADEGUATA REMUNERAZIONE E LE TUTELE ESPERIBILI.

10. Le direttive europee sulla formazione dei medici specialisti. Le direttive 16 giugno 1975, n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, come modificate dalla direttiva 26 gennaio 1982, n. 82/76/CEE, hanno disciplinato la formazione dei medici specialisti ed imposto per essa l'obbligo di una adeguata remunerazione.

In particolare, la direttiva n. 75/362/CEE, cd. “riconoscimento”, ha dettato disposizioni intese ad agevolare l’esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di medico mediante il reciproco riconoscimento dei titoli di medico specialista negli Stati membri dell’Unione.

La direttiva n. 75/363/CEE, cd “coordinamento”, oltre ad alcune misure minime quanto agli insegnamenti, ha dettato, ai fini del reciproco riconoscimento dei titoli di medico specialista, criteri comuni concernenti l’accesso alla formazione specializzata, la sua durata minima, il modo e il luogo di svolgimento, il controllo di cui deve formare oggetto, limitatamente alle specializzazioni comuni a tutti o a due o più Stati membri.

Tali direttive sono state in parte modificate da quella n. 82/76/CEE, la cui disciplina più significativa, aggiunta sotto forma di allegato alla direttiva cd. “coordinamento”, ha dettato all’art. 13 le caratteristiche richieste alla formazione del medico specialista prevedendo sia la frequenza a tempo pieno che, in via residuale, quella a tempo ridotto e prevedendo, in ogni caso, “una remunerazione adeguata” per i medici specializzandi.

Il successivo art. 16 ha fissato per gli Stati membri il termine di attuazione del 31 dicembre 1982.

Lo Stato italiano non ha recepito nel termine stabilito le disposizioni dettate dalla direttiva 82/76/CEE e, su denuncia della Commissione europea, con sentenza della CGUE 7 luglio 1987, in causa n. 49/86, è stato dichiarato inadempiente.

Le suindicate direttive sono state successivamente abrogate e sostituite dalla direttiva 5 aprile 1993 n. 16/93/CEE, che ha riunito in un testo unico le precedenti disposizioni, nelle more ripetutamente modificate, mantenendo fermo, nell’allegato 1, l’obbligo dell’adeguata remunerazione.

Infine, la direttiva n. 16/93/CEE è stata abrogata con efficacia dal 20 ottobre 2007 dalla direttiva del 7 settembre 2005 n. 2005/36/CE, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

11. La normativa nazionale di attuazione. Lo Stato italiano con legge 22

maggio 1978, n. 217 ha disciplinato il diritto di stabilimento e l'esercizio dell'attività professionale di medico da parte dei cittadini di Stati membri dell'Unione europea.

Con d.p.r. 10 marzo 1982, n. 162 (ben successivo alla direttiva 82/76/CEE del 26 gennaio 1982) lo Stato italiano ha dettato alcuni principi sull'assetto delle scuole di specializzazione ed ha previsto, nei casi in cui era necessario «adeguare il nostro ordinamento alle direttive C.E.E.», la delega al Ministro della pubblica istruzione di concerto con quello della sanità a stabilire, con propri decreti, «per i singoli tipi di diplomi la denominazione, i requisiti di ammissione, la durata e la frequenza dei corsi, l'indicazione del numero complessivo degli esami di profitto e delle discipline obbligatorie con le connesse attività pratiche da ricomprendere nell'ordinamento degli studi, le modalità di svolgimento degli esami e del tirocinio pratico nonché le attività valutabili» ai fini della frequenza e delle attività pratiche (art. 3). Con lo stesso d.p.r., quanto in genere alle scuole di specializzazione, è stato devoluto agli statuti delle università, nel rispetto dei principi fissati dai DD.MM. sopra ricordati, di disciplinare «la durata del corso di studio, l'elenco delle materie obbligatorie di insegnamento, la loro distribuzione e la propedeuticità nei diversi anni del corso, l'eventuale indicazione delle materie opzionali, le attività pratiche da svolgere, le modalità di frequenza delle attività didattiche e pratiche, stabilendo la frequenza necessaria per sostenere gli esami annuali e finali, la determinazione del diploma di laurea richiesto per l'ammissione, le modalità di svolgimento degli esami» (art. 12). In ordine alla posizione degli specializzandi il d.p.r. si limitava a prevedere: «tasse erariali e contributi a carico degli specializzandi» (art. 12, u.c.); l'obbligatorietà della frequenza (art. 11); borse di studio in favore dei più meritevoli, aventi un «un reddito personale complessivo non superiore a lire 8 milioni», con obbligo di «compiere continuativamente attività di studio e di ricerca» e di non «svolgere attività professionale o di consulenza retribuita né per enti pubblici né per enti privati» (artt. 75 e 79 d.p.r. n. 382/1980 richiamati dall'art. 20).

È evidente, perciò, che il legislatore italiano si è mosso, pur dopo l'emanazione della direttiva 82/76/CEE, in una logica completamente diversa da quella di una formazione normalmente a tempo pieno e, comunque, sempre

adeguatamente remunerata.

In applicazione della disciplina sopra descritta gli statuti delle università hanno istituito corsi della durata, secondo i casi, di tre, quattro o cinque anni, prevedendo in ciascun anno 800 ore di insegnamento e di attività pratiche guidate (v. ad esempio gli statuti delle Università di Napoli, d.p.r. n. 834/1985; Perugia, d.p.r. n. 860/1985; Torino, d.p.r. n. 901/1986; Cagliari, d.p.r. n. 1067/1986).

Successivamente, lo Stato italiano ha dato tardiva attuazione alla direttiva 82/76/CEE con il d. lgs. 8 agosto 1991 n. 257 (entrato in vigore il 31 agosto 1991) con il quale ha riconosciuto agli ammessi alle scuole di specializzazione, in relazione all'impegno a tempo pieno per la loro formazione, il diritto ad una borsa di studio determinata per l'anno 1991 in £ 21.500.000, da rivalutarsi annualmente a partire dal 1° gennaio 1992 nella misura del tasso programmato di inflazione e da rideterminarsi ogni tre anni in funzione dei miglioramenti stipendiali dei medici del SSN (art. 6).

Il legislatore, tuttavia, è quasi subito tornato in parte sui suoi passi, disponendo il blocco degli incrementi per svalutazione monetaria e per adeguamento triennale con disposizioni (artt. 1, comma 33, legge n. 549/1995 e 7, commi 5 e 6, del d.l. n. 384/1992) che hanno superato il vaglio di legittimità costituzionale (Corte cost. n. 432/1997).

L'art. 8, comma 2, del decreto n. 257/1991 ha, inoltre, previsto l'attribuzione della borsa di studio solo a decorrere dall'anno accademico 1991/92, con conseguente esclusione di tutti coloro che avevano frequentato i corsi di specializzazione in data anteriore. Solo con l'art. 11 della legge 19 ottobre 1999, n. 370 ai medici ammessi alle scuole di specializzazione in medicina dall'anno accademico 1983/84 all'anno accademico 1990/91, però solo se destinatari di favorevoli sentenze amministrative passate in giudicato, è stato attribuito il diritto ad una borsa di studio di £ 13.000.000, senza pagamento di interessi legali e rivalutazione monetaria, a condizione che avessero frequentato l'intero corso, con un impegno a tempo pieno, e non avessero svolto contemporaneamente attività libero-professionale esterna o attività lavorativa anche in regime di convenzione o di precarietà con il Servizio sanitario nazionale.

La materia è stata, poi, ridisciplinata, in attuazione della direttiva 93/16/CE (e delle successive direttive di modifica), dal d.lgs. 17 agosto 1999 n. 368 con cui è stato introdotto uno specifico contratto annuale di “formazione-lavoro” (rinominato contratto di “formazione specialistica” a seguito della modifica dell’art. 37 introdotta dall’art. 1, comma 300, della legge n. 266/2005), ed è stato ridefinito il trattamento economico, prevedendo che al medico in formazione specialistica, per tutta la durata legale del corso, spetti un trattamento economico annuo onnicomprensivo, costituito da una parte fissa, uguale per tutte le specializzazioni e per tutta la durata del corso di specializzazione, e da una parte variabile, differenziata per tipologie di specializzazioni, corrisposto mensilmente dalle università presso cui operano le scuole di specializzazione (art. 39).

Tale normativa non ha trovato immediata applicazione in quanto l’art. 46 dello stesso d. lgs. ha disposto che le disposizioni di cui agli artt. 39 (relativo al trattamento economico onnicomprensivo) e 41 (relativo al trattamento fiscale e previdenziale ed alla copertura assicurativa) si applicassero solo dopo apposito provvedimento di individuazione delle risorse e che, sino all’entrata in vigore di detto provvedimento, si continuassero ad applicare le disposizioni di cui all’art. 6 del d.lgs. n. 257 del 1991.

In seguito il d.lgs. 21 dicembre 1999, n. 517 ha disposto, con l’art. 8 comma 3, la modifica del d.lgs. n. 368 del 1999, art. 46, comma 2, ed ha differito sino all’adozione del citato provvedimento anche l’applicazione degli artt. 37 (relativo al contratto di formazione), 38 (relativo alle modalità della formazione), 40 (relativo al tempo pieno ed alle ipotesi di sospensione della formazione) e 42 (relativo alla sanità militare). Tali disposizioni, pertanto, sono rimaste in vigore dal 7/11/1999 al 27 gennaio 2000.

Infine, l’art. 1, comma 300, lett. e) della legge 23 dicembre 2005, n. 266, ha modificato ulteriormente l’art. 46, prevedendo l’applicazione degli artt. da 37 a 42 a decorrere dall’anno accademico 2006-2007 e l’applicazione fino all’anno accademico 2005-2006 delle disposizioni dettate dal d. lgs. n. 257/1991.

Solo con il d.p.c.m. 7 marzo 2007 (e con il dpcm 6 luglio 2007, che ha approvato il modello di contratto, nonché con il dpcm 2 novembre 2011, che ha stabilito i

fabbisogni finanziari), a partire dall'anno accademico 2006/07, le previsioni del d.lgs. n. 368 del 1999 hanno avuto effettiva applicazione, con la determinazione del trattamento economico annuo (parte fissa pari ad € 22.700,00 e parte variabile, pari ad € 2.300,00 per i primi due anni di formazione e 3.300,00 per gli anni successivi).

12. La giurisprudenza della CGUE. Con specifico riferimento alla direttiva 82/76/CEE, che ha stabilito il diritto del medico specializzando ad una adeguata remunerazione, oltre alla sentenza 7 luglio 1987 in causa n. 49/86, con la quale la CGUE ha dichiarato inadempiente lo Stato Italiano, si devono ricordare le seguenti decisioni.

Con sentenze 25 febbraio 1999, causa C-131/97, Carbonari (punti 47 e 48), nonché 3 ottobre 2000, causa C-371/97, Gozza (punti 36 e 37), rese rispettivamente in relazione ai corsi di formazione a tempo pieno ed a quelli a tempo ridotto, la CGUE ha affermato che:

- l'obbligo, stabilito dalla direttiva 82/76/CEE, di retribuire in maniera adeguata i periodi di formazione dei medici specialisti, tanto a tempo pieno quanto a tempo ridotto, è incondizionato e sufficientemente preciso;
- ciò, tuttavia, non consente di per sé al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata né di individuare l'importo della stessa.

Con la sentenza 19 maggio 2011, causa C-452/09, Iaia la CGUE ha stabilito che:

- «la violazione è fuori dubbio» nel caso, oggetto della causa principale, degli specializzandi iscritti prima dell'anno accademico 1991/1992 (punto 24).

Infine, con la sentenza 24 gennaio 2018, cause riunite C-616/16 e C-617/16, Pantuso, la CGUE, in relazione al caso di specializzandi che avevano iniziato il corso nel 1982 (e, perciò, prima della scadenza del termine di adempimento della direttiva), sottoposto dalla Corte di cassazione con ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 23581 del 21 novembre 2016, ha affermato che:

- «l'articolo 2, paragrafo 1, lettera c), l'articolo 3, paragrafi 1 e 2, nonché l'allegato della direttiva 75/363 come modificata [dalla direttiva 82/76/CEE]

devono essere interpretati nel senso che qualsiasi formazione a tempo pieno o a tempo ridotto come medico specialista iniziata nel corso dell'anno 1982 e proseguita fino all'anno 1990 deve essere oggetto di una remunerazione adeguata, ai sensi dell'allegato suddetto, a condizione che tale formazione riguardi una specializzazione medica comune a tutti gli Stati membri ovvero a due o più di essi e menzionata negli articoli 5 o 7 della direttiva 75/362» (punto 38);

- «l'obbligo di prevedere una remunerazione adeguata, previsto dalla direttiva 75/363 come modificata, è, come tale, incondizionato e sufficientemente preciso» (punto 40);
- «l'esistenza dell'obbligo, per uno Stato membro, di prevedere una remunerazione adeguata (*omissis*) per qualsiasi formazione a tempo pieno o a tempo ridotto come medico specialista iniziata nel corso dell'anno 1982 e proseguita fino all'anno 1990 non dipende dall'adozione, da parte di tale Stato, di misure di trasposizione della direttiva 82/76» (punto 51). Sono perciò indifferenti le modalità organizzative del corso.

13. La tutela giuslavoristica. La giurisprudenza della Corte di cassazione è consolidata nell'affermare il principio «secondo cui non è inquadrabile nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, né del lavoro autonomo l'attività svolta dai medici iscritti alle scuole di specializzazione» (così da ultimo Cass. n. 4449/2018 che richiama Cass. s.u. nn. 9147/2009 e 10461/2008; nello stesso senso le sentenze nn. 15362/2014, 5889/2012, 2632/2012, 20403/2009, 24781/2008, 6089/1998; nonché le ordinanze nn. 19792/2017, 19449/2017, 18670/2017).

A sostegno di tale conclusione la giurisprudenza di legittimità ha argomentato che:

- 1) non sussiste una relazione sinallagmatica di corrispettività fra l'attività svolta dagli specializzandi e gli emolumenti previsti a loro favore; la detta attività consiste, infatti, in prestazioni finalizzate essenzialmente a consentire la formazione teorica e pratica del medico specializzando e non già a procacciare

utilità alle strutture sanitarie nelle quali essa si svolge, per cui gli emolumenti per esso previsti sono sostanzialmente destinati a sopperire alle sue esigenze materiali in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno per l'apprendimento e la formazione;

- 2) le direttive europee in materia vincolano gli Stati membri limitatamente al risultato da raggiungere, e non già in ordine alla configurazione giuridica del rapporto nel quale ricondurre l'attività dei medici specializzandi;
- 3) «il riconoscimento giudiziale della natura subordinata del rapporto instaurato a seguito della iscrizione del medico alla scuola universitaria di specializzazione in medicina e chirurgia si pone in insanabile contrasto con la disciplina normativa, di cui al D.Lgs. n.368 del 1999, art. 37, sul peculiare tipo di rapporto definito, appunto, "specifico contratto annuale di formazione lavoro disciplinato dal presente decreto legislativo e dalla normativa per esso vigente..."» (Cass. n. 20403/2009 e conformi le successive sopra richiamate).

Il terzo argomento, naturalmente, può valere solo per gli specializzandi iscritti in anni a partire dal 2006/2007, visto che il contratto di formazione è stato introdotto solo dal d. lgs. n. 368/1999, la cui efficacia è però rimasta sospesa fino al 2006.

La volontà del legislatore del 1999 di mantenere l'attività degli specializzandi al di fuori del perimetro del rapporto di lavoro subordinato o autonomo risulta con evidenza dal tenore dell'art. 37, primo comma, citato, secondo cui «... Il contratto (*"di formazione-lavoro"*, poi rinominato *"di formazione specialistica"*, a seguito delle modifiche dettate dall'art. 1, comma 300 della legge n. 266/2005, n.d.r.) è finalizzato esclusivamente all'acquisizione delle capacità professionali inerenti al titolo di specialista, mediante la frequenza programmata delle attività didattiche formali e lo svolgimento di attività assistenziali funzionali alla progressiva acquisizione delle competenze previste dall'ordinamento didattico delle singole scuole, in conformità alle indicazioni dell'Unione europea. Il contratto non dà in alcun modo diritto all'accesso ai ruoli del Servizio sanitario nazionale e dell'università o ad alcun rapporto di lavoro con gli enti predetti».

