

SUL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA
Il Rimedio Risarcitorio per
omessa/inesatta/tardiva attuazione
dell'obbligo di cui
all'art. 13 direttiva n.82/76/cee

*L'errore, il male, il brutto, non devono impedirci
di riconoscere e di scoprire
la verità, il buono, il bello ovunque si trovino¹.*

L'odissea normativa ed esegetica, che si riscontra in Italia nel recepire le direttive dell'Unione Europea, testimonia la costante difficoltà del nostro Stato ad adeguarsi alle regole che questa può e che deve emanare nell'ambito delle proprie competenze, al fine di creare un nuovo ordinamento destinato alle generazioni future. La ragione principale dell'omesso/errato/tardivo recepimento è che le nuove regole e discipline, sovente, agitano molte questioni collaterali che toccano gli interessi di chi governa, che tenta di ritardarne quanto più possibile l'applicazione. Con ciò contravvenendo all'obbligo, derivante dai principi di "*leale collaborazione*"², di "*preminenza*"³, e di "*effettività*"⁴ del diritto dell'Unione, di dare completa attuazione alla normativa europea (sia primaria che derivata, incluse le sentenze della Corte di Giustizia) e di astenersi dall'adottare misure che, alterandone l'efficacia, ne impediscano una applicazione uniforme.

Per obbligare gli Stati ad attuare gli scopi perseguiti dall'Unione, sono stati previsti due rimedi di controllo e sanzionatori: a) il procedimento d'infrazione, disciplinato nei Trattati⁵ ed attivabile a discrezione della Commissione, che può terminare con una sentenza della Corte di Giustizia di condanna dello Stato a sanzioni pecuniarie, b) il principio, elaborato dalla Corte di Lussemburgo, della responsabilità risarcitoria dello

¹ Rudolf Steiner, *Introduzione all'antroposofia*, 1910.

² art. 4 TUE, ex art. 10 TCE, ex art. 5 TCEE.

³ Nella sentenza 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, causa C-6/64, la Corte di Giustizia dichiarava il primato del diritto comunitario sulle disposizioni interne degli Stati membri, risultandone diversamente scosso lo stesso fondamento giuridico della Comunità ed impraticabile il riconoscimento e la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dall'ordinamento comunitario. Nella sentenza 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal*, causa C-106/77, la Corte chiariva che l'entrata in vigore delle norme direttamente applicabili del diritto comunitario rendeva *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione interna con esse incompatibile, precedente o successiva, e che il Giudice nazionale aveva l'obbligo di disapplicare tali disposizioni, senza attenderne l'abrogazione per via legislativa o l'annullamento a cura della Corte Costituzionale.

⁴ art. 19.2 TUE e art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

⁵ art. 258 TFUE, ex 226 Tr. Nizza, ex 169 Tr. Roma.

Stato per i danni che i suoi organi (legislativi, esecutivi, giudiziari), nell'esercizio delle loro funzioni, arrecano ai singoli quando violano il diritto dell'Unione ⁶.

Con il primo rimedio è la stessa Commissione ad effettuare un controllo diretto sull'operato degli Stati. Con il secondo, il controllo è attribuito ai cittadini, che lo esercitano di fronte alle giurisdizioni interne attivandolo quale ultima soluzione a provvedimenti o comportamenti lesivi dei diritti loro attribuiti⁷. In ogni caso, l'obbligo al risarcimento del danno costituisce un rimedio generale, utilizzabile per qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, anche di un principio generale, di un diritto fondamentale, di statuizioni contenute in una sentenza della Corte di Giustizia, qualunque sia l'organo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione ed indipendentemente dall'efficacia diretta o meno della norma violata, come in ipotesi di omessa/non corretta/tardiva trasposizione di una direttiva entro il termine di recepimento. La regola della responsabilità risarcitoria dello Stato, connotata da un indubbio carattere sanzionatorio, è stata affermata dalla Corte sia richiamando il parallelo regime della responsabilità extracontrattuale dell'Unione, sia perché ritenuta regola "*inerente al sistema dei Trattati*", sebbene non sia mai stata in essi inserita per non precluderne ulteriori sviluppi giurisprudenziali, considerata la resistenza manifestata dagli

