



LUISS Law Review

N. 1/2020

INDICE

PARTE PRIMA

ARTICOLI

The Banking Bail-in and Constitutional Rights, di Pierre de Gioia Carabellese e Carola Pagliarin 7

La rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali tra il rafforzamento della “sanctity of contract” nel diritto inglese e l'affievolimento del principio “pacta sunt servanda” negli ordinamenti di civil law, di Livia Ventura 41

La responsabilità dello Stato italiano per l'inadempimento degli obblighi europei in tema di formazione dei medici specialisti, di Sergio Di Amato 82

AUTORI 169

LUISS Law Review

LLR - LUISS Law Review

Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM, Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli

Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016

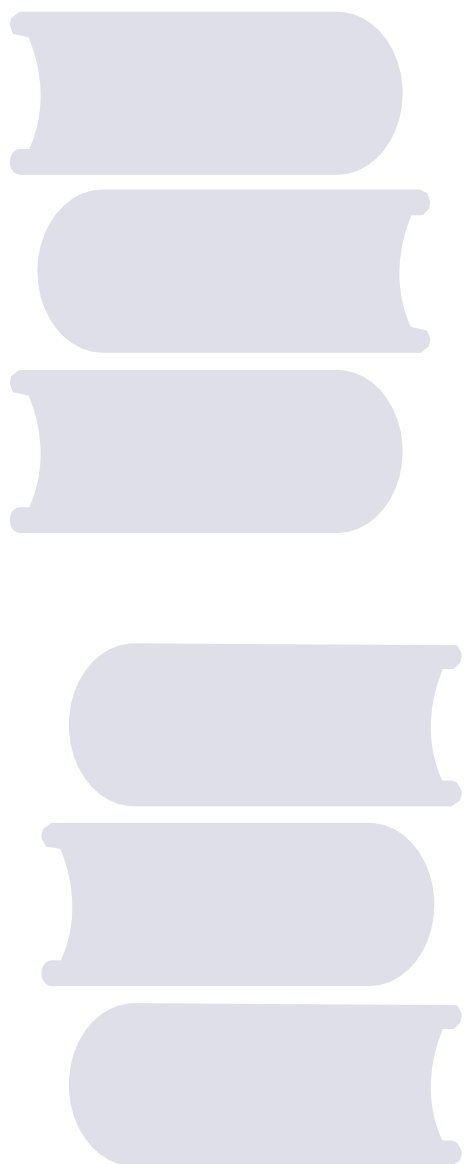
ISSN 2531-6915

Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco

Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino

LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009

Questo numero è dedicato alla cara memoria di Marcello Foschini e Mario Nuzzo



Parte prima

Articoli



The Banking Bail-in and Constitutional Rights

by **PIERRE DE GIOIA CARABELLESE, CAROLA PAGLIARIN ***

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. ART. 47 OF THE ITALIAN CONSTITUTION. – 3. THE THEORY OF COUNTER LIMITS. – 4. THE CARIFERRARA CASE AND THE RULING OF THE ITALIAN STATE COUNCIL. 4.1. THE FACTS AND THE NARRATIVE. - 4.2. CRITICAL ANALYSIS OF THE COURT'S DECISION. – 5. FURTHER POTENTIAL CONSTITUTIONAL PROFILES OF THE BAIL-IN TOOL. – 5.1. THE *PAR CONDICIO CREDITORUM*: A LEGAL PILLAR. – 5.2. THE *PARI PASSU* IN COMMON LAW. – 6. FROM THE *PARI PASSU* PRINCIPLE IN COMMON LAW TO THE *PAR CONDICIO CREDITORUM*. – 6.1. THE *PARI PASSU* PRINCIPLE IN THE BRRD. – 6.2 *PAR CONDICIO CREDITORUM*, BAIL-IN AND ART. 3, ITALIAN CONSTITUTION. – 7. CONCLUSION.

Abstract

Lo scritto evidenzia che l'intero impianto della BRRD e la disciplina italiana di recepimento si pongono in contrasto con diverse disposizioni costituzionali e con principi fondanti dell'ordinamento giuridico interno. Ad essere violata non è solo la norma di cui all'art. 47 che impone alla Repubblica di tutelare il risparmio in tutte le sue forme, ma anche vari altri disposti costituzionali, quali l'art. 42 e l'art. 3 Cost. In particolare poi, ed in connessione poi alla frustrazione dell'ultima norma costituzionale citata, si evidenzia il mancato rispetto di un principio fondante quale la *par condicio creditorum*, che cede a fronte del riferimento al *pari passu*, mero principio contabile piuttosto che strumento di tutela giuridica dei creditori. Infine, ma non certo per ultimo, si evidenzia il contrasto con il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti, sancito dall'art. 24 della Costituzione italiana, così come a livello europeo e sovranazionale. La BRRD e la relativa disciplina interna sembrano sacrificare sull'altare della stabilità finanziaria e di quanto sembra tecnicamente più idoneo a garantirla un patrimonio di garanzie e valori che gli autori ritengono invece non compromettibili.

1. Introduction. There is a clear interaction between, on the one hand, shareholder and creditor rights of a bank which is subject to one of the resolution

tools,¹ and, on the other, the constitutional principles.² The Italian Constitution, which is ‘dissected’ in this paper as parameter as well as case study, is very responsive to economic profiles, so much so that part of its own body of law is dedicated to this field³. Italian constitutionalists themselves did not allow much time to pass by before commenting on the constitutional impact of the BRRD.⁴

Many are the principles to emerge with regard to this: the legal provision of Art. 41 on the subject of freedom of economic initiative; the law of Art. 42 on property rights; and Art. 47 on protection of savings. Art. 42(1) is based on a

¹ It is an extremely painstaking task to recollect all the “oceanic” literature existing in the area of the bail-in and resolution tools. As far as manuals in English are concerned, bail-in and resolution tools are analysed by: Matthias Haentjens & Pierre de Gioia Carabellese, *European Banking and Financial Law* (2nd edn Routledge, London and New York 2020) Chapter 8; Kern Alexander, *Principles of Banking Regulation* (Cambridge University Press, Cambridge 2019) 163-206; Ross Cranston, Emiliós Avgouleas, Kristin van Zwieten, Christopher Hare & Theodor van Sante, *Principles of Banking Law* (3rd edn Oxford University Press, Oxford 2018) 171-186; Matteo De Poli, *European Banking Law* (Wolters Kluwer CEDAM, Milan 2017) 199-250; Matthias Haentjens & Pierre de Gioia Carabellese, *European Banking and Financial Law* (Routledge, London and New York 2015) Chapter 7. For a full account on the subject, extending to treatises, monographs and journal articles, reference is made to my recent works and relevant footnotes, where such literature is recalled in detail. More specifically, in English, see Pierre de Gioia Carabellese, ‘Bail-in: Directive 2019/879 (TLAC/MREL) and Amendments to the BRRD’ (2019)30 *International Company and Commercial Law Review* 669-694; Pierre de Gioia Carabellese & Daoning Zhang, ‘Bail-in Tool and Bank Insolvency: Theoretical and Empirical Discourses around a New Legal (or Illegal) Concept’ (2019)30 *European Business Law Review* 487-511; Isabel Fernandez Torres & P de Gioia Carabellese, *The Resolution Tools: a Legal Analysis and an Empirical Investigation*, in Alberto Ruiz Ojeda & José María López Jiménez (eds), *Estudios Sobre de Entidades de crédito – Enfoques Interdisciplinarios*, Madrid, 2019, in Alberto Ruiz Ojeda & José María López Jiménez (eds), *Estudios Sobre la Resolución Bancaria*, 2019, Aranzadi, Pamplona, 845-900.

In Italian, see Pierre de Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, forthcoming publication; Pierre de Gioia Carabellese, *La BRRD (o Direttiva bail-in) “Atto Secondo”*, in *Studi sull’Integrazione Europea*, 2020, pp. 89-112; Pierre de Gioia Carabellese, *Crisi bancarie e aiuti di stato. La sentenza Tercas: Brussels versus Italy?*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2019, 15 October 2019, pp. 686-718; Pierre de Gioia Carabellese, *Bridge bank e decisum della UK Supreme Court su Banco Espírito Santo: dal Bonus Argentarius al Coactus Argentarius*, in *Banca impresa società*, 2019, pp. 377-425.

In Spanish, see Pierre de Gioia Carabellese, ‘Insolvencia y Strumentos de Resolución Bancaria’ [Insolvency and Banking Resolution Tools] (2019)31 *Revista de Derecho Consursal y Paraconsursal* 143-160.

² Not much research has been carried out on interaction between the bail-in tool and the Constitution in English language literature. However, recent in-depth analyses can be found in Stefan Grundmann & Hans-W Micklitz, *The European Banking Union and Constitution. Beacon for Advanced Interaction or Death-knell for Democracy?* (Hart, Oxford – London – New York – New Delhi – Sydney 2019).

³ Among others we refer to S. Cassese, *La Nuova Costituzione Economica* (Laterza, Bari-Roma 2019); P. Bilancia, ‘L’Effettività della Costituzione Economica nel contesto dell’Integrazione Sovrannazionale e della Globalizzazione’ (2019) *Federalismi*, special edition no. 5, online.

⁴ Maria Maddalena Semeraro, *Rischio d’impresa bancaria e discipline recenti*, in *Giustizia civile*, 4, 2016, p. 849.

fundamental law which acknowledges public as well as private property. The law proclaims that *“economic goods belong to the State, to institutions or private entities”*.

Art. 42(para 2) continues by stating that *“private property is acknowledged and guaranteed by the law, which determines the acquisition process, the use of it, and the limits, in order to ensure its social function and to make it available to everybody”*. Lastly, as is well known, private property *“can be, in cases provided for by law, except for indemnity, dispossessed to serve the public interest.”* (translation by the authors)

It is also well known that there is a long-standing dispute, of ideological nature, between those who consider private property the main pillar of freedom and those who historically acknowledge it only because it is compatible with its social role. According to this logic, there is a need to ensure a balance between private property and the public interest, a responsibility given to the legislator.⁵

In practice, the right to private property is regulated by Art. 832 of the Italian Civil Code, which provides a detailed definition: *“The right to property is the right to use and own assets fully and exclusively, within the limits and in compliance with the obligations set out by the legal system.”* (translation by the authors)

The Italian Constitution, echoing with regard to the present subject the supranational regulatory provisions,⁶ therefore protects property rights and regulates the process of expropriation⁷. Here, two principles are synthesised: property can be expropriated only if there is a reason of public interest and if it is

⁵ For a general introduction to the theme, see Roberto Bin & Giovanni Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Turin, 2019. Among others, we refer to Stefano Rodotà, *Art. 42*, in G. Branca (eds), *Commentario della Costituzione*, Tomo II, Bologna – Roma, 1982, 102; C. Macario, *Art. 42*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (eds), *Commentario alla Costituzione*, vol I, Torino, 2006, 865 s.

⁶ See Art. 17, Charter of Nice. In this respect, amongst others, see, more recently, Pierre de Gioia Carabellese, *Banking Resolution Tools, Bail-in and Fundamental Rights*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019. The right of ownership (or *diritto di proprietà*) is encapsulated within art. 42, Italian Constitution, as well as in art. 117, paragraph 1, therewithin, in relazione all'art. 17 della Corte dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Corte di Nizza).

⁷ As far as the peculiarities of the bail-in are concerned, see Diego Rossano, *La nuova regolazione delle Crisi Bancarie. Risoluzione e Tecniche di intervento*, Milano, 2017, 105. The Author refers to a concept of quasi dispossession (*“paraespropriativi”*) of art. 52, para 5, Legislative Decree 180/2015.

in compliance with the provisions of law; and furthermore, the expropriation must be matched with an appropriate indemnity.⁸

In this respect, it is worth noting that the Court of Justice of the European Union, with its own court decision dated 10 July 2012, no 34940, 10, (the “Grainger case) concerned about the the “Northern Rock financial collapse, has held lawful the expropriation without indemnity. More specifically, for exceptional reasons of general interest, the indemnity could be missed. However, the court decisions is extremely criticised by Scholars.⁹

2. Art. 47 of the Italian Constitution. Undoubtedly, in view of what has been said above, the BRRD marks a “*sea change*”, an epochal shift, but a forced rather than a voluntary one, in the costs that the rescue of a bank imposes on creditors, and in this case, on savers in particular. In the event of a crisis, due to the presence of public interest, the bank must be subject to resolution, with ensuing loss for creditors of the whole credit or part of it, depending on the decisions made by the administrative authority, which in the present work are described as “highly discretionary”.

This scenario would not be so traumatic, from a legal point of view, in common law countries, including the United Kingdom, where there is no tradition of written constitution.¹⁰

Italy is completely different from the Anglo-American model, as well as diverging from traditional constitutions of other European countries, from the point of observation discussed in this contribution. This is due to a specific legal provision, found in Art. 47, par. 1, of the Italian Constitution, which prescribes:

“The Republic encourages and protects saving in all its forms; and regulates, coordinates and controls the provision of credit.” (translation by the authors)

⁸ This should be a “material remedy” (or “*serio ristoro*” in Italian) pursuant to the Constitutional Court, decision no. 90, 22 April 2016, n. 90, Among Scholars, see Tommaso Ariani & Leonardo Giani, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *Rivista di diritto societario*, 2013, p. 727.

⁹ F. Salmoni, *cited*, 201 ff.

¹⁰ This is a situation that, as is well known, became reality with a legal instrument aimed at finding a compromise, namely Directive 1994/19.

Paragraph 2, of the same art. 47, keeps on stipulating as follows:

“[The Republic] favours the access to the public savings, to the home, to the farming direct ownership and the direct and indirect share investment in major industrial businesses of the Country.”

This law, particularly paragraph 1, has been interpreted as a type of “constitutionalisation” of the model regulating structural surveillance, referred to in the 1936 banking law.¹¹ It is also stated¹² that at the top of the detailed regulations, two political institutions were positioned: a committee of economic ministers (finance, agriculture, national economy) led by the Prime Minister, and an “Inspectorate for credit and saving” at the Treasury. A corollary of this was that the Bank of Italy¹³ qualified as a public institution, and operatively not only an issuing institution but also as the central bank.¹⁴ With the implementation of the 1993 Single Text, the model changed completely. With the removal of structural surveillance, Art. 47 should be read while bearing in mind other provisions of the Constitution, especially Art. 81 on the financial budget of the State and on the way it balances the laws concerned with the expenses. Artt. 81, 97m 117 and 119 of the Italian Constitution have been modified by the Constitutional Law no. 1 of 2012, which has introduced the principle of “balanced budget within the same Constitution. This has been achieved in adherence to the International Treaty on the Fiscal Compact.”¹⁵

¹¹ Massimo Severo Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, 1977, 205; Franco Belli, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Turin, 2004. An analysis of Art. 47, para. 1, of the Italian Constitution, can be read in Italian in the recent contribution of Carola Pagliarin, ‘*La tutela del risparmio e l'identità costituzionale italiana*’, forthcoming.

¹² Andrea Pisaneschi, *La regolamentazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in Mario P. Chiti & Vittorio Santoro (eds), *L'Unione bancaria europea*, Pacini Giuridica, Pisa, 2016, p. 166.

¹³ Stefano Ortino, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, 1979, passim.

¹⁴ That was said for the last time by Andrea Pisaneschi, *op. cit.* p. 167, referring to Renzo Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2002.

¹⁵ Among the different commentaries, see Antonio Brancasi, *L'introduzione del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Forum Quad. Cost.*, 2012, online; Francesco Bilancia, *Note critiche sul c.d. “pareggio di bilancio”*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2012, online; Guido Rivoecchi, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2012 (online).

As noted by scholars,¹⁶ in this context Art. 47 is interpreted in a different way. Given that savings and credit are terms expressing money supply, the subject of protection should be the value of money itself.¹⁷ A third phenomenon which has played a role since the financial crises is the shifting of regulations to a supranational level.¹⁸

That being said, in order to explain the theoretical and historical context, in Italy the importance given to saving is a unique feature in the framework of the Constitutional Charters of the European Union, where it is not present, but also with regard to Charters of EU Treaties.¹⁹

An examination of the subject has revealed that, at a glance, the Portuguese Constitution may encapsulate a principle similar to the Italian one²⁰, although upon a closer scrutiny the outcome of the investigation may be not be completely corroborated.

Since its first version, this Constitution has had a section (Part II) where it has defined an area called “economic organisation”. Today this is Art. 101, where it is declared that the economic system should be shaped in order to “[.] guarantee the establishment, the culture and the safety of saving, as well as the implementation of economic resources needed for economic and social development”.²¹

However, from a legal-positive point of view, no other provision is mentioned in the Portuguese Constitution on the subject of “protection of savings”, even though Art. 62, already mentioned in the section “Fundamental rights and

¹⁶ Andrea Pisaneschi, *op. cit.* p. 167, with reference to Fabio Merusi, Art. 47, in Branca (ed.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Rome, 1980.

¹⁷ Fabio Merusi, Art. 47, in Branca (ed.), *Commentario alla Costituzione*, Il Mulino, Bologna-Rome, 1980.

¹⁸ Andrea Pisaneschi, *op. cit.* p. 167.

¹⁹ Clearer forms of protection at Union law level are provided for the “consumer”, the “depositor” and the “investor”.

²⁰ Giuseppe Guizzi, *Le azioni a tutela del risparmio nel diritto interno e nell'Unione Europea*, in *Bancaria*, 2016, p. 40. Anna Ciammariconi, “Costituzione economica”, *sistema finanziario e tutela del risparmio in Portogallo: dalla “tentazione” socialista alla progressiva attrazione nell'Europa comunitaria*, in Ginevra Cerina Feroni (ed), *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, Torino, 2011, 183 s (203).

²¹ Translation from Portuguese by the authors.

obligations”, can (and must) be interpreted also to encompass creditor claims, which are ultimately the “savings” connected to the banking system.

In any case, provisions which are more or less connected can be pointed out, such as those referred to in Art. 81 on the subject of “main duties of the State”, where Section (f) imposes a guarantee for “protection of consumer interests and rights”.

At any rate, it would be, in the Portuguese legal system, a matter of purely programme provisions which regulate the financial system, or rather something that has nothing to do with a kind of consecration of the fundamental right of protection of “savings” – an expression that, in itself, has no precise legal content. Indeed, it can be a bank deposit, but it can also be any sort of financial product, or shares of an anonymous company, or even a rented property.²² All things considered, saving is only the option-destination that is given to an asset, whatever its legal nature of “thing” or right.²³

Apart from the Portuguese case, in the Italian law arena it is also underlined that the idea of savings has been evolving from an objective dimension to a subjective one and then again to an objective one²⁴. According to the former dimension, promoted and accepted by “*Assemblea Costituente*”, therefore the Parliament who approved the Italian Constitution, the Constituents in literally translating from Italian, savings were accumulated wealth, to be put into service and to be used in a productive way. This would have led to a better functioning of the economic system. According to the latter dimension, established after the

²² See Jorge Coutinho Abreu, *Cattedra di diritto societario*, Universidade de Coimbra, Conversation, 15 September 2019.

²³ Such a claim is substantiated by the observation that the Deposit Guarantee Fund does not exist only for reasons of “micro-personal protection” (as in general with national and European regulations on bank surveillance), but also in order to protect the public interest. The purpose is to avoid paralysis of the financial and credit system, in the event of mayhem breaking out in the system. On the other hand, at this point we can add that a depositors’ safety net ensures that local savings, such as those of Italians, Portuguese, and Greeks, etc, do not escape to Germany, Switzerland, Luxembourg or the United States (in this case, the system guarantees up to 250,000 Euros).

²⁴ Filippo Zatti, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio. Dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno?*, in *Forum. Quad. cost.*, 2010; Filippo Scuto, *La tutela costituzionale del risparmio negli anni della crisi economica. Spunti per un rilancio della dimensione oggettiva e sociale dell'art. 47 Cost.*, in federalismi.it, numero speciale 5/2019.

promulgation of the Constitutional Charter, protection is aimed not so much at savings, but rather at the saver,²⁵ although this is usually regarded as small saver, as inferable from art. 47, paragraph 2 (“collective savings” or “*risparmio popolare*”)

In other words, savings, if not spent but entrusted to a credit institution, are assets protecting the future of the depositor. If, in order to rescue the bank in crisis, the asset, namely the money in the depositor’s bank, is sacrificed, it is clear that there is a violation of the principle referred to in Art. 47 of the Constitution. Not only is there direct damage towards the saver, whose liability is cancelled, if the sum exceeds 100,000 Euros, but there would also be a negative effect on the whole savings system, and hence on savers’ trust in the ability of banks to refund the amount deposited. This trust is inherent in banking activity in Italy, because Italian banks, unlike other European banks, must operate in compliance with Art. 47 of the Constitution.²⁶ As a consequence, the BRRD regulation stating that the restoration of financial brokers in crisis must be achieved by means of savers’ sacrifices in all viable forms, referring to shareholders,²⁷ subordinated bondholders and unprotected depositors,²⁸ would turn out to be against the Constitution. This group of *stakeholders*, according to the Constitution, but only the Italian one, would undoubtedly be compromised by regulations embraced in the resolution tools.

However, there are also those who, in the Italian literature itself, are against this configuration,²⁹ in a very categorical, direct and authoritative manner. It is worth highlighting the most important points in their approach:

²⁵ Giuseppe Guizzi, *Le azioni a tutela del risparmio nel diritto interno e nell’Unione*, in *Bancaria*, 2016, No. 6, p. 40.

²⁶ Fiammetta Salmoni, *Crisi bancarie e incostituzionalità del bail-in*, in *Percorsi costituzionali*, Napoli, 2017, p. 307; Fiammetta Salmoni, *Stabilità finanziaria, Unione Bancaria europea e Costituzione* (Padua 2019).

²⁷ In legal systems different from the Italian system where savings are not protected, shareholders, even those of banks, do not qualify as savers.

²⁸ The last category being savers protected directly in compliance with the Constitution.

²⁹ Renzo Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione, storia e attualità dell’art. 47*, in *Banca impresa società*, 2018, p. 398.

“[...] Both the banking market organisation and the estate market organisation in force shall prescribe a regulation promoting and protecting saving, only as an indirect consequence to market stability and efficiency; the latter being objectives whose pursuit can entail the sacrifice of saving itself. That is possible because the 1st paragraph of Art. 47 does not prescribe a ‘supreme principle’ of the [...] [Italian] Constitution.”

Likewise, some believe, to support this idea, that “[...] the changing instruments progressively prefigured in order to guarantee saver protection never concerned bank problems so much as to generate a sort of widespread expectation that, in the event of a proved failure or risk of failure, depositors and creditors can be protected against loss (entirely or partially) of their assets”,³⁰ translation by the present authors.

