

# LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER INADEMPIMENTO DI OBBLIGHI COMUNITARI. IL PROBLEMA DELLA DECORRENZA E DELLA DURATA DEL RIMEDIO RISARCITORIO.

Di Mario Mauro

| 213

**SOMMARIO:** 1. *Il problema.* – 2. *La giurisprudenza della CGUE.* – 3. *Il recepimento nell'ordinamento interno.* – 3.1. *Illecito permanente e prescrizione.* – 4. *L'art. 4, co. 43, della Legge stabilità 2012.* – 5. *Un'altra possibile interpretazione.* 5.1. *Il diritto intertemporale.* – 6. *Conclusioni.*

## 1. Il problema

La questione che si pone all'attenzione è la seguente: entro quale termine possa essere fatta valere la responsabilità dello Stato che abbia ommesso di attuare un diritto riconosciuto dall'Unione europea.

Ai sensi dell'art. 4, co. 43 della *Legge di stabilità*<sup>1</sup>, «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».

Poiché ogni legge deve essere interpretata, i significati che possono essere attribuiti al disposto riportato possono essere molteplici.

La circostanza, sebbene fisiologica, collide con la fondamentale esigenza del soggetto di sapere con certezza la durata nel tempo del rimedio per la tutela di un proprio diritto ed il momento esatto in cui il termine fa il suo esordio.

Pertanto, tra la molteplicità di interpretazioni possibili, si tratta di individuare quella preferibile e che tenga in considerazione, al contempo, le ragioni dell'ordinamento e gli interessi delle parti.

Un contrasto si ravvisa già tra giurisprudenza di legittimità e di merito.

Secondo il Tribunale di Roma, la norma «ha natura d'interpretazione autentica e si applica retroattivamente alle fattispecie di danno verificatesi in epoca anteriore alla sua entrata in vi-

<sup>1</sup> L. 12 novembre 2011, n. 183. La norma è entrata in vigore il 1 gennaio 2012.



gore nonché alle relative prescrizioni ancora in corso»<sup>2</sup>.

Diversamente, ad avviso della Cassazione, il diritto al risarcimento del danno come disciplinato dalla nuova disciplina «non può che spiegare la sua efficacia rispetto a fatti verificatisi successivamente alla sua entrata in vigore»<sup>3</sup>.

Gli effetti prodotti dall'adesione all'una o all'altra opzione ermeneutica sono evidenti.

Il divieto di retroattività della legge civile, pur costituendo valore fondamentale di civiltà giuridica, non riceve nell'ordinamento la tutela privilegiata di cui all'art. 25 Cost.<sup>4</sup>, norma che rileva solo in ambito penale.

Come è noto, l'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale subordina l'efficacia della legge al solo futuro<sup>5</sup> ma, essendo la regola stabilita da una norma ordinaria, gli effetti retroattivi non sono in linea di principio preclusi<sup>6</sup>.

Il legislatore può disporre che una norma produca effetti retroattivi, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale», ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>7</sup>.

Effetti retroattivi sono prodotti anche da norme 'interpretative' e la Corte costituzionale ha indicato puntualmente i criteri<sup>8</sup>.

In linea di principio, questa non può dirsi costituzionalmente illegittima qualora si limiti ad assegnare alla disposizione interpretata un significato già in essa contenuto, riconoscibile

come una delle possibili letture del testo originario<sup>9</sup>.

In tal caso, infatti, la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire «situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo», in ragione di «un dibattito giurisprudenziale irrisolto»<sup>10</sup>, o di «ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore»<sup>11</sup>, a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale.

Accanto a tale caratteristica, la Consulta ha individuato anche una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi.

Essi sono attinenti alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento. Tra questi vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario<sup>12</sup>.

Per valutare se l'art. 4, co. 43, in commento sia in linea con tali indicazioni, si pone la necessità di esaminare la responsabilità dello Stato per inadempimento delle direttive comunitarie in una prospettiva storico-giurisprudenziale e, successivamente, valutare se esistesse una situazione di "oggettiva incertezza" da giustificare un intervento 'interpretativo' o se risultino indici da cui dedurre la retroattività.

Anticipando parzialmente le conclusioni, è possibile proporre una interpretazione della nuova disciplina non in rottura ma in continuità con la precedente tradizione giurisprudenziale, senza dover inferire che gli aspetti innovativi

<sup>2</sup> T. Roma, 12 aprile 2012, n. 7347, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2389 (s.m.) con nota di TODARO

<sup>3</sup> In questo senso, Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, in *DeJure*. Nello stesso senso cfr. anche Cass., 22 marzo 2012, n. 4575, in *DeJure*; Cass., 8 febbraio 2012, n. 1850, in *DeJure*. Nella giurisprudenza di merito cfr. C.A. Bari, 7 agosto 2012, n. 902, in *DeJure*.

<sup>4</sup> Ex multis, Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 236; Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 393, entrambe in *www.cortecostituzionale.it*

<sup>5</sup> «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo».

<sup>6</sup> Ex multis cfr. Cass., 22 febbraio 1983, n. 1323, in *DeJure* e, più di recente, Cass., 13 luglio 2012, n. 12003, in *DeJure*

<sup>7</sup> Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78

<sup>8</sup> Corte cost., 30 settembre 2011, n. 257, in *Foro it.*, 2012, I, c. 660; Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Foro it.*, 2012, 10, I, c. 2585

<sup>9</sup> ex plurimis: Corte cost., 30 settembre 2011, n. 257, cit.; Corte cost., 21 ottobre 2011, n. 271, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3517; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209, in *Foro it.*, 2011, I, c. 375; Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 24, in *Foro it.*, 2010, I, c. 415

<sup>10</sup> Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Foro it.*, 2010, 4, I, c. 1073

<sup>11</sup> Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, cit.

<sup>12</sup> Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209, cit. e Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78, cit.



della norma si applichino a fattispecie in cui il termine abbia già fatto il suo esordio.

Punto da cui muovere nell'affrontare il problema è il dialogo tra CGUE e Giudici nazionali nella costruzione del rimedio risarcitorio legato all'omessa trasposizione della direttiva e la connessa responsabilità dello Stato.

## 2. La giurisprudenza della CGUE

La scelta di prevedere un obbligo risarcitorio gravante sullo Stato inadempiente è da considerarsi abbastanza obbligata se si considera, da una parte, che, con l'allargamento delle aree di competenza del diritto dell'Unione, le occasioni di frizione con il diritto dei singoli Stati membri sono destinate ad aumentare; dall'altra, che la via risarcitoria si manifesta come quella più praticabile, presupponendo le altre tutele una qualche forma di coercizione e che di questa dispongono soltanto gli Stati membri<sup>13</sup>.

La struttura del rimedio risarcitorio si articola nell'ambito del riparto di competenze tra il diritto comunitario e quello interno: mentre il primo stabilisce il fondamento della responsabilità, il secondo si incarica di riparare le conseguenze enunciandone le condizioni formali e sostanziali.

In un procedimento del 1963<sup>14</sup> in materia di dazi doganali e di efficacia diretta dell'art. 25 Trattato CE, la Corte di Giustizia precisa che il diritto comunitario «indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone doveri ai singoli, attribuisce loro dei diritti soggettivi».

Il ragionamento è stato successivamente portato alle sue conclusioni nel 1991<sup>15</sup>: «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».