⁶ Posta la copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato, ci si limita a rammentare la sentenza 19 novembre 1991, *Francovich e Bonifaci*, cause C-6/90 e C-9/90, con cui la Corte ha dato corpo ad un principio, già accennato nelle sentenze 16 dicembre 1960, *Humblet c. Stato belga*, causa C-6/60 e 22 gennaio 1976, *Russo c. Aima*, causa C-60/75, destinato ad avere sempre più impatto negli ordinamenti degli Stati membri. Nel caso di specie (omessa trasposizione di una direttiva), la Corte afferma che l'efficacia delle norme comunitarie, e la tutela dei diritti dalle stesse attribuiti ai singoli, sarebbero messe a repentaglio se questi non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento a fronte di violazioni imputabili allo Stato membro, specie quando l'efficacia delle norme sia subordinata ad un obbligo cui lo Stato deve dare contenuto entro un termine stabilito e che, se omesso, impedisce ai cittadini di far valere in via giudiziaria le proprie posizioni giuridiche soggettive. Le condizioni affinché sorga il diritto del cittadino al risarcimento del danno sono: che l'effetto utile prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva; che sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi. Nella successiva sentenza 5 marzo 1993, *Brasserie du Pêcheur SA e Factortame Ltd.*, cause C-46/93 e C-48/93, avente ad oggetto disposizioni interne incompatibili con il Trattato, la Corte afferma che la responsabilità risarcitoria dello Stato sorge a prescindere dall'organo nazionale (legislativo, esecutivo, giudiziario) che ha prodotto il danno e che la violazione deve essere manifesta e grave. La violazione è sempre da reputare manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione. Nella sentenza 8 ottobre 1996, *Dillenkofer e a.*, cause riunite C-178/97, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, la Corte aggiunge che la violazione manifesta e grave si verifica *ipso iure* qualora uno Stato non adotti entro il termine assegnato i provvedimenti necessari per raggiungere il risultato, o effetto utile, prescritto da una direttiva.

⁷ Per consolidata giurisprudenza, scaduto il termine di recepimento, in caso di disposizioni *self executing* i cittadini possono chiederne l'applicazione diretta ed il giudice nazionale deve garantirne la piena efficacia, anche disapplicando le norme interne con esse in contrasto, anteriori o successive. Mentre, in caso di disposizioni non *self executing*, il giudice dovrà procedere ad una interpretazione delle norme interne in senso conforme all'effetto utile della direttiva, ovvero, come estrema *ratio*, procedere al risarcimento del danno.

Stati alla sua generale applicazione in assenza di norme interne che espressamente la prevedano⁸.

Tra i fenomeni di lunga durata di manifesto inadempimento dello Stato Italiano, in tema di recepimento di direttive comunitarie, è da annoverare l'omessa/non corretta/tardiva trasposizione dell'obbligo di corrispondere un'"*adeguata remunerazione*" ai medici iscritti ai corsi di specializzazione, introdotto dall'art. 13 della direttiva n.82/76/CEE.

Appare opportuno procedere ad una sintesi dei fatti. Per garantire una libera circolazione dei professionisti medici nel mercato comune, la Comunità era intervenuta ad uniformare negli Stati membri i corsi di laurea e di specializzazione con due direttive: la n. 75/362/CEE, c.d. "*direttiva riconoscimento*", e la n. 75/363/CEE, c.d. "*direttiva coordinamento*", successivamente modificate dalla direttiva n. 82/76/CEE, con cui si stabiliva l'obbligo di attribuire ai medici in formazione specialistica un'"*adeguata remunerazione*", da recepire entro il termine ultimo del 31 dicembre 1982. In concreto, l'obbligo costituiva presupposto per il reciproco riconoscimento dei titoli specialistici, quale contropartita al fatto che i medici in formazione garantissero la frequenza ai corsi e rinunciassero a procurarsi altrove le risorse economiche di sussistenza. Successivamente, le tre direttive nn. 75/362/CEE, 75/363/CEE e 82/76/CEE venivano abrogate e trasfuse nel Testo Unico direttiva n. 93/16/CEE, lasciando inalterate le disposizioni sul termine ultimo di recepimento e dell'obbligo di fissare una "*adeguata remunerazione*". La direttiva n. 93/16/CEE è stata infine abrogata dalla direttiva n. 2005/36/CEE, nella quale, insieme a disposizioni riguardanti ulteriori professioni, sono state trasfuse e riviste quelle previste per i medici specializzandi, con termine ultimo di recepimento fissato al 20 ottobre 2007. Anche questa direttiva ha mantenuto l'obbligo di retribuire *adeguatamente* i medici in formazione specialistica.

Nel recepire le direttive, lo Stato italiano ha adottato questa strategia.

Circa dieci anni dopo l'emanazione delle prime tre direttive, e solo a conclusione di una procedura d'infrazione con sentenza di condanna della Corte di Giustizia per omesso recepimento (7 luglio 1987, *Commissione/Italia*, causa C-49/86), il Governo emanava il D.Lgs. 8 agosto 1991 n. 257, il cui art. 6 attribuiva agli specializzandi una "*borsa di studio*" annuale di 21 milioni e 500 mila lire, con la previsione di una sua rivalutazione annuale sulla base del tasso programmato d'inflazione e triennale sulla base del miglioramento stipendiale previsto dai contratti collettivi dei medici dipendenti dal SSN. Tuttavia, l'importo della "*borsa di studio*" veniva rivalutato solo una volta nel 1993, per poi restare invariato sino all'anno accademico 2006/2007, atteso che l'indicizzazione veniva bloccata sino al 2005 e che non veniva attribuita la rideterminazione triennale, sul presupposto che la "*borsa di studio*" non costituisse "*stipendio*", sebbene la Corte Costituzionale avesse riconosciuto la legittimità e l'operatività della misura nella sentenza n. 432/1997. Infine, se ne limitava l'applicazione ai soli medici iscritti alle scuole di specializzazione a far tempo dall'anno accademico 1991/1992.