It is also worth mentioning that Italian constitutional law should give way to the European Union law, as a consequence of the complex mechanism regulated by the combined provision as provided for in Art. 11 and Art. 117, par. 1, Italian Constitution. On this basis, as is well known, the legislator should comply with the obligations deriving from the European Union. The Italian Constitutional Court held that the European legal provisions cannot impinge on a derogation from the fundamental principles of the Italian Constitution (the so called *theory of the counter-limits*).

3. The theory of counter limits. The counter-limits operate as if they were constraints to the principles of primacy of the law of the European Union and are aimed at preventing that both the European legal provisions - and the “domestic” ones whereby the latter are implemented - shall apply in the legal system of the Member State, in this case Italy, in cases where these contract with the fundamental principles and the inalienable rights of the human being, recognised and safeguarded by the Italian Constitution.³¹

³⁰ Vincenzo Carriero, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2016, pp. 369 ff., in particular p. 395.

³¹ *Ex plurimis*, see Italian Constitutional Court, no. 228 of 2010; no. 283 of 2014; no. 111 of 2017. The Italian scholars' approach to the theory of the counter-limits is extensive and not totally

With regard to the connection between bail-in/resolution tools and the principle provided for in Art. 47 of the Constitution, it seems appropriate to ask whether the principle of the above law is a supreme one of the constitutional law, as eminent scholars believe,³² or whether it is not, as equally eminent scholars have suggested in more recent works,³³ underlying that the legal provision merely sets forth principles, rather than being strictly prescriptive.

Thus, it is of the utmost importance to analyse whether, with the implementation of the new banking crisis management laws, Italy relinquished sovereignty to the EU, thereby violating the theory of counter limits. The Constitutional Court has not yet carried out this evaluation, although it has every right and prerogative to do so.³⁴

4. The CariFerrara Case and the ruling of the Italian State Council. It appears that the Italian Constitutional Court may judge the matter of compliance with the Constitution of Art. 47, par. 1, Italian Constitution, at a later time. However, it must be noted that the State Council, called to pass judgment on the cancellation of the resolution initiation by Ferrara's Savings Bank, which took place in November 2015, rejected the first appeal, based upon the alleged constitutional illegitimacy of BRRD law. Censorship was judged manifestly unfounded, and therefore the question was not entrusted to the Court

consistent, as far as the relevant inferences are concerned. For an overview of the different theories, from a standpoint of both the Italian and European literature, we refer to the contributions encompassed with Alessandro Bernardi (ed), *Il controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (Napoli, Jovene 2017).

The Italian "Constitutional Judges", in the last years, have strongly claimed that they play a leading role with regard to the protection and safeguard of fundamental rights. Moreover, the Italian Constitutional Court has reinforced the central role of the Italian Constitution. See the Italian Constitutional Court *decisa* no. 20, 63 and 112, of 2019. See also the order of preliminary ruling no. 117 of 2019.

³² Fabio Merusi, Art. 47, in Branca (ed.), *Commentario della Costituzione*, Il Mulino, Bologna-Rome, 1980.

³³ Renzo Costi, *Tutela del risparmio e Costituzione, storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca impresa società*, 2018, p. 398.

³⁴ Ruling No. 238 of 22 October 2014.

4.1. The facts and the narrative. With a decision of this nature,³⁵ the judge of Palazzo Spada, therefore the *Consiglio di Stato*,³⁶ was called to pass judgement on the cancellation of the judicial order of November 2015,³⁷ regarding the implementation of the resolution concerning Ferrara Savings Bank (in Italian “Cassa di Risparmio di Ferrara”, referred to here as “CRF”). This was one of the first Italian banks to fall prey to the BRRD, in that it fell into crisis when the BRRD directive had only recently come into force. With regard to its main issues, which also figure in the ruling issued by the supreme administrative judge, the situation is described in the following paragraphs of this article.

The Ferrara Savings Bank – which was a party to the judgment, while the appellants were bondholders – was put under inspection by the Bank of Italy in the period from 24 September 2012 to 15 February 2013, resulting in the confirmation of the presence of various criticalities: inadequate credit management, deterioration of the credit portfolio, erosion of income and capital

³⁵ State Council, Ruling, Section 6, Judicial Order 201900475, Section VI, 18 January 2019, No. 475.

³⁶ Palazzo Spada is the metonym of Consiglio di Stato, as it is the place where this Italian judicial body is headquartered. The Consiglio di Stato shall be referred to in this article as “Italian State Council” too or “ICS”.

³⁷ Economic problems of some Italian banks, including CariFerrara, raised the interest of scholars not only in Italy, but also in other countries. See Sido Bonfatti, *Crisi bancarie in Italia 2015- 2017*, in *Rivista di diritto bancario*, 2018, April, www.dirittobancario.it; Edoardo Rulli, *Prevenire l'insolvenza. Dal salvataggio pubblico alla risoluzione bancaria: rapporti con i principi della concorsualità e prime esperienze applicative*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2015, 3-supplemento, pp. 284 ff.; Marco Lamandini, Giuseppe Lusignani, David Ramos Muñoz, *Does Europe Have What It Takes to Finish the Banking Union? Non-Performing Loans (NPLs) and Their Hard Choices, Non-Choices and Evolving Choice*, in EBI Working Paper Series, No. 17, 2017; Edoardo Lener & Edoardo Rulli, ‘Liabilities Excluded from Bail-in: Implications under Italian and EU Law’ (2017) 32 *Journal of International Banking Law and Regulation* 428-438; Francesco Capriglione, *Luci ed ombre nel salvataggio di quattro banche. Scritto per il convegno «Salvataggio bancario e tutela del risparmio»*, in *Rivista di diritto bancario*, 2016, February, www.dirittobancario.it; Ewa Miklaszewska, ‘The Application of the Bail-in Tool in the Bank Resolution Framework: The Evidence from the Italian Local and Regional Banks’ (2017) 69 *Safe Bank* 168-182; Miriam Cassella & Alexandra D’Onofrio, ‘L’applicazione della disciplina della risoluzione delle banche in crisi nell’Unione europea’ ASSONIME Note e Studi, 2016, 16/2017, 25 <<http://www.assonime.it/attivita-editoriale/studi/Pagine/Note-e-Studi-16-2017.aspx>> accessed 27 June 2019; Nikolett Kleftouri, ‘European Union Bank Resolution Framework: Can the Objective of Financial Stability Ensure Consistency in Resolution Authorities’ Decisions?’ (2017) 18(2) *ERA Forum* 263–279.

Rossella Locatelli, Cristiana Schena, Elisa Coletti e Fabrizio Dabbene, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca impresa società*, 2018, No. 1, pp. 27 ff.; Diego Rossano, *Di tutta l'erba un fascio, il caso CARIFE e delle altre tre banche*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2017, pp. 1 ff.

margins, and tensions concerning available liquidity. More specifically, the inspection underlined the fact that CET 1 coefficient was reduced to 4%, that is, half of the minimal acceptable value.³⁸ With an MEF Decree of 27 May 2013,³⁹ the CRF was put under special administration. Commissioners appointed for this purpose, starting from 30 May, put great effort into rationalising the business operational activities and, above all, into seeking the funding necessary to recapitalise the bank, albeit at times failing and causing the postponement of the procedure, resulting in the issue of a further MEF Decree on 26 May 2014.

During this period, the CRF Commissioners also established relations with the Interbank Deposit Protection Fund,⁴⁰ which is known to be the White Knight or *deus ex machina* which helps banks in crisis to recover, by taking action with its private funding collected in advance from its sister banks.⁴¹ The hypothetical intervention, which was then formalised with a resolution on 6 May 2015 with the purpose of offsetting losses registered before 31 March 2015 and restoring the capital necessary for sound management, should have been organised as follows, with regard to three main pillars: i) coverage of losses by employing all resources and capital reduction, from 217,213,868.76 Euros to 11,484,881.92 Euros; ii) capital restoration by means of inseparable capital increase, reserved

³⁸ On CET 1 characteristics, see Matthias Haentjens & Pierre de Gioia Carabellese, *European Banking and Financial Law* (Routledge, London and New York 2015) Chapter 6; Matthias Haentjens & Pierre de Gioia Carabellese, *European Banking and Financial Law* (2nd edn Routledge, London and New York 2020) Chapter 7.

³⁹ The Italian Ministry of Economy and Finance.

⁴⁰ It is well known that the Deposit Protection Fund is a mandatory consortium amongst Italian banks, established in order to protect, above all, clients' deposits in the event of a bank crisis, i.e. in a situation in which the bank is not able to pay them back. Under certain conditions, it can take action in order to recapitalise a failing bank. Depositors' protection schemes in other European countries can be more or less dynamic, in that they are basically developed with the purpose of collecting funds in order to refund depositors. See, in recent literature, Pierre de Gioia Carabellese, *Crisi bancarie e aiuti di stato. La sentenza Tercas: Bruxelles versus Italy?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 686-719.

⁴¹ In general, on the subject matter of depositor protection schemes, see Rym Ayadi and Rosa Maria Lastra, 'Proposals for Reforming Deposit Guarantee Schemes in Europe' (2010)11 *Journal of Banking Regulation* 210-220; Pierre de Gioia Carabellese & Corrado Chessa, 'The So-Called Pan-European Depositors' Protection Scheme: a Further Euro Own-goal? A Critical Analysis of Directive 2014/49' (2016)23 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 241-260; Nicoletta Kleftouri, *Deposit Protection and Bank Resolution* (Oxford University Press, Oxford 2015). For contributions in Italian, see Corrado Chessa & Pierre de Gioia Carabellese, *Il cosiddetto sistema paneuropeo di protezione dei depositanti: un ulteriore Euro autogol? Un'analisi critica della Direttiva 2014/49*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2016, pp. 332-352.

to the Fund, for an amount of a few cents less than 300 million Euros, evidently for accounting purposes; iii) in the event of success in the above reserved increase, the issue of warrants for a further amount of approximately 57,348,000 Euros, reserved for old shareholders, for a further increase, in terms of money, of social capital, this time separable.

The rescue operation⁴² encountered serious obstacles from beyond the Alps, when authorisation was requested from the EU authority.⁴³ Indeed, in a letter sent in August 2015 to the MEF, the European Commission raised doubts about the legitimacy of the intervention by the Fund, noting that the use of funds coming from the deposit guarantee system could be a violation of the State Aid ban.⁴⁴ Meanwhile, the situation of the CRF deteriorated even further: equity which on 31 March 2015 had amounted to 11 million Euros was already, by 30 September 2015 at the negative value of 24.5 million Euros, owing to a liquidity crisis. In the light of this situation, the CRF was put under resolution, with creditor rights being converted into shares. With this aim, the Resolution Authority resorted to the specific tools provided for in Legislative Decree 180/2015, which came into force in the same period, causing the cancellation of CRF shares and conversion of shares into a series of liabilities, and thus in counterparty credits.

Among the various causes of the appeal, creditors and shareholders, contesting the decision made by the TAR (Italian Regional Administrative Court),⁴⁵ the administrative juridical body holding competence because of the

⁴² Approved by the Bank of Italy with the provision of 7 July 2015 and by the Special CRF Assembly (30 July 2015).

⁴³ On 22 October 2015 it announced the implementation of the procedure and, at the same time, disclosed that the necessary request for authorisation had been sent to the ECB.

⁴⁴ A rather debatable statement, being in contrast with the specific characteristics of the Italian Depositor Protection Fund. The recurring theme, almost obsessive for the Commission, i.e. funding coming from the fund, in contrast with the body of laws regarding State aid, was ultimately rejected by the Administrative Court in the “landmark case” *Tercas*. See EU Court, 19 March 2019. For opinions concerning this ruling, see, in Italian, Sandro Amoroso, *Aiuti di stato e interventi di sostegno del FITD*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, pp. 364 ff. See also Pierre de Gioia Carabellese, *Crisi bancarie e aiuti di stato. La sentenza Tercas: Bruxelles versus Italy?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 686-719.

⁴⁵ The administrative jurisdiction in Italy is carried out by both the *Tribunali amministrativi regionali* (Regional Administrative Tribunals) and by the *Consiglio di Stato* (the State Council) (art. 4 of Legislative Decree no 104 of 2010). In each Italian region a Regional Administrative Tribunals instituted, each headquartered in the “capital city” of that region. Art. 1, Law no. 1034 of 1971 has created detached sections in some regions. Moreover, the Decree of the President of the

area, which in the first instance had rejected their demands, highlighted “*the illegitimacy of all provisions contested due to illegitimacy of the regulation they were based on, that is regulations of the Legislative Decree 180/2015 which dictate resolution*”, because they would lead to “*a form of expropriation without indemnity of involved shareholder and bondholder rights, thus, in the above case, write-down*”,⁴⁶ thereby violating Articles 42 and 47 of the Italian Constitution.

Within this scenario, in which the Commission firmly rejected rescue plans by means of the “Fund”, the Bank of Italy, with the provision of 21 November 2015, approved by the MEF on the following day, authorised the resolution of the CRF, resorting to instruments provided for in Art. 32 of Legislative Decree 180/2015. These instruments were as follows: complete reduction of stock and share value, including those belonging to the major shareholders (appellant authority); writing-off of the nominal value of “*Tier 2 elements computable in equity capital*”, the value, in a nutshell, of part of the subordinated bond;⁴⁷ transfer of the restored bank to a bridge institution, whose duty was to later re-transfer it on the market, with the creation of bridge institution capital, through intervention

Republic, no. 426 of 1984 has incorporated the *Tribunale regionale di giustizia amministrativa* (Regional tribunal of administrative justice) which operates for the partly German speaking autonomous region of Trentino – South Tyrol (see now art. 5, Legislative Decree no. 104 of 2010). The autonomous section of Bozen (the prevalingly German speaking province within the autonomous Italian region of Trentino – South Tyrol), beyond the denomination, shall be regarded as autonomous tribunal and its sui generis composition is aimed to ensure that judges are both Italian and German speaking.

The *Consiglio di Stato* (or State Council) is the last resort body of administrative jurisdiction (art. 6, para. 1, Legislative Decree no. 104 of 2010). The *Consiglio di giustizia amministrativa* (or Council for the administrative justice) has been incorporated with Legislative Decree no. 654 of 1948 with jurisdictional as well as consultative function, and it is now governed by Legislative Decree no. 373 of 2003.

Based on art. 6 of Legislative Decree no. 104 of 2010, the appeals against the decisions of the TAR located in Sicily are lodged with the *Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, pursuant to the legal provisions of the special law applicale to this Italian region (Sicily) and the relative implementing rules, namely art. 6, para. 6, Legislative Decree no. 104 of 2010. For all the different appeals lodged with the State Council against the decision of the Autonomous Section of Bozen of the Regional Tribunal of Administrative Justice, the legal provisions of the Special Law (Statuto Speciale) of that area will apply (art. 6, para. 5, of Legislative Decree no. 104 of 2010). See Fabrizio Figorilli, *Il giudice amministrativo*, in Franco Gaetano Scoca (ed), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2017, particularly Part. 2, Chapter 143 s. See also Elio Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, edited by Fabrizio Fracchia (Giuffrè Editore Milan, 2018) pp. 866.

⁴⁶ Translation from the Italian of the authors.

⁴⁷ It was also ruled that the remaining subordinated bonds should have been included in the assets of the bank subjected to winding-up, as they were at the beginning.

by the Resolution Fund;⁴⁸ and transfer of non-performing loans to a designed entity, the *bad bank*, against payment of credit in favour of the bridge institution. The payment had to be made at market rates and had to be repaid with the proceeds of the progressive transfer, i.e. profits originating from the failure itself.⁴⁹

4.2. Critical analysis of the Court's decision. The State Council rejected the accusation of constitutional illegitimacy, following logical steps that are worth analysing, due to the level of dubiety they raised. The judges of Palazzo Spada referred to the ruling of the Italian Constitutional Court of 8 June 1984, No. 170, which dictates that controlling compliance with the Constitution of a national regulation with the force of law must not be avoided for the sole reason that the Legislative Decree 180/2015 complies with the European Law (in this case, the BRRD itself). The syndicate examining compliance with the Constitution is always entitled to act with reference to the founding principles of the Italian legal system and the founding rights of the individual; and thus, more generally, the BRRD, according to the Italian State Council, is not exempt from an examination carried out by the judge with regard to compliance with the Constitution.

However, it seems that the ISC has renounced to rule, as it has been stated that *“between the two legal systems [Italian and European] there is no contradiction, for property protection is provided for in Art. 42 of the Italian Constitution as well as in Art. 17 of the Charter of Nice on fundamental rights.”*

Essentially, the Italian State Council, based on the existence of a non-proven EU regulation on property protection, decided to ignore the contradictions between European regulations (BRRD) and the Italian Constitution, although the latter, according to the Council itself, is part and parcel of the founding principles of the Italian State. At first appearance, it is clear that the highest Italian administrative institution interprets the ruling of the Constitutional Court of 1984

⁴⁸ A special fund established in compliance with Art. 78 of Legislative Decree 180/2015 and financed by mandatory contributions in accordance with the above Article, at the expense of banks operating in Italy.

⁴⁹ With regard to the last stage of the intervention, the European Commission made no exception.

in a partial, or rather symbolical way, above all as concerns the relationship with the European Union Law. In the opinion of the authors of the present article, it is clear that the judgment of the regulation provided for in Art. 17, Charter of Nice, is the task of the judge of the relevant body of law, i.e. the Court of Justice of the European Union. This judge, however, does not discuss national rights and laws concerning property, much less whether these principles are constitutional pillars, because the syndicate falls under the power of the judge of the national legal system, if present.⁵⁰ The same argument is valid as regards appeals to the European Court of Human Rights, specifically the ruling of 10 July 2012 “*Grainger*”. Similarly, a possible judgment of the European Court in Strasbourg concerns only the principle of the legal system in question, and at most its repercussions for the national Civil Law, while never addressing the substance of constitutional principles.

In passing, we should note that the reference to “*Grainger*” by the judges of Palazzo Spada also raises a point regarding the ruling, not only the method. The ISC, after acknowledging that, in the body of law in question, property rights are protected as a fundamental right, and similarly with regard to securities, such as shares and bonds, seems satisfied that there is no contradiction with constitutional principles. However, this statement can be rejected on the basis of recent comments in the literature regarding the European Convention.⁵¹ The “*Grainger*” case, connected with the principle discussed in the “*Marckx*” case,⁵² produced an unprecedented *sui generis* bail-in ruling, decided by the British Government with reference to the insolvency of a bank (Northern Rock) in north-east England, which occurred in summer 2007. The bank in question, as explained elsewhere,⁵³ shares with the Royal Bank of Scotland (RBS) the sad

⁵⁰ In Great Britain, which is leaving the European Union, this syndicate falls under the responsibility of the Westminster Parliament itself.

⁵¹ Pierre de Gioia Carabellese, *Bridge bank e decisum della UK Supreme Court su Banco Espírito Santo: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, in *Banca impresa società*, 2019, pp. 377-425.

⁵² Case 6833/74, *Marcks v Belgium*, 1979, 13 June 1979.

⁵³ See Pierre de Gioia Carabellese, *Banking Resolution Tools, Bail-in and Fundamental Rights*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

distinction of being one of the two financial institutions to which the outbreak of the 2007/2008 financial crisis can be attributed, at least in Europe.⁵⁴

When comparing the “*Grainger*” case with the ruling by the ISC with regard to Ferrara Savings Bank, it seems difficult to observe any difference. Moreover, it seems as though the judges of Palazzo Spada committed a blunder. “*Grainger*” is connected with the Northern Rock case, which took place a long time before the BRRD was issued. Indeed, in 2007, during the earliest days of the crisis, Great Britain, where the Northern Rock case occurred, did not even have laws regulating bank insolvency. Thus, the two reference parameters are, or rather must be, different: on the one hand, the principles of the Constitution, and on the other, an international body of laws; and also, there are entirely different judges: on the one hand, the Italian judge, and on the other, the judge of Strasbourg.

When analysing the ruling issued by the Italian State Council, it should be noted that, in terms of the relationship between the European Convention and the principles of the European Law, it generates unidirectional cooperation, known as ‘provision of equivalence’. As provided for in Art. 52, par. 3, Charter of Nice, the latter must be implemented with the aim of making the protection level guaranteed by the Charter of Nice to the rights protected also by the European convention, at least match the level of protection of rights guaranteed by the Convention itself; by contrast, the Charter of Nice may guarantee a more comprehensive protection. A kind of provision of equivalence seems to be literally “created” by the Italia State Council between Convention and domestic constitutional law, as it seems to be making reference to the provision of convention. Nevertheless, the problem is that a provision of equivalence apparently does not exist between domestic legal systems and European Law, but only between European Convention and European Union. Potentially, although practically this may not happen for political reason, the Italian judge has

⁵⁴ In the Italian literature, see Leonardo Giani & Tommaso Ariani, *La tutela degli azionisti nelle crisi bancarie*, in *Rivista del diritto societario*, 2013, p. 713,731. A more recent reference to “*Grainger and Others v UK*” can also be found in Michele Perrino, *Gli Organi*, in *La Risoluzione bancaria (Atti del Convegno)*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2018, pp. 685 ff., in particular p. 708.

the power to examine the criticality of the constitutional law (Art. 47, in the case in question) and to raise the question of “Constitutional legitimacy” vis-à-vis the Italian Constitutional Court.

Apart from the misleading case of the Italian State Council (“*Grainger*”) and the confusion between sets of laws which the Court itself seems to have fallen prey to, it must be noted that the complaint of the appellant CRF bondholders was extremely serious: the cancellation of the capital value of bonds, and also of bonds, where provided for, of a failing bank subject to resolution, could be an expropriation of property rights, an illegitimate one because it was carried out without indemnity. Thus, a contrast with Art. 47 of the Constitution may arise, according to which the Republic protects savings in all their forms. The reasoning of the Italian State Council seems rather puzzling; in particular, it may be stated that the judges of Palazzo Spada did not want to go into the substance of the syndicate provided for in Art. 47 of the Constitutional Charter. If the existence in the European legal system of a regulation protecting property is sufficient to make the issue of contradiction with a theoretically main principle⁵⁵ such as Art. 47 unnecessary *ex ante*, then the reference itself made by the State Council to the ruling of the Constitutional Court No. 170/1984 seems vague, which is a contradiction in itself.

It is also puzzling that the Italian State Council recognised the stability of the financial system as a new main principle of the BRRD as well as European Law. In this regard, the highest Italian administrative judges believed that the Italian constitutional tradition, as provided for in Art. 47 of the Constitution, had to give way to the emerging principle. From this viewpoint, it is important to underline that the BRRD objectives are so obviously explained in the BRRD regulations themselves.⁵⁶ The former, not necessarily consistent with one another within the Directive, are anything but clear. The BRRD, although it implements the objective

⁵⁵ At least because there are two opposing points of view on this matter among eminent scholars.