Peraltro, la sola volontà del legislatore non potrebbe superare il principio di indisponibilità del tipo contrattuale se la fattispecie astratta avesse i caratteri del lavoro subordinato. La Corte costituzionale, infatti, ha affermato che «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato» (Corte cost. n. 121/1993; conf. Corte cost. nn. 115/1994 e 76/2015). Il legislatore, quindi, non può alterare i criteri di qualificazione dei rapporti di lavoro per escludere l'applicazione delle tutele costituzionali a rapporti che ne siano oggettivamente destinatari per struttura o modalità di esecuzione.

La causa di formazione, tuttavia, sembra sufficiente, almeno nella fattispecie astratta, a connotare il rapporto di caratteristiche particolari idonee ad escludere che sia oggettivamente configurabile un rapporto di lavoro subordinato e che l'art. 37 del d.lgs. 368/1999 abbia avuto, nella qualificazione del tipo negoziale, «una finalità elusiva della disciplina inderogabile che attiene al lavoro subordinato» (così Corte cost. n. 76/2015, in relazione ad altra fattispecie normativa – quella del rapporto di lavoro degli infermieri addetti al servizio di guardia infermieristica presso istituti penitenziari – sintetizza l'elemento decisivo ai fini del giudizio di costituzionalità).

La presenza nella fattispecie astratta di una assorbente causa di formazione non esclude, però, il sindacato del giudice sul concreto atteggiarsi del rapporto, ove lo stesso, allontanandosi dal tipo legale abbia assunto le caratteristiche proprie del lavoro subordinato. Al riguardo la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 76/2015 ha sottolineato come nel campo dei rapporti di diritto del lavoro, «in un'ottica di spiccata specialità rispetto alle comuni regole d'interpretazione dei contratti (artt. 1362 e seguenti cod. civ.), tale qualificazione impone di annettere un rilievo essenziale al comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1362, comma 2, cod. civ.)». Al riguardo, infatti, la dottrina ha da tempo evidenziato il rilievo primario che deve

essere attribuito al comportamento delle parti per l'accertamento della natura del rapporto (ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento (art. 2094-2095)*, in SCHLESINGER (diretto da), *Comm. Cod. Civ.*, Milano, 1992, 19; D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, 1, 78).

Di tale possibilità è, naturalmente, ben consapevole la giurisprudenza di legittimità. In questa prospettiva si spiega, ad esempio, perché la citata sentenza n. 4449/2018, dopo avere rigettato il motivo con cui gli specializzandi ricorrenti avevano dedotto la riconducibilità del contratto di formazione al lavoro subordinato, ha, poi, dichiarato inammissibile – per la mancata specificazione degli atti nei quali era stato sottoposto alla corte territoriale l'esame degli elementi fattuali – il motivo di ricorso con il quale era stata dedotta l'omessa motivazione «in ordine agli elementi rivelatori del carattere subordinato del rapporto di lavoro (assoggettamento al potere direttivo e disciplinare, proprietà degli strumenti di lavoro in capo al datore di lavoro, incidenza su questi del rischio economico e gestionale dell'attività, vincolo di orario, natura latamente corrispettiva della remunerazione)» (punto 69 della decisione).

Se, pertanto, la natura di rapporto di lavoro subordinato può escludersi rispetto alla fattispecie legale non altrettanto può dirsi a priori rispetto al concreto atteggiarsi del rapporto. Il che naturalmente dipende non solo dalla disciplina dettata dai regolamenti delle singole scuole di specializzazione, ma anche, e soprattutto, dalle modalità di svolgimento assunte in concreto dall'attività degli specializzandi. In questa prospettiva, oltre agli elementi sopra indicati, rileva anche la verifica se – e con ciò può cadere il primo degli argomenti della giurisprudenza di legittimità – l'attività degli specializzandi ha consentito un ampliamento dei servizi offerti dalle strutture sanitarie nelle quali essi hanno operato.

La questione ha un respiro più generale per quanto riguarda gli specializzandi iscritti sino all'anno 2005-2006 compreso. Ad essi, infatti, non è stata applicata la disciplina del contratto di formazione (o perché i rapporti erano anteriori all'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/1999, o perché per quelli successivi

l'efficacia del d.lgs. n. 368/1999 era stata sospesa; v. § 11) sicché la loro attività è stata disciplinata dalle norme regolamentari delle scuole di specializzazione emanate sulla base del d. lgs. n. 257/1991.

Al riguardo è emblematico il caso dell'accertato utilizzo dei medici specializzandi presso l'Università di Padova in attività assistenziale, con particolare riguardo all'urgenza ed emergenza (turni di guardia) in assenza del medico strutturato, il tutto in conformità a quanto previsto dal regolamento della Facoltà di medicina della stessa Università sulle mansioni degli specializzandi (v. verbale conclusivo del 19 marzo 2002 del gruppo di lavoro istituito dall'Ordine dei medici di Padova sulla situazione giuridica dei medici specializzandi, rinvenibile in https://www.omco.pd.it/index.php?option=com_content&view=article&id=208).

In proposito, rileva che l'art. 4 del d. lgs. n. 257/1991 – diversamente da quanto stabilito dall'allora sospeso art. 38 del d. lgs. n. 368/1999 (che prevede la necessaria presenza e responsabilità di un *tutor*, ed esclude che l'attività del medico in formazione specialistica possa essere sostitutiva del personale strutturato) – rendeva possibile l'utilizzo degli specializzandi come disciplinato dal regolamento dell'Università di Padova poiché, al primo ed al secondo comma, stabiliva *tout court* che: «1. la formazione del medico specialista a tempo pieno implica la partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio di cui fanno parte le strutture nelle quali essa si effettua, ivi comprese le guardie e l'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione dei compiti assistenziali in modo che lo specializzando dedichi alla formazione pratica e teorica tutta la sua attività professionale per l'intero anno. 2. Gli specializzandi sono utilizzati in attività di assistenza per il tirocinio pratico connesso alla specializzazione».

In questa situazione assumono rilievo tutti gli indici rivelatori del rapporto di lavoro subordinato, di per sé non incompatibile con una causa concorrente di formazione (v. Cass. n. 13472/2016 e Cass. ord. n. 17101/2017, in relazione ai lavori socialmente utili; Cass. s.u. n. 7866/2001 in relazione ai contratti di formazione e lavoro di cui alla legge n. 285/1977). In particolare, rileva la subordinazione, intesa quale assoggettamento del lavoratore al potere direttivo

e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia e inserimento nell'organizzazione aziendale, e rilevano gli indici sussidiari quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione (Cass. n. 5645/2009).

In questa situazione cade anche il primo argomento, sopra ricordato, della giurisprudenza di legittimità poiché sono evidenti sia l'utilità delle prestazioni degli specializzandi per le strutture sanitarie nelle quali hanno operato anche in assenza di un medico strutturato sia, perciò, almeno in parte, l'alienità del risultato.

In questa situazione, infine, diventa del tutto neutro il secondo argomento che fa leva sulla discrezionalità degli Stati membri nella qualificazione giuridica del rapporto. Anzi, assume rilievo l'uso nella direttiva del termine "rimunerazione" che nella lingua italiana evoca il «corrispettivo in denaro ottenuto in cambio di una prestazione lavorativa» (Treccani, sinonimi e contrari).

In conclusione, la qualificazione giuridica dell'attività degli specializzandi iscritti alle scuole in anni anteriori al 2006/2007 non può fare leva sul tipo legale del contratto di formazione introdotto con l'art. 37 del d. lgs. n. 368/1999 e deve, invece, fare riferimento all'art. 4 del d. lgs. n. 257/1991 che consentiva un utilizzo degli specializzandi anche in condizione di autonomia (ad es., come si è ricordato, il regolamento dell'Università di Padova consentiva agli specializzandi anche prestazioni di assistenza esterna col solo temperamento non della presenza, ma della mera reperibilità di un medico strutturato).

Per affermare od escludere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato – con le relative garanzie, compresa quella, ex art. 36 Cost., del diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto – occorre quindi verificare quale fosse la disciplina dei regolamenti universitari delle singole scuole di specializzazione e quale fosse il concreto svolgimento dell'attività dei medici specializzandi.

14. Rimedi riparatori prospettati dalla CGUE: 1) l'interpretazione estensiva delle norme di attuazione della direttiva. Con la citata sentenza Carbonari, la CGUE afferma che:

- «la direttiva 82/76 è stata trasposta con decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257» (punto 14);
- «l'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato come pure il dovere (*omissis*) di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali» (punto 48);
- «come risulta dalla costante giurisprudenza della Corte, nell'applicare il diritto nazionale, e in particolare le disposizioni di una legge che — come nella causa *a qua* — sono state introdotte specificamente al fine di garantire la trasposizione di una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma, del Trattato CE (v. sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, Race. pag. I-4135, punto 8, e 16 dicembre 1993, causa C-334/92, *Wagner Miret*, Race. pag. I-6911, punto 20)» (punto 48);
- «in queste condizioni, spetta al giudice *a quo* valutare in quale misura l'insieme delle disposizioni nazionali — più in particolare, per il periodo successivo alla loro entrata in vigore, le disposizioni di una legge promulgata al fine di trasporre la direttiva 82/76 — possa essere interpretato, fin dall'entrata in vigore di tali norme, alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, al fine di conseguire il risultato da essa voluto» (punto 49).

La prima indicazione della CGUE è, quindi, quella di valutare la possibilità di una interpretazione estensiva della legge di attuazione (il d. lgs. n. 257/1991) in modo da conseguire il risultato voluto dalla direttiva 82/76 e cioè quello di attribuire agli specializzandi, a partire dal 1° gennaio 1983, una remunerazione adeguata.

L'indicazione è stata reiterata con le sentenze Gozza (punto 37), Iaia (punto 7) e Pantuso (punti 44 e 45).

Sulla individuazione della norma di trasposizione nell'art. 6 del d. lgs. n. 257/1991, e non nell'art. 11 della legge n. 370/1999, si tornerà nel § 21.

15. Segue: 2) il risarcimento del danno. Quando il risultato voluto dalla direttiva non può essere raggiunto in via interpretativa,

- «il diritto dell'Unione impone agli Stati membri di risarcire il danno che essi abbiano causato ai singoli in ragione della mancata trasposizione della direttiva in parola» (da ultimo, sentenza Pantuso, punto 49).

Con la sentenza Francovich la CGUE ha stabilito che:

- «è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato. Infatti, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v. le seguenti sentenze: 22 gennaio 1976, Russo, causa 60/75, Race. pag. 45; 16 dicembre 1976, Rewe, causa 33/76, Race. pag. 1989; 7 luglio 1981, Rewe, causa 158/80, Race. pag. 1805)» (punto 42; conformi le successive sentenze Brasserie du Pêcheur - Factortame, punti 67 e 74; Slagterier, punto 31).

Nell'occasione la CGUE ha affermato (al punto 43) l'applicazione al risarcimento del danno dei principi di equivalenza, effettività ed adeguatezza:

- «occorre rilevare inoltre che le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento».

Il principio, consolidato nella giurisprudenza comunitaria (v., tra le altre, le sentenze 9 novembre 1983, causa 199/82, San Giorgio; Brasserie du Pêcheur, punto 67; 17 luglio 1997, cause riunite C-114/95 e C-115/95, Texaco e

Olieselskabet Danmark, punto 41; 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks & Spencer, punto 34; 24 marzo 2009, causa C-445/06, Slagterier, punto 31), è stato riaffermato anche con specifico riferimento all'inadempimento della direttiva 82/76/CEE (sentenza Iaia, punto 16).

Sui criteri di liquidazione del danno rileva quanto stabilito dalla sentenza *Brasserie du Pecheur - Factortame*:

- «il risarcimento dei danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto comunitario deve essere adeguato al danno subito, così da garantire una tutela effettiva dei loro diritti» (punti 82 e 90). L'adeguatezza al danno è perciò il parametro in base al quale valutare l'effettività della tutela;
- «per determinare il danno risarcibile il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione» (punto 84). Il principio corrisponde nella prima parte a quanto previsto nel nostro ordinamento dall'art. 1227, secondo comma, cod. civ. (richiamato dal successivo art. 2056), secondo cui «il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza»;
- «l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario» (punto 87).

Infine, la citata sentenza *Pantuso*, al punto 47, con specifico riferimento al «periodo antecedente alla trasposizione nell'ordinamento italiano della direttiva 82/76», ha stabilito che:

- «al fine di determinare il livello e i metodi di fissazione di una remunerazione adeguata (*omissis*) occorre prendere in considerazione, in particolare, le soluzioni fornite al riguardo nella normativa nazionale di trasposizione di tale direttiva».

16. Segue: 3) l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione della direttiva. Con specifico riferimento all'inadempimento della direttiva 82/76/CEE, la sentenza *Carbonari* riprende il tema dell'adeguatezza e

precisa – richiamando la sentenza 10 luglio 1997, cause riunite C-94/95 e C-95/95, Bonifaci – che:

- «l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una direttiva permette di rimediare alle conseguenze pregiudizievoli della tardiva attuazione di tale direttiva, a condizione che la direttiva stessa sia stata regolarmente recepita. Tuttavia, spetta al giudice nazionale far sì che il risarcimento del danno subito sia adeguato. Un'applicazione retroattiva, regolare e completa delle misure di attuazione della direttiva sarà a tal fine sufficiente, a meno che i beneficiari non dimostrino l'esistenza di danni ulteriori da essi eventualmente subiti per non aver potuto fruire a suo tempo dei vantaggi pecuniari garantiti dalla direttiva e che dovrebbero quindi essere anch'essi risarciti» (punto 53).

Il requisito dell'adeguatezza è perciò soddisfatto da una applicazione retroattiva e completa della norma di trasposizione e ciò, si badi bene, salva la dimostrazione di ulteriori danni. Il principio è riaffermato nelle sentenze Gozza (punto 39), Iaia (punto 8) e Pantuso (punto 50).

A questo punto è opportuna una digressione sul tema dell'adeguata remunerazione. Al riguardo, la CGUE, al punto 41 della sentenza Pantuso, ha ribadito, richiamando i propri precedenti, che la direttiva

- «non reca alcuna definizione né per quanto riguarda la remunerazione da considerarsi adeguata né in merito ai metodi di fissazione di tale remunerazione. Simili definizioni rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, i quali devono, in questo settore, adottare misure di attuazione particolari (v., in tal senso, sentenze del 25 febbraio 1999, Carbonari e a., C-131/97, EU:C:1999:98, punto 45, nonché del 3 ottobre 2000, Gozza e a., C-371/97, EU:C:2000:526, punto 36)».

Tuttavia, la CGUE ha almeno chiarito, al successivo punto 46, quale sia la funzione dell'adeguata remunerazione, affermando che:

- essa «mira a garantire che i medici in questione dedichino alla loro formazione pratica e teorica tutta la propria attività professionale per tutta la durata della settimana lavorativa oppure, nel caso degli specialisti in formazione a tempo ridotto, una parte significativa di quest'ultima (v., in tal senso, sentenze del 25

febbraio 1999, Carbonari e a., C-131/97, EU:C:1999:98, punto 33, nonché del 3 ottobre 2000, Gozza e a., C-371/97, EU:C:2000:526, punto 43)».

Il che è stato ritenuto anche dalla Corte di cassazione, secondo cui i benefici previsti dalla direttiva sono «essenziali per consentire un percorso formativo scevro, almeno in parte, da preoccupazioni esistenziali (Cass. s.u. n. 9147/2009; conf. e plurimis Cass. nn. 5533/2012; 6427/2008; 9842/2002).

Il collegamento funzionale tra la remunerazione e la possibilità di dedicare alla formazione tutta la propria attività professionale non può, evidentemente, essere più realizzato quando il corso di specializzazione è terminato. Ciò dimostra che l'applicazione retroattiva e completa delle misure di attuazione di una direttiva non rappresenta l'adempimento tardivo della relativa obbligazione, visto che il risultato voluto dalla direttiva non può più essere conseguito, ma una forma di risarcimento parzialmente specifico, in linea del resto con la natura risarcitoria dell'obbligazione (Cass. s.u. n. 9147/2009; Cass. n. 10813/2011) che grava sullo Stato inadempiente. Tale risarcimento è parziale poiché non ripara, tra l'altro, il danno conseguito alla negata possibilità di seguire un ciclo di formazione a tempo pieno, senza l'assillo di preoccupazioni economiche, e di conseguire un titolo riconosciuto in tutti gli Stati membri dell'Unione e valorizzato nei concorsi nello Stato di appartenenza.