Tale disposto apriva un vasto contenzioso con i medici iscritti ai corsi negli anni precedenti, che chiedevano l'applicazione retroattiva del provvedimento sin dal termine ultimo fissato per il recepimento della direttiva n.82/76/CEE. Lo Stato Italiano, in modo non esaustivo, riteneva di poter risolvere la questione con l'art. 11 della legge 19 ottobre 1999 n. 370, stabilendo la liquidazione di un importo forfettario, altresì limitandone

⁸ L'unica disciplina comunitaria, che esplicitamente prevede l'obbligo di riconoscere le pretese risarcitorie dei singoli, è quella contenuta nelle cosiddette "*Direttive Ricorsi*" (la prima è la direttiva del Consiglio n. 89/665/CEE) in tema di gare per appalti pubblici, ove al concorrente danneggiato dall'illegittimo comportamento della pubblica amministrazione è riconosciuto il risarcimento del danno per la lesione di qualsiasi posizione giuridica soggettiva, anche configurata quale interesse legittimo pretensivo, come poi riconosciuto nella sentenza n. 500/1999 della Corte di Cassazione, attraverso l'elaborazione di un nuovo angolo di visuale dell'art. 2043 cod.civ..

l'applicazione ai soli medici che avessero esperito vittoriosamente ricorso al TAR. Mentre la giurisprudenza di legittimità, anche a seguito degli interventi della Corte di Giustizia (sentenze *Carbonari*⁹ e *Gozza*¹⁰), ha poi avuto modo di aderire al generale canone ermeneutico comunitario che impone allo Stato membro di adeguare l'ordinamento interno a quello comunitario anche per via giurisprudenziale, dovendo la normativa interna cedere il passo a quella comunitaria ove risulti essere con questa in contrasto e posto che l'obbligo di tale adeguamento grava su tutte le istituzioni dello Stato, inclusa la Magistratura. In tal modo è stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno agli specializzandi iscritti ai corsi prima dell'anno 1992 ed anche a quelli frequentanti a cavallo del termine di recepimento, senza, quindi, effettuare alcuna distinzione in ordine all'anno di iscrizione al corso di specializzazione, non trovando riscontro nelle direttive comunitarie la limitazione ai soli medici iscritti ai corsi a partire dal 31 dicembre 1982 (Cass. Sez.Lav. n.17434 del 2 settembre 2015).

Come detto, sul punto dell' *adeguata remunerazione* era intervenuta la Corte di Giustizia con le sentenze *Carbonari* e *Gozza*, nelle quali la Corte fissava dei principi basilari, da considerarsi incorporati nelle norme di riferimento e vevoli *erga omnes* per analoghi casi anteriori o successivi: a) l'obbligo di retribuire i periodi di formazione specialistica medica è incondizionato e sufficientemente preciso da essere azionato davanti alle giurisdizioni nazionali¹¹; b) sebbene la direttiva non contenga alcuna definizione della nozione comunitaria di "*adeguata remunerazione*", né i criteri di sua quantificazione, lasciati alla competenza degli Stati membri, rimane l'obbligo per lo Stato di conseguire l'effetto utile fissato e, per il giudice nazionale, l'obbligo di interpretare il diritto interno in modo conforme al diritto comunitario, per realizzare le posizioni giuridiche soggettive garantite dalla direttiva; c) qualora tale interpretazione conforme non sia possibile, a carico dello Stato inadempiente sorge in via residuale l'obbligo di risarcire il danno causato ai singoli, purché siano accertate le condizioni già previste nelle sentenze *Franovich e Bonifaci*, e *Dillenkofer e a.*; d) l'applicazione retroattiva e completa delle misure adottate in attuazione di una direttiva, a condizione che la direttiva stessa sia stata correttamente recepita, costituisce misura sufficiente a garantire un adeguato risarcimento per non aver goduto dei vantaggi pecuniari dalla stessa garantiti, salva la possibilità di provare ulteriori danni. L'ammontare della riparazione sarà poi determinato in base alle norme interne sulla responsabilità¹².

Con il successivo D.Lgs. 17 agosto 1999 n.368, considerata la necessità di rivedere la disciplina dei corsi di specializzazione, che non collimavano con quanto disposto dalla Comunità, e l'inadeguatezza della "*borsa di studio*" corrisposta (rispetto all'effetto utile perseguito dalla direttiva), lo Stato interveniva modificando la disciplina dei corsi e fissando nuovi criteri per la determinazione dell' "*adeguata remunerazione*", ma rimandandone la quantificazione e l'attribuzione ad un apposito provvedimento legislativo, in attesa del quale dovevano ancora trovare applicazione le disposizioni di cui all'art. 6

⁹ 25 febbraio 1999, *Carbonari*, causa C-131/97.

¹⁰ 3 ottobre 2000, *Gozza*, causa C-371/97.

¹¹ Il che significa che la norma è dotata di effetto diretto, in quanto, considerata alla luce del suo scopo e del suo contesto, lascia al legislatore un margine di discrezionalità interpretativa molto limitato in merito al suo contenuto.