⁵⁶ Such objectives, in the BRRD, are five: from a hierarchical perspective, all of them should be placed on the same level. See, among scholars, in Italian, Pierre de Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana in connessione con un recente provvedimento del Consiglio di Stato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, forthcoming publication.

of financial stability, does so not so much in compliance with a European Union principle, as in observance with a more global need, which is reflected in the sets of economic laws promoted by the G20, in the aftermath of the Anglo-American apocalyptic banking crises of 2007/2008.⁵⁷ These international financial needs abruptly became principles of the European Union, in the view of the Italian State Council. Not without a touch of irony, it is important to remark that: a) the source of the new principles (stability of the financial system) does not seem to be European, since the beginning, although more recently it has been included in ancillary legal provisions enshrined in the Treaties;⁵⁸ b) the principles themselves, if they do really exist, were not originally present in the Treaties; and c) the possible contrast between constitutional law and the BRRD does not necessarily concern the objective of the BRRD (which is financial stability), but rather the way the latter was implemented.⁵⁹

5. Further potential constitutional profiles of the bail-in tool. 5.1. The *par condicio creditorum*: a legal pillar. At a national level, the BRRD undoubtedly places a strain, to put it euphemistically, on the *par condicio creditorum* principle or, more broadly speaking, the principle of general capital

⁵⁷ Reference should be made to the Pittsburgh Summit in September 2009. On this occasion, politicians of the most prominent countries of the world came to the conclusion that the “too big to fail” notion, especially regarding the most important banks for the system, requires a new set of regulations on the matter of management of a crisis affecting groups that operate on an international level. See Antonella Brozzetti, *Ending of too big to fail” fra soft law e ordinamento bancario europeo. Dieci anni di riforme*, Cacucci Editore, Cari, 1028, 31-32. The authors comment on the existing connection between the type of bank – *major and complex bank* – and its end. Although the leitmotiv of the interpretation of the financial crisis is clear, more recent works highlight the fact that the cause was the lack of a proper system of banking management liability. It must be acknowledged that major and international players (banks) are monitored by minor and national institutions. However, big responsibilities connected with bank management (responsibilities intended to cover liability and mismanagement) were not followed by many penalties for the administrators of these banks. It seems much more common in cases when financial crises broke out, in Anglo-American countries, and, in Europe, Great Britain.

⁵⁸ Art. 127(5), of the Treaty for the Functioning of the European Union is the only one, although it was introduced more recently; hence, technically speaking, it cannot be regarded as a “Pillar”. It is worth recalling the wording of this legal provision: “The ESCB shall contribute to the smooth conduct of policies pursued by the competent authorities relating to the prudential supervision of credit institutions and the stability of the financial system.”

⁵⁹ These aspects are analysed by Pierre de Gioia Carabellese, *Bail-in e art. 17, Costituzione. Un recente decum del Consiglio di Stato su Cariferrara*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, forthcoming publication.

guarantee. In Spain, where the legal system is a Civil Law one as in Italy, this principle is provided for in Art. 1911,⁶⁰ *Código Civil*. In the context of *Título XVII*, headed “*De la Concurrencia y Prelación de Créditos*”, the *Capítulo Primero*, on the subject matter of *Disposiciones Generales*, prescribes as follows:

“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.”

(“Obligations shall be fulfilled by the debtor with all his present and future assets”, translation by the authors)

On the same subject, the *Artículo 1912*, prescribes as follows:

“El deudor puede solicitar judicialmente de sus acreedores quita y espera de sus deudas, o cual quiera de las dos cosas; pero no producirá efectos jurídicos el ejercicio de este derecho sino en los casos y en la forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

(“The debtor can resort to legal help to obtain from his creditors cancellation or postponements of his debts; however, the exercise of the above right shall not produce legal effects, except for cases and forms provided for in the Law of Civil Prosecution”, translation by the authors)

Lastly, the *Artículo 1913*, *Código Civil*, prescribes:

“El deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que a quella situación le fuere conocida

(“The debtor whose liabilities are higher than the assets and who has interrupted the payment of his current obligations, shall appear in the competent Court as soon as he realises it”, translation by the authors)

According to Spanish scholars,⁶¹ the principle of *Garantías de la obligación*, is a main pillar, which prescribes that “*el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, es posible que sus bienes puedan llegar a ser pocos y los acreedores muchos, en modo tal que no puedan cobrar efectivamente todos ellos.*”

⁶⁰ *Artículo 1911*.

⁶¹ Carlos Rogel Vide, *Derecho de obligaciones y contratos*, II ed., Madrid, 2013, 39.

(“the debtor shall fulfil his obligations with all his present and future belongings; it is possible that his assets may be few and the creditors’ many, in a way that they cannot effectively receive all of them”, translation by the authors)

Other scholars,⁶² also referring to *Artículo* 1911, underline how the connection between capital and person (natural or legal) is not merely of an economic or accounting nature, but is probably of a legal nature. In this regard, the authors of the present paper add that, in contrast to civil law, which is well represented by Spain, the *pari passu* in common law is a bland conception, merely of an accounting nature, of common law,⁶³ as discussed below. The main principles of civil law on the matter of capital guarantee,⁶⁴ which are completely absent in common law jurisdictions such as England and Wales, are reported below:

“El conjunto de los bienes atribuidos a una persona (física o jurídica) se conoce con el nombre de patrimonio. Ahora bien, conviene tener en cuenta que era atribución es de carácter estrictamente jurídico y no coincide (o, al meno, no coincide exactamente) con los conceptos económicos y contables de patrimonio.”

(“All belongings ascribed to a person (natural or legal) go under the name of assets. However, it is better to take into account the fact that such ascription is of strictly legal nature and does not correspond (or rather, not entirely) to the economic and accounting concepts of assets”, translation by the authors)

Lastly, it is stated as follows:

“En suma, el patrimonio es el ámbito de bienes propio de una persona (física o jurídica) a lo largo de toda su existencia, y de bienes definidos porque dicha persona ostenta un título jurídicos obre los mismos, con independencia de su real disponibilidad económica o de la posibilidad de su inclusión contable.”

⁶² Francisco Capilla Roncero, *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*, 7º edición actualizada, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 128-129.

⁶³ See below.

⁶⁴ *Ibid.*, 128.

(“Ultimately, the asset is the entirety of belongings of a person (natural or legal) during his whole life, and of belongings defined because the person in question claims a legal title upon the former, independently from his available income or from the possibility of accounting inclusion”, translation by the authors)

It is well known that the Italian legal provision to be referred to is the one stipulated in Art. 2741, Civil Code, on the basis of which creditors have an equal right of benefitting from the expropriation of debtor assets.⁶⁵ The *par condicio creditorum* principle is not legally binding in itself; however, exceptions to the system are limited to privileges provided for in Art. 2745 ff., Civil Code, particularly on the cause of obligation, and to preferential debts originating from real warranties. The division of creditors into classes according to the agreement represents a more advanced example of an exception to the rule.⁶⁶ This system of capital guarantee is flanked by a solid body of law which protects creditors, even during the enforcement phase,⁶⁷ and of credit collection.

5.2. The *pari passu* in common law. Another important characteristic can be represented by common law legal systems, where a strong and tangible set of laws, such as those in Italy and Spain as in the examples provided above, does not exist. The English common law features the *pari passu* principle which, in contrast to the principle of *par condicio creditorum*, is prescribed as follows:

⁶⁵ Aldo Checchini & Giuseppe Amadio, *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, Turin, 2014, p. 430.

⁶⁶ Giovanni Maria Uda, *Il bail-in e i principi della par condicio creditorum e del no creditor worse off (ncwo)*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, pp. 733 ff., in particular p. 743.

⁶⁷ Scholars (Cesare Massimo Bianca, in collaboration with Mirzia Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè Editore, Milan, 2014, p. 665; Cesare Massimo Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, Vol V, Milan, Giuffrè, 2000, pp. 111-112) clarify the cut-off line between capital guarantee and capital responsibility, the former indicating the active part (namely, “*creditor right on the asset belonging to the debtor*”), and the latter indicating the passive part (“namely, *the subjugation of the asset belonging to the debtor, on which the guarantee is based*”). It is well known that in Italy this point of view is opposed by other eminent scholars (Luigi Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXIX, Giuffrè, Milan, 1988, p. 1072), according to whom, since the service is not possible due to a cause attributed to the debtor, the originating right of credit still exists with a different object. By contrast, a binding relationship still exists as a fundamental relationship. Other Italian scholars in in-depth and more recent works (Giovanna Marchetti, *La responsabilità patrimoniale negoziata*, Wolters Kluwer Italia, Milan, 2019), observe that the general principle of personal liability (o *responsabilità patrimoniale*, in Italian) is a fortress under siege, increasingly affected by exceptions of a legislative nature.

*“[A]ll the creditors in a particular category will share the money available – they are “on an equal footing”, they rank and abate equally. If there is not enough to pay every creditor in that category in full, each creditor will receive the same percentage of his original debt.”*⁶⁸

Undoubtedly, what is lacking in the English *pari passu* is, as in Civil Law legal systems, the subjugation of the whole capital to the creditor, which across the Channel in continental Europe is considered a discretionary right⁶⁹ because it allows action against debtor assets. Moreover, the definition of *pari passu* is watered down by the argument that it is also, and more frequently, a mere provision which is inserted in international contracts. Thus, the borrower declares, vis-à-vis the lender, that his payment obligations in compliance with the facility agreement are at least equal to the present and future obligations, not guaranteed, towards the remaining creditor class. This provision, previously discussed in its true extent, is currently even more under siege, after a number of common law rulings which questioned its usefulness.⁷⁰ Furthermore, within the context of insolvency laws, *pari passu* in English common law appears even weaker, since its role in the winding-up process is considered very unsatisfactory,⁷¹ with regard to avoidance actions or anti-deprivation rules.⁷²

The lack of the principle in question allows for the fact that common law accepts situations such as the floating charge, a guarantee based on assets that,

⁶⁸ Pierre de Gioia Carabellese, Chair of Law, Company Law Lectures, University of Huddersfield, Academic Year 2017/2018.

⁶⁹ Technically a *diritto potestativo*, a concept hardly existing in English common law.

⁷⁰ As is well known, Argentina and its problematic public bonds served as a battleground, from a judicial point of view, with regard to the above subject matter. Disputes in front of the judge in New York were about the restructuring of an international debt of a bond issued in 2001, and then restructured, connected to a provision which prescribed payment by instalments. The impact of this payment by instalment on the pre-existing *pari passu* provision was the object of the ruling. See *White Hawthorne, LLC, et al. V Republic of Argentina*, No. 16-cv.1042 (SDNY 22 December 2016).

Lee C. Buchheit and Andres de la Cruz, 'The Pari Passu Fallacy - Requiescat in Pace' (2018)30 *International Financial Law Review* 32-33. The *pari passu* provision, in its contractual version, leads many scholars to think that it is only a symbolic one.

⁷¹ Rizwaan Jameel Mokal, 'Priority as Pathology: the *Pari Passu* Myth' (2001)60 *Cambridge Law Journal* 581-621; Rizwaan Jameel Mokal, *Corporate Insolvency Law. Theory and Practice* (Oxford University Press, Oxford 2008).

⁷² Reinhard Bork & Martin Voelker, 'The Anti-Deprivation Rule as an Anti-Avoidance Rule' (2016)29 *Insolvency Intelligence* 65-75.

at the right time, will come back to a company asset.⁷³ In the court ruling “*Re Yorkshire Woolcombers’ Association*”,⁷⁴ the three necessary conditions for the floating charge were, firstly, there must be legal security of the equity (and not of the common law) on all or some asset classes of the company;⁷⁵ secondly, assets constantly subject to guarantee change constantly; and thirdly, the company is not bound to assets subject to floating charges, as it is assumed and lawful that in the ordinary course of business, and until the charge crystallisation takes place, the company can use these assets. A situation such as the floating charge would be hardly conceivable in Civil Law or in Italy. Indeed, due to the ever-changing nature of the subject, it would also make it inconsistent with the principle of legal security and capital guarantee.

It is worth noting that, since in the common law a real *par condicio* principle is not present, the laws concerning the (mere) *pari passu* principle are only accounting references, or slightly more, which the liquidator, i.e. the court officer, must take into account in two cases: in the first case, when assets belonging to the failing institution are liquidated (and thus converted into money), and in the second, when credit is payable and the creditor⁷⁶ acts against the debtor.

6. From the *pari passu* principle in common law to the *par condicio creditorum*. The present theoretical premise plays a key role, bearing in mind the existence of a real *par condicio* principle in the BRRD. When carefully analysing such important systems, it is clear that the BRRD – as regards Italy, the legislative text which sanctioned its implementation as provided for in Legislative Decree 180/2015 – questions civil principles as well as legal traditions. The main principle of *par condicio creditorum* and its “legal derivatives”, which in the Civil Law is not accounting rules but rather the main pillars of a social system and of a body of laws, is dismantled due to the new EU

⁷³ Alan Digman & John Lowry, *Company Law* (10th ed. Oxford University Press, Oxford 2018) 80-94.

⁷⁴ [1903] 2 Ch 284.

⁷⁵ In other words, stock, book debts or even the whole of the company’s undertaking.

⁷⁶ Moreover, speaking of ownership (in Italian “titolarità”) in Common Law may turn out to be risky.

body of laws.⁷⁷ It is important to note that there are regulatory actions that lead to a partial but balanced exemption of *par condicio creditorum*. The objective of protecting the company, as a constitutional value, was already an occasion to implement a number of limitations, at a national as well as a European level.

In Italy, in the preventive arrangement with creditors, there are various options of a normative nature which are in contrast with the principle of *par condicio creditorum*; in particular, creditors can be paid separately from every pool, in violation of the *par condicio*, if that results in greater satisfaction; there is a possibility of taking on debts intended for the conversion of the company, for which the preferential status is recognised in the following failure and also in a potential following agreement,⁷⁸ as well as in the procedure itself in which they were granted;⁷⁹ and there is a possibility of providing real guarantees in favour of pre-deductible credits, as provided for in Art. 182-5, par. 2.⁸⁰ Moreover, at a European level, restructuring operations were the object of recent intervention by the legislator, thanks to a regulation which, albeit reducing credits, protects private autonomy by means of “democratic” mechanisms, based on the consensus of a majority.⁸¹ Reference must be made to Directive 2019/1023⁸² and

⁷⁷ Claudia Sandei, *Il bail-in fra diritto dell'insolvenza e diritto dell'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, No. 4, 2017, p. 896; Francesco Capriglione, *La nuova gestione delle crisi bancarie tra complessità normativa e logiche di mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2017, No. 2, p. 143.

⁷⁸ If granted in the event of an agreement in accordance with Art. 182-2.

⁷⁹ Art. 182-5.

⁸⁰ Diego Rossano, *Nuova disciplina per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 3-supplement, 2015, p. 307.

⁸¹ Reference is made to the Directive on the matter of restructuring.

⁸² “Directive (Eu) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency)” [OJ L 172]. At the time the present work is being written, there are probably no objections in Italy against the legal instrument from Brussels. In the cross-Channel literature, see Irit Mevorach, & Adrian Walters, ‘The Characterization of Pre-Insolvency Proceedings in Private International Law’ (2019) *European Business Organization Law Review*, forthcoming publication; Dominik Skauradszu & Walter Nijens, ‘The Toolbox for Cross-Border Restructurings Post-Brexit – Why, What & Where?’ (2019) *Nottingham Business and Insolvency Law e-Journal*, forthcoming publication. In Spanish, Ignacio Tirado, *European Directive on Preventive Restructuring and Second Chance*, organised by Juana Pulgar Ezquerro, Universidad Complutense, 30 May 2019, Madrid. On restructuring in general, focusing on the Spanish law, see the most representative and eminent source in Spanish, Juana Pulgar Ezquerro, *Preconsursalidad y reestructuración empresarial*, II ed, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

to bankruptcy discharge of creditors, which link a partial write-off to a precise majority, with democratic involvement of the parties concerned: a rather different scenario from the “quasi-dictatorial” BRRD⁸³ that is, apart from the linguistic provocation, a strongly discretionary and untechnical model of resolution tools.

6.1. The *pari passu* principle in the BRRD. Bearing in mind the evolutionary process, the principle of *par condicio creditorum* was weakened with the intervention of private autonomy⁸⁴ or as a result of an authorisation made by the legal authority.⁸⁵ On the other hand, in the BRRD the resolution authority itself makes its own choices concerning credits, given its power of excluding certain liabilities,⁸⁶ in a totally independent way from the intervention of the legal authority, in other words not taking into account private autonomy. In Directive 2014/59 the *par condicio creditorum* is not only waived, but is a completely overlooked principle. Art. 22, par. 1B of Legislative Decree 180/2015 prescribes that shareholders and creditors with the same position in the priority order applied in insolvency proceedings are treated equally and undergo losses in the same order. According to the authors of this article, this regulation allowed some scholars to state erroneously that priority order, according to the BRRD, is the one provided for by the single legal systems of each Member State. In fact, in the event of resolution, the order of first refusal right becomes only theoretical. It becomes reality only if and insofar as an actual bank winding-up takes place. The context of resolution is regulated by a legal and administrative microsystem which is governed with discretion by the resolution authority.

⁸³ Moreover, reference is made to Raffaele Lener, *Profili problematici delle nuove regole europee sulla gestione delle crisi bancarie*, in *Banca impresa società*, 2018, p. 15.

⁸⁴ Similarly, the case of the Directive addressing credit restructuring.

⁸⁵ As in the hypothesis provided for with regard to insolvency proceedings.

⁸⁶ Diego Rossano, *Nuova disciplina per la gestione delle crisi bancarie: il bail-in e la sua concreta applicazione*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 3-supplement, 2015, p. 307.

It must also be noted, with disapproval, that in the entire BRRD the sacrosanct expression⁸⁷ *par condicio creditorum*⁸⁸ is never used, which indicates that the legislator challenges the civil law principles of most of the Member States. The real problem of the BRRD set of laws on this matter is the expression “*unless the present Decree prescribes differently*”. Thus, Art. 22 of Legislative Decree 180/2015 allows, by means of this expression, for the possibility of countless exceptions. This thereby leads to the creation in the BRRD, with high administrative discretion, of a microsystem of orders that prevails over all the others as soon as there is a failure. More precisely, Art. 49 par. 1 and par. 2, Legislative Decree 180/2015, regulates liabilities excluded by means of law, providing the authority with the power of discretionary exclusion. In this way, the expression “unless the present Decree prescribes differently” comes full circle in Art. 49.

Subtly, Italian scholars have underlined the fact that Art. 49 may justify the power of absolute discretion given to the administrative authority, on the basis of technical and political reasons. The possible, or rather probable, unequal treatment following different bail-in experiences is not justified by any

⁸⁷ Perhaps it should have been, or could still yet be, the disapproving statement of an Italian civil law expert or of a legal expert of Civil Law in general.

⁸⁸ However, the *pari passu* principle is present, but only in the English version of the BRRD, which confirms that this expression is downgraded to a mere linguistic expression. Furthermore, the comparison between Recital 77 in its English and Italian versions speaks for itself:

“Except where otherwise specified in this Directive, resolution authorities should apply the bail-in tool in a way that respects the pari passu treatment of creditors and the statutory ranking of claims under the applicable insolvency law. Losses should first be absorbed by regulatory capital instruments and should be allocated to shareholders either through the cancellation or transfer of shares or through severe dilution. Where those instruments are not sufficient, subordinated debt should be converted or written down. Senior liabilities should be converted or written down if the subordinate classes have been converted or written down entirely”.

In the Italian version:

“Salvo se altrimenti specificato dalla presente direttiva, le autorità di risoluzione dovrebbero applicare lo strumento del bail-in in modo tale da rispettare il trattamento paritario dei creditori e il rango dei crediti ai sensi del diritto fallimentare vigente. Le perdite dovrebbero essere assorbite innanzitutto da strumenti del capitale regolamentare e dovrebbero essere ripartite tra gli azionisti mediante la cancellazione, il trasferimento o una forte diluizione delle azioni. Se ciò non bastasse, il debito subordinato dovrebbe essere convertito o svalutato. Le passività di primo rango dovrebbero essere convertite o svalutate se le categorie subordinate sono già state convertite o azzerate”.

The key words have been underlined by the authors of the present work in order to show that the “*pari passu*” principle in the English version corresponds, in the Italian version, to the expression “equal treatment of creditors”.

regulation.⁸⁹ Art. 49, probably written in haste and with a legislator perhaps still traumatised by the financial crisis of 2007/2008, cancels, by briefly typing on his laptop, a thousand-year-old European tradition in the field of Civil Law and insolvency law.⁹⁰ From a more sociological and extra-legal point of view, Art. 49 is also the presumption of a legal-technological Big Brother,⁹¹ which with its algorithmic nature decides the fate of creditors, “killing them”, “setting them free” or “bringing them back to life”, according to the situation.⁹² Thus, no principle of law, at least of traditional law, seems to be truly valid. Art. 49 is not a waiver to the law, but it is simply an area outside the law, as it is understood. It could also be stated that, if in the future at a European level, legislation is drafted in this way, the European Union law may become a danger for the very countries it is supposed to protect, because it will destroy their legal foundations.

However, it cannot be stated that the exclusions, very peculiar though they are, created by the agreement stipulated in Art. 49 and Art. 22 of Legislative Decree 181/2015, have changed, with the necessary changes having been made, a system or privilege that is a traditional system. Furthermore, a possible assimilation must be excluded *ex ante*, after acknowledging that the system of exclusions provided for in the BRRD is not connected with the specific cause of credit.⁹³ Ultimately, the *pari passu* and *par condicio creditorum* principles are violated, because some creditors (those subject to internal banking recapitalisation) must provide resources necessary to satisfy others (those not being subject to bail-in). Thanks to a radical change in the financial assets,⁹⁴ creditors who undergo bail-in are transformed from being protected into

⁸⁹ Giovanni Maria Uda, *Il bail-in e i principi della par condicio creditorum e del no creditor worse off (ncwo)*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, pp. 733 ff., in particular p. 745.

⁹⁰ We use the expression with deliberately disclosed sense of irony.

⁹¹ Big Brother is here intended as a reference to the Orwell's fictional character. Therefore, the reference shall not be intended as the most enthusiastic commentary.

⁹² The statement, clearly provocative, is used in Italian by Pierre de Gioia Carabellese, *Ricapitalizzazione bancaria interna. Epistemologia, patologia e fenomenologia di un concetto giuridico*, (Rome, Studium 2020) *passim*.

⁹³ Claudia Sandei, *Il bail-in fra diritto dell'insolvenza e diritto dell'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, No. 4, p. 898. The choice made by the Resolution Authority is entirely independent of the cause of the credit.