Parte III: IL RISARCIMENTO DOVUTO AGLI ISCRITTI AI CORSI DI SPECIALIZZAZIONE DAL 1983 AL 1991.

17. I due orientamenti della Corte di cassazione: 1) la disapplicazione del requisito soggettivo contemplato dall'art. 11 della legge n. 370/1999. Nella giurisprudenza di legittimità si sono manifestati due orientamenti che, attraverso strade diverse, si sono risolti in una convergenza nell'applicazione dell'art. 11 della legge n. 370/1999 ai medici iscritti ai corsi di specializzazione prima dell'anno accademico 1991/1992 (anno a partire dal quale e sino al 2006/2007 trova applicazione il d. lgs. n. 257/1991).

La diversità delle due strade è conseguenza della natura delle domande proposte ed esaminate dalla Corte: adempimento delle obbligazioni nascenti dall'attuazione della direttiva ovvero risarcimento del danno per inadempimento dello Stato.

Nel primo caso la Corte di cassazione ha fatto applicazione del principio comunitario di interpretazione conforme (sopra § 14), in base al quale il giudice nazionale, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva, deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito (Cass. n. 2538/2015; Cass. n. 17682/2011 in una fattispecie nella quale la domanda di risarcimento era subordinata alla domanda di adempimento).

In questa prospettiva la Corte di cassazione ha ritenuto di non potere applicare retroattivamente le disposizioni della legge promulgata al fine di trasporre la direttiva 82/76/CEE, e cioè il d. lgs. n. 257 del 1991, in considerazione della «diversità dello *status* degli specializzandi, prima e dopo la direttiva [*recte*, l'attuazione della direttiva, *n.d.r.*] con il rischio di porre in essere trattamenti diseguali. La normativa del 1991, che pure specificava i due elementi alla cui individuazione da parte degli Stati membri la direttiva subordinava l'operatività del diritto alla remunerazione, vi provvedeva per il futuro, cioè a partire dall'anno accademico 1991/92, ma soprattutto prevedendo condizioni di frequenza dei corsi di specializzazione che (quanto a durata del corso, ad orario obbligatorio ed a previsioni di incompatibilità) non erano quelle al cui rispetto erano stati tenuti gli specializzandi che avevano frequentato le scuole nel periodo precedente. Il riconoscimento del diritto ad una pari remunerazione in presenza di una tale diversità di situazioni avrebbe comportato un indebito vantaggio a favore degli specializzandi che avevano frequentato prima dell'anno accademico 1991».

La Corte, tuttavia, ha ritenuto di rinvenire un idoneo strumento di tutela anche al di fuori delle disposizioni destinate a dare attuazione alla normativa comunitaria e precisamente, come si è anticipato, nell'art. 11 della legge n.

370/1999, disapplicando il limite soggettivo consistente nell'essere destinatari di favorevoli giudicati amministrativi. In questo modo è stato ritenuto possibile affermare che il diritto alla remunerazione previsto dall'art. 11 della legge n. 370/1999 va riconosciuto anche a chi non era destinatario di sentenze favorevoli, a condizione della sussistenza dei requisiti previsti dalla norma (e cioè: frequenza per l'intera durata legale del corso di formazione, impegno di servizio a tempo pieno, esclusione di ogni altra attività professionale).

È stata così estesa l'attribuzione retroattiva della borsa di studio prevista dal citato art. 11. Peraltro, è ovvio che non si tratta dell'applicazione retroattiva delle norme di attuazione della direttiva (pacificamente individuabili ed individuate solo in quelle dettate dal d. lgs. n. 257/1991), bensì delle norme che – ferma la ricorrenza di situazioni nelle quali l'adeguata remunerazione non poteva più svolgere la propria funzione di assicurare una formazione scevra da preoccupazioni materiali – attribuivano una somma a titolo di riparazione specifica del solo danno monetario commisurato (erroneamente per quanto si dirà *infra* al § 21) alla mancata percezione di una adeguata remunerazione proporzionata all'impegno all'epoca richiesto per la formazione specialistica.

18. Segue: 2) il risarcimento del danno parametrato sulla *aestimatio* operata dall'art. 11 della legge n. 370/1999. Nel secondo caso, quando cioè era stata proposta una domanda di risarcimento del danno, la Corte di cassazione ha ribadito, anzitutto, la diversità della situazione degli specializzandi iscritti a partire dall'anno 1991-1992 rispetto a quella degli specializzandi iscritti in anni anteriori ed ha escluso perciò la possibilità di una applicazione retroattiva del d. lgs. n. 257/1991 (e *plurimis* Cass. nn. 1917/2012; 5533/2012). Anche per tale ragione ha ritenuto che «la relativa liquidazione non può che avvenire sul piano equitativo, secondo canoni di parità di trattamento per situazioni analoghe, dovendo utilizzarsi come parametro di riferimento le indicazioni contenute nella L. 19 ottobre 1999, n. 370, con cui lo Stato italiano ha proceduto ad un sostanziale atto di adempimento parziale soggettivo nei confronti di tutte le categorie astratte in relazione alle quali, dopo il 31 dicembre 1982, si erano potute verificare le

condizioni fattuali idonee all'acquisizione dei diritti previsti dalle citate direttive comunitarie e che non risultano considerate nel D.Lgs. 8 agosto 1991, n. 257» (Cass. nn. 23275/2011; 1917/2012; 5533/2012). Le indicazioni dell'art. 11 della legge n. 370/1999 sono state ritenute soddisfattive «non solo della mancata consecuzione della adeguata remunerazione, ma anche sotto altri possibili profili derivanti dall'inidoneità del diploma sul piano comunitario». Inoltre, la somma indicata nell'art. 11 è stata ritenuta, come ivi specificamente affermato, comprensiva di interessi e rivalutazione. Infine, su tale somma, definita liquida ma non esigibile e che con l'entrata in vigore della legge diventerebbe l'oggetto di un debito di valuta, sono stati riconosciuti interessi soltanto dalla messa in mora, ai sensi dell'art. 1219 cod. civ.

In particolare, il ragionamento è stato articolato nei seguenti passaggi:

- con la legge n. 370/1999 lo Stato italiano, sia pure introducendo il limite improprio dell'essere beneficiari di taluni giudicati, ha provveduto alla liquidazione del danno in favore degli specializzandi iscritti a corsi di specializzazione prima dell'anno 1991-1992;
- tale liquidazione assume rilievo, come «una sorta di *aestimatio* dell'obbligo risarcitorio, fatta spontaneamente dallo Stato», anche rispetto agli specializzandi non destinatari di favorevoli giudicati, poiché l'obbligo risarcitorio sussisteva anche nei loro confronti ed il principio di eguaglianza, tanto sul piano del diritto interno quanto sul piano comunitario, impone lo stesso trattamento;
- la quantificazione è legittima poiché, secondo le sentenze Francovich e Brasserie du Pecheur - Factortame, lo Stato ha la facoltà «di individuare il contenuto economico dell'obbligo risarcitorio ... naturalmente in modo da non renderlo apparente»;
- dal 27 ottobre 1999, data dell'entrata in vigore della legge n. 370/1999, si è avuta «una monetizzazione del danno derivante dall'inadempimento» della direttiva comunitaria, con la conseguente «sostituzione all'obbligazione risarcitoria avente natura di debito di valore qual era stata quella dello Stato fino a quel momento» di «un'obbligazione avente natura di debito di valuta,

cioè avente ad oggetto diretto una somma di danaro ... liquida, ma non esigibile»;

- si applica, quindi, il «regime dell'art. 1219 c.c. e, pertanto, per la produzione degli interessi e del diritto alla consecuzione del maggior danno di cui all'art. 1224 c.c., comma 2, occorre[va] un atto di messa in mora».

19. Critica del secondo orientamento. Non si può fare a meno di rilevare, a questo punto, l'intrinseca contraddittorietà del ragionamento posto a fondamento del secondo orientamento (§ 18), laddove ipotizza una liquidazione del danno in via equitativa, sulla base di quanto previsto dall'art. 11 della legge n. 370/1999, e contemporaneamente sostiene che dal dì dell'entrata in vigore di detta legge il debito risarcitorio di valore si sia trasformato in un debito di valuta, liquido ma non esigibile.

Invero, una tale costruzione potrebbe predicarsi solo seguendo il primo orientamento e perciò solo ipotizzando che l'art. 11 abbia sostituito al diritto al risarcimento del danno, che in assenza di spontaneo adempimento deve essere liquidato dal giudice, il diritto di credito alle cd. borse di studio poste a carico del Ministero dell'università e della ricerca scientifica. Un credito che, perciò, è liquido ma non esigibile poiché il citato articolo 11 subordina l'esigibilità alla presentazione di una istanza nei termini fissati da un DM attuativo. Un credito, inoltre, valido per tutti gli specializzandi che hanno iniziato il loro ciclo di formazione prima del 1991, indipendentemente dal fatto di essere o meno destinatari di giudicati favorevoli, poiché questo requisito soggettivo dovrebbe essere disapplicato in favore del principio di eguaglianza.

Non si può, invece, ritenere, come vorrebbe il secondo orientamento, che il giudice liquidi il danno sulla base della quantificazione dell'art. 11, non perché la norma sia applicabile direttamente, ma perché rappresenterebbe, in base al principio di eguaglianza, il parametro stabilito dalla legge di quanto dovuto in situazioni identiche. Se così fosse il debito di valore, secondo i principi generali non eludibili pena la violazione del principio di equivalenza, si trasformerebbe in debito di valuta solo con la liquidazione del danno operata dal giudice, sia pure

sulla base del parametro dell'art. 11, e non potrebbero ragionevolmente negarsi la svalutazione monetaria e gli interessi compensativi, tra il momento di entrata in vigore della legge e la liquidazione del giudice, come costantemente ritenuto in materia dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui «ai fini dell'integrale risarcimento del danno conseguente a fatto illecito sono dovuti sia la rivalutazione della somma liquidata ai valori attuali, al fine di rendere effettiva la reintegrazione patrimoniale del danneggiato, che deve essere adeguata al mutato valore del denaro nel momento in cui è emanata la pronuncia giudiziale finale, sia gli interessi compensativi sulla predetta somma, che sono rivolti a compensare il pregiudizio derivante al creditore dal ritardato conseguimento dell'equivalente pecuniario del danno subito» (e *plurimis* Cass. n. 11899/2016; v. anche Cass. s.u. n. 1712/1995). In particolare, gli interessi, in caso di ritardato pagamento di un debito di valore, «non costituiscono un autonomo diritto del creditore, ma svolgono una funzione compensativa tendente a reintegrare il patrimonio del danneggiato, qual'era all'epoca del prodursi del danno, e la loro attribuzione costituisce una mera modalità o tecnica liquidatoria» (Cass. s.u. n. 8520/2007). Insomma, solo aderendo al primo orientamento e sostenendo perciò che l'art. 11 avrebbe creato un rapporto di debito-credito diretto, avente ad oggetto un importo determinato e non intermediato dalla liquidazione del giudice, potrebbe sostenersi la trasformazione del debito di valore in debito di valuta e l'esclusione di rivalutazione e interessi compensativi tra la data di entrata in vigore della legge e la liquidazione del giudice.

20. Critica del primo orientamento. Il primo orientamento (§ 18) dimentica che l'obbligazione risarcitoria, come in tesi stabilita dall'art. 11 della legge n. 370/1999, non è stata soddisfatta spontaneamente e subito dallo Stato, rimasto deliberatamente e pervicacemente inadempiente alle direttive comunitarie; il danneggiato, infatti, è stato costretto a ricorrere al giudice per rimuovere il limite soggettivo previsto dall'art. 11. Il che rende implausibile qualificare quest'ultima disposizione come norma che avrebbe attribuito a tutti gli specializzandi un credito liquido non esigibile, visto che per gli esclusi neppure

era ipotizzata la possibilità di rendere esigibile il credito attraverso la presentazione di una domanda secondo modalità rimesse ad un emanando D.M.

Inoltre, la stessa rimozione dei limiti soggettivi, predicata dall'orientamento della Corte di cassazione sopra riferito, suscita perplessità.

La Corte costituzionale ha individuato il fondamento del rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario nell'art. 11 Cost., in forza del quale la stessa Corte ha riconosciuto, tra l'altro, il principio di prevalenza del diritto comunitario e, conseguentemente, il potere-dovere del giudice comune di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto, in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto diretto (Corte cost. n. 227/2010).

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 17682/2011, ha seguito la strada della disapplicazione richiamando «i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia per i quali è compito del giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione i principi generali del diritto comunitario, tra cui il principio generale di uguaglianza ed il divieto di discriminazione, assicurare, nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale (v., in questo senso, già sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, e 5 marzo 1998, causa C- 347/96, Solred nonché di recente, tra le altre, sentenza 22 novembre 2005, C -144/04, Mangold). Non vi è dubbio che nel caso di specie, la disposizione interna della cui interpretazione si tratta sia incompatibile [*prevedendo il requisito dell'essere destinatari di giudicati favorevoli*, n.d.r.] col diritto di uguaglianza e pregiudichi le finalità della direttiva "coordinamento" come modificata nel 1982».

La Corte, tuttavia, in tal modo sembra avere sovrapposto i presupposti di una interpretazione conforme con quelli della disapplicazione. Nella specie, infatti, come è pacifico, manca una norma comunitaria che determini l'adeguata remunerazione o tantomeno la misura del risarcimento dei danni; d'altro canto,

non sembra che i principi di eguaglianza e non discriminazione possano rappresentare un *passe-partout* per la disapplicazione di norme interne. Le decisioni *Simmenthal* e *Solred*, citate dalla Corte di cassazione, affermano il principio dell'applicazione diretta del diritto comunitario, con disapplicazione del diritto interno, quando ne sussistono i presupposti, mentre la sentenza *Mangold* si riferisce ad un caso in cui proprio il diritto comunitario (accordo quadro, attuato con direttiva del Consiglio 28 giugno 1999 e diretto a «migliorare la qualità di lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione») stabiliva il principio di non discriminazione. Lo stesso deve dirsi per le successive sentenze 19 gennaio 2010, *Kucukdevici*, C-555/07, e 16 aprile 2016, *Dansk Industry*, C-441/14, rese in situazioni di discriminazione, rispettivamente in ragione dell'età e del sesso, ed entrambe con riferimento alla direttiva 2000/78/CE sulla «parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro».

Nella direttiva 82/76/CEE manca, invece, una disciplina specificamente intesa ad escludere disparità di trattamento ed il riferimento ai principi generali comunitari sembra poter giovare solo in presenza di discriminazioni. Ma il principio di non discriminazione evoca trattamenti deteriori per distinzioni «di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali», come vietati dall'art. 3 Cost.; ovvero «le discriminazioni basate su sesso, razza o origine etnica, religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali», come vietate dall'art 13 TCE. Del resto, anche l'introduzione, nella Carta europea dei diritti fondamentali, di un principio generale di eguaglianza (art. 20) è accompagnata dalla previsione di una serie, benché testualmente non tassativa, di divieti espressi di discriminazione (art. 21). In tale contesto sembra difficile ricondurre ad una discriminazione un limite fondato sull'essere destinatari di un favorevole giudicato, tanto più che la circostanza, almeno in astratto, potrebbe giustificare trattamenti differenziati. Inoltre, la disapplicazione del limite soggettivo in nome del principio di eguaglianza porta, nella specie, all'applicazione di una norma del diritto interno e non di una norma comunitaria, come è invece richiesto dall'istituto.

Come se ciò non bastasse, la sola disapplicazione del limite soggettivo è inidonea al soddisfacimento dei diritti degli specializzandi poiché l'art. 11 della legge n. 370/1999 prevede, per l'attribuzione della borsa di studio, il requisito della frequenza a tempo pieno e perciò per lo più irrealizzabile secondo il vecchio ordinamento delle scuole di specializzazione che aveva disatteso sul punto le direttive comunitarie.

Inoltre, come si dirà nei prossimi paragrafi, molte altre ragioni escludono la possibilità di assumere l'art. 11 come attributivo di un diritto di credito, a contenuto determinato, a tutti gli specializzandi rimasti danneggiati dal ritardo nell'attuazione della direttiva.