¹² Nella sentenza 5 marzo 1993, *Brasserie du Pecheur SA e Factortame Ltd.*, C-46/93 e C-48/93, la Corte aveva stabilito che il *quantum* del risarcimento deve essere adeguato al danno subito e che, in mancanza di norme comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno degli Stati fissare i criteri che consentono di determinarne l'entità, fermo restando che essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami o azioni analoghe fondate sul diritto interno (principio di equivalenza) e che non possono in nessun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento (principio di effettività).

del D.Lgs. 8 agosto 1991 n. 257, poi prorogate sino all'anno accademico 2005/2006 con D.Lgs. n.517 del 21 dicembre 1999.

Con il comma 300 dell'art.1 legge 23 dicembre 2005 n.266 (legge finanziaria 2006) lo Stato Italiano modificava gli articoli 37, 39, 41, 46 del D.Lgs. 17 agosto 1999 n.368, rinviando all'emanazione di Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (e non più ad un provvedimento legislativo) sia la definizione del modello di contratto di "*formazione specialistica*" (atteso che la precedente qualificazione di "*formazione lavoro*" induceva a chiedere il riconoscimento di un rapporto di lavoro di natura subordinato), sia la quantificazione dell'"*adeguata remunerazione*", sia la definizione della copertura finanziaria, stabilendo che l'applicazione delle misure di cui all'art. 39, commi 3 e 4-bis, dovesse decorrere dall'anno accademico 2006/2007 e che per gli anni precedenti dovessero ancora applicarsi le disposizioni di cui all'art. 6 D.Lgs. 8 agosto 1991, n. 257.

Solo con i D.P.C.M del 7 marzo, del 6 luglio e del 2 novembre 2007 lo Stato Italiano finalmente completava, sotto il profilo sostanziale e non più meramente formale, l'iter normativo per l'attuazione del diritto ad una "*adeguata remunerazione*", provvedendo: a) alla corretta determinazione del compenso promesso agli specializzandi con il D.Lgs. n. 368/1999, b) alla definizione del modello di contratto da utilizzare, c) a stabilire la copertura finanziaria. Tuttavia, l'ambito applicativo soggettivo veniva limitato ai soli medici iscritti ai corsi nell'anno accademico 2006/2007, in modo analogo a quanto si era previsto con il D.Lgs n.257/1991 nei confronti degli specializzandi iscritti ai corsi prima del 1992. Con ciò aprendosi un nuovo filone di ricorsi, con i quali i medici che avevano usufruito della "*borsa di studio*" chiedevano l'applicazione retroattiva del provvedimento DPCM 7 marzo 2007, quale misura sufficiente a garantire un adeguato risarcimento del danno, posto che dal 2007 alla nozione di "*adeguata remunerazione*" corrispondeva un importo di euro 25.000,00 per i primi due anni e di euro 26.000,00 per gli anni successivi, a fronte di una "*borsa di studio*" rimasta fissa negli anni precedenti, dal 1992 al 2006, a 11.598,33 euro, con la cospicua differenza di 13.401,67 euro per i primi due anni e di 14.401,67 euro per gli anni successivi, pari a più del doppio della precedente "*borsa di studio*", oltre oneri previdenziali ed assicurativi a carico dell'azienda, oltre benefici in precedenza non previsti, quali trenta giorni retribuiti per assenza giustificata (impropriamente definiti ferie), quaranta giorni retribuiti per malattia, tutela della gravidanza (D.Lgs. 151/2001), possibilità di svolgere attività intramuraria e di lavoro occasionale, detrazioni per il carico di famiglia e per lavoro dipendente.

Ma le soluzioni al problema della qualificazione giuridica della responsabilità risarcitoria dello Stato e del relativo termine di prescrizione e del *dies a quo*, venivano lasciate alla differenti argomentazioni delle Corti di merito e delle Sezioni Semplici della Cassazione.

Allora, sul punto intervenivano le Sezioni Unite con sentenza n. 9147 del 17 aprile 2009, con cui si affermava che, in caso di omessa, non corretta o tardiva trasposizione entro il termine prescritto delle disposizioni di una direttiva, sorge il diritto del cittadino al risarcimento del danno, anche a prescindere da uno specifico intervento legislativo che lo preveda, il quale va ricondotto allo schema della responsabilità per inadempimento *ex lege* dello Stato di natura indennitaria per attività "*non antigiuridica*" sul piano del diritto interno (prefigurando in tal modo una forma di responsabilità da atto lecito). Il risarcimento, avente natura di credito di valore, deve essere determinato con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'adeguata compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando la pretesa risarcitoria assoggettata all'ordinario termine prescrizione decennale, in quanto diretta all'adempimento di un'obbligazione *ex lege* riconducibile all'area della responsabilità contrattuale. Risolvendosi in tal modo il problema del

controverso inquadramento giurisprudenziale della fattispecie all'interno dell'art. 2043 cod.civ.