⁹⁴ Potentially subject to algorithmic preparations of the Resolution Authority.

protecting subjects.⁹⁵ Furthermore, excluded creditors do not take part in burden sharing, and, as a consequence, the burden on protecting creditors increases. More precisely, the present authors, in the heat of the moment, has just used the expression “protecting creditors”, which may subconsciously bring to mind the figure of a patron saint. In a way, the analogy clarifies the point that, just as the saint reaches beatitude through voluntary martyrdom, the creditor subject to bail-in becomes a saint, though in his case martyrdom is not a choice, but rather a decision by means of a law enacted by Big Brother, in other words the resolution authority.

6.2 *Par condicio creditorum*, bail-in and Art. 3, Italian Constitution. The system described above, from a strictly legal point of view, leads to a series of considerations and analyses. Firstly, the unequal treatment provided for in Art. 49, BRRD, is not perfectly compatible with the Italian constitutional principles. Art. 3, Constitution, prescribes a principle of equality, which seems violated due to the unequal and disproportionate treatment of credit owners, namely the social and personal conditions provided for in par. 1 of the article in question of the Constitution.⁹⁶ This unequal treatment is not based on objective criteria, as it

⁹⁵ This expression is used by Gaetano Presti, *Il bail-in*, in *Banca impresa società*, 2015, No. 3, pp. 339 ff., in particular p. 357.

⁹⁶ The scenario is not among the most absurd ones. In Austria, there was a ruling by the Constitutional Court of 3/28 July 2015 concerning the Hypo Alpe Adria Bank dispute. The judges declared the constitutional illegitimacy of HaasSenG. In this case, the law implementing the BRRD in Austria, in compliance with Legislative Decree 180/2015, prescribes that subordinated shareholders and bondholders must be subject to the legal consequences of the rescue, with the purpose of repairing the bank. In this particular case, the Austrian Constitutional Court approved the censorship related to the unequal treatment between creditors belonging to the only class of subordinate bondholders, for reasons of bond maturity, which is an extrinsic element in itself, but without a real legal justification. More specifically, bondholders with bonds reaching maturity on 30 June 2019 were called to contribute to the funding, and thus were “eligible” for purposes of internal bank recapitalisation. Bonds expiring after 30 June 2019 were not subject to bail-in and therefore the “infamous” fate was spared to them. See Giuseppe Guizzi, *Il bail-in nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna*, in *Corriere Giuridico*, No. 12, 2015, p. 1489.

would violate a logical criterion of proportionality or, to put it better, of reasonableness⁹⁷

() that is the cause, as for privileges, but rather on the discretion of the authority. The latter, with its decision to “favour” one specific credit over another in the implementation of a resolution tool, may be completely independent from the cause of credit, or from its type, thus favouring a specific creditor. Therefore, the main purpose of the resolution authority, assuming that there is no factionalism or favouritism, is to ensure that “the figures” check out, and that the bank is recapitalised. In a nutshell, the accounting end justifies the means, potentially illegal, which is in contrast with the principles of law. A differentiation of creditors is possible, and this does occur in the Italian legal system within the context of laws concerning privilege. However, what seems to be completely lacking in the entire BRRD framework is an objective differentiation criterion which corresponds to a valid *ratio*, for instance, as regards a mere banking relationship such as a bank account. If it exceeds the threshold of 100,000 Euros, the account holder becomes protector (as a symbolic gesture and to ease the pain, after this he will be referred to as a “patron saint”); otherwise, he will become a protected subject. The differentiation criterion could become completely discretionary, for it is not provided for by the legislator, but it is the object of a decision made by the Resolution Authority.⁹⁸

In this regard, it should also be added that some scholars at an international level⁹⁹ have identified the shortcomings in the BRRD, from the above point of view.¹⁰⁰ It is underlined that in the BRRD, insolvency regulations and creditor

⁹⁷ For a general analysis of the structure of the proportionality judgement in all its different components, see Aharon Barak, *Proportionality Constitutional rights and their limitations* (Cambridge, 2012).

⁹⁸ It seems that the case of the Banco Espírito Santo, where the decision to include some credits and transfer them to the bridge bank (thus saving them), while leaving others of the same kind, was absolutely discretionary. For further analysis on the matter, see Pierre de Gioia Carabellese, *Bridge bank e decisum della UK Supreme Court su Banco Espírito Santo: dal bonus argentarius al coactus argentarius*, in *Banca impresa società*, 2019, pp. 377-425.

⁹⁹ David Ramos Muñoz, *Resolución bancaria y preferencias de crédito*, in *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2018(29), p. 22.

¹⁰⁰ There are also scholars who express a more cautious form of perplexity, such as Jens-Hinrich Binder, *The Position of Creditors under the BRRD*, Commemorative Volume in Memory of Professor Dr. Leonidas Georgakopoulos, Bank of Greece, Centre for Culture, Research and

protection tend to align, the latter being based on the principle of *par condicio creditorum*. However, upon closer inspection, this alignment is only theoretical. Formally, regulations on internal bank recapitalisation seem to adapt to regulations on credit preferences. In reality, the system seems to be the exact opposite. With regard to insolvency laws and in *par condicio creditorum* the principle is, with reference to credit, “high or low”,¹⁰¹ a consequence of the hierarchical rule: credit of higher rank, credit of lower rank. By contrast, in the principles and operativity of the BRRD, in a very unique way, the logic seems to be “in or out”,¹⁰² with regard to credit. Therefore, there is apparently a waiver, which could even become a permanent historic shift, from the strict verticality of the *par condicio creditorum*, to the flexible and “fickle” horizontality of “take there, put here”, if that colloquialism may be allowed.

The external or internal fate by means of the agreement issued by the BRRD regulations is obviously entrusted to the Resolution Authority, with the uncertain presence of a real judge, even in the mere *ex-post* stage. Thus, from an epistemological point of view, it is difficult to fully understand whether, when deciding the fate of the credit, the Authority truly pays attention to insolvency principles and to *par condicio creditorum* or, on the other hand, whether it follows exclusively BRRD regulations,¹⁰³ in which the public need for financial stability protection seems to overwhelmingly prevail over the rights of private persons.¹⁰⁴

Documentation, 2016. An overall positive opinion of the system is expressed in Karl-Philipp Wojcik, ‘Bail-in in the Banking Union’ (2016)53(1) Common Markets Law Review 91-138.

¹⁰¹ “*Arriba o abajo*”, in the Spanish expression used by eminent scholars. See David Ramos Muñoz, *ibid*.

¹⁰² “*Dentro o fuera*” (“in or out”), the incisive Spanish expression provided by the eminent Spanish scholar mentioned in the previous note.

¹⁰³ It must be underlined that the above principles are not included in EU regulations of constitutional rank, but are the result of the temporary situation of the Anglo-American financial crises in 2007/2008.

¹⁰⁴ Due to the excessive haste to provide this protection, the BRRD made legal “bloopers”, which expose a considerable lack of adherence to the *pari passu* principle. For instance, among exempt liabilities, depositors of up to 100,000 Euros are exempt. Depositors are creditors merely proved to be such by a written document. On the one hand, exclusion modifies the *par condicio* (for a higher value but for the same cause other depositors can be written off). On the other hand, this exclusion is not justified, since the depositor protection fund covers these creditors, too (below 100,000 Euros). The second effect is that the originating pillar of the European banking union should be so strong that depositors, for the purpose of saving the bank, should be potentially subject to writing-off, as the fund ought to protect them equally. On the other hand, the BRRD

Within the framework of the BRRD, the value of equal treatment of creditors is most likely not only recessive if compared to the value of financial stability,¹⁰⁵ but even ignored. Although some believe that financial stability is a main value that must be considered as prevailing over the *par condicio creditorum*,¹⁰⁶ in the present paper perplexities about the literature are expressed, but also hesitations of a conceptual nature: within the BRRD it is not even clear which value is protected, in that, as already hinted, a definitive solution is difficult to provide. There are considerable misgivings of a systematic nature within the BRRD, because the exception system was introduced in a way that, in contrast to privileges, is independent of the cause of credit.

7. Conclusion. The points for reflection emerging from the analysis carried out in this contribution are many. Italy's acquiescence towards the disruptive mechanisms of the BRRD cannot be exempt from criticism, even after five years. The wording of Art. 47, para 1 and para. 2, Italian Constitution, which had to be adapted to momentous changes,¹⁰⁷ would be worth receiving the judgment of constitutional judges, given that the scholarly interpretation, with regard to the limits, and above all the strengths, of the constitutional provision,¹⁰⁸ is ambiguous.

seems to offer a double and useless protection, which from the point of view of civil law seems to have a negative effect on the priority order.

¹⁰⁵ This is an admission that financial stability is the real purpose of the BRRD. It is highlighted by scholars that the objectives of the BRRD are not completely clear, and indeed partly contradict one another. See, in Italian, Pierre de Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana in connessione con un recente provvedimento del Consiglio di Stato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020.

¹⁰⁶ Among eminent scholars, Lorenzo Stanghellini, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in Banca d'Italia (Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale), *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013*, March 2014, No. 75, pp. 147 ff., particularly p. 176.

¹⁰⁷ Reference is made to the introduction of the Euro currency, to the evolution of the bank from a public institution (the one existing at the time the Constitution was drafted) to a private institution, and to the concept of currency itself and what is represented by a safe value, which can be protected at the highest legal level. On the matter of safe assets, see in the Anglo-American literature Anna Gelpen and Erik F Gerding, *Rethinking the Law in "Safe Assets"*, in Ross P Buckley, Emiliios Avgouleas and Douglas W Arner (eds), *Reconceptualising Global Finance and its Regulation* (Cambridge University Press, Cambridge 2016) 159-190.

¹⁰⁸ Again, the delimitation (the savings of the bank versus the savings of the entire financial industry) and the depth (Art. 47, par. 1, as a founding value of the Constitution versus Art. 47, par. 1, as a constitutional provision which must adapt to the value, which in the past has become disruptive, of the stability of the financial system).

A ruling of the Court would be extremely helpful to Italian politicians. It seems correct to state that these politicians, during the drafting of the BRRD, were rather submissive towards the European legislator. By contrast, a more authentic and recent interpretation of Art. 47, both para. 1 and para. 2, Italian Constitution, also with regard to the BRRD objectives, in reality rather vague and not yet entirely clarified, could be very opportune. This opportunity was missed perhaps too quickly, in the ruling issued by the Italian State Council in early 2019. Moreover, thanks to the reference to the constitutional experience of other Civil Law countries, a ruling of the Constitutional Court on Art. 47, par. 1, Italian Constitution, could lead to a less strict interpretation of the controversial concept of depositor.¹⁰⁹ On the other hand, it is acknowledged with slight disappointment that a Common Law country like Great Britain, devoid of a Constitution or a Constitutional Court, is not of great help in relation to this matter, and that is not merely because it is leaving the European Union. Indeed, the complicated Brexit process, in which British politicians and constitutionalists have been trapped, by their own admission, seems to confirm this assumption.

If the laws in force persist in compliance with the BRRD, it is likely that the legal expert must acknowledge the fact that there is a new way of legislating, perhaps fascinating for some, but certainly risky and fearsome for others. Where the rule of law is present in this perspective, is yet to be fully understood. If the scenario mentioned above comes true, it may be necessary to prepare for a new 'war', even if it lasts a hundred years, far longer than the iconic Thirty Years War. However, before the outbreak of a fierce conflict, the guardians of the law will hopefully intervene: therefore, there is a desperate need for judges,¹¹⁰ or rather for constitutional judges on the matter of the BRRD, both Italian¹¹¹ and

¹⁰⁹ As provided for in Art. 51, Spanish Constitution.

¹¹⁰ Reference is made, in Italian, to Pierre de Gioia Carabellese, *Bail-in, diritti dei creditori e Costituzione italiana in connessione con un recente provvedimento del Consiglio di Stato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, forthcoming publication.

¹¹¹ Constitutional Court with regard to Art. 47 and Art. 3. With regard to Art. 47, par. 1, an updated "original" interpretation of what constitutionally protected savings really means in the 21st Century seems necessary. It is a consequence of the fact that, as previously mentioned, the scholarly opinions are only two, but are in opposition. Art. 3, Italian Constitution, until now a rarely discussed matter, could become a prevailing topic for discussion with Brexit, since the leading actor, namely

European,¹¹² or even a real European administrative judge who can supervise the actions of the Resolution Authority.

The bail-in, a banking law concept, has proven itself to be an interdisciplinary concept of legal analysis. With a court decision of the Consiglio di Stato, the issue of a possible contrast of the bail-in with a number of important pillars of the Italian Constitution is rejected. Nevertheless, this paper shows that this decision is far from being convincing. Certain fundamental legal provisions of the Italian Constitution, such as depositors' protection, under Art. 47, deserve a final clear-cut ruling by the Italian Constitutional court, especially in the light of the two different schools of thought that have sprouted in the last decades. Surprisingly, this paper, in dissecting the pillar of Art. 47, shows that the bail-in may drive a coach and horses through other constitutional pillars, such as the principle of equality, in connection with the possible violation of the *par condicio creditorum*.

* Although the contribution is the outcome of a common reflection of the two authors, Chapters 2, 3, 4 shall be bestowed upon Carola Pagliarin, whereas Chapters 1, 5, 6 and 7 to Pierre de Gioia Carabellese

Great Britain, has three different Common Law systems. The likely prevailing role of Civil Law legal systems may once again bring the issue to the fore.

¹¹² The five theoretical objectives of the BRRD should be examined by the judges of Luxembourg, also bearing in mind that the economic and social framework in which the BRRD was issued has changed drastically. The real essence of the BRRD (avoiding the use of public money while still ensuring financial stability) is not only a theoretical elaboration, but also an exercise which helps us to understand when a credit institution must be subject to resolution or winding up.



La rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali tra il rafforzamento della “sanctity of contract” nel diritto inglese e l'affievolimento del principio “pacta sunt servanda” negli ordinamenti di civil law

di LIVIA VENTURA

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. – 2. BREVE ANALISI STORICO-COMPARATISTICA DELLA DIALETTICA TRA I PRINCIPI *PACTA SUNT SERVANDA* E *REBUS SIC STANTIBUS* NELLA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE. – 3. IL CASO *CANARY WHARF V EUROPEAN MEDICINES AGENCY* E LA “*FRUSTRATION OF CONTRACT*” NELL’ORDINAMENTO INGLESE. – 3.1. *CANARY WHARF V EUROPEAN MEDICINES AGENCY*. – 3.2. LA “*FRUSTRATION OF CONTRACT*” DOCTRINE NELL’ORDINAMENTO INGLESE. – 3.3. BREVI CENNI SULLA “*FRUSTRATION OF CONTRACT*” NELL’ORDINAMENTO STATUNITENSE. – 3.4. DOCTRINE OF *FRUSTRATION* E CONTRATTO DI *LEASE*. – 3.5. LA DECISIONE DELLA *HIGH COURT*. – 4. IL PROBLEMA DELLE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI NEGLI ORDINAMENTI DI *CIVIL LAW*. – 4.1. L’ORDINAMENTO FRANCESE. – 4.2. L’ORDINAMENTO TEDESCO. – 4.3. L’ORDINAMENTO ITALIANO. – 5. CONCLUSIONI.

Abstract

The issue of the legal impact of “supervening events” on a contract has been addressed by the legal formants of most contemporary legal systems. This paper, after a brief historical and comparative analysis of the evolution of the debate between the principles of “pacta sunt servanda” and “rebus sic stantibus” in some of the major legal systems belonging to the Western legal tradition, will focus in particular on the analysis of the remedies provided in case of hardship and the collapse of the basis of the transaction. The opportunity for such analysis is offered by the recent decision of the High Court of Justice of England and Wales in *Canary Wharf v European Medicines Agency*.

1. Introduzione. Il tema della rilevanza giuridica delle “sopravvenienze contrattuali”¹, intese quali eventi non regolati nel contratto che, intervenendo

¹ Sul tema, tra gli altri, G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 ss.; Id., *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 495 ss.; T. GALLETTI, *Clausola rebus sic stantibus* (voce), in *Dig. IV, Disc. priv. – Sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, p. 383 ss.; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)* (voce), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 104 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e*

dopo la sua conclusione e prima della sua completa attuazione ne alterano l'originario equilibrio stabilito dalle parti, è stato affrontato nell'ambito dei formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinario della maggior parte degli ordinamenti contemporanei².

In termini generali, i mutamenti delle circostanze che determinano il verificarsi di sopravvenienze sperequative possono essere ricondotti a tre distinte fattispecie (seppur caratterizzate a volte da labili confini): l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e il venir meno del presupposto negoziale.

Nell'ambito degli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, la questione delle sopravvenienze, nel bilanciamento dei due opposti principi "*pacta sunt servanda*" e "*rebus sic stantibus*", è stata per lungo tempo regolata in stretta aderenza al primo, con l'eccezione dell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, regolata sin dal diciannovesimo secolo da tutti i maggiori codici europei.

Il tema ha assunto rilevanza centrale anche nell'ambito del commercio internazionale e dei progetti di diritto privato europeo. Le codificazioni di *soft law* elaborate in tali contesti, come i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali (Principi UNIDROIT)³, i Principi di diritto europeo dei contratti

problemi di gestione del contratto, Milano, 1992; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2a ed., Milano, 2011, p. 943; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 55 ss.; G. VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 59 ss.; R. GRISAFI, *Sopravenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, 2016.

² Nell'ambito delle analisi comparatistiche, H. SMIT, *Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation*, in 58 *Colum. L. Rev.* (1958), p. 287 ss.; F.P. TRAISCI, *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003; A. KARAMPATZOS, *Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law*, in 13 *European Review of Private Law* (2005), p. 105 ss.; V. BARELA, *Comparative Analysis of The Evolution of Termination of Contract*, in *Comparazione e Diritto Civile*, 2012, p. 1 ss.; recentemente E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, p. 299 ss.; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019.

³ Nell'ambito dei Principi UNIDROIT, la fattispecie dell'*hardship* è regolata dagli artt. 6.2.1., 6.2.2., 6.2.3. Nel caso di eventi (successivi alla conclusione del contratto, che non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione al momento della sua conclusione, estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata e il cui rischio non era stato assunto dalla stessa) che alterano

(PECL)⁴ e il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)⁵, si caratterizzano, da un lato per l'adesione – in termini generali – al principio *pacta sunt servanda*, dall'altro per la rilevanza giuridica riconosciuta alle sopravvenienze contrattuali.

Tali strumenti, che per la loro diffusione e prestigio costituiscono un importante punto di riferimento per i legislatori nazionali, regolano non solo le ipotesi di impossibilità sopravvenuta, ma anche la fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, prevedendo – secondo modalità differenziate – il rimedio della rinegoziazione, oltre a quello dello scioglimento, e attribuendo particolari

sostanzialmente l'equilibrio del contratto (o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione), la parte svantaggiata ha diritto, se agisce senza ingiustificato ritardo, di chiedere la rinegoziazione (la richiesta non attribuisce alla parte il diritto di sospendere l'esecuzione). Durante le trattative, anche se non espressamente previsto, le parti devono comportarsi in conformità ai principi buona fede e correttezza (art. 1.7) e all'obbligo di cooperazione (art. 5.1.3), entrambe disciplinati dai Principi UNIDROIT. In caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, ciascuna parte può rivolgersi al giudice competente (o avviare un arbitrato in caso di clausola compromissoria), il quale può sciogliere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

⁴ I PECL disciplinano la fattispecie all'art. 6:111 dedicato a "*Change of Circumstances*". In caso di eccessiva onerosità dovuta ad un mutamento delle circostanze (che non rientra nell'ambito del rischio assunto o ragionevolmente sopportabile dalle parti in relazione al contratto stesso), successivo alla stipula del contratto e non ragionevolmente ipotizzabile al momento della sua conclusione, i PECL prevedono un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti. Queste devono avviare le trattative al fine di adeguare o sciogliere il contratto (*«the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it»*). Se, nell'arco di un periodo ragionevole di tempo la trattativa fallisce, il giudice potrà sciogliere il contratto secondo tempistiche e condizioni da lui stabilite, o adeguarne il contenuto distribuendo in modo "giusto" ed "equo" tra le parti le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento delle circostanze. Al giudice viene anche attribuita, su richiesta delle parti, la possibilità di accordare un risarcimento danni a carico della parte inadempiente all'obbligo di rinegoziazione (sia per il rifiuto di avviare le trattative volte alla rinegoziazione, sia per la interruzione delle trattative contraria ai principi di buona fede e correttezza).

⁵ Il DCFR regola la "*Variation or termination by court on a change of circumstances*" all'art. III – 1:110. In caso di eccessiva onerosità sopravvenuta (causata da un mutamento delle circostanze successivo alla stipula del contratto, non ragionevolmente ipotizzabile al momento della sua conclusione, che non rientra nell'ambito del rischio assunto o ragionevolmente sopportabile dalle parti in relazione al contratto), la parte onerata, può chiedere al giudice di modificare il contratto così da renderlo "ragionevole" ed "equo" alla luce del mutamento delle circostanze (*«vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances»*), oppure di sciogliere il contratto nei tempi e alle condizioni da lui stabilite. Il ricorso al giudice però, può essere esperito solo se il debitore ha tentato, in modo ragionevole e in buona fede, di ottenere per via negoziale un "ragionevole" ed "equo" adeguamento delle condizioni contrattuali (*«the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation»*). Il DCFR non introduce un obbligo legale rinegoziazione, né specifiche sanzioni per il suo inadempimento, ma il tentativo di avviare delle trattative in tal senso è considerato alla stregua di un presupposto dell'azione giudiziale.

poteri (di adeguamento o di scioglimento) al giudice nel caso di fallimento delle trattative instaurate dalle parti.

Il presente scritto, dopo una breve analisi storico-comparatistica dell'evoluzione della dialettica tra i principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* in alcuni tra i maggiori ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, si concentrerà in particolar modo sull'analisi dei rimedi apportati in relazione alle fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e della perdita del fondamento del negoziale.

Occasione per tale riflessione è fornita dalla recente decisione della *High Court of Justice* inglese resa nel caso *Canary Wharf v European Medicines Agency*⁶. Prendendo spunto dalle motivazioni addotte dal giudice Smith, di seguito si esamineranno le attuali tendenze degli ordinamenti, soprattutto europei, nella tensione tra l'applicazione del principio *pacta sunt servanda* e lo sviluppo di rimedi caducatori e manutentivi del rapporto obbligatorio.

2. Breve analisi storico-comparatistica della dialettica tra i principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* nella tradizione giuridica occidentale. Il principio generale "*pacta sunt servanda*" (o "*sanctity of contract*" in *common law*), secondo il quale una volta concluso il contratto le parti non possono sottrarsi all'osservanza degli impegni assunti, è riconosciuto in tutti gli ordinamenti giuridici⁷. Si tratta, come noto, di principio non assoluto, ma soggetto ad eccezioni che giustificano il mancato adempimento dell'obbligazione contrattuale da parte di uno dei contraenti.