Secondo i Giudici, affinché si configuri la responsabilità dello Stato derivante da mancato recepimento della direttiva, devono essere soddisfatte tre condizioni:

1. il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti nei confronti di singoli;
2. il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva;
3. esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato (art. 288 TFUE) ed il danno subito dai soggetti lesi.

L'elaborazione è stata successivamente specificata da altre due pronunce dei Giudici del Lussemburgo, *Brasserie du pecheur/Factorame III*<sup>16</sup> e *Courage*<sup>17</sup>.

La seconda pronuncia attribuisce al rimedio risarcitorio l'espressione della tutela minima che l'ordinamento offre e che deve essere sempre e comunque garantita.

La prima sentenza, richiamando i principi affermati nel caso *Francovich*, afferma la possibilità che lo Stato venga condannato solo in presenza di una «violazione manifesta e grave»<sup>18</sup>, evidenziando come il *quantum* debba es-

<sup>16</sup> CGCE, 5 marzo 1996, C-4693 e C/48/93

<sup>17</sup> CGCE, 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage*

<sup>18</sup> Sull'applicazione del principio si veda CGCE, 26 marzo 1996, C-392/93, *British Telecom*, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 321. Nonostante fosse stata accertata l'erronea trasposizione di una direttiva comunitaria in materia di appalti nell'erogazione di acqua e di energia, il danno lamentato non integrava una violazione manifesta e grave. Infatti, considerato che la norma europea non era sufficientemente chiara e precisa, l'interpretazione del Governo inglese è stata, in primo luogo, in buona fede e coerente con gli scopi ed il tenore letterale della direttiva e, in secondo luogo, non si riscontravano precedenti che si muovessero lungo tale direzione.

Diversamente, nella sentenza *Dillenkofer* in tema di vendita di pacchetti turistici (CGCE, 8 ottobre, 1996, C-178/94 in *Giur. It.*, 1997, I, p. 1009), il mero inadempimento dell'obbligo di dare attuazione ad una direttiva è sufficiente ad integrare una violazione manifesta e grave. E sulla stessa linea, nel caso *Helley Lomas* (CGCE, 23 maggio 1996, C-5/94 in *Giur. It.*, 1997, I, p. 713) la Corte di giustizia prevede che la semplice adozione della direttiva, la chiarezza della disposizione violata del trattato

<sup>13</sup> Così A. DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p. 114 il quale si richiama al pensiero di K. ZWEIGERT – H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1995, p. 156.

<sup>14</sup> CGCE, 5 febbraio 1963, c-26/62, *Van Gend en loos*

<sup>15</sup> CGCE, 19 novembre 1991, C-9/90, *Francovich*. Il caso riguarda la mancata attuazione di una direttiva comunitaria la quale prevedeva un obbligo di istituire un sistema di garanzia per i crediti maturati dai lavoratori in ipotesi di insolvenza del datore, alla quale direttiva non era possibile riconoscere la natura di *self executing*.



sere rapportato in maniera adeguata al danno subito dal cittadino<sup>19</sup>.

La sentenza *Brasserie du pêcheur/Factorame III* si segnala anche per le potenzialità di ampliamento nella configurazione della responsabilità dello Stato<sup>20</sup>:

- a) il diritto al risarcimento sorge tanto in violazione di direttive *direttamente applicabili* che *non direttamente applicabili*;
- b) il giudice nazionale non può subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, concepita come qualcosa di diverso dalla violazione manifesta e grave del diritto comunitario.

La creazione di un rimedio così strutturato nasce dall'esigenza di garantire ed offrire una tutela effettiva cittadino<sup>21</sup>: se esiste un silenzio normativo (come nell'ipotesi in questione), «spetta alla Corte, nell'espletamento del compito conferitole dall'art. 267 del Trattato di garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione ed applicazione del Trattato, statuire su tale questione avvalendosi dei canoni interpretativi generalmente accolti, facendo ricorso in particolare ai principi fondamentali dell'Ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, ai principi generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri».<sup>22</sup>

Il rimedio trova la propria fonte nell'attuale art. 10 TUE, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carat-

e l'assenza di una qualsivoglia giustificazione conducono a ritenere che sia stato integrato il requisito della violazione manifesta e grave.

<sup>19</sup> Tale ultimo aspetto sull'adeguatezza del risarcimento è stato inoltre puntualizzato da un'altra pronuncia di un anno successiva, CGCE, 10 agosto 1997, C-261/95 e C-373/95, *Palmisani e Masi*.

<sup>20</sup> L'osservazione è di V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore*, in *Contr. e impr./Europa*, 1999, p. 101

<sup>21</sup> Sulla questione di garantire piena efficacia ai diritti riconosciuti dalla comunità europea si vedano le ormai note pronunce CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal* in *Foro it.*, 1978, IV, c. 201 e CGCE, 19 giugno 1990, C-213/1989

<sup>22</sup> *Brasserie du pêcheur/Factorame III*, §27.

tere generale o particolare che assicurino l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario<sup>23</sup>, tra cui rientra anche quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione.

Inoltre, prosegue *idealmente* la Corte, il principio della responsabilità extracontrattuale della comunità<sup>24</sup> «altro non è se non un'enunciazione del generale principio, riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo di riparazione del danno arrecato»<sup>25</sup>. Da qui, l'obbligo incombente alle pubbliche autorità di risarcire i danni cagionati nell'esercizio delle loro funzioni.

Pertanto, affermata una forma di responsabilità derivante da omissione legislativa, la determinazione delle forme entro le quali questa si articola è rimessa a ciascun Stato membro<sup>26</sup>.

Con due limiti ben precisi<sup>27</sup>: è necessario che siano rispettati il *principio di equivalenza*, secondo cui la disciplina adottata non deve risultare meno favorevole per il danneggiato di quella prevista per analoghe pretese fatte valere nell'ambito del diritto interno, e il *principio di effettività*, secondo cui non può essere reso praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento che spetterebbe secondo il diritto dell'Unione<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> *Francovich*, § 36.

<sup>24</sup> Cfr. art. 340 TFUE

<sup>25</sup> Sentenza *Brasserie du pêcheur e Factorame*, § 28

<sup>26</sup> CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*

<sup>27</sup> I concetti di *equivalenza* ed *impossibilità pratica* sono stati per la prima volta introdotti da CGCE, 9 novembre 1983, C-199/82, *San Giorgio*, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 297.

<sup>28</sup> Sul punto cfr. CGUE, 19 maggio 2011, C-453/09: «Secondo costante giurisprudenza, 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, purchè 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)». Nello stesso senso v. anche CGCE, 17 luglio 1997, C-114-115/95; CGCE, 11 luglio 2002, C-





### 3. Il recepimento nell'ordinamento interno.

«Se la responsabilità dello Stato è imposta dal diritto comunitario, è nell'ambito del diritto nazionale relativo alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato»<sup>29</sup>.

Prima dell'entrata in vigore della norma segnalata in apertura di paragrafo, si riscontrava un contrasto nella giurisprudenza nazionale<sup>30</sup>.