A questi principi si sono adeguate le Sezioni Semplici, altresì affermando che le Sezioni Unite non avevano inteso escludere l'antigiuridicità della violazione del diritto dell'Unione sul piano dell'ordinamento interno, bensì evidenziare la mera assenza del requisito della fattispecie aquiliana; che l'obbligo al risarcimento del danno deriva direttamente dal diritto dell'Unione perché nascente dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio precedente (derivato allo Stato Italiano dall'aver aderito ai Trattati della Comunità e di essersi obbligato all'adempimento dei relativi oneri, fra i quali quello di predisporre entro il termine assegnato le misure opportune per conseguire l'effetto utile perseguito da una direttiva) e che, pertanto, il comportamento del Governo Italiano era omissivo ed antigiuridico anche sul piano dell'ordinamento interno, dovendosi ricondurre ogni obbligazione nell'ambito della ripartizione di cui all'art. 1173 cod.civ.

Tuttavia, le Sezioni Unite non affrontavano il problema del *dies a quo* della prescrizione, né precisavano il criterio da seguire per la liquidazione del danno "indennitario", da effettuarsi secondo le regole dell'ordinamento interno, in virtù del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, e con l'obbligo di osservare i principi di "equivalenza" e di "effettività" della tutela giurisdizionale.

Dall'analisi dei fatti, risulta che le formali previsioni del legislatore in tema di "adeguata remunerazione" non trovavano concreta e corretta corrispondenza sostanziale né nel D.Lgs. 8 agosto 1991 n. 257, che ne aveva stabilita una quantificazione da "borsa di studio", altresì escludendone l'applicazione a situazioni pregresse, né nel D.Lgs. 17 agosto 1999 n.368, che si limitava a promettere l'"adeguata remunerazione" ad un futuro indeterminato, né, tanto meno, nella legge n. 370 del 19 ottobre 1999, che non poteva considerarsi trasposizione fedele dell'obbligo comunitario, attese le limitazioni soggettive e quantitative previste, lesive del principio di non discriminazione e di effettività del diritto dell'Unione.

Le ragioni di tali inadempimenti sono da individuarsi in scelte motivate da ragioni di contenimento della spesa pubblica, la quali, tuttavia, non possono ritenersi giustificate né da un principio di ragionevolezza né da ragioni obiettive, posto che la direttiva tracciava un rapporto "anche" lavorativo del medico specializzando, stante l'oggettiva analogia, se non identità, delle mansioni svolte dagli specializzandi rispetto a quelle svolte dai medici dipendenti dal SSN nei medesimi reparti e dalle quali l'ente di riferimento di fatto traeva vantaggio; che la nozione di "remunerazione" (tradotta dal termine francese "remuneration" che significa, per l'appunto, "retribuzione"¹³) avrebbe dovuto in qualche modo rispondere all'affermato principio comunitario di non discriminazione retributiva in ipotesi di equivalenza di prestazioni lavorative (Carta di Nizza art. 21, CEDU art. 14)¹⁴; che la nozione di "adeguatezza" in tanto può sussistere in quanto sia proporzionata a qualcosa e, nel caso di specie, avrebbe dovuto essere proporzionata agli stipendi percepiti dai medici dipendenti dal SSN, in quanto questi svolgevano prestazioni comparabili a quelle degli specializzandi; che lo Stato italiano non poteva ritenere di aver recepito correttamente l'obbligo comunitario di corrispondere una "adeguata remunerazione" con l'attribuzione in sua vece di una "borsa di studio", al contempo sospendendo e

¹³ Ai sensi dell'articolo 157.2 TFUE (ex articolo 141 TCE), la retribuzione comprende "il salario o trattamento normale di base o minimo comprensivo di tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo".

¹⁴ Come, ad esempio, affermato nella clausola 4.1 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP, allegato alla Direttiva 1999/70/CE, in tema di discriminazioni nelle condizioni d'impiego fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato.

disapplicando i previsti meccanismi di adeguamento, ovvero differendo ad un futuro indeterminato la sua corretta quantificazione, in concreto dopo ben quindici anni, cioè dal 1992 al 2007; che lo Stato non poteva pensare di avere adempiuto all'obbligo nei confronti dei medici rimasti privi di "borsa di studio" con la legge n. 370 del 19 ottobre 1999, che prevedeva esclusioni soggettive e quantitative, in violazione del divieto di discriminazione ed in assenza di ragioni obiettive che le giustificassero; che i giudici aditi non potevano ritenersi nel giusto nel non sindacare la "borsa di studio" sotto il profilo della sua adeguatezza, posto che la piena efficacia del diritto dell'Unione deve trovare soluzione anche per via giurisprudenziale; che, pertanto, l'omesso ed il non corretto recepimento della direttiva integravano violazioni gravi e manifeste dell'effetto utile perseguito con la stessa, cui il legislatore nazionale avrebbe dovuto uniformarsi entro il 31 dicembre 1982, in applicazione dei principi di leale collaborazione, di preminenza e di effettività del diritto dell'Unione, derivandone il sorgere per i medici del diritto al risarcimento del danno.