Tali eccezioni possono essere ricondotte, da un lato all'interno della fattispecie dell'impossibilità (*impossibilium nulla est obligatio*)⁸, la cui origine si rinviene già nel diritto romano e, dall'altro, nell'ambito della clausola "*rebus sic*

⁶ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch).

⁷ Per un'analisi della sua nascita e sviluppo nell'ambito delle diverse tradizioni giuridiche cfr. H. WEHBERG, *Pacta Sunt Servanda*, in 53 *Am. J. Int'l L.* (1959), p. 775 ss.

⁸ *Corpus Iuris Civilis, Digesta* 50.17.185 (533) (Celsus lib. 8 digest.). Il principio giuridico espresso dal brocardo *impossibilium nulla est obligatio* era rigettato nel diritto inglese: «*when a man will for a valuable consideration undertake to do an impossible thing, though it cannot be performed, yet he shall answer in damages*» (cfr. *Thornborow v Whitcare* (1706) 2 Ld. Raym. 1164, 1165).

stantibus”, elaborata nel periodo medioevale da glossatori e canonisti⁹, secondo la quale il contratto è vincolante fra le parti fintanto che, durante l’esecuzione, non si verifichi un mutamento delle circostanze di fatto esistenti al momento della sua stipula (mutamento che, come detto, può determinare eccessiva onerosità della prestazione o il venir meno dello scopo del contratto)¹⁰.

Il bilanciamento dei due opposti principi, *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* (inteso qui, in generale, con riferimento al tema delle sopravvenienze), ha condotto a risultati diversi nei singoli ordinamenti caratterizzati da diverse tradizioni giuridiche e da un diverso contesto socioeconomico. Guardando alla tradizione giuridica occidentale, è possibile rilevare un approccio più rigido nel diritto inglese, incline a preservare la *sanctity of contract*, e più flessibile nei paesi dell’Europa continentale, che hanno nel tempo aperto non solo all’applicazione della clausola *rebus sic stantibus* (indebolendo il principio della immodificabilità del contratto), ma anche allo sviluppo di rimedi alternativi allo scioglimento del vincolo contrattuale (come, ad esempio, la rinegoziazione).

La clausola *rebus sic stantibus*, assente nel diritto romano, è stata introdotta nella tradizione di *civil law* principalmente grazie all’opera dei Canonisti (e in particolare di Baldo degli Ubaldi¹¹) che, in conformità ai precetti etici della teologia morale, valorizzavano l’elemento equitativo e la volontà dei soggetti. Nell’ambito nei paesi di diritto continentale è però opportuno segnalare una ulteriore distinzione tra area germanica e paesi latini.

In questi ultimi, le prime codificazioni aderiscono al principio *pacta sunt servanda*. Il *Code Napoléon* del 1804 non ha accolto la *théorie de l’imprévision* (estranea al diritto francese sino alla riforma del 2016) e ha codificato il principio

⁹ J. GORDLEY, A.T. VON MEHREN, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge, 2009, p. 503, 513.

¹⁰ Se ne trova traccia già nella glossa al *Decretum Magistri Gratiani* (1139-1142 ca.) Gratianus, *Decretum dicta Gratiani ante*, in *Corpus iuris canonici*, E. Friedberg ed., 1876, C. 22, q. 2, c. 14. Sul tema G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 13; G. OSTI, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, p. 353.

¹¹ Cfr. J. GORDLEY, A.T. VON MEHREN, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge, 2009, il quale cita, tra gli altri, Baldus De Ubaldis, *Commentaria Corpus Iuris Civilis*, Venice, 1577, to Dig, 12.4.8.

pacta sunt servanda all'art. 1134¹², prevedendo quale eccezione la sola fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta¹³. Allo stesso modo, il Codice Civile italiano del 1865, che ne ha subito l'influenza, ha sancito il principio secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1123)¹⁴ e ha disciplinato

¹² Il *Code Napoléon* del 1804, riprendendo il pensiero di J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, Paris, 1767, vol. I, n. 7, 22, rifiutava la *théorie de l'imprévision* (secondo la quale l'alterazione delle condizioni economiche del contratto a causa di eventi sopravvenuti e imprevedibili comportava per le parti l'obbligo di rinegoziare i termini contrattuali e la possibilità di ottenere l'adattamento del contratto da parte del giudice) ed accoglieva il principio *pacta sunt servanda* all'art. 1134 secondo il quale: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*». A seguito dalla riforma del diritto dei contratti, avvenuta con l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, il contenuto dell'art. 1134 non è stato confermato nella sua versione originale, ma il contenuto della vecchia disposizione può essere rinvenuto negli articoli 1103 («*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.*»), 1193 («*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.*») e 1104 («*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*») del nuovo Codice Civile.

¹³ Per quanto attiene all'impossibilità sopravvenuta, il *Code Napoléon* la disciplinava, secondo concezioni oggettivistiche, agli artt. 1147 e 1148 prevedendo il rimedio della esecuzione in forma specifica o della *résolution* oltre al risarcimento dei danni (cfr. art. 1184). Secondo il primo, il debitore era tenuto al risarcimento del danno tutte le volte in cui non avesse dato prova che l'inadempimento proveniva da una causa esterna che non gli poteva essere imputata («*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*»). L'art. 1148, poi, escludeva la responsabilità del debitore nel caso in cui la mancata esecuzione fosse dovuta a forza maggiore o caso fortuito («*Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit*»). La riforma del 2016 non ha apportato cambiamenti sostanziali. L'impossibilità sopravvenuta è ora regolata dall'art. 1231-1, secondo il quale il debitore è condannato al risarcimento dei danni per l'inadempimento dell'obbligazione (o per il ritardo nell'adempimento), se non prova che l'adempimento sia stato impedito da forza maggiore («*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure*»). La forza maggiore viene a sua volta definita dall'art. 1218, che consacra a livello legislativo la definizione elaborata dalla giurisprudenza. In particolare, si ha forza maggiore in relazione ad un evento al di fuori del controllo del debitore, che non poteva ragionevolmente essere previsto al momento della conclusione del contratto e i cui effetti non possono essere evitati con misure appropriate («*Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.*»). I rimedi sono indicati invece dall'art. 1217, il quale prevede l'esecuzione forzata, la riduzione del prezzo o la risoluzione.

¹⁴ Nel Codice Civile italiano del 1865, era l'art. 1123 a sancire il principio secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti, principio ripreso dall'art. 1372 del Codice Civile del 1942.

l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1123)¹⁵. Successivamente, l'ordinamento italiano ha parzialmente accolto (a livello legislativo) la clausola *rebus sic stantibus* con l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 che ha normato, oltre alla fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta (1463 ss.), quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (art. 1467 ss.)¹⁶.

Con riferimento ai paesi dell'area germanica, invece, la codificazione del principio *rebus sic stantibus* risale ai codici Bavarese e Prussiano (il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756 e l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* – ALR – del 1794¹⁷), per poi approdare, nel 1811, all'interno del Codice civile austriaco, l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblände* (ABGB)¹⁸.

Il Codice civile tedesco, il *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) entrato in vigore nel 1900, ha seguito l'orientamento dei paesi latini. In aderenza alla Scuola Storica, il legislatore tedesco ha rigettato la teoria della presupposizione (*Lehre*

¹⁵ Il Codice Civile del 1865 disciplinava quali casi di impossibilità sopravvenuta la perdita della cosa dovuta, il perimento e la messa fuori commercio della cosa oggetto dell'obbligazione (art. 1298). Gli artt. 1225, 1226 disciplinavano, rispettivamente, l'esonero da responsabilità per danni da inadempimento (o ritardo nell'adempimento) in caso di "causa estranea non imputabile" e di caso fortuito e forza maggiore. Nel Codice Civile del 1942 l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, derivante da causa non imputabile al debitore, determina la liberazione del debitore dalle conseguenze dell'inadempimento (art. 1218 c.c.) e l'estinzione dell'obbligazione (art. 1256 c.c.), mentre nell'ambito della disciplina dei contratti rappresenta una causa di risoluzione (1463 c.c.). Sul tema G. SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore* (Commento all'art. 1256 c.c.), in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni* – Artt. 1218-1276, Torino, 2013, p. 672-700.

¹⁶ Secondo quanto espresso dal n. 665 della Relazione al Re del Ministro Guardasigilli (Grandi), presentata all'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "Codice Civile", l'art. 1467 introduce nell'ordinamento italiano «in modo espresso ed in via generale il principio della implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune e, quindi, in collegamento con una tradizione prettamente italiana, seguita fino ad ora solo da alcuni sistemi positivi stranieri».

¹⁷ L'ALR prevedeva, ai paragrafi §§ 377 ss., e in particolare al § 378 I 5, che se a causa di una variazione impreveduta il fine ultimo di ambedue le parti, dichiarato espressamente o risultante dalla natura stessa del contratto, non potesse più essere raggiunto, ogni contraente aveva la possibilità di recedere. Cfr. K. ZWIEGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato* – Vol. 2: *Istituti*, Milano, 2011, p. 246.

¹⁸ L'ABGB contiene una specifica disposizione relativa al mutamento delle circostanze riferita al contratto preliminare. Il paragrafo § 936 prevede che il contratto preliminare si considera vincolante solo se le circostanze non siano nel frattempo mutate in modo da frustrare lo scopo contrattuale espressamente previsto o risultante dalle circostanze. K. ZWIEGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato* – Vol. 2: *Istituti*, cit., p. 246.

von der Voraussetzung) elaborata dal Windscheid¹⁹ e non ha recepito – sino alla riforma del 2002 – il principio insito nella clausola *rebus sic stantibus*, disciplinando la sola fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta (*Unmöglichkeit*), sviluppata dal diritto romano e rielaborata nel diciannovesimo secolo nell'ambito del diritto comune (*Gemeines Recht*)²⁰.

Guardando ai sistemi di *common law*, il tema delle sopravvenienze contrattuali ha avuto uno sviluppo peculiare nell'ambito della *doctrine of "frustration of contract"*, elaborata dalle corti a partire dalla metà del diciannovesimo secolo e applicata in modo restrittivo – in particolare nel diritto inglese rispetto al diritto statunitense – in ossequio al principio della *sanctity of contract* (o *absolute contract*) inteso, ancora oggi, quale principio fondante il diritto dei contratti.

3. Il caso *Canary Wharf v European Medicines Agency* e la “*frustration of contract*” nell’ordinamento inglese. Al fine di ripercorrere i tratti salienti e l'evoluzione della *doctrine* della *frustration of contract* nel diritto inglese, pare opportuno prendere avvio da una recente decisione in materia della *High Court of Justice*, resa nel caso *Canary Wharf v European Medicines Agency* del 20 febbraio 2019, che prende in esame la rilevanza giuridica dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea (c.d. Brexit) quale evento idoneo ad integrare una causa di *frustration* di un contratto di “*lease*”²¹.

¹⁹ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in 78 in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1892, p. 161.

²⁰ Il BGB ha ripreso la distinzione tra impossibilità originaria della prestazione (ovvero impossibilità che si presenta già al momento della conclusione del contratto) e impossibilità sopravvenuta (causata da eventi successivi alla conclusione del contratto). Nel primo caso, ex §§ 306 e 307 del BGB, si ha la nullità del contratto e l'eventuale risarcimento danni da parte del contraente che aveva notizia dell'impossibilità originaria. Quanto all'impossibilità sopravvenuta, le parti sono entrambe liberate nel caso in cui l'impossibilità non sia imputabile a nessuna delle due (ex §§ 275 e 323 BGB). Sul tema, K. ZWIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 208 ss. Per una ricostruzione dell'impossibilità sopravvenuta nel diritto tedesco, A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Milano, 2011, p. 8-16.

²¹ Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico. 1. Inglese – Italiano*, Milano, 1984, p. 932-933; BLACK'S LAW DICTIONARY, vol. 7a ed., St. Paul (Minn), 1999, p. 898-899.

3.1. Canary Wharf v European Medicines Agency. L'Agenzia europea per i medicinali (*European Medicines Agency* – EMA), la cui sede era fissata nel Regno Unito sino alla Brexit, aveva stipulato nell'agosto 2011 (con efficacia dall'ottobre 2014) un contratto di locazione (*lease*) per i propri uffici situati a Londra, nel complesso immobiliare di proprietà della *Canary Wharf Limited* (CW). Il contratto, qualificabile come *long-lease*, prevedeva un termine di durata di 25 anni (fino al 2039).

Dopo il I referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea del 23 giugno 2016, prendeva formalmente avvio con lo *European Union (Notification of Withdrawal) Act* del 2017 la procedura di cui all'articolo 50 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), che prevede il meccanismo di recesso volontario e unilaterale di un paese dall'Unione. Conseguentemente, l'EMA informava il *lessor* del fatto che, nel caso in cui la Brexit si fosse verificata, l'Agenzia non avrebbe più avuto bisogno di una sede nel Regno Unito e che, trattandosi di circostanze non prevedibili al momento della stipula del *lease*, tale evento sarebbe stato considerato idoneo a determinarne la *frustration* del contratto²².

La *Canary Wharf Limited* respingeva tale prospettazione e avviava un procedimento presso la *High Court* al fine di far accertare che lo scopo del *lease* non potesse considerarsi “*frustrated*” dall'evento Brexit e che l'EMA avrebbe continuato ad essere vincolata a tutti gli obblighi previsti dal contratto, tra cui quello del pagamento del canone di locazione per il resto della sua durata.

Gli argomenti addotti dall'EMA come basi della *frustration* del contratto di *lease* (e quindi ai fini dell'estinzione delle obbligazioni nascenti dal contratto stesso) possono essere ricondotti a due: la *c.d. “frustration for supervening illegality”* e la “*frustration of common purpose*”.

Con riferimento alla *frustration for supervening illegality*, l'EMA evidenziava che l'esecuzione del *lease* fosse divenuta “illegale” poiché, a seguito della Brexit, l'EMA non avrebbe più avuto la capacità giuridica necessaria per occupare gli

²² A seguito della decisione del Regno Unito, l'Unione Europea (UE) ha deciso di trasferire la sede dell'EMA ad Amsterdam con il Regolamento (EU) 2018/1718 del 14 novembre 2018.

uffici di Londra e continuare ad adempiere alle obbligazioni nascenti dal contratto (tali atti sarebbero divenuti atti *ultra vires*) considerato che, nel rispetto del diritto dell'UE, sarebbe stata obbligata a spostare la propria sede in altro paese membro dell'Unione.

Quanto alla *frustration of common purpose* (riferita allo scopo implicito di entrambe le parti al momento della conclusione del contratto), l'EMA ha sostenuto che in conformità al diritto comunitario non avrebbe potuto continuare ad utilizzare i locali presi in locazione come propria sede e che ciò determinava, secondo l'Agenzia, la *frustration* dello scopo comune del contratto di locazione, che era quello di fornire all'EMA una sede permanente fino al 2039.

3.2. La “*frustration of contract*” doctrine nell’ordinamento inglese. La recente decisione delle *High Court*, di cui si dirà in seguito, si inserisce perfettamente nel solco dell’orientamento restrittivo delle corti inglesi nell’applicazione della *doctrine of frustration*, le quali ancora oggi tendono a preservare il principio della *sanctity of contract* espresso nel *leading case* *Paradine v Jane* del 1647²³. Il caso riguardava il pagamento del canone di un *lease for years* che il *lessee* non aveva pagato poiché non aveva potuto usufruire delle terre a causa dell’occupazione nemica. Il *King’s Bench* ha cristallizzato nella sua decisione il principio dell’*absolute contract* affermando che l’obbligazione contrattualmente assunta deve essere adempiuta nonostante la sopravvenienza di “*accident by inevitable necessity*” (nello specifico, l’impossibilità di godere delle terre), salvo non siano inserite nel contratto apposite clausole di esclusione della responsabilità²⁴.

Il principio della *sanctity of contract*, nonostante le critiche di parte della dottrina che ne rilevava la rigidità rispetto a quanto previsto in altri ordinamenti²⁵, è rimasto inalterato sino alla metà del diciannovesimo secolo quando, con la

²³ *Paradine v Jane* [1647] EWHC KB J5, (1647) Aleyn 26.

²⁴ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 138; G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, 3^a ed., Milano 2005, p.194-195.

²⁵ ANON, *Art III. Execution of a Contract Impossible*, in *10. Am. Jurist & L. Mag.* (1833), p. 251.

decisione presa in *Taylor v Caldwell*²⁶, si è registrata una prima apertura nei confronti di forme di “inadempimento giustificato”. Tale evoluzione viene da alcuni associata alla tendenza di quel periodo al progressivo avvicinamento tra *common law* ed *equity* (ribadito poco dopo con la fusione delle Corti realizzata dai *Judicature Acts* del 1873-1875) e all’influenza del diritto continentale su giuristi e giudici inglesi²⁷, tanto che nel caso in esame il giudice Blackburn fa esplicito riferimento al *Digesto* e al *Traité des Obligations* di Pothier²⁸.

È proprio con il caso *Taylor v Caldwell* del 1863 che viene elaborata per la prima volta la *doctrine of frustration*, in riferimento alla fattispecie dell’impossibilità sopravvenuta (assoluta e oggettiva) della prestazione di una delle parti di un *contract*. Il caso riguardava la distruzione di una sala concerti (di proprietà di Caldwell) a causa di un incendio accidentale che ne aveva impedito l’utilizzo da parte di Taylor, un organizzatore di concerti che l’aveva presa in locazione per quattro serate. Quest’ultimo, che aveva già sopportato i costi pubblicitari relativi agli eventi da lui organizzati nella sala, chiedeva al proprietario della *music hall* il risarcimento dei danni per inadempimento. La corte ha ritenuto che il contratto contenesse una “*implied condition*”²⁹ relativa all’esistenza della sala e, considerato il suo perimento, ha dichiarato la *termination* del contratto (riconoscendo la *frustration per impossibility*) e l’infondatezza della pretesa risarcitoria affermando che «[t]he principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or

²⁶ *Taylor v Caldwell* [1863] EWHC QB J1, (1863) 3 B & S 826.

²⁷ G. CHUNG, *A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English ‘Hands-off Approach’ and German ‘Interventionist Mechanism’*, in *1 European Review of Private Law* (2017), p. 114.

²⁸ In particolare, il giudice Blackburn cita il *Digesto*, *Digest*, L. XLV., tit. I, 1. 33. e I. 23. e R.J. POTHIER, *Traité des Obligations*, partie 3, chap. 6, art. 3, § 668 ed afferma «[a]lthough the Civil law is not of itself authority in an English Court, it affords great assistance in investigating the principles on which the law is grounded. And it seems to us that the common law authorities establish that in such a contract the same condition of the continued existence of the thing is implied by English law.».

²⁹ Si usa qui il termine inglese “*condition*”, consapevoli che nel diritto inglese tale termine può assumere diversi significati. In particolare, può riferirsi alla condizione intesa come “*condicio facti*”, o alla clausola contrattuale essenziale, la cui violazione determina *breach of contract* e dunque la possibilità di risolvere il contratto. Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico. 1. Inglese – Italiano*, cit., p. 514-515; BLACK’S LAW DICTIONARY, cit., p. 288-290.

*thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance.»*³⁰.

Da quel momento in avanti, la *doctrine of frustration*, si è sviluppata sino a ricomprendere diverse fattispecie³¹, nei confronti delle quali le corti inglesi hanno assunto atteggiamenti più o meno restrittivi: *i)* l'*impossibility* (impossibilità sopravvenuta), *ii)* l'*illegality* (illegalità sopravvenuta della prestazione); *iii)* la *frustration of common purpose* (impossibilità di realizzare lo scopo del contratto comune alle parti). Oltre a queste, è necessario richiamare la *c.d. impracticability* (ovvero l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione) che, secondo il diritto inglese, non costituisce di per sé una causa di *frustration*.

La sopravvenuta impossibilità (*impossibility*) della prestazione di una delle parti è stata riconosciuta dalle corti nei casi di distruzione della cosa specifica oggetto della prestazione (come in *Taylor v Caldwell*), di indisponibilità dell'oggetto del contratto per causa non imputabile al debitore e di morte, malattia o incapacità sopravvenuta del debitore nei contratti *intuitu personae*.

La sopravvenuta illegalità (*illegality*) della prestazione si verifica quando l'impedimento ad adempiere è diretta conseguenza di un provvedimento legislativo, amministrativo o giudiziario. Uno dei primi casi in tal senso è *Baily v De Crespigny*³² nel quale il *lessor* è stato esonerato da responsabilità poiché costretto a violare l'obbligo contrattualmente assunto di non costruire su un determinato terreno a seguito di un provvedimento legislativo che assegnava quel terreno ad una società ferroviaria affinché questa vi costruisse una stazione.

La *frustration of common purpose* (o *frustration of the common venture*) si verifica invece quando, nonostante la prestazione sia possibile, le mutate circostanze impediscono la realizzazione dello scopo economico originariamente previsto dalle parti. Questa ulteriore forma di *frustration* viene ricondotta ai *c.d. "coronation cases"*, ovvero a quei contenziosi nati a seguito dell'annullamento

³⁰ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 138; G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, 3ª ed., Milano 2005, p. 195.

³¹ Per un approfondimento sulle diverse fattispecie di *frustration* G.H. TREITEL, *An Outline of the Law of Contract*, 5ª ed, Londra, 1995, p. 335.

³² *Baily v De Crespigny* (1869) LR 4 QB 180.

della processione e di altri eventi previsti per l'incoronazione di Edoardo VII. Le corti hanno riconosciuto la *frustration* nel caso di locazione (da parte di soggetti privati non commerciali) di alcune stanze con balconi sulla via nella quale era prevista la processione (*Krell v Henry*³³), poiché la possibilità di assistere al passaggio del corteo costituiva l'unico scopo del contratto.

L'applicazione di tale fattispecie è stata da sempre soggetta ad interpretazione restrittiva da parte delle corti³⁴. Non è stata ad esempio riconosciuta la *frustration of common purpose* di contratti commerciali, anch'essi connessi al rinvio della cerimonia di incoronazione e relativi al noleggio di una imbarcazione da parte di una società che avrebbe offerto ai passeggeri la possibilità di osservare la parata navale (parte delle celebrazioni, poi rinviate) oltre che una giornata di crociera, poiché scopo del contratto non era unicamente quello di osservare la parata (*Herne Bay Steam Boat Company v Hutton*³⁵). Analogamente, la *frustration of common purpose* non è stata riconosciuta nel caso di un contratto di compravendita di un immobile quando, prima della sua completa esecuzione, le autorità hanno imposto un vincolo architettonico che vietava interventi di ristrutturazione e ne diminuiva quindi il valore di mercato (*Amalgamated Investment and Property Co. Ltd. v John Walker & Sons*³⁶).