Un primo orientamento, maggioritario fino al 2009, aveva ritenuto che, una volta stabilito il principio dell'obbligo di risarcimento del danno nell'ambito del diritto comunitario, ne

62/00; CGUE, 24 marzo 2009, C-445/06, tutte in *curia.europa.eu*

<sup>29</sup> CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Franco-vich*

<sup>30</sup> Del tutto isolata è Cass., 1 aprile 2003, n. 4915, in *Danno e resp.*, 2003, p. 718 con nota di E. SCODITTI, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*. Secondo questa pronuncia nessuna responsabilità sarebbe addebitabile allo Stato: da una parte, a norma della Carta costituzionale, la funzione legislativa è ripartita tra Parlamento e Governo; dall'altra, nell'adempimento di questa funzione, il Parlamento è libero nei fini e la sua attività non può essere sindacata da organi giurisdizionali. Ne conseguirebbe che di fronte al potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette facenti capo ai singoli. « Nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato, la Carta costituzionale regola la funzione legislativa, ripartendola tra il Governo ed il Parlamento, quale espressione di potere politico, libera cioè nei fini e sottratta pertanto a qualsiasi sindacato giurisdizionale. Ne consegue che in relazione all'esercizio di tale potere non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli, onde deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo - che è libero nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale - e che possa comunque qualificarsi in termini di illecito da imputare allo Stato - persona, ai sensi dell'art. 2043 c.c., una determinata conformazione dello stato - ordinamento».

L'orientamento non convince affatto in quanto si fonda su una nozione volontaristica del potere politico, insindacabile e svincolato da qualsiasi giudizio. Oggi, invece, il panorama è profondamente mutato. Con l'introduzione dell'ordinamento comunitario, molte competenze sono state trasferite dallo Stato all'Unione europea. Sostenere che il potere politico sia svincolato, significa ignorare le indicazioni del legislatore e della giurisprudenza comunitaria. Inoltre, titolare del potere legislativo non è solo il Parlamento, ma anche tutti quegli organi che al suo controllo sono preposti.

sarebbe conseguita, nell'ambito del diritto interno, la responsabilità aquiliana dello Stato<sup>31</sup>.

La dottrina aveva aderito con favore «in base ad una considerazione abbastanza elementare»<sup>32</sup>: trattandosi di una direttiva non *self-executing*<sup>33</sup> che necessita di un ulteriore passaggio normativo per la sua applicazione, «è necessario concludere che l'unico dato normativo, cui far riferimento, è il diritto riconosciuto al singolo beneficiario, diritto della cui violazione è responsabile lo Stato a motivo della sua condotta omissiva»<sup>34</sup>.

L'indirizzo cambia nel 2009<sup>35</sup>: la condotta inadempiente dello Stato membro ha natura anti-giuridica solamente nell'ambito del diritto comunitario e non anche in quello interno. Diversamente, nell'ambito del diritto interno, il comportamento del legislatore è fonte di un'obbligazione *ex lege* di natura indennitaria «per attività non anti-giuridica», la cui disciplina sarà determinata dal giudice in base alle regole

<sup>31</sup> Cfr. Cass., 15 maggio 2003, n. n. 7630, in *Corr. giur.*, 2003, p. 858; Cass., 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1349, con nota di A. DI MAJO; Cass., 3 giugno 2009, n. 12814, in *Danno e resp.*, 2009, p. 892, di cui si riporta la massima, «in relazione alle direttive europee non direttamente applicabili nell'ordinamento interno per la mancanza di specificità della prestazione richiesta è esercitabile unicamente l'azione di risarcimento del danno aquiliano per l'illecito consistente nell'omessa o ritardata attuazione della direttiva. La prescrizione di siffatta azione è quinquennale».

<sup>32</sup> A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1428

<sup>33</sup> Nel senso che essa, per la sua genericità, non è destinata a creare un rapporto diretto tra lo Stato ed il cittadino destinatario. Sul concetto di direttiva *self executing* cfr. CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, in *Foro it.*, IV, c. 201 nonché anche C. Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2063.

<sup>34</sup> A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, cit., p. 1429.

<sup>35</sup> Cass., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro it.*, 2010, p. 168, con nota di E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*; in *Corr. giur.*, 2009, p. 1345, con nota di A. DI MAJO; in *Danno e resp.*, 2010, p. 19, con nota di CONTI; in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, 2274, con nota di GIANNELLI; in *La responsabilità civile*, 2010, p. 346, con nota di RICCIO; in *Dir. comm. internaz.*, 2009, p. 709, con nota di RAPISARDA; in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009, p. 1667; in *Dir. e formazione*, 2010, p. 548, con nota di GRAZIANO; in *Giur. it.*, 2010, p. 691, con nota di BAIRATI; in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 311, con nota di GUFFANTI PESENTI; in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2010, p. 495, con nota di VIGLIANISI FERRARO.



del proprio ordinamento nazionale, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

Da qui la conclusione sulla applicabilità delle regole contrattuali in punto di responsabilità.

La decisione è stata criticata, soprattutto per ragioni concernenti l'esclusione della natura anti-giuridica del comportamento statale<sup>36</sup>.

Ad ogni modo, la riconduzione della pretesa risarcitoria nell'alveo della responsabilità contrattuale si riflette evidentemente sulla prescrizione, allungando il termine quinquennale fino a dieci anni.

Residuava, peraltro, una situazione di incertezza relativa alla decorrenza e varie sono state le soluzioni prospettate<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Ex multis, cfr. E. SCODITTI, *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit. Anche dopo tale pronuncia non sono mancati i riferimenti alla responsabilità aquiliana (cfr. Cass. 3 giugno 2009, n. 12814, id., Rep. 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 412; annotata da A. DI MAJO, in *Corriere giur.*, 2009, p. 1351; M. GORGONI, *La difficile costruzione delle regole risarcitorie per violazione statale di obblighi comunitari*, in *La responsabilità civile*, 2010, p. 185; nonché, tra le pronunce di merito, Trib. Roma 17 maggio 2010, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1859, e, di poco precedente all'intervento delle sezioni unite, Trib. Perugia 14 gennaio 2009, *Rass. giur. umbra*, 2009, p. 84, con nota di D. MIGLIORATI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*).

In altri casi si è registrato un pieno allineamento alla concezione delineata dalle sezioni unite (cfr. Cass. 10 marzo 2010, n. 5842, in *Foro it.*, 2011, I, 862, dove si è precisato che i danni risarcibili non sono soltanto quelli derivanti dall'inidoneità del diploma di specializzazione conseguito secondo la previgente normativa al riconoscimento negli altri Stati membri e dal suo minor valore sul piano interno, ai fini dei concorsi per l'accesso ai profili professionali, ma anche quelli connessi alla mancata percezione di una remunerazione adeguata). Sulle diverse concezioni in ordine alla configurazione della responsabilità dello Stato per il non corretto recepimento di una direttiva, v. L. FALTONI, *Lo Stato che viola gli obblighi comunitari risarcisce i cittadini in via extracontrattuale: ingiustizia comunitariamente qualificata?*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1864; A. GIANNELLI, *La responsabilità del legislatore per tardivo recepimento della direttiva, modelli a confronto*, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2009, p. 2280; L. GUFFANTI PESENTI, *Riflessioni in materia di tardiva trasposizione di direttive comunitarie*, in *Europa e dir. privato*, 2010, p. 316.