Infine, va osservato che, nel bilanciamento d'interessi costituzionalmente protetti, una crisi economico-finanziaria, sostanzialmente causata dalla crescita del debito pubblico, per carenza di avvedutezza del Governo nel non combattere gli sprechi provocati da corruzione e clientelismo, non costituisce motivo ragionevole ed obiettivamente rilevante per far ritenere che i diritti sociali ed economici siano un lusso che non ci si possa più permettere, atteso che l'obbligo anche sovranazionale di tutelare il diritto alla salute, quale diritto fondamentale ed inviolabile dell'essere umano, vincola lo Stato a fornire un'adeguata preparazione agli specialisti in tale settore impegnati e, pertanto, questi non possono, nel corso della loro specializzazione, essere distratti dalla ricerca di altre fonti di guadagno molto più remunerative, pena la loro scarsa preparazione ed i conseguenti danni patrimoniali e non che gli enti del Servizio Sanitario Nazionale e le loro compagnie di assicurazione saranno obbligati poi a riparare (ovvero che altri Stati membri dell'Unione saranno obbligati a riparare nel caso in cui il medico italiano vada in questi a lavorare).

Punto estremamente controverso è stato quello di fissare il *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, con varie e fantasiose soluzioni offerte dalle Corti di merito ed anche dalla Cassazione (atteso che nel 2009 le Sezioni Unite non avevano sul punto stabilito alcunché), dimentiche di quanto aveva affermato la Corte di Giustizia con la sentenza *Emmot*¹⁵, vale a dire che il proprio accertamento della violazione è influente sul *dies a quo* del termine di prescrizione interno quando la violazione è certa e che, pertanto, fino alla corretta e compiuta trasposizione del diritto comunitario nella legislazione nazionale ogni eccezione di prescrizione dovrebbe essere preclusa. Nel caso dei medici specializzandi, la certezza della violazione per omesso recepimento è provata dalla sentenza di condanna della Corte di Giustizia (7 luglio 1987, *Commissione/Italia*, causa C-49/86) e la certezza della violazione per non corretto recepimento è provata dal "ravvedimento operoso" promesso dal legislatore con D.Lgs. 17

¹⁵ 25 luglio 1991, *Emmot*, caus aC-208/90, *Finché una direttiva non è stata correttamente trasposta nel diritto nazionale, i singoli non sono in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti. Tale situazione d'incertezza per i singoli sussiste anche dopo una sentenza con cui la Corte ha dichiarato che lo Stato membro di cui trattasi non ha soddisfatto gli obblighi che ad esso incombono ai sensi della direttiva, e anche se la Corte ha riconosciuto che l'una o l'altra delle disposizioni della direttiva è sufficientemente precisa ed incondizionata per essere fatta valere dinanzi ad un giudice nazionale. Solo la corretta trasposizione della direttiva porrà fine a tale stato d'incertezza e solo al momento di tale trasposizione si è creata la certezza giuridica necessaria per pretendere dai singoli che essi facciano valere i loro diritti. Ne deriva che, fino al momento dell'esatta trasposizione della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni di tale direttiva, e che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento.*

agosto 1999 n.368 ma attuato solo con il D.P.C.M. 7 marzo 2007. Pertanto, fino a tale data, la prescrizione del rimedio risarcitorio non è iniziata a decorrere per tutti i medici specializzati.

La sentenza *Emmot* è stata richiamata dalla Corte nella sentenza *laia*¹⁶, con cui era nuovamente intervenuta per rispondere al quesito se il diritto dell'Unione consenta ad uno Stato membro di eccepire la prescrizione a fronte della domanda di esercizio di un diritto conferito da una direttiva, oppure a fronte della domanda di risarcimento del danno per omessa o non corretta trasposizione della stessa nel termine assegnato. Con soluzione salomonica, la Corte ha, da un lato, dichiarato compatibile con il diritto dell'Unione, nell'interesse della certezza del diritto, la fissazione di termini di ricorso interni ragionevoli a pena di decadenza, ma solo nella misura in cui il termine non sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto e, pertanto, come affermato nella sentenza *Emmot*, fino al momento della corretta trasposizione della direttiva lo Stato membro non può eccepire la prescrizione. Dall'altro, richiamando sentenze successive alla *Emmot*, la Corte ha precisato di avere anche affermato che l'enunciato principio non può dirsi operante in qualsiasi circostanza, ma solo se lo Stato inadempiente, con il suo comportamento, è stato all'origine della tardività del ricorso per aver prodotto nel ricorrente uno stato d'incertezza, che lo ha privato della facoltà di decidere se e quando esercitare davanti ai giudici nazionali il diritto soggettivo che gli spetta in base alle norme dell'Unione Europea.

