



PROCURA GENERALE **della Corte di cassazione**

Sezione terza

Udienza Pubblica del 17 ottobre 2024

Sostituto Procuratore Generale

Giovanni Battista Nardecchia

Causa n. 2, r.g. n. 26683/2021

Rel., Cons. Dell'Utri

Y s.r.l. in fallimento propone ricorso in cassazione avverso la sentenza pronunciata dalla Corte d'Appello di (omissis), Sez. I civile, n. 1927/2021, del 15 marzo 2021, nell'ambito del procedimento contraddistinto con numero di r.g.n. 5150/2016, promosso nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La presidenza del Consiglio dei Ministri resiste con controricorso e ricorso incidentale.

Va esaminato in via pregiudiziale il ricorso incidentale con il quale viene censurata la sentenza della Corte di Appello per violazione degli artt. 324 c.p.c. e 2090 c.c. nella parte in cui ha rigettato il primo motivo di appello concernente l'eccezione di giudicato sollevata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in relazione alle sentenze del Consiglio di Stato n. 482-483/2012 (doc. 32) che hanno respinto la domanda di risarcimento del danno proposta da Y s.p.a, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.

Il motivo è infondato.

Come hanno correttamente rilevato sia il Giudice di prime cure, sia quello di Appello, i soggetti nei cui confronti sono state rese le sentenze del Giudice amministrativo e quella pronunciata dal Giudice civile, sono diversi (mentre nei giudizi amministrativi la parte convenuta era rappresentata dall'AAMS e dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, il giudizio civile è stato proposto nei confronti della sola Presidenza del Consiglio dei Ministri).

Nonostante le parti siano differenti, la controricorrente sostiene che tale diversità risulterebbe superata, stante il principio dell'unitarietà dello Stato nei confronti dell'Unione europea e nei rapporti internazionali.

La Difesa erariale ribadisce che non potrebbe escludersi l'operatività del giudicato, pur reso nei confronti di soggetti diversi, trattandosi di Organi che costituirebbero tutti articolazione della medesima persona giuridica Stato.

A tal proposito occorre distinguere tra la disciplina sostanziale stabilita dal diritto dell'Unione e quella procedurale rimessa ai diritti nazionali. Al diritto dell'Unione è attribuito il compito di stabilire il fondamento della responsabilità (la norma europea violata e le condizioni sostanziali per il sorgere della responsabilità), mentre al diritto nazionale spetta l'individuazione del giudice competente e la disciplina delle condizioni procedurali per l'accertamento della responsabilità, nonché l'adozione dei criteri per la quantificazione del danno.

È noto che a partire dalla sentenza Francovich la Corte di giustizia ha iniziato a delineare il regime giuridico della responsabilità degli Stati membri per i danni cagionati ai singoli (Corte giust. UE, 19.11.1991, C-6 e C-9/90), benché già in precedenza abbia a più riprese richiamato questo obbligo risarcitorio (Corte giust. UE, 16.12.1960, C-6/60, Humblet c. Stato belga; 22.1.1976, C-60/75, Russo c. Aima). La sentenza Francovich ha posto l'accento sul fatto che "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".

La successiva sentenza Brasserie du Pecheur e Factortame (5.3.1996, C-46/93 e C-48/93) è quella che ha meglio individuato i presupposti sui quali si fonda la responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario, fissando, inoltre, il principio dell'unità dello Stato (poi costantemente richiamato dalla giurisprudenza della Corte) e della conseguente indifferenza (o irrilevanza) dell'organo che abbia cagionato il danno, in base al concetto secondo cui è lo Stato membro l'unico soggetto al quale è imputabile la responsabilità dei danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione, a prescindere dall'organo nazionale che abbia commesso la violazione (cfr. anche Corte giust. 4.7.2000, C-424/97, Haim), realizzandosi così una scissione tra il piano materiale della condotta, riconducibile a ciascun potere dello Stato, ed il piano giuridico della responsabilità, che grava esclusivamente ed unitariamente sullo Stato.

Principio in esame interpretato ed applicato dalla Corte di cassazione, in particolare in due sentenze riguardanti, rispettivamente, le concessioni autostradali e l'affidamento del servizio di gestione del sistema impiantistico per i rifiuti urbani, che hanno considerato tale principio nella sua accezione unitaria.

Nella prima sentenza si è posto l'accento sul fatto che "quando sia dedotta la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario è indifferente la natura dell'organo che ha compiuto la trasgressione, perché viene in considerazione la responsabilità diretta dello Stato in quanto tale" (Cass., civ., S.U., 7.5.2010, n. 11092).

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca il secondo arresto, che ha riconosciuto apertamente la scissione tra il piano materiale della condotta, riconducibile a ciascun

potere dello Stato, e il piano giuridico della responsabilità, che grava esclusivamente ed unitariamente sullo Stato (Cass., civ., S.U., 6.2.2015, n. 2242).

Profilo della responsabilità unitaria che va tenuto distinto da quello della legittimazione processuale posto che l'unitarietà e l'inscindibilità dello Stato nell'esercizio delle sue funzioni sovrane non elide l'autonomia soggettiva delle varie articolazioni, date dai Ministeri, che ne compongono l'organizzazione, ciascuna delle quali è dotata di distinta legittimazione sostanziale e processuale in relazione all'interesse pubblico che è affidato alle proprie cure.