<sup>37</sup> Per una rassegna delle diverse posizioni, v. D. SATULLO, *La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in *La responsabilità civile*, 2011, p. 253

Un orientamento giurisprudenziale, nato in seno alla Corte di Giustizia<sup>38</sup> ed al quale si era conformata anche la giurisprudenza italiana<sup>39</sup>, aveva avuto riguardo alla data di attuazione della direttiva: solo in questo momento cesserebbe l'illiceità e solo in questo momento il cittadino avrebbe la possibilità di conoscere nel dettaglio il contenuto del diritto negatogli e, di conseguenza, l'ammontare del risarcimento.

Infatti, se il termine di prescrizione deve iniziare *da quando il diritto può essere fatto valere* (c.c. 2935) questo non potrebbe coincidere né con l'emanazione della direttiva (perché ancora nessun obbligo è stato violato) né con il termine assegnato agli Stati per la trasposizione della fonte comunitaria nel diritto interno (perché anche in questo momento il soggetto sarebbe comunque privato delle condizioni di conoscere il contenuto del diritto).

Nel 2009 la CGUE ha mutato avviso<sup>40</sup>, non escludendo la possibilità di anticipare la decorrenza del termine di prescrizione ad un momento antecedente la tardiva trasposizione della direttiva: «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»<sup>41</sup>.

In buona sostanza, la data certa, ai fini dell'*exordium praescriptionis* coincide con la trasposizione della direttiva, salvo dimostrare per lo Stato inadempiente che gli effetti dannosi si siano prodotti già prima e, quindi, già prima erano conosciuti e già prima la prescrizione aveva iniziato il suo corso.

La Cassazione, in una pronuncia del 2011, si uniforma a quest'ultima tesi della CGUE ma inquadra la condotta omissiva dello Stato nell'ambito dell'illecito permanente, facendo in

<sup>38</sup> CGCE, 25 luglio 1991, C-208/90, *Emmot*, in *Foro it.*, 1993, IV, c. 324

<sup>39</sup> Cass., 3 giugno 2009, n. 12814, in *Corriere giur.*, 2009, p. 1348, con nota di A. DI MAJO; in *La responsabilità civile*, 2010, p. 185, con nota di M. GORGONI.

<sup>40</sup> CGUE, grand chambre, 24 marzo 2009, C-445-06, *Danske Slagterier*

<sup>41</sup> Nel medesimo senso anche CGUE, 19 maggio 2011, C-452/09, *Iaia*.



modo che il diritto al risarcimento si rinnovi *de die in diem* e si presciva *pro rata temporis*<sup>42</sup>, arginando gli effetti prodotti da una eventuale anticipata decorrenza del termine.

### 3.1. Illecito permanente e prescrizione.

La categoria dell'illecito permanente è stata poco considerata dalla dottrina<sup>43</sup>. Probabilmente ciò è dovuto al fatto che nel nostro Codice civile non esiste una nozione di illecito permanente e le ricostruzioni sono sempre state mutate dal diritto penale<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> «Nel caso di direttiva comunitaria sufficientemente specifica nell'attribuire diritti ai singoli, ma non self-executing, l'inadempimento statale alla direttiva determina una condotta idonea a cagionare in modo permanente un obbligo di risarcimento danni a favore dei soggetti che successivamente si vengano a trovare in condizioni di fatto tali che, se la direttiva fosse stata adempiuta, avrebbero acquisito il o i diritti da essa riconosciuti, con la conseguenza che la prescrizione decennale del relativo diritto risarcitorio non corre, perchè la condotta di inadempimento statale cagiona l'obbligo risarcitorio *de die in die*», Cass., 17 maggio 2011, n. 10814, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1650, con nota redazionale di DIANA e PALMIERI, e in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2012, p. 192, con nota di C. AMALFITANO e F. PERSANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria*. La sentenza è stata altresì commentata da A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo stato inadempiente*, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1428; CASTELLANETA, *Per il mancato recepimento di direttive comunitarie restano ancora da sciogliere i nodi della prescrizione*, in *Guida al diritto*, 2 luglio 2011, p. 12

<sup>43</sup> Tra gli scritti più significativi cfr. N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), in *Dig. disc. priv.*, aggiorn., Torino, 2010; D. GARCEA, *Sulla natura dell'illecito di durata della sanzione di lavoro irregolare*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 6; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, a cura di M. Franzoni, Milano, 2004, p. 43; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico. Contributo allo studio dell'illecito plurisoggettivo permanente*, Napoli, 2003, p. 207.

<sup>44</sup> *Ex multis* cfr. COPPI, voce *Reato permanente*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 318 e ss.; ALIBRANDI, voce *Reato permanente*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; RAMPIONI, *Contributo alla teoria del reato permanente*, Padova, 1988; ID., voce *Reato permanente*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 770.

Per questo alla giurisprudenza sono mancate solide basi teoriche intorno alle quali poter costruire l'istituto<sup>45</sup>.

Secondo i giudici di legittimità, il carattere permanente attiene all'illecito considerato nella sua complessità ossia al comportamento *contra ius* ed al rapporto eziologico tra questo ed il danno<sup>46</sup>: condotta ed evento convivono in quanto la prima alimenta continuamente il secondo<sup>47</sup> e questo non cessa fino al cessare della condotta<sup>48</sup>.

Da qui la differenza con l'illecito istantaneo ad effetti permanenti ove la condotta si esaurisce in un unico istante mentre le conseguenze dannose si protraggono autonomamente nel tempo.

Dal legame tra offesa ed evento emerge un'altra caratteristica: il protrarsi dell'offesa deve provenire da un comportamento volontario dell'autore, che prosegue senza interruzione. Infatti, un atto volitivo del danneggiante, o di astensione o di rimessione della situazione in pristino, sarebbe in grado di mettere fine al prodursi delle conseguenze dannose.

Ne consegue che, affinché possa configurarsi un illecito permanente è necessario che la condotta venga posta in essere dalla medesima persona, perciò che l'elemento soggettivo del fatto causale sia riferibile ad un unico soggetto.

Corollario, la successione di un soggetto ad un altro nel rapporto comporta il termine di una condotta e l'inizio di un'altra e, quindi, la nascita di un nuovo illecito permanente<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> L'osservazione è di N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 738.

<sup>46</sup> Di diverso avviso N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 741 secondo il quale è la *progressione nell'evento lesivo* il tratto caratterizzante l'illecito permanente commissivo più che la coesistenza della condotta e dell'evento dannoso.

<sup>47</sup> Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27183, in *Giust. civ.*, 2008, 4, p. 888; Cass., 13 marzo 2007, n. 5381, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1869, con nota di G. GRECO, *Illecito permanente e decorrenza della prescrizione*; Cass., 21 novembre 2007, n. 24258, in *DeJure*; Cass., 2 maggio 2006, n. 10216, in *DeJure*; Cass., 20 dicembre 2000, n. 16009, in *Studium Juris*, 2001, p. 942.

<sup>48</sup> Cass., 13 marzo 2007, n. 5381, cit.; Cass., 20 dicembre 2000, n. 16009, cit.; Cass., 1 gennaio 1995, n. 1156, in *DeJure*; Cass., 9 febbraio 1991, n. 1346, in *DeJure*.

<sup>49</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 493, in *DeJure*. Nella specie, l'illecito permanente costituito dalla captazione di acque pubbliche senza titolo era stato inizialmente effettuato dalla Cassa per il Mezzogiorno in danno dell'Acqa





Così qualificato l'illecito, con riferimento alla prescrizione, è principio affermato in giurisprudenza che il termine esordisce nel momento in cui la condotta cessa, perché solamente una condotta contraria pone fine a quella anti-giuridica, inizialmente posta in essere<sup>50</sup>.