21. Il danno da risarcire. La direttiva n. 82/76/CEE, come già ricordato, nella parte più significativa ha previsto le caratteristiche della formazione del medico specialista e, sia in caso di tempo pieno che in caso di tempo ridotto, "una remunerazione adeguata" per i medici specializzandi. La remunerazione adeguata era funzionale (v. § 16), ad assicurare ai medici specializzandi la possibilità di dedicare alla formazione tutta la propria attività professionale, non potendosi neppure immaginare che, per laureati con una età presumibilmente di almeno 25-26 anni, tale possibilità fosse condizionata alla disponibilità di risorse personali o familiari.

La normativa di attuazione della direttiva (d. lgs. n. 257/1991) ha disposto solo per il futuro, e cioè a partire dall'anno 1991-1992 e non poteva essere altrimenti poiché per gli iscritti in anni precedenti la direttiva non poteva più avere attuazione perché se anche poteva essere riconosciuta retroattivamente una remunerazione adeguata, comunque non poteva più essere raggiunto il risultato voluto dalla direttiva e cioè una formazione a tempo pieno (salva la possibile prosecuzione a tempo ridotto dei cicli di formazione iniziati prima del 31 dicembre 1983 quando, per casi singoli giustificati, non era realizzabile una formazione a tempo pieno), svolta secondo criteri uniformi in tutti gli Stati dell'Unione e con l'attribuzione agli specializzandi di una remunerazione diretta, secondo le parole di Cass. s.u. n. 9147/2009, a «consentire un percorso formativo scevro, almeno

in parte, da preoccupazioni esistenziali». È evidente, infatti, che la formazione si era già svolta secondo criteri diversi e cioè senza quell'adeguata remunerazione idonea a liberare gli specializzandi dalle più pressanti preoccupazioni materiali e con modalità diverse da quelle che avrebbero consentito di conseguire un titolo riconosciuto in tutti gli Stati membri dell'Unione e valorizzato nei concorsi nello Stato di appartenenza. Questo è precisamente il danno definitivamente patito dagli specializzandi iscritti alle scuole di specializzazione prima dell'anno 1991-1992.

Con l'inadempimento della direttiva è sorto *ex lege*, secondo la ricostruzione della citata Cass. s.u. n. 9147/2009 (§ 2), un obbligo risarcitorio a carico dello Stato.

Unica normativa di attuazione può perciò considerarsi il d. lgs. n. 257/1991, mentre l'art. 11 della legge n. 370/1999 potrebbe considerarsi, con tutte le riserve di cui si dirà, come solo attuativo dell'obbligo di risarcimento.

Questa conclusione trova conferma, ove mai ce ne fosse bisogno, non solo nelle citate sentenze della CGUE Carbonari (punti 14 e 31), Gozza (punto 15), laia (punto 5) e Pantuso (punti 15 e 31), ma anche nelle difese svolte dal Governo italiano nelle relative cause: tanto le sentenze quanto le difese individuano le norme di trasposizione in quelle dettate dal d. lgs. n. 257/1991, senza mai fare riferimento alla legge n. 370/1999.

Il citato art. 11, prevede, indipendentemente dai requisiti soggettivi disapplicati dalla giurisprudenza, l'attribuzione di borse di studio. Dalla relazione di accompagnamento al disegno di legge (C-5924 XIII) risulta che l'importo è stato determinato affermando che dalla «proporzione fra la remunerazione attribuita agli iscritti ai corsi attuati dopo la data di entrata in vigore del citato decreto legislativo n. 257 del 1991 (lire 21.500.000) e il relativo impegno orario (ore 1.500), rispetto al numero di ore richiesto agli specializzandi nel periodo ricompreso fra il 1983 e il 1991 ($21.500.000:1.500 = X:800$) risulta che l'importo della borsa di studio da corrispondere a questi ultimi è pari a lire 11.550.000 circa. Tale somma viene arrotondata alla cifra di lire 13.000.000, onnicomprensivi. Non si dà luogo ad interessi legali né a rivalutazione monetaria».

È evidente, tuttavia, che in questo modo si dà all'obbligo risarcitorio un contenuto improprio. Il problema non è quello di remunerare in modo proporzionale gli specializzandi che hanno seguito corsi di 800 ore (e non di 1500, come stabilito a partire dal 1991-1992), ma quello di risarcire il danno a coloro che, per effetto della mancata attuazione della direttiva, non hanno potuto seguire corsi a tempo pieno, realizzare la formazione che le direttive hanno ritenuto necessaria per il riconoscimento e percepire l'adeguata remunerazione ad essa connessa.

Il contenuto dell'obbligo risarcitorio è stato, del resto, esattamente individuato dalla Corte di cassazione con la sentenza 11 novembre 2011, n. 23577, anche se poi in altre occasioni la Corte non ne ha tratto le dovute conseguenze.

In particolare, con la citata decisione, focalizzata sull'onere probatorio a carico degli attori ma con importanti precisazioni sull'individuazione del danno, la Corte ha affermato che:

- «d) ... i medici iscritti ai corsi di specializzazione dall'anno 1983-84, la cui specializzazione ricadeva negli elenchi di cui a quelle norme [*le disposizioni della direttiva "coordinamento", n.d.r.*], non essendo state le direttive adempiute, si vennero a trovare tutti, per il sol fatto della frequenza dei corsi, in una situazione nella quale venivano disconosciuti i diritti che loro sarebbero spettati per effetto dell'adempimento statale e, quindi, in una posizione tale da risentire il danno derivante dalla loro mancata acquisizione;
- e) i diritti disconosciuti erano rappresentati, sia dal non poter conseguire il diploma in modo certificato ai fini comunitari (e, quindi, in modo da poterlo utilizzare in ambito comunitario fuori dall'Italia), sia per quello che qui interessa - dalla negazione dell'adeguata remunerazione, prevista tanto per il caso di formazione a tempo pieno, quanto per il caso di formazione a tempo parziale, rispettivamente dall'ultimo inciso del comma 2 del punto 1 e dal comma 3 del punto 2 dell'allegato;

- f) la negazione di tali diritti per l'inadempimento statale ha determinato l'obbligo risarcitorio contrattuale *ex lege* dello Stato Italiano;
- g) tale negazione si configura come danno evento conseguente all'inadempimento delle direttive, nel senso che si tratta di una perdita sofferta dagli specializzandi, i quali, se l'adempimento vi fosse stato avrebbero potuto seguire i corsi di specializzazione organizzati nei termini voluti dal diritto comunitario e conseguire i suddetti diritti».

L'approccio elusivo del legislatore nazionale al tema del risarcimento del danno è evidente anche sotto un altro profilo. Se pure si volesse condividere per un solo momento il criterio della proporzionalità, si potrebbe vedere che esso è clamorosamente disatteso dal legislatore nel momento stesso in cui ne fa applicazione. Infatti, lire 13.000.000 al 27 ottobre 1999 (data di entrata in vigore della legge n. 370/1999), depurati di interessi e rivalutazione, equivalgono al 1° gennaio 1983 a lire 2.933.408. Se, per la somma di lire 21.500.000=, prevista dal d. lgs. n. 257/1991 a decorrere dal 1° novembre 1991 (data di inizio dell'anno accademico 1991-1992), si procede alla devalutazione al 1° gennaio 1983 si ottiene la somma di lire 11.813.187. Il tutto come dalle tabelle che seguono, replicabili con qualsiasi programma di calcolo di interessi e rivalutazione.

| | |
|--|--|
| capitale iniziale: £ 2.933.408 data iniziale: 01/01/1983 data finale: 27/10/1999 interessi legali: nessuna capitalizzazione, anno civile (365 gg) decorrenza rivalutazione: gennaio 1983 scadenza rivalutazione: ottobre 1999 indice ISTAT utilizzato: FOI generale indice alla decorrenza: 150,3 | capitale iniziale: £ 11.813.187 data iniziale: 01/01/1983 data finale: 01/11/1991 decorrenza rivalutazione: gennaio 1983 scadenza rivalutazione: novembre 1991 indice ISTAT utilizzato: FOI generale indice alla decorrenza: 150,3 indice alla scadenza: 115,5 raccordo indici: 2,368 |
|--|--|

| | |
|--------------------------------------|-------------------------------------|
| indice alla scadenza: 109,9 | coefficiente di rivalutazione: 1,82 |
| raccordo indici: 3,217 | totale rivalutazione: £ |
| coefficiente di rivalutazione: 2,352 | 9.686.813,34 |
| totale rivalutazione: £ | capitale rivalutato: £ 21.500.000 |
| 3.965.967,62 | |
| capitale rivalutato: £ 6.899.375,62 | |
| totale colonna giorni: 6143 | |
| totale interessi: £ 6.100.624,47 | |
| rivalutazione + interessi: £ | |
| 10.066.592,09 | |
| capitale rivalutato + interessi: £ | |
| 13.000.000 | |

È perciò evidente che la somma di lire 2.933.408 non corrisponde affatto, secondo la proporzione 800/1500 ore, a lire 11.813.187. L'indicata proporzione sarebbe stata rispettata dalla somma di lire 5.995.490=, che con rivalutazione ed interessi avrebbe dato al 27 ottobre 1999 la somma di lire 26.570.245,47=.

Questi calcoli sono stati fatti non perché il criterio di proporzionalità sia idoneo ad identificare il danno, ma per dimostrare l'inaccettabile, quanto a proporzionalità e ragionevolezza, grado di elusione dell'obbligo risarcitorio rinvenibile nella disciplina dettata dall'art. 11 citato.

Si deve anche aggiungere che l'art. 11 è norma di attuazione dei giudicati amministrativi, menzionati specificamente dalla stessa disposizione, che avevano annullato il D.I. 17 dicembre 1991, concernente la determinazione del fabbisogno annuo dei medici specialisti dal 1° novembre 1991 e per i due anni accademici successivi, ed il D.I. 28 dicembre 1991, concernente la determinazione del numero dei laureati in medicina e chirurgia e delle relative borse di studio da assegnare alle singole scuole di specializzazione universitarie. Tali decisioni, confermate dal Consiglio di Stato, avevano escluso la possibilità di distinguere tra corsi già iniziati e corsi di futura attivazione. Ne consegue che i giudicati riguardavano specializzandi che al 1° novembre 1991 ancora

frequentavano i corsi. La specificità delle situazioni contemplate dall'art. 11, e cioè di specializzandi che chiedevano le borse di studio previste dal d. lgs. 257/2011 per gli anni successivi al 1° novembre 1991, nell'ambito di cicli di formazione già iniziati ma ancora in corso, spiega anche perché l'art. 11 contemplava, per l'assegnazione delle borse di studio i requisiti previsti dal citato d. lgs., e cioè quelli del tempo pieno e del mancato svolgimento di attività libero professionale. Requisiti questi ultimi che non potevano essere vantati dagli iscritti a corsi di specializzazione conclusi prima del 1991 e, quindi, sulla base di una disciplina organizzativa (v. § 11) che prevedeva il tempo pieno solo per i destinatari di borsa di studio (circostanza di per sé idonea ad escludere il trattamento in questione (art. 11, comma 3).

Inoltre, la stessa specificità dà in qualche modo ragione dell'esclusione di interessi e rivalutazione, ragionevolmente forfettizzati nella differenza tra l'importo riconosciuto (lire 13.000.000) e quello risultante dalla proposta proporzione (lire 11.550.000).

È però evidente che il fattore tempo (con connessi interessi e rivalutazione) ha tutt'altro peso per gli specializzandi che nel 1991 avevano già concluso il ciclo di formazione.

Perciò, era del tutto irragionevole equiparare le due situazioni (specializzandi iscritti a cicli di formazione ancora in corso nel 1991 e specializzandi iscritti a cicli di formazione ormai conclusi nel 1991) sotto il profilo del *quantum* risarcitorio.

In conclusione, anche a voler intendere l'art. 11 della legge n. 370/1999 come attuativo di un risarcimento parzialmente in forma specifica (attribuzione ora per allora di borse di studio) si dovrebbe concludere che esso sia in contrasto con il diritto dell'Unione. La legge di trasposizione attribuisce un importo di lire 21.500.000 che devalutato al 1° gennaio 1983 dà un importo di lire 11.813.187. L'art. 11 stabilisce l'importo di lire 13.000.000 che devalutato e depurato degli interessi dà un importo al 1° gennaio 1983 di lire 2.933.408 e perciò un importo pari a poco più di un quarto di quello previsto dalla legge di trasposizione ed opportunamente devalutato. Il tutto a fronte, pure nell'erronea prospettiva

proporzionalistica, dell'intenzione di remunerare adeguatamente – secondo il parametro monetario accolto dal d. lgs. n. 257/1991 (ed espressamente richiamato dalla relazione al disegno di legge poi tradottosi nella legge n. 370/1999), ma tenendo conto del diverso impegno orario – le ore spese dagli specializzandi nella formazione professionale. Sono evidenti, quindi, forti elementi di anomalia che rilevano tanto sul piano del principio di eguaglianza quanto sul piano del principio comunitario di equivalenza: l'art. 11 non solo non risarcisce il danno effettivamente subito (diverso da quello indicato nella relazione di accompagnamento), ma non remunera neppure in modo proporzionale, o almeno tendenzialmente tale, le ore impegnate nella formazione, senza che, indipendentemente dalle modalità di organizzazione, emergano differenze quanto alla funzione dell'adeguata retribuzione. Viene perciò violato il principio di eguaglianza. Viene anche violato il principio di equivalenza visto che, al contrario di quanto accade normalmente, non viene risarcito il danno effettivo.

Ne consegue l'impossibilità di attuare l'effetto utile del diritto dell'Unione attraverso la semplice rimozione del limite soggettivo previsto dall'art. 11 della legge n. 370/1999. Se, ciò nonostante, si volesse seguire questa strada emergerebbe una chiara incostituzionalità della norma in relazione al principio di eguaglianza ed in relazione all'art. 117 Cost. per il mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (v. § 25).

22. Il preteso diritto “pararisarcitorio”. Si deve anzitutto premettere la nota tradizionale differenza tra indennità (o indennizzo) e risarcimento del danno (MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, pag. 439, Milano, 1957). L'indennità ha la funzione di compensare, in tutto o in parte, un soggetto per un pregiudizio da lui subito in conseguenza di un atto non qualificabile come illecito del soggetto obbligato e, quindi, come fonte di responsabilità civile a suo carico. L'indennità, inoltre, è funzionale ad una riparazione non necessariamente integrale. I criteri per stabilire la misura dell'indennizzo sono fissati dalla legge, che può bilanciare l'interesse del soggetto leso con altri interessi, oppure sono affidati al giudice oppure, come nel caso del contratto di assicurazione, possono

essere fissati dalle parti col limite del danno effettivo. Il risarcimento, invece, ha la funzione di riparare integralmente il danno patito dal soggetto leso in conseguenza di un illecito contrattuale o extracontrattuale dal quale discende la responsabilità civile del soggetto obbligato.

Peraltro, in epoca più recente la dottrina ha messo in luce che il legislatore utilizza il termine indennità in situazioni così diverse tra loro da far dubitare che la parola possa corrispondere ad un significato univoco e costante (CICCARELLO, *Indennità*, EdD, vol. 21, 99). Inoltre, un autorevole orientamento ha affermato che non solo il risarcimento, ma anche l'indennizzo trova fondamento in un danno ingiusto, derivante dalla lesione di una situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento, con la conseguenza che entrambi i rimedi sono rivolti a riparare il danno ingiusto (PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, pag. 668, Napoli 2007). In ogni caso, ai nostri fini, rileva che solo al risarcimento del danno si applica necessariamente il principio del danno effettivo (consacrato negli artt. 1223, 1226 e 2056 cod. civ.): «l'obbligo del risarcimento deve adeguarsi al danno effettivamente subito dal creditore, il quale non deve ricevere né più né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi dell'inadempimento o dell'illecito» (BIANCA, *Diritto civile – 5 – la responsabilità*, pag. 127, Milano, 1994).

Tanto l'obbligazione risarcitoria quanto quella di indennizzo hanno pacificamente natura di debito di valore (v. Cass. s.u. n. 9147/2009, con specifico riferimento alla fattispecie *de qua*).