Innanzitutto, è bene precisare che costituisce principio ormai acquisito nella giurisprudenza della Corte di legittimità (superate alcune precedenti incertezze), in coerenza con i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia Europea, quello secondo cui la legittimazione passiva sostanziale nei riguardi della azione giudiziale, nella specie instaurata, diretta a far valere (alla stregua dell'orientamento espresso da Cass. S.U. n. 9147/09) l'inadempimento dello Stato italiano all'obbligo ex lege di trasposizione legislativa, nel termine prescritto, di direttive comunitarie (nella specie nn. 75/362/CEE e 82/76/CEE) non autoesecutive, compete per l'appunto esclusivamente allo Stato italiano, e per esso alla Presidenza del Consiglio dei Ministri quale articolazione dell'apparato statale che è legittimata a rappresentare lo Stato nella sua unitarietà (cfr. fra molte: Cass. su 30649/2018: Cass. n. 8292/15; n. 10613/15; n. 16104/13).

Principi che devono ritenersi applicabili al caso di specie nel quale si controverte di una responsabilità commissiva dello stato legislatore.

Se quindi non paiono esservi dubbi su fatto che legittimato passivo di entrambi i giudizi fosse la Presidenza del Consiglio dei Ministri e considerato che nel giudizio amministrativo l'attuale ricorrente principale ha invece convenuto in giudizio il Ministero dell'Economia e delle Finanze e Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, occorre verificare quali conseguenze tale erronea individuazione dell'organo legittimato passivamente abbia prodotto.

In tale verifica devono essere qui ribadite le considerazioni di fondo espresse dalla sentenza delle Sezioni unite n. 3117/2006 che, pur espresse a sostegno di una corretta interpretazione dell'art. 4 della L. n. 260 del 1958, con riferimento al suo ambito di applicazione, sovengono anche nel caso di specie trattandosi pur sempre di erronea indicazione dell'organo legittimato, intendendosi cioè per "persona" il soggetto (e cioè la specifica articolazione dell'organizzazione dello Stato) fornito di legittimazione.

Si tratta di un rapporto che (come emerge dalle considerazioni svolte dalle Sezioni unite nella richiamata sentenza del 2006, con affermazioni che trovano conferma nella prevalente dottrina), non corre tra distinte persone giuridiche pubbliche (stante per l'appunto la unitarietà e inscindibilità dello Stato nell'esercizio delle sue funzioni sovrane cui fa riferimento il ricorso principale), bensì tra organi, cioè articolazioni dell'organizzazione dello Stato, forniti di distinta legittimazione.

Come correttamente sottolineato dalla corte d'appello gli organi e le articolazioni dell'organizzazione dello Stato, quali i Ministeri e l'A. non sono persone giuridiche pubbliche distinte dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, stante l'unitarietà ed inscindibilità dello stato nell'esercizio delle sue funzioni sovrane, ma l'ordinamento attribuisce alle singole articolazioni organizzatorie una specifica legittimatio ad causam, facendole diventare soggetti processuali in relazione ai rapporti giuridici di cui è parte l'ente di pertinenza (Cfr Cass. civ. SU n. 3117/06).

Ne consegue che la mancata partecipazione al giudizio amministrativo della Presidenza del Consiglio dei Ministri non può comportare l'efficacia di giudicato nei suoi confronti della sentenza conclusiva di quel giudizio (Cfr Cass. civ. SU n. 30649/18, Cass. civ. 6029/15 in tema di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttive comunitarie)

Inoltre, non possono essere trascurati ulteriori elementi che sovengono all'interpretazione fornita dai giudici di merito, i quali hanno sottolineato come nell'ambito della giurisdizione amministrativa era deducibile esclusivamente l'illegittimità del provvedimento amministrativo di fissazione del prezzo minimo e non la responsabilità dello Stato Italiano quale legislatore per la violazione della normativa comunitaria posta in essere con la legislazione che consentiva l'imposizione del prezzo minimo per la vendita al pubblico di tabacchi lavorati, materia demandata alla giurisdizione del giudice ordinario.

Tra il giudizio amministrativo e quello civile, sussistono quindi significative differenze in relazione al petitum ed alla causa petendi pur essendo medesima la norma europea asseritamente violata.

Nell'ambito del giudizio proposto davanti al Giudice Amministrativo, essa veniva in rilievo quale vizio dell'atto amministrativo; mentre nel giudizio civile, essa assume rilevanza quale elemento della condotta illecita posta in essere dal legislatore.

Distinzione che ha avuto una significativa rilevanza proprio al fine di escludere la responsabilità per colpa dello stato-amministrazione.

Invero, come si legge nelle sentenze del TAR per il Lazio rese nei giudizi n. 6498/2008 e 12468/2008 (sentenze nn. 850 e 866/2011): “Ciò posto, nella specie difetta, ad avviso del Collegio, l'elemento “colpa dell'amministrazione”. Al riguardo, è sufficiente osservare che la competente struttura burocratica chiamata dalla legge finanziaria a fissare le tariffe di vendita al pubblico delle sigarette non ha, appunto, fatto altro che dare applicazione ad un chiaro disposto normativo, quello (già richiamato in fatto) di cui all'art. 1 comma 386 della legge 30 dicembre 2004 n. 311, ai sensi del quale “per il perseguimento di obiettivi di pubblico interesse, ivi compresi quelli di difesa della salute pubblica, con provvedimento direttoriale del Ministero dell'economia e delle finanze – Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, sentito il Ministero della salute, possono essere individuati criteri e modalità di determinazione di un prezzo minimo di vendita al pubblico di tabacchi lavorati”. La circostanza per cui al Direttore generale dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato la stessa citata legge lasciasse spazi di discrezionale apprezzamento quanto ai criteri di determinazione del

prezzo minimo, non leva che la “scelta” del prezzo minimo per le sigarette sia da ricondurre al legislatore nazionale. Scelta che, come si è visto innanzi, è stata dalla Corte di Giustizia CE ritenuta incompatibile con la disciplina comunitaria. E, tuttavia, non si può imputare all’amministrazione di non aver essa - con colpa - omesso di disapplicare la legge nazionale per incompatibilità con il diritto comunitario (...). Va quindi esclusa la sussistenza del profilo della colpa dell’amministrazione agente, con conseguente rigetto della richiesta di risarcimento del danno”.