Secondo la dottrina, «la deroga rispetto al paradigma dell'art. 2935 c.c. è palese (...) ma altrettanto palesi sono le ragioni della deroga, imposta dall'esigenza di assicurare maggiore efficacia alla sanzione civile»<sup>51</sup>.

Nella casistica giurisprudenziale, non si riscontra una regola unica ma è necessario valutare la prescrizione in relazione alla tipologia di rimedi generati dall'illecito permanente.

Infatti, con riferimento al risarcimento per equivalente, il diritto sorge in modo continuo, e in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce<sup>52</sup>.

Ovvero, il diritto al risarcimento del danno per equivalente si prescrive per il periodo anteriore al quinquennio dalla domanda giudiziale o dall'atto di messa in mora<sup>53</sup>.

Dello stesso avviso è anche la dottrina, l'evento dannoso rimane unico mentre le con-

e, in un secondo momento, dalla Regione Abruzzo cui la Cassa aveva trasferito le opere dell'acquedotto per il fabbisogno idrico della popolazione. L'orientamento è stato successivamente confermato anche da Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27183, cit.

<sup>50</sup> Secondo N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 741, le situazioni che determinano la cessazione della permanenza, possono essere ricondotte a quattro ipotesi: il ripristino dello stato di fatto anteriore all'illecito; il venir meno dell'illegittimità del comportamento; l'essere stata formalmente sanzionata l'illegittimità del comportamento ed ordinata la rimozione della situazione lesiva; l'esaurirsi della situazione lesiva.

<sup>51</sup> P. VITUCCI, *La prescrizione*, I, in *Il Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 98.

<sup>52</sup> «Gli ulteriori effetti dannosi che si producono nel patrimonio di un soggetto in conseguenza dello stato di fatto determinato dal comportamento illecito di un terzo, che solo una condotta contraria di quest'ultimo può eliminare, costituiscono effetti di un illecito permanente, la cui caratteristica è di dare luogo ad un diritto al risarcimento, che sorge in modo continuo, e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce», Cass., 2 aprile 2004, n. 6512, in *DeJure*. Nello stesso senso anche Cass., 24 agosto 2007, n. 17985, in *DeJure* e Cass., 26 febbraio 2009, n. 4679.

<sup>53</sup> In questo senso Cass., 29 ottobre 2008, n. 25983.

seguenze sono plurime: se nel momento in cui è proposta la domanda si «sia già prescritto il credito risarcitorio con riguardo al primo evento di danno, poiché il danno si rinnova di momento in momento ed è frazionabile *pro rata temporis* in relazione al momento in cui è cessata la permanenza, oppure al momento in cui è stata proposta la domanda, il *quantum* va limitato *pro rata temporis*, ossia con riferimento al periodo di prescrizione non ancora decorso»<sup>54</sup>.

Il principio affermato perde di significato con riguardo al risarcimento in forma specifica, più in particolare con il ripristino dello stato anteriore all'illecito.

A differenza delle ipotesi precedenti, viene in evidenza l'unitarietà dell'evento lesivo<sup>55</sup> che giustifica una differente decorrenza del termine e coincidente con il momento in cui è stata posta in essere la condotta interruttiva che fa cessare l'antigiuridicità<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit., p. 45. Di diverso avviso è, invece, L. MOSCARINI, *La tutela dei diritti*, Bologna, 1998, p. 64 secondo il quale, in caso di illecito permanente consistente in una violazione di norme edilizie, la prescrizione decorrerebbe non già dalla cessazione della condotta illecita ma addirittura dalla cessazione del danno con la conseguenza che il diritto al risarcimento potrebbe essere esercitato «anche dopo molti anni o addirittura decenni, beninteso limitatamente ai danni provocati dall'illecito nell'ambito dell'ultimo quinquennio».

<sup>55</sup> N. SAPONE, *Illecito permanente* (voce), cit., p. 747

<sup>56</sup> Una pronuncia del 2007, resa in materia di innalzamento della pavimentazione stradale oltre il piano di calpestio della abitazione di proprietà dell'attore con conseguenti problemi derivanti dall'anomalo deflusso dell'acqua piovana, distingue tra diritto alla rimozione dello stato di fatto e diritto al risarcimento danni, facendo decorrere il termine *de die in diem* solo per il secondo tipo di danno.

La decisione è significativa in quanto il pregiudizio non è ravvisato nell'illiceità della costruzione bensì nella sua permanenza nel tempo.

Ne deriva che, sebbene il danno sia divenuto conoscibile nel momento in cui l'opera è terminata, il mantenimento di questo alimenta ogni giorno l'illecito e, pertanto, ogni giorno comincia a decorrere il termine di prescrizione fino a quando la costruzione non sia rimossa.

«Allorquando si lamenti un danno ad un immobile per effetto della creazione di uno stato di fatto e si domandi l'eliminazione di questo ed il risarcimento del danno cagionato all'immobile, sia l'illecito costituito dalla creazione dello stato di fatto in sé e per sé quale fonte di danno come tale all'immobile, sia l'illecito rappresentato dalla verifica di danni all'immobile in quanto originatisi come effetti della presenza dello stato di fatto,







Se così non fosse, riprendendo le parole della dottrina poco sopra richiamata, la sanzione civile perderebbe buona parte della sua efficacia.

Infatti, è la stessa fattispecie e le esigenze concrete di tutela che pone a spingere la giurisprudenza a modulare diversamente il rimedio risarcitorio sulla base dell'interesse perseguito dal creditore, evitando che il debitore, che versi in una protratta e continuativa situazione illecita, benefici degli effetti determinati dallo scorrere del tempo.

Riportando il modello al tema in esame, secondo la Cassazione «la permanenza della condotta dello Stato italiano di omissione dell'adempimento delle direttive era tale, in sostanza, da determinare continuativamente la permanenza dell'obbligo risarcitorio e, quindi, in definitiva del danno. L'obbligo risarcitorio e, quindi, il danno vedevano continuativamente rinnovata la loro fonte *de die in die* da tale permanenza».

In altri termini, nell'illecito omissivo statale, l'illiceità non è ravvisabile in effetti ormai prodotti ma in effetti continuativamente determinati dalla condotta.

Il sistema, così come descritto, deve essere oggi confrontato con l'art. 4, co. 43, della *legge stabilità* ed individuare: come la norma disciplini l'esordio della prescrizione; se la previsione di un termine quinquennale abbia o meno natura interpretativa; se sia mutata la natura permanente dell'illecito.

In estrema sintesi, si tratta di capire dove l'intervento del legislatore recepisca la costruzione giurisprudenziale del rimedio e dove detti una nuova regola.

#### 4. L'art. 4, co. 43, della Legge stabilità 2012.

La nuova disciplina relativa alla prescrizione in materia di diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento di provvedimenti comunitari contenuta nella legge stabilità del 2012 si articola in due parti: la prima, la durata del rimedio «soggiace, *in ogni caso*, alla disciplina di cui all'art. 2947 del codice civile»; la seconda, il termine decorre «dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è *effettivamente verificato*».