Molte sentenze della Suprema Corte, emesse in *subiecta materia*, hanno qualificato il diritto degli specializzandi come "pararisarcitorio". L'espressione, tecnicamente impropria, vorrebbe significare che il rimedio in questione si affianca ed è vicino al rimedio risarcitorio, ma non si identifica con questo. In realtà, se si esce dalla funzione indennitaria non resta che la funzione risarcitoria e predicare la liquidazione del diritto pararisarcitorio in via equitativa è contraddittorio poiché la liquidazione equitativa del danno è prevista (artt. 1226 e 2056 cod. civ.), nell'ambito risarcitorio e nel rispetto del principio del danno

effettivo, per i casi in cui «il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare» e non certo per bilanciare gli interessi del creditore e del debitore. L'espressione risulta utilizzata per la prima volta da Cass. n. 21498/2011 nella combinazione con il termine "indennitario" ["diritto indennitario / (para) risarcitorio"] successivamente ripetuta innumerevoli volte sino alla più recente Cass. n. 1051/2019, con la significativa eliminazione dell'abbinamento al termine "indennitario" (v. per tutte Cass. ord. n. 23635/2014).

Il ragionamento svolto da Cass. n. 21498/2011 parte dal *dictum* delle Sezioni unite (Cass. s.u. n. 9147/2009) e così si dipana:

«Il *dictum* delle sezioni unite di questa Corte in *subiecta materia* – Cass. 9147/09, ove si discorre di un'obbligazione di tipo indennitario da atto lecito (sul piano interno) dello Stato – è, di converso, quello secondo il quale, in caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n.75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non autoesecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) sorge, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di Giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto – anche a prescindere dall'esistenza di uno specifico intervento legislativo accompagnato da una previsione risarcitoria – allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria per attività non antigiuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come antigiuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Ne consegue 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'idonea 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 "idonea compensazione" di cui discorrono le sezioni unite di questa corte,

pertanto, deve rispondere, da un canto, al requisito della serietà, congruità e non irrisorietà, dovendosi ristorare un danno alla luce "della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile"; dall'altro, in assenza di alcuni degli elementi strutturali dell'illecito aquiliano (il dolo/la colpa; la ingiustizia del danno inteso come condotta *non iure* del danneggiante) all'esigenza di non trasmutare in diritto al risarcimento *tout court* sì come predicato dall'art. 2043 c.c. (risarcimento integrale il cui parametro oggettivo ben potrebbe essere, allora sì, l'intero importo previsto per le borse di studio riconosciute in epoca successiva al 1991); dall'altro ancora, alla imprevedibilità di una identificazione con il corrispettivo di una prestazione eseguita e non retribuita, in un'orbita di pensiero strettamente giuslavoristica (*omissis*) e non, come nella specie, "paracontrattuale" da responsabilità statale per atto privo, sul piano interno, del carattere della illiceità. (*Omissis*). Al giudice del rinvio, pertanto, è demandato il compito di quantificare tale, peculiare diritto indennitario/(para)risarcitorio spettante al medico specializzando, quantificazione che non potrà che avvenire sul piano equitativo, secondo canoni di parità di trattamento per situazioni analoghe (*omissis*). Parametro di riferimento per il giudice territoriale sarà, pertanto, costituito dalle indicazioni contenute nella legge 19 ottobre 1999, n. 370, con la quale lo Stato italiano ha ritenuto di procedere ad un sostanziale atto di adempimento parziale soggettivo nei confronti di tutte le categorie astratte in relazione alle quali, dopo il 31 dicembre 1982, si erano potute verificare le condizioni fattuali idonee a dare luogo all'acquisizione dei diritti previsti dalle direttive comunitarie, e che non risultavano considerate dal D.Lgs. del 1991».

È evidente, perciò, che presupposto del ragionamento è la natura indennitaria dell'obbligazione riparatoria, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite. Tuttavia, anche in conseguenza delle critiche espresse dalla dottrina (e *plurimis* SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato, tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, nota a Cass. s.u. n. 9147/2009, in *Foro it.*, 2010, I, 174) la qualifica della natura indennitaria è stata superata dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, a partire da Cass. n. 10813/2011, ha chiarito che l'affermazione di Cass. s.u. n. 9147/2009 della non illiceità ed antigiusuridicità del

comportamento dello Stato non deve essere intesa in senso assoluto, ma solo come relativa alla esclusione della configurabilità di un illecito extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ.; ciò in quanto l'inadempimento, pur essendo certamente un fatto antiggiuridico anche sul piano dell'ordinamento interno, tuttavia non è riconducibile all'illecito ex articolo 2043 codice civile ma rappresenta un fatto antiggiuridico idoneo a produrre sul piano interno un'obbligazione risarcitoria ex lege secondo il paradigma delle fonti delle obbligazioni previsto dall'art. 1173 cod. civ. Quindi, non vi è dubbio che l'obbligo dello Stato ha ad oggetto il risarcimento del danno e non l'indennizzo.

È questa la ragione per cui è stato abbandonato il binomio "indennitario/(para)risarcitorio" per passare *tout court* all'anodino termine "pararisarcitorio".

Infine, è evidente che la stessa Corte di cassazione è consapevole che con l'applicazione dell'art. 11 della legge n. 370/1999 non si realizza un risarcimento integrale del danno.

23. La pretesa discrezionalità dello Stato. Si deve a questo punto valutare se vi sia ed eventualmente quale sia, alla stregua del diritto dell'Unione come manifestatosi nelle sentenze della CGUE, la discrezionalità dello Stato membro nel determinare il risarcimento del danno.

Al riguardo Cass. n. 1917/2012 (e a seguire, tra le altre, Cass. n. 5533/2012) ha ritenuto che la legittimità della quantificazione operata dallo Stato debitore rappresenta il «necessario riflesso della facoltà dello Stato di individuare il contenuto economico dell'obbligo risarcitorio per i doveri nascenti dalla ricostruzione operata dalle sentenze sul caso Francovich e, quindi, sul caso Brasserie du Pecheur - Factortame e, quindi, dall'ordinamento comunitario. Infatti, la sentenza della Corte di Giustizia sul caso Brasserie du Pecheur - Factortame ebbe a precisare che in mancanza di norme comunitarie in materia di risarcimento del danno da inadempimento di direttive non *self-executing*, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato membro fissare i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, fermo restando che essi

non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi fondati sul diritto interno e che non possono in nessun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento. Il che giustifica che, in relazione al noto inadempimento, spettasse allo Stato di determinare l'entità del risarcimento, naturalmente in modo da non renderlo apparente».

Queste conclusioni sollevano serie perplessità laddove affermano la discrezionalità dello Stato di determinare la misura del risarcimento del danno con il solo limite di «non renderlo apparente».

In realtà, la discrezionalità dello Stato membro riguarda la misura dell'adeguata remunerazione e non del risarcimento del danno, la cui misura è a quella collegata. Il che, evidentemente, non è privo di conseguenze: stabilita discrezionalmente l'adeguata remunerazione, il danno da perdita della stessa va determinato secondo i principi del danno effettivo e non discrezionalmente. Chiarissimo, al riguardo, è il già ricordato (§ 15) punto 47 della sentenza Pantuso: «al fine di determinare il livello e i metodi di fissazione di una remunerazione adeguata per il periodo antecedente alla trasposizione nell'ordinamento italiano della direttiva 82/76, occorre prendere in considerazione, in particolare, le soluzioni fornite al riguardo nella normativa nazionale di trasposizione di tale direttiva» e cioè le soluzioni fornite dal d. lgs. n. 257/1991».

Più volte la CGUE (v. sentenze Carbonari, punto 45; Gozza, punto 36; Pantuso, punto 41) ha affermato che l'adeguata remunerazione, con conseguente esclusione sul punto del carattere *self-executing* della direttiva, era rimessa alla determinazione dei singoli Stati membri, come era logico attendersi in considerazione delle diverse situazioni riscontrabili tanto sul piano del mercato del lavoro quanto sul piano del costo della vita.

Per il risarcimento del danno, invece, è vero che la sentenza Brasserie du Pêcheur - Factortame, al punto 83, ha stabilito che «in mancanza di norme comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro fissare i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento», ma tale affermazione è subito seguita dalla precisazione «fermo restando che

essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi fondati sul diritto interno e che non possono in nessun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento». Inoltre, subito prima, al punto 82, la CGUE si era premurata di «sottolineare che il risarcimento dei danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto comunitario deve essere adeguato al danno subito, così da garantire una tutela effettiva dei loro diritti». I criteri primari, quindi, sono enunciati dalla CGUE e sono quelli dell'adeguatezza, dell'effettività e dell'equivalenza, consolidati nella giurisprudenza anteriore e successiva alla sentenza *Brasserie du Pêcheur - Factortame*, come già ricordato al § 15.

24. I limiti costituzionali e convenzionali (CEDU) al ridimensionamento retroattivo del diritto al risarcimento dei danni. Il diritto degli specializzandi al risarcimento dei danni è sorto nel momento in cui, a partire dal 1° gennaio 1983, hanno frequentato i corsi di specializzazione senza che lo Stato avesse dato attuazione alla direttiva 82/76/CEE.

A questo punto si deve valutare la possibilità per lo Stato di ridimensionare retroattivamente un diritto già sorto. Tale valutazione deve essere fatta sia *de jure condito*, con riferimento all'art. 11 della legge n. 370/1999 (letto nella prospettiva del primo orientamento della Corte di cassazione, sopra riferito al § 17 e criticato al § 20), sia *de jure condendum*.

Per entrambe le valutazioni si devono svolgere alcune premesse comuni. Anzitutto, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è ormai consolidato il principio secondo cui la tutela apprestata dall'art. 1 del protocollo addizionale («1. *Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.* 2. *Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*») opera non

soltanto a tutela della proprietà, ma anche dei diritti di credito, in quanto anch'essi "beni patrimoniali" (CEDU 9 dicembre 1994; Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia; 15 gennaio 2009, Bourdov c. Russia; 24 settembre 2013, De Luca c. Italia; 8 luglio 2014, Pennino c. Italia).

Secondo quanto ritenuto dalla Corte costituzionale, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, le norme della Convenzione EDU sono chiamate, come norme interposte, ad integrare il parametro dell'articolo 117, primo comma, Cost., e pertanto gli interessi da esse tutelati divengono oggetto di bilanciamento con interessi antagonisti di rango costituzionale, secondo le ordinarie operazioni cui la stessa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza. Ne consegue non già l'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma l'integrazione delle tutele.

Ne consegue ulteriormente che, in un sistema nel quale per le leggi civili non vige un principio costituzionale di irretroattività, è possibile una attività di bilanciamento degli interessi del creditore (come del proprietario) con altri interessi costituzionalmente protetti cui può essere data prevalenza, e pertanto, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità (sui quali v. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it), può essere giustificato il ricorso ad una legislazione retroattiva (Corte cost. nn. 311/2009 e 264/2012).

La conclusione, peraltro, non è affatto condivisa dalla Corte EDU che in situazioni identiche a quelle oggetto delle due pronunce da ultimo ricordate ha egualmente condannato l'Italia per avere interferito legislativamente sull'esito di controversie che vedevano le amministrazioni pubbliche come controparti (sent. 25 marzo 2014, Biasucci c. Italia e 15 aprile 2014, Stefanetti c. Italia). Secondo la CEDU, la presenza di interessi generali antagonisti non esclude l'abuso processuale e, quindi, la violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU, quando l'intervento normativo, a fronte di tempestive iniziative del titolare del diritto, sia imprevedibile perché la parte non avrebbe potuto in buona fede formulare un giudizio prognostico su tale evento. La prevedibilità, poi, viene connotata con un "difetto tecnico" nella legislazione dello Stato aderente, che non

irragionevolmente induce il legislatore nazionale ad intervenire con disposizioni retroattive, al fine di rimediare e colmare il vuoto apertosi nella regolazione giuridica di una fattispecie e del quale avrebbe approfittato la persona fisica o giuridica che vanta un diritto patrimoniale (BIGNAMI, *La Corte Edu e le leggi retroattive*, in www.questionegiustizia.it, con riferimento alle sentenze 23 ottobre 1997, National & Provincial Building Society e altri c. Regno Unito; 27 maggio 2004, Ogis-Institut Stanislas, Ogec St. Pie X et Blanche de Castille c. Francia). In ogni caso, non risultano casi nei quali la Corte EDU abbia dato rilievo ad impellenti esigenze di carattere finanziario addotte dagli Stati per giustificare norme retroattive. Ciò, malgrado sia «facile osservare che dietro lo stanziamento dei mezzi finanziari si pone la tutela di beni giuridici e interessi costituzionali dei quali anche deve farsi carico la Corte che controlla l'esito del bilanciamento sotto il profilo della non manifesta irragionevolezza e del difetto di proporzionalità. E questo, assai semplicemente, perché essi sono stati assunti dal legislatore stesso a fondamento del proprio intervento di regolazione» (BIGNAMI, *La Corte Edu cit.*).

Svolte queste comuni premesse, ragionando *de jure condito*, non sembra che l'art. 11 della legge n. 370/1999 possa rappresentare il ridimensionamento retroattivo dei diritti di credito degli specializzandi.

Infatti, anche ammettendo la possibilità della discutibile disapplicazione del requisito soggettivo previsto dall'art. 11 della legge n. 370/1999 (§§ 17 e 20), la norma che ne risulterebbe presenterebbe vari profili di incostituzionalità. Anzitutto sarebbero trattate nello stesso modo situazioni differenti, non potendosi equiparare, per l'evidente diverso rilievo del fattore tempo quanto a svalutazione ed interessi, la situazione di chi ha iniziato la formazione nel 1990 e si è visto riconoscere la borsa di studio nel 1999 con quella di chi ha frequentato il corso di specializzazione nel 1983 e, per di più, a causa del rifiuto opposto dallo Stato, può ottenere il pagamento solo all'esito di un giudizio (§ 20).

Inoltre, la falciata realizzata è tanto accentuata (§ 21) da far emergere la sicura violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Su altri profili di incostituzionalità si rinvia al paragrafo seguente.

De jure condendo, alla luce dei principi enunciati dalla Corte costituzionale, non si può escludere un intervento del legislatore, diretto a bilanciare i diritti degli specializzandi con esigenze di equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.) e di salvaguardia delle essenziali funzioni dello Stato. Dovrebbe trattarsi, tuttavia, di un intervento non solo ispirato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, ma anche rispettoso dell'esigenza di assicurare un trattamento differenziato in relazione alla diversità delle situazioni.

In ogni caso il ridimensionamento dei crediti, tanto *de jure condito* che *de jure condendo*, resta esposto all'esame della Corte EDU, particolarmente severo nel caso di giudizi già iniziati.

25. L'illegittimità costituzionale dell'art. 11 della legge n. 370/1999. Al di là della discutibile rimozione dei limiti soggettivi attraverso lo strumento della disapplicazione (v. §§ 17 e 20), si deve predicare l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 della legge n. 370/1999 in relazione agli artt. 3 e 117 Cost.

Sul punto dell'adeguatezza, si è già detto (§ 21) dell'erroneità concettuale del criterio di proporzionalità con il quale il legislatore assume di avere identificato, con l'art. 11 della legge n. 370/1999, il danno subito dagli specializzandi che hanno frequentato corsi di specializzazione prima dell'applicazione del d. lgs. n. 257/1991. Inoltre, il danno così erroneamente identificato non è liquidato adeguatamente neppure sotto il profilo della proporzione con le ore del corso, come sopra dimostrato (§ 21).

Sul punto dell'effettività (anche sostanziale: v. §§ 7 e 15) si deve osservare che questa non consiste nella semplice "non apparenza", ma richiama, oltre alla possibilità procedurale di conseguire il risarcimento, anche l'adeguatezza dello stesso. Il concetto di adeguatezza è, d'altro canto, relazionale e sottintende il danno. La dottrina, al riguardo, sottolinea infatti che «nella giurisprudenza delle Corti europee il principio di effettività non ha una valenza solo processuale, nel senso di effettivo accesso al giudice, ma anche una valenza sostanziale: in questa prospettiva il diritto ad un ricorso effettivo è stato inteso come *right to an effective remedy* ed è stato introdotto il principio della adeguatezza, in concreto,

della forma di riparazione, e cioè con riferimento alla situazione soggettiva fatta valere e alla lesione da questa subita» (DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 907 ss. con ampi riferimenti alla giurisprudenza della CEDU e della CGUE). La mera “non apparenza”, predicata come sufficiente dalla giurisprudenza di legittimità, non risponde affatto al principio di adeguatezza.

Quest’ultimo, del resto, non è sconosciuto al sistema risarcitorio del nostro ordinamento, come interpretato dalla giurisprudenza, che fa ampio uso dell’adeguatezza come declinazione del principio di effettività quando la liquidazione del danno deve avvenire in via equitativa (e *plurimis* Cass. n. 12408/2011).