Ne deriva l’infondatezza del ricorso incidentale.

Ciò posto va esaminato il ricorso principale.

Con il primo motivo si censura la sentenza per violazione dell’articolo 360, n. 1, c.p.c., in relazione alle condizioni discendenti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per quanto concerne la supposta inesistenza di una violazione grave e manifesta, con particolare riferimento alla sussistenza di una colpa dello Stato-legislatore.

Con il secondo motivo si censura la sentenza per violazione dell’articolo 360, n. 1, c.p.c., anche in combinato disposto con l’art. 2697 c.c., in relazione alle condizioni per il risarcimento dei danni discendenti da violazione del diritto comunitario, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, con particolare riferimento al grado di chiarezza della norma eurounitaria violata e alla supposta esistenza di un onere della prova a carico della parte.

Con il terzo motivo si censura la sentenza per violazione dell’articolo 360, n. 1, c.p.c., in relazione alle condizioni discendenti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, con particolare riferimento all’esistenza di norme internazionali che giustificerebbero il comportamento dello Stato-legislatore.

Con il quarto motivo si censura la sentenza per violazione dell’articolo 360, n. 1, c.p.c., in relazione alle condizioni discendenti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per quanto concerne la supposta inesistenza di una violazione grave e manifesta, con particolare riferimento ad un obiter dictum nella sentenza della Corte di Giustizia del 24 giugno 2010, in causa C-571/08.

Con il quinto motivo di ricorso si censura la sentenza per violazione dell’articolo 360, n. 1, c.p.c., in relazione alle condizioni discendenti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, per quanto concerne la supposta inesistenza di una violazione grave e manifesta del diritto comunitario, con particolare riferimento all’esistenza di diritti invocabili dai singoli.

Con il sesto motivo di ricorso si censura la sentenza per violazione dell’articolo 360, n. 4, c.p.c., per avere la Corte d’Appello ritenuto che fosse intervenuta una mutatio libelli. Violazione, sotto altro profilo, degli artt. 360, n. 3, c.p.c. e 2909 c.c., con riferimento al giudicato discendente dalla sentenza n. 3142/2012 del Giudice Amministrativo.

Con il settimo motivo di ricorso si censura la sentenza per violazione dell'articolo 360, n. 4, c.p.c., per non avere la Corte d'Appello proceduto comunque alla liquidazione dei danni discendenti dall'introduzione del solo "prezzo minimo.

Con l'ottavo motivo del ricorso si censura la sentenza per violazione dell'articolo 360, n. 3, c.p.c., in combinato disposto con l'art. 39 octies, del d.lgs. 504/95, nel testo risultante a seguito della modifica introdotta con il d.l. n. 94, del 23 giugno 2010, per avere la Corte d'Appello ritenuto, con particolare riferimento a tale previsione, che fossero mancanti i presupposti per accedere al risarcimento dei danni di cui alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Con il nono motivo del ricorso si censura la sentenza per violazione dell'articolo 360, n. 3, c.p.c., in relazione agli articoli 115 e 116 cpc.

Con il decimo motivo del ricorso si censura la sentenza per violazione dell'articolo 360, n. 3 e o n. 4, c.p.c., per violazione degli articoli 115 e 116 cpc., in combinato disposto con l'ambito di applicazione temporale della previsione di cui all'art. 1, comma 486, l. 311, del 30.12.2004.

Con l'undicesimo motivo del ricorso si censura la sentenza per violazione dell'articolo 360, n. 3 e/o n. 4, c.p.c., per violazione degli articoli 167 e 183 c.p.c.

Con il dodicesimo motivo del ricorso si censura la sentenza per violazione dell'articolo 360, n. 5, c.p.c., per carenza di motivazione in relazione all'appello incidentale proposto dalla Soc. Y.

Con il tredicesimo motivo del ricorso si censura la sentenza per violazione dell'articolo 360, n. 3 e 4, c.p.c., per difetto dei presupposti in relazione all'appello incidentale proposto dalla Soc. Y.

I primi cinque motivi possono essere esaminati congiuntamente stante l'intima connessione delle censure ivi mosse alla sentenza impugnata.

L'art. 1 comma 486 della legge n° 311 del 2004 (abrogato dall'art. 4 comma 5 d.lgs. n° 48/10) stabiliva che "per il perseguimento di obiettivi di pubblico interesse, ivi compresi quelli di difesa della salute pubblica, con provvedimento direttoriale del Ministero dell'Economia e delle Finanze- l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, sentito il Ministero della Salute, possono essere individuati criteri e modalità di determinazione di un prezzo minimo di vendita al pubblico dei tabacchi lavorati".

In applicazione di tale disposizione, mediante decreto del 25 luglio 2005, recante disposizioni in materia di fissazione del prezzo minimo di vendita al dettaglio delle sigarette, il Ministero delle Finanze aveva stabilito un prezzo minimo di vendita al dettaglio delle sigarette, periodicamente modificato con vari provvedimenti fino ai decreti del 4/4/2008 e del 17/10/2008, impugnati davanti al Tar del Lazio dall'appellata.

La Corte di Giustizia adita dalla Commissione Europea per la procedura d'infrazione, con sentenza del 24/6/2010 C-571/08, ha così giudicato in ordine alla citata

disposizione: “prevedendo un prezzo minimo di vendita per le sigarette, la Repubblica Italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza dell’art. 9 n° 1 della Direttiva n° 55/59”.