Le basi giuridiche sulle quali le corti hanno eretto la teoria della *frustration* sono state diverse nel tempo³⁷. Tra queste rilevano in particolare la teoria della "*implied condition*" (o "*implied term*") sviluppata sin dal caso *Taylor v Caldwell* (teoria vicina a quella della presupposizione del Whindscheid³⁸), secondo la quale il contratto conterrebbe delle previsioni implicite relative all'esistenza di una specifica cosa o di uno specifico stato dei fatti e, dunque, l'estinzione dell'obbligazione nel caso in cui questi vengano meno a causa di eventi

³³ *Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740.

³⁴ G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p. 197-198.

³⁵ *Herne Bay Steam Boat Company v Hutton* [1903] 2 KB 683.

³⁶ *Amalgamated Investment and Property Co. Ltd. v John Walker & Sons* [1977] 1 WLR 164.

³⁷ Per una ricostruzione delle diverse teorie elaborate dalle corti inglesi, come la *implied condition theory*, la *total failure of consideration theory*, la *frustration of the adventure theory*, la *construction of the contract theory* e la *radically different theory* cfr. *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), p. 15-17.

³⁸ G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p. 198.

sopravvenuti. La teoria della *implied condition*, che garantisce ampia flessibilità alle corti nel rendere giustizia, è stata criticata poiché basata su una finzione, su una volontà artificiale delle parti, idonea ad arginare il principio cardine della libertà contrattuale delle parti stesse che, se avessero davvero voluto, avrebbero potuto includere specifiche previsioni all'interno del contratto³⁹.

Più di recente, l'*implied condition theory* è stata sostituita dal c.d. "*radical change test*" elaborato nel caso *Davis Contractors Ltd. v Fareham Urban District Council*⁴⁰. Attraverso l'utilizzo di tale test le corti hanno anche negato l'applicazione della *frustration* in quei casi riconducibili alla ulteriore fattispecie della *impracticability*. In particolare, in *Davis*, la *House of Lords* ha negato la *frustration* nel caso di un aggravio dei costi relativi alla costruzione di edifici causato dalla carenza di manodopera e materiali. Secondo Lord Radcliffe, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione non poteva essere invocata di per sé come causa di risoluzione. Secondo tale teoria, ciò che è necessario verificare è se il mutamento delle circostanze abbia determinato un significativo mutamento nella sostanza delle obbligazioni assunte dalle parti, tale che l'esecuzione di quella prestazione risulti radicalmente diversa da quella dedotta nel contratto. Il contratto, dunque, deve divenire radicalmente diverso da quanto concordato dalle parti, tanto da far venir meno il suo fondamento⁴¹.

Il tema dell'*impracticability*, preso in esame nel caso *Davis*, è stato affrontato anche nei c.d. "*Suez cases*"⁴², nei quali l'aumento considerevole dei costi di trasporto, derivante dalla necessità di circumnavigare l'Africa a causa della chiusura del canale di Suez, non è stato ritenuto idoneo a configurare una ipotesi di *frustration* dei contratti di vendita di merci nei quali il prezzo includeva

³⁹ L.E. TRAKMAN, *Frustrated Contracts and Legal Fictions*, in 46 *Modern Law Review* (1983), p. 39.

⁴⁰ *Davis Contractors Ltd. v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696.

⁴¹ In *Davis Contractors Ltd. v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696, 729 si afferma che «*frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do.*».

⁴² E.g., *Tsakiroglou & Co Ltd v Noble Thorl GmbH* [1962] AC 93. Cfr. R.L. BIRMINGHAM, *A Second Look at the Suez Canal Cases: Excuse for Nonperformance of Contractual Obligations in the Light of Economic Theory*, in 20 *The Hastings Law Journal* (1969), p.1400 ss.

anche il costo del trasporto. Secondo le corti, in questi casi la prestazione da eseguire era possibile, anche se con modalità diverse e più onerose rispetto a quelle previste, e non poteva dunque essere considerata “*radically different*”. Nel diritto inglese, dunque, la *impracticability* non viene riconosciuta come causa di *frustration*.

Guardando in generale alla fattispecie della *frustration*, è necessario evidenziare un suo ulteriore requisito. Questa deve verificarsi in relazione ad eventi imprevedibili ed estranei alla sfera di controllo delle parti, non deve essere *self-induced*, ovvero non deve dipendere da un *fault* (o *default*) del debitore (cfr. il caso *The Super Servant Two*)⁴³.

Inoltre, guardando al contratto come strumento atto a distribuire il rischio dell'inadempimento tra le parti, è facile comprendere⁴⁴ come la *frustration* non sia riconosciuta dalle corti nel caso di espressa accettazione del rischio da parte di uno dei contraenti, nei contratti caratterizzati da finalità speculative e nei contratti di lunga durata (fattispecie nella quale sembra ricadere anche il caso *Canary Wharf*).

La *frustration* determina la risoluzione del contratto (*termination*), il cui effetto è quello di liberare (*discharge*) il debitore dalle obbligazioni assunte. Sulle conseguenze della *frustration* è intervenuto il *Law Reform Frustrated Contracts Act* del 1943 che prevede meccanismi di restituzione per i pagamenti in denaro già effettuati (*recovery of advance payments*)⁴⁵ e di attribuzione di un equo

⁴³ Tale principio è stato affermato nel caso *c.d. The Super Servant Two (J. Lauritzen A/S v Wijsmuller BV* [1990] 1 Lloyd's Rep 1). La controversia si riferisce ad un contratto di trasporto marittimo. Il vettore si era impegnato ad effettuare il trasporto con una delle sue navi a disposizione, la *Super Servant One* o *Super Servant Two*. Quest'ultima affondò prima dell'esecuzione del contratto, ma quando ormai l'altra nave era già stata impegnata dal vettore per trasportare altro carico. La *frustration* è stata negata (anche in Corte d'Appello) poiché la decisione circa l'utilizzo della *Super Servant One* per altro carico era nella sfera di controllo (*within the control*) del vettore.

⁴⁴ S.J. BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, trad it. S. Di Paola e R. Pardolesi, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, p. 13.

⁴⁵ *Law Reform Frustrated Contracts Act* 1943 § 1(2) «All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as the time of discharge) shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable:

Provide that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if

indennizzo (*recovery of valuable benefits other than a payment of money*) in relazione alle prestazioni già adempiute diverse dal denaro⁴⁶ (salva la possibilità di trattenere le spese sostenute per l'adempimento⁴⁷).

Da quanto sopra, emerge come l'ordinamento inglese, in particolare a seguito del caso *Davis* e dell'utilizzo del *radical change test*, mantenga un atteggiamento molto restrittivo circa l'applicazione della *doctrine of frustration*. Per tale ragione, nella prassi commerciale si ricorre spesso all'utilizzo di clausole contrattuali di *force majeure* e di *hardship*⁴⁸. La prima, volta ad escludere la responsabilità del debitore per eventi non imputabili alle parti (estranei alla loro volontà e alla sfera di controllo) che determinano l'impossibilità di adempiere alle obbligazioni contrattuali. La seconda, volta a disciplinare l'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione consentendo, di solito, alle parti di rinegoziare i termini del contratto. Si tratta, in entrambe i casi, di concetti giuridici assenti nel diritto inglese, codificati o applicati, invece, dalle corti degli ordinamenti di *civil law* anche in assenza di una apposita disposizione contrattuale⁴⁹.

it con- sideres it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred.».

⁴⁶ Law Reform Frustrated Contracts Act 1943 § 1(3) «Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court consider just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular, –

(a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and,

(b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise of the frustration of the contract.».

⁴⁷ La normativa non si applica ai contratti di trasporto marittimo, di assicurazione e di vendita di beni infungibili. G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p.199-200; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., p. 170-173

⁴⁸ Si vedano ad esempio le clausole modello elaborate solo nel 2003, dalla Camera di Commercio Internazionale (ICC) per venire incontro alle esigenze delle imprese operanti a livello internazionale, consultabili su <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-clause-2003icc-hardship-clause-2003/>.

⁴⁹ D. THOMAS, *Frustration and Force Majeure: A Hard Line in English Law*, in *6 Construction Law International* (2011), p. 21.

3.3. Brevi cenni sulla “*frustration of contract*” nell’ordinamento statunitense. Prima di esaminare la decisione della *High Court* nel caso in esame, è necessario fare alcune brevi precisazioni sugli sviluppi della *doctrine of frustration* negli Stati Uniti.

Nel corso del ventesimo secolo, nell’ordinamento statunitense la *doctrine of frustration* ha avuto una propria evoluzione, che si discosta, in termini di flessibilità, dall’approccio inglese⁵⁰.

In particolare, pur partendo dall’affermazione del principio dell’*absolute contract* come principio generale della *contract law*, le corti e il legislatore statunitensi hanno ampliato l’ambito di applicazione della *frustration* sino a ricomprendere delle ipotesi di *impracticability* (o *commercial impracticability*) determinate dalla eccessiva onerosità della prestazione. Ciò, in ossequio ad una maggiore attenzione verso il mantenimento dell’equilibrio sinallagmatico del contratto, che ha indotto a dare rilievo a circostanze esterne che sconvolgono l’economia dell’affare.

Una prima testimonianza dell’accoglimento della *doctrine of impracticability* viene individuata nel caso *Mineral Park Land Co v Howard*⁵¹ del 1916, nel quale la Corte Suprema della California ha riconosciuto l’*impracticability* della prestazione, con la conseguente *termination* e *discharge* del debitore (Howard). Quest’ultimo era stato citato in giudizio per aver rimosso (e pagato) solo parte della ghiaia contrattualmente concordata dai terreni di proprietà della Mineral Park (nello specifico, tutta la ghiaia presente nel terreno e necessaria alla costruzione di un ponte), poiché i metri cubi restanti erano al di sotto del livello dell’acqua e potevano essere estratti solo con ulteriori spese e ritardi (i costi per il debitore sarebbero più che decuplicati). La corte ha affermato in proposito che «[a] thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a

⁵⁰ Sull’applicazione della *frustration* negli US, A.L. CORBIN, *Frustration of Contract in the United States of America*, in 29 *Journal of Comparative Legislation and International Law* (1947), p. 1-8.

⁵¹ *Mineral Park Land Co v Howard*, 156 P. 485, 172 Cal. 289 (1916).

thing is impracticable when it can only be done at an excessive and unreasonable cost».

Tale enunciazione della *doctrine of impracticability* è stata incorporata all'interno del Primo *Restatement of Contract* del 1932⁵², che ha incluso la *impracticability* nella definizione di *impossibility*, affermando «...*impossibility means not only strict impossibility but impracticability because of extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss involved*»⁵³.

Anche lo *Uniform Commercial Code* (UCC), in materia di contratti commerciali di vendita, ha riconosciuto l'*impracticability* nel caso di mancata o ritardata consegna dovuta ad un evento (*contingency*) il cui mancato verificarsi costituiva un fondamento del contratto (*basic assumption*)⁵⁴. Tale evento non può consistere nel solo aumento dei costi, ma deve sostanzarsi in un evento imprevisto (e.g., la guerra o l'embargo) che altera la natura essenziale della prestazione⁵⁵.

Nel *Restatement (Second) of Contract* tale criterio del mutamento delle *basic assumption* viene esteso in generale a tutti i contratti (non solo ai contratti di vendita)⁵⁶. Il commento alla *section 261* specifica che la prestazione può

⁵² L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 142.

⁵³ Cfr § 454 *Restatement of Contract*, 1932.

⁵⁴ Cfr. UCC § 2-615 – *Excuse by Failure of Presupposed Conditions*: «Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

(a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.».

⁵⁵ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 142.

⁵⁶ *Restatement (Second) of Contract* (1981), § 261 – *Discharge by Supervening Impracticability*: «Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.».

divenire *impracticable* a causa di «*extreme and unreasonable difficulty, expense, injury, or loss to one of the parties*» e ne circoscrive il campo d'applicazione affermando che non è il mero cambiamento del grado di difficoltà o di spesa a determinare l'*impracticability*⁵⁷, ma serve una alterazione notevole dei costi, che vada ben al di là della norma, menzionando a titolo di esempio casi di grave carenza di materie prime o di forniture causata dalla chiusura imprevista di importanti mercati e fonti di approvvigionamento⁵⁸. Inoltre, si richiede al debitore di mettere in atto ogni ragionevole sforzo (*reasonable efforts*) per superare l'ostacolo all'adempimento e la prestazione deve essere considerata *impracticable* solo se lo è nonostante tali sforzi⁵⁹.

Sebbene l'ordinamento statunitense presenti una maggiore apertura e flessibilità rispetto al diritto inglese, è d'obbligo rilevare come anche negli Stati Uniti la *frustration* (inclusa quella per *impracticability*) sia raramente riconosciuta dalle corti e secondo alcuni è riconosciuta solo in casi estremi, tali da rasentare quasi l'impossibilità della prestazione⁶⁰.

3.4. Doctrine of frustration e contratto di lease. Il contratto di *lease* immobiliare, in questa sede di particolare interesse poiché oggetto del caso *Canary Wharf*, non trova un suo esatto corrispondente negli ordinamenti di *civil law*, nei quali può essere genericamente ricondotto al contratto di locazione o affitto.

In termini generali, il *lease* si riferisce a quel rapporto in base al quale il *lessor*, titolare di un *estate*⁶¹ (di un diritto di proprietà) su di un bene immobile,

⁵⁷ *Restatement (Second) of Contract* (1981), §261, Comment d: «[a] mere change in the degree of difficulty or expense due to such causes as increased wages, prices of raw materials, or costs of construction, unless well beyond the normal range, does not amount to impracticability since it is this sort of risk that a fixed-price contract is intended to cover.».

⁵⁸ *Restatement (Second) of Contract* (1981), §261, Comment d: «[a] severe shortage of raw materials or of supplies due to... unforeseen shutdown of major sources of supply, or the like, which either causes a marked increase in cost or prevents performance altogether may bring the case within the rule stated in this Section.».

⁵⁹ *Restatement (Second) of Contract* (1981), §261, Comment d.

⁶⁰ Così L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 142.

⁶¹ Il termine "estate" è privo di un esatto corrispondente nella *civil law*. Tra i diversi significati, quello che in questa sede rileva è quello riferito allo status in cui una persona si trova rispetto ad un bene immobile (*real property*). Il concetto di *estate* si fonda sulla diversa configurazione

trasmette il godimento dell'immobile al *lessee*. Quest'ultimo acquista a sua volta un *estate* (un *proprietary right*) sul quel bene, per una durata determinata e in cambio di una *consideration* (generalmente definita *rent*). Spesso si distingue tra *short lease* e *long lease*, a seconda che il rapporto abbia una durata inferiore o maggiore a 21 anni.

Le corti hanno sempre mantenuto un atteggiamento molto restrittivo nell'applicazione della *doctrine of frustration* al *lease*, riaffermando in diverse occasioni il principio dell'*absolute contract*⁶². Si veda, a titolo di esempio, la decisione presa in *London Northern Estates Co. v Schlesinger*⁶³, nel quale un cittadino austriaco è stato ritenuto responsabile del pagamento del canone di locazione relativo ad un immobile situato in Inghilterra, in una zona poi dichiarata non più abitabile per gli stranieri. In quel caso, i giudici hanno affermato che l'effettiva residenza nell'immobile locato non era da considerarsi come "*foundation of the contract*"⁶⁴.

Le motivazioni che hanno condotto le corti ad una interpretazione restrittiva sono diverse. Sino agli anni Ottanta, la possibilità di riconoscere la *frustration* di un *lease* era totalmente esclusa dalla giurisprudenza⁶⁵. Tale esclusione si fondava innanzitutto sullo sviluppo storico della *doctrine*, poiché in *Taylor v Caldwell* la corte non aveva fatto *overruling* del principio dell'*absolute contract* espresso in *Paradine v Jane* (che pure riguardava un *lease*) e in numerosi casi di *lease* che, nei due secoli successivi, avevano continuato ad applicarlo⁶⁶.

dell'istituto della proprietà che caratterizza la *common law*, nella quale è assente il concetto di *dominium* e di proprietà assoluta e il diritto di proprietà è frazionabile con la creazione di più *estate* contemporanei sullo stesso bene, che differiscono ad esempio per estensione o durata. Dunque, il titolare di un *lease* in *common law* non è titolare solo di un diritto di credito nei confronti del *lessor* (come il locatario nella *civil law*), ma è titolare di un *estate*, ossia di un diritto di natura reale sul bene immobile: *lessor* e *lessee* sono entrambi titolari di un *estate* sul bene. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico. 1. Inglese – Italiano*, cit., p. 703-705.

⁶² L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 139. Sul tema, L. CARP GELBER, *Landlord and Tenant: Frustration of Intended Use of Leased Premises Due to Wartime Restrictions*, in *31 California Law Review* (1943), p. 445-449.

⁶³ *London Northern Estates Co. v Schlesinger* [1916] 1 KB 20.

⁶⁴ G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p. 197.

⁶⁵ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 2014, p. 427 ss.

⁶⁶ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 428.

Oltre alle ragioni legate allo sviluppo storico, ulteriori argomenti a sostegno dell'impossibilità di applicare la *frustration* al *lease* sono riconducibili i) alla configurazione del *lease* non solo come *contract* ma anche come *conveyance* (atto di trasferimento di un *interest in real property*)⁶⁷ e ii) al passaggio dei rischi da *lessor* a *lessee*. Quanto al primo, è necessario rilevare come, soprattutto con riferimento al *long lease*, il *lessee* acquista un vero e proprio *proprietary right* (un *legal estate*) sul bene oggetto del contratto. Tale *legal estate*, si riteneva non fosse influenzato da eventi sopravvenuti, anche se questi avessero impedito l'utilizzo del bene oggetto del *lease*⁶⁸. Quanto invece al tema del passaggio del rischio, proprio in considerazione del fatto che il *lessee* diviene titolare di un *proprietary right* sul bene, si riteneva che, sin dal momento dell'esecuzione del *lease*, vi fosse un'ampia allocazione dei rischi a suo carico, simile a quella riconosciuta nella vendita⁶⁹.

L'atteggiamento delle corti nei confronti del *lease* ha subito una (parziale) apertura a seguito del caso *National Carriers Ltd. v Panalpina (Northern) Ltd.*⁷⁰ nel quale la *House of Lords*, pur confermando nel caso in esame l'applicazione restrittiva del rimedio della *discharge by frustration* nel *lease*, ha ammesso che in linea di principio – in casi eccezionali – la *frustration* può essere applicata anche al *lease*.

La corte non ha riconosciuto l'esistenza dei presupposti idonei a determinare la *frustration* nel caso in esame, obbligando i conduttori del *lease* di

⁶⁷ Il termine "*conveyance*", privo di equivalenza nella *civil law*, ha diversi significati nel diritto inglese ed in generale nella *common law*. Questo viene soprattutto utilizzato con riferimento al trasferimento di un diritto di proprietà o di un *interest in real property*. Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico. 1. Inglese – Italiano*, cit., p. 565; BLACK'S LAW DICTIONARY, cit., p. 234.

⁶⁸ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 429.

⁶⁹ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2011, p. 139; G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 429-430.

⁷⁰ *National Carriers Ltd. v Panalpina (Northern) Ltd.* [1981] 1 AC 675. In particolare, a p. 700, Lord Simon afferma: «[f]rustration of a contract takes place where there supervenes an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances: in such case, the law declares both parties to be discharged from further performance.».

un magazzino, della durata di 10 anni, a pagare il canone anche per il periodo (18 mesi) durante il quale la strada d'accesso era stata chiusa a causa di un edificio pericolante. Ciò che rileva, però, è l'affermazione dell'applicabilità della *frustration* a tutti i contratti in generale e la contestazione dell'argomento secondo il quale, trattandosi di rapporto non meramente contrattuale, ma volto ad attribuire *proprietary right*, non può essere influenzato da eventuali sopravvenienze, poiché in tal modo si ignora la realtà economica-commerciale della transazione nella quale, spesso, oggetto dell'accordo non è l'attribuzione del *legal estate*, ma l'utilizzo del bene⁷¹. Anche l'argomento relativo al passaggio del rischio viene contestato rilevandone l'inapplicabilità poiché nel *lease* (al contrario che nella vendita) le parti hanno obblighi reciproci per l'intera durata del contratto⁷².

Nonostante le aperture della *House of Lords*, l'applicazione della *frustration* al *lease* resta ancora oggi soggetta ad interpretazione restrittiva. Ciò è dovuto, da un lato, al fatto che la corte in *National Carriers* ha ribadito l'impossibilità di applicare il rimedio in esame nel caso in cui era ragionevole che le parti inserissero specifiche previsioni nel contratto relative ad un dato evento sopravvenuto (richiamando argomentazioni presenti in *Paradine v Jane*)⁷³. Dall'altro, al fatto che nel *lease* (soprattutto nel *long lease*) è poco probabile che eventi sopravvenuti siano tali da determinarne la *frustration per impossibility* (assoluta ed oggettiva), mentre spesso ciò che viene invocata è la *frustration of common purpose*, la cui applicazione è soggetta a test molto restrittivi (*i.e.*, il *radical change test*).

Infine, a supporto dell'applicazione restrittiva della *frustration* al *lease*, vi è la considerazione insita nella natura stessa del *lease*, e in particolare del *long lease* di terreni o di immobili (la cui durata può essere superiore anche a quella usuale di altre *c.d.*, *long-term transaction*), secondo la quale si presume che le parti, in un rapporto di durata, abbiano accettato di assumersi il rischio di un cambiamento sopravvenuto delle circostanze (salvo non abbiano inserito

⁷¹ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 429.

⁷² *National Carriers Ltd. v Panalpina (Northern) Ltd.* [1981] 1 AC 675 at 705.

⁷³ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 432.

specifiche previsioni nel contratto). Inoltre, il lungo termine di durata di tali contratti incrementa la possibilità che eventuali sopravvenienze abbiano solo un'incidenza temporanea sull'esecuzione o sullo scopo del contratto, rendendo così difficile l'integrazione dei presupposti necessari per il riconoscimento della *frustration*⁷⁴.

3.5. La decisione della *High Court*. Tornado sull'evoluzione del diritto inglese, come anticipato, la decisione resa dalla *High Court of Justice* nel caso *Canary Wharf v European Medicines Agency* si inserisce perfettamente nel solco dell'applicazione restrittiva della *doctrine of frustration* da parte delle corti. Infatti, gli specifici motivi di *frustration* addotti dall'EMA sono stati entrambe rigettati.

Il primo, quello della *frustration for supervening illegality*, è stato respinto poiché la *High Court*, nonostante abbia ammesso che alcune tutele di cui l'EMA godeva in base al diritto comunitario sarebbero diminuite a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'UE, ha comunque riconosciuto la capacità giuridica dell'EMA di operare in un paese extraeuropeo anche in caso di Brexit. Non essendo stati rilevati limiti giuridici alla capacità/potere dell'EMA di adempiere agli obblighi previsti dal *lease* secondo il diritto inglese, tali attività non possono essere considerate illecite (o *ultra vires*). L'EMA avrebbe, dunque, secondo il diritto inglese, la piena capacità giuridica (anche in un paese terzo, cioè al di fuori dell'UE) per adempiere ai propri obblighi e dunque pagare il canone di locazione e continuare ad usufruire degli uffici a *Canary Wharf*⁷⁵.