Con riferimento al primo aspetto -la durata- lo scopo della norma è porre fine a quell'orientamento giurisprudenziale che si stava affermando e che fondava la domanda di risarcimento del danno su un'azione di tipo contrattuale, con conseguente applicabilità di un termine di prescrizione decennale.

La presenza dell'inciso 'in ogni caso' sembra debba essere interpretato nel senso di un'intenzione da parte del legislatore di travalicare il problema della qualificazione della fattispecie, per la quale, a prescindere dalla natura contrattuale o aquiliana, si applicherà un termine quinquennale<sup>57</sup>.

Non è, invece, da ritenersi che tale inciso possa essere un indice da cui dedurre la retroattività della norma. Come sarà evidenziato in prosieguo, vi sono ulteriori argomentazioni che la escludono.

Aspetti problematici pone, anche, la disciplina in punto di decorrenza.

Il primo tratto peculiare riguarda l'uso del congiuntivo trapassato, «se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita», che sembra esprimere la possibilità che il *dies a quo* possa risultare collocato anche in un momento antecedente il recepimento della direttiva e, probabilmente, anche a prescindere da un recepimento<sup>58</sup>.

---

hanno natura di illeciti permanenti, con la conseguenza che il termine di prescrizione della pretesa di risarcimento in forma specifica mediante rimozione dello stato di fatto non decorre dall'ultimazione dell'opera che lo ha determinato, in quanto la condotta illecita si identifica nel fatto del mantenimento dello stato di fatto che si protrae ininterrottamente nel tempo (...), mentre il termine di prescrizione del diritto al risarcimento per equivalente dei danni subiti dall'immobile in conseguenza dell'esistenza dello stato di fatto decorre in relazione a tali danni *de die in diem*, a mano a mano che essi si verificano», Cass., 13 marzo 2007, n. 5831, cit.

<sup>57</sup> In questo senso cfr. Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit. In dottrina M. TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento delle direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 2, p. 195.

<sup>58</sup> Cfr. sempre M. TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento delle direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, cit., p. 200

Si tratta di un'affermazione che si allinea alla più recente giurisprudenza della CGUE<sup>59</sup> secondo la quale l'*exordium praescriptionis* può anche coincidere col momento in cui si sono concretizzati «i primi effetti lesivi» anche prima del recepimento, purchè ciò non renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

Più difficile da comprendere è il riferimento alla data in cui il fatto si è *effettivamente* verificato. Infatti, se il legislatore dopo aver richiamato l'art. 2947 c.c. ha inteso disciplinare la decorrenza, probabilmente, ha voluto dettare una disciplina diversa tra il giorno in cui 'il fatto si è verificato' (art. 2947 c.c.) ed 'il giorno in cui il fatto si è *effettivamente* verificato'<sup>60</sup>.

Alla luce dello scopo immediato della norma riportato nella rubrica dell'art. 4, 'Riduzioni delle spese non rimodulabili dai Ministeri', l'intenzione del legislatore è arretrare l'esordio della prescrizione rispetto a discapito delle ultime indicazioni giurisprudenziali.

Secondo la tesi prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza, per la valida formulazione di una domanda risarcitoria, la verifica del fatto è legata alla conoscenza o conoscibilità del danno e di tutte le altre circostanze fondamentali<sup>61</sup>.

È evidente che la riduzione del termine di prescrizione da 10 a 5 anni, unitamente ad un suo esordio che prescindendo dalla conoscenza, riducono l'esposizione nel tempo dello Stato a domande di risarcimento del danno ed è

l'interpretazione più vicina allo scopo della norma indicato in rubrica.

D'altra parte, tale soluzione interpretativa, sebbene astrattamente ipotizzabile, non è convincente perché non coerente con la giurisprudenza comunitaria.

Trovando l'obbligo risarcitorio la propria fonte nelle sentenze della CGUE, i principi di equivalenza e di effettività debbono essere rispettati<sup>62</sup>.

Con riguardo alla decorrenza, appare violato il principio di equivalenza. A norma di questo, la disciplina adottata non deve risultare meno favorevole per il danneggiato di quella prevista per analoghe pretese fatte valere nell'ambito del diritto interno. Nello specifico, non si può non riscontrare come la giurisprudenza di legittimità, a partire dal 2003<sup>63</sup> e solenne conferma in una pronuncia a Sezioni unite nel 2008<sup>64</sup>, dia rilevanza alla conoscenza ai fini dell'esordio della prescrizione.

Con riguardo alla durata, non sembra sia rispettato il principio di effettività, ove si ritenesse che l'art. 4, co. 3, avrebbe natura di norma interpretativa e, pertanto, applicabile retroattivamente.

<sup>62</sup> Cfr. da ultimo CGUE, 19 maggio 2011, C-452/09, *Iaia*, «secondo costante giurisprudenza, 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, purchè 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)». In senso analogo, CGCE, 17 luglio 1997, C-114/95 e C-115/95, *Texaco e Olieselskabet Danmark*; CGCE, 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks&Spencer*; CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*.

<sup>63</sup> Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2003, p. 285, con nota di M. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della Cassazione sposta il dies a quo della manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile (la nuova regola a confronto con il modello inglese...idee per una riforma)*; in *Danno e resp.*, p. 845, con nota di I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente* e di U. IZZO, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*

<sup>64</sup> Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, cit.

<sup>59</sup> CGUE, grand chambre, 24 marzo 2009, C-445-06, *Danske Slagterier*

<sup>60</sup> Cfr. L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile, I.1., Norme soggetti e rapporto giuridico*, Torino, 1987, p. 65 secondo i quali, a norma del principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c. «in caso di dubbio, anche la legge deve interpretarsi nel senso in cui può avere effetto, anziché in quello in cui non ne avrebbe», sempre richiamati da M. TESCARO, *L'incertezza della prescrizione: l'esempio del danno da mancato recepimento delle direttive comunitarie nella legge di stabilità 2012*, cit., p. 200.

<sup>61</sup> *Ex multis*, Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453 con nota di A. PALMIERI; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 827, con nota di F. GRECO, *Le sezioni unite ed il limite prescrizione nel danno da emotrasfusioni infette*. Per una autorevole posizione contraria cfr. P.G. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 389.





Al di là di qualche importante eccezione<sup>65</sup>, la più recente giurisprudenza era pressoché concorde nel ritenere che il termine di prescrizione fosse decennale.

Naturalmente ciò non esclude che il legislatore possa intervenire e ridurre il termine di prescrizione da dieci a cinque anni, adottando una soluzione anche convincente se comparata con le riforme francesi e tedesche, con la disciplina comunitaria ed i progetti europei di uniformazione del diritto privato, ove ai termini lunghi si preferiscono quelli brevi<sup>66</sup>.

Tale riforma, tuttavia, non può operare retroattivamente perché ciò limiterebbe, e pregiudicherebbe, la possibilità per un soggetto di agire in giudizio per la tutela di un proprio diritto<sup>67</sup>.

La disposizione non può regolare, in via sopravvenuta, il diritto al risarcimento del danno da mancato recepimento quando il fatto costitutivo della tutela invocata si collochi in epoca antecedente all'intervento legislativo che ha ridefinito, in questo settore, le regole inerenti la prescrizione<sup>68</sup>.

Sebbene l'art. 12 preleggi possa essere derogato, «il carattere retroattivo o interpretativo della norma non tollera ambiguità»<sup>69</sup>.