Tale norma prevede: "Si considera produttore la persona fisica o giuridica stabilita nella Comunità che trasforma il tabacco in prodotti lavorati, confezionati per la vendita al minuto.

I produttori o, se del caso, i loro rappresentanti o mandatari nella Comunità, nonché gli importatori di paesi terzi stabiliscono liberamente i prezzi massimi di vendita al minuto di ciascuno dei loro prodotti per ciascuno Stato membro in cui sono destinati ad essere immessi in consumo.

La disposizione del secondo comma non osta, tuttavia, all'applicazione delle legislazioni nazionali sul controllo del livello dei prezzi imposti, sempre che siano compatibili con la normativa comunitaria".

La Corte ha in particolare ritenuto che la normativa nazionale "impone ai produttori e agli importatori attivi sul mercato italiano un prezzo minimo di vendita al minuto delle sigarette, sotto forma di una percentuale del prezzo medio ponderato di vendita al minuto di tutte le sigarette iscritte nella tariffa di vendita al pubblico ed effettivamente commercializzate.

Il regime istituito con la citata normativa non consente di escludere, in ogni caso, che il prezzo minimo imposto pregiudichi il vantaggio concorrenziale che potrebbe risultare, per taluni produttori o importatori di prodotti del tabacco, da prezzi di costi inferiori. Al contrario, come rilevato dalla Commissione, senza essere smentita sul punto dalla Repubblica Italiana, una siffatta normativa, allineando ai prezzi più elevati i prezzi di vendita al minuto delle sigarette che si situano nella parte inferiore della forcella dei prezzi, tende a neutralizzare le differenze di prezzo tra i vari prodotti.

Detto regime pregiudica quindi la libertà dei produttori e degli importatori di stabilire il loro prezzo massimo di vendita al minuto, libertà garantita dall'art. 9 n° 1 secondo comma della direttiva 95/59”.

Il Tar del Lazio con le due sentenze n°850 e 851 del 2011, confermate dal Consiglio di Stato con le sentenze n° 482 e 483 del 2012, ha annullato i provvedimenti impugnati sulla scorta della suddetta decisione.

La domanda di risarcimento del danno proposta da Y è stata respinta dai giudici amministrativi sia in primo che in secondo grado per difetto di colpa dell'Amministrazione nell'applicazione dell'art. 1 comma 486 l. 311/04.

Domanda risarcitoria che è stata rigettata anche dalla corte d'appello sulla scorta di considerazioni analoghe a quelle espresse dai giudici amministrativi.

A partire dal principio consacrato per la prima volta nella sentenza Francovich e Bonifaci del 19 novembre 1991 (cause C-6/90 C-9/90), cui ha fatto seguito la pronuncia Brasserie du pêcheur-Factortame del 5 marzo 1996, causa C-46, la Corte

di Lussemburgo ha posto le basi per la configurabilità di una responsabilità a carico degli Stati membri per omessa o difettosa trasposizione di direttive, con conseguente obbligo di risarcire il danno arrecato ai cittadini da un illecito non altrimenti definibile se non come commesso dallo Stato nell'esercizio della funzione legislativa.

La Corte ha così sviluppato un orientamento, definito da una serie di decisioni (Cfr., Corte di Giustizia Europea del 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur/Factortame*; Corte di Giustizia Europea del 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Koebler*; Corte di Giustizia Europea del 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo* successive, contrassegnato dall'impulso dato alla realizzazione di un sistema risarcitorio (a carattere sanzionatorio) volto a garantire il ristoro delle conseguenze negative derivanti da attività legislativa esercitata in conflitto con i principi europei.

In particolare, con la sentenza *Brasserie* la Corte ha precisato il proprio indirizzo giurisprudenziale passando a sanzionare lo Stato, non più soltanto per il mancato esercizio della sua discrezionalità e quindi per una condotta omissiva come nella sentenza *Francovich*, ma anche per il cattivo esercizio della sua discrezionalità e quindi per una vera e propria condotta commissiva.

Circostanza quest'ultima che ricorre nel caso di specie.

La fattispecie dell'illecito del legislatore per omessa, tardiva o erronea attività legislativa difforme dal diritto europeo presenta connotati di eccentricità, dovendo l'accertamento dei requisiti per la sua sussistenza svolgersi alla luce delle norme europee: ad es., il nesso di causalità fra la violazione dell'obbligo e il danno deve essere valutato non secondo le regole del diritto interno ma attraverso il riferimento al diritto europeo ed, in particolare, alla giurisprudenza della C.G.E. in tema di responsabilità extracontrattuale dell'U.E.; quanto all'elemento soggettivo, invece, diversamente da quanto richiesto dall'articolo 2043 cod. civ., non è necessario l'accertamento né del dolo né della colpa dello Stato.

Più precisamente quel che per l'ordinamento italiano è la colpa (intesa, nel caso di specie, quale assenza di errore scusabile), per l'ordinamento europeo è la "violazione grave e manifesta".

Che non si tratti della stessa accezione di "colpa" ricavabile dall'art. 2043, emerge chiaramente dalla sentenza della Corte di giustizia nel citato caso *Brasserie du Pêcheur*, nella quale ha espressamente escluso ogni rilevanza dello stato psicologico dell'autore (punto 79: "Ne consegue che l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario. Infatti, la prescrizione di una simile condizione ulteriore si risolverebbe nel rimettere in discussione il diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario").