La corte ha inoltre affermato che, anche nel caso in cui fosse stata riconosciuta la *frustration* per *illegality* (in particolare, per mancanza di capacità d'agire dell'EMA in ambito extracomunitario in base al diritto dell'UE), si sarebbe trattato di una forma di *self-induced frustration* poiché l'UE, attraverso il

⁷⁴ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 434.

⁷⁵ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), p. 66 ss. La corte ha specificato che il diritto applicabile in relazione alla valutazione dell'adempimento delle prestazioni contrattuali assunte dalle parti è quello inglese della *frustration*, mentre sono irrilevanti le normative straniere. La mancanza di capacità giuridica ai sensi del diritto comunitario sarebbe dunque rilevante per determinare l'esistenza dei requisiti richiesti dalla fattispecie della *frustration*.

Regolamento (EU) 2018/1718 con il quale ha deciso di trasferire la sede dell'EMA ad Amsterdam⁷⁶, avrebbe potuto dettare specifiche disposizioni atte a disciplinare lo spostamento della sede dell'EMA da Londra ad altra città collocata in uno Stato Membro⁷⁷.

Quanto al secondo motivo, quello della *frustration of common purpose*, la corte ha innanzitutto affermato di voler utilizzare, ai fini della propria decisione, l'approccio espresso del “*radical change test*”⁷⁸. Per verificare l'esistenza di tale “cambiamento radicale”, la corte ha deciso di ricorrere al “*multifactorial approach*” espresso nel caso *The Sea Angel*⁷⁹. Secondo tale approccio il giudice deve considerare diversi fattori quali i) il contenuto del contratto (*terms of the contract*), ii) il *c.d. matrix of facts* (tutte le conoscenze ragionevolmente a disposizione delle parti al momento della conclusione del contratto che possano avere influito sulla formulazione delle clausole, secondo il parametro del *reasonable man*) e iii) le competenze, aspettative, supposizioni e considerazioni delle parti, in particolare per quanto riguarda il rischio e la natura dell'evento che poi si è verificato (con i relativi calcoli circa la possibilità di adempiere le proprie prestazioni nelle eventuali nuove circostanze).

⁷⁶ Regolamento (EU) 2018/1718 del 14 novembre 2018.

⁷⁷ Cfr. *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), pp. 77-78 nelle quali si afferma che «... the 2018 Regulation could have gone further in making arrangements for the EMA's departure from London but that it did not do so» e ancora «... this is a case where the legal effects on the EMA of the United Kingdom's withdrawal from the European Union could have been, but were not, ameliorated by the European Union. This failure to do so is relevant to the question of frustration and, in my judgment, renders the frustration of the Lease self-induced».

⁷⁸ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), p. 17. La corte afferma che «[w]hether a contract is frustrated depends upon a consideration of the nature of the bargain of the parties when considered in the light of the supervening event said to frustrate that bargain. Only if the supervening event renders the performance of the bargain radically different, when compared to the considerations in play at the conclusion of the contract, will the contract be frustrated.».

⁷⁹ *Edwinton Commercial Corporation & Anor v Tsavlis Russ (Worldwide Salvage & Towage) Ltd (The Sea Angel)* [2007] EWCA Civ 547, p. 111, nella quale la corte precisa che «... the application of the doctrine of frustration requires a multi-factorial approach. Among the factors which have to be considered are the terms of the contract itself, its matrix or context, the parties' knowledge, expectations, assumptions and contemplations, in particular as to risk, as at the time of the contract, at any rate so far as these can be ascribed mutually and objectively, and then the nature of the supervening event, and the parties' reasonable and objectively ascertainable calculations as to the possibilities of future performance in the new circumstances.».

Dunque, il “*common purpose*”, secondo la corte, non deve necessariamente risultare da una clausola del contratto (espressa o implicita), ma deve esserne oggettivamente valutata la sua esistenza al momento della stipula del contratto, con riferimento alle reciproche intenzioni delle parti⁸⁰.

La *High Court*, pur ammettendo che la Brexit non era ragionevolmente prevedibile al momento della stipula del contratto di locazione (data individuata nel 2011), non ha riconosciuto l'esistenza della *frustration of common purpose* poiché non vi era stata una reciproca intesa sul fatto che lo scopo (*common purpose*) del contratto di locazione fosse quello di fornire all'EMA una sede per 25 anni e che tale scopo sarebbe venuto meno se ciò non fosse stato possibile. Il contratto di locazione, anzi, prevedeva la possibilità che l'EMA potesse abbandonare la sede attraverso specifiche clausole che, in circostanze strettamente limitate, permettevano all'Agenzia di condividere, cedere o subaffittare (“*share, assign or sub-let*”) i locali.

La corte ha inoltre affermato che l'occupazione dei locali da parte dell'EMA non sarebbe stata resa impossibile dalla Brexit, in quanto non vi era alcun obbligo giuridico che imponesse all'EMA di lasciare gli uffici di Londra, si trattava – al contrario – di una (legittima) decisione politica. L'evento Brexit, dunque, ha determinato sì lo spostamento involontario dell'EMA dal Regno Unito e quindi dai locali a *Canary Wharf*, ma ciò configurava una ipotesi espressamente prevista dal contratto di locazione e non vi era alcun ulteriore scopo comune alle parti, al di fuori dello scopo tipico del contratto di *lease*.

A seguito del rigetto della sua domanda, l'EMA ha ottenuto dalla stessa *High Court* l'autorizzazione a presentare ricorso in appello, ma ha in seguito deciso di non dare ulteriore impulso al procedimento poiché è stato raggiunto un accordo con il quale l'Agenzia è riuscita a subaffittare i locali di *Canary Wharf* sino alla scadenza contrattuale del 2039. La *Court of Appeal* inglese non avrà dunque la possibilità di riesaminare il caso e di pronunciarsi sull'applicazione

⁸⁰ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), p. 23.

della *doctrine of frustration*, in particolare in relazione all'evento Brexit, rafforzando così l'attuale validità del principio della *sanctity of contract*.

Come evidenziato dall'analisi precedente, i limiti all'applicazione della *doctrine of frustration* sono ancora stretti e non permettono ad un contraente di "sfuggire" da quello che viene definito un "*bad bargain*". Dunque, anche se la *contract liability* nel diritto inglese non può più essere definita come *absolute liability* (visti gli sviluppi storici delle *doctrine of frustration*), ciò non toglie che la stessa resti ancora oggi una forma di *strict liability*⁸¹. E ciò vale in particolare in relazione al contratto di *lease*, la cui *frustration* è stata riconosciuta dalle corti solo in rarissime circostanze⁸².

4. Il problema delle sopravvenienze contrattuali negli ordinamenti di *civil law*. Negli ordinamenti di *civil law*, il tema delle sopravvenienze contrattuali, come rilevato in avvio di tale scritto, è stato tradizionalmente regolato in aderenza al principio *pacta sunt servanda*, codificato da tutti i maggiori codici europei. L'unica ipotesi nella quale i mutamenti delle circostanze sono stati in qualche modo regolati sin dalle prime codificazioni è stata quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Lasciando da parte quest'ultima fattispecie, di seguito si tenterà di ricostruire brevemente quali siano state le risposte di alcuni ordinamenti di *civil law* rispetto ad ulteriori due fattispecie connesse al problema delle sopravvenienze perturbative del contratto, ovvero: *i)* l'eccessiva onerosità, nella quale il mutamento delle circostanze non previsto dalle parti non rende l'adempimento impossibile, ma più oneroso dal punto di vista economico, tanto da determinare un'alterazione dell'equilibrio economico sinallagmatico; e *ii)* la "frustrazione dello scopo" del contratto, ovvero il venir meno del presupposto negoziale quando, in seguito ad un sopravvenuto mutamento delle circostanze, l'adempimento sia ancora possibile ma abbia perso per una delle parti ogni

⁸¹ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 138.

⁸² Cfr. il già citato *Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740 tra i *coronation cases*.

giustificazione e sia inidoneo al soddisfacimento dell'interesse in vista del quale il contratto era stato concluso⁸³.

Negli ordinamenti francese, tedesco e italiano, che verranno di seguito brevemente esaminati al fine di tracciarne le maggiori linee evolutive, le due fattispecie appena ricordate hanno avuto uno sviluppo ed un trattamento normativo e giurisprudenziale diverso, che nel tempo sembra però assumere una traiettoria convergente e coerente con gli strumenti internazionali di *soft law* come i Principi UNIDROIT, i PECL e il DCFR.

4.1. L'ordinamento francese. Come già ricordato, in conformità al principio *pacta sunt servanda*⁸⁴, l'unica ipotesi nella quale il *Code Civil* regolava le circostanze perturbative del regolamento contrattuale era quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, per la quale si prevedeva (e prevede ancora oggi, non avendo subito modifiche sostanziali a seguito della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti del 2016) la liberazione del debitore solo per il verificarsi di un evento imprevedibile, non imputabile alla responsabilità del debitore e tale da rendere la prestazione oggettivamente impossibile (con ricorso al concetto di *force majeure*)⁸⁵.

Tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo, nonostante lo sviluppo della *théorie de l'imprévision*⁸⁶ (secondo la quale l'alterazione delle condizioni economiche del contratto a causa di eventi sopravvenuti e imprevedibili comportava per le parti l'obbligo di rinegoziare i termini contrattuali e la possibilità di ottenerne l'adattamento da parte del giudice) e i tentativi della giurisprudenza

⁸³ Si individua tale distinzione in K. ZWIEGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 245.

⁸⁴ *Code Napoléon* art. 1134, oggi cfr. artt. 1103, 1104 e 1193 *Code Civil*.

⁸⁵ *Code Napoléon* artt. 1147 e 1148, oggi si veda il combinato disposto degli artt. 1231-1 e 1218 del *Code Civil*.

⁸⁶ Sul tema e.g., J.P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960, p. 189 ss.; C. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in *Dr. et patr.*, 1998, p. 46 ss.

di merito e del *Conseil d'État*⁸⁷ di dare rilevanza giuridica alle circostanze sopravvenute, la *Cour de Cassation*⁸⁸ e il legislatore francese⁸⁹ hanno per lungo tempo aderito ad una interpretazione restrittiva della normativa vigente, concedendo il solo rimedio della risoluzione (negando la possibilità della revisione del contratto) ai casi di impossibilità sopravvenuta.

L'ordinamento francese, dunque, ha operato sulla stessa linea – se non più rigida – dell'ordinamento inglese, non riconoscendo né l'eccessiva onerosità sopravvenuta né ipotesi di frustrazione del presupposto negoziale (entrambi in contrasto con l'art. 1134) e prevedendo un unico rimedio di tipo caducatorio.

⁸⁷ E.g., *Gaz de Bordeaux, Conseil d'État*, 30 marzo 1916, n. 59928, che, in relazione a contratti per lavori pubblici, ha ammesso la modifica del contratto a causa del mutamento delle circostanze al fine di tutelare l'interesse pubblico alla conservazione di tali contratti a rilevanza pubblica.

⁸⁸ Il *leading case* in materia è *Canal de Craponne (De Galiffet c. Commune de Pélissane (Canal de Craponne))*, Cass., Civ. 6 marzo 1876). Con un contratto del 1567, Adam de Craponne si era obbligato a costruire un canale idoneo a condurre l'acqua nella zona del comune di Pélissane a fronte del pagamento di una somma periodica fissa. Con il trascorrere del tempo, a causa della svalutazione monetaria, la somma pagata era diventata irrisoria per il servizio ricevuto (non copriva più neanche i costi di manutenzione del canale). Così, nel diciannovesimo secolo, gli eredi del proprietario (Gaston de Galiffet) del canale avviavano un'azione davanti al *Tribunal civil d'Aix* al fine di chiedere la revisione del contratto ed il suo adeguamento tramite innalzamento della tassa. La vicenda si è conclusa con una decisione della *Cour de Cassation* che ha cassato la sentenza della Corte d'Appello di Aix (la quale, nel 1875, aveva accolto le istanze degli eredi Craponne) rigettando la *théorie de l'imprévision* e riaffermando la "*force obligatoire du contrat*" e la sua immodificabilità ex art. 1134 del Code Civil. Nella sua decisione, la Corte di Cassazione francese ha affermato «... *dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants*», sul tema FR. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, vol. 2, 12e ed., Paris, 2008, p. 183. Il principio espresso nel caso *Canal de Craponne* è stato riaffermato da numerose sentenze della *Cour de Cassation*, come Cass. Civ. 15 novembre 1933, secondo la quale «*La règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites est générale et absolue: en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et ils ne pourront davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire, introduire dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles, quand bien même le régime ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques*».

⁸⁹ Di segno contrario, alcune leggi speciali emanate in Francia a seguito dei conflitti bellici, come la c.d. Legge Faillot del 21 gennaio 1918, e la Legge del 22 aprile 1949 che consentivano ai giudici di risolvere i contratti ad esecuzione continuata conclusi prima della guerra, nel caso in cui le parti non avessero rinegoziato autonomamente i termini degli accordi sottoscritti. Sul tema K. ZWIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 254-257; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., p. 5-6.

La rottura netta con tale orientamento si è avuta con la riforma del *Code Civil* del 2016 volta a modernizzare il diritto delle obbligazioni e dei contratti⁹⁰. Tra le maggiori novità, troviamo proprio l'accoglimento della teoria dell'*imprévision*⁹¹ nell'attuale formulazione dell'art. 1195 concernente la fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta in un'ottica di promozione della *c.d. "justice contractuelle"*.

L'attuale articolo 1195 del *Code Civil* prevede che, nel caso in cui si verifichi un cambiamento delle circostanze, imprevedibile al momento della conclusione del contratto e tale da rendere l'adempimento eccessivamente oneroso per una parte (la quale non ha accettato il rischio di tale cambiamento), questa possa chiedere all'altra parte di rinegoziare il contratto. Se la richiesta di rinegoziazione viene rifiutata dalla controparte, o fallisce, le parti possono convenire di risolvere il contratto alla data e alle condizioni da esse stabilite o chiedere al tribunale di modificarlo. Se le parti non giungono ad un accordo entro un termine ragionevole, il tribunale può, su richiesta di una parte, rivedere il contratto, adattandolo alle mutate circostanze, o risolverlo alla data e alle condizioni da esso stabilite⁹².

⁹⁰ La riforma è stata attuata con l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016. Questa è stata preceduta da un acceso dibattito sorto a seguito della presentazione di diversi progetti di riforma, tra i quali l'"*Avant-projet Catala*" (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, P. Catala, 2005); il "*Projet Terré*" (*Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré, 2009 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. Terré, 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations*, F. Terré, 2013); e il *c.d. "Projet de la Chancellerie"*, sulla base del quale è stata poi elaborata la versione finale della riforma. In dottrina, D. MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence*, in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, 2009, 329 ss. Per un'analisi della riforma francese, tra gli altri, S. GRUNDMANN, M.S. SCHÄFER, *The French and the German reforms of contract law*, in *European Review of Contract Law* (2017), p. 459 ss.; S. ROWAN, *The New French Law of Contract*, in *International & Comparative Law Quarterly* (2017), p. 805 ss.; P. SIRENA, *The New Design of the French Law of Contract and Obligations: An Italian View*, in *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law After the 2016 Reforms*, London, 2017, p. 339 ss.; P. ABAS, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvivenza contrattuale*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 4 ss.; E. GABRIELLI, *Il Codice Napoleone, il contratto e l'"operazione economica"*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2018, p. 1 ss.

⁹¹ Per una ricostruzione dell'applicazione della *théorie de l'imprévision* ai contratti di durata, cfr. H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Revue internationale de droit économique*, 2001, p. 339 ss.

⁹² Cfr. art. 1195, *Code Civil*: «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au*

La norma francese, dunque, prevede un rimedio manutentivo (la “*révision pour imprévision*”) ulteriore rispetto allo scioglimento del vincolo contrattuale, conferendo al giudice ampi poteri di adeguamento del contratto nel caso circostanze impreviste lo rendano eccessivamente oneroso⁹³. L’ordinamento francese, in tal senso, sembra ispirarsi a strumenti internazionali come i Principi UNIDROIT, i PECL e il DCFR, nonché alla evoluzione in materia già attuata dall’ordinamento tedesco.

4.2. L’ordinamento tedesco. In Germania, la clausola *rebus sic stantibus* non trovava accoglimento all’interno della originaria formulazione del BGB, nel quale la sola fattispecie nella quale veniva riconosciuta rilevanza al mutamento delle circostanze era quella dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione (con conseguente estinzione dell’obbligazione), disciplinata al § 275 del BGB⁹⁴.

La “teoria della presupposizione” (*Lehre von der Voraussetzung*), elaborata nella seconda metà del diciannovesimo secolo da Bernhard Windscheid, esponente della Scuola Pandettistica, non è infatti confluita all’interno del codice. Secondo l’autore, il venir meno del “presupposto” del negozio per effetto di circostanze sopravvenute, non previste al momento della conclusione del contratto, rappresentava una “condizione inespressa” che dava luogo alla pretesa dello scioglimento del contratto da parte del contraente interessato⁹⁵. La teoria del Windscheid è sin da subito stata soggetta a diverse critiche⁹⁶ e rigettata dalla Commissione per l’elaborazione del BGB, poiché necessitava di indagini psicologiche e contrastava con il principio dell’irrelevanza dei motivi, mettendo a rischio la certezza dei traffici economici⁹⁷.

juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.».

⁹³ J.F. FÉDOU, *Le juge et la révision du contrat*, in *Rev. de contr.*, 2016, p. 382 ss.; T. REVET, *Le juge et la révision du contrat*, in *Rev. de contr.*, 2016, p. 373 ss.

⁹⁴ K. ZWIEGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 211-212.

⁹⁵ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in 78 in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1892, p. 161.

⁹⁶ Cfr. O. LENEL, *Die Lehre der Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1889, p. 213 ss.

⁹⁷ K. ZWIEGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 247; C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, pag.

A seguito dell'inflazione e degli sconvolgimenti prodotti dai due conflitti mondiali e in assenza di specifiche disposizioni legislative, dottrina e giurisprudenza tedesche sono state costrette a individuare risposte alternative al problema del mutamento sopravvenuto delle circostanze. Dapprima con la teoria della "impossibilità economica" (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) e poi con la teoria della "perdita del fondamento negoziale" (*Störung der Geschäftsgrundlage*) di Oertmann⁹⁸.

Secondo la prima, era necessario estendere l'applicazione del § 275 BGB (con la conseguente liberazione del debitore per impossibilità sopravvenuta) ai casi in cui la prestazione, anche se possibile, comportava difficoltà che avevano riflesso sull'aspetto economico, tali che questa non potesse essere ragionevolmente pretesa dal debitore secondo il parametro della buona fede. La teoria dell'impossibilità economica, che riconosceva in sostanza una forma di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, è stata nel tempo inglobata all'interno della teoria della perdita del fondamento negoziale di Oertmann.

Secondo quest'ultimo, che rielaborava in chiave meno soggettivistica la teoria di Windscheid, nel caso in cui eventi sopravvenuti siano in grado di frustrare le aspettative comuni delle parti esistenti al momento della conclusione dell'accordo (determinando così, il venir meno del fondamento negoziale), le corti sono legittimate a sciogliere il vincolo contrattuale o a modificarne i termini. La teoria del fondamento negoziale (nell'ambito della quale venivano risolte fattispecie riconducibili sia all'eccessiva onerosità che alla frustrazione dello scopo del contratto), insieme con il dovere di buona fede sancito dal § 242 del BGB, è stata ampiamente utilizzata dalle corti tedesche nel dopoguerra con il fine non di sciogliere il contratto ma anche di adattarne il contenuto contrattuale alle mutate circostanze⁹⁹.

235 ss.; A. CATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 789 ss.

⁹⁸ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipziger, 1921.

⁹⁹ Cfr. il caso *Vigogne-Spinnerei* (*Reichsgericht* 3 febbraio 1922, in 103 **Reichsgericht** Zivilsachen, p. 329 ss.). A maggio 1919 era stato concluso un accordo per la vendita di una filanda, il cui trasferimento della proprietà era differito a gennaio 1920, mentre il pagamento del prezzo era previsto in due tranches tra il 1920 e il 1921. La forte inflazione verificatasi tra il 1919 e il 1920 aveva però determinato una notevole sproporzione tra le prestazioni, tanto che la corte,

La legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 26 novembre 2001 (*Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz*)¹⁰⁰ ha recepito le acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza in tema di sopravvenienze disciplinando sia la c.d. “impossibilità materiale” che le turbative del “fondamento negoziale”.

In particolare, il secondo comma del § 275 BGB disciplina oggi l’“impossibilità materiale”, fattispecie che, secondo alcuni, richiama la teoria dell’impossibilità economica elaborata alla fine del primo conflitto mondiale. Ai sensi del § 275, comma 2, del BGB, il debitore può rifiutare la prestazione quando questa non è esigibile (per causa a lui non imputabile) poiché, tenuto conto del contenuto dell’obbligazione e del principio di buona fede, il suo adempimento richiede spese eccessivamente sproporzionate rispetto all’interesse alla prestazione del creditore¹⁰¹.

Dall’altro lato, il nuovo § 313 del BGB ha recepito la teoria della “perdita del fondamento negoziale” di Oertmann. La norma prevede che, qualora dopo la conclusione di un contratto vi sia una modificazione rilevante delle circostanze oggettive e soggettive (ovvero le rappresentazioni rilevanti dei contraenti a fondamento del contratto si rivelino errate) che ne costituivano il fondamento e se le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso a condizioni diverse se avessero previsto tali modificazioni, può essere avanzata domanda giudiziale di adeguamento del contratto. Ciò è possibile nella misura in cui, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della

utilizzando la teoria dell’Oertmann, ha deciso di autorizzare la revisione del contratto. Nel secondo dopoguerra, emblematico è il caso *Bohrhammerfall* (*Bundesgerichtshof* 16 gennaio 1953, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1953, p. 282). Un venditore della Germania Occidentale aveva ordinato 600 trivelle destinate alle miniere nella Germania dell’Est, ma a causa del blocco del 1948 le autorità della Germania dell’Est non permisero la consegna. Il venditore quindi si rifiutò di pagare il produttore, ma il *Bundesgerichtshof* intervenendo sul contenuto del contratto, lo ha condannato al pagamento dell’ammontare corrispondente ad un quarto del totale dell’ordine.

¹⁰⁰ L. 26 novembre 2001, in *Bundesgesetzblatt* I, p. 3138 ss., in vigore dal 1 gennaio del 2002. Sul tema A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europ. dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.