Nel caso dei medici che non avevano, o che avevano ricevuto la "*borsa di studio*", lo stato d'incertezza era stato prodotto dall'attesa sia della corretta quantificazione interna del diritto ad una "*adeguata remunerazione*", sia del riconoscimento interno del diritto al risarcimento del danno, dovendosi osservare: che quando è stato emanato il D.Lgs. 8 agosto 1991 n. 257 si era appena agli albori del riconoscimento a livello comunitario e nazionale del rimedio risarcitorio nel caso di specie, atteso che solo con le sentenze "*Carbonari*" del 25 febbraio 1999 e "*Gozza*" del 3 ottobre 2000 ne sono emersi i requisiti di sussistenza e che solo con la sentenza SS.UU. 17 aprile 2009 ne sono stati riconosciuti principi e regole, fissandone la qualificazione giuridica nell'ordinamento interno; che l'adempimento parziale, incompleto ed infedele di una direttiva, come avvenuto con il D.Lgs 257/1991 e con la legge n. 370 del 19 ottobre 1999, non può mutare la situazione di inadempienza dello Stato membro, derivandone che la permanente violazione del diritto comunitario perpetua l'obbligo risarcitorio "*de die in diem*"; che con il D.Lgs. 17 agosto 1999 n.368 il legislatore aveva manifestato l'intenzione di procedere ad una corretta quantificazione dell'obbligo, anche se rinviato ad un incerto futuro, e che, pertanto, anche i medici rimasti esclusi dalla legge n. 370 del 19 ottobre 1999 non potevano avere ragionevole certezza che lo Stato non avrebbe più emanato atti di adempimento nei loro confronti, derivandone che tutti i medici erano stati lasciati in uno stato d'incertezza in attesa del provvedimento definitivo; che è la stessa formulazione letterale dell'art. 2935 cod.civ. a fissare il termine iniziale di decorrenza della prescrizione nel giorno in cui il diritto PUO' essere fatto valere, con riferimento all'azionabilità concreta del rimedio risarcitorio, cioè solo dalla piena conoscibilità del corretto adempimento dell'obbligo, posto che, in sua assenza, il danneggiato è privo di un parametro di riferimento circa la valutazione delle differenze cui può aver diritto, e che, pertanto, il danno subito è divenuto apprezzabile solo con la pubblicazione del D.P.C.M. 7 marzo 2007 e che solo da tale data è cessato l'inadempimento dello Stato e la prescrizione ha iniziato a decorrere.

Merita altresì ricordare che, dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 9147 del 17 aprile 2009, il nostro legislatore si è premurato di introdurre nell'ordinamento nazionale la

¹⁶ 19 maggio 2011, *laia*, causa C-452/09.

seguinte disposizione, di cui all'art. 4, comma 43, della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012, ex legge finanziaria, pubblicata in G.U. 14 novembre 2011, n. 265): *"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"*. Ebbene, con argomentata motivazione, la Cassazione (sentenza 8 febbraio 2012 n. 1850) ha subito dichiarato la norma non applicabile a fattispecie di violazioni pregresse del diritto dell'Unione. Pertanto, essa potrà spiegare effetti soltanto per la prescrizione di diritti insorti successivamente alla sua entrata in vigore (1° gennaio 2012) e, quindi, derivanti da fattispecie di mancato recepimento verificatesi dopo l'intervento del legislatore.

Per quanto riguarda il criterio di liquidazione del danno, va menzionato l'approdo della sentenza n. 8243 del 22 aprile 2015, con cui la Sezione Lavoro della Cassazione, richiamando quanto statuito dalle Sezioni Unite nel 2009 sulla natura giuridica del diritto risarcitorio (inadempimento *ex lege* dello Stato riconducibile all'area della responsabilità contrattuale) e cassando con rinvio la sentenza della Corte d'Appello, ha concluso con il seguente principio di diritto *"Il danno risarcibile è conseguentemente pari alla differenza fra il trattamento che i ricorrenti avrebbero percepito se la direttiva comunitaria in questione fosse stata attuata immediatamente, e quello effettivamente percepito"*. Tuttavia, a mente della dichiarata natura indennitaria e di valore del risarcimento in questione, la liquidazione dovrebbe avvenire con un'operazione di devaluazione (attualizzazione) monetaria su base annuale delle misure di cui al D.P.C.M. 7 marzo 2007, da calcolarsi per ogni singolo anno di corso frequentato, con detrazione o meno di quanto percepito a titolo di *"borsa di studio"* e sul risultato applicare la rivalutazione annuale sulla base dell'indice FOI ed interessi compensativi sino al saldo.