La responsabilità del legislatore presenta quindi caratteristiche 'ibride' che la collocano a metà strada tra il diritto europeo e quello interno, nel senso che il primo ne

determina i presupposti di operatività, rientrando invece nella sfera dell'ordinamento nazionale le conseguenze ascrivibili alla fattispecie di responsabilità, in relazione all'esistenza del danno, al 'quantum' risarcibile, oltre che, naturalmente, ai profili processuali attinenti alle effettive modalità di tutela.

La responsabilità del legislatore dipende, quindi, da determinate condizioni specifiche elaborate dalla Corte di giustizia, che sono – notoriamente – quelle enunciate nel caso Francovich. Secondo la Corte di giustizia, infatti, la responsabilità dello Stato discende dall'esistenza di tre condizioni: “La prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli. La seconda condizione è che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine, la terza condizione è l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi” (Corte di giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C 6-90 e C-9/90, Francovich e Bonifaci, punto 40).

Successivamente, nel caso Brasserie du Pêcheur (5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, punti 55-57), la Corte di giustizia ebbe a chiarire che occorre, altresì, che la violazione dovesse essere “grave e manifesta”. Si può infatti leggere, in detta sentenza: “Quanto alla seconda condizione, sia per quanto riguarda la responsabilità della Comunità ai sensi dell'art. 215 sia per quanto attiene alla responsabilità degli Stati membri per violazioni del diritto comunitario, il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto comunitario è quello della violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale. Al riguardo, fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario. In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è 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”.

Il Consiglio di Stato, con considerazioni espressamente avallate dalla corte d'appello, ha ritenuto quindi di inquadrare la fattispecie nel paradigma dell'art. 2043 c.c. e, quanto all'elemento soggettivo, ha sostenuto che la giurisprudenza interna, sia ordinaria che amministrativa, nell'esigere, oltre all'illegittimità degli atti impugnati anche l'elemento della colpa dell'Amministrazione, al fine di ritenere sussistente il diritto al risarcimento del danno (Cass. civ. SU n° 500/99), non si pone in contrasto con la giurisprudenza comunitaria, la quale ha riconosciuto di fatto la responsabilità di uno Stato in re ipsa, sulla scorta della mera violazione di una norma di principio comunitario, solo nelle ipotesi in cui la normativa comunitaria di riferimento, oltre che immediatamente applicabile all'interno degli stati membri, era anche estremamente analitica e

dettagliata, in modo da lasciare poco o nessun margine di discrezionalità agli Stati membri (come ad esempio nel settore degli appalti pubblici).

Il Consiglio di Stato ha rilevato la palese coincidenza del concetto di "violazione grave e manifesta" con i parametri ed i criteri individuati dalla nostra giurisprudenza interna al fine della definizione dei contorni della colpa della p.a.

Nel caso in esame la corte d'appello, sulla scorta delle valutazioni espresse dai giudici amministrativi, ha escluso che la condotta dello Stato italiano nel promulgare la normativa in questione possa essere qualificata in termini di "violazione grave e manifesta".

Secondo i giudici di merito, in primo luogo infatti la norma comunitaria non ha il grado di chiarezza e precisione sufficiente ad indirizzare in un'unica direzione l'attività legislativa nella materia del commercio dei prodotti da tabacco, prevedendo l'art. 9 al comma 2 un'espressa riserva in favore della legislazione interna degli stati membri in materia di "prezzi imposti", tali da non escludere in toto un intervento autoritativo del legislatore e delle pubbliche amministrazioni nazionali nella determinazione del prezzo di vendita delle sigarette, come già rilevato dal Tar Lazio nelle sentenze gemelle n° 850 e 851 del 2011.

Inoltre, come ha evidenziato il Consiglio di Stato, con la sentenza del 24 giugno 2010, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la normativa italiana in materia di prezzo minimo fosse confliggente con il diritto comunitario non già per il fatto di esistere in quanto tale, ma in quanto non strutturata "in modo tale da escludere, in ogni caso, che risulti pregiudicato il vantaggio concorrenziale che potrebbe risultare, per taluni produttori o importatori di prodotti siffatti, da prezzi di costo inferiori e che, pertanto, si produca una distorsione della concorrenza" (punto 40), avendo la Corte statuito anche che "in ogni caso, come emerge dal punto 36 di questa sentenza, la direttiva 95/59 non osta ad una politica dei prezzi qualora la stessa non contrasti con gli obiettivi della direttiva stessa, segnatamente con l'obiettivo di escludere una distorsione della concorrenza delle varie categorie di tabacchi lavorati appartenente ad uno stesso gruppo" (punto 46).

Sempre secondo tale ricostruzione va altresì sottolineato che il legislatore italiano adottò la norma contestata, fra l'altro sulla base della decisione del Consiglio Europeo del 2 giugno 2004 con il quale era stata approvata la Convenzione quadro dell'organizzazione mondiale della Sanità che, all'art. 6 individua espressamente le misure finanziarie e fiscali come un mezzo efficace ed importante per ridurre il consumo di tabacco in particolare da parte dei giovani e stabilisce che gli Stati adottano e mantengono, a seconda dei casi, delle misure che possono comprendere "l'applicazione di politiche fiscali e all'occorrenza di politiche dei prezzi riguardanti prodotti del tabacco al fine di contribuire al raggiungimento degli obiettivi di salute tendenti a ridurre il consumo di tabacco".