Infine, l’applicazione dell’art. 11 della legge n. 370/1999 disattende il principio dell’equivalenza rispetto «a reclami analoghi fondati sul diritto interno», visto che la concreta perdita di una remunerazione che altrimenti si sarebbe conseguita rappresenta il valore, commisurato appunto alla perdita, che deve essere reintegrato (infatti, in situazione analoga, Cass. n. 488/2009 ha affermato che «*il datore di lavoro, che rifiuti ingiustificatamente di assumere il lavoratore avviato ai sensi della legge n. 482 del 1968, è tenuto, per responsabilità contrattuale [conseguente alla violazione dell’obbligo legale di assumere, n.d.r.], a risarcire l’intero pregiudizio patrimoniale che il lavoratore ha conseguenzialmente subito durante tutto il periodo in cui si è protratta l’inadempienza del datore di lavoro medesimo. Tale pregiudizio può essere in concreto determinato, senza bisogno di una specifica prova del lavoratore, sulla base del complesso delle utilità (salari e stipendi) che il lavoratore avrebbe potuto conseguire, ove tempestivamente assunto, mentre spetta al datore di lavoro provare l’"aliunde perceptum", oppure la negligenza del lavoratore nel cercare altra proficua occupazione*»).

Se si conviene (v. §§ 19 e 21) che la liquidazione del danno operata dall’art. 11 della legge n. 370/1999 non rispetta, sul piano del diritto comunitario, i principi di adeguatezza, effettività ed equivalenza e, sul piano del diritto interno, il principio di eguaglianza, viene a mancare, indipendentemente dalla discutibile

sussistenza dei presupposti (§ 20), la stessa possibilità di una utile disapplicazione dei limiti soggettivi. Infatti, è inutile la rimozione dei limiti soggettivi contenuti in una norma che, comunque, detta una disciplina non rispettosa dei principi di eguaglianza, effettività, adeguatezza ed equivalenza.

La Corte costituzionale si è occupata dell'art. 11 con l'ordinanza 7 luglio 2005, n. 269 resa in relazione agli sviluppi della vicenda definita con i giudicati amministrativi menzionati nello stesso art. 11. Nell'occasione il TAR del Lazio, con ordinanze del 2 aprile 2004, aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 101, 103, primo comma, 108, secondo comma, e 113 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale della norma «nella parte in cui non prevede alcun punteggio da farsi valere nei concorsi di accesso a profili professionali medici per i medici destinatari dello stesso art. 11». La Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione in quanto la norma impugnata «è obiettivamente attuativa dei soli profili economici dei giudicati»; mentre «rispetto agli altri profili - e segnatamente quello riguardante l'attribuzione di punteggi a fini concorsuali - permangono perciò immutate le situazioni soggettive dei ricorrenti nei giudizi *a quibus*, derivanti dai suddetti giudicati formati in loro favore». È evidente, perciò, che i profili di illegittimità qui indicati non sono stati oggetto di sindacato e che la Corte si è limitata a rilevare l'afferenza della disciplina al profilo economico.

Pertanto, come si è visto (§ 21) e come conferma la Corte costituzionale con la citata ordinanza, l'art. 11 non è norma che stabilisce, con disposizione a carattere generale, il risarcimento dovuto agli specializzandi che hanno frequentato le scuole prima dell'attuazione della direttiva comunitaria, bensì è norma di attuazione dei giudicati amministrativi che avevano annullato i DD.II. di attuazione del d. lgs. n. 257/1991, stabilendo la necessità di prendere in considerazione anche gli specializzandi iscritti a cicli di formazione ancora in corso alla data del 1° novembre 1991, anche se iniziati in anni precedenti.

Per tale ragione l'indicata illegittimità costituzionale assume rilievo solo per le situazioni specificamente contemplate dalla norma. Per le altre emerge solo

l'impossibilità di fare riferimento all'art. 11, quale norma del diritto interno idonea a realizzare il risultato voluto dalle direttive.

26. La prova del danno. Si deve anzitutto richiamare quanto sopra detto (§ 21), sulla scorta di Cass. n. 23577/2011, a proposito del danno arrecato dalla mancata attuazione della direttiva 82/76/CEE: il danno non è rappresentato dalla mancata percezione di una remunerazione proporzionata alle ore di frequenza previste dall'organizzazione della formazione all'epoca vigente, ma dalla mancata frequenza di un corso a tempo pieno che avrebbe consentito di percepire una adeguata remunerazione per il tempo pieno, di seguire il percorso formativo senza preoccupazioni esistenziali e di conseguire un titolo riconosciuto in tutti gli Stati membri dell'Unione e valorizzato nei concorsi nello Stato di appartenenza.

Per quanto riguarda la mancata percezione di un'adeguata remunerazione, la questione dell'onere della prova gravante sull'attore è risolta lucidamente dalla citata Cass. n. 23577/2011 (seguita dalle successive Cass. nn. 17068/2013 e 5781/2017), alle cui parole sarà sufficiente riportarsi.

«Lo specializzando che azionava l'obbligo risarcitorio doveva dimostrare esclusivamente di avere frequentato – con iscrizione collocantesi a far tempo dall'anno accademico 1983-1984 fino a quello 1990-1991 – un corso di specializzazione comune a tutti gli Stati membri (*omissis*) o ad almeno due o più fra essi (*omissis*). Poiché la frequenza di tali corsi in mancanza dell'adeguamento alle direttive si concretava nella impossibilità di conseguire l'adeguata remunerazione, egli, nell'individuare e provare la pretesa risarcitoria conseguente all'inadempimento statale non aveva altro onere che dimostrare detta frequenza. Essa, congiunta all'inadempimento statale per come sopra indicato, integrava i fatti costitutivi dell'obbligo risarcitorio dello Stato nei termini indicati dalla sentenza n. 9147 del 2009 e, quindi, della relativa domanda.

Viceversa, il concreto svolgimento del corso di specializzazione (*omissis*) non poteva assurgere a fatto costitutivo dell'obbligo risarcitorio, per l'assorbente ragione che l'obbligo risarcitorio discende dal non avere provveduto lo Stato

italiano ad organizzare *in iure* i corsi di specializzazione secondo l'una o l'altra modalità. Onde, non si comprende come ad una situazione di fatto, quella relativa allo svolgimento concreto del corso di specializzazione, si possa attribuire il valore di fatto costitutivo dell'obbligo risarcitorio e, quindi, del relativo diritto.

La frequenza in concreto di un corso di specializzazione con modalità non riconducibili né a quelle a tempo pieno né a quelle a tempo ridotto, d'altro canto, non potrebbe assumere nemmeno il valore di fatto impeditivo dell'insorgenza del diritto al risarcimento del danno, per l'assorbente ragione che essa di norma dipenderebbe da un fatto addebitabile allo Stato, il quale, in relazione al concreto corso di specializzazione di cui si tratti, non aveva assicurato lo svolgimento o secondo la modalità a tempo pieno o secondo la modalità a tempo parziale. (*Omissis*). Poiché per tali corsi erano obbligatorie modalità organizzative a tempo pieno o a tempo parziale con adeguata remunerazione l'obbligo risarcitorio si ricollega, infatti, al non averle assicurate. Lo Stato risponde, cioè, proprio per non averle assicurate.

Ne deriva che allo specializzando attore che fa valere la pretesa all'adempimento dell'obbligo statutale *ex lege* di risarcire il danno da mancata attuazione delle direttive compete e compete solo dimostrare di trovarsi in una situazione rispetto alla quale la direttiva doveva essere adempiuta e tale situazione, rappresentante il fatto costitutivo del danno da lui lamentato (perdita dei diritti che gli sarebbero spettati nel caso di adempimento della direttiva), inteso nel senso di c.d. danno evento, è data dalla mera frequenza di un corso ricadente nei due elenchi.

Le concrete modalità di svolgimento del corso potrebbero, in realtà, venire in rilievo solo quali circostanze rilevanti ai fini della quantificazione del risarcimento del danno, nel senso che quest'ultimo non può essere riconosciuto nella stessa misura allo specializzando che frequentò un corso con modalità simili a quelle a tempo pieno e ad uno specializzando che lo frequentò con modalità simili a quelle a tempo parziale o addirittura minori rispetto a queste ultime. Ma ciò solo se la scelta dell'una piuttosto che dell'altra opzione sia dipesa dallo specializzando, che, avendo possibilità di optare per l'una o per l'altra in relazione

alla circostanza che il corso era organizzato con due modalità, abbia preferito l'opzione a tempo parziale anziché quella a tempo pieno. Se invece il corso era organizzato solo con modalità in fatto corrispondenti al tempo parziale, la negazione della possibilità di scelta evidenzia che lo specializzando perse – in ragione dell'inadempimento statutario – il diritto alla frequenza del corso a tempo pieno e, quindi, le corrispondenti utilità, *in primis* la remunerazione adeguata al tempo pieno».

In conclusione, la circostanza che i medici avessero, nel periodo di ritardato adempimento, frequentato le scuole di specializzazione come in precedenza organizzate costituisce indizio presuntivo che essi le avrebbero ragionevolmente frequentate anche nel diverso regime conforme alle prescrizioni comunitarie; né, d'altra parte, i medici possono essere gravati della prova di non aver percepito, durante il periodo di formazione, altre remunerazioni o borse di studio, trattandosi di circostanze – eventualmente rilevanti a titolo di *aliunde perceptum* – il cui onere della prova va posto, secondo principi consolidati, a carico del soggetto inadempiente (Cass. n. 1182/2012).

Per la liquidazione di voci di danno diverse da quella della mancata percezione dell'adeguata remunerazione, si deve condividere la giurisprudenza secondo cui non sono sufficienti gli elementi presuntivi desumibili dalla mera frequenza delle scuole di specializzazione come all'epoca organizzate, ma occorre «la rigorosa prova, da parte del danneggiato, di circostanze diverse da quelle normali, tempestivamente e analiticamente dedotte in giudizio prima della maturazione delle preclusioni assertive o di merito e di quelle istruttorie» (Cass. n. 14376/2015). Lo stesso deve dirsi, in particolare, per il danno da perdita di *chance*, che esige «la prova, anche presuntiva, dell'esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità e non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile» (Cass. nn. 15385/2011; 3972/2012, 14376/2015). Il che, riportato sul tema in esame, significa la necessità di allegare e provare specifici e concreti elementi sull'intenzione di spendere il titolo in ambito europeo o sull'effettiva penalizzazione in sede di attribuzione di punteggi nei concorsi.

27. Conclusioni. Salva la prova rigorosa di ulteriori voci, il danno da risarcire agli iscritti a scuole di specializzazione dal 1983 al 1991 è rappresentato normalmente dal fatto di non aver potuto frequentare un corso a tempo pieno che avrebbe consentito di percepire una adeguata remunerazione ad esso rapportata e di conseguire una specializzazione riconosciuta dagli Stati membri dell'Unione europea e valorizzata nei concorsi nello Stato di appartenenza.

Il danno non è, invece, rappresentato dalla mancata percezione di una remunerazione proporzionata alle ore di frequenza all'epoca previsto dall'ordinamento delle scuole di specializzazione.

L'art. 11 della legge n. 370/1999, oltre a porsi in questa erronea prospettiva, predica un criterio di proporzionalità che in concreto viene platealmente disatteso (§ 21). Ne consegue, per le situazioni contemplate dalla norma (specializzandi destinatari di giudicati favorevoli), l'illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 117 Cost. Per le situazioni non contemplate (specializzandi non destinatari di giudicati favorevoli) ne discende l'inutilità di una discutibile (§§ 17, 20) disapplicazione del requisito soggettivo, visto che la norma contrasta con i principi comunitari di equivalenza, adeguatezza ed effettività del risarcimento del danno (§§ 23, 24, 25).

La prima indicazione offerta dalla CGUE per la riparazione del danno è quella della applicazione retroattiva della norma di attuazione e cioè, nella specie, del d. lgs. n. 257/1991. La giurisprudenza contrasta tale soluzione sul rilievo che la relativa disciplina prevede una organizzazione dei corsi su 1500 ore annue e, quindi, molto superiore alle 800 ore previste dai precedenti modelli organizzativi. In tal modo, tuttavia, si dimentica che la diversa organizzazione era addebitabile proprio allo Stato e che se lo stesso fosse stato adempiente lo specializzando avrebbe frequentato un corso di 1500 ore annue, percependo la relativa adeguata remunerazione.

Agli specializzandi è dovuto il risarcimento del danno e non un "indennizzo pararisarcitorio". Ne consegue l'applicazione del principio del danno effettivo, in coerenza con le sentenze della CGUE che predicano i principi di effettività,

adeguatezza ed equivalenza, senza possibilità di ritenere che la determinazione del danno sia affidata all'arbitrio dello Stato legislatore.

Il danno, pertanto, deve essere liquidato assumendo come parametro l'adeguata remunerazione che non è stata percepita per l'inadempimento dello Stato e per la mancata organizzazione delle scuole secondo quanto previsto dalla direttiva. Tale adeguata remunerazione è quella stabilita dal d. lgs. n. 257/1991, i cui importi vanno devalutati dal 1° novembre 1991 alla data di frequenza del corso, per poi essere rivalutati alla data di liquidazione del danno, con il riconoscimento anche degli interessi compensativi.

Sugli attori grava solo l'onere di provare di aver frequentato, quale che ne fosse l'organizzazione, un corso di specializzazione comune a tutti gli Stati membri o ad almeno due o più fra essi, secondo la previsione della direttiva.

A queste conclusioni si potrebbe obiettare, per la verità abbandonando il seminato del diritto, che lo Stato verrebbe ad essere esposto, sia pure per propria colpa, a responsabilità che assumerebbero un ordine di grandezza tale da comprometterne l'equilibrio di bilancio. Si tratta forse di una preoccupazione con qualche fondamento, ma della quale né il giurista né tantomeno il giudice devono farsi carico.

Il legislatore, che per sua inadeguatezza ha dato luogo al vasto contenzioso dei medici specializzandi, dovrebbe prendere coscienza del problema ed affrontarlo seguendo il sentiero, aperto dalla Corte costituzionale, del bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti attuato secondo i principi di ragionevolezza e proporzionalità e tenendo conto dei severi limiti posti dalla Corte EDU.

Parte IV: IL RISARCIMENTO DOVUTO AGLI ISCRITTI AI CORSI DI SPECIALIZZAZIONE DAL 1991 AL 2006.

28. La progressiva perdita di adeguatezza della remunerazione: 1) il blocco dell'aggiornamento annuale. Il d. lgs. n. 257/1991 aveva previsto che la borsa di studio attribuita agli specializzandi, e determinata per l'anno 1991 in £

21.500.000, fosse rivalutata annualmente a partire dal 1° gennaio 1992 nella misura del tasso programmato di inflazione e rideterminata ogni tre anni in funzione dei miglioramenti stipendiali dei medici del SSN.

Tali disposizioni, tuttavia, hanno trovato applicazione solo nel 1992, con una rivalutazione del 4,5%, che ha portato l'importo della borsa di studio a £ 22.466.540 (pari ad € 11.603,00). Ne consegue che l'adeguatezza discrezionalmente stabilita dal legislatore nel 1991 è venuta progressivamente meno per effetto della svalutazione monetaria, come infine riconosciuto dallo stesso legislatore con il d. lgs. n. 368/1999 che, tuttavia, ha esplicitato i suoi effetti economici solo a partire dall'anno accademico 2006-2007.

L'art. 7, comma 5, del d.l. n. 384/1992 ha stabilito che «tutte le indennità, compensi, gratifiche ed emolumenti di qualsiasi genere, comprensivi, per disposizioni di legge o atto amministrativo previsto dalla legge o per disposizione contrattuale, di una quota di indennità integrativa speciale di cui alla L. 27 maggio 1959, n. 324, e successive modificazioni, o dell'indennità di contingenza prevista per il settore privato o che siano, comunque, rivalutabili in relazione alla variazione del costo della vita, sono corrisposti per l'anno 1993 nella stessa misura dell'anno 1992».

Il blocco è stato prorogato per il triennio 1994-1996 dall'art. 3, comma 36, della legge n. 537/1993.

L'art. 1, comma 33, della legge n. 549/1995 ha, poi, stabilito che le disposizioni dell'art. 7, comma 5, come prorogate, vanno interpretate nel senso che tra le indennità, compensi, gratifiche ed emolumenti di qualsiasi genere, da corrispondere nella misura prevista per il 1992, sono comprese le borse di studio degli specializzandi.