Ad ogni modo, rileva che la Cassazione non ha condiviso la motivazione della sentenza della Corte d'Appello, nella quale si sosteneva che i ricorrenti, avendo percepito la *"borsa di studio"*, non potessero lamentare alcun danno, in quanto il legislatore italiano si era adeguato alle precedenti direttive già con il D.Lgs. n.257 del 1991 e che il successivo D.Lgs. n.368 del 1999 non poteva essere applicato retroattivamente, in quanto la direttiva 93/16/CEE, cui dava esecuzione, non prevedeva un obbligo di remunerazione in misura superiore a quanto in precedenza previsto. Dimenticando che la direttiva 93/16/CEE era un mero Testo unico, che il contenuto logico e razionale della disposizione comunitaria era sempre rimasto identico sin dalla direttiva n.82/76/CE e che il D.Lgs. 17 agosto 1999 n.368 ed il D.P.C.M. 7 marzo 2007 ne costituivano *per tabulas* prova di non corretto recepimento. La Corte ha quindi accolto la tesi dei ricorrenti circa la sussistenza del loro diritto al risarcimento del danno per ritardata trasposizione della normativa comunitaria sotto il profilo dell'insufficienza della *"borsa di studio"* percepita, implicitamente riconoscendo che sul punto non era in discussione la direttiva n.93/16/CEE, ma la direttiva n.82/76/CE ed il relativo decreto di recepimento n. 257/1991, che aveva fissato una *"borsa di studio"* inadeguata rispetto all'effetto utile di remunerare *"adeguatamente"* i medici in cambio della loro rinuncia a reperire altrove i mezzi economici di sussistenza. Basti ricordare che lo stipendio tabellare minimo annuo per un dirigente medico nel 1994 era fissato fra lire 32.977.000 e lire 43.941.000, a seconda delle specializzazioni, oltre indennità integrativa, indennità di anzianità, contributi pensionistici ed assicurativi, ferie, malattie; a fronte di una *"borsa di studio"* di lire 22.467.500 priva di qualsiasi contributo o indennità ed al lordo della copertura assicurativa. Pertanto, tutti i medici che hanno usufruito della *"borsa di studio"*, indipendentemente dagli anni di frequenza ai corsi, hanno diritto al risarcimento del danno per i motivi e con i criteri di cui sopra.

In conclusione, il Giudice adito da medici specializzati, che non abbiano o che abbiano percepito la “*borsa di studio*” e che chiedano il risarcimento del danno per violazione del diritto ad una “*adeguata remunerazione*”, loro attribuito dall’Unione Europea con l’art. 13 della direttiva n. 82/76/CEE, dovrà riconoscere che l’omesso e il non corretto recepimento della disposizione in parola, entro il termine ultimo del 31 dicembre 1982, configurano inadempimenti gravi e manifesti del legislatore statale che legittimano la domanda risarcitoria. La sua liquidazione, attesa la dichiarata natura indennitaria del risarcimento e da considerarsi credito di valore, potrà avvenire con il criterio sopra indicato. Ad esempio, posto 25.000,00 euro l’importo previsto quale “*adeguata remunerazione*” per il primo e per il secondo anno di iscrizione al corso, il suo valore di attualizzazione al 1° gennaio 1994 è di euro 15.943,88 ed al 1° gennaio 1995 è di euro 16.556,29. Detratto quanto il medico ha ricevuto a titolo di “*borsa di studio*”, cioè 11.598,33 euro, sia per il primo che per il secondo anno, la somma dovuta è pari ad euro 4.336,55 per il primo anno e ad euro 4.957,96 per il secondo anno. Su tali importi andranno calcolate ed aggiunte la rivalutazione e gli interessi compensativi, i quali, ad esempio, ad aprile 2016 ammontano rispettivamente ad euro 11.079,49 per il primo anno e ad euro 11.702,50 per il secondo anno.

Nel caso di un medico che abbia frequentato il corso di specializzazione nel 1983 senza percepire alcuna “*borsa di studio*”, non sembrando corretto il riferimento a quanto prevedono la legge n. 370 del 19 ottobre 1999 o il D.Lgs 257/1991, in quanto inesatti adempimenti dello Stato, sempre con riferimento al corretto adempimento di cui al D.P.C.M. 7 marzo 2007, il valore di attualizzazione al 1983 dei 25.000,00 euro previsti per i primi due anni di corso è di euro 15.299,88, cui andranno aggiunti la rivalutazione e gli interessi compensativi sino al saldo, per un importo totale ad aprile 2016 di euro 42.328,70. Di fatto, la cifra corrisponde ai 25.000,00 euro più gli interessi compensativi, posto che in tal caso, non detraendo alcuna somma, attualizzazione e rivalutazione si compensano. Da osservare che gli interessi compensativi, comunque calcolati al tasso legale, ma dalla data dell’evento lesivo e non dalla domanda, non assolvono ad una funzione di remunerazione del ritardo, ma della disponibilità del denaro della quale ha usufruito lo Stato in assenza di corretto adempimento della direttiva entro il termine ultimo. Peraltro, la liquidazione potrebbe avvenire anche in via equitativa, sussistendo la prova *per tabulas* del fatto ontologico pregiudizievole.

Né lo Stato potrà eccepire l’avvenuta prescrizione decennale del diritto, che decorre solo dalla corretta trasposizione nell’ordinamento interno della disposizione di cui all’art. 13 della direttiva n.82/76/CE, vale a dire dalla pubblicazione del D.P.C.M. 7 marzo 2007.

Per quanto riguarda l’individuazione della giurisdizione competente a pronunciarsi in merito alla responsabilità risarcitoria dello Stato italiano per omesso, inesatto o tardivo recepimento di direttive comunitarie, la domanda andrà proposta nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con applicazione della regola del Foro erariale di cui all’art. 25 Cod.Proc.Civ.

Avv. Lucia Di Giovine