La corte d'appello sottolinea come il Consiglio di Stato, nel negare accesso alla domanda risarcitoria, ha concluso che, non avendo "la Corte di Giustizia affatto escluso la possibilità di applicare un regime normativo di "prezzi imposti" e nemmeno

la legittimità delle finalità perseguite con la disciplina in contestazione, limitandosi a censurare -piuttosto-soltanto le modalità e gli strumenti con cui l'Amministrazione italiana ha proceduto; ciò che, come correttamente osservato dal primo giudice, è sufficiente a far ritenere scusabile l'errore di diritto in cui la medesima Amministrazione è incorsa e pertanto inconfigurabile nella specie la sussistenza di un illecito idoneo a rendere accoglibile la domanda risarcitoria".

Secondo la corte d'appello tali principi, dettati con riferimento alla responsabilità dello Stato amministrazione, ben possono essere estesi anche allo Stato legislatore, posto che gli stessi di fatto si riferiscono proprio alla legge in sé, anche a prescindere dai provvedimenti applicativi che sulla stessa si sono fondati: "infatti il Consiglio di Stato ha applicato alla legge i criteri dettati dalla giurisprudenza comunitaria al fine di stabilire l'esistenza della violazione grave e manifesta del diritto comunitario per poi far discendere dall'esclusione del presupposto soggettivo in capo allo Stato legislatore, a maggior ragione, l'esclusione del medesimo presupposto in capo allo Stato Amministratore".

Tale ricostruzione non pare condivisibile.

Fermo che l'art. 9 della direttiva n. 95/59/Ce, consente agli Stati membri di adottare misure, relative per esempio ai diritti di accisa, tese a scoraggiare l'uso dei prodotti del tabacco, tra queste possibili misure non figurava però l'imposizione di prezzi minimi, proprio per la sua accentuata valenza anticoncorrenziale.

In tal senso si era espressa chiaramente la Corte di giustizia nella procedura di infrazione contro la Francia, secondo espressioni riprese in maniera testuale dalla sentenza poi resa contro l'Italia. Secondo la Corte, «l'imposizione di un prezzo minimo di vendita al minuto ad opera delle autorità pubbliche fa sì che il prezzo massimo di vendita al minuto stabilito dai produttori e dagli importatori non possa essere in alcun caso inferiore a tale prezzo minimo obbligatorio. Una normativa che impone un siffatto prezzo minimo è quindi idonea ad arrecare pregiudizio alle relazioni concorrenziali, impedendo a taluni di questi produttori o importatori di trarre vantaggio da prezzi di costo inferiori per proporre più allettanti prezzi di vendita al minuto. Di conseguenza, un sistema di prezzi minimi di vendita al minuto dei prodotti del tabacco lavorato non può essere considerato compatibile con l'art. 9, n. 1, della direttiva n. 95/59, ove non sia strutturato in modo tale da escludere, in ogni caso, che risulti pregiudicato il vantaggio concorrenziale che potrebbe risultare, per taluni produttori o importatori di prodotti siffatti, da prezzi di costo inferiori e che, pertanto, si produca una distorsione della concorrenza» (Corte di giustizia Ce, 4 marzo 2010, causa C-197/08, Commissione c. Francia, in Racc., 2010, I-1599, p. 37 e 38; la Corte cita le coeve Corte di giustizia Ce, 4 marzo 2010, causa C-198/08, Commissione c. Austria, in Racc., 2010, I-1645, p. 30, e causa C-221/08, Commissione c. Irlanda, in Racc., 2010, I-1669, p. 41).

A tal proposito appaiono altresì rilevanti i p. 39 ss. delle conclusioni dell'Avvocato generale Kokott secondo cui «il tenore letterale della direttiva [...] esplicitamente menziona la libera determinazione del prezzo massimo di vendita al minuto. Nel caso di prezzi minimi fissati dalle autorità pubbliche, come giustamente dichiarato dalla

Corte, non si potrebbe più affermare sic et simpliciter che i produttori stabiliscono liberamente il prezzo. Quest'ultimo non può più essere fissato al di sotto del prezzo minimo stabilito dalle autorità pubbliche. Il secondo comma [dell'art. 9], secondo cui il produttore stabilisce liberamente il prezzo massimo di vendita al minuto, è inoltre un elemento portante dello specifico sistema normativo della direttiva in relazione alle accise. Per rendere un siffatto meccanismo normativo conciliabile con il libero gioco della concorrenza e con la libera circolazione delle merci, è irrinunciabile che esso sia accompagnato dalla facoltà dei produttori di stabilire liberamente il prezzo massimo di vendita al minuto. Nel caso in cui uno Stato membro fissi un prezzo minimo, sussisterebbe il rischio che i produttori di altri Stati membri che vogliano sfruttare nella concorrenza il loro vantaggio in termini di costi, adottando prezzi massimi di vendita al minuto più bassi, siano sfavoriti. Con la fissazione di un prezzo minimo si neutralizzerebbe il vantaggio concorrenziale risultante dall'inferiore costo di produzione del prodotto importato. Solo la facoltà dei produttori di determinare liberamente il prezzo massimo della vendita al minuto garantisce, perciò, che il sistema di tassazione previsto dalla direttiva non abbia l'effetto secondario di falsare la concorrenza e di pregiudicare la circolazione delle merci, andando in tal modo contro lo scopo di armonizzazione dell'art. 93 Ce».

Non a caso, nel giudizio contro l'Italia, la Corte aveva ritenuto non necessario sentire le conclusioni dell'Avvocato generale, l'interpretazione della disposizione de qua essendo stata già chiarita dagli arresti di qualche mese precedenti.

Peraltro, come ha ben chiarito l'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni alle tre cause gemelle la cui decisione ha preceduto la sentenza contro l'Italia, l'orientamento giurisprudenziale de quo è molto risalente, addirittura al 1983 Corte di giustizia Ce, 21 giugno 1983, causa 90/82, *Commissione/Francia*).