Il citato art. 1, comma 33, ha superato il vaglio della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 432/1997, ha affermato che «la norma impugnata ... non persegue affatto l'intento di discriminare irragionevolmente i medici ammessi alle scuole di specializzazione, ma, in una logica di bilanciamento con le fondamentali scelte di politica economica (sentenza n. 245 del 1997) e, inserendosi in un più ampio complesso di norme ispirate alla stessa *ratio*, adegua la loro situazione ad

un diverso principio, generalizzatosi tanto nel settore privato, quanto in quello pubblico. Si tratta del principio secondo il quale la difesa dall'aumento del costo della vita è da affidarsi precipuamente alle dinamiche contrattuali, in particolar modo alla contrattazione collettiva, piuttosto che a strumenti legislativi di adeguamento automatico. Sotto questo profilo, va rilevato che la legislazione vigente prevede per i medici specializzandi, pur nella peculiarità della loro posizione, un meccanismo di collegamento dell'importo delle borse di studio ai miglioramenti stipendiali del personale medico dipendente dal Servizio sanitario nazionale (art. 6 del d.P.R. 8 agosto 1991, n. 257). Pertanto la disposizione censurata, escludendo per le predette borse di studio, in via eccezionale e per un ristretto arco temporale, l'incremento automatico del tasso di inflazione, non appare affatto irragionevole o discriminatoria, ma invece si inserisce in un ampio complesso di norme che perseguono, anche nel settore della sanità, il fine di impedire, per lo stesso periodo di tempo, tutti gli incrementi retributivi conseguenziali ad automatismi stipendiali». Sulle implicazioni della decisione della Consulta si tornerà *infra* nel § 30.

Il blocco è stato, quindi, reiterato per i trienni 1997-1999 (art. 1, comma 66, della legge n. 662/1996), 2000-2002 (art. 22 della legge n. 488/1999), 2003-2005 (art. 36, comma 1, della legge n. 289/2002) e 2006-2008 (art. 1, comma 212, della legge n. 266/2005). In definitiva, il blocco dell'aggiornamento della borsa di studio ha operato dal 1° gennaio 1993 sino all'inizio dell'anno accademico 2006-2007 e perciò per oltre 13 anni.

29. Segue: 2) il preteso blocco della rideterminazione triennale. L'art. 7, comma 1, del d.l. 384/1992 ha bloccato gli incrementi retributivi conseguenti alla contrattazione pubblica fino al 31 dicembre 1993. Indirettamente, pertanto, è stata bloccata la rideterminazione delle borse di studio collegata ai miglioramenti stipendiali dei medici del SSN.

L'art. 32, comma 12, della legge n. 449/1997 ha stabilito che «a partire dal 1998 resta consolidata in lire 315 miliardi la quota del Fondo sanitario nazionale destinata al finanziamento delle borse di studio per la formazione dei medici

specialisti di cui al decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257; conseguentemente non si applicano per il triennio 1998-2000 gli aggiornamenti di cui all'articolo 6, comma 1, del predetto decreto legislativo n. 257 del 1991».

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 4449/2018, ha affermato che il consolidamento della spesa, per il riferimento all'intera disciplina dell'art. 6, comma 1, citato, esplicava i suoi effetti anche sulla rideterminazione triennale correlata al miglioramento stipendiale tabellare minimo previsto dalla contrattazione relativa al personale medico dipendente del Servizio sanitario nazionale.

La conclusione, peraltro, non è consolidata nella giurisprudenza di legittimità; infatti, in senso contrario si sono espresse Cass. 16385/2008 ed anche Cass. n. 12624/2015, che hanno limitato il blocco al biennio 1992-1993, ma non hanno, in verità, preso in considerazione il complessivo disposto dell'art. 32, comma 2, citato.

La conclusione presenta forti elementi di perplessità. Anzitutto, si deve osservare che il blocco della spesa complessiva non incide di per sé e necessariamente sull'entità delle borse di studio in quanto, in presenza di un meccanismo di rivalutazione del loro importo previsto dalla legge, potrebbe comportare soltanto una diminuzione del numero, non predeterminato dalla legge, delle borse di studio finanziabili.

In secondo luogo, non sembra decisivo il riferimento all'intera disciplina dell'art. 6, comma 1, del d. lgs. n. 257/1991 poiché lo stesso è delimitato dall'uso del termine "aggiornamenti" che, tuttavia, non trova letterale corrispondenza né negli incrementi correlati al tasso di inflazione programmata, né nelle rideterminazioni correlate ai miglioramenti stipendiali dei medici del SSN.

Al riguardo, si potrebbe sostenere che l'espressione "aggiornamenti" è idonea a comprenderli entrambi poiché anche le rideterminazioni sembrano essere degli aggiornamenti correlati ad un dato individuato dal legislatore.

Tuttavia, in senso contrario al blocco della rideterminazione triennale sembra deporre il già citato art. 36 della legge n. 289/2002 che, nel disporre la proroga per il triennio 2003-2005 del blocco degli aggiornamenti di «indennità e

compensi rivalutabili in relazione alla variazione del costo della vita» (così recita la rubrica della norma) utilizza il termine “aggiornamenti”, in coerenza con la rubrica, proprio con riferimento agli incrementi correlati al costo della vita. La norma, poi, prosegue precisando che «tale divieto (*perciò proprio e solo gli aggiornamenti correlati all'inflazione*, n.d.r.) si applica anche ..., fino alla stipula del contratto annuale di formazione e lavoro previsto dall'articolo 37 del decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 368, alle borse di studio corrisposte ai medici in formazione specialistica ai sensi del decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257, il cui ammontare (*complessivo*, n.d.r.) a carico del Fondo sanitario nazionale rimane consolidato nell'importo previsto dall'articolo 32, comma 12, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni». L'ultima parte della norma ripropone il problema del limite complessivo di spesa che, tuttavia, come si è detto, non incide necessariamente sull'importo delle borse di studio poiché la spesa complessiva consegue alla moltiplicazione di tale importo per il numero delle borse di studio; numero che non è prefissato dal legislatore, ma determinato ogni triennio – sulla base del bisogno formativo, ma nei limiti delle risorse disponibili – con decreto interministeriale, ai sensi dell'art. 35, comma 1, del d. lgs. n. 368/1999.

A tutto concedere, in ogni caso, quand'anche si volesse leggere in senso ampio il termine “aggiornamenti”, presente nel citato art. 32, comma 12, della legge n. 449/1997 e valorizzato dalla menzionata Cass. n. 4449, il blocco sarebbe limitato agli anni dal 1998 al 2002, poiché dal 2003 il blocco, come si è appena visto, è stato espressamente limitato agli aggiornamenti correlati alla “variazione del costo della vita”.

Neutro, rispetto alla conclusione cui perviene la citata Cass. n. 4449/2018, sembra il disposto dell'art. 1 del d.l. n. 90/2001 che ha elevato da lire 315 a lire 335 miliardi, a decorrere dall'anno 2001, la quota del Fondo sanitario nazionale destinata al finanziamento delle borse di studio per la formazione dei medici specialisti. È vero che la norma fa riferimento ad un aumento del numero delle borse di studio (comma 4: «*Un terzo delle borse finanziate ai sensi del comma 1, è destinata prevalentemente all'integrazione del numero delle borse di studio*

delle discipline per le quali il numero delle borse che dovrebbero essere assegnate nell'anno accademico 2000/2001 presenta maggiori riduzioni rispetto all'anno accademico 1999/2000»), anche se non sufficiente, come emerge dalla relazione illustrativa, a coprire il fabbisogno di medici specialisti. Tuttavia, l'aumento del numero di borse finanziabili (non predeterminato, si ripete, dalla legge) consegue in ogni caso all'aumento delle risorse, quale che sia il loro singolo ammontare. In altre parole, l'aumento va posto in relazione al numero delle borse che sarebbero state finanziabili con 315 miliardi di lire: l'ammontare delle borse di studio è una variabile regolata direttamente dalla legge, e perciò indipendente dalle risorse disponibili, mentre il numero delle borse di studio finanziabili è una variabile dipendente sia dal loro singolo ammontare sia dalle risorse disponibili.

Perciò, il blocco della rideterminazione triennale per mantenere inalterato il numero delle borse di studio erogabili, ed anzi aumentarlo con le risorse previste dall'art. 1 del d.l. n. 90/2001, in realtà è solo il frutto di una scelta amministrativa che ha disatteso l'obbligo ex art. 6, comma 1, del d.l. n. 257 di procedere ogni tre anni alla rideterminazione del loro ammontare.

In conclusione, è vero che l'aumento dell'importo della borsa di studio avrebbe fatto diminuire il numero di quelle erogabili, ma questa sarebbe stata solo una conseguenza della legge che non predetermina tale numero né lo collega direttamente ed esclusivamente al bisogno di formare nuovi medici specialisti. Tale bisogno, infatti, rileva solo nei limiti imposti dalle risorse disponibili e dall'ammontare delle borse di studio, che per legge dovevano essere rideterminate ogni tre anni.

30. L'alternativa tra una interpretazione costituzionalmente orientata e l'illegittimità della normativa di blocco. La Corte costituzionale con la sentenza n. 432/1997, nell'affermare la legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 33, della legge n. 533/1995 (che ha compreso le borse di studio degli specializzandi tra le indennità e compensi da sottoporre al divieto di

aggiornamenti correlati all'inflazione), ha indicato chiaramente le condizioni ed i limiti di tale legittimità.

La misura, in relazione alle esigenze di bilancio, è stata ritenuta ragionevole per tre concorrenti ragioni:

- l'eccezionalità e temporaneità della misura (la Consulta ha preso in considerazione solo gli anni dal 1993 al 1996, malgrado al momento della pronunzia fosse già intervenuto il blocco per il triennio 1997-1999);
- l'esistenza di un meccanismo di collegamento dell'importo delle borse di studio ai miglioramenti contrattuali dei medici del SSN;
- la legittima preferenza accordata dal legislatore «alle dinamiche contrattuali, in particolar modo alla contrattazione collettiva, piuttosto che a strumenti legislativi di adeguamento automatico», per la difesa dall'aumento del costo della vita.

Ora, a chi scrive sembra evidente che se ad un blocco degli incrementi correlati al tasso di inflazione programmata, durato per oltre 13 anni, si unisce l'inesistenza di una contrattazione collettiva cui partecipino i medici specializzandi (per tale rilievo v. Trib. Torino 25 novembre 2015, n. 3271, ove si afferma che la «*considerazione ... assume ... un connotato abbastanza sarcastico*») e si unisce anche il blocco della rideterminazione triennale collegata ai miglioramenti stipendiali dei medici del SSN, non può che prendersi atto che, secondo la valutazione implicita della stessa Corte costituzionale, sarebbe stato del tutto irragionevole abbandonare le borse di studio alla falce dell'inflazione per un periodo lunghissimo e senza alcun correttivo.

Così l'importo di £ 22.466.540 (€ 11.603,00) devalutato dall'ottobre 2006 al gennaio 1992 diviene pari a £ 15.047.916 (€ 7.771,60) con una perdita di potere d'acquisto pari al 33,02% (n.b. la perdita del potere di acquisto è correlata all'inflazione, che nel periodo considerato è stata di circa il 46%, ma non coincide con essa: se, ad esempio, l'indice dei prezzi passa da 100 a 200 il tasso di svalutazione è del 100%, ma la perdita del potere di acquisto è del 50%).

Perciò delle due l'una: o, superando i labili elementi contrari e con una lettura costituzionalmente orientata, si ritiene che i medici specializzandi abbiano

mantenuto il meccanismo di salvaguardia correlato ai miglioramenti stipendiali dei medici del SSN e perciò debbano usufruire indirettamente dei benefici della contrattazione collettiva oppure non si può che concludere per l'irragionevolezza di un sistema che, diversamente a quanto è accaduto a tutte le altre categorie, non ha offerto ai medici specializzandi alcuna difesa dall'aumento del costo della vita, compromettendo anche quella adeguatezza discrezionalmente determinata con il d. lgs. n. 257/1991. Sul punto si tornerà, comunque, nel seguente paragrafo.

31. L'orientamento della Corte di cassazione. La direttiva n. 93/16/CEE, come risulta dalla sua stessa formulazione (si veda, in proposito, il primo *considerando*), non ha una portata innovativa rispetto alle precedenti 75/362/CEE, 75/363/CEE e 82/76/CEE, prefiggendosi soltanto l'obiettivo, «per motivi di razionalità e per maggiore chiarezza», di «procedere alla codificazione di dette direttive riunendole in un testo unico». Coerentemente la direttiva 93/16/CEE lascia «impregiudicati gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini per il recepimento delle direttive» di cui all'allegato III, parte B (così l'ultimo *considerando*).

Partendo da questo rilievo, innegabilmente esatto, la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. nn. 6355/2018, 16805/2018 e 4449/2018), superando un precedente orientamento (Cass. nn. 1628/2014; 8243/2015) afferma, da un lato, che lo Stato italiano con il d.lgs. n. 257/1991 ha già adempiuto all'obbligo di garantire ai medici specializzandi una retribuzione adeguata, secondo quanto previsto dall'allegato alla direttiva 82/76/CEE, con formulazione identica a quella della successiva direttiva del 1993 e, d'altro canto, che il concetto di retribuzione adeguata non è mutato nel passaggio dalle precedenti alla più recente direttiva. Partendo da tali premesse, anche esse certamente esatte, tale giurisprudenza osserva che:

- «il legislatore, nel disporre il differimento dell'applicazione delle disposizioni contenute negli artt. da 37 a 42 (del d.lgs. n. 368 del 1999) e la sostanziale conferma del contenuto del d.lgs. n. 257 del 1991, ha esercitato

legittimamente la sua potestà legislativa (Cass. 15362/2014), non essendo vincolato a disciplinare il rapporto dei medici specializzandi secondo un particolare schema giuridico né ad attribuire una remunerazione di ammontare preindicato... Né vale argomentare che lo stesso legislatore italiano, intervenendo in materia, ha modificato la legislazione del 1991 con l'introduzione di una nuova normativa nel 1999 incentrata sullo schema della formazione-lavoro; anche ammettendo che il nuovo sistema sia più congeniale a disciplinare la specifica condizione dei medici specializzandi, non può desumersi dalla sola successione di leggi diverse che la precedente disciplina non fosse idonea in ordine al recepimento delle direttive ed a dare effettiva tutela al diritto ivi affermato dell'adeguata retribuzione» (Cass. n. 4449/2018);

- in altri termini «il nuovo ordinamento delle scuole universitarie di specializzazione in medicina e chirurgia introdotto con il decreto legislativo n. 368 del 1999 (a decorrere dall'anno accademico 2006/2007, in base alla legge n. 266 del 2005), e il relativo meccanismo di retribuzione, non possono pertanto ritenersi il primo atto di effettivo recepimento ed adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie, in particolare per quanto riguarda la misura della remunerazione spettante ai medici specializzandi, ma costituiscono il frutto di una successiva scelta discrezionale del legislatore nazionale, non vincolata o condizionata dai suddetti obblighi» (Cass. n. 6335/2018 e 16805/2018);
- «il differimento dell'entrata in vigore della normativa di cui al d.lgs. n. 368 del 1999 - che è una normativa più favorevole - rientrava nella discrezionalità del legislatore, sicché il farla scattare dal 2007 non solo non ha potuto determinare alcuna situazione di tardivo recepimento del diritto comunitario, ma nemmeno ha violato l'art. 3 Cost. sul versante della ragionevolezza, in quanto una normativa di favore e migliorativa rispetto ad una vigente può essere fatta entrare in vigore dal legislatore nazionale nel momento in cui, secondo la discrezionalità che gli appartiene, egli lo reputi opportuno» (Cass. n. 16805/2018).

32. Il risultato utile perseguito dalla direttiva 82/76/CEE. Il ragionamento sopra riportato è molto lineare, ma opera attraverso una semplificazione della questione, che tradisce la realtà della vicenda. Inoltre, suppone che il concetto di adeguatezza, pur effettivamente privo di quantificazione comunitaria, sia anche privo di qualsiasi contenuto sostanziale ed affidato più all'arbitrio che alla discrezionalità del legislatore.

Partendo da quest'ultimo tema, è vero che più volte la CGUE ha affermato che l'adeguata remunerazione, con conseguente esclusione sul punto del carattere *self-executing* della direttiva, era rimessa alla determinazione dei singoli Stati membri, come era logico attendersi in considerazione delle diverse situazioni riscontrabili tanto sul piano del mercato del lavoro quanto sul piano del costo della vita.