Esaminando il tenore letterale dell'art. 4, co. 43, non si rinvergono indici da cui inferire che

la novella riguarda anche i termini di prescrizione di diritti sorti e non consumati o per mancata decorrenza del termine originario o, nel caso di interruzione, per pendenza di un termine successivo, nonché i termini di prescrizione non consumati alla stregua della disciplina applicabile precedentemente e che risultassero consumati alla stregua della nuova<sup>70</sup>.

In secondo luogo, la disposizione non reca neppure riferimenti testuali preordinati ad evidenziare la natura interpretativa della disposizione in questione<sup>71</sup>. Tale carattere non potrebbe, peraltro, essere neppure desunto implicitamente, mancando un contrasto giurisprudenziale significativo in ordine al termine da applicare.

Infine, venendo ad argomenti di carattere sostanziale, gli effetti retroattivi della norma determinerebbero problemi di costituzionalità. Sarebbero, infatti, violati gli articoli 111 e 25 Costituzione nonché l'art. 117, I comma, Cost. per violazione dell'art. 6 della Carta di Nizza e 6 della CEDU in tema di giusto processo.

Tali articoli, in particolare le norme CEDU e della Carta di Nizza, ostano all'emanazione di norme con effetti civili incidenti su processi già in corso, salvo per «ragioni imperative di interesse generale»<sup>72</sup>.

Dimostrate le ragioni per cui non convince una linea esegetica che esclude la rilevanza della conoscenza ed attribuisce alla norma effetti retroattivi, è necessario proporre una interpretazione differente.

<sup>65</sup> Cons. Stato, 13 gennaio 2012, n. 482, in *Danno e resp.*, 2012, p. 736, con nota di V. CARBONE, *Inadempimento dello Stato all'obbligo di direttiva: responsabilità ex art. 1218 c.c. o 2043 c.c.?*

<sup>66</sup> Sul punto cfr. S. PATTI, *Possesso e prescrizione. Le nuove problematiche*, Padova, 2012, p. 135 e ss.

<sup>67</sup> Con la pronuncia CGCE, 24 settembre 2002, C-255/00, *Grundig Italiana*, la Corte ha ritenuto non conforme al diritto comunitario un periodo transitorio di 90 giorni per passare da un periodo quinquennale di prescrizione ad uno triennale. Questo perché un termine di questa portata non avrebbe permesso ai contribuenti di continuare a disporre di una possibilità ragionevole di far valere il proprio diritto al rimborso. Infatti, prosegue la Corte, assumendo come termine di riferimento un periodo di cinque anni, i contribuenti i cui diritti erano sorti circa tre anni addietro avrebbero dovuto agire in giudizio nell'arco di tre mesi, quando, invece, contavano sul fatto di disporre ancora di quasi due anni.

Un termine di sei mesi, ed è questo il punto dolente della sentenza, avrebbe consentito al contribuente di agire senza precipitazione e senza sentirsi obbligato a procedere con un'urgenza sproporzionata rispetto al termine proposto inizialmente.

<sup>68</sup> Cass., 8 febbraio 2012, n. 1850, cit.

<sup>69</sup> Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit.

<sup>70</sup> In questo senso, Cass., 8 febbraio 2012, n. 1850, cit. e Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit.

<sup>71</sup> In questo senso, Cass., 8 febbraio 2012, n. 1850, cit. e Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit.

<sup>72</sup> Corte cost., 30 settembre 2011, n. 257, cit. la quale si richiama a Corte EDU, 18 dicembre 2008, ric. 20153/2004, *UNEDI c. Francia*, «se, in principio, al potere legislativo non è impedito regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni a portata retroattiva, i diritti derivanti da leggi in vigore, il principio della prevalenza del diritto e la nozione del processo equo sanciti dall'articolo 6 si oppongono, salvo che nel caso di motivi imperativi d'interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla conclusione giudiziaria della causa».

### 5. Un'altra possibile interpretazione.

Una possibile interpretazione dell'art. 4, co. 43, *Legge stabilità 2012*, deve essere cercata tenendo in considerazione le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria e che sia in continuità con la precedente giurisprudenza nazionale.

In via preliminare va segnalato come il legislatore, allineandosi alla giurisprudenza della CGUE del 2009<sup>73</sup>, non escluda la possibilità di anticipare la decorrenza del termine di prescrizione ad un momento antecedente la tardiva trasposizione della direttiva.

Ciò non comporta che l'inserimento dell'avverbio *effettivamente* escluda la rilevanza della conoscenza.

Anche se la norma potrebbe essere derogatoria rispetto al 2947 c.c.<sup>74</sup>, la rilevanza della conoscenza è dedotta dall'art. 2935 c.c.: la possibilità che un diritto possa essere fatto valere (2935) presuppone la conoscenza del diritto stesso.

Ebbene, quest'ultimo articolo esprime un principio di portata generale, alla base di tutto l'istituto della prescrizione, il cui precetto non può essere derogato dall'art. 4, co. 43.

L'art. 2935 c.c., infatti, costituisce un legame tra inerzia e possibilità di esercizio del diritto: se non è giuridicamente possibile esercitare il diritto, non si può nemmeno parlare di inerzia e di inizio del decorso del termine di prescrizione.

Secondo la Cassazione, «è l'inerzia del titolare del diritto (...) che domina i precetti contenuti negli art. 2934 e 2935 c.c., nel senso che la prescrizione reagisce ad essa per adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, assecon-

dando la certezza dei rapporti e del traffico giuridico»<sup>75</sup>.

La norma, inoltre, non disciplinando la struttura dell'obbligazione risarcitoria, non mette in discussione la natura permanente dell'illecito postulata dalla Cassazione.

Pertanto, sono da ritenersi ancora valide le considerazioni espresse dalla Suprema corte nel 2011<sup>76</sup>, con importanti conseguenze in ordine all'esposizione dello Stato a richieste risarcitorie da parte dei soggetti danneggiati dall'inadempimento: fin quando perdura il comportamento omissivo dello Stato, non si è prodotto alcun pregiudizio definitivo a carico dei beneficiari, dovendosi ritenere che «il diritto al risarcimento del danno si ricollega *de die in die* alla permanenza della condotta di adempimento», così qualificando la condizione degli interessi come 'situazione d'attesa' e mantenendo i beneficiari il proprio diritto risarcitorio<sup>77</sup>.

Dove la disciplina è realmente innovativa è nella previsione di un termine quinquennale. Guardando al futuro, la scelta si rivela efficiente perché, sebbene in contrasto con i precedenti giurisprudenziali, introduce un termine più breve allineato alle più recenti riforme europee ed alla legislazione di settore.

D'altra parte, la previsione di un termine decennale era dettato da ragioni legate all'effettività del rimedio risarcitorio. Queste, però, possono essere compensate dalla rilevanza della conoscenza che posticipa l'*exordium praescriptionis* e con la natura permanente dell'illecito che rinnova quotidianamente il diritto al risarcimento del danno, pur limitandolo agli ultimi cinque anni.

<sup>73</sup> CGUE, grand chambre, 24 marzo 2009, C-445-06, *Danske Slagterier*

<sup>74</sup> Nell'evoluzione giurisprudenziale, la Cassazione ha affrontato il significato da attribuirsi all'espressione *dal giorno in cui il fatto si è verificato* contenuta nell'art. 2947 c.c., specificando che il danno si manifesta all'esterno quando è «oggettivamente percepibile e conoscibile» (*ex multis* Cass., 29 agosto 2003, n. 12666 in *DeJure* e Cass., 28 luglio 2000, n. 9927, in *DeJure*). In tal senso, la norma in questione potrebbe essere derogatoria rispetto al 2947 c.c. nel senso che può essere interpretata nei termini escludendo la rilevanza alla manifestazione delle conseguenze.