Interpretando l'art. 5, n. 1, della direttiva n. 72/464/Cee, allora vigente ma corrispondente, secondo quanto poi espressamente ritenuto dalla stessa Corte in un procedimento di infrazione contro la Grecia (Corte di giustizia Ce, 19 ottobre 2000, causa C-216/98 *Commissione/Grecia*), all'art. 9 della direttiva n. 95/59/Ce, la Corte di giustizia ritenne che: «l'espressione "controllo del livello dei prezzi" non può essere interpretata nel senso che essa riservi agli Stati membri un potere discrezionale per la fissazione del prezzo del tabacco, poiché l'esercizio di un potere così esteso costituisce virtualmente la negazione di qualsiasi efficacia pratica del principio della libera determinazione del prezzo enunciato nella prima frase dell'art. 5, n. 1» (Corte di giustizia Ce, 21 giugno 1983, causa 90/82, *Commissione/Francia*).

Lo stesso principio è poi stato ribadito nella già richiamata pronuncia contro la Grecia del 2000, la Corte ribadendo l'incompatibilità della previsione di prezzi minimi rispetto alla normativa allora comunitaria (Corte di giustizia Ce, 19 ottobre 2000, causa C-216/98 *Commissione/Grecia*).

Anche ammesso, dunque, che nella fattispecie gli Stati membri godessero di una certa discrezionalità, la imposizione di prezzi minimi non rientrava nei margini delle scelte consentite.

Né può ritenersi che tale imposizione fosse comunque consentita in base alla convenzione OMS, alla raccomandazione 2003/54 o ancora al documento di consultazione, dato che la corte di giustizia ha esaminato ed espressamente rigettato tale eventualità.

In particolare, secondo la Corte di Lussemburgo: “Tale constatazione non può essere smentita dagli argomenti della Repubblica italiana secondo cui detto regime sarebbe conforme alla convenzione OMS, alla raccomandazione 2003/54 o ancora al documento di consultazione. In ordine a tali documenti, infatti, la Corte ha precisato che il primo di essi non impone alcun obbligo concreto in merito alla politica dei prezzi riguardanti i prodotti del tabacco e che il secondo si limita ad esprimere l’idea secondo cui i prezzi elevati dei prodotti del tabacco hanno l’effetto di scoraggiarne il consumo, oltre ad essere privo di forza vincolante (v. in tal senso, segnatamente, la sentenza Commissione/Francia, cit., punti 45 e 46). Quanto all’ultimo di detti documenti, basti rilevare che anch’esso è privo di forza vincolante” (cfr. la citata sentenza del 24 giugno 2010, in causa C-571/08).

La Corte di Giustizia, riconoscendo poi che le invocate esigenze di tutela della vita e della salute umana giustificassero - ai sensi dell'art. 30 del Trattato CEE (oggi art. 33 del Trattato sul funzionamento dell'UE)- un intervento anche penetrante dello Stato, aveva indicato quale strumento per la salvaguardia dei predetti valori l'aumento dell'imposizione fiscale sui prodotti da tabacco “dal momento che gli aumenti dei diritti di accisa devono prima o poi tradursi in un aumento dei prezzi di vendita al minuto, senza con ciò compromettere la libertà di determinazione del prezzo” (punto 51), non di certo l'imposizione di prezzi minimi di vendita.

Né può infine ritenersi che il profilo argomentativo attinente alla correlazione tra l'imposizione di un prezzo minimo di vendita dei tabacchi e la tutela della salute assuma, nella decisione del 2010, il carattere di novità, posto che le invocate esigenze di tutela della vita e della salute umana ai sensi dell'art. 30 del Trattato CEE (oggi art. 33 del Trattato sul funzionamento dell'UE) in funzione giustificativa di analoghe decisioni adottate da altri stati nazionali erano già state esaminate e rigettate dalla stessa Corte, in particolare nel richiamato procedimento di infrazione contro la Grecia (Corte di giustizia Ce, 19 ottobre 2000, causa C-216/98 Commissione/Grecia),

Al punto 28 della decisione si legge infatti che “Il governo ellenico sostiene inoltre che il principio della libera determinazione dei prezzi dei tabacchi lavorati da parte dei produttori o degli importatori può subire limitazioni per motivi di tutela della sanità pubblica ai sensi dell'art. 36 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 30 CE)”.

Ed al punto 29 si precisa che “Secondo il governo ellenico, infatti, la fissazione di un prezzo minimo è necessaria al fine di scoraggiare il consumo di tabacchi, potendo i produttori e gli importatori scegliere, in caso di aumento delle accise, di non trasferire il relativo onere sui consumatori, diminuendo il loro margine di profitto”.

A fronte di tali argomentazioni la Corte rilevava “come l'art. 36 del Trattato consenta agli Stati membri di applicare norme nazionali restrittive del commercio intracomunitario al fine di proteggere la salute e la vita delle persone. Tuttavia, affinché misure adottate in base all'art. 36 del Trattato possano considerarsi lecite, occorre che siano necessarie per raggiungere l'obiettivo perseguito da tale norma e che questo obiettivo non possa essere raggiunto con misure meno restrittive per gli scambi intracomunitari (v., in particolare, sentenze 10 luglio 1984, causa 72/83, *Campus Oil e a.*, Racc. pag. 2727, punto 37; 23 febbraio 1988, causa 216/84, *Commissione/Francia*, Racc. pag. 793, punto 7, e 13 dicembre 1990, causa C-347/88, *Commissione/Grecia*, Racc. pag. I-4747, punto 58).