Infatti, anche recentemente la CGUE, con la sentenza 24 gennaio 2018, cause riunite C-616/16 e C-617/16, *Pantuso*, ha ribadito, richiamando i propri precedenti, che la direttiva «non reca alcuna definizione né per quanto riguarda la remunerazione da considerarsi adeguata né in merito ai metodi di fissazione di tale remunerazione. Simili definizioni rientrano, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, i quali devono, in questo settore, adottare misure di attuazione particolari (v., in tal senso, sentenze del 25 febbraio 1999, *Carbonari e a.*, C-131/97, EU:C:1999:98, punto 45, nonché del 3 ottobre 2000, *Gozza e a.*, C-371/97, EU:C:2000:526, punto 36)».

Tuttavia, nella stessa occasione, come si è già ricordato (§ 16), la CGUE ha almeno chiarito, al successivo punto 46, quale sia la funzione dell'adeguata remunerazione, affermando che essa «mira a garantire che i medici in questione dedichino alla loro formazione pratica e teorica tutta la propria attività professionale per tutta la durata della settimana lavorativa oppure, nel caso degli specialisti in formazione a tempo ridotto, una parte significativa di quest'ultima (v., in tal senso, sentenze del 25 febbraio 1999, *Carbonari e a.*, C-131/97, EU:C:1999:98, punto 33, nonché del 3 ottobre 2000, *Gozza e a.*, C-371/97, EU:C:2000:526, punto 43)».

Il che è stato ritenuto anche dalla Corte di cassazione, secondo cui i benefici previsti dalla direttiva erano «essenziali per consentire un percorso formativo scevro, almeno in parte, da preoccupazioni esistenziali (Cass. s.u. n. 9147/2009; conf. e plurimis Cass. nn. 5533/2012; 6427/2008; 9842/2002).

È evidente, pertanto, il collegamento funzionale tra la remunerazione e la possibilità di dedicare alla formazione tutta la propria attività, da parte di laureati con una presumibile età iniziale di almeno 25-26 anni, per i quali l'accesso al percorso formativo non può certo essere condizionato alla disponibilità di risorse personali o familiari.

Emerge in questo modo un contenuto sostanziale dell'adeguata remunerazione, la cui determinazione è affidata alla discrezionalità dello Stato membro, ma con l'obbligo di rendere possibile l'attuazione del diritto dell'Unione che impone di assicurare che gli specializzandi possano dedicare tutta la loro attività alla formazione. Perciò non sarebbe adeguata una remunerazione che non consentisse agli specializzandi di essere affrancati dalle preoccupazioni esistenziali ed imponesse loro di ricercare altre fonti di reddito.

33. Il sopravvenuto inadempimento dello Stato italiano. In questa prospettiva, che collega l'adeguatezza alla funzione, anche una remunerazione originariamente adeguata potrebbe divenire inadeguata, per effetto della svalutazione monetaria, rispetto alla funzione che ad essa è assegnata dal diritto comunitario.

Invero, rispetto a situazioni destinate a durare nel tempo, come l'ordinamento delle scuole di specializzazione (per attuare il diritto dell'Unione quanto al coordinamento delle condizioni di formazione dei medici specialisti), ed in presenza di elementi essenziali suscettibili di variare nel tempo, come l'adeguatezza della remunerazione, esposta al variare del costo della vita, l'obbligo di recepimento degli Stati membri non può fermarsi alla prima attuazione, ma prosegue nel tempo. Non a caso perciò l'art. 6, comma 1, del d. lgs. n. 257/1991 prevedeva meccanismi per la difesa del potere d'acquisto delle borse di studio.

Tali meccanismi rappresentavano, infatti, parte essenziale dell'attuazione della direttiva 82/76/CEE, in quanto assicuravano che l'adeguatezza della remunerazione rimanesse costante nel tempo in modo da poter assolvere alla funzione ad essa assegnata e garantire così nel tempo il risultato utile perseguito dalla direttiva.

Tuttavia, come si è detto, i meccanismi in questione sono stati bloccati sin dal 1992. Ciò è avvenuto non con una temporanea e ragionevole limitazione, ma per un lunghissimo periodo di tempo, e perciò irragionevolmente, così da incidere sulla stessa possibilità che l'importo individuato come adeguata remunerazione potesse svolgere la sua funzione.

Se, come si ritiene, i meccanismi di difesa del potere di acquisto erano parte essenziale della disciplina di recepimento della direttiva, il loro blocco (esteso o meno alla rideterminazione triennale, v. sopra §§ 29 e 30) ha comportato un inadempimento successivo alla direttiva comunitaria come discrezionalmente recepita in punto di adeguatezza della remunerazione. Né si potrebbe mai sostenere che la normativa di blocco sia stata assunta usando la discrezionalità concessa ai singoli Stati membri nella determinazione dell'adeguata retribuzione. Nelle leggi di blocco (e nei relativi lavori parlamentari) manca, infatti, qualsiasi riferimento all'attuazione della direttiva ed all'adeguatezza della remunerazione da esse risultante.

Sotto diversa angolazione, l'avvenuta individuazione dell'ammontare dell'adeguata remunerazione concretizza il rapporto, discrezionalmente apprezzato, che corre tra essa e le esigenze di vita degli specializzandi; può dirsi, perciò, che tale apprezzamento finisce per rappresentare una sorta di autolimitazione della discrezionalità. Una volta, infatti, che è stato determinato l'importo, funzionale alle esigenze di vita degli specializzandi, dell'adeguata remunerazione, la sua rilevante diminuzione in termini di potere d'acquisto renderebbe automaticamente inadeguata la remunerazione, anche alla stregua della valutazione discrezionale del legislatore. Nella specie, indipendentemente dalle singole situazioni e prendendo in considerazione gli specializzandi iscritti all'anno 2005-2006 (l'ultimo escluso dall'applicazione del contratto di formazione

specialistica e dal relativo trattamento economico), è evidente, anche secondo la valutazione del legislatore del 1991, la sopravvenuta inadeguatezza di una remunerazione che ha perso oltre il 33% del suo potere di acquisto (pari ad una svalutazione del 46%; v. sopra § 30) ed è stata, inoltre, esclusa dalla partecipazione all'aumento di ricchezza del Paese (il PIL dell'Italia negli anni dal 1991 al 2006 è cresciuto di circa il 17% in termini reali, al netto cioè dell'inflazione).

L'inadempimento ha iniziato a prendere corpo già nel 1993, quando è stato bloccato il meccanismo di aggiornamento annuale, ed è divenuto eclatante nel 1999.

Nella specie, infatti, la sopravvenuta inadeguatezza e, quindi, l'inadempimento all'obbligo comunitario, sono stati riconosciuti dallo stesso legislatore del 1999 che ha introdotto il contratto di formazione, con la previsione di un nuovo trattamento economico (da determinare), salvo a rinviarne l'applicazione alla disponibilità di «ulteriori risorse autorizzate da apposito provvedimento legislativo» (così l'art. 46 nel testo originario). Il legislatore ha preso atto delle risorse allora disponibili e non ha determinato su di esse il trattamento economico che riteneva di dover immettere nella nuova figura del contratto di formazione. Evidentemente perché da quelle risorse non poteva discendere una adeguata remunerazione, come espressamente riconosciuto nella relazione al d.l. n. 90/2001 (*«Atteso che le risorse finanziarie disponibili avrebbero consentito l'assegnazione di un numero limitatissimo di contratti di formazione lavoro, il comma 2 dell'articolo 46 del decreto legislativo n. 368 del 1999, è stato modificato con l'articolo 8, comma 3, del decreto legislativo 21 dicembre 1999, n. 517, prevedendo che, fino alla data di entrata in vigore del provvedimento legislativo che autorizza ulteriori risorse finanziarie per la formazione dei medici specialisti, continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257, che prevede la corresponsione ai medici in formazione specialistica di una borsa di studio»*) Il provvedimento del 1999 rileva non perché, come ha ritenuto la giurisprudenza di legittimità sopra citata, alla quantificazione dell'adeguata retribuzione operata

dal legislatore del 1991 era stata sostituita discrezionalmente altra quantificazione, cosicché, pur nel variare dell'importo, l'adeguatezza non sarebbe venuta mai meno, ma sarebbe divenuta solo più generosa. Il provvedimento rileva, invece, perché con esso il legislatore ha preso atto che il requisito dell'adeguatezza, a suo tempo discrezionalmente determinato, era svanito poiché le borse di studio, da un lato, per 8 anni (diventati oltre 13 al termine dell'anno accademico 2005-2006) erano state esposte senza alcuna difesa all'inflazione, perdendo alla fine oltre il 33% del potere di acquisto, e dall'altro, non avevano partecipato all'aumento di ricchezza del Paese, visto che dal 1992 al 1999 il PIL reale (depurato cioè dall'inflazione) era cresciuto di circa il 5% per arrivare a circa il 17% nel 2006. In ogni caso l'aumento di ricchezza reale toglieva ogni giustificazione alla mancata difesa del potere d'acquisto delle borse di studio degli specializzandi.

In altri termini, lo Stato italiano, dopo avere adempiuto tardivamente con il d. lgs. n. 257/1991 agli obblighi comunitari nascenti dalla direttiva 82/76/CEE è divenuto progressivamente inadempiente secondo una valutazione sostanziale dell'adeguatezza da lui stesso data, discrezionalmente, prima con lo stesso d. lgs. n. 257/1991 e, poi, con il d. lgs. n. 368/1999 e con i successivi provvedimenti di attuazione.

Pertanto, già prima del recepimento della direttiva 93/16/CEE, ed anche indipendentemente da questa, lo Stato italiano, tornato ad essere inadempiente rispetto all'obbligo comunitario di garantire agli specializzandi un'adeguata remunerazione, doveva porre in essere quel nuovo atto di adempimento della direttiva 82/76/CEE che, poi, si è concretizzato con effetti solo dall'anno accademico 2006-2007.

Gli specializzandi rimasti esclusi dal nuovo trattamento economico hanno perciò diritto al risarcimento del danno per inadempimento della direttiva comunitaria 82/76/CEE, replicata nei contenuti dalla direttiva 93/16/CEE, secondo i principi elaborati dalla giurisprudenza della CGUE.

34. Conclusioni. Seguendo le indicazioni della CGUE (§§ 14, 15 e 16) il giudice nazionale deve anzitutto valutare la possibilità di una interpretazione estensiva della legge di attuazione, da individuare, per quanto sopra detto, nel d. lgs. n. 368/1999 che rappresenta l'atto di nuovo adempimento agli obblighi posti dalla direttiva 82/76/CEE e reiterati dalla direttiva 93/16/CEE.

Quando il risultato voluto dalla direttiva non può essere raggiunto in via interpretativa, si deve fare luogo al risarcimento dei danni, che deve essere adeguato al danno subito dagli specializzandi, così da garantire una tutela effettiva dei loro diritti. L'adeguatezza al danno è perciò il parametro in base al quale valutare l'effettività della tutela. Il risarcimento potrà avvenire anche con l'applicazione retroattiva e completa del d. lgs. n. 368/1999.

In conclusione, il parametro di riferimento, ai fini della determinazione del danno, non può che essere, previa devalutazione all'anno di iscrizione, il trattamento economico previsto dal d. lgs. n. 368/1999, che rappresenta l'atto di adempimento con il quale lo Stato italiano ha discrezionalmente e nuovamente stabilito l'importo dell'adeguata remunerazione, prendendo atto della sopravvenuta inadeguatezza dell'importo stabilito dal d. lgs. n. 257/1991.

Agli specializzandi spetta perciò, a titolo danni, la differenza tra quanto percepito ed eventualmente incrementato in funzione dei miglioramenti stipendiali dei medici del SSN (ove si ritenesse che gli specializzandi abbiano ad essi diritto, v. §§ 29 e 30) e quanto sarebbe loro spettato in base al nuovo importo dell'adeguata remunerazione, devalutato con riferimento all'anno di iscrizione. Su tale differenza competono interessi e rivalutazione monetaria, secondo le regole in tema di obbligazioni risarcitorie.

Anche in questo caso (v. § 26) allo specializzando attore che fa valere la pretesa al risarcimento del danno patito, per la sopravvenuta inadeguatezza della "remunerazione", «compete solo dimostrare di trovarsi in una situazione rispetto alla quale la direttiva doveva essere adempiuta e tale situazione, rappresentante il fatto costitutivo del danno da lui lamentato (perdita dei diritti che gli sarebbero spettati nel caso di adempimento della direttiva), inteso nel senso di c.d. danno evento, è data dalla mera frequenza di un corso ricadente» negli elenchi allegati

alle direttive comunitarie (così le già citate Cass. nn. 23577/2011; 17068/2013 e 5781/2017, con riferimento all'analoga situazione degli specializzandi iscritti tra il 1982 ed il 1990).

Parte V: DIRITTI DEI MEDICI SPECIALIZZANDI E RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CGUE.

35. I possibili quesiti da sottoporre alla CGUE. Nelle pagine che precedono si è tentato di dare risposta (conclusioni espone nei §§ 9, 27 e 34) alle tre principali questioni che si pongono in tema di attuazione delle direttive 82/76/CEE e 93/16/CEE: *dies a quo* del termine di prescrizione; risarcimento del danno spettante agli iscritti a corsi di specializzazione tra il 1982 ed il 1990; risarcimento del danno spettante agli iscritti a corsi di specializzazione tra il 1991 ed il 2006. Tali risposte sono state argomentate, almeno così sembra a chi scrive, sulla base dei principi affermati dalla CGUE e sulla base di alcune chiare indicazioni della giurisprudenza di legittimità, anche se quest'ultima ha talvolta mancato di coerenza nelle conclusioni.

Tutti i ragionamenti coinvolgono concetti espressi dalla CGUE, come propri del diritto dell'Unione europea: effettività del rimedio giurisdizionale predisposto dagli ordinamenti nazionali; effettività, adeguatezza ed equivalenza del risarcimento del danno per mancata o incompleta attuazione di direttive; mantenimento nel tempo del risultato utile perseguito da una direttiva. Poiché l'interpretazione di tali concetti è appannaggio esclusivo della CGUE sembra che il giudice nazionale, di fronte alle loro evidenti implicazioni, non possa sottrarsi almeno a dubbi di interpretazione, cui consegue la possibilità (l'obbligo per il giudice di ultima istanza) di interpellare la CGUE con rinvii pregiudiziali.

In particolare, il giudice che dovesse ritenere non chiare le conseguenze delle affermazioni di principio della CGUE dovrebbe chiedere alla stessa Corte di Lussemburgo:

- a) se, alla stregua del diritto dell'Unione, un rimedio giurisdizionale possa considerarsi effettivo prima che sia definita la natura giuridica dell'azione

- esperibile, con le conseguenti ricadute sui termini di prescrizione, nonché prima che sia identificato il soggetto legittimato passivamente e prima che sia individuata la giurisdizione interna competente a conoscere la domanda;
- b) se, alla stregua del diritto dell'Unione, i principi di equivalenza, effettività e adeguatezza del risarcimento del danno siano o meno soddisfatti da una liquidazione in misura "non apparente", ma di fatto svincolata dal danno effettivo e, comunque, lontana dall'utilità (nella specie l'adeguata remunerazione dei medici specializzandi) della quale dovrebbe essere l'equivalente;
- c) se, alla stregua del diritto dell'Unione, da una direttiva che detta una disciplina destinata a durare nel tempo discenda o meno l'obbligo dello Stato membro non solo di non dettare nuove normative in contrasto con la direttiva recepita, ma anche di preservare, ai fini dell'attuazione del diritto dell'Unione, gli effetti sostanziali, e non solo formali, della disciplina di recepimento, quando gli stessi siano esposti ad un cambiamento per un mutamento delle situazioni di fatto; se, in particolare, la direttiva comunitaria 82/76/CEE oltre a stabilire l'obbligo di determinare discrezionalmente l'importo dell'adeguata remunerazione spettante ai medici specializzandi implichi per lo Stato membro anche l'obbligo di mantenere nel tempo tale adeguatezza, discrezionalmente determinata, quando la remunerazione abbia visto il suo potere di acquisto sostanzialmente eroso dalla svalutazione monetaria e sia stata esclusa dal generalizzato aumento dei redditi collegato all'aumento del PIL reale.