¹⁰¹ D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2011, p. 126; K. ZWIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 248-249 e 252-253.

distribuzione contrattuale o legale del rischio, non si possa ragionevolmente imporre ad una parte di mantenere il contratto senza modifiche. Solo nel caso in cui l'adattamento del contratto non sia possibile o non ci si possa ragionevolmente aspettare che una delle parti lo accetti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto.

Il rimedio primario individuato dall'ordinamento tedesco è dunque quello manutentivo dell'adeguamento del contratto (*Anpassung*), mentre il rimedio caducatorio dello scioglimento del vincolo contrattuale è secondario.

La formulazione generica del § 313 del BGB è stata da alcuni criticata, ma non ha determinato, nella sostanza, il ridimensionamento del principio *pacta sunt servanda* poiché le corti si sono sino ad ora orientate verso un'interpretazione restrittiva della norma¹⁰².

La codificazione dell'"alterazione del fondamento negoziale" è stata interpretata come una codificazione del principio dell'*hardship* diffuso nell'ambito dei contratti del commercio internazionale¹⁰³ e si pone in linea di continuità con strumenti internazionali di armonizzazione del diritto dei contratti.

4.3. L'ordinamento italiano. Il Codice Civile italiano del 1865, sul modello francese, affermava il principio dell'immodificabilità del vincolo contrattuale e regolava esclusivamente le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione¹⁰⁴. Un primo cambiamento di rotta si è registrato con l'adozione del nuovo Codice civile del 1942 nell'ambito del quale, oltre alla fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta¹⁰⁵, è stata disciplinata quella della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467), in parziale accoglimento del principio *rebus sic stantibus*¹⁰⁶.

¹⁰² G. CHUNG, *A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English 'Hands-off Approach' and German 'Interventionist Mechanism'*, cit., p. 133.

¹⁰³ D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco*, cit., p. 135.

¹⁰⁴ Rispettivamente, art. 1123, e artt. 1298, 1225, 1226 del Codice civile del 1865.

¹⁰⁵ Codice civile, art. 1463 ss.

¹⁰⁶ Cfr. Relazione al Re del Ministro Guardasigilli (Grandi), presentata all'udienza del 16 marzo 1942-XX, n. 665. In dottrina, M. BESSONE, *Adempimento e rischio*, Milano, 1975, p. 48.

Ai sensi dell'art. 1467, nei contratti la cui esecuzione si protrae nel tempo (ad esecuzione differita, continuata o periodica), il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili che rende la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa (secondo il parametro dell'alea normale del contratto)¹⁰⁷ legittima la parte che deve tale prestazione a domandare la risoluzione del contratto. Il rimedio primario previsto dal legislatore è quello estintivo, da attivare attraverso domanda giudiziale. La controparte può evitare lo scioglimento del contratto offrendo di modificarne equamente le condizioni. La riduzione ad equità è però caratterizzata dalla legge come diritto potestativo della controparte, non può essere chiesta dalla parte gravata dall'eccessiva onerosità e non può essere decisa d'ufficio dal giudice¹⁰⁸.

La disciplina codicistica dell'eccessiva onerosità offre, dunque, una tutela limitata alle sole variazioni quantitative e prevede un rimedio primario di tipo caducatorio, anche quando potrebbe essere più adeguato mantenere in vita il contratto con l'utilizzo di rimedi manutentivi¹⁰⁹. Così, al fine di fornire soluzioni ulteriori al problema delle sopravvenienze, il formante giurisprudenziale e dottrinario hanno cercato di ampliare gli strumenti di tutela a disposizione delle parti attraverso *i)* la teoria della presupposizione, che offre un rimedio estintivo nei casi di frustrazione dello scopo del contratto, e *ii)* la teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione, che offre un rimedio manutentivo nei casi di alterazione dell'equilibrio economico sinallagmatico del contratto.

Riprendendo l'elaborazione della pandettistica tedesca, sono stati delineati i contorni della fattispecie della presupposizione. Questa, definita come «il complesso delle circostanze, la cui supposizione, pur non dedotta nella manifestazione negoziale, sia stata determinante nella decisione di concludere

¹⁰⁷ L'eccessiva onerosità deve sopravvenire prima che la prestazione risulti esaurita e deve colpire la prestazione nella sua oggettività. L'onerosità può essere intesa come onerosità diretta (che tocca direttamente la prestazione dovuta) e indiretta (determinata dallo svilimento della prestazione attesa), cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 948-950,

¹⁰⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 958.

¹⁰⁹ C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, cit., p. 235-236.

l'affare»¹¹⁰, è stata riconosciuta in giurisprudenza sin dal 1932¹¹¹ e tipizzata nei suoi diversi aspetti¹¹².

In dottrina, la presupposizione è stata oggetto di interpretazioni contrastanti¹¹³. Le prime tesi di stampo volontaristico (che richiamavano la visione soggettivistica del Windscheid) la descrivevano come condizione implicita (una implicita clausola *rebus sic stantibus*)¹¹⁴ o errore sul motivo determinante e manifesto (riconoscibile o comune alle parti)¹¹⁵. Queste, ricadendo nell'area della emblematica distinzione tra causa (come funzione economico-sociale del contratto) e motivi (ragioni soggettive, diverse per i due contraenti, che li inducono alla conclusione del contratto), venivano criticate in ragione del principio della generale irrilevanza di questi ultimi (salvo casi previsti da legge, e.g., motivo illecito comune alle parti)¹¹⁶.

Le ricostruzioni più recenti si fondano, invece, su un piano oggettivo. Tra queste, troviamo ricostruzioni fondate sulla causa "in concreto" del contratto¹¹⁷ e

¹¹⁰ M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326.

¹¹¹ Cass. 15.2.1932, n. 531, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce «Obbligazioni e contratti», n. 57.

¹¹² Quanto ai caratteri della presupposizione, cfr. in particolare la ricostruzione di Cass. 5 gennaio 1991, n. 191, secondo la quale la presupposizione si riferisce ad una situazione di fatto o di diritto, passata, presente o futura, considerata certa nella rappresentazione dalle parti, che pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso, come presupposto comune avente valore determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale. In dottrina cfr. E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p. 735 ss.

¹¹³ Contrari alla teoria della presupposizione F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1970, 194; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3a ed., Milano, 1980, p. 144. Si veda anche A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato diretto da Bessone*, vol. XIII, *Il contratto in generale*, t. IV, Torino, 2003, p. 1 e 24, il quale individua nell'equità (art. 1374 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.) gli strumenti di intervento nella distribuzione del rischio derivante da circostanze perturbative non regolate; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1975, pp. 29-33, 51 ss., 99 ss., 248 ss.; M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, p. 1327 sullo scioglimento del contratto in virtù del principio di buona fede nella corretta allocazione dei rischi derivanti da circostanze sopravvenute.

¹¹⁴ Cfr. P. COGLIOLO, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, vol. I, Torino, 1917, p. 417 ss.; G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, cit., p. 1 ss.; ID., voce *Clausola "rebus sic stantibus"*, in *Nss. D.I.*, vol. III, Torino, 1959, p. 353 ss.

¹¹⁵ F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 100 ss.; V. PIETROBON, voce *Presupposizione*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 4 ss.

¹¹⁶ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, t. II, Torino, 1960, p. 437.

¹¹⁷ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 232-248, 262 ss.

quelle oggi maggiormente accolte sull'applicazione delle clausole generali di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto¹¹⁸. Quanto ai rimedi applicabili nei casi di presupposizione, la giurisprudenza sembra da ultimo essersi assestata sulla risoluzione, con richiamo analogico all'art. 1467 c.c.¹¹⁹.

I rimedi previsti dal codice o impiegati dalla giurisprudenza, sia nel caso dell'eccessiva onerosità che della presupposizione, sono essenzialmente rimedi estintivi, volti alla cancellazione degli effetti del contratto. Ma, in alcune situazioni, gli interessi in gioco potrebbero essere meglio tutelati da rimedi manutentivi volti all'adeguamento del contratto alle mutate circostanze.

Il Codice Civile italiano non conosce, in termini generali, l'istituto della rinegoziazione, ma prevede specifiche ipotesi legali di adattamento del contratto¹²⁰ e permette alle parti, nell'ambito della propria autonomia privata, di inserire nel contratto apposite clausole, quali ad esempio le clausole di indicizzazione, le clausole di *hardship* e le clausole di rinegoziazione.

Al di fuori delle ipotesi tipiche (previste dal codice o da leggi speciali) e in assenza di clausole convenzionali di adeguamento, la dottrina e la giurisprudenza tradizionali¹²¹, sulla scia del principio *pacta sunt servanda*, privilegiano il rimedio della risoluzione, negando l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione¹²².

¹¹⁸ Vedi rispettivamente E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 451-454, 526-530; e C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, pp. 256-310 e 381-382.

¹¹⁹ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 966; sull'oscillazione dei rimedi applicati dalle corti in caso di presupposizione G.F. AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 305 ss.

¹²⁰ E.g., l'art. 1623 c.c. in tema di contratto di affitto che disciplina le modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale; o l'art. 1664 c.c. in tema di appalto, che prevede il possibile adeguamento del prezzo in caso di onerosità o difficoltà dell'esecuzione.

¹²¹ E.g., Cass., Sez. un., 27 gennaio 1959, n. 224, in *Foro it.*, 1960, I, c. 453; Cass., 14 gennaio 2002, n. 337, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 24, 81; Trib. Pescara 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613; Trib. Milano 9 gennaio 1997, in *Riv. arb.*, 1999, p. 67.

¹²² A. GENTILI, *L'equilibrio del contratto nei principi del diritto contrattuale europeo*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Milano, 2002, 199 ss.; ID., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 2003, p. 667 ss.; F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 2006, 1 ss.; ID., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 774 ss.; ID., *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, 937 ss.

Altra parte della dottrina, sulla scorta del principio della buona fede integrativa (ex artt. 1374 e 1375 c.c.)¹²³, sembra oggi invece propensa a riconoscere l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione nei contratti di lunga durata¹²⁴, con possibile intervento giudiziale di adeguamento del contratto nel caso i contraenti da soli non siano in grado di trovare un accordo¹²⁵. Tale orientamento è stato accolto da parte minoritaria della giurisprudenza di merito e aperture in tal senso provengono dalla giurisprudenza arbitrale¹²⁶.

I temi della rinegoziazione e dell'intervento giudiziale sul contratto alimentano tutt'ora il dibattito giuridico. L'introduzione, anche nell'ordinamento

¹²³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969, p. 118; ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, 723; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.; F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., p. 358 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 972-973; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze, Il contratto*, a cura di in R. Sacco, G. De Nova, Torino, 4ª ed., 2016, p. 1708 ss.

¹²⁴ Il riferimento è a rapporti contrattuali destinati a prolungarsi nel corso del tempo, non ai contratti istantanei e, tra questi, ai contratti ad esecuzione differita. Sul tema F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 13. Per una ricostruzione in prospettiva microeconomica dei contratti a lungo termine cfr. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 33 ss.

¹²⁵ Il tema dei rimedi manutentivi e dell'obbligo di rinegoziazione, ad esempio, assume particolare rilevanza in relazione alla finanza di progetto, caratterizzata dalla presenza di una pluralità di contratti, unitariamente volti alla realizzazione, tramite finanziamento, di un'opera o un servizio. Il *project financing*, quale contratto a lungo termine è infatti soggetto, nell'arco della sua esecuzione, al verificarsi di sopravvenienze che possono comprometterne la realizzazione. Per una ricostruzione circa l'esistenza di obbligo di rinegoziazione (sulla base del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto) nel contratto di *project financing* (sia che venga accettata la ricostruzione dell'istituto quale contratto plurilaterale con comunione di scopo, quanto il suo inquadramento in termini di collegamento negoziale) e circa la rilevanza del ricorso a rimedi di carattere manutentivo volti a tutelare l'interesse della PA e della collettività alla esecuzione del contratto anche in caso di sopravvenienze cfr. V. MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino 2018. In tema di lavori pubblici, si era espressa sulla stessa linea la giurisprudenza francese del *Conseil d'État* (cfr. *Gaz de Bordeaux, Conseil d'État*, 30 marzo 1916, n. 59928) che, in relazione a contratti per lavori pubblici ammetteva, secondo la *théorie de l'imprévision*, la modifica del contratto al fine di tener conto del mutamento sopravvenuto delle circostanze.

¹²⁶ Trib. Bari, 14 giugno 2011 (ord.), in *Contratti*, 2012, p. 571 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziazione, tutela in forma specifica e penale giudiziale*; Trib. Bari, 31 luglio 2012 (ord.), in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2013, 117 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziazione e collegamento negoziale*; Trib. Ravenna, 11 maggio 2011, in *Dir. marittimo*, 2013, 641 ss., con nota di T. CAPURRO, *La rinegoziazione secondo buona fede del contratto di noleggio di nave*. Per la giurisprudenza arbitrale, cfr. lodo emesso dal collegio formato da G. Alpa (presidente), L. NANNI, G. SBISÀ (arbitri), del 15 luglio 2004, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 539 ss., con commento di G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*.

italiano, di un rimedio manutentivo idoneo a ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni sembrerebbe porsi in linea di continuità con i più recenti mutamenti intervenuti in altri ordinamenti di *civil law* (come Francia e Germania), oltre che in linea con alcune codificazioni di *soft law* come i Principi UNIDROIT, i PECL e il DCFR, generalmente considerati un rilevante punto di riferimenti per i legislatori nazionali.

5. Conclusioni. Da quanto sopra, emerge una forte divergenza tra gli ordinamenti giuridici di *civil law* dell'Europa continentale e la *common law* inglese nel bilanciamento degli opposti principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*.

Nei paesi di *civil law* è possibile riscontrare una marcata tendenza verso un affievolimento del principio dell'immodificabilità del contratto, a favore di una maggiore apertura verso l'espansione dei confini entro i quali il mutamento sopravvenuto delle circostanze ha rilevanza giuridica e giustifica l'inadempimento. Nell'ambito delle sopravvenienze contrattuali, infatti, si registra una convergenza nella regolazione di fattispecie ulteriori rispetto a quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione accolta sin dall'inizio all'interno dei codici civili europei.

In Francia e Germania, tra diciannovesimo e ventesimo secolo, ciò è avvenuto dapprima nell'ambito dei formanti giurisprudenziale e dottrinario che hanno contribuito alla elaborazione della teoria dell'*imprévision* nell'uno, e delle teorie della "presupposizione" (*Lehre von der Voraussetzung*), dell'"impossibilità economica" (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) e della "perdita del fondamento negoziale" (*Störung der Geschäftsgrundlage*) nell'altro.

Nel formante legislativo, il processo di espansione della rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali ha avuto una più lenta e graduale evoluzione.

Il primo codice a muoversi in tale direzione è stato il Codice Civile italiano del 1942, con l'introduzione, all'art. 1467, della fattispecie della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, accompagnata dallo sviluppo (anche qui solo giurisprudenziale e dottrinario) della teoria italiana della presupposizione, volta a regolare i casi di frustrazione dello scopo del contratto

e caratterizzata da un ambito di applicazione più ampio rispetto alla norma codicistica¹²⁷.

Dagli anni Novanta in avanti, il tema delle sopravvenienze è stato oggetto di attenzione a livello sovranazionale, nell'ambito dei diversi progetti di armonizzazione e unificazione del diritto. Strumenti di *soft law* come i Principi UNIDROIT, i PECL e il DCFR hanno tutti disciplinato la fattispecie dell'“*hardship*” o “*change of circumstances*” (con riferimento in generale ad eventi sopravvenuti successivi alla conclusione del contratto, estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata, che non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione al momento della sua conclusione e il cui rischio non era stato assunto o non è ragionevolmente sopportabile dalla parte svantaggiata), non solo attribuendo rilievo giuridico al sopravvenuto squilibrio economico del sinallagma contrattuale (per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione), ma anche introducendo rimedi ulteriori rispetto al classico rimedio estintivo della risoluzione. Infatti, la previsione di rimedi manutentivi come la rinegoziazione ed il potere di adeguamento del giudice caratterizza tutti i sopramenzionati strumenti di *soft law* (anche se con alcune differenze: obbligo di rinegoziazione a carico delle parti nei PECL, diritto di chiedere la rinegoziazione nei Principi UNIDROIT e rinegoziazione come presupposto dell'azione giudiziale nel DCFR)¹²⁸.

La codificazione di ulteriori fattispecie di sopravvenienze contrattuali e l'espansione dei rimedi esperibili è riscontrabile anche nelle recenti riforme del diritto delle obbligazioni e dei contratti compiute in Germania e Francia.

Come si è visto, la *Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz* in vigore dal 2002, oltre a disciplinare espressamente l'estinzione dell'obbligazione in caso di “impossibilità materiale” (§ 275, comma 2, del BGB), ha codificato la teoria della

¹²⁷ N. BERTOTTO, *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 317. Sulla relazione tra eccessiva onerosità e presupposizione A. CATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, cit., p. 789 ss.

¹²⁸ Sul tema E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 299-316; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., p. 97 ss.

“perdita del fondamento negoziale” (§ 313 del BGB), individuando come rimedio primario quello manutentivo dell’adeguamento del contratto azionabile attraverso specifica domanda giudiziale. Il rimedio caducatorio dello scioglimento del vincolo contrattuale (attraverso il recesso) interviene solo qualora l’adattamento del contratto non sia possibile o sia inesigibile da una delle parti¹²⁹.

Dall’altro lato, l’ordinamento francese, sino al 2016 caratterizzato da una forte rigidità nella applicazione del principio *pacta sunt servanda*, con la *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* ha invertito la propria tendenza ed ha recepito la teoria dell’*imprévision* all’art. 1195 de *Code Civil*. Anche in questo caso, la norma prevede la possibilità per la parte svantaggiata di chiedere la rinegoziazione dell’accordo originario. In caso di rifiuto della controparte o di fallimento delle trattative, si prevede che le parti possono accordarsi per la risoluzione del contratto o al fine di definire le condizioni dello scioglimento o dell’adeguamento giudiziale del contratto. Solo nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo sarà possibile per il giudice, su domanda di ciascuna parte, procedere all’adeguamento o allo scioglimento del contratto.

Entrambe gli ordinamenti francese e tedesco, sulla scorta di quanto previsto nell’ambito degli strumenti di *soft law* sovranazionali, hanno legislativamente previsto a favore della parte onerata il rimedio manutentivo della rinegoziazione (non introducendo però un vero e proprio obbligo) ed in caso di fallimento delle trattative hanno attribuito rilevanti poteri di intervento al giudice. L’ordinamento italiano, invece, nonostante le proposte avanzate dalla dottrina circa l’esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione, prevede il solo rimedio estintivo della risoluzione, sia nel caso dell’eccessiva onerosità sopravvenuta che della presupposizione (slavo l’eccezione prevista ex art 1467, comma 3, c.c.). Sembrerebbe dunque necessaria l’introduzione legislativa di rimedi manutentivi idonei ad offrire un più ampio ventaglio di tutele alle parti e ad allineare l’ordinamento italiano alle più recenti tendenze emerse a livello europeo.

¹²⁹ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 320-324.

L'orientamento fondato sulla promozione di rimedi manutentivi come alternativa allo scioglimento del rapporto contrattuale rappresenta oggi la soluzione più diffusa nei maggiori sistemi giuridici di *civil law* oltre che nell'ambito del commercio internazionale e dei progetti di diritto privato europeo¹³⁰, ma non trova riscontro nell'ordinamento inglese.

Come mostrato dall'analisi sull'evoluzione della *doctrine of frustration* e ribadito dal recente caso *Canary Wharf v European Medicines Agency* deciso nel 2019 dalla *High Court of Justice*, nelle corti inglesi (in misura minore quelle statunitensi) prevale tutt'oggi il principio dell'*absolute contract* e, al fine di privilegiare la certezza del diritto, si predilige un'interpretazione restrittiva della fattispecie della *frustration*. Inoltre, il solo rimedio previsto dall'ordinamento inglese è il rimedio estintivo della *termination*.

L'assenza di rimedi di tipo manutentivo e la difficoltà con la quale le parti riescono ad ottenere la *discharge* a seguito di *frustration* determinano la necessità (e la prassi) di inserire all'interno dei contratti regolati dal diritto inglese specifiche clausole di *force majeure* o *hardship*, le quali possono anche prevedere obblighi di rinegoziazione a carico delle parti.

Nella pratica negoziale, dunque, le marcate divergenze tra *common law* e *civil law* in tema di rilevanza giuridica delle sopravvenienze e dei rimedi esperibili sembrano sbiadire alla luce della generale tendenza dei *common lawyer* ad una redazione dettagliata dei termini contrattuali attraverso la quale le parti tutelano i propri interessi economici.

¹³⁰ P. SIRENA, Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359 ss.; F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, p. 134 ss.

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 antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno".

L'affermazione di un'obbligazione indennitaria *ex lege* per attività non antigiuridica 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 antigiuridicità".

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 antigiuridicità 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 antigiuridico 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, *laia*, 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 soddisfattivo 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 statuale 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 antigiusuridici 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 giudicato 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 Pecheur - 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; *Iaia*, 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 Iata, 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), Iaia (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 statuale 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 statutale 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 statuale 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 antigiuridicità 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 antigiusuridico anche sul piano dell'ordinamento interno, tuttavia non è riconducibile all'illecito ex articolo 2043 codice civile ma rappresenta un fatto antigiusuridico 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 Pecheur - 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 falcidia 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 statutale non aveva altro onere che dimostrare detta frequenza. Essa, congiunta all'inadempimento statutale 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 statutale – 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 falcidia 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; conff. 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 esposte 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.

AUTORI

PIERRE DE GIOIA CARABELLESE, Professor (full) of Law in England (Chair, Huddersfield, 2017), Fellow of Advance HE (York, UK) & Appointed Professor (full) of Business Law and Regulation in Australia (2020). Solicitor & Notary Public (Edinburgh, UK), Avvocato (Rome, ITA)

SERGIO DI AMATO, Avvocato, Docente di Diritto delle crisi d'impresa nell'Università LUISS Guido Carli

CAROLA PAGLIARIN, Associate Professor of Administrative Law (Padova Law School, ITA), Avvocato (Padua, ITA)

LIVIA VENTURA, Dottore di ricerca in Diritto dell'Economia dell'Impresa - Diritto Commerciale Comparato e Uniforme (XXV ciclo), Università La Sapienza di Roma

LLR - LUISS Law Review
Rivista online del centro di ricerca LUISS DREAM
Dipartimento di Giurisprudenza LUISS Guido Carli
Registrata presso il Tribunale di Roma con il n. 65/2016
ISSN 2531-6915
Direttore responsabile: Gian Domenico Mosco
Responsabile di redazione: Raffaella Scarabino
LUISS Guido Carli - Viale Pola, 12, 00198 Roma, Italia P.I. 01067231009