Aggiungendo che “l'obiettivo di tutela della sanità pubblica possa essere adeguatamente perseguito mediante l'aumento dell'imposizione fiscale sui prodotti di tabacco lavorato, in modo da far salvo il principio della libera determinazione del prezzo. Difatti, la possibilità per i produttori e gli importatori di non trasferire su altri soggetti l'onere derivante da un aumento delle accise sui loro prodotti incontra in ogni caso il limite costituito dall'ampiezza del loro margine di profitto, sicché l'onere suddetto viene prima o poi trasferito sui prezzi di vendita al minuto.”

Deve ritenersi quindi che la Repubblica italiana, eccedendo i propri poteri di scelta, abbia commesso una violazione grave e manifesta posto che, come rammentato, già nel caso *Brasserie du pêcheur* la Corte di giustizia ebbe a giudicare che «una violazione del diritto comunitario è 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» (Corte di giustizia Ce, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame III*).

Ne deriva la fondatezza dei primi cinque motivi del ricorso.

Infondato appare il sesto motivo relativo al profilo della ulteriore violazione dell'art. 7 par. 2 e 6 della Direttiva 2011/64/CE, commessa dallo Stato Italiano il quale, dopo aver abrogato l'art. 1 comma 486 della legge 311 del 2004, aveva introdotto l'articolo 39 octies comma 4 del decreto legislativo 504/95, come modificato dall'art. 55 comma 2 bis del DL 31 maggio 2010 n° 78, convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 2010 n° 122, il quale stabiliva che l'accisa dovuta per le sigarette aventi un prezzo di vendita al pubblico inferiore a quello delle sigarette della classe di prezzo più richiesta fosse pari al 115% dell'importo di base.

Il contenuto degli atti introduttivi del giudizio e della memoria ex art. 183 cpc, riprodotti testualmente nella sentenza impugnata e nel ricorso evidenzia come correttamente i giudici d'appello hanno ritenuto che il Tribunale avesse errato “ad estendere l'istruttoria contabile anche agli effetti del provvedimento sull'accisa e quindi a statuire sulla responsabilità dello Stato anche con riferimento a detto provvedimento legislativo che, fino allo sbarramento previsto dall'art. 183 comma VI n° 1 cpc, non aveva mai fatto parte del *thema decidendum*, essendo stato sviluppato solo negli scritti conclusivi di parte convenuta alla luce della complessa istruttoria contabile

svolta, anche con acquisizione di documentazione dopo la scadenza dei termini istruttori”.

L'esame del settimo motivo è assorbito dalla fondatezza dei primi cinque motivi.

L'esame dell'ottavo motivo è assorbito dall'infondatezza del sesto motivo.

I motivi nono, decimo ed undicesimo possono essere esaminati congiuntamente in quanto intimamente connessi tra di loro.

In tema di liquidazione equitativa del danno, al fine di evitare che la relativa decisione si presenti come arbitraria e sottratta ad ogni controllo, è necessario che il giudice indichi, almeno sommariamente e nell'ambito dell'ampio potere discrezionale che gli è proprio, i criteri seguiti per determinare l'entità del danno e gli elementi su cui ha basato la sua decisione in ordine al "quantum" (Cass. 2327/2018).

La sentenza di primo grado aveva ritenuto che la sussistenza del danno, poi liquidato in via equitativa, fosse provata, alla luce delle risultanze della ctu, da due circostanze rilevanti “che il fatturato della Y spa, precedentemente l'introduzione del primo provvedimento restrittivo in tema di prezzo di vendita al pubblico del tabacco lavorato, era in crescita esponenziale e, che, successivamente alla definitiva eliminazione dei provvedimenti restrittivi in tema di prezzo di vendita al pubblico del tabacco lavorato, la crescita esponenziale del fatturato è ripresa”.

La Corte d'appello, aveva correttamente precisato che la liquidazione equitativa operata dal giudice di primo grado era viziata “dall'erronea individuazione del momento di abolizione del prezzo minimo di vendita delle sigarette che il tribunale ha fissato nel mese di maggio 2012, quando il TAR Lazio aveva disapplicato la normativa sull'accisa minima....laddove dopo la pronuncia della sentenza della Corte di Giustizia del 24 giugno 2010, lo Stato italiano non aveva più applicato la norma interna sul prezzo minimo”.

Con la conseguenza che, una volta correttamente inquadrato il periodo di riferimento, si rileva, anche secondo la stessa prospettazione della ricorrente (la quale infatti evidenzia l'irrilevanza dei periodi antecedenti al maggio 2012 che “non possono essere indicativi della capacità espansiva della società, perché essi sono condizionati dall'esistenza di ulteriori provvedimenti dirigitici : come tali essi non possono adeguatamente dare conto del danno concorrenziale subito dalla società istante”) l'assenza di significativi scostamenti nell'andamento delle vendite in Italia, almeno sino alla metà del 2012 e quindi per due anni dopo il venir meno del provvedimento legislativo oggetto del presente giudizio (cfr. pagina 40 del ricorso nella quale vengono trascritte le conclusioni della CTU : “l'andamento delle vendite nel corso degli esercizi 2008-2010 è stato pressoché costante. Il 2011 conferma il dato quantitativo delle vendite in Italianel 2012, esercizio nel corso del quale si triplicano le vendite in Italia soprattutto nel corso degli ultimi mesi”).

Ne deriva l'infondatezza delle censure con conseguente assorbimento degli ultimi due motivi del ricorso.

La conferma delle statuizioni relative alla mancata prova del danno determina l'infondatezza del ricorso.

p.q.m.

CHIEDE

Il rigetto del ricorso.

Roma, 24 settembre 2024.

**PER IL PROCURATORE GENERALE
IL SOSTITUTO
Giovanni Battista Nardecchia**