<sup>75</sup> Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina e di identità?*; in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7-8, p. 1605 con nota di R. BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*; in *Corr. giur.*, 2007, 5, p. 648, con nota di S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungo latenti*; in *Danno e resp.*, 2007, 7, p. 764, con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno* e di M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/2007 in tema di private enforcement*.

<sup>76</sup> Cass., 17 maggio 2011, n. 10813, cit.

<sup>77</sup> Cfr. A. DI MAJO, *I diritti dei medici specializzandi e lo Stato inadempiente*, cit.





### 5.1. Il diritto intertemporale

Poiché la domanda giudiziale interrompe e sospende i termini, la norma non rileva per i processi già in corso. Essa troverà applicazione solo per quei diritti che non sono ancora venuti ad esistenza.

Infatti, esclusa la sua natura interpretativa nel senso sopra precisato, l'applicazione dell'art. 4, co. 43, sarà circoscritta a quegli inadempimenti statuali successivi alla sua entrata in vigore, «e, quindi, derivanti da fattispecie di mancato recepimento verificatesi dopo di essa e non da fattispecie di mancato recepimento verificatesi anteriormente»<sup>78</sup>.

Invece, per quanto riguarda quei diritti il cui termine abbia già fatto il suo esordio, potrà trovare applicazione l'art. 252 disp. att. e disp. trans. del Codice civile.

Con questa norma il legislatore sancisce che quando per l'esercizio di un diritto il codice stabilisce un termine più breve di quello previsto dalle leggi anteriori, il nuovo termine si applica anche all'esercizio dei diritti sorti anteriormente e alle prescrizioni in corso, ma con decorrenza dalla entrata in vigore della nuova disciplina.

Stante la formulazione generale del secondo comma<sup>79</sup> ed essendo questa preordinata a dare adeguata tutela dei diritti, non è da escludersi che essa possa trovare applicazione anche al caso in esame.

La norma mira proprio ad evitare che un soggetto, il quale confida, al momento della nascita del diritto, su un certo termine di prescrizione e ha adeguato la propria condotta<sup>80</sup> nell'arco del tempo originariamente previsto, venga privato, a sorpresa, di tale possibilità al momento del sopravvenire della nuova legge.

Pertanto, per quei diritti già nati ma non ancora esercitati, troverà applicazione il nuovo termine quinquennale ma con decorrenza dal 1 gennaio 2012, data di entrata in vigore della normativa.

<sup>78</sup> Cass., 9 febbraio 2012, n. 1917, cit.

<sup>79</sup> Cass., 19 marzo 2010, n. 6705, in *DeJure*; Cass., 9 dicembre 2009, n. 25746, in *Foro it.*, 2010, I, 2416

<sup>80</sup> Nel senso di decidere circa il compimento di atti di esercizio del diritto o, comunque, di atti interruttivi

### 6. Conclusioni

L'interpretazione proposta cerca di valorizzare gli aspetti innovativi della novella legislativa e creare una continuità con la precedente giurisprudenza.

Nel settore della prescrizione, ove una riforma sistematica della materia sarebbe necessaria, un dialogo costruttivo tra giudici e legislatore può essere determinante nel rendere l'istituto più aderente alle esigenze di chi della prescrizione si avvantaggia o la subisce.

Prendendo come orizzonte di riferimento quello europeo, alla tradizionale idea di certezza ad informare l'istituto si aggiunge una generale esigenza di efficienza<sup>81</sup>, tale da riportare la prescrizione al servizio delle parti che nel rapporto obbligatorio hanno specifici interessi<sup>82</sup>: il creditore interessato ad avere conoscenza che un proprio diritto sia stato leso affinché il ter-

<sup>81</sup> L'idea che alla base della prescrizione vi siano anche esigenze di efficienza emergono chiaramente dalla giurisprudenza della CGUE e della CEDU. Per una rassegna sulla giurisprudenza cfr. M. BONA, *Appunti sulla giurisprudenza comunitaria e Cedu in materia di prescrizione e decadenza: il parametro della «ragionevolezza»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1716. Sul principio di effettività, v. anche CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier* nonché CGUE, 13 luglio 2006, C-297/04, *Manfredi*, entrambe in *curia.europa.eu*

<sup>82</sup> Le sollecitazioni arrivano da più parti.

Per una panoramica generale sulle riforme europee sulla prescrizione cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 21. Per una trattazione più ampia cfr. R. ZIMMERMANN, *Comparative foundations of European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge, 2002. Per approfondimenti sulla riforma tedesca cfr. R. CAPONI, *La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana*, in *Corr. giur.*, 2006, 9, p. 1323; S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa tedesca in tema di prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 194 mentre per quella francese E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 1098.

Tra le più recenti opere monografiche italiane si segnala P.G. MONATERI – C. COSTANTINI, *La prescrizione*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2009.

Anche la Cassazione ha iniziato a mettere in discussione le opinioni tradizionali sulla prescrizione. In particolare si segnala Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2424, con nota di richiami di A.L. OLIVA ed in *Corr. giur.*, 2011, p. 488, con nota di A. DI MAJO, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai Giudici*.



mine possa fare il suo esordio; il debitore ad esporre per un periodo limitato nel tempo il proprio patrimonio alle pretese altrui, evitando che una protratta situazione di illiceità possa essere rigirata a suo beneficio.

In quest'ottica, si è tentata una interpretazione dell'art. 4, co. 3, *legge stabilità 2012*, che bilanci certezza ed effettività.

Con riguardo al singolo rapporto, la riduzione del termine a cinque anni e l'anticipazione della decorrenza ad un momento antecedente rispetto all'effettivo recepimento interno della direttiva è in linea con le esigenze del debitore-Stato ed i nuovi orientamenti comunitari; ciò non esclude, però, quegli orientamenti giurisprudenziali che, nell'ottica del creditore, danno rilievo alla conoscenza e inquadrano l'illecito statale nell'ambito dell'illecito permanente, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Lungo la stessa linea si colloca anche l'art. 252 disp. att. e trans. Indicando un preciso *dies a quo*, tiene in considerazione certezza ed effettività: la chiara e specifica indicazione dell'esordio non pregiudica l'affidamento del creditore che, fino all'entrata in vigore della nuova legge, era rimasto inerte.

La pronunce sul nuovo art. 4, co. 43, *Legge stabilità 2012* sono ancora poche per poter definire l'interpretazione proposta prevalente. Sembra, però, la più convincente nella misura in cui positivizza i precedenti orientamenti giurisprudenziali<sup>83</sup>, pur continuando a lasciarne presupposti altri<sup>84</sup>, ed interviene colmando lacune in aree che sono di spettanza esclusiva del legislatore<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Cfr. le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria.

<sup>84</sup> Il riferimento è alla rilevanza della conoscenza ed alla natura permanente dell'illecito

<sup>85</sup> La previsione di un termine quinquennale di prescrizione, al di là della natura contrattuale o extracontrattuale dell'